

REVUE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ANTIQUITÉ

faisant suite à

Archives d'histoire
du droit oriental

Revue internationale
et
des droits de l'antiquité

FONDEES PAR
J.PIRENNE et F. DE VISSCHER

DIRECTEURS
J.-H. MICHEL et R. VIGNERON

3^e SÉRIE
TOME XLIV

Office International des Périodiques
Kouterveld 14
B-1831 DIEGEM

1997

PUBLIÉE AVEC LE CONCOURS DU MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DE LA RECHERCHE ET
DE LA FORMATION DE LA COMMUNAUTÉ FRANÇAISE DE BELGIQUE . DE LA FONDATION
UNIVERSITAIRE DE BELGIQUE ET DES FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-Louis à BRUXELLES

ISSN 0556-7939

DIRECTEURS

Huguette JONES
Professeur
à l'Université libre de Bruxelles
Faculté de Droit C.P. 137
Avenue Franklin Roosevelt, 50
B. 1050 BRUXELLES

Jacques-Henri MICHEL
Professeur honoraire
à l'Université libre de Bruxelles
et à la Vrije Universiteit Brussel
Rue André Fauchille, 2
B. 1150 BRUXELLES

Roger VIGNERON
Professeur à l'Université de Liège
Faculté de Droit
Bd du Rectorat, 7 - Bâtiment 31
Sart - Tilman
B. 4000 LIÈGE

ADMINISTRATEUR

Gilbert HANARD
Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis
Faculté de Droit
Bd. du Jardin botanique, 43
B. 1000 BRUXELLES

SECRÉTAIRES

Michel NUYENS
Professeur émérite
à l'Université de Louvain
Heilige-Geeststraat, 15
B. 3000 LEUVEN

Jean-François GERKENS
Premier assistant à l'Université de Liège
Faculté de Droit
Bd. du Rectorat, 3 - Bâtiment 33 bt. 1
Sart - Tilman
B. 4000 LIÈGE

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Droits grec et hellénistique

MODRZEJEWSKI (J.), 7, allée des Mouille-Boeufs, F - 92290 Châtenay.
TRIANTAPHYLLOPOULOS (J.), 22 , rue Anagnostopoulos,
GR-10673 Athènes.

Droit romain

ANKUM (J.A.), Zonnebloemlaan 8, NL - 2111 ZG Aerdenhout.
FEENSTRA (R.), Van Slingelandtlaan 3, NL - 2334 CA Leiden.
GAUDEMUS (J.), 14-16, boulevard Jourdan, F - 75014 Paris.
ORS (A. d'), Aoiz 18, E - Pamplona.
PUGSLEY (D.), Rockhaven, St. George's Well, Cullompton, Devon.
GB - EX 15 1AR.
STANOJEVIĆ (O.), Pravni Fakultet, Bulevar Revolucije 67,
YU - 11000 Beograd
STURM (Fr.), Au Tombey, CH - 1026 Echandens.

ENVOI DES MANUSCRITS

Nos collaborateurs sont priés d'adresser leurs manuscrits à Gilbert HANARD, Faculté de Droit, boulevard du Jardin botanique, 43, B. 1000 BRUXELLES.

Adresse électronique: hanard@fusl.ac.be

La revue n'assure pas de comptes rendus. Les ouvrages adressés à la rédaction seront renvoyés aux risques de l'expéditeur.

CONDITIONS D'ABONNEMENT

Le prix de l'abonnement est fixé à 1.000,- FB.

Des exemplaires de toutes les années écoulées sont encore disponibles chez l'éditeur.

Prière d'adresser les commandes à l'*Office International des Périodiques*, Kouterveld 14, B-1831 DIEGEM. Les librairies de l'étranger ont la faculté de transmettre les demandes d'abonnement, soit aux dépositaires de leur pays, soit à l'*Office International des Périodiques*.

AVIS À NOS LECTEURS

Nous avons le plaisir de vous annoncer que la *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* peut désormais être consultée sur Internet. Vous la trouverez à l'adresse suivante:

<http://cemu10.fmv.ulg.ac.be>.

Cet URL est provisoire, mais nous ne manquerons pas de prévenir nos lecteurs, lorsque le site de la *R.I.D.A.* aura acquis un URL définitif.

La mise sur Internet est le fruit d'une collaboration entre les Facultés de droit de Bruxelles (ULB et Facultés Universitaires Saint-Louis), Louvain-la-Neuve et Liège, ainsi que la Faculté de médecine vétérinaire de Liège.

Sur ce site figure déjà le volume XLIII (1996) de la *R.I.D.A.*

Nous espérons que vous trouverez ce projet intéressant et vous souhaitons bon plaisir lors de la navigation sur notre site.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

DROITS DE L'ORIENT ANCIEN

- Jonathan R. ZISKIND, When Two Men Fight: Legal implications
of Brawling in the Ancient Near East 13

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ROMAIN

- José Maria BLANCH NOUGUÉS, La “*certissima iuris regula*” de Gayo 45

- Wojciech DAJCZAK, L’uso della locuzione “*bona fides*” nei giuristi
romani classici per la valutazione del valore vincolante degli
accordi contrattuali 71

- Maria Victoria ESCRIBANO, La ilegitimidad política en los textos
historiográficos y jurídicos tardios (*Historia Augusta, Orosius,*
Codex Theodosianus) 85

- Jean-François GERKENS, État de nécessité et *damnum incendii*
arcendi causa datum 121

- Wiesław LITEWSKI, Zwischenbescheide im römischen Prozeß 155

- Jacques-Henri MICHEL, Gaius et le mandat *mea, tua ou aliena gratia* 293

- René ROBAYE, Du “dominium ex iure Quiritium” à la propriété
du Code civil des Français 311

- Obrad STANOJEVIĆ, Gaius and Pomponius (Notes on David Pugsley) 333

- Herbert WAGNER, Die *lex Rhodia de iactu* 357

TROISIÈME PARTIE

CHRONIQUE

- La 51^e Session de la Société internationale Fernand De Visscher
pour l’histoire des droits de l’antiquité
(Crotone et Messine du 16 au 20 septembre 1997)
par Hans ANKUM et Jacques-Henri MICHEL 393

PREMIÈRE PARTIE

DROITS DE L'ORIENT ANCIEN

Jonathan R. ZISKIND, When Two Men Fight: Legal
implications of Brawling in the Ancient Near East 13

When Two Men Fight: Legal implication of Brawling in the Ancient Near East

by Jonathan R. ZISKIND

(*University of Louisville, Ky*)

Two people have an argument. The conflict grows increasingly heated, and the two come to blows. The laws of Eshnunna (LE), Hammurabi (LH), Middle Assyria (MAL), the Hittites (LHitt.), and the Covenant, Deuteronomic, and Priestly compilations in the Hebrew Bible all contain rules which deal with what could happen during the course of the fighting and the losses incurred as a result of the fighting (¹). Even though none

1) LE 47, 47A (See Martha ROTH, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor* (Atlanta: Scholars Press, 1995), p. 66 for text, translation, and numbering); LH 206-208; MAL A 8; LHitt. 174; Ex. 21:18-19; 21:22-25; Dt. 25:11-12; Lev. 24:10-15, 23. The terminology used in the Akkadian material to describe these fights, *saltum*, is ambiguous, because it is also used to describe fights that could be either verbal or physical. The phrase *ina šigištim*, which occurs only in LE 47, is of uncertain meaning, whereas *risbatum* which occurs in LE 47A and LH 206 clearly refers to fisticuffs. (See CAD, vol. 16, pp. 86-88; vol. 17/2, p. 413 and Wolfram VON SODEN, *Akkadisches Handwörterbuch*, v. 2 (Wiesbaden: Harrassowitz, 1972), p. 988). Accordingly, I have excluded from this discussion those conflicts called *saltu* which are not explicitly described as violent, e.g., MAL N 1, 2 and Middle Assyrian Palace Decrees, 10, 11, 21. (For the latter, see ROTH, pp. 201-202, 206). Similarly, LHitt. 127 which deals with a quarrel that got out of hand resulting in one of the antagonists losing property due to theft. With

of these ancient jurists sought to outrightly ban this violent activity (2), they recognized that the injuries and possible loss of life resulting from this all too frequent occurrence was a concern that had to be addressed. The intention of those responsible for these adverse consequences had to be assessed and appropriate penalties and reparations had to be fixed. The deaths or injuries stemming from an affray may not be cold-blooded acts, but, resulting from the passion of the fighters, they are not accidental or unintentional either. But even the nature of the passion might be subject to some evaluation. Brawls being what they are, regardless of who if anybody emerges victorious, either party,

respect to the Hebrew Bible the terminology is clearer. With the exception of Num 26:9, which refers to Dathan and Abiram's challenge to Moses' authority, the *hiphil* and *niphal* forms of the verb *našah* denote a violent encounter whereas the term *rib* means a conflict, though heated, but a non-violent one. I will exclude the brawl between the brothers recounted by their mother, the widow of Tekoa, because it was not a legal case but a parable concocted by Joab as a ploy to get King David to recall Absalom from exile (2 Sam. 14:1-23).

2) The same applies to Roman law. The *Digest* states that losses stemming from a *turba*, a tumult, were actionable for damages. Labeo said that two men or even three or four men having a *rixa*, a brawl, would not qualify as tumult, because it wouldn't cause that much of disturbance whereas ten or fifteen men going at it would be a tumult and therefore actionable (D., 47,4,2-3). In the Common Law, by the early sixteenth century, if two people fought because of "hot blood or a sudden falling out" and neither was killed, the case was heard in a *leet* court, a manorial court that met twice yearly to hear minor cases punishable by fine. If either or both were wounded, it was considered assault and battery. (William HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. 5 (London: Mathuen, 1945), pp. 199-200; Frederick POLLOCK & Fredric MAITLAND, *The History of English Law*, vol 1 (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1968), pp. 531-532, 580).

once the fight started, intended to inflict bodily harm ⁽³⁾. Furthermore, at any time in the fracas the culpable fighter could have restrained himself before seriously harming his opponent. The possibility that the affray could have been avoided altogether if one of the two adversaries chose not to fight back after being struck first (thus the issue would be an assault rather than affray) must also be considered. In addition, the injuries sustained by innocent bystanders has to be considered.

The legal material from Mesopotamia and Asia Minor treats brawling in the manner just described, that is, as a matter of reparations for injury intentionally inflicted but lacking premeditation. The laws of the city-kingdom of Eshnunna (c. 1770 B.C.), provide the earliest mention of the legal consequences of a brawl ⁽⁴⁾. LE 47 specifies that the person who inflicted any serious injury on a person in the course of a brawl (Akk. *ina šigištim*) must pay the injured party ten shekels of silver. The five sections of the Eshnunna Laws that precede #47 specify the penalties for assaults resulting in serious injuries without mentioning accident, negligence, or brawling and hence

3) This does not seem to be the case in Roman law. A death as a result of a *rixa* was regarded as accidental. (Adolf BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia: American Philosophical Society, 1953), p. 686).

4) J.J. FINKELSTEIN in his translation of the laws of the Sumerian King Ur-Nammu (c. 2100) that appeared in *ANET*, p. 524 rendered sec. 16, "If a man, *in the course of a scuffle* [emphasis mine], smashed the limb of another man with a club, he shall pay one mina of silver". The troublesome verb here is *al-mu-ra-ni*. In a translation he subsequently prepared for publication in *JCS*, 22 (1969), 77-82, he changed the rendition to "in a deliberate attack" (p. 66). ROTH's translation (p. 19) is similar in omitting reference to a brawl.

were probably intentional. These penalties were higher: biting off a nose or destroying an eye, a mina (60 shekels); a tooth or an ear, a half mina (30 shekels); a severed finger, one-third of a mina (20 shekels); a broken hand or foot, a half mina, and a broken collarbone, one-third of a mina. The only penalty that was the same as the one in LE 47 dealing with brawling (10 shekels) is in LE 42 for a slap on the cheek, a compensation more for damaged honor than one's injured body. LE 47A stipulates that if the brawl (Akk. *risbatum*) resulted in the victim's death, the brawler who caused the death shall pay two-thirds of a mina (40 shekels) of silver (to whom not specified). This is the same penalty that the owner of a habitually goring ox or vicious dog paid when such animals caused a free person's death⁽⁵⁾. We can conclude from the Eshnunna material that a death caused in the heat of passion of a brawl was on the same level of culpability as a death due to negligence, and the case was settled by composition⁽⁶⁾.

Hammurabi's laws (c. 1750 B.C.) indicate that deaths and injuries that stemmed from brawling homicides were regarded as unintentional but not accidental. LH 206 stipulates that if a man wounded another man in a brawl, the assailant's obligation was

5) LE 54, 56. LE 55, 57 specify a payment of fifteen shekels if a slave is gored or mauled to death, but this is more a matter of compensating the owner of the slave for his property loss than penalizing a culpable person with a fine.

6) Like the Babylonian collection that came after it, the Hammurabi collection, Eshnunna has nothing directly to say about cold blooded murder. We may assume that in both laws it was a capital offence. See e.g., LE 12, 13, 24, 58; LH 1, 3, 14, 21, 22, 153.

limited to swearing that he acted unintentionally⁽⁷⁾ and paying the other man's physician. We may assume that if his injuries did not require the services of a physician, the assailant was free of any penalty or obligation towards the man he hurt. Damage to one's pride or honor was not an issue, probably because the victim had just as much intention to humiliate his opponent as vice versa. LH 207 states that if the victim died and was a member of the *awilum* or noble class, the assailant, in addition to swearing that he acted unintentionally had to pay a half mina of silver. The next section (LH 208) states that if the victim was a *muškenum*, a commoner, the payment was one-third of a mina. We may assume that if the assailant could not swear that his act was unintentional, malice was presumed and heavier penalties could be inflicted including talion⁽⁸⁾. So then, if one aristocrat should blind an eye, break a bone, or knock out a tooth of another aristocrat, talion was applicable⁽⁹⁾. If a pregnant noblewoman died as a result of an assault, vicarious punishment was visited upon the noble assailant's daughter, that is to say, his daughter was put to death⁽¹⁰⁾. If the blinding, fracturing, or loss

7) *ina idu amhaṣu* Lit., "I did not strike knowingly".

8) G.R. DRIVER & John C. MILES, *The Babylonian Laws*, vol. 1 (Oxford: Clarendon Press, 1960), pp. 406-413, 494-501.

9) LH 196, 197, 200. If a death resulted, on the basis what is implied in LH 1, the death penalty would be inflicted. Since the talion in each case is something "they" shall inflict rather than "he", we may assume these punishments were inflicted under a court's supervision. If the noble parties agreed to composition, that was a private matter.

10) LH 210. LH 209 states that if only a miscarriage resulted, there was a payment of ten shekels. This was the only situation where talion was not available when one nobleman victimized another.

of tooth was done to a commoner by a nobleman, there was composition. The striker payed a mina for the eye or broken bone and one-third of a mina for the lost tooth (¹¹). If an aristocrat beat a pregnant commoner and caused a miscarriage, he paid five shekels for the loss of the fetus, half what he would have had to pay if the woman was of noble extraction (¹²). If the pregnant commoner died of the beating, he paid a half mina of silver, just ten shekels more if the victim was a slave owned by fellow aristocrat (¹³). A physical assault that damaged one's honor rather than one's body, such as slap on the face, as previous stated, was of no legal consequence if it occurred during a scuffle, but if the assault was of the type that was not within the scope of LH 206, there was a presumption of malice, and striker had to pay for the damage to one's honor. If a nobleman slapped a nobleman of higher rank, he was publicly flogged sixty times; if the two noblemen involved were of equal rank, the perpetrator paid a mina (¹⁴). One commoner slapping another carried a far lighter penalty, ten shekels (¹⁵).

Tablet A of the Middle-Assyrian Laws (c. 1300 B.C.) is unique in that it is exclusively concerned with marriage and legal rules as they applied to women. Even if we assume that brawlers

11) LH 198, 201. As stated in n. 5 above, the assaults on slaves (LH 199, 213) were a matter of *res* rather than *persona*.

12) LH 211.

13) LH 212, 214.

14) LH 202, 203.

15) LH 204.

are usually men and the gender of the nouns used in these laws reflect that customary assumption, it should not be too surprising, given the context and apparent purpose of MAL A to find a law that applied to brawling as applied to women (¹⁶). We may assume that an altercation between two women would not be treated in the local laws any differently than if the combatants were both men and therefore was of no interest to the compiler of this tablet, but a case involving an assault and injury of a sexual nature made by a woman brawler upon a man was an issue that the compiler could not ignore (¹⁷).

The law in question, MAL A 8, states that a woman who, in the course of a fight with a man, crushed his testicle had one of her fingers cut off; if she crushed both testicles or the second one became irreversibly damaged despite the best efforts of a physician, parts of her body are cut off. The state of preservation of the tablet makes it impossible to determine which parts. Given the sexual nature of the offense, and use of the word *kilallun*, which means both, the most likely candidates for mutilation would be those female sexual characteristics which, like the testicles, are in pairs, the breasts or the nipples (¹⁸). There was no

16) DRIVER & MILES, *The Assyrian Laws* (Darmstadt: Scientia Verlag, reprint, 1975), pp. 30-31.

17) MAL 9 excepted, all other assaults in MAL A are concerned with men causing miscarriages (MAL A 21, 50-52, 57).

18) Shalom M. PAUL, "Biblical Analogues to Middle Assyrian Laws", in Edwin B. FIRMAGE *et al.* (eds.), *Religion and Law: Biblical-Judaic and Islamic Perspectives* (Winona Lake, Ind., 1990), p. 337.

provision for ransom (19). If only one testicle was damaged, the man's reproductive capability was not at an end, and it would seem that outrage at the indecency of the assault prevailed over any notion of composition, but when the woman inflicted injury that permanently ended his ability to propagate, more drastic measures were indicated. Talion, if strictly applied, would mean destroying the woman's reproductive organs, such as the uterus or ovaries, but the Assyrians did not utilize talion as a punishment and, in any event, such a procedure may not have been within their surgical capacities. The next section does not concern itself with brawling but is concerned with a man who makes an indecent assault on a woman's genitalia (20). The penalty is the same as a woman assaulting a man's genitals, severing the finger (21). When both testicles were destroyed, a more drastic penalty had to be found. If talion is ruled out, because, as just noted, it was not an Assyrian mode of punishment, vicarious punishment, which in this case would have meant castrating the woman's husband, was not provided for either. Unlike Hammurabi, who viewed vicarious punishment

19) The preceding section of MAL A which dealt with a simple assault by a woman against a man did provide for ransom, thirty minas of lead, and she was also beaten with rods twenty times.

20) I here follow ROTH's rendition of *ki bure epussi [ub]ta'eruš* in preference to others who prefer to render *bure* to mean a small child thus rendering the phrase "to treat like a child", which is less sensible in terms of contrast with sec. 8 and more sensible in terms of what the second part of this law says. (See n. 21).

21) In the same section a man who steals a kiss from a woman has his lower lip cut off. This is a clear example of punishing the peccant member and forms a counterpart to the first part of this law.

as a variation on talion, the Assyrians appear to be opposed to vicarious punishment as a matter principle (22). MAL A 2 states that the immediate family of a woman who spoke improperly or blasphemously shall not be criminally liable for what she might have uttered. MAL A 50 states that if a man struck another man's pregnant wife causing her to miscarry, "they shall treat him as they treated her". This rule can be forced to make sense only if the assailant's wife happened to be pregnant at the time of the assault. It is highly unlikely that the legislator would rely on such a coincidence to settle this issue. Alternatively, the same section specified payment for the loss of the fetus. Section 55 of the Middle Assyrian laws is not, strictly speaking, vicarious punishment. It states that if a man raped an unbetrothed virgin who was still living in her father's house, the father shall seize the rapist's wife and have her raped and not restore her to her husband. This made the wife sexually tainted in the same way his daughter was. Certainly emotionally painful to the rapist, but it was not vicarious punishment as Hammurabi would understand it. If it were, the father himself would do the raping rather than have someone else or others do it. Also, if this were vicarious punishment, it would be the rapist's daughter that would be victimized, not his wife. In short, the Assyrians' understanding did not view talion or vicarious punishment as viable alternatives to composition or mutilation as Hammurabi did.

22) *Contra*, DRIVER & MILES, *Assyrian Laws*, pp. 35, 347. Cf. LH 116, 210, 230. The Deuteronomist felt the same way (Dt. 24:16).

Section 174 of the Hittite Laws (c. 1500 B.C.) stipulates that if two men fought each other and one killed the other, the killer shall give one person (23). The opening section of these laws states that if anyone killed a man or a woman “in anger” (24), he shall give four persons (25). According to LHitt. 3, if the killing was accidental, the wergeld was two persons, the same number if a slave was killed in anger (26). As shown above, Hammurabi regarded a death at the hands of a brawler as an unintentional act arising from the heat of the altercation, and Eshnunna also viewed such a homicide as unintentional, and its gravity, of which, as far as penalty was concerned, was on a par with a death as a result of negligence. The Hittite law differed from those two by regarding a killing at the hands of a brawler as an act to be considered apart from a crime committed in anger, the contributory factor of anger notwithstanding. The brawler obviously intended to harm his adversary, but he went beyond

23) The “person” or “persons” referred to in the Hittite Laws might be slaves, because the Sumerian word meaning heads is used, a term in Mesopotamian legal literature used to refer to slaves. (See Ephraim NEUFELD, *The Hittite Laws* (London: Luzac, 1951), p. 130, n. 8 for discussion). Harry HOFFNER, Jr. in his translation of this section uses the word slave and persons in LHitt. 1-3 (pp. 217, 234 in ROTH). Other translators such as NEUFELD, pp. 1, 47; Johannes FRIEDRICH, *Die Hethitische Gesetze* (Leiden: Brill, 1959), pp. 17, 79 and Albrecht GOETZE, *ANET*, pp. 189, 195 use person or persons throughout.

24) So NEUFELD, p. 1. Others render “in a quarrel” thus blurring the distinction that these laws make between death in an actual altercation as opposed to an act of passion.

25) Here and in LHitt. 2-5, according to HOFFNER and NEUFELD, the guilty party must also see to the burial of his victim.

26) LHitt. 2. The accidental killing of a slave costs the killer one person (LHitt. 4).

harm to homicide. The law here seems to take cognizance of the possibility that the victim might have done the same thing to his antagonist had he had the luck or skill, or he might have been able to avoid his misfortune by shrinking from combat. In the light of these considerations, the Hittite legislist apparently decided to fix a penalty that was not only much lighter than a homicide done in passion, but one that was even lighter than one done accidentally.

Understanding the laws in the Pentateuch dealing with brawling is complicated by the fact that they are found in law collections which appear as parts of larger literary strata. The theological and moral predispositions of the writers in each literary stratum must be considered, not to mention the attitudes of the later editors who were responsible for the final redaction of these texts. The material we have been dealing with up to now presents no such problems.

The earliest legal information on brawling in the Hebrew Bible comes from two provisions in the Covenant Code in Exodus 21. Whereas all the other law corpora deal with deaths or serious injuries from brawls, the first law to appear on the subject in the Covenant Code, Ex. 21:18-19, deals with the more common outcome of brawls, that is, injuries that are only temporarily disabling. The law states: "If men (27) argue (Heb. *yerivun*) and one man strikes another with a rock or a fist, but he

27) The Syriac and Hexapla have "two men".

does not die, but falls ill (28), if he gets up and goes about out-of-doors with his staff, the striker is free (of penalty); he shall pay only for his [the victim's] idleness and healing”.

The Hebrew verbs in the prodosis, *yerivun* and *hikah*, clearly show what happened. A heated argument got out of hand, and violence ensued with the two men going at each other with their bare hands or any hard object that may be at hand (29). The fight ended without death or permanent injury to the loser, but he was temporarily unable to function normally, and his wounds required attention. The assailant's responsibility was limited to paying for the victim's loss of income or productivity during his period of incapacity and defraying his medical costs. The words, *venigah hamakeh*, the striker is free (of penalty), indicate that bloodguilt or monetary payment as punishment was excluded from consideration. The legislist regarded the payments mentioned in the law not as a penalty or punishment for wrongdoing but as reimbursement of the other man's expenses. There is a similarity here to LH 206, except that in the latter the perpetrator's obligation to the victim was not limited to curable injuries. As we have already adduced in the discussion of the Hittite law, even if there was a passionate intention to do harm, the intention was mutual, and it was only the luck and skill of the assailant that

28) Lit., “He falls that he lies down”.

29) PAUL, *Studies in the Book of the Covenant in the Light of Cuneiform and Biblical Law* (Leiden: Brill, 1970), p. 67; Julius MORGENTHARN, “The Book of the Covenant, Part II”, *HUCA*, 7 (1930), pp. 30-31; Albrecht ALT, “The Origins of Israelite Law”, in *Essays on Old Testament History and Religion* (Garden City, N.Y.: Doubleday & Co., 1967), pp. 114-115. For discussion of the term *rib*, see above.

prevented the victim from doing the same or worse to his assailant. Indeed, both men could have suffered the injuries of the type intimated by this law, payments of the kind described could have moved in both directions. Furthermore, the outcome could have been much worse. The assailant, by virtue of restraining himself (or being restrained by others?), prevented more serious consequences (30).

The words *venigah hamakeh* are unusual for another reason. Laws usually come into being when there is a need or desire to forbid or require a certain action with compliance ensured by specifying a punishment or sanction if the rule is violated. If there was no significant wrongdoing to be identified and punished, then why legislate? As we shall discuss at greater length below, the Hebrew Bible's jurists maintained that life is sacred, and the law, therefore, must treat homicides and assaults that result in permanent injury in ways that are special and different from other societies. By introducing this rule the legislator made an implicit statement that the sanctity of life doctrine does not apply in this instance (31).

30) There is no reason to assume that going about on one's staff meant that the payment was limited to a partial recovery from his injuries, because the victim still was unable to do heavy field work (See ALT, p. 115). It was not unusual for men to go about in public with a staff in hand whether they were disabled or not. Indeed, one may take the expression to mean that the patient completely recovered (cf. Gen. 32:10; 38:18, 25; Ex. 12:11; 1 Sam. 17:40).

31) Hittite laws dealing with incest furnish further examples legislating what was permitted. LHitt. 190-191 which permitted certain sexual unions in order to clarify what unions were forbidden. LHitt. 194 permitted certain unions with slave women that would probably have been prohibited if the women were free. LHitt. 192-193 permitted a version of levirate, probably as a concession to an unusual local practice. (See my

Because it contains the first and fullest reference to talion, Ex. 21:22-25 has been the subject of extensive commentary from antiquity to modern times (³²), but as the prodosis clearly shows, this law was originally and primarily concerned with what happened when an innocent bystander was injured as a result of the affray, and a special bystander with a special injury at that, a married pregnant woman who had a miscarriage, not *lex talionis*. We render the rule as follows: (vs. 22) If men fight and push a pregnant woman causing her to have a miscarriage, and there is no other serious harm [Heb., *'ason*], he shall be fined what the husband demands, and he shall pay based on reckoning [Heb., *venatan biflilim*]. (vs. 23) But if there is serious harm, you shall give life for life, (vs. 24) eye for eye, tooth for tooth, hand for hand, foot for foot, (vs. 25) burn for burn, wound for wound, bruise for bruise.

The problems these verses pose are many. The verb we have translated as push appears in the plural implying that both (or all) the fighters were responsible for the *'ason*, but when it came to pay the penalty only the directly responsible party was liable. In

"Legal Rules on Incest in the Ancient Near East", *RIDA*, 35 (1988), 85-96. LHitt. 197 granted immunity from punishment to a man who killed his wife and her lover *in flagrante*.

32) Also, Lev. 24:17-20; Dt. 19:21. For a survey of the modern literature on the subject see, for example, Bernard S. JACKSON, "The Problem of Exodus 21:22-5 (*Ius Talionis*)", in *Essays in Jewish and Comparative Legal History*, p. 75, n. 1 *et passim*.

the course of a brawl it is not always possible to determine whose blows caused serious injury to a bystander, unless there were witnesses as to who actually inflicted the injury. If the responsible party did not confess, the court would have to contend with either the combatants' hate-filled accusations or their self-serving silence or denials. In the absence of reliable witnesses, making all the fighters pay seems reasonable.

The meaning of the rather vague and obscure word '*ason*' has been controversial (33). Injuries that were neither permanently disabling nor irreversible were covered by the law on brawling in vss. 18-19. The difficulty arises when the term is used not only in reference to death (vs. 23), which is obviously more than just a serious injury, but the term also governs the minor injuries mentioned in vs. 25, the type that would be clearly covered by the law in vss. 18-19. Both uses of the word seem to unreasonably extend its meaning to something beyond what the original legislator intended — *prima facie* evidence of interpolation.

The way in which the text describes the penalty process when a miscarriage ensued has also caused problems (34). On the basis of the phrase '*anos ye'ones ka'ašer yasit 'alav ba'al ha'išah*', JACKSON imputes to the woman's husband the right to name any price he wished and regards the words *venatan biflilim* as an

33) See JACKSON, pp. 76-78 for discussion.

34) See JACKSON, pp. 79-81 and PAUL, *Studies*, pp. 72-73 for discussion.

interpolation⁽³⁵⁾. The phrase is admittedly vague, but the same may be said of the husband's demands (not to mention possibly outrageous) unless they were made subject to some sort of review, especially when one considers the many variables that can be brought into play. PAUL and David DAUBE⁽³⁶⁾ take note of LHitt. 17 which dealt with a pregnant free woman whom someone causes to miscarry. The penalty paid there is based on how far along she was in her pregnancy: ten shekels of silver if it happened in her tenth [sic] month and five if in her fifth month. A similar standard could well have been in force in ancient Israel, but a court might wish to consider other factors. For example, did the husband have other offspring, especially male? Did the husband have another wife or wives by whom he could sire children should the miscarriage result in a future inability to have children? If she was in the early stages of pregnancy, the fighters might not have known that she was with child, and maybe they would have been more careful if her pregnancy was obvious. There was also the issue of contributory negligence on the woman's part: Why was she, especially in her condition, standing so close to harm's way? Could she have avoided the assault? And what of the husband who, according to the law, collected the damages? Could he have protected his pregnant wife from attack? Was it possible that he was more interested in collecting damages than protecting his wife from harm?

35) JACKSON, p. 80.

36) PAUL, pp. 71-72; DAUBE, *Studies in Biblical Law* (N.Y.: KTAV, 1969), p. 148, n. 6.

A supposedly aggrieved and angry husband may not fully weigh all these factors when he presents his bill, but a court would. In short, the husband may propose, but judges will dispose. There is no need to posit interpolation here.

What has caused the most difficulty and therefore attracted the most attention are the talionic clauses in vss. 23-25 of the law. We have already noted above the apparent misuse of the word '*ason*' as indicating possible textual interpolation. Also to be considered is the shift in vs. 22 from the third person casuistic form ("If men fight and push..., he shall be fined..., he shall pay...") to the second person in the vs. 23 ("you shall give..."). Furthermore, these talionic provisions are contextually inappropriate. Verse 23b-24 mentions death and the serious deformities that are repeated in the Deuteronomic Code verbatim except for the change in preposition from *tahat* to *b*. Talion applies when the assailant is successful in killing or maiming the person he intended to harm. This is not what is described in the propositus of vs. 22. This is what JACKSON has cited as *aberratio ictus*, a blow that went astray, that is, when A intended harm to B, but missing his aim, hurt C instead (37). Since the actual victim was not the intended one, talion cannot apply. If the bystander woman had died, as vs. 23 envisions, the asylum provisions for unintentional homicide in vs. 13 of the Code would apply, and the perpetrator would pay no penalty. The injuries listed in vs. 25 are minor and curable and to which talion also does not apply and would come under the rubric of the rule

37) JACKSON, p. 88.

in vss. 18-19 discussed above. This does not mean that vs. 25 should be moved to follow vss. 18-19 (38). Talion applies only when bloodguilt is present, a condition explicitly excluded by the phrase *venigah hamakeh*. In sum, a rule which (like vss. 18-19) had a very narrow focus, namely, the legal consequences of an innocently bystanding pregnant wife loosing her baby as result of being pushed during a brawl was used by a later editor as the place to insert a *lex talionis*.

The question is why the insertion of talion and why was it placed where it is. The most significant theological and jurisprudential difference between the law collections of the Hebrew Bible and those of Mesopotamia was the identity of the legislator and the promulgator. In Mesopotamia the king assumed both roles acting under the command and inspiration of a god or the gods. A king was expected to be a *šar mešarum*, a king of justice and equity whose laws embodied the cosmic truths (Akk. *kinatum*) of which the gods were the custodians. The drafter (in consultation with scribal jurists) and promulgator of the laws of Hammurabi was Hammurabi himself implementing cosmic truths emanating from Shamash, the god of justice (39). The laws in the Hebrew Bible are ascribed directly to Yahweh. Moses, who was not a king, was a law promulgator not a law maker (40). This

38) E.g., Rudolf KITTEL (ed.), *Biblia Hebraica* (Stuttgart: Wurtt. Bibelanstalt, 1949), p. 110, n. on Ex. 21:19.

39) Moshe GREENBERG, “Some Postulates of Biblical Criminal Law” in M. HARAN (ed.), *Yehezkel Kaufmann Jubilee Volume*, pp. 6-7, 9-11; PAUL, *Studies*, pp. 3-26.

40) The parable cited above (n. 1) indicates that the king had a role in the judicial process which included hearing petitions and acting on them,

means that if the laws do not appear to serve a moral purpose consistent with the legislator's or the redactor's theology, then the legislator or the redactor would take the necessary steps to make that happen.

Of the three law corpora found in the Hebrew Bible, the Covenant Code has the most secular and the most narrowly legal cast, and based on its content and draftsmanship bears very close resemblance to the cuneiform material discussed above. The biblical writer wanted to make clear to his readers that initial appearances to the contrary this law was of directly divine origin and part of a covenant that Israel was party to and must live by. This involved employing the historical prologue form of the Hittite vassal treaties and the prologue-epilogue form found in the Mesopotamian law collections (41). By way of prologue, like the vassal treaties, there was an appeal to history, in this case, the redemption from Egyptian bondage (42). The reward that Israel will reap for keeping the covenant would be by being a special people from among all others, by being for Yahweh "a kingdom of priests and a holy nation" (43). The prologue also included an

but he apparently had none in the legislative process. On the role of Moses as prophet in this process, see David Noel FREEDMAN, "The Formation of the Canon of the Old Testament", in FIRMAGE, *Religion and Law*, pp. 326-331.

41) George E. MENDENHALL, *Law and Covenant in Israel and the Ancient Near East* (Pittsburgh: The Biblical Colloquium, 1955); PAUL, *Studies*, pp. 27, 36-37, 100-101.

42) Ex. 19:4; 20:1-2.

43) Ex. 19:5-6.

exhortation to loyalty to Yahweh and moral living as apodictically stated in the Decalogue, and a final and unequivocal statement that these are, indeed, Yahweh's laws of which Moses is the proclaimer: "These are the rules [Heb. *mišpatim*] that you shall place before them" (44). Immediately preceding this statement are two divine ordinances which Moses was to announce to the people: They should not make any idols of gold or silver and how an altar was to be constructed. That these purely cultic directives immediately preceded the Covenant Code itself was not a haphazard matter (45). The epilogue of the Code is similarly constructed. A group of moral and religious exhortations and a cultic directive, in this case a holiday calendar, come at the end of the Code (46).

With regard to a compilation so apparently secular in character as the Covenant Code, simply framing the Code with cultic directives and moral exhortations was insufficient to an editor who regarded human life as sacred. The editor maintained that Yahweh's laws for Israel were morally superior to those of the mortal monarchs of other nations, because murder to Yahweh was not merely a crime but a sin, and the editor felt that the law should clearly reflect that idea (47). This attitude towards murder

44) Ex. 21:1.

45) Ex. 20:2-14, 19-23.

46) Ex. 22:18-23:13, 19b; 23:14-19a.

47) See GREENBERG, "Postulates", pp. 11-13, 15-20; ID., "More Reflections on Biblical Criminal Law", in *Scripta Hierosolymitana*, 31 (1986), 2-3, 15-17; PAUL, *Studies*, pp. 37-41, 100-102 for full discussion.

also explains why the editor reformed the *lex talionis* which Hammurabi regarded as an aristocratic prerogative to apply to everyone regardless of social station. The criminal law of the Pentateuch makes no distinction between high and low born or citizen and alien (48). If that is so, then Ex. 21:22 had to be morally and theologically troubling, because it treated the woman's miscarriage (which was regarded as the husband's loss) as a matter to be settled by composition, the same way the laws of idolatrous kings treated the matter (49). Moreover, composition for the loss of a fetus implicitly denies legal personality and full humanity to someone created in Yahweh's image. Even though the miscarriage was not intentionally caused, the editor of the Covenant Code evidently felt that this rule could be interpreted as a contradiction of the principle that ransom is not to be accepted whether the homicide is intentional or accidental (50). It was precisely at this point in the Code that the editor deemed it appropriate to state in the strongest way possible that nothing up this point in the Code or hereinafter should be construed as in any way negating the notion that human life is sacred and therefore cannot and indeed must not be financially bargained for. Since this provision dealt with brawling, the editor rather clumsily added curable injuries that come from brawling. In the Deuteronomic version of the talion the injuries are the same

48) This position is most strongly enunciated in P. E.g., Lev. 24:17, 22.

49) LH 209-214, MAL A 21, 50-52, LHitt. 17-18. For the Sumerian rules, see ANET, p. 525 and ROTH, pp. 26-27, 43.

50) Num. 35:31-33.

but the preposition is changed from *taħat* to *b*; whereas P retains *taħat* but changed the injuries. We are probably dealing with a priestly redactor who was familiar with both P and D (⁵¹).

Dt. 25:11-12 provides as follows: “If men are fighting with each other and the wife of one of them gets in close to save her husband from the man who is hitting him, and she extends her hand and grabs him by the genitals, you shall cut off her hand. You shall show no pity” (⁵²). Whereas in other ancient Near Eastern law collections bodily mutilation is a frequent punishment, this is the only statute (besides *lex talionis*) in all the law collections of the Pentateuch that specifies such a punishment. This law invites comparison with MAL A 8 discussed above since both laws deal with women whose bodies were mutilated as punishment for their participation in a brawl (⁵³). There are, however, significant differences between the biblical law and the Assyrian one. In the Assyrian law the woman was one of the original brawlers, whereas in Deuteronomy we are dealing with the intervention into a fight that is already under way, and the intervening woman is identified as the wife of one of the fighters, and furthermore, we are told that she chose to get involved, because her husband seemed to be getting the worst of it from his opponent. Her intervention

51) See above, n. 32.

52) Lit., “Your eyes shall not spare”.

53) See PAUL, *Analogues*, pp. 335-339, Moshe WEINFELD, *Deutero-
nomy and the Deuteronomic School* (Oxford: Clarendon Press, 1972), pp.
292-293 for discussion.

involved seizing the other man's genitals. Unlike the Assyrian law which stated that the woman's attack on the man's genitals resulted in serious and permanent injury, the biblical law makes no mention of any injury of any kind, not even of the minor sort that would be actionable pursuant to Ex. 21:18-19. For a woman to make any kind of an attack, however physically harmless, on a man in such a part of his body while he was fighting with her husband would be sufficient to distract him and possibly turn the advantage in the affray to her beleaguered husband. Viewed in this light, the punishment, reinforced by the admonition, "Show no pity", is not only unique but unduly harsh.

The issue here is not the wife's intervention *per se*, but the manner in which she intervened. The Deuteronomist omitted mention of injury to the man not because there was none, but because for his purpose, as far as this law was concerned, the issue was not injury to the man but gross immodesty on the part of the woman (54). This emphasis on immodesty explains the exhortation to be pitiless: A court might be inclined to be lenient toward the woman if she inflicted no real injury on the man (55).

Surely the situation described in this pericope could not have been a very common occurrence, but Deuteronomy should not be considered a collection of laws of the kind we have heretofore encountered. What we have here is a literary work which emphasizes social justice and personal morality expressed in a

54) *Contra*, Anthony PHILLIPS, *Ancient Israel's Criminal Law* (N.Y.: Schoken, 1970), pp. 94-95.

55) WEINFELD, p. 2.

highly homiletical and didactic way and which frequently employs the well known and venerable legal forms as a mode of expression, as in this rule which has both casuistic and apodictic components. One way in which the Deuteronomist articulated this ethical conception was, on the one hand, to vindicate and defend the reputation of those women whose behavior he regarded as virtuous and honorable but were nevertheless treated unfairly and on the other hand to see it that those women whose conduct did not meet his moral standards were dealt with condignly.

This contrast is best exhibited in the law dealing with the bride whose husband, after the *prima nox*, falsely accused her before the local elders of not being a virgin (56). Publicly flogging the man and making him pay the father of the slandered bride one hundred shekels of silver and then forcing the husband to keep her as his wife would certainly not ensure a happy marriage for the girl, but as far as the Deuteronomist was concerned a virgin in Israel must not be slandered, and insinuations about her virtue might persist despite her legal exoneration if the man were allowed to walk away from the marriage. If, on the other hand, the charges turned out to be true, to treat the matter as breach of contract whereby the marriage would be annulled and the bridegroom would get a refund of his *mohar* and perhaps a something extra to assuage his honor would be to apply silver to a moral outrage, and for the Deuteronomist a resolution of that type was unthinkable. Rather, the men of the town stoned the woman to death in front of her father's house, because "she acted

56) Dt. 22:13-21.

shamefully in Israel fornicating while in her father's house" (57). In this zeal to condemn the wayward bride, the Deuteronomist neglected his own twice stated judicial standard which specified that no one is to be put to death unless there were at least two witnesses (58). In this case, however, the unsupported allegation of a cuckholded bridegroom coupled with the inability of the bride's parents to produce a blood stained cloth that could exonerate their daughter was sufficient to secure a death sentence for an alleged offense that was neither violent nor sacreligious. In this eagerness to preserve the reputation of the already exonerated bride, he also ignored the rule that a person who gives false testimony must suffer the same penalty had the accusation stuck (59). Instead, he forced a marriage that no one could have wanted, not the husband, not the wife, nor her parents (60). It is problems such as these, especially where family or personal morality was involved, that leads one to conclude that these were not actual statute laws, but moral pronouncements cast in a legal idiom.

The case of the loyal but dirty fighting wife was the Deuteronomist's exemplification of how the way a decent woman should not act. It is no accident that immediately before he dealt with this case he took up the cause of an aggrieved woman who expressed her loyalty to her husband in a way he regarded as

57) Dt. 22:21.

58) Dt. 17:6; 19:5; cf. Num. 35:30.

59) Dt. 19:16-19.

60) The Deuteronomist would settle a rape case in a similar fashion (Dt. 22:28).

exemplary. The aggrieved woman in this case was a widow who came before the elders with a complaint that her husband died without issue, and his surviving brother refused to do his levirate duty. Although the court did not compel a marriage in this case, the author showed his sympathy to her and her cause by requiring the recalcitrant brother to be subjected to public humiliation at the hands of the widow (⁶¹).

The case involving brawling taken up by the priestly writer reflects his concern about cultic matters. In this case, the author departed from the customary apodictic or casuistic legal form and presented the case as a simple narrative. The decision as to how the matter was to be handled was deferred until Yahweh instructed Moses as to what to do. The petition of those who due to ritual impurity could not offer the paschal sacrifice at the specified time, the case of the man who gathered wood on the Sabbath, and the petition of Zelophad's daughters regarding their inheritance rights are all presented in the same way (⁶²). The divine instruction would serve as a guide and legal precedent for future cases. Lev. 24:13-23 deals with the case of a man who had an Egyptian father and Israelite mother who got into an altercation with a man both of whose parents were Israelite. In the course of the affray the man of mixed parentage uttered the divine Name. Moses had the man placed in custody until Yahweh would indicate what should be done with him. Yahweh's instructions to

61) Dt. 25:5-10.

62) Num. 9:6-14; 15:32-36; 27:1-11. All these cases are in the P stratum. Cf. Ex. 18:19.

Moses were to take the culprit outside the camp, have all who witnessed his sacrilege place their hands on him, and the entire community was to stone him to death. The pericope closes with the words, “The Israelites did as Yahweh commanded Moses”.

There has been considerable misunderstanding as to what the man did wrong. The issue was not blasphemy or cursing Yahweh; it was the improper and disrespectful use of his name (63). If any cursing took place, it was probably directed by the half Israelite against his full Israelite enemy. His utterance was probably some sort of magical incantation or formula which included the use of the tetragrammaton either to gain control over his opponent or to protect himself from him (64). This act was a clear violation of the provision in the Decalogue forbidding the improper use of Yahweh’s name and should have required capital punishment without any necessity for delay to obtain divine guidance. What apparently made the issue a doubtful one, requiring an oracle from Yahweh to clarify the matter, was the resident alien status of the guilty party (65). Yahweh’s response, given in vs. 22 was, “There shall be one law for the resident alien and the citizen”. The oracle was interpreted to mean that the obligation to show reverence and respect for Yahweh’s name was

63) See Herbert BRICHTO, *The Problem of “Curse” in the Hebrew Bible* (Phila.: Society of Biblical Literature, 1968), pp. 143-151.

64) Elias BICKERMAN, “Anonymous Gods”, in *Studies in Jewish and Christian History*, pt. 3 (Brill: Leiden, 1986), p. 279; Charles D. ISBELL, “The Story of the Aramaic Magical Incantation Bowls”, *BA*, 41 (1978), 5-16.

65) Ex. 20:7; Dt. 5:11; PHILLIPS, pp. 53-56.

the same for resident aliens and Israelites, and when that reverence and respect was not forthcoming from a man who was only half Israelite, the penalty should be the same if he were a full Israelite. In this case, stoning. As we have noted above, in situations where injuries and deaths were the outcome of brawling the law gave due consideration to the intention of the assailant. The harshness of the punishment required in this rule indicates that no consideration was given to the possibility that the utterance might have been blurted out in heat of battle and, therefore, might not have been a premeditated act. The issue here, however was not criminality or tortiousness but sinful conduct against the sanctity of Yahweh's name. What made the issue problematic was the man's foreign parentage.

This divine ruling connected to brawling afforded an opportunity for the editor to insert his views on talion as he did in the law of Covenant Code dealing with brawling. At this point in the priestly strand he deemed it fit to interpolate a statement that the "one law" rule meant that the *lex talionis* applied with no less rigor to resident aliens than it did to Israelites⁽⁶⁶⁾.

Those responsible for legal draftsmanship and legislation generally in Mesopotamia and Asia Minor saw the law of brawling as an offshoot of the law of assault. They were primarily interested in such straightforward legal issues as death or serious injury, the intention of the assailant towards his victim and vice versa. Issues such as how the fight got started, who

66) Lev. 24:1-22.

struck the first blow, or the right of the other party to defend himself or engage in reprisals were irrelevant (67). In fact, there is no evidence that brawling *per se* was an illegal act (68). In any case, it accords well with concept of *šar mešarum* discussed above.

The legal rules regarding brawling found in the law corpora of the Pentateuch are more concerned with peripheral matters. The central issue of what happened when A killed or seriously injured B in an affray never unequivocably comes up. Discussion in the Covenant Code was limited to victims whose injuries would eventually heal and the bystanding pregnant woman who suffered a miscarriage. The Deuteronomist preferred to focus on the immodest conduct of the wife of one of the fighters, and the priestly writer's concern was confined to a religious offense that might arise from a brawl. The reason for all this movement around the edges of the law of brawling rather than dealing with it head on as the Mesopotamian and Hittite jurists did was that the writers and editors of these literary strands cherished certain theological and moral concepts which they felt should be reflected in Israel's law, and the rules such we have been discussing were

67) The Common Law is otherwise. "...it is lawful for him to repel force by force; and the breach of peace, which happens, is chargeable upon him who began the affray". So William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (Oxford: Clarendon Press, 1768, reprint, 1979), Bk. III, cap. 1, sec. 1, p. 3.

68) Again the Common Law differs. An affray, as defined by BLACKSTONE, *Commentaries* (1769), Bk. III, cap. 11, p. 145 was fighting in a public place "to the terror of his majesty's subjects" by two or more persons. This was an offense against the public peace punishable by fine or imprisonment. The fighters may also be confined "till the heat is over".

exemplifications of these moral and theological concerns. It was their view that Israel, having been chosen by Yahweh to be his special and holy people, had an obligation to articulate in her law the idea that because man was created in Yahweh's image, human life is sacred and must not be subject to ransom or financial bargaining of any kind. Furthermore, since Israel's lawgiver was Yahweh himself and not any human ruler, violating his law or transgressing the moral concepts that undergirded it was a sin as well as a crime. Finally, since Israel's true sovereign was Yahweh, his majesty and name had to be reverenced and respected by all those who were subject to the protection of his covenant. In sum, the biblical writers were not concerned with the criminal or tortious aspects brawling. Their interest was to bring to bear upon the law the moral and theological conceptions that were central to their world view, and they used the language and formulations of the law to express those conceptions.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ROMAIN

José Maria BLANCH NOUGUÉS, La “ <i>certissima iuris regula</i> ” de Gayo	45
Wojciech DAJCZAK, L’uso della locuzione “ <i>bona fides</i> ” nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali	71
Maria Victoria ESCRIBANO, La ilegitimidad política en los textos historiográficos y jurídicos tardíos (<i>Historia Augusta, Orosius, Codex Theodosianus</i>)	85
Jean-François GERKENS, État de nécessité et <i>damnum incendi arcendi causa datum</i>	121
Wiesław LITEWSKI, Zwischenbescheide im römischen Prozeß	155
Jacques-Henri MICHEL, Gaius et le mandat <i>mea, tua ou aliena gratia</i>	293
René ROBAYE, Du “dominium ex iure Quiritium” à la propriété du Code civil des Français	311
Obrađ Stanojević, Gaius and Pomponius (Notes on David Pugsley)	333
Herbert WAGNER, Die <i>lex Rhodia de iactu</i>	357

La “*certissima iuris regula*” de Gayo

por José María BLANCH NOUGUÉS
(*Universidad Autónoma de Madrid*)

1) INSTITUCIONES DE GAYO, 4,112.

El presente artículo ⁽¹⁾ se titula la *certissima iuris regula* de Gayo. Este título procede del fragmento 4,112 de las Instituciones de Gayo en el que se afirma nombrándola como tal, la *iuris regula* de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas. En efecto, Gayo comienza por afirmar en este fragmento que “*non omnes actiones quae in aliquem aut ipso iure competit aut a praetore dantur, etiam in heredem atque competit aut dari solent*” y así añade a continuación que “*est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuria...*”. Y el fragmento continúa

1) Este artículo recoge y desarrolla mi comunicación presentada en la 51 sesión del congreso de la S.I.H.D.A. celebrado en Crotone y Mesina. Véase también mi libro *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano*, Madrid, 1997.

y termina con una referencia a la transmisibilidad activa de las acciones penales privadas, es decir, al heredero de la víctima.

El fragmento es fielmente reproducido en *Instituciones de Justiniano* 4,12,1⁽²⁾, y esta *certissima iuris regula* fue llevada por los compiladores como tal *regula* a D. 50,17,111,1⁽³⁾.

Instituciones de Gayo 4,112 contiene un texto formalmente clásico que, por un lado, circscribe la regla de la intransmisibilidad a las “*ex maleficiis poenales actiones*”, dejando fuera por tanto, como destacó ALBANESE⁽⁴⁾, a las acciones que llevan la pena procesal del duplo en caso de *infitiatio*, y, en el que por otro lado, Gayo distingue claramente, incluso diríamos pedagógicamente, entre acciones penales nacidas del *ius civile*, es decir, las que “*ipso iure competit*”, y acciones penales pretorias, es decir, las que “*a praetore dantur*”: en perfecta correlación con el enunciado inicial, la *certissima iuris regula* lo desarrolla, y establece implícitamente, por categorías, que las “*ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competit nec dari solere*”, refiriéndose así, respectivamente, a las acciones penales de *ius civile* y a las de derecho pretorio.

2) *Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure competit, aut a praetore dantur, et in heredem aequae competit, aut dari solent. Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competit, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed hereditibus huiusmodi actiones competit, nec denegantur, excepta iniuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur...*

3) D. 50,17,111,1 (Gai. 2 ed. prov.): *In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni iniuriae, vi bonorum raptorum, iniuriarum.*

4) B. ALBANESE, *Illecito, Enciclopedia del diritto*, p. 79 ss.

Esta *certissima iuris regula* gayana constituye en sí misma una concreción de uno de los principios jurídicos más firmemente enraizados en las convicciones jurídicas del pueblo romano: el principio del *ius civile* de la personalidad de la pena. En virtud de este principio la condena penal por un ilícito ha de recaer sólo sobre el delincuente dejando libres a sus familiares y herederos. Así, resulta representativo el hecho de que Dionisio de Halicarnaso mencionara en una ocasión como una de las más firmes costumbres del pueblo romano la de no castigar a los hijos por los crímenes de sus padres ni aunque éstos fuesen condenados por traición a la República; y ello en contra de la opinión, nos dice, de algunos griegos que consideraban que de padres malvados no pueden nacer hijos virtuosos, ni viceversa (5).

5) Dionisio de Halicarnaso (60 a.C.- 7 d.C.) se refiere a unos acontecimientos sucedidos hacia el año 483 a.C. (cita la LXXVII Olimpiada de la era antigua) en los que el ciudadano Casio fue condenado a muerte por *perduellio*, es decir, por traición a la República. A continuación se reunió el Senado para deliberar sobre la conveniencia de que también fuesen condenados a muerte los hijos de Casio siendo el resultado de dicha deliberación el de considerar que no debían de pagar por el crimen de su padre:

Καὶ ἔξ ἐκείνου τὸ ἔθος τοῦτο ὢντας τῆς καθ' ἡμᾶς διατηρούμενον ἡλικίας, ἀφεῖσθαι τιμωρίας ἀπάσης τοὺς παῖδας ὃν αὖν οἱ πατέρες ἀδικήσωσιν, εάν τε τυράννων ὄντες νίοι τύχουσιν, εάν τε πατροκτόνων, εάν τε προδοτῶν, ὃ μέγιστον ἐστι παρ' ἐκείνοις ἀδίκημα. (D.H., VIII,80,1).

También Cicerón (*de natura deorum*, 3,38,90) contrapone el mundo de los dioses en el que se castiga también a los hijos y a los nietos por los crímenes de sus padres y ascendientes, del mundo de la *civitas*, es decir, del ámbito de lo jurídico en el que no es posible una ley que ordene dicho precepto:

quem vos praeclare defenditis, cum dicitis eam vim deorum esse ut etiamsi quis morte poenas sceleris effugerit expetantur eae poenae a liberis a nepotibus a posteris. O miram aequitatem deorum: ferretne civitas ulla latorem istius modi legis ut condemnaretur filius aut nepos si pater aut avus delinquisset?

Por otro lado, D. 47,1,1,pr., que es el texto con el que se inicia el libro 47 del Digesto relativo a los *delicta privata*, contiene un fragmento de los comentarios de Ulpiano *ad Sabinum* en el cual se proclama de entrada esta regla de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales, con estas palabras:

Y en D. 48,19,26 (Call. 1 *de cognit.*) se dice: *crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest: namque unusquisque ex suo admissus sorti subicitur nec alieni criminis successor constituitur, idque divi fratres Hierapolitanis rescripserunt.*

Sobre Derecho penal romano recogemos la siguiente sumaria bibliografía: T. MOMMSEN, *Droit Pénal romain*, Trad. J. Duquesne. Paris, 1907; *Römisches Strafrecht*, Graz, reimpr. 1955; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Ed. anastática, Roma, 1976; G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934; C. GIOFFREDI, *Sulla concezione romana della pena*, *Studi in onore di E. Volterra*, II, p. 333 ss.; F. DE ROBERTIS, *La funzione della pena nel diritto romano*, *Studi Solazzi*, p. 169 ss.; J. GAUDEMÉT, *Le problème de la responsabilité pénale dans l'antiquité*, *Studi in onore E. Betti*, II, p. 483 ss.; W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römern von Romulus bis auf Justinian*, Reimp. Darmstadt, 1962; E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976; B. SANTALUCIA, *Alle origini del processo penale romano*, *IURA*, 1984, p. 47 ss.; *Note sulla repressione dei reati comuni in età repubblicana*, en “*Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*”, a cura di A. BURDESE, Padova, 1988, p. 5 ss.; *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989; *Derecho penal romano*, Madrid, 1990; *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994; P. FUENTESECA, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, 1987; P. LÉVÈQUE, *La sanction de l'homicide en droit grec et hellénistique*, *Symposium California 1990*, Weimar, Köln, Wien, 1991; T. J. SAUNDERS, *Plato's penal code: tradition, controversy and reform in Greek penology*, Oxford, 1991; V. GIUFFRÈ, *La «repressione criminale» nell'esperienza romana*, Napoli, 1993; L. GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padova, 1993; O. F. ROBINSON, *The criminal law of ancient Rome*, London, 1995; C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, Madrid, 1996.

civilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri, nec ceteros quidem successores (6).

2) REGLAS JURÍDICAS EN DERECHO ROMANO.

La regla gayana aparece pues como una de las varias *regulae iuris* que fueron firmemente fijadas y asumidas por la jurisprudencia romana como verdaderos preceptos normativos nacidos fundamentalmente en el *ius civile*.

Respecto a los orígenes de estas *regulae iuris*, CANNATA (7) refiere que los juristas de mediados de la República (concretamente cita a Tiberio Coruncanio) ya darían sus respuestas en público. Dichas respuestas no serían motivadas salvo en el caso de que alguno de los presentes lo pidiera. En tal caso, “estos enunciados explicativos debían tomar la forma de la *regula iuris*, regla con carácter normativo que sintetizaba el principio del *ius civile* del que dependía la solución concreta. La fijación y el enunciado de tales *regulae iuris* con carácter normativo –reglas generales y abstractas– representaban la llave del método interpretativo de la jurisprudencia arcaica: tenían una

6) El fragmento completo (D. 47,1,1,pr.; Ulp. 41 *ad Sab.*) dice así: *civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores: idcirco nec furti conveniri possunt. sed quamvis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim et vindicatione tenebuntur re exhibita. item conductio adversus eos competit.*

7) C.A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Trad. española: L. GUTIERREZ-MASSÓN, Madrid, 1996, p. 35; *Potere centrale e giurisprudenza nella formazione del diritto privato romano*, en *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, 1996, p. 82.

forma parecida a los enunciados de las Doce Tablas y constituían un complemento de las mismas". Añade más adelante (8) que sería extraño que las *regulae iuris* no hubieran sido objeto de obras específicas y este podría ser el objeto de los "tripertita" de Sexto Elio Peto Cato (cónsul en 198 a.C.) que, según Pomponio, contenía los elementos fundamentales del *ius civile*, y más exactamente, el texto de las Doce Tablas, seguido de la *interpretatio* y completado por la *legis actio* respectiva (9).

SCHMIDLIN (10) separó nítidamente a estas *iuris regulae* del *ius civile* de las llamadas reglas casuísticas creadas sobre todo por la jurisprudencia del Principado, las cuales representaban sólo el resultado de operaciones de simplificación y aislamiento de soluciones jurisprudenciales parecidas y reiteradas para casos análogos pero que, a diferencia de aquellas *regulae iuris*, como destaca VACCA (11), estaban siempre sujetas a la consideración

8) C.A. CANNATA, *Historia de la ciencia...*, op. cit., p. 36.

9) D. 1,2,2,5 (Pomp. *enclir. sing.*).

10) B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln, Wien, Böhlau, 1970 (recensión de C. CANNATA, *IURA*, 1971, p. 180 ss.); *Regula iuris, Standard, Norm oder Spruchregel? Zum hermeneutischen Problem des Regelverständnisses*, Fest. M. Kaser, München, 1976, p. 91 ss.

Así SCHMIDLIN en *Die römischen Rechtsregeln...* (op. cit., p. 7) nos dice que "Schon ein erster Blick auf diese Quellen lässt erkennen, daß die Regeln in zwei deutlich unterscheidbare Hauptgruppen zerfallen. Einmal besitzen wir eine stattliche Zahl von festen Einzelregeln. Teils werden sie ausdrücklich *regulae* genannt, teils sind sie ohne weiteres durch ihre Spruchform als feste, zitierfähige Regel erkennbar. Die zweite wichtige Gruppe bilden die hochklassischer und spätklassischer Zeit geschriebenen Regelbücher: die *libri regularum*".

11) L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, p. 110-111: "queste enunciazioni rappresentano cioè la massima evidenziazione del principio giuridico, considerato però non come una decisione che deve essere applicata nei successivi casi futuri, ma come risultato che non ha senso se non in rapporto al metodo casistico di cui è espressione".

crítica de los juristas a la hora de resolver el caso singularmente planteado ⁽¹²⁾. No obstante, NÖRR ⁽¹³⁾ rechazó esta neta

12) Nos encontramos ante el método de actuación de los juristas romanos: escribe M.J. GARCÍA GARRIDO (*Derecho Privado Romano. Acciones, casos, instituciones*, Madrid, 1995, p. 118-119) que “el jurisconsulto romano utiliza múltiples medios y recursos de técnica jurídica en la elaboración casuística, en la deducción de principios y reglas y en la adaptación y creación de nuevas instituciones”. En concreto distingue los siguientes grados de elaboración jurisprudencial:

“a) Caso. Supuesto de hecho que el jurista analiza en cada uno de sus pormenores o elementos. Le sirve de base para decidir con arreglo a criterios de justicia y utilidad inmediata. b) Caso-guía. Se trata de determinados casos o supuestos de hecho que, por su extenso ámbito de aplicación o por la elaboración técnico-jurídica de que han sido objeto en una o varias decisiones, se considera como patrón o modelo para la solución de casos parecidos. En este ámbito, la jurisprudencia opera principalmente con la técnica de las conexiones, en la que interviene sobre todo la analogía. c) Reglas y axiomas jurídicos. En ellos comprendemos, no sólo las *regulae* en sentido técnico, sino también los juicios y decisiones que los juristas formulan abstrayéndolos del caso-guía o conjunto de casos en el que tienen aplicación. El valor de estos juicios y axiomas resulta, tanto de su correspondencia con criterios de equidad como de su fundamento en la autoridad de los juristas que con sus decisiones similares han contribuido a crearlas”.

Sobre reglas jurídicas en el Derecho romano y la recepción de dichas reglas o axiomas a través del Derecho histórico español (sobre todo de la legislación de las Partidas de Alfonso X, rey de Castilla, en el siglo XIII) hasta el Ordenamiento jurídico español actual, véase: F. REINOSO, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1988. En España la cuestión tiene un singular interés, hasta el punto de que REINOSO defiende la vigencia actual del Derecho romano en nuestro país a través de la cita y aplicación que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo español de principios y reglas de Derecho romano. Son principios y reglas, por lo tanto, integradas en nuestro Ordenamiento jurídico según el sistema de fuentes del Derecho español. Así, dicho Autor recoge una amplia relación de principios y reglas de origen romano con la correspondiente referencia de las sentencias en las que aparecen citadas. Dicha relación abarca desde antes de la publicación del Código Civil español, es decir, de antes de 1889, hasta el año 1985.

13) D. NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, SZ, 89, 1972, p. 18 ss., véase p. 86 ss.

separación entre *regulae iuris* y reglas casuísticas y prefirió hablar de una escala de normatividad dentro de todo el conjunto de las diferentes *regulae* y en la cual las *regulae iuris* representarían la mayor normatividad admisible, pero en el seno de un Ordenamiento jurídico jurisprudencial y por lo tanto libre y casuístico (¹⁴).

El término *regula* aparece en las fuentes jurídicas (¹⁵) desde finales del siglo I d.C. con un significado ambiguo y amplio (¹⁶):

14) "... daß die Normativität der *regula* einer als Juristenrecht zu kennzeichnenden Rechtsordnung fast ein a priori ist (...). Verallgemeinernd läßt sich vielleicht sagen, daß in dem Moment, in dem sich die Auffassung durchgesetzt hatte, daß das Juristenrecht nicht nur für den Einzelfall, sondern generell *legis vice* steht, ein höher Grad von Normativität erreicht ist". (NÖRR, op. cit., p. 87).

15) Sobre el origen y la utilización del término *regula* en las fuentes literarias republicanas y clásicas véase P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, 1966. También véase tanto respecto a las fuentes jurídicas como literarias, SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtregeln...*, op. cit., p. 23 ss.

16) SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln...*, op. cit., p. 6-7: "Was aber die römischen Juristen unter Regel und Definition alles verstehen, haben wir erst aus den Quellen zu ermitteln. Es gilt, die Texte zu prüfen, in denen die Juristen ausdrücklich von *regula* und *definitio* sprechen. Nur so vermeiden wir den oft begangenen Fehler, *regula* und *definitio* mit einer allgemeinen und verschwommenen Vorstellung von Rechtsprinzip und Begriffsbestimmung gleichzusetzen oder sie nach rein theoretischen, jedenfalls ungeschichtlichen Kriterien festzulegen".

Resulta representativa de la amplitud y vaguedad con la que fueron concebidas las *regulae* por la jurisprudencia romana la definición que de las mismas abre el último título del Digesto: D. 50,17,1 (Paul. *ad Plaut.*): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*

así, dentro del término *regula*, tal y como fue utilizado por la jurisprudencia del Principado, se comprende por un lado el objeto de los *libri regularum*: es decir, todo un conjunto de reglas propiamente casuísticas y de definiciones; y, por otro lado, se engloba también dentro de este término a las verdaderas *iuris regulae*: es decir, como ya se ha dicho, reglas normativas que constituyen aplicaciones concretas de principios jurídicos reconocidos por la jurisprudencia fundamentalmente en el ámbito del *ius civile*, como por ejemplo la *regula catoniana* o la *certissima iuris regula* referida por Gayo.

Neracio escribió el primero de los llamados *libri regularum* que constituyeron en sí mismos un género literario propio, siendo posiblemente también este jurista el primero que utilizara el término *regula* en el sentido de regla jurídica. Se acepta que dicho género literario se originase a su vez en los *Pithanà* de Labeón como colección de proposiciones de lógica jurídica realizadas a partir de la tópica estoica y dirigidas a su discusión y aceptación por el conjunto de la jurisprudencia (17). Después de Neracio

17) Señala C.A. CANNATA, (*Potere centrale...*, op. cit., p. 80; *Historia de la ciencia...*, op. cit., p. 63) que para Labeón el *pithanon* se presenta como una solución casuística enunciada bajo la forma de regla. El caso concreto al que se refiere dicha solución es descrito tan sólo por los elementos de hecho que condicionan sus efectos jurídicos. Así individualizando constituye un tipo de situación concreta (*Tatbestand*); por consiguiente, la definición de tal caso representa la definición de las consecuencias jurídicas propias de todos los casos concretos del mismo tipo (...) la regla así construida es propuesta por el jurista a otros juristas para que la adopten; pero también está previsto –tratándose de un enunciado “probable”– que la corrijan o la rechacen, si la consideran incorrecta (...). Si, como se ve, el método Labeoniano de la determinación de las reglas jurídicas se inscribe en la tradición de la técnica del *responsum* propio de la jurisprudencia de los *veteres*, contradice toda la metodología anteriormente adoptada para la formación de las *regulae iuris*, porque éstas eran reglas generales y abstractas, deducidas directamente de las estructuras del orden jurídico. La innovación de Labeón reside, sobre todo, en el hecho de que se propuso utilizar solamente el método de la regla casuística para la construcción de las reglas jurídicas, lo que implica el rechazo del antiguo método que

escribieron *libri regularum*, Cervidio Escévola, Gayo, Ulpiano, Paulo, Licinio Rufino, Marcelo, Modestino y, seguramente, otros juristas (18).

desembocaba en el enunciado de reglas generales (*regulae iuris*) por medio de deducciones fundadas en las instituciones y no en soluciones concretas. Precisamente esta contribución de C.A. CANNATA respecto del nuevo método de Labeón fue destacada por A. GUARINO en la comunicación que éste último presentó en la sesión de clausura de la 51 sesión del Congreso de la S.I.H.D.A. que se tituló “Labeone Superman”.

18) SCHMIDLIN, op. cit., p. 120 ss.; STEIN, op. cit., p. 79 ss.; CANNATA, *Potere centrale...*, op. cit., p. 80-81. L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico...*, op. cit., p. 109 nos refiere que los *Pithanà* de Labeón presentan particular interés en cuanto que “compaiono soluzioni generalizzanti, impostate secondo il criterio del probabile, derivate evidentemente da soluzioni di casi concreti, e proposte agli altri giuristi per una costruzione della scienza del diritto in termini dialettici: con particolare riguardo a quest'opera, lo SCHMIDLIN ha dimostrato un rapporto assai significativo fra il metodo casistico della giurisprudenza romana e le enunziazioni di carattere “regolare” proprie della giurisprudenza classica: posto che lo schema tipico del responso, così come risulta per esempio dai *libri responsorum* di Scevola, consiste in *casus, quaestio, responsum*, e che esso di per sé presenta già un certo grado di semplificazione, con l'intento evidente di proporre un modello per la soluzione di fattispecie future, le regole di quest'epoca altro non sono che il massimo grado di semplificazione della soluzione casistica”.

NÖRR (¹⁹) incluyó a nuestra regla gayana dentro de las que él llamó Spruchregeln (se puede entender como reglas generales que establecen juicios, decisiones, sobre la validez de un acto jurídico): siguiendo a este autor vemos que las fuentes nos refieren veintitrés *regulae* como verdaderas normas de Derecho, de las que en once ocasiones las mismas fuentes manifiestan que estamos ante una *iuris regula* o una *iuris civilis regula*. Dentro de estas once reglas NÖRR nos dice que cinco de ellas tendrían forma de Spruchregeln y dentro de estas cinco está, como vimos, la *certissima iuris regula* gayana. También destacó que la expresión *regula* es especialmente frecuente en Gayo que la utiliza en ocho ocasiones: dos veces como standard o medida de la conducta necesaria para dotar de eficacia un acto jurídico, otras tres como Spruchregel, y finalmente, tres como Rechtsregel, es decir, se puede traducir, como pura norma jurídica (²⁰).

Por lo que hace a Gayo, debemos traer aquí a colación la tesis de STEIN (²¹) que sostiene que la expresión *regula* tiene en Gayo un sentido especial, más académico que en el resto de la jurisprudencia, ya que Gayo concibiría el Ordenamiento Jurídico

19) *Spruchregel...*, op. cit., p. 38 ss.

20) SCHMIDLIN niega validez a este esquema dogmático de NÖRR y así dedica gran parte de un artículo (*Regula iuris: Standard, Norm oder Spruchregel...*, op. cit.) a negar la validez de la clasificación de las *iuris regulae* en “Spruchregel”, “Standard” o “Rechtsregel”, como a rechazar las críticas de NÖRR a sus planteamientos. Por su parte SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln* (op. cit., p. 61 ss.), estudia las diferentes *iuris regulae* por razón de su contenido, ya sea en materia de testamentos y legados, de la *stipulatio*, de derecho reales, de contratos y delitos.

21) *Regulae Iuris*, op. cit., p. 94-95.

como formado por un cuerpo o sistema de *iuris regulae* que deben de conciliarse unas con otras. Sería una anticipación de la tendencia postclásica a la consolidación y clasificación de las *iuris regulae*, y la idea de Gayo respecto de las mismas sería consecuentemente más amplia que la de sus contemporáneos. Estamos, sí, ante una tesis discutible, pero no debemos olvidar el talante especialmente sistemático y didáctico de Gayo como maestro de Derecho y también, creo yo, como jurista, lo que parece que pudo ser la causa de su aislamiento por parte de la jurisprudencia de su tiempo. Así, KASER (22) destacó la tendencia de los escritores escolásticos como Gayo a transformar el Derecho en un complejo de reglas lo cual tenía el peligro de disminuir la libertad de decidir los casos prácticos según los principios de justicia y equidad. Piénsese por contra en la consideración que tuvo Pomponio (23) en la jurisprudencia de su tiempo y en las palabras del jurista Javoleno objeto de amplios y profundos estudios: *omnis definitio in iure civili periculosa est* (24).

22) *La classicità di Gaio*, en *Gaio nel su tempo*, Atti del Simposio romanistico, Napoli, 1966, p. 42 ss.; esp. p. 46-47.

23) D. LIEBS, *Gaius und Pomponius*, en *Gaio nel suo tempo...*, op. cit., p. 61 ss. C.A. CANNATA (*Historia de la ciencia...*, op. cit., p. 87, n. 205, dice lo siguiente: "Gayo era pues seguramente un escritor "clásico", pero no puede ser considerado como un jurista clásico. Dejando aparte el hecho de que no era un auténtico *iurisconsultus* (sino sólo un escritor de cosas jurídicas y quizás un *magister iuris*), adolecía de un pensamiento jurídico de aire clásico. Escribía como si estuviera convencido de que se puede explicar derecho a cualquier persona con la sola lectura de un libro, pero tal convicción únicamente puede pertenecer a un espíritu superficial".

24) A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966; B. ALBANESE, "Definitio periculosa": un singolare caso di "duplex interpretatio", *Studi Scaduto*, 1967 [= *Scritti Giuridici*, I, p. 301 ss.]; A. GUARINO, D. 50,17,202: "Interpretatio simplex", *Labeo*, 14, 1968, p. 65 ss.; *Javoleno e le definizioni, Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, p. 155 ss.

Pero además en Instituciones 4,112, Gayo califica su regla con la expresión *certissima*. Sorprende el poco eco que ha tenido esta expresión entre la doctrina. El término *certissima* sólamente es utilizado por Gayo en esta ocasión queriendo decir que estamos ante una regla firme, indiscutida, segura. Por otro lado podemos constatar que las voces *certissima*, *certissime*, o *certissimi* son utilizadas en fuentes muy tardías: así, aparecen en dos ocasiones en el Código teodosiano, en veinticuatro en el Código de Justiniano, una en el Breviario de Alarico, *Interpretatio* de las Sentencias de Paulo y finalmente una en el Breviario de Alarico, Novelas de Teodosio (25).

Vemos pues que la expresión *certissima* se halla en fuentes muy tardías como término común en el lenguaje de la Cancillería imperial. Sin embargo no creo que se pueda pensar, sin más, que estemos por ello ante un glosema postclásico a las Instituciones de Gayo. También podemos plantearnos si no estaríamos entonces ante una prueba en favor de la tesis de STEIN que concibe los *libri regularum* como género literario formado por colecciones de simples reglas jurídicas escritas dogmáticamente por la mayor parte de los juristas del siglo II y III como

25) P. Sent. *Interpretatio* 1,17,1; 2,24,8; C.Th. 8,18,5; 10,32,2; C.Th. Brev. 5,6,1; C.Th.-Brev. 10,3,2 (*interpret. visig.*); Nov. Th. Brev. 9,1,1. Y, por supuesto en I.J. 4,12,1 que reproduce fielmente el texto gayano.

formularios de actuación práctica destinados a los funcionarios *ab epistulis* y *a libellis* de la Cancillería imperial (26). No creo que se pueda llegar tan lejos, máxime, cuando estamos hablando de una auténtica *iuris regula* normativa fundada en el *ius civile* y no en una de tantas reglas casuísticas contenidas en los *libri regularum*.

Pero la cuestión está en determinar cuál es el grado efectivo de normatividad de una *iuris regula* como la que venimos analizando, y ello, en el seno de un ordenamiento jurídico casuístico y jurisprudencial como es el romano: esta cuestión de la normatividad de las *iuris regulae* es uno de tantos temas de nuestra disciplina que siguen abiertos, posiblemente porque las fuentes de que disponemos son más bien escasas y en algunos casos ambiguas lo que da lugar a discusiones continuas en el seno de la doctrina.

Las *iuris civilis regulae* tenían valor de norma jurídica que en cuanto tal norma limitaban la autonomía de la voluntad de los

26) P. STEIN, *Regulae Iuris*, op. cit., p. 80-81: “For what audience were these works intended? Not for students beginning the study of the law. The presentation is totally unsystematic even by the unexacting standards of the classical period and the subject matter is too detailed for those lacking a grounding in law. Clearly the *Regulae* were written for people who knew some law but who were not interested in arguments and reasons, i.e. people who required working rules of thumb to guide them in the routine cases with which they had to deal. I suggest that the typical reader whom the authors of *Regulae* had in mind was a subordinate official in the bureaux *ab epistulis* and *a libellis*”. Se trata de una tesis muy discutida por la doctrina pero, pese a ello R. BONINO en la recensión al libro de STEIN en la revista *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (1967, p. 447 ss.) sigue una línea ciertamente conciliadora respecto de la misma (p. 457).

particulares, no admitían pacto privado en contra (27) y fueron respetadas por la jurisprudencia por su fijeza y antigüedad. Ahora bien, también para NÖRR, en abierta polémica con SCHMIDLIN, tampoco tenían para la jurisprudencia clásica un valor absoluto e inmutable: Nörr afirma que su validez sería inferior a la de un precepto legal, si bien, subraya que su valor normativo se acentuó en época postclásica (28).

3) LA APLICACIÓN DE LA CERTISSIMA IURIS REGULA DE GAYO A LAS ACCIONES PENALES PRIVADAS.

Por lo que hace a la *certissima iuris regula* de Gayo podemos empezar declarando que su aplicación práctica es general y expansiva en el ámbito de las acciones penales privadas; pero, sin embargo, también aparecen dudas y problemas que nos revelan que no estamos, sin más, ante una aplicación en todo caso incondicional y absoluta de dicha regla. Veamos (29).

Gayo, anteponiendo el término *veluti*, cita en Instituciones 4,112 y a modo de ejemplo de “*ex maleficiis poenales actiones*” a la *actio furti*, a la *actio vi bonorum raptorum*, a la *actio iniuriarum* y a la *actio damni iniuriae* que, como sabemos, son acciones que se citan, aún también a título de ejemplo, en Instituciones de

27) D. 2,14,28,pr. (Gai. 1 ed. prov.): “*contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur...*”.

28) *Spruchregel und Generalisierung*, op. cit., p. 87 ss.

29) Sigo mi libro, *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano*, op. cit., p. 70, n. 144.

Gayo, 3,182 (³⁰) que es el texto relativo a las “*obligationes quae ex delicto nascuntur*”. Nos preguntamos: ¿cuál fue la finalidad de Gayo al citar expresamente los cuatro delitos señalados al enunciar la *certissima iuris regula*? A mi juicio Gayo, haciendo uso de un estilo netamente pedagógico, quiere destacar los cuatro *delicta* citados, simplemente, como los más importantes en la práctica, los cuales además tienen un ámbito amplísimo de aplicación dentro del Derecho penal privado romano; y también creo que los cita para destacar así que estamos ante una regla nacida en el *ius civile*.

BRASIELLO (³¹) comentó el fragmento afirmando que Gayo al enunciar la *certissima iuris regula* de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales comprende tanto a las acciones penales *ex iure civili* como a las acciones pretorias ya que alude a las primeras con la expresión *ipso iure competit* y a las segundas con la expresión *a praetore dantur*. Y STEIN, al tratar específicamente acerca de esta *certissima iuris regula* entiende que se puede asegurar, sin lugar a dudas, que la misma se refiere justamente tanto al *ius civile* como a la práctica del pretor (³²).

Sin embargo no han faltado autores que, en virtud de diversas consideraciones, han querido circunscribir la regla

30) *Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit, quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.*

31) *Corso di diritto romano. Atti illeciti e pena e risarcimento del danno*, Milano, 1957, p. 91.

32) STEIN, *Regulae Iuris*, op. cit., p. 93.

gayana sólo a los cuatro delitos citados. En este sentido es obligado partir de ALBERTARIO (33), el cual llamó la atención en diversas publicaciones acerca del significado técnico que tienen en las fuentes clásicas los términos *maleficium* y *delictum*, los cuales comprenden sólo ilícitos penales que proceden del *ius civile* y que son los únicos que propiamente originaban en el Derecho clásico las *obligationes ex delicto*. Frente al planteamiento de ALBERTARIO, SEGRÉ (34) opuso, poco después, que en el Derecho clásico, y Gayo escribe en la segunda mitad del siglo II, se va produciendo una cierta promiscuidad en el uso en las fuentes de los términos *maleficium*, *delictum* y *crimen*, y que este uso promiscuo es paralelo en el tiempo a hechos como la fijación codificada del edicto perpetuo o la progresiva sustitución del procedimiento formulario por el de la *cognitio extra ordinem*.

PEROZZI (35), de acuerdo en lo fundamental con ALBERTARIO, señalaba en sus Instituciones que en tiempos de Gayo era un principio firmísimo (*certissima iuris regula*) que las acciones que derivan de los cuatro delitos que originan obligaciones no se dirigen contra los herederos, pero que el principio (es decir, se entiende, esta *iuris regula*) fue aplicado caso por caso a las

33) E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, Milano, 1924 [= *Studi di diritto romano*, III,1, p. 141 ss.]; *Maleficium*, *Studi in onore di Perozzi*, Palermo, 1925, p. 225 ss. [= *Studi di diritto romano*, III,1, p. 196 ss.].

34) G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleciano*, *Studi P. Bonfante*, III,3, p. 500 ss. [= *Scritti varii di diritto romano*].

35) S. PEROZZI, *Istituzioni*², II, p. 91.

acciones de otros *maleficia*. Y añade que en varios textos de la Compilación es afirmado como un principio propio de todas las acciones penales. También SCHULZ⁽³⁶⁾ siguió el planteamiento de ALBERTARIO, si bien consideró a Gayo como un precursor en la extensión de términos clásicos como *obligatio* o *delictum* al ámbito de las relaciones reguladas por el Derecho pretorio; y señala como buena prueba de ello el que en los fragmentos de las Instituciones extiende el ámbito de la *obligatio ex delicto* a acciones propiamente pretorias pero que nacieron íntimamente relacionadas con acciones del *ius civile*. Tal es el caso, por ejemplo, de la *actio vi bonorum raptorum* o de la *actio iniuriarum aestimatoria*; aunque, como destaca SCHULZ, Gayo no se atreve a mencionar a acciones tales como la *actio de dolo* o la *actio metus*.

Ahora bien, MAIER⁽³⁷⁾ sostuvo en los años treinta que la *certissima iuris regula* de Gayo 4,112 se limitaba sólo a los cuatro *delicta* citados en el fragmento, es decir, *furtum*, *iniuria*, *vi bonorum raptorum* y *damnun iniuria datum*, los cuales procedían del *ius civile* o nacieron en íntima conexión con él. MAIER apoyó su tesis tanto en los planteamientos de ALBERTARIO sobre la significación técnica del término *maleficium* en el Derecho clásico⁽³⁸⁾, como también en D. 47,1,1,pr. en el se dice que esta regla se origina como *civilis constitutio*⁽³⁹⁾.

36) F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1969, p. 457 [= *Derecho Romano Clásico*, Trad. esp. J. Santa Cruz Teigeiro, p. 437].

37) G. H. MAIER, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin und Leipzig, 1932, p. 7-9.

38) *Prätorische Bereicherungsklagen*, op. cit., p. 7: “Wären *maleficia* bei den Klassikern nur die vier bekannten Hauptdelikte, wie ALBERTARIO annimmt (*Riv. dir. comm.* 23 (1921), 1, 500; *stud. Perozzi*, 223 ss) so wäre gewiß und offenkundig daß Gaius keinen allgemeinen Satz von der Unvererblichkeit aller Deliktsklagen aufstellen wollte”.

39) MAIER, op. cit., p. 9: “Selbst wenn man hier mit BESELER (1,4) [y BONFANTE, *Corso*, 6, p. 127] *civilis constitutio* streicht, spricht durch der

Por su parte, RICCOBONO que defendía en un artículo (⁴⁰), y en función de dos textos del Digesto (⁴¹), que en caso de que el demandado fallecido hubiese muerto sin haber llegado a comparecer ante el pretor, y sin nada que hubiese justificado tal retraso en comparecer, el pretor podía incluso llegar a fingir que se habría producido ya la *litis contestatio* y, por lo tanto, en tal caso, la acción penal se proyectaría hasta el heredero del

Ursprung aus Ulpian's Sabinuskommentar (oder Sabinus selbst) entschieden dafür, daß es sich um eine für die zivilrechtlichen Klagen geformte Regel handelt".

40) S. RICCOBONO, *Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte [fr. 10§2 D. 2,11 und fr. 33 D. 44,7], SZ. 47, 1927, p. 75 ss.*

41) D. 44,7,33 (Paul. 3 *decret.*): *Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo.*

D. 2,11,10,2 (Paul. 1 *ad Plaut.*): *Qui iniuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam, ut adversarius suus iudicio sistat: commissa stipulatione mortuus est. non competit heredi eius ex stipulatu actionem placuit, quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur, iniuriarum autem actio heredi non competit. quamvis enim haec stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est: nam et defunctus si vellet omissa iniuriarum actione ex stipulatu agere, non permitteretur ei. idem dicendum esse et si is, cum quo iniuriarum agere volebam, stipulatione tali commissa decesserit: nam non competit mihi adversus heredem eius ex stipulatu actio, et hoc Julianus scribit. secundum quod et si fideiussores dati erant, minime dabitur in eos actio mortuo reo. idem Pomponius, si non post longum tempus decesserit: quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset.*

demandado fallecido antes de la *l.c.* Pues bien, en este contexto RICCOBONO (42) atiende a la expresión “*nec dari solere*” que aparece en nuestro fragmento gayano, Gai. 4,112, y se basa en ella para escribir lo siguiente: “las palabras ‘*dari solere*’ no están, por decirlo así, ‘de relleno’ (de más) sino que tienen un fondo particular: pueden entenderse de forma que el pretor, sin que haya tenido lugar la *l.c.*, no suele otorgar ninguna acción penal contra el heredero, pero no excluye la posibilidad de que lo haga en casos especiales”. “Gayo –RICCOBONO– sabe muy bien que aquí, como en cualquier parte, el pretor puede intervenir de manera extraordinaria. Por lo que la exclusión de la transmisibilidad de la acción penal vale absolutamente para el *ius civile*, pero, de manera relativa, para el *ius honorarium*, aún cuando este último siga regularmente la norma del *ius civile*. El pretor siempre puede impartir una acción e incluso fingir la *l.c.* cuando le parezca necesario”. Dejo constar que LENEL (43) no aceptó en su día este planteamiento de RICCOBONO, pero no es este el lugar para entrar en aquélla polémica.

Debemos añadir que *nec dari solent* es una expresión que se repite también en D. 50,17,111,1 que, como vimos antes, es el fragmento en el que se recoge como tal, y en cuanto tal, la *iuris regula* gayana. Ahora bien, en este texto del Digesto, y a diferencia de lo que ocurre en las fuentes clásicas, con la expresión citada no se alude a los delitos pretorios en general, sino que el texto pone como ejemplo de acciones que *nec dari solent*,

42) *Die Vererblichkeit der Strafklagen...*, op. cit., p. 70 ss.

43) O. LENEL, *Fingierte Litiskontestation?*, SZ., 48, 1928, p. 563 ss.

precisamente, a los cuatro *delicta* tipificados en Gayo 3,182 y Gayo 4,112, lo que podría revelar el origen postclásico del texto contenido en el Digesto o, incluso, la mano de los compiladores.

Ahora bien, frente a aquella tesis de MAIER limitadora del alcance de la regla gayana debe tenerse en cuenta lo siguiente: la práctica del pretor respecto de la aplicación de la *certissima iuris regula* gayana a las acciones penales pretorias viene también determinada por el hecho constatable en las fuentes de que hay muchas dudas acerca de cuál fuese la verdadera naturaleza de diversas acciones en el Derecho clásico, es decir, si eran acciones penales, reipersecutorias, o bien, utilizando palabras de LEVY o de KASER⁽⁴⁴⁾, cualitativamente mixtas. Así ocurre con las dos acciones penales pretorias más representativas del Derecho Romano; es decir, con la *actio de dolo* y con la *actio quod metus causa*. Respecto de ésta última, A. D'ORS⁽⁴⁵⁾ ha escrito que “la

44) E. LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im kl. röm. Recht*, Berlin, 1915, p. 139 ss.; *Die Konkurrenz der Actionen und Personen im kl. röm. Recht*, I, Berlin, 1918, p. 419, p. 429 ss., p. 489 ss., II, Berlin, 1922, p. 1 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München, I², 1971, p. 501-2; p. 611-2, p. 621, p. 626-7, II², 1975, p. 343, p. 429, p. 435, p. 559.

45) *El comentario de Ulpiano a los edictos del «metus»*, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52, 1982, p. 223 ss.; esp. 268-269. La *actio metus* aparece en las fuentes como una *actio in rem scripta* que puede darse tanto contra el coaccionante que dejó de poseer como contra el tercero adquirente de buena o mala fe. Ahora bien, la *actio in quadruplum* contenía originariamente una cláusula arbitraria en virtud de la cual cualquiera que fuese el demandado podía liberarse de pagar la *poena* mediante la restitución de la cosa o de su valor. Por lo tanto se dirigiría más contra el *factum* de retener indebidamente un bien perdido por el demandante en virtud de una intimidación que al hecho de la coacción en sí.

A. D'ORS sigue expresamente en este planteamiento de la *actio metus* la tesis de B. KUPISCH (*In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentum übertragen im klassischen Recht*, Berlin - New York, 1974) que califica como una aportación realmente positiva al estudio de esta acción.

acción penal de *metus* también es reipersecutoria; reúne los caracteres de penal y de reipersecutoria, como ocurre en la acción de la ley Aquilia, a diferencia de lo que rige para el *furtum*. Por eso mismo, la acción no es acumulable". De ahí, como no podía ser de otro modo, la problemática que presentan los fragmentos del Digesto relativos a la transmisibilidad pasiva de dichas acciones ya que esos fragmentos establecen en textos claros y sencillos que ellas mismas se dan contra el heredero por el enriquecimiento obtenido del delito del causante⁽⁴⁶⁾. Y también hay que tener en cuenta que en el Derecho clásico la jurisprudencia no había aún configurado claramente las categorías conceptuales de, respectivamente, acciones penales y reipersecutorias, y así, por ejemplo, vemos la evolución de algunas acciones que se originaron en tiempos de la República como

46) Así respecto de la *actio de dolo* tenemos:

- D. 4,3,17,1; Ulp. 11 ed.: *Haec actio in heredem et ceteros successores datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit.*
- D. 4,3,26; Gai. 4 ed. prov.: *In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit.*

Y respecto de la *actio quod metus causa* tenemos el siguiente texto:

- D. 4,2,16,2; Ulp. 11 ed.: *Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. In heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito: licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.*

acciones penales y que más tarde aparecen con caracteres más propios de una acción reipersecutoria (47).

Concluimos las observaciones anteriores afirmando pues el valor normativo y general de la regla gayana en el ámbito del Derecho penal privado romano: en D. 47,1,1,pr. se proclama de entrada, como ya hemos visto más arriba, que “*civilisconstitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec quidem ceteros successores*”. Estamos pues ante una regla nacida y fijada en el seno del *ius civile* pero que proyecta su ámbito de aplicación general a todas las acciones penales privadas. Incluso, el evidente retoque compilatorio del final del texto que viene dado por la expresión *nec quidem ceteros successores*, o quizá también la utilización del verbo *teneri* más propio de las acciones pretorias que del *ius civile*, no hace sino resaltar, paradójicamente, el respeto justinianeo por el fondo del texto. Otra cosa es, como vimos antes, cual sea la verdadera naturaleza, penal, reipersecutoria, o cualitativamente mixta de cada una de las acciones pretorias en particular.

Ya se vió arriba que la misma *certissima iuris regula* aparece recogida en Instituciones de Justiniano 4,12,1 en el que se reproduce fielmente el texto gayano. Y lo que es a mi juicio más importante: en numerosas fuentes tanto justinianeas como prejustinianeas, y así, en los títulos del Digesto relativos a las

47) Véase mi artículo: *Observaciones acerca de D. 44,7,35,pr., S.D.H.I.*, 61, 1995; *La intransmisiabilidad de las acciones penales...*, op. cit., p. 43 ss.

respectivas acciones penales⁽⁴⁸⁾ o en los textos del Código y del Digesto concernientes a los efectos de la *litis contestatio*⁽⁴⁹⁾ se afirma reiteradamente, una y otra vez, la *iuris regula* por la cual una acción no se da contra los herederos cuando y porque es penal. Se manifiesta así del cotejo de las fuentes la solidez y fijeza de una *civilis iuris regula* que viene a determinar formalmente cuándo estamos ante una acción penal y no ante una acción reipersecutoria, o lo que es lo mismo, cuándo estamos en el ámbito de una *obligatio ex delicto* y no en el de una *obligatio ex contractu*.

4) REFLEXIÓN FINAL.

Ahora bien, podemos decir algo más: es posible que Gayo al recalcar el calificativo de *certissima* de esta regla y al circunscribir de forma prudente los ejemplos de aplicación de la misma a los *delicta* más representativos del *ius civile* esté dando a entender también, de algún modo, la problemática aplicación práctica de esta regla ante la necesidad de perseguir al heredero por el enriquecimiento injusto que obtuvo de su causante. Así, en numerosas ocasiones los pretores se ven obligados a articular la artificiosa solución de dar acciones *in factum* contra el heredero

48) D. 47,1,1,pr; D. 50,17,111,1; D. 47,8,2,27; D. 9,2,23,8; D. 39,1, 22; D. 35,2,32,pr.; D. 2,13,13; D. 27,6,9,1; D. 4,9,7,6; D. 47,10,13,pr.; D. 2,4,24; D. 11,6,3,5; D. 27,3,1,23; D. 11,3,13,pr.; D. 9,3,5,5; D. 9,3,5,13; D. 42,5,9,8.

49) C. 4,17,1; D. 27,7,8,1,i.f.; D. 44,7,59(58); D. 50,17,164; D. 44, 7,26; D. 44,7,33.; D. 47,10,13,pr.

por el *id quod ad eum pervenit*, es decir, por lo que ha entrado en su patrimonio. Y no olvidemos las grandes transformaciones derivadas del paso del procedimiento formulario al de la *cognitio extra ordinem* en el seno de un creciente ambiente de absolutismo político. Así, por ejemplo, es en este ámbito de la *cognitio extra ordinem* donde se establece la persecución judicial contra el patrimonio de los herederos de un fallecido acusado *post mortem* de *crimen maiestatis* (50).

Las Instituciones de Gayo gozarán de singular prestigio en la época postclásica y justiniana, si bien, es muy revelador un fragmento contenido en Código de Justiniano 4,17,1, que reflejaría con más veracidad la práctica forense en tiempos de Justiniano. Este fragmento fue tomado de una constitución de Diocleciano recogida a su vez en el Código Hermogeniano: ahora bien, mientras en el Código Hermogeniano se dice aún que los herederos no pueden ser demandados con la propia acción penal antes de que tenga lugar la *litis contestatio*, en el Código de Justiniano parece que se tacha esta frase y se dice, sin más, que los herederos del que cometió un delito de violencia o de concusión serán demandados sólo por el *id quod ad eos pervenit* y no por el *simplum* si su causante falleció antes de la *l.c.* (51).

50) VOLTERRA, *Processi penali contro defunti in diritto romano*, R.I.D.A., 3, 1949, p. 485 ss.; U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1932, p. 127 ss.

51) *Post litis contestationem eo, qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit, defuncto, successores eius in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit, conveniri, iuris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur* (C. 4,17,1; Diocleciano y Maximiano, a. 294-305).

Licet ante litem contestatam defuncto eo, qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non possint poenali actione conveniri, tamen hos etiam in tantum, quantum ad eos pervenit, teneri, ne scelere ditentur alieno, certissimi iuris est. Auditis itaque partium allegationibus V.C. proconsul provinciae Africae, amicus noster, in pronuntiando formam iuris sequetur (Cod. Herm. II,1).

Termino con esta reflexión final: con la expresión *certissima iuris regula* estamos ante una verdadera norma jurídica que deriva de un principio unánimemente aceptado por la jurisprudencia romana; pero quizá también, en la época postclásica y justinianeña, estemos ante un punto de referencia de justicia material revestido de toda la aureola que da el haber sido afirmado por el venerable *ius civile*: estaríamos ya, por lo tanto, ante un deber ser del Derecho cada vez más firmemente expresado a medida que avanzaba el absolutismo en la comunidad política romana.

Sobre esta materia, mi libro, *La intransmisibilidad de las acciones penales...*, op. cit., p. 340 ss.

L’uso della locuzione “bona fides” nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali (*)

di Wojciech DAJCZAK

(*Torun*)

Uno dei problemi di fronte al quale si trovavano i giuristi romani nella valutazione degli effetti di un procedimento giuridico era quello di dover decidere se un contratto o alcune sue clausole avessero valore vincolante, se cioè si potesse esigerne l’esecuzione sporgendo querela. Le fonti mostrano che, prendendo decisioni a riguardo, i giuristi romani talvolta invocano il modulo della *bona fides*. Sorge pertanto la domanda: quale conseguenza giuridica comportava la *bona fides*? cosa cambia nel tempo fra quei giuristi romani che, nel valutare del valore vincolante degli accordi contrattuali, invocano la *bona fides*? quali valori venivano di volta in volta difesi da quale decisioni?

*) Ringrazio affettuosamente il Dr. Cosimo CASCIONE per la correzione linguistica del testo.

Cominciamo le nostre brevi considerazioni da un passo tratto dall'XI libro *epistularum* di Giavoleno Prisco, nato verso la metà del I secolo d.C.:

D. 19,2,21 (Iavolenus, *libro XI epistularum*).

Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia 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.

Il giurista descrive un caso in cui, dopo aver concluso un contratto di *emptio - venditio*, le parti hanno stabilito in aggiunta che, fino al momento della piena effettuazione del pagamento, l'acquirente avrebbe pagato un affitto per il fondo acquistato.

Il dubbio che impensieriva Giavoleno era allora: l'acquirente sarà obbligato a pagare l'affitto anche quando avrà completato il pagamento?

Una spiegazione logica di siffatto dubbio ci viene dalla ricostruzione delle circostanze tentata da THOMAS⁽¹⁾ e DAUBE⁽²⁾. Le parti avevano evidentemente stabilito con precisione entro quale data avrebbe dovuto effettuarsi l'intero pagamento, e nello

1) J.A.C. THOMAS, *Tenancy by Purchaser*, *IURA* 10 (1959), pp. 103 sgg.

2) D. DAUBE, *Si...tunc in D. 19,2,22pr. Tenancy of purchaser and lex commissoria*, *RIDA* 5 (1958), pp. 433 sgg.

stesso tempo avevano concluso un contratto di *locatio - conductio* di durata corrispondente allo stesso periodo.

Prendendo per buona tale ricostruzione di fatti, il quesito avanzato da Giavoleno si può dunque esprimere in questi termini: nel caso il pagamento del prezzo venga effettuato prima della data stabilita, l'accordo delle parti riguardante la durata del contratto di *locatio - conductio* rimane vincolante?

Il giurista è stato dunque messo di fronte alla necessità di scegliere se a decidere sull'obbligatorietà di pagare la quota di affitto da parte dell'acquirente intervenga la considerazione del fine ultimo del contratto di *locatio - conductio*, che era stato concluso in stretto rapporto con quello di vendita, oppure se si debba adempiere fino in fondo agli accordi riguardanti la durata della *locatio - conductio*.

Giavoleno, nel risolvere questo problema, constata dapprima che *propter bonam fidem* si devono realizzare tutti gli accordi stabiliti, ma subito dopo aggiunge che, avendo effettuato l'intero pagamento del prezzo prima della data concordata, l'acquirente non dovrà pagare più l'affitto.

Il modo di esprimersi del giurista ci permette allora di dedurre che il punto di partenza del suo ragionamento è l'accezione della locuzione *bona fides* come argomento di quel procedimento che persegue la realizzazione precisa della lettera del contratto.

Che Giavoleno intendesse *bona fides* in rapporto al mantenimento rigoroso della parola data è già stato accennato da

H. KRÜGER⁽³⁾ e M. HORVAT⁽⁴⁾. M. HORVAT indica inoltre che la determinazione di tale significato si completa nelle righe successive, nel passo che comincia con “*Sed non amplius*”.

La decisione analizzata da Giavoleno è quindi cruciale per la percezione della *bona fides* in unione alla rigorosa esecuzione degli accordi contrattuali, e la conseguenza pratica sta nel fatto che l’obbligo per l’acquirente di pagare l’affitto risulta annullato a partire dal momento in cui l’intero prezzo viene pagato, vale a dire dal momento in cui il venditore perde i suoi diritti sulla merce venduta, consegnata all’acquirente sulla base di una *locatio-conductio*.

Notando questo effetto, si può dedurre che, secondo il giurista, il richiamo alla *bona fides* può giustificare l’abrogazione del valore vincolante dell’accordo contrattuale, in quanto la sua esecuzione letterale avrebbe prodotto un effetto contrario all’intenzione delle parti contraenti.

Verso la metà del I secolo d.C., la pratica giuridica romana ha quindi adottato un modo nuovo di usare la locuzione *bona fides*, vista ora come un argomento che andava a collegare il valore vincolante dell’accordo contrattuale con il raggiungimento dell’effetto voluto dalle parti.

3) H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, ZSS 11 (1890), p. 188.

4) M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, Studi Arangio-Ruiz 1, Napoli 1953, p. 433. Sull’argomento si veda anche M. HORVAT, *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb 1939, p. 68.

Le fonti ci indicano che questa prassi è andata consolidandosi nel periodo classico; tuttavia, a partire da Celso (5), possiamo rintracciare l'uso dell'espressione *bona fides* per giustificare quel rifiuto del valore vincolante degli accordi tra le parti che escludano l'obbligo di risarcimento per i danni causati dalle azioni dolose.

Sempre stando alle fonti, nel periodo medio e tardo classico il ricorso alla locuzione *bona fides* non sarà tuttavia più limitato a risolvere il conflitto tra il senso letterale del contratto e l'intenzione delle parti.

Un caso interessante si trova nel II libro delle *Quaestiones* di Sesto Cecilio Africano, vissuto nel II secolo d.C.:

D. 28,5,47(46) (Africanus, *libro II quaestionum*).

Quidam, cum filium familias heredem instituere vellet, ne ad patrem eius ex ea hereditate quicquam perveniret, voluntatem suam exposuit filio: filius cum patris offensam vereretur, petit a testatore, ut amicum suum heredem institueret: atque ita testamento amicus filii ignotus testatori heres institutus est, nec quicquam ab eo petitum est. quaerebatur, si ille amicus aut adire nollet, aut aditam nollet restituere hereditatem, an fideicommissum ab eo peti possit aut aliqua actio adversus eum esset, et utrum patri, an filio competeret.

5) Vedi D. 50,17,23.

... si tamen, cum a filio familias rogaretur, amicus et aditum se hereditatem receperisset et restituturum patri familias facto, non absurde dici possit mandati actionem futuram: et eam actionem patri inutili fore, quia non sit ex bona fide id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit: sed nec filio vulgarem competituram, verum utili, sicuti dare placeret ei, qui, cum filius familias esset, pro aliquo fideiussisset ac pater familias factus solvisset.

Il brano riportato riguarda il caso di un ereditando che voleva nominare come proprio erede un ragazzo sottoposto alla *patria potestas*, e nello stesso tempo voleva imporre una restrizione che non permettesse al *pater familias* dell'erede di appropriarsi di tale eredità.

Per assicurarsi tale risultato, il testatore istituisce erede un amico del *filius familias*. A parte le considerazioni sulla possibilità di chiedere il trasferimento dell'eredità invocando la circostanza che l'erede è stato gravato del fedecomesso, il giurista analizza una questione importante per le nostre considerazioni: quella riguardante l'efficacia della querela contrattuale.

Il problema si riduce alla ricerca di una risposta alla seguente domanda: quando il *filius familias* ordina al suo amico di acquistare l'eredità per trasferirgliela il giorno in cui sarà diventato persona *sui iuris*, può il *pater familias* di tale *filius* intentare un'*actio mandati* chiedendo l'acquisizione dell'eredità?

In conformità alla struttura della famiglia agnatizia romana, il *pater familias* rappresentava legalmente il figlio sottoposto alla sua potestà, e godeva pertanto del diritto di acquisizione (6).

Utilizzando per la sua argomentazione l'espressione *bona fides*, Africanus ha constatato che la richiesta di trasferimento dell'eredità da parte del *pater familias* era vana, e ciò – spiega – perché questi non poteva acquistare l'eredità contro la volontà dell'ereditando.

Facendo un'analisi più precisa dell'argomentazione esposta dal giurista, bisogna notare che egli non ha legato la locuzione *bona fides* né all'interpretazione che richiama il senso letterale del contratto né all'intenzione del *filius familias* cioè di chi in realtà ha dato l'ordine. Africano non analizzava il conflitto tra il contenuto del contratto e la regola di acquisizione dei beni da parte delle persone *alieni iuris*.

Così facendo, nella valutazione del valore vincolante del contratto, il giurista non ha impiegato la locuzione *bona fides* in alcuno dei modi fin qui incontrati, e nello stesso tempo ha rinunciato anche ad usarla come la base per la critica della legge,

6) Cfr. W. BOJARSKI, *Prawo rzymskie* [Diritto romano], Toruń 1994, p. 108; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, vol.1, München 1971, p. 64; K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie* [Diritto romano], Warszawa 1978, pp. 251 sgg.; W. ROZWADOWSKI, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem zródeł* [Lineamenti del diritto romano con fonti scelte], Poznań 1992, p. 92. Ritengo che Africanus non avesse dubbi sul fatto che il *pater familias* rappresentasse legalmente il *filius familias*; ciò deriva dal fatto che stava esaminando l'efficacia dell'*actio mandati* in relazione al *pater familias* e nella parte finale del brano ha concesso al figlio, divenuto indipendente, di sporgere la querela in via analogica e non contrattuale.

onde infirmare la regola “*quod liberi nostri quos in potestate habemus... accipiunt... id nobis acquiritur*”⁽⁷⁾.

Il giurista, andando – come già nelle fonti precedenti – oltre la pratica d’uso della locuzione *bona fides* per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali, ha legato ad essa un effetto molto fine, consistente nel fatto che, pur non assurgendo a base per la critica della legge, in casi particolari tale valutazione può fungere da punto di partenza per quelle soluzioni che non corrispondono alla regola generale o alla costruzione giuridica.

Ciò detto, ne risulta che il ruolo creativo della giurisprudenza consisteva nell’indicare quando, in rapporto con il modulo *bona fides*, fossero giustificate tali decisioni.

Nel testo addotto, Africanus ha constatato che la locuzione *bona fides* richiamata per valutare il valore vincolante dell’accordo contrattuale impone una soluzione che non violi il rispetto – accolto dalla pratica giurisprudenziale – per la volontà del defunto.

Le fonti del periodo tardo classico indicano altri casi in cui il richiamo alla *bona fides* per valutare il valore vincolante dell’accordo contrattuale fungeva da salvaguardia dei valori accettati nella pratica giurisprudenziale⁽⁸⁾.

7) G. 2,87.

8) Tryph. D. 16,3,31,1.

L'analisi fatta fino a questo punto ci permette dunque di delineare chiaramente la tendenza del cambiamento dell'uso della nostra locuzione. Alla metà del I secolo d.C. e non più tardi, i giuristi romani definivano il valore di un accordo contrattuale conforme alla *bona fides* nella misura in cui esso corrispondeva alle intenzioni delle parti. Nella pratica giuridica del periodo medio classico troviamo alcune eccezioni a questa regola consistenti nel rifiuto del valore vincolante di quel *pactum* che esclude la responsabilità a titolo di *dolus*; richiamando la *bona fides* si giustificava così l'annullamento dell'obbligazione contrattuale, l'esecuzione della quale sarebbe andata contro i valori etici accolti dalla pratica giurisprudenziale. La tendenza principale è ben chiara nell'uso della locuzione *bona fides* stava dunque in valutazione del valore del contratto che garantisse il raggiungimento del risultato voluto dalle parti.

Per constatare, fino a qual punto sia giunta la giurisprudenza romana nel "tradurre" questa tendenza in soluzioni reali, torna preziosa l'opinione tardo classica tratta dal VI libro delle cosiddette *Opiniones* di Ulpiano.

Esiste una controversia fra gli studiosi sulla paternità di quest'opera. B. SANTALUCIA⁽⁹⁾ la ritiene originale di Ulpiano, T. HONORÉ⁽¹⁰⁾ la crede invece apocrifa.

9) B. SANTALUCIA, *Libri Opinionum di Ulpiano*, Milano 1971, vol. 1, p. 1 sgg.

10) T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford 1982, pp.120 sgg.

Segnalando questa polemica mi limito solo a richiamare e a condividere l'opinione di J. HALLEBEEK (11) secondo cui non si può stabilire con sicurezza se sia stato Ulpiano a scrivere questi libri: gli argomenti trattati permettono soltanto di accettare che abbiamo a che fare con un testo tardo classico. Orbene, in esso si legge:

D. 8,4,13pr (Ulpianus, *libro VI opinionum*).

Vendor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium, aut in ius eorum succendentium, per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

In questo passo si descrive un caso di vendita di un bene immobile situato sulla riva del mare: un fondo chiamato “Geronianus”. Veniamo a sapere che il venditore era anche in possesso del fondo confinante, denominato “Botrianus”. Stipulando il contratto, le parti hanno inserito una clausola – nel testo detta “*lex privata*” (12) – secondo la quale dal fondo “Botrianus”, rimasto in possesso del venditore, non si sarebbe

11) J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny. Exegesis of D. 8,4,13pr.*, TR 55 (1987), p. 48.

12) Vedi M. KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre, Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, pp. 93 sgg.; M. KASER fa notare che questo è l'unico brano nelle fonti, dove sia usata la locuzione *lex privata*, ovviamente non in senso tecnico, per indicare “privatrechtlich” la *lex dicta*.

dovuta effettuare la pesca del tonno ("*ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur*").

La locuzione "*personae possidentium*" usata nel testo per indicare il dominio dei fondi è la base di un'opinione indiscutibile nella romanistica secondo la quale il caso descritto riguarderebbe i fondi provinciali⁽¹³⁾, situati secondo J. HALLEBEEK sulla costa nordafricana⁽¹⁴⁾.

È convincente l'osservazione di A. WACKE secondo cui oggetto del contratto di vendita in esame non è solo il fondo, ma di fatto anche un'impresa da pesca e perciò la restrizione fatta dalle parti era importante per la prosperità economica dell'acquirente, garantita così dal divieto di un uso concorrenziale del fondo "*Botrianus*"⁽¹⁵⁾.

Il problema esaminato nel testo si riduce allora alla domanda: il divieto di concorrenza, concordato tra le parti aveva valore vincolante? Se sì, verso quale cerchia di persone?

Nell'inequivocabile risposta leggiamo che sul mare che *natura omnibus patet* non si può stabilire la servitù sulla base di un'accordo privato; tuttavia (*quia tamen*) la *bona fides* esige che l'alienante e i suoi successori ("*personae... in ius eorum*

13) A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotklauseln im antiken und modernen Recht*, ZSS 99 (1982), p. 213.

14) J. HALLEBEEK, *op.cit.*, p. 41; basandosi sui nomi dei fondi indicati nel testo, HALLEBEEK ipotizza che i fondi si trovassero vicino a Cartagine.

15) A. WACKE, *op.cit.*, pp. 213 sgg.

succedentium") mantengano quanto è stato fissato durante la stipula del contratto.

Il giurista ha fatto quindi notare dapprima l'inammissibilità di una servitù⁽¹⁶⁾; dopo di che, richiamandosi alla *bona fides*, ha riconosciuto il valore vincolante del negozio, e ciò non solo nei confronti dei contraenti, ma anche verso terzi. Eccoci dunque davanti un accordo che crea obbligazioni anche verso terzi⁽¹⁷⁾.

Nelle fonti tardo classiche troviamo una serie di esempi, in cui, tramite *lex contractus* efficace verso terzi, si limita ovvero esclude la possibilità di disporre di una cosa⁽¹⁸⁾. Nel testo analizzato, la locuzione *bona fides* non viene quindi usata come base per la critica della legge, ma giustifica un'altra eccezione di relativa efficacia alla regola dell'*obligatio*.

Se prendiamo in considerazione che l'obiettivo di quell'accordo contrattuale consiste nell'esclusione della concorrenza, onde garantire la prosperità economica dell'impresa di pesca, possiamo constatare che la decisione legata al richiamo della *bona fides* porta proprio al raggiungimento del risultato pratico voluto dalle parti, in linea con la tendenza già più volte riscontrata.

16) Cfr. M. KASER, *Der Privatrechtsakt...*, p. 99; M. KASER sostiene che il motivo di sconfessare una servitù derivava dall'inammissibilità di porre con essa dei limiti all'uso di "res omnium communes", mentre non forniva ostacoli la forma, cioè la costituzione di una servitù su fondo provinciale "stipulationibus et pactionibus"; così anche J. HALLEBEEK, *op.cit.*, p. 42.

17) G. PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni "propter rem"*, *Studi Volterra* 2, Milano 1972, p. 44; G. PROVERA qualifica questo caso come un esempio di obbligazione "propter rem".

18) M. KASER, *Der Privatrechtsakt...*, pp. 97 sgg. (Cfr. ivi anche per la bibliografia precedente).

Il brano che abbiamo preso in considerazione arricchisce le riflessioni precedenti, indicando che l'autore del testo tardo classico ha constatato come il richiamo alla *bona fides* per raggiungere il risultato voluto dalle parti possa portare anche al riconoscimento di efficacia dell'obbligazione verso terzi.

Concludendo, si può rilevare che – a partire dalla metà del I secolo d.C. – i giuristi romani, valutando il valore vincolante degli accordi contrattuali nei casi specifici indicati, hanno modificato la prassi di usare la locuzione *bona fides* come una premessa che esige l'esecuzione del contratto secondo la sua lettera, a tutto vantaggio di una valutazione conforme al risultato perseguito dalle parti. Restando sulla stessa linea, il periodo medio classico si rifece a quella locuzione per risolvere i conflitti che, nella valutazione del valore degli accordi contrattuali, si presentavano fra:

- il raggiungimento del risultato voluto dalle parti e la prevenzione di azioni dolose nella prassi giuridica;
- la conseguenza di una costruzione giuridica e l'esito che avrebbero invece richiesto i valori etici, accettati dalla pratica legale (per es. il rispetto della volontà del defunto);
- l'affidarsi all'effetto di una costruzione giuridica e il raggiungimento del risultato voluto dalle parti.

Le fonti analizzate mostrano chiaramente che, nel risolvere questi conflitti, la precedenza era data alle soluzioni che portavano a prevenire azioni dolose oppure alla salvaguardia dei valori accettati dalla pratica giurisprudenziale.

Circa l'ultimo tipo di conflitto, nelle decisioni del periodo tardo classico la tendenza a perseguire il risultato voluto dalle parti ha causato un'accettazione – giustificata dalla *bona fides* – dell'eccezione alla regola: l'obbligazione determina obblighi solo fra le parti.

La ilegitimidad política en los textos historiográficos y jurídicos tardíos

(*Historia Augusta, Orosius, Codex Theodosianus*)

por María Victoria ESCRIBANO

(*Universidad de Zaragoza, España*)

-I-

Como sabemos son dos, y su predominio sucesivo en el tiempo, los significados que los estudiosos reconocen a las voces *tyrannis-tyrannus* aplicadas a la representación conceptual del poder de los príncipes: el que nombra el poder despótico y califica moralmente al Augusto que abusa de su posición política -es decir, el referido a un determinado modo de ejercer el poder caracterizado por el exceso y la transgresión- y el que define el primado del emperador como ilegítimo por su manera de obtenerlo, mediante la usurpación ⁽¹⁾). La preferencia por el

*) El presente trabajo es parte de un proyecto de investigación titulado *Retórica e ideología en el pensamiento jurídico tardío (ss. IV-V)*, para cuya realización dispongo de una subvención concedida por la DGES (PS95-0132).

1) M. MAZZA, “Il principe e il potere. Rivoluzione e legittimismo costituzionale nel III sec. d. C.”, *Le maschere del potere. Cultura e politica nella Tarda Antichità*, Napoli 1986, 3-93, esp. 27 ss. (revisión y actualización del trabajo, con el mismo título, de 1976). Ya J. BÉRANGER en “Tyrannus. Notes sur la notion de tyrannie chez les Romains particulièrement à l'époque de César et de Cicéron”, *REL* 13, 1935, 85-

segundo valor semántico se corresponde con la frecuencia de los relevos políticos violentos al frente del Imperio a partir del s. III y durante el s. IV (2), fenómeno que no sólo habría modificado los *digna memoratu* de los historiógrafos desde Herodiano -imponiendo la incorporación de los usurpadores a la historia de los *gesta rerum* de los príncipes, aunque como materia subordinada en un primer tiempo (3)-, sino también, y en

94 señalaba la temprana preferencia de los romanos por los aspectos ético-morales de la imagen griega del tirano, que heredan y adaptan, frente a los político-institucionales. Sin embargo, el examen de la literatura declamatoria de los primeros siglos del Imperio o el análisis del tratamiento que Livio hace de *Tarquinius Superbus* (1,49,3) demuestran la coexistencia entre los romanos, desde el s. I a. de C. -incluido Cicerón-, de la representación del tirano como usurpador de un poder legítimo y, a la vez, como sujeto de un comportamiento moral negativo. Vid. R. TABACCO, "Il tiranno nelle declamazioni di scuola in lingua latina", *Memorie della Accademia delle Scienze di Torino*, Serie V, volume 9, Torino 1985 donde, en n. 203, recoge la discusión entre BÜCHNER y SIRAGO a propósito del pensamiento de Cicerón sobre el tirano. Hemos tratado la génesis de la noción política de *tyrannis* y el desarrollo histórico del modelo ideológico del tirano en M.V. ESCRIBANO, "El vituperio del tirano: historia de un modelo ideológico", *Modelos ideales y prácticas de vida en la Antigüedad Clásica*, eds. E. FALQUÉ y F. GASCÓ, Sevilla, 1993, 9-35, donde se puede encontrar la bibliografía al respecto.

2) Una concatenación ya establecida por F.K. SPRINGER, *Tyrannus. Untersuchungen zur politischen Ideologie der Römer*, Diss. dactil. Köln 1952, 98. Aurelio Victor sitúa en tiempos de Probo el cambio en los fundamentos del poder imperial: *Abhinc militaris potentia conualuit, ac senatui imperium creandique ius principis ereptum ad nostram memoriam, incertum an ipso cupiente per desidiam an metu seu dissensionum odio* (*Caes.* 37,5).

3) Al declarar en el prefacio a su Historia cuáles han sido los criterios axiológicos que le han llevado a elegir como objeto de *diégesis* los 58/59 años de la *basileía* romana entre Marco y Gordiano III menciona, como fenómeno político central del período, los continuos relevos en el poder imperial y como materia de análisis las vidas de tiranos y emperadores (...τυράννων τε καὶ βασιλέων βίους παραδόξους...Herodian. 1,1,4). Vid.

correlación, el léxico político. El disenso se produce en relación con el cuándo puede darse por cumplida la transformación, pues la opinión común, defendida, entre otros, por WICKERT (4), según el cual ya a comienzos del s. IV tendría vigencia el valor de usurpador para *tyrannus*, se vió cuestionada en 1977 por RÖSGER, para quien serían el *Scriptor* de la *Historia Augusta* y Orosio en sus *Historiae*, -después de los ensayos de Eutropio, Aurelio Víctor, el Anónimo autor del *Epitome de Caesaribus* y Amiano- los primeros en consolidar la equivalencia entre *tyrannus* y el que usurpa los títulos e insignias imperiales en concurrencia con el príncipe ejerciente (5)

W. WIDMER, *Kaisertum, Rom und Welt in Herodians* Μετὰ Μάρκον βασιλείας ιστορία, Zürich 1967, 11-34 y F. GASCÓ, “Comentarios al prólogo de Herodiano”, *Actas del I Congreso Andaluz de Estudios Clásicos*, Jaén 1982, 218-222.

4) L. WICKERT, “Princeps”, *RE* 22, 1954, 1999. En el mismo sentido se había pronunciado antes SPRINGER, *Tyrannus* ... (cit.), 98. Vid. después, T. GRÜNEWALD, *Constantinus Maximus Augustus. Herrschaftspropaganda in der zeitgenössischen Überlieferung*, Wiesbaden 1990, 64-71.

5) A. RÖSGER, “Usurpatoreviten in der Historia Augusta”, *Bonner Festgabe Johannes Straub*, Bonn 1977, 359-393. Vid. además, V. NERI, “L’usurpatore come tiranno nel lessico politico della tarda antichità”, F. PASCHOUD - J. SZIDAT (Hrsgg.), *Usurpationen in der Spätantike*, Stuttgart 1997, 71-86 y T.D. BARNES, “Oppressor, persecutor, usurper: the meaning of ‘tyrannus’ in the fourth century”, *Historiae Augustae Colloquium Barcinonense*, a cura di G. BONAMENTE e M. MEYER, Bari 1996, 55-65.

Por nuestra parte, en sendos trabajos sobre el ignoto *Scriptor* y el historiógrafo cristiano (6) hemos constatado la convivencia de ambos usos en sus respectivas obras (7), aunque con clara preponderancia de la segunda opción terminológica (8). Así, el cristiano Orosio comparte con el pagano biógrafo la plena integración de los *tyranni* en la narración de la historia de los emperadores romanos, pero no sólo como objeto de referencia secundaria sino, además, como materia histórica digna de ser

6) M.V. ESCRIBANO, “*Maximinus tyrannus*: escritura historiográfica y *tópos* retórico en la v. *Max.* de la *HA*”, *Historiae Augustae Colloquium Barcinonense*, Bari 1996, 197-234; EAD. “*Tyrannus* en las *Historiae* de Orosio: entre *breuitas* y *aduersum paganos*”, *Augustinianum* 36, 1996, 185-212.

7) La dualidad semántica está presente en la literatura panegírica del s. IV y se mantiene todavía a comienzos del s. VI, en la obra de Zósimo. Vid. K.H. LEVEN, “Zur Polemik des Zosimos”, *Roma renascens. Beiträge zur spätantike und Rezeptiongeschichte. Festschrift Ilona Opelt*, hrsg. M. WISEMANN, Frankfurt a.M., 1988, 177-197 y M.V. ESCRIBANO, “La τρυφή de Teodosio en la ιστοπία véα de Zósimo”, Congreso Internacional *La Hispania de Teodosio*, Segovia, 3-6 octubre 1995, Universidad Internacional SEK (en prensa). Hemos podido comprobar cómo Zósimo mediante el léxico, el orden del relato, la descripción de conductas y las afirmaciones taxativas encaja la figuración del reinado de Teodosio dentro del esquema canónico del tirano, seleccionando de éste aquellos *uitia* más convenientes a su propósito anticristiano. Los rasgos de avaricia, glotonería, excesos pasionales, locura, impiedad, desorden interno y externo, ira, todos engendrados por *tryphé*, componen su perfil moral y político. La conjugación del modelo ideológico tradicional y la nueva figura política en los autores cristianos fue magistralmente explicada por J. ZIEGLER, *Zur religiösen Haltung der Gegenkaiser im 4. Jh. n. Chr.*, Kallmünz u. R. 1970.

8) Es un desarrollo conceptual de la sugerencia formulada ya por Aur. Vict. *Caes.* 33, 24: *Hinc quoque rerum uis, ac nominum corrupta, dum plerumque potior flagitio, ubi armis superauerit, tyrannidem amotam uocat damno publico oppressos*. Además de llamar la atención sobre cómo el usurpador triunfante encubre su ilegitimidad llamando *tyrannus* -con el valor de el que ejerce un poder absoluto- al que ha derrocado con violencia, insinúa la pertinencia de *tyrannus* para el usurpador.

consignada *per se*: si el Anónimo les reserva dos capítulos colectivos -*Tyranni triginta* y *Quadrigae tyrannorum*- dentro de la serie de vidas imperiales, el hispano inserta en su relato del año 1165 de la *Vrbs* (410), excediendo el marco analístico, una unidad temática que define por dos veces, al principio y al final de la digresión, como *catalogus tyrannorum* (7,42,4-15) (9). No obstante esta percepción de las usurpaciones como fenómeno histórico específico de su tiempo y su correlativa inclusión entre los *digna memoratu* no se compadece con los modos que asume su interpretación historiográfica. La discordancia es ostensible en la ausencia de interés por la explicación de las causas y el desenvolvimiento episódico de cada una. En la mayoría de los casos se limitan a mencionar la asunción de la tiranía y la posterior derrota; incluso en aquellas usurpaciones descritas con aparente mayor esmero y amplitud -en el caso de Orosio, por ejemplo, las de Magno Máximo, Eugenio y Gildón- la eliminación del tirano polariza la parte sustantiva del relato.

9) Los dos autores utilizan una fórmula análoga compuesta del colectivo seguido de genitivo partitivo y a ambos es común la intención de reseñarlos brevemente: *nunc in alio libro, et quidem breui de Firmo et Saturnino et Bonoso et Proculo dicemus...ut quadrigae tyrannorum...* (v. *Prob.* 24,7-8); ...*triginta numerum tyrannorum...* (*Tyr. trig.* 33,8); ...*triginta tyranni....extiterunt...in unum eos libellum contuli et quidem breuem...* (*Tyr. trig.* 1,1-2); *Iam hinc, ut de catalogo tyrannorum quam breuissime loquar...* (*Oros. Hist.* 7,42,4); ...*Hunc omnem catalogum, ut dixi, uel manifestorum tyrannorum uel inoboedientium ducum...* (*ibid.* 15). Vid. RÖSGER, “Usurpatorenit...” (cit.), 371-382, quien ha estudiado el paralelismo entre ambos textos a estos efectos.

Por el contrario, uno y otro comprometen su énfasis en precisar el significado de *tyrannis/tyrannus*, demostrando su interés por esclarecer la terminología y la ilegitimidad políticas.

El Anónimo utiliza el término *tyrannus* para designar a los usurpadores, entendiendo por tales aquéllos que, por procedimientos irregulares, llegaron a investir las insignias imperiales, si bien por poco tiempo, y, de común, fueron abatidos y murieron de forma violenta ⁽¹⁰⁾. Desde el punto de vista del Autor -revelador de su sentido pragmático- es esta derrota final, y, por lo tanto, la victoria de otros, la que convierte a los pretendientes en tiranos y los priva de legitimidad: de haber triunfado en su intento, deshacerse del emperador en ejercicio, y de haber mantenido el apoyo del ejército sin conocer la recusación, la memoria del aspirante habría sido la propia del *imperator* que fue, no la de un *tyrannus*. Así lo afirma cuando se queja de las dificultades que entraña escribir la biografía de estos: *Rarum atque difficile est ut, quos tyrannos aliorum uictoria fecerit, bene mittantur in litteras* (v. *PN* 1,1). Precisamente la consecución, siquiera temporal, de sus aspiraciones, es decir, haber alcanzado la dignidad positiva de *purpurati*, distingue a los que con propiedad pueden ser llamados *tyranni* de los simples

10) V. *OM* 1,1: *Vitae illorum principum seu tyrannorum siue Caesarum qui non diu imperauerunt... nisi adspirassent ad imperium, et de imperio, quod non diu tenuerunt...; v. *Hel.* 1,3: simul intelleget Romanorum iudicia, quod illi et diu imperarunt et exitu naturali functi sunt, hi uero imperfecti, tracti, tyranni etiam appellati, quorum nec nomina libet dicere.* Vid. E. FRÉZOULS, “La succession impériale dans l’Histoire Auguste: les Antonins et les Sévères”, *Historiae Augustae Colloquium Parisinum*, a cura di G. BONAMENTE - N. DUVAL, Macerata 1991, 197-212, esp. 210-212.

latrones o *latrunculi* -o, lo que es lo mismo, los pretendientes que no pasaron de rebeldes contra el príncipe imperante, que pudieron ser rivales, pero *sine insignibus imperii* (v. A 32,2)- y, para eliminar cualquier duda al respecto, utiliza el elocuente y apodíctico recurso del debate con el fin de sentar esta desigualdad (¹¹). Sólo los primeros son acreedores de una biografía propia. En efecto, como tales *purpuriati*, los *tyranni* se integran en la tercera categoría de *principes* que el Autor incorpora a su serie biográfica. Es sabido que su tratamiento, su “puesta en letras”, es un componente singular del programa teórico que guía su labor como biógrafo (¹²), y, como sugiere HENGST, tiene visos de

11) V. Q 2,1-3. El Autor recurre a un debate ficticio -el ocurrido entre él y el *amator historiarum* Marco Fonteyo- para poner de manifiesto el rango de *princeps* que corresponde al *tyrannus*. La pregunta de fondo era si Firmus, que se había hecho con Egipto durante el reinado de Aureliano, debía ser llamado *princeps* o *latrunculus*. Marco Fonteyo esgrime como razón para negarle el título de príncipe el hecho de que Aureliano, después de derrotarlo, no lo llamó tirano, sino *latrunculus*. El Autor -Vopisco, Rufo Celso, Ceyonio Juliano y Fabio Sosiano- arguye que (Firmus) *illum et purpura usum et percussa moneta Augustum esse uocitatum... αὐτοκράτορα in edictis suis esse uocatum* (v. Q 2,2-3), luego era incuestionable su condición de *tyrannus* y, en consecuencia, de príncipe. Vid. comentario de A. RÖSGER, “Zur Herrscherterminologie der Historia Augusta: *princeps* und *purpuratus*”, BHAC 1977/78, Bonn 1980, 179-201, esp. 184-186, a quien seguimos en estas líneas. Cfr. R. MACMULLEN, “The Roman Concept Robber-Pretender”, RIDA 10, 1963, 221-225 y A.E. WARDMAN, “Usurpers and Internal Conflicts in the 4th Century A.D.”, Historia 33, 1984, 220-237, esp. 224 ss.

12) Al dedicarles biografías propias persigue enmendar la suerte de conjura del silencio a la que se habían visto sometidos por los historiadores. La deformación, la omisión y siempre la minoración de sus hechos son notas comunes y constantes que acompañan a sus referencias, siempre subsidiarias en las vidas de emperadores: V. PN 1,1-2; v. OM 1,1; v. T 1,2; v. Q 1,1: *Minusculos tyrannos scio plerosque tacuisse aut breuiter praeterisse.*

probable que extrajese la idea del prefacio de Herodiano (¹³). Así, en el proemio a la *v. Ael.* (1,1) expresa abiertamente su intención de narrar las vidas no sólo de los *Augusti*, *-In animo mihi est, Diocletiane Auguste, tot principum maxime, non solum eos qui principum locum in hac statione quam temperas retentarunt-* sino también de los *Caesares* *-sed illos etiam qui uel Caesarum nomine appellati sunt nec principes aut Augusti fuerunt-* y usurpadores *-uel quolibet alio genere aut in famam aut in spem principatus uenerunt-* (¹⁴). Reparemos ahora en la *v. OM*: aquí identifica en términos políticos, por cierto, con una designación colectiva mediante plural, a los *principes* del tercer grupo y se hace evidente que *tyrannus* ha pasado a engrosar el léxico positivo del poder imperial: (1,1) *uitae illorum principum seu tyrannorum siue Caesarum qui non diu imperarunt, in obscuro latent.* Aún más, en la biografía de Avidio Casio encontramos de manera expresa su criterio para la selección biográfica de los *imperatores*: todos los que portaron tal *nomen, siue iusta causa siue iniusta* (*v. AC* 3,3: ...*proposui enim, Diocletiane Auguste, omnes qui imperatorum nomen siue <iusta causa siue> iniusta habuerunt, in litteras mittere, ut omnes purpuratos, Auguste, cognosceres*). En fin, no parece que pueda dudarse de la inclusión de los *tyranni* en la clase de los *principes*. No obstante es presumible que semejante adscripción necesitase ser formulada de manera clara y ésta sería la función que cumpliría el debate en

13) D. DEN HENGST, *The Prefaces in the Historia Augusta*, Amsterdam 1981, (cit.), 22. Cfr. Herodian. 1,4,5; *v. PN* 1,1; *v. AS* 64,1; *v. Ael.* 1,1 y *v. PN* 9,2.

14) RÖSGER, “Usurpatorenviten...” (cit.) 363-364.

torno a si *Firmus* debía ser llamado *latrunculus* o *tyrannus* en la, a propósito, titulada *Quadriga tyrannorum*, puesto que era la usual a fines del s. IV, pero no en el tiempo que intenta recuperar la obra biográfica.

Por su parte Orosio explica qué cosa entiende por *tyrannis* en el libro 7 de sus *Historiae*, en el paso destinado a reivindicar la lealtad política de sus compatriotas Dídimo y Veriniano con ocasión de la usurpación de Constantino (III) y la subsiguiente pretensión de extender su dominio a la Península: (*Constantinus*) *misit in Hispanias iudices: quos cum prouinciae oboedienter accepissent, duo fratres iuuenes nobiles et locupletes Didymus et Verinianus non assumere aduersus tyrannum quidem tyrannidem sed imperatori iusto aduersus tyrannum et barbaros tueri sese patriamque suam moliti sunt. quod ipso gestae rei ordine patuit. nam tyrannidem nemo nisi celeriter maturatam secrete inuadit et publice armat, cuius summa est assumpto diademate ac purpura uideri antequam sciri; hi uero plurimo tempore seruulos tantum suos ex propriis praediis colligentes ac uernaculis alentes sumptibus nec dissimulato proposito absque cuiusquam inquietudine ad Pyrenaei claustra tendebant* (7,40,5-6).

El párrafo en sí reviste particular interés desde la óptica orosiana, si tenemos en cuenta que interrumpe la narración para introducir un juicio propio. Forma parte de la relación de hechos que comienza con la usurpación de Constantino (III) y culmina con la penetración de alanos, suevos y vándalos en la Península, es decir se inserta en lo que podríamos llamar, siguiendo a

FONTAINE, la temática hispana (¹⁵) de las *Historiae*. Pero no es ésta la única filiación digna de consideración: además, el paso se incluye en la materia de usurpación, de hecho precede a la larga enumeración y glosa del *catalogus tyrannorum* que tuvo que combatir Honorio (7,42,4-15). Ambos marcos referenciales deben ser retenidos para comprender la selección axiológica de los *gesta rerum*, el empeño por probar que Dídimio y Veriniano no aspiraron a la tiranía y, en fin, las correspondientes omisiones y añadidos del relato orosiano en torno al bienio 408-409 (¹⁶), frente a la tradición historiográfica griega constituida por Olympiodoro, Sozomeno y Zósimo.

He aquí las conclusiones que en el plano puramente conceptual se extraen del texto: *tyrannis* es una posición de poder equiparable a la del *Augustus*, pues comporta el mando sobre el ejército *-publice armat-* y la ostentación de los símbolos distintivos de la primacía *-diadema ac purpura-*; la diferencia entre el poder imperial y el usurpado reside en la ilegitimidad del segundo, como denota la oposición *imperator iustus / tyrannus*,

15) Aunque reproducida bajo tonos netamente romanos, J. FONTAINE, “Romanité et hispanité dans la littérature hispano-romaine des IV^e et V^e siècles”, *Travaux du Ve Congrès F.I.E.C.*, Paris - Bucarest 1976, 301-322, esp. 318-319.

16) Léase el silenciar la vinculación familiar de los dos *nobiles* con Honorio, pasar por alto la participación de otros destacados miembros de la casa teodosiana en la resistencia al usurpador, la alteración de la secuencia de los hechos, el añadido de la defensa de los pasos pirenaicos por Dídimio y Veriniano al frente de una milicia campesina, o la traición de los *Honoriaci* que permitió la entrada en Hispania de los *barbari*. Vid. interpretaciones de L.H. y C.A.S. NELSON, “Orosius’ Commentary on the Fall of Roman Spain”, *CF* 31, 1977, 85-104 y Fr. PASCHOUD, *Zosime, Histoire nouvelle, Livre VI et index*, Paris 1989, 19-37 y bibliografía citada *infra*.

donde el verdadero elemento diferenciador es el adjetivo *iustus* (17), puesto que, algunas líneas después, Orosio atribuye *imperator* al mismo Constantino que en este paso es llamado *tyrannus* (7,42,3 (18)); de aquí se desprende que *tyrannus* posee el valor técnico de un título: nombra al príncipe que ha obtenido el primado de manera ilegítima. En este punto los usos terminológicos de Orosio coinciden plenamente con los propios

17) Esta interpretación del adjetivo *iustus* con el valor de legítimo, además de en la oposición aquí evidente, se fundamenta en el uso y disposición del mismo en 5,22,7, donde leemos la antítesis *iniusta / iusta* referido a *bella*: los *bella iniusta* son los llevados por el usurpador frente al príncipe; los *iusta* los de éste contra aquél: *nam cum plerumque improbi tyranni temere inuadentes rempublicam usurpatoque regio statu Romani imperii corpus abruperint atque ex eo bella uel per se iniusta importarint uel in se iusta commouerint.*

18) *Igitur Constantius... Constantinum imperatorem apud Arelatem ciuitatem clausit, cepit, occidit.* Se podría pensar que con esta doble apelación política Orosio reproduce la trayectoria de Constantino (III), pues es sabido que, Honorio -como antes hiciera Teodosio con Máximo- obligado por sus dificultades en Italia, accedió a reconocerle la dignidad imperial en los inicios del 409 (Zos. 5,43,2; 6,1-2), para después, en 411, decidir su muerte y la de su hijo, con lo que restablecía su primitiva condición de usurpador (Olymp. frg. 16, Soz. 9,15,3). Sin embargo, antes, en 7,35,11, y después, en 7,42,7, refiriéndose en un caso a Eugenio y en otro a Atalo, el hispano repite la doble denominación *tyrannus/imperator*. Sobre Constantino (III) han escrito, entre otros, E.A.THOMPSON, “Zosimus and the End of Roman Britain”, *Antiquity* 30, 1956, 163-167; C.E. STEVENS, “Marcus, Gratian, Constantine”, *Athenaeum* 35, 1957, 316-347; A. CHASTAGNOL, “Le repli sur Arles des services administratifs gaulois en l’an 407 de notre ère”, *RH* 249, 1973, 23-40; E. DEMOUGEO, “Constantin III, l’empereur d’Arles”, *Hommage à André Dupont*, Montpellier 1974, 83-125; J. ARCE, *El último siglo de la España romana: 284-409*, Madrid 1982, 151-162 y L.A. GARCÍA MORENO, “La invasión del 409 en España: nuevas perspectivas desde el punto de vista germano”, *Ejército y sociedad. Cinco lecciones sobre el mundo antiguo* (ed. A. DEL CASTILLO), León 1986, 65-86.

del *Scriptor* de la *Historia Augusta* (19); la ilegitimidad consiste en hacerse con el poder en vida y en concurrencia con el reinante, no sólo en pretenderlo. Este matiz es importante, pues el éxito depende en buena medida de que no se descubran las intenciones del aspirante antes de aparecer con los signos del poder -*summa est assumpto diademate ac purpura uideri antequam sciri-*; el elemento ínsito de una usurpación es arrogarse la facultad de mandar una parte del ejército romano, por propia iniciativa, en un acto de desobediencia y al margen de la *auctoritas* del príncipe: así se infiere de la importancia que en su demostración Orosio da al orden de los acontecimientos -*quod ipso gestae rei ordine patuit-* y del empeño que pone en detallar quiénes componían la tropa de Dídimo y Veriniano -*seruulos tantum suos ex propriis praediis colligentes ac uernaculis alentes sumptibus-*, cuál era su propósito manifiesto -*imperatori iusto aduersus tyrannum et barbaros tueri sese patriamque suam moliti-* y no improvisado -*plurimo tempore-* y cómo lo llevaron a cabo sin disimulo ni inquietud para nadie -*nec dissimulato proposito absque cuiusquam inquietudine ad Pyrenaei claustra tendebant-*.

Frente al criterio pragmático del *Scriptor* de la *HA*, el cristiano ubica la ilegitimidad en las circunstancias modales de la apropiación de los *insignia imperii* -a saber, rebeldía consumada frente al príncipe de pleno derecho apoyándose en una parte del ejército, con la consiguiente ruptura del *consensus* militar que sustenta la legitimidad del emperador, del que no llega a obtener

19) Afinidad léxico-semántica que ya fue percibida y analizada por RÖSGER, “Usurpatorenvit...” (cit.), esp. 379-380.

el reconocimiento de modo irreversible-. Encontramos razón explícita para esta afirmación en el tratamiento de Máximo, *uir quidem strenuus et probus, atque Augusto dignus nisi contra sacramenti fidem per tyrannidem emersisset* (7,34,9), digno de ser Augusto -título que, a diferencia de *imperator*, reserva en exclusiva para los príncipes legítimos- por sus cualidades militares y morales, si no se hubiera levantado por la tiranía contra -*sacramenti fidem*- el juramento de fidelidad que el emperador recibe de todo el ejército en el momento de su aclamación y que él debía a Graciano (20). Se aproxima con esta pauta -ausencia de consentimiento unánime (*consensus*) en el ejército, falta de la reconocimiento y sanción por el príncipe en activo (*auctoritas*)- al formalista punto de vista sostenido por Amiano (21) y Pacato en su panegírico en honor de Teodosio (22).

20) Vid. D. KOCH-PETERS, *Ansichten des Orosius zur Geschichte seiner Zeit*, Frankfurt am Main 1984, 114 y, sobre la usurpación de Máximo, M. V. ESCRIBANO, “Usurpación y religión en el s. IV d. de C. Paganismo, cristianismo y legitimación política”, *Cristianismo y aculturación en tiempos del Imperio Romano, Antigüedad y Cristianismo VII*, 1990, 247-272, esp. 257 ss. Un análisis de la actitud cambiante de Teodosio hacia Máximo se puede leer en D. VERA, “I rapporti fra Magno Massimo, Teodosio e Valentiniano II nel 383-384”, *Athenaeum* 53, 1975, 267-301.

21) Vid. comentario de J. SZIDAT, “Imperator legitime declaratus (Ammian. 30,10,5)”, *Historia testis. Mélanges d'épigraphie, d'histoire ancienne et de philologie offerts à Tadeusz Zawadzki*, Fribourg 1989, 175-188, esp. 183: “Die Erhebung eines Herrschers gegen die Meinung des regierenden Kaisers ist eine Usurpation”. En relación con los criterios de legitimidad referida al príncipe en Epoca Tardía, además de los estudios clásicos de WICKERT y STRAUB, consúltese la casuística de las formas de usurpación en St. ELBERN, *Usurpationen im spätromischen Reich*, Bonn 1984, y del mismo SZIDAT, “Usurpator und Zivilbevölkerung im 4. Jhd. n. Chr.”, *Gesellschaft und Gesellschaften. Festschrift zum 65. Geburtstag von Prof. dr. U. Im Hof* (hrsg. v. N. BERNARD u. Q. REICHEN), Bern 1982, 14-31; ID. “Usurpationen in der römischen Kaiserzeit. Bedeutung, Gründe, Gegenmaßnahmen”, *Labor omnibus unus. Gerold Walser zum 70.*

De lo expuesto en esta primera parte se deduce (1) que en los siglos tardíos, como en los anteriores, no existen normas jurídicas explícitas que fijen un criterio objetivo de legitimidad y reglamenten el ascenso al poder; (2) esto no significa, como ya advirtió STRAUB, que no hubiese formas protocolarias social y políticamente reconocidas que permitieran distinguir al príncipe legítimo del usurpador (23); (3) sin embargo, trayectorias políticas de emperadores como Juliano, Constantino y Máximo prueban que un usurpador puede devenir príncipe legítimo si obtiene el reconocimiento del príncipe ejerciente y/ o la aceptación del ejército, lo que, a su vez, no obsta para que después vea cuestionada su legitimidad y sea declarado de nuevo *tyrannus* (por ejemplo, Máximo); (4) paradójicamente, en tanto que la expresión del poder supremo legítimo dispone de un vocabulario

Geburtstag (Hrsg. v. H.E. HERZIG und R. FREI-STOLBA), Wiesbaden 1989, 232-243.

22) Pacat. *Pan.* 12,31,2: *Te principem in medio rei publicae sinu, omnium suffragio militum, consensu prouinciarum, denique ambitu imperatoris optatum, se in ultimo terrarum recessu, legionibus nesciis, aduersis prouinciarum studiis, nullis denique auspiciis in illud tyrannici nominis adspirasse furtum?* Se puede percibir el eco del lema fundacional del *consensus uniuersorum* (RGDA 34,1; Tac. *Hist.* 1,15) como base de la legitimidad del príncipe y al contrario (cfr. *Pan.* 4,3-4; *Pan.* 7,8,2); vid. F. BURDEAU, “L’empereur d’après les panégyriques latins”, en F. BURDEAU, N. CHARBONELL y M. HUMBERT, *Aspects de l’Empire romain*, Paris 1964, 35 ss. y A. LIPPOLD, “Herrschideal und Traditionverbundenheit im Panegyricus des Pacatus”, *Historia* 17, 1968, 228-250.

23) En su recensión a la obra de W. SESTON, *Dioclétien et la Tétrarchie*, Paris 1946, en *Historia* 1, 1950, 490 ss. y antes en *Vom Herrscherideal in der Spätantike*, Stuttgart 1964, 7-75, esp. 9. ss. Vid. en la misma línea SZIDAT, “Imperator legitime...” (cit.) 179 ss.

plural y diverso pero insuficiente, puesto que ninguno de sus componentes define en todas sus facies y al mismo tiempo la políédrica posición política del emperador (24) -, la usurpación, al menos desde finales del s. IV, incluso antes, se representa conceptualmente con uno, *tyrannus*, al que se suman otros complementarios o descriptivos (25).

-II-

Desde estos supuestos, en las líneas que siguen, pretendemos analizar el tratamiento dado al usurpador y sus *acta* en el *Codex Theodosianus* con el fin de comprobar la especialización del término *tyrannus* en el léxico jurídico desde Constantino y el juicio político que merece quien ha ostentado el poder *contra ius* desde la perspectiva de quien reivindica para sí y para su actividad normativa la exclusividad del calificativo *legitimus*.

En obediencia a las instrucciones dadas por Teodosio II en 429 y 435 (26) los compiladores del teodosiano incluyeron en el

24) *Imperator, princeps, Augustus*, como ya apuntara J. BÉRANGER en sus *Recherches sur l'aspect idéologique du principat*, Basel 1953, *passim*, conceptúan un aspecto o una parte del poder, en modo alguno su totalidad unitaria. Vid. también ID. “L’expression du pouvoir suprême dans l’Histoire Augste”, BHAC 1971, Bonn 1974, 21-49, esp. 27 ss.

25) *Latro, rebellis, pirata*. Vid. R. MACMULLEN, “The Roman Concept Robber-Pretender”, RIDA 10, 1963, 221-225. En cuanto a *hostis publicus*, vid. F. VITTINGHOFF, *Der Staatsfeind in der römischen Kaiserzeit, Untersuchungen zur damnatio memoriae*, Speyer 1936, esp. 59 ss.

26) Toda la problemática implícita en las fases del programa legislativo de Teodosio II, sus fines, criterios y métodos han sido objeto de estudio para G.G. ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli 1976, desde una perspectiva a la vez histórica y jurídica. Cfr. en relación con la metodología de la codificación, S.A. FUSCO, “Constitutiones principum und Kodification in der Spätantike. Ein Kaisererlaß aus dem Jahre 422 im Codex Theodosianus”, Chiron 4, 1974, 609-628.

corpus aquellas *constitutiones* imperiales con valor general, de Constantino a Teodosio II (27), es decir, disposiciones salidas todas de la cancillería, puesto que desde época severiana el príncipe monopoliza la facultad normativa, que ejerce mediante *leges generales* (28), y sus *scrinia* son la verdadera fábrica de derecho. Por tanto, aun cuando las *constitutiones* o *leges* imperiales sean en su formulación obra de juristas funcionarios complicados en la gestión política -que han mudado la antigua autonomía por dependencia y sustituido la reflexión jurisprudencial en forma de comentario por la confección de la ley predictora y coactiva- la *lex generalis* no es sólo la expresión técnica del poder, es la palabra del príncipe, el medio de comunicación con sus súbditos, en fin, la forma que adopta el

27) *CTh.* 1,1,5. 429: ... *cunctas colligi constitutiones decernimus, quas Constantinus inclitus et post eum diui principes nosque tulimus edictorum uiribus aut sacra generalitate subnixae...;*; *CTh.* 1,1,6. 435: *Omnes edictales generalesque constitutiones uel in certis prouinciis seu locis ualere aut proponi iussae, quas diuus Constantinus posterioresque principes ac nos tulimus...* La exégesis de ambos textos en G.L. FALCHI, “La codificazione di Teodosio II e la legge delle citazioni nella parte orientale dell’impero”, *Accademia Romanistica Costantiniana, Atti V Convegno Internazionale*, Perugia 1983, 209-245, quien defiende la continuidad entre ambas etapas de la tarea colectora y el seguimiento del proyecto inicial.

28) La fórmula *lex generalis* para expresar la actividad normativa del príncipe se empieza a encontrar en el lenguaje de cancillería a partir de Constantino, pero su afirmación en los textos data de finales del s. IV y comienzos del V. Según ARCHI cumpliría la función de definir un tipo particular de *constitutio* en oposición polémica a otra que no posee el carácter de general, a saber, el *rescripto*. Vid. ARCHI, *Teodosio II ...* (cit.), 59 ss.

lenguaje político, en el modo verbal, en correspondencia con el modelo de monarquía burocrática, centralizada y judiciaria (29) resultante de la reestructuración institucional de los siglos III y IV. Es esta dimensión política, habida cuenta de su matriz, la que confiere al Código de Teodosio significación, además de la estrictamente jurídica, ideológica (30), puesto que transmite el pensamiento de los emperadores cristianos sobre el “deber ser” del funcionamiento del Imperio. En otro orden el *Codex*, por su génesis, contenido, propósito y conformación textual da prueba del cumplimiento de las conocidas sentencias ulpianas relativas a la eficacia legislativa de la voluntad del principio (...*quod principi placuit, legis habet uigorem*, Ulp. 1 Inst. D. 1,4,1 pr.) -que de discrecional había devenido absoluta (31)- y a la reserva de la

29) J. P. CORIAT, “Technique législative et système de gouvernement à la fin du principat: la romanité de l’État moderne”, *Du pouvoir dans l’Antiquité: mots et réalités*, Genève 1990, Dir. Cl. NICOLET, 221-238: “...A la fin du Principat, la technique législative, c'est-à-dire les méthodes de création du droit impérial, est l'expression et l'instrument, tout à la fois, d'un pouvoir centralisé et bureaucratique” (221).

30) Así lo sostiene E. VOLTERRA, “Sul contenuto del Codice Teodosiano”, *BIDR* 84, 1981, 95, para quien la selección de *constitutiones* habría estado guiada por motivos ideológico-religiosos en respuesta a un preciso designio político: construir una normativa imperial cristiana sobre todos los ámbitos del derecho, fueran públicos o privados, una suerte de canon de vida para el que se preveía la aplicación obligatoria en todo el Imperio y con exclusión de toda otra fuente imperial y jurisprudencial. Sobre el *codex magisterium uitae*, ARCHI, *Teodosio II e...* (cit.), 27 ss.; G. NOCERA, “Arte di governo e codificazione nel disegno di Teodosio II”, *Accademia Romanistica Costantiniana, Atti V Convegno Internazionale*, Perugia 1983, 1-37, esp. 29 ss. y A.D. MANFREDINI, “Il Codex Theodosianus e il Codex magisterium uitae”, *ibid.* 177-208.

31) Desde la instauración del principado el emperador tiene y ejerce el poder de crear derecho como reconoce la *Lex de imperio Vespasiani* (claus. 6,7,8). La discusión en torno a su fundamento se encuentra en F. GALLO, “Sul potere normativo imperiale”, *SDHI* 48, 1982, 413-454. Pero a partir del s. III la facultad de legislar e interpretar el derecho es

condición de *uerā philosophia* para el pensamiento jurídico (³²). Ilustra así el principio de correlación entre formas políticas y formas de pensamiento y entre éstas y sus modos de expresión, en otras palabras, permite entrever el concierto entre monarquía burocrática, *lex generalis* y *codex*.

Nos fijaremos en el título XV,14 de la Colección dedicado en su mayor parte a la casación de actos tiránicos (*De infirmandis his, quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt*, 1-13). A pesar de

prerrogativa exclusiva del príncipe: la última *lex publica* es una *lex agraria* de época de Nerva (Callistr. *Dig.* 47,21,3,1); después del 206 decae la actividad legislativa del Senado, ya desde mucho antes reducido a mero receptor de las *orationes principis*; y por último, desde Adriano, la codificación del edicto del pretor, la institucionalización definitiva del *consilium principis* en detrimento del Senado y la asunción por el príncipe del *ius respondendi* ponen fin, en la práctica, a la *interpretatio prudentium*, convirtiendo a los juristas en custodios de la ley en tanto que asesores del príncipe en el consejo. Vid. proceso en T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, London 1981, 1-104 y R.A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire. A Study of Relations between the Roman Jurists and the Emperors from Augustus to Hadrian*, München 1989; y, además, J. GAUDEMUS, “L’empereur, interprète du droit”, *Festschrift für Ernst Rabel*, Tübingen 1954, 169-203; G., GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Milano 1963; D. SIMON, “Princeps legibus solutus”, *Festschrift W. Kunkel*, Frankfurt 1984, 449-485 y F. MILLAR, “L’empereur romain comme décideur”, *Du pouvoir dans l’Antiquité: mots et réalités*, Genève 1990, Dir. Cl. NICOLET, 207-220.

32) Ulp. 1 *Inst. D.* 1.1.1: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellat: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, uerum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, ueram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.* Vid. W. WALDSTEIN, “Römische Rechtswissenschaft und wahre Philosophie”, *Index* 22, 1994, 31-45.

su carácter antológico y de estar lastrado por la aporía, nos interesa en tanto que exponente del procedimiento legislativo seguido contra los usurpadores por los emperadores cristianos en su desarrollo secuencial, entre el 313 y el 413. La rúbrica en cuestión recoge disposiciones rescisorias de Constantino -las más numerosas, al igual que en el resto del *Codex* (33)-, Constancio, Teodosio I, Valentíniano II y Honorio contra los *acta* de Majencio (*CTh.* XV,14,3 y 4. 313) y Licinio (*CTh.* XV,14,1. 324; 2. 325), Magnencio (*CTh.* XV,14,5. 352), Máximo (*CTh.* XV,14, 6 y 7. 388; 8. 389), Eugenio (*CTh.* XV,14,9. 10 (34). 11 y 12. 395) y Heracliano (*CTh.* XV,14,13. 413) respectivamente. Completaremos su explicación con otras referencias dispersas en el *Codex*.

Así, no sólo en las que incluye este apartado, sino en todas y cada una de las menciones de *tyrannus* a lo largo de los libros del Código el vocablo tiene el significado de “el que usurpa el poder imperial y lo ejerce contra derecho”. Su uso unido al de un nombre propio (*Remotis Licini tyranni... CTh.* XV,14,1. 324; ...*Maximus infandissimus tyrannorum... CTh.* XV,14,7. 388; *Qui tyranni Maximi secuti... CTh.* XV,14,10. 395) denota el carácter técnico del término y su integración en el léxico jurídico

33) El estudio externo de las *constitutiones* constantinianas en el *Codex Theodosianus* -número, condiciones de emisión y publicación, destinatarios, distribución geográfica- ha sido hecho por J. GAUDEMÉT, “Les constitutions constantiniennes du Code Théodosien”, *Accademia Romanistica costantiniana, Atti V Convegno Internazionale*, Perugia 1983, 135-175.

34) Aunque se mencione a Máximo, O. SEECK (*Regesten der Kaiser und Päpste*, Stuttgart 1919, 286) la refiere a Eugenio. Seguimos la corrección de SEECK en *CTh.* XV,14,3 y 4.

que nombra el primado, sólo que en este caso indicando la manera irregular de obtenerlo y practicarlo (35). Incluso llega a hacerse explícita la relación entre tiranía y usurpación: *Omnes, qui tyranni usurpatione prouecti cuiuslibet...* (*CTh.* XV,14,8. 389). En otras ocasiones se sustituye *tyrannus* por *hostis publicus* (*Hostis publicus Stilicho...* *CTh.* VII,16,1. 408; *Heraclianum hostem publicum iudicantes...* *CTh.* IX,40,21. 412) o por la descripción del procedimiento de declaración (*CTh.* XV,14,13. 413) (36), suplencia que ratifica la perspectiva política que compendia la voz *tyrannus* y la fundamentación jurídica del tratamiento. Al mismo ámbito semántico, el de la ilegitimidad, pertenecen las escasas, por exigencia del género *-breuitas-*, pero elocuentes expresiones escogidas para connotar la negatividad de su conducta: *tyrannidis iniuria* (*CTh.* IX,38,12. 410), *iniquitas* (*CTh.* VII,4,1. 324: *Quoniam iniquissime tyrannus constituit...*; *CTh.* VII,16,1. 408), *infandissimus tyrannorum* (*CTh.* XV,14,7. 388), *nefaria licentia* (*CTh.* XVI,10,5. 353); aunque otras repiten manifestaciones del repertorio antitiránico convencional: *tyrannica audacia* (*CTh.* XV,14,6. 388), *tempora infausta* (*CTh.* XV,14,9. 395), *funesti consules* (*ibid.*), *labes...infecerat, inustae maculae ...infamia* (*CTh.* XV,14,12).

35) Este uso es copia de la pareja, tan frecuente en la historiografía, de un nombre de emperador junto al de *Augustus* o *imperator*, lo que significa que *tyrannus* asume la función de una especie de título sólo que con connotaciones negativas. Coincide en esta opción terminológica con el *Scriptor* de la *HA* (*Trig. tyr.* 7,2 y Orosio (*Hist.* 7,32,4; 35,2). Vid. *supra* texto.

36) *CTh.* XV,14,13. 413: *Heracliani uocabulum nec priuatim nec publice ulla memoria teneat, ideoque submouenda esse censemus, quaecumque sub eo gesta esse dicuntur....*

395) y hasta es posible reconocer ecos del antiguo lenguaje político y de sus motivos propagandísticos: *Liberata re publica tyrannidis iniuria...* (*CTh.* IX,38,12. 410).

La especificidad y univocidad del término está presente ya en las resoluciones legales de Constantino, en las que Majencio y Licinio son llamados *tyranni* (*CTh* V,8,1. 314 y XV,14,3 y 4. 313 -*Maxentius*-; VIII,4,1. 326 y XV,14,1 y 2. 324-325 -*Licinius*-) y coincide con la que leemos en la inscripción del Arco de la Victoria, donde no hay indicio alguno -adjetivo, atribución de *uitia-* que consienta sospechar que *tyrannus* descalifica a Majencio por su conducta despótica y sí muestras de que es tenido por usurpador a los ojos del vencedor Constantino por la forma de conseguirlo: *Imp. Caes. Fl. Constantino Maximo/ P.F. Augusto S.P.Q.R./ quod instinctu diuinitatis, mentis/ magnitudine, cum exercitu suo/ tam de tyranno quam de omni/ eius factione uno temporis iustis/ rempublicam ultus est armis,/ arcum triumphis insignem dicaui* (*ILS* I, n. 694). Por el contrario, en el lenguaje de los retóres que componen los panegíricos en honor del mismo emperador (*Pann.* 9 -313- y 10 -321-) *tyrannus*, aplicado a Majencio, es tratamiento de oprobio que condena su poder absoluto y obedece a la tradición de escuela a la que se atiene el *genus laudatorio* (37): se recomendaba oponer

37) Vid. "The World of the Panegyrists" en S.G. MACCORMACK, *Art and Ceremony in Late Antiquity*, Berkeley 1981, 1-14 y la "General Introduction" a la obra de C.E.V. NIXON y B. Saylor RODGERS, *In Praise of Later Roman Emperors. The Panegyrici Latini*, Berkeley - Oxford 1994, 1-37. Cfr. con la literatura retórico-declamatoria de los primeros siglos del Principado, donde la páreja antitética es la de *libertas rei publicae - seruitus tyrannidis*. Vid. la interpretación de esta impostación conceptual en R. TABACCO, "Il tiranno nelle declamazioni..." (cit.). El término *tyrannus* falta en el panegírico del 313.

en esquema antitético *princeps* y *tyrannus*, de manera que el elogio del príncipe, en razón de sus *virtutes*, se amplificaba mediante la denigración de su antagonista representado a tal fin de acuerdo con el canon de *uitia* convencionales del tirano, a saber, *uis, superbia, crudelitas, libido, auaritia, impietas* y sus secuelas⁽³⁸⁾.

A tenor de las inscripciones de las leyes recogidas en el teodosiano es el propio emperador, sin intervención del Senado, el que reputa de tirano a su rival caído y/o lo declara *hostis publicus*⁽³⁹⁾ y decide la “*damnatio memoriae*” (*memoria*

38) *Pan.* 9,4,4: *ut haec, inquam, omittam, te, Constantine, paterna pietas sequebatur, illum, ut falso generi non inuidemus, impietas; te clementia, illum crudelitas; te pudicitia soli dicata coniugio, illum libido stupris omnibus contaminata; te diuina praecepta, illum superstitionis maleficia; illum denique spoliatorum templorum, trucidati senatus, plebis Romanae fame necatae piacula, te abolitarum columniarum, te prohibitarum delationum, te reorum conseruationis atque homicidarum sanguinis gratulatio.* Cfr. *Pan.* 10,8,2, además de repetir los tópicos de *crudelitas, libido* y *auaritia* atribuye a la incapacidad política de Majencio para sobrellevar la *magnitudo muneris* del Imperio la degeneración de su *potestas* en una tiranía. Vid. ZIEGLER, *Zur religiösen Haltung...* (cit.) 35-53. Sobre el patrón literario del tirano vid. ESCRIBANO, “El vituperio del tirano...” (cit.) esp. 30-35 con la bibliografía de LANZA, y DUNKLE, entre otros.

39) *CTh.* IX,40,21. 412: *Heraclianum hostem publicum iudicantes digna censuimus auctoritate puniri....* No se alude a la intervención del Senado, que, sin embargo, sabemos, la decidió para el usurpador Gildón en el s. IV (Symm. *Ep.* 4,5; Claudio. *De bello Gild.* 427). También el *Scriptor* atribuye al Senado la autoría de la condena en las Vidas de Maximino (v. *Max.* 15,2; 9; 16,2) y Avidio Casio (v. *AC.* 7,6). Vid. M.V. ESCRIBANO, “*Maximinus tyrannus: escritura historiográfica ...*” (cit.) y A. CHASTAGNOL, *Le sénat romain à l'époque impériale*, Paris 1992, 347-348.

damnata) y la “*rescissio actorum*” (*acta rescindere*) (40). Los estudios de VITTINGHOFF, SAUTEL y AMARELLI han puesto al descubierto los límites y parcialidad de la práctica rescisoria en los primeros siglos del Principado, durante los que tiene un carácter más político y sugerido por la oportunidad que estrictamente reglado y fijo (41), de tal manera que se admite la bondad de algunos actos del considerado tirano e ilegítimo *a posteriori*, siguiendo un criterio moral antes que jurídico (42).

40) *CTh.* XV,14,13. 413: *Heracliani uocabulum nec priuatim nec publice ulla memoria teneat, ideoque submouenda esse censemus, quaecumque sub eo gesta esse dicuntur.* Leemos otro ejemplo de unión de ambos hechos -declaración de usurpación y anulación de *acta* en *CTh.* XV,14,1. 324: *Remotis Licini tyranni constitutionibus et legibus...*

41) VITTINGHOFF, *Der Staatsfeind...* (cit.), 91-98; G. SAUTEL, “Usurpations du pouvoir impérial dans le monde romain et *rescissio actorum*”, *Studi in onore di Pietro de Francisci III*, Milano 1956, 463-491, al que sigue F. AMARELLI, *Trasmissione, rifiuto, usurpazione. Vicende del potere degli imperatori romani*, Napoli 1989, en cap. IV, “Imperium usurpare e *acta rescindere*”, 113-163. Ambos señalan la escasa correspondencia entre cuanto sostiene la interpretación histórica moderna sobre tales cuestiones y lo que consta en los textos antiguos. Por ejemplo, no consta en el léxico jurídico y con valor técnico la expresión *rescissio actorum*. Los testimonios conservados se valen de la locución *acta rescindere* (Suet. *Caes.* 82; Cl. 11; además, Cal. 3; Plin. *Ep.* 10,64; Ulp. *lib. sing. de off. curat. r.p.* D. 50,9,4; Call. 5 *de cogn.* D. 48,19,27; 2 *de cogn.* D. 50,9,5) y ni siquiera de manera fija ni exclusiva de los actos del usurpador: encontramos, en lugar de *acta*, τὰ προχθέντα (Cass. Dio 60,4; 70,1,3), *decreta* (*HA v. S* 17,5), *scripta factaue* (Aur. Vict. *Caes.* 20,2), *gesta* (*CTh.* XV,14,2. 8,13; y por *rescindere*, *subuertere* (Tac. *Ann.* 13,5), λύειν (Cass. Dio 59,9), καταλύειν (Cass. Dio 60,4), ἀνατρέπειν (Cass. Dio 60,5,1), *irrita facere* (*v. H* 27, 1-2), *abolere* (*v. S* 17,5), *tollere* (*v. OM* 13,1). Se han transmitido usos de *rescindere* asociado a la abrogación de decisiones de emperadores que no vieron cuestionada su legitimidad: Plin. *Ep.* 10,58,9; Suet. *Nero* 33,1.

42) SAUTEL, *Usurpations...* (cit.) 477-478, trae a colación dos pasos del panegírico de Plinio en honor de Trajano (46,3 y 56,1) y varias referencias de Casio Dion relativas a los siglos I y II para demostrar la

Según el testimonio del Teodosiano, la perspectiva cambia en los siglos tardíos, durante los que se va perfilando una definición normativa. Por su propia naturaleza el Código recoge disposiciones en las que el príncipe trata de invalidar decisiones del usurpador que antes actuó como legislador y juez, por tanto expresa un criterio jurídico al establecer su ilegitimidad. Precisar éste es lo que nos interesa.

Analizaremos las *leges* del título adelantado (XV,14) en cinco apartados ateniéndonos a la sucesión de emisores y los correspondientes usurpadores objeto de *rescissio*, es decir, atendiendo al factor cronológico, con el fin de seguir el desarrollo histórico de la regulación a lo largo de un siglo, aunque así caigamos en inevitables repeticiones⁽⁴³⁾. (1) Las cuatro primeras son dictados de Constantino contra la actuación de Majencio y Licinio y sientan las reglas objetivas de anulación de los *acta* legislativos del tirano, en particular, las tres con las que comienza la rúbrica, concatenadas desde el punto de vista temático. En la del 324, dirigida al Prefecto del Pretorio (*CTh. XV,14,1: Remotis Licini tyranni constitutionibus et legibus omnes sciant ueteris iuris et statutorum nostrorum obseruari debere*

actitud conservadora de los emperadores con algunos de los *acta* de sus predecesores declarados tiranos.

43) Pretendemos corregir la visión horizontal y unitaria del, por otra parte, útil estudio de SAUTEL, que ya denunciara ARCHI, *Teodosio II...* (cit.) 87, n. 71.

sanctionem) se contraponen las medidas del tirano -*constitutiones, leges-*, a las que se priva de eficacia con carácter absoluto, al antiguo derecho -*uetus ius*-, anudado y equiparado en cuanto a vigencia con las leyes del propio Constantino -*statuta nostra*-, de lo que resulta, de forma sobreentendida, el aislamiento del período tiránico como una unidad de tiempo ajena al *ius (iniuria)* y la voluntad de una especie de *restitutio in integrum*. Reviste singular interés la terminología utilizada para aludir a la función normativa que enlaza con la redefinición de las fuentes del derecho en el período post-clásico. *Constitutiones* y *leges* se deben leer como referencias, respectivamente, a *rescripta*, entendidos estos con el valor genérico de decisiones imperiales de signo particular, que continúan existiendo (44), y *leges generales*, con el significado que entonces empieza a adquirir esta fórmula en el lenguaje de la cancillería imperial, decisiones del emperador dirigidas a la generalidad (*populus, uniuersi prouinciales, senatus*). Así, al pretender la casación de toda la actividad tiránica se distinguen las dos formas posibles de pronunciamiento del príncipe-usurpador, que son las resumidas por Constantino bajo la expresión *statuta nostra*, unas y otras añadidas a la legislación anterior, el *uetus ius*. Precisamente este derecho positivo tradicional le sirve de fundamento para exceptuar de la abolición dictada *quod legitime gestum est* en la

44) Con Constantino se inicia una política de reglamentación de la eficacia de los rescriptos. Estas cuestiones han sido revisadas por G. ARCHI, en *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 59 ss. e Id. *Teodosio II...* cit., 40 ss., 85 ss.

disposición del año siguiente (45) -*ad uniuersos prouinciales*-, por la que reitera la *rescissio* para los *gesta* no sólo de Licinio, también de sus jueces. En su virtud, y considerando la orden previa, se confirmaban la validez de las decisiones tiránicas y los efectos de las sentencias judiciales habidas bajo el tirano, siempre que fueran acordes con las ordenanzas del pasado, por lo que, primero, se disocia al usurpador, ilegítimo, de sus actos, algunos legítimos, y, segundo, se reconoce al tirano, aunque elidida y condicionada, la posibilidad de crear y hacer efectivo el derecho.

Ahora bien ¿qué clase de derecho? Desde luego, no *ius commune*. Así lo sostiene la especiosa, clarificadora y anterior ley de 313: *Quae tyrannus contra ius rescribit non ualere praecipimus, legitime eius rescriptis minime impugnandis* (*CTh. XV,14,3. 313*). El *quod legitime gestum est* se concreta aquí en *rescripta legitima*, cuya fuerza se revalida, frente a los *rescripta contra ius*, probablemente *priuilegia* introducidos por este método, pero sin antecedente -el destinatario es el *praefectus uigilum*- . En cualquier caso, aunque *legitima*, son medidas de carácter particular, ejecutivas del derecho anterior, pero no leyes generales. Un ejemplo de *rescriptum contra ius* es el que se deroga por la también constantiniana determinación legal *CTh. XV,14,4. 313*, que pretende liberar a los senadores del *munus nauiculare* que les había impuesto Majencio y *restitui suis natalibus*. La *lex*, al dejar en manos del Senado la rehabilitación

45) *CTh. XV,14,2. 325: Tyranni et iudicum eius gestis infirmatis nemo per calumniam uelit quod sponte ipse fecit euertere nec quod legitime gestum est.*

de sus antiguos miembros, ilustra el modelo de reclutamiento del cuerpo senatorial, recuerda los patrones de selección, la preceptiva intervención del *praefectus urbi* y la confirmación por el príncipe (46).

Así pues, desde Constantino, se declara de manera taxativa la imposibilidad de que el tirano legisle con carácter de generalidad -facultad sólo reconocida al emperador legítimo-, aun cuando lo hubiese pretendido; este es el contenido específico de la voz *tyrannus* para los juristas-funcionarios; lo propio de quien no obtiene el *consensus* de todos, sino sólo de una parte -léase el usurpador-, es legislar con parcialidad, como mucho, en lenguaje técnico, a través de *rescripta*, de los que se autorizan únicamente los concordantes con el *uetus ius*.

(2) Constancio desarrolla tales supuestos y revoca lo estatuido por Magnencio y sus *iudices* -*Quae tyrannus uel eius iudices contra ius statuerunt-* comprendidos en la consideración genérica de *contra ius*, en particular las concernientes a las

46) CTh. XV,14,4. 313 (*ad senatum*): *Super his, qui ex senatoribus ad nauicularium munus a tyrranno deiecti sunt ac restitui suis natalibus deprecantur, placuit uestrae sanctitati iudicium examenque mandare, ut uos eligatis, qui splendori uestro patrimonii uiribus et honestate uiuendi et natalium dignitate respondent. Incongruum est enim tantae dignitatis arbitrium alteri potius quam uestris suffragiis sententiisque committere. Eorum autem, quos ut dignos elegeritis, nomina p(rae)f(ectus) urbis nobis insinuet, ut uestrum iudicium conprobemus.* Vid. CHASTAGNOL, *Le sénat romain...* cit., 233 ss.; cfr. St. GIGLIO, *Il tardo impero d'occidente e il suo senato. Privilegi fiscali, patrocinio, giurisdizione penale*, Perugia 1990. En 314 restituyó la libertad a los *ingenui* sometidos a servidumbre por el mismo tirano, *Maxentius: Uniuersi deuotionis studio contendant, si quos ingenuis natalibus procreatos s(ub ty)ranno ingenuitatem amisisse aut propria contenti (cons)cientia aut aliorum indicis recognoscunt, natalibus (suis res)tituere nec expectata iudicis interpellatione* (CTh. V,8,1).

posesiones, injustamente embargadas, que manda devolver a los exiliados. No obstante, en ejercicio de un interés pacificador y utilitarista, prefiere respetar la validez de manumisiones, emancipaciones *et pacta sub eo facta et transactiones ualere oportet* (⁴⁷). En otras palabras, la ilegitimidad del tirano y sus actos no se extiende a las iniciativas de particulares amparadas por las leyes anteriores y comunes, ni a los acuerdos contraidos en el ejercicio de la propia voluntad (⁴⁸).

(3) Parecida distinción entre ámbito político-jurídico y privado prevalece entre los tutores-asesores de Valentíniano II y Teodosio al prescribir condena en perjuicio del antes reconocido, durante un tiempo, como príncipe por sus colegas *y a posteriori*, después de la derrota, vuelto a la inicial condición de usurpador. Hablamos de Máximo (⁴⁹). El primero es invadido por la *iniuria* del tirano, el segundo permanece al margen. Dos leyes consecutivas del 388 ablen, una -más arraigada en las

47) *CTh. XV,14,5. 352 (ad uniuersos prouinciales et populum): Quae tyrannus uel eius iudices contra ius statuerunt, infirmari iubemus redditam possessione expulsis, ut qui uult ab initio agat. Emancipationes autem et manumissiones et pacta sub eo facta et transactiones ualere oportet.*

48) El propósito generalizador de la *rescissio* proclamado en otra disposición dos años posterior y contra el mismo Magnencio -por la que es el tiempo tiránico como totalidad el anulado- se compensa con una amnistía parcial para sus partidarios: *Omnia penitus amputentur, quae tyrannicum tempus poterat habere tristissima. Uniuersos ergo praecipimus esse securos exceptis quinque criminibus, quae capite uindicantur (CTh. IX,38,2. 354).*

49) Se puede seguir su sinuosa trayectoria en el estudio de VERA, “I rapporti fra Magno Massimo, Teodosio...” (cit.), *passim*. Vid, además, sobre las implicaciones religiosas de su usurpación, M.V. ESCRIBANO, “Haeretici iure damnati: el proceso de Tréveris contra los priscilianistas, (385)”, *Cristianesimo e specificità regionali nel Mediterraneo latino (sec. IV-VI), XXII Incontro di studiosi dell'antichità cristiana*, Roma 1994, 393-416.

circunstancias de la usurpación y el sentido de la conveniencia-, los honores otorgados por Máximo en uso de sus prerrogativas, devolviendo a su primitivo *status* a los beneficiarios (*Nullus sibi honorem audeat uindicare, quem tyrannica audacia concessit...* CTh. XV,14,6) (50), otra -consecuente con el pensamiento anterior-, sus *leges* y *iudicia* (CTh. XV,14,7). Las dos concurren en la larga y detallada constitución fechada en Milán en el 389, en la que la rescisión alcanza a las sentencias de los jueces del tirano y, sobre todo, se repite con énfasis -y en contraposición a la abrogación descrita- la excepción de los actos cumplidos por particulares en tanto que pertenecientes a un orden jurídico no contaminado por la ilegitimidad del usurpador: *quia in his omnibus uoluisse sat iuris est* (51).

(4) Pasemos a las disposiciones contra Eugenio. Si procedemos a una comparación con las anteriores sobresale como signo distintivo la benevolencia con la que son tratados los seguidores del tirano -hubieran sido soldados, funcionarios (52)

50) Cfr. Pacat. *Pan.* 12,45,6: *Nullius bona publicata, nullius multata libertas, nullius praeterita dignitas imminuta.*

51) CTh. XV,14,8. 389 (*praefecto praetorio Galliarum*): *Omnis, qui tyranni usurpatione prouecti cuiuslibet acceperunt nomen inlicitum dignitatis, codicillos adque epistulas et promere iubemus et reddere. Iuris quoque dictionem adque sententias, quas promere nequiuierunt qui iudicum nomen habere non potuerunt, ex omnibus publicorum monumentorum scriniis iubemus auferri, ut abolita auctoritate gestorum nullus his iudicatis conetur inniti, quae et tempore et auctore delentur. Exceptis his tantum negotiis adque in sui integra firmitate mansuris, quae conuentionibus pactisque finita sunt, si dolo metue caruerunt: his quoque pariter exceptis, quae donatio transtulit, emancipatio liberauit, contulit manumissio praemia meritae seruitutis, quia in his omnibus uoluisse sat iuris est.*

52) Sabemos que medió Ambrosio para que fueran perdonados (Ambr. *Ep.* 62,3; Paulin. V. Ambr. 31. Cfr. Zos. 4,59; *CIL VI*, 1783 = Dessau 2948). Sin embargo, en 396, un edicto dirigido al prefecto del pretorio de Oriente (CTh. XVI,10,14) revocaba los privilegios concedidos a los sacerdotes paganos: *Priuilegia si qua concessa sunt antiquo iure*

civiles o magistrados -exceptuados los cónsules-, puesto que Honorio los favorece con la amnistía, librándolos de la infamia, y les restituye la *dignitas* que les fuera propia antes de la usurpación (*CTh.* XV,14,11 y 12. 395) (53). Sin embargo, la magnanimitad no incluye el respeto al derecho sobre las propiedades adquiridas: los *fundi* recibidos por los colaboradores del tirano habrían de ir a parar a la *res priuata* (*CTh.* XV,14,10. 395). De la misma colación se desprende, por la repetición de motivos temáticos que se comportan como nexos, el reforzamiento de las tendencias reguladoras esbozadas. Así el desdoblamiento apuntado entre el

sacerdotibus ministris praefectis hierofantis sacrorum siue quolibet alio nomine nuncupantur, penitus aboleantur nec gratuitetur se priuilegio esse munitos, quorum professio per legem cognoscitur esse damnata. La dimensión social y religiosa de la usurpación de Eugenio en J. SZIDAT, “Die Usurpation des Eugenius”, *Historia* 28, 1979, 487-508. Para él la legislación antipagana de Teodosio es, en su programa básico, independiente de la usurpación de Eugenio. Cfr. ZIEGLER, *Zur religiösen Haltung...* (cit.) 85-104 y P. CHUVIN, *Chronique des derniers païens*, Paris 1991, 63 ss.

53) *CTh.* XV,14,11. 395 (*praefecto urbi*): *Fas est sequi nos paternae dispositionis arbitrium adque ideo uniuersos cuiuslibet ordinis uiros, de quibus lex nostra reticuerat, ad ueniam uolumus pertinere et beneficia inopinantibus ultro deferimus, sancientes hac lege, ne is, qui **tyranni tempore** militauit uel etiam qualibet administratione donatus est aut honoraria dignitate perfunctus uel quicumque in aliquo honore diuersis locis aut exactionibus praefuerunt, notam infamiae sustineant, aut deformi uocabulo polluantur. Quibus eas tantum dignitates ualere decernimus, quas ante **tyrannicum tempus** habuerunt.* *CTh.* XV,14,12. 395 (*praefecto praetorio*): *His, quos **tyrannici temporis** labes specie dignitatis infecerat, inustae maculae omnem abolemus infamiam. Cunctis igitur statum priorem sine quisquam loci aut ordinis exceptione tribuimus, ut **utantur omnes iure communi**, teneant statum ueteris dignitatis, ita ut nihil sibi ex his quos adepti fuerant honoribus blandiantur.*

tyrannus y sus *acta* concluye, de un lado, en la práctica omisión del *tyrannus* en la redacción de las normas legales que tratan de ordenar las situaciones creadas por su dominio temporal, de otro, en la casuística mención de hechos habidos bajo el usurpador y que son corroborados en su vigencia. Respecto a lo primero, constatamos la introducción de la noción de *tempus tyrannicum* a modo de conceptualización de una unidad de tiempo sustraída a la secuencia ordinaria de la que se pretende su inexistencia (...*tempus uero ipsum, ac si non fuerit, aestimetur...* CTh. XV,14,9. 395) y no sólo a efectos legales, puesto que, incluso, se decide la eliminación de las listas oficiales de los nombres de los *funesti consules* activos en su transcurso (*Funestorum tantum consulum nomina iubemus aboleri...* ibid.). Su antítesis es el *tempus legitimum* (54), del que se predica la fuerza coactiva del *ius commune* (...*ut utantur omnes iure communi...* CTh. XV,14,12. 395), de manera que, de nuevo, se hace de la incapacidad de legislar para todos el criterio básico de discriminación entre el usurpador y el principio legítimo (55)

54) CTh. XV,14,9. 395 (*praefecto urbi*): *ualeat omnis emancipatio tyrannicis facta temporibus ... inchoata actio in tempus legitimum perseueret.*

55) Encontramos la expresión *tempus tyrannicum*, antes, en la ley de Constancio CTh. IX,38,2. 354 (vid supra n. 48). Símaco utiliza en su *Ep. 3,33*, mediante la que pretendía la intervención de Ambrosio en favor de su amigo Marciano, según él, *inuidia tyrannici temporis inuolutum*. El tirano en cuestión era Máximo. También aquí encontramos la contraposición *tempus tyrannicum / tempus imperiale ...ut necessitatem uiri optimi sed inuidia tyrannici temporis inuoluti precatio geminata testetur, quare rursus te ad amici defensionem exhortor, cuius tenuitas orta ex integritate non patitur, ut annonarum pretia possit exsoluere, quae iam multis eiusdem temporis iudicibus imperialis clementia relaxauit...* Vid. L. CRACCO RUGGINI, *Il paganesimo romano tra religione e politica* (384-394 d.C.): *per una interpretazione del Carmen contra paganos*, Roma 1979, 11, n. 16; 30 y 103-106.

Queremos llamar la atención sobre esta peculiar topografía cualitativa resultante de la compartmentación de la sucesión cronológica en función de ámbitos supuestamente espaciales -en el del tirano rige el *tempus tyrannicum*, en el del príncipe, el *tempus legitimum*- . Sin embargo, tan peyorativo juicio de la duración de la tiranía no impide utilizar el *tempus tyrannicum* a modo de marco circunstancial y de referencia para el enunciado de un prolífico y heterogéneo catálogo de actos, a los que se atribuye eficacia imperativa: manumisiones, emancipaciones, donaciones, ventas, transacciones, *pacta*, disposiciones de última voluntad, *iudicia deficientium*, sentencias de jueces privados, arbitrajes acordados por las partes, los medios probatorios -por ejemplo *scribturae*-, *professiones*, *denuntiationes*, la consecución del *ius communium liberorum*, el mandato, el establecimiento de *tutores* y *curatores*, donaciones nupciales, la *doli ac uis et metus inchoata actio*, la obtención de la *bonorum possessio*, la demanda de la *restitutio in integrum*, reivindicación, *locatio-conductio*, rescisión de donaciones excesivas⁽⁵⁶⁾... etc. Dicho brevemente y con otras palabras, el *tempus tyrannicum* no comportó la interrupción del orden legal en términos absolutos.

(5) Para acabar este recorrido cronológico veamos el tratamiento que Honorio dispensa a Heracliano. En principio parece ignorar la actitud de indulgencia mantenida por sus

56) *CTh. XV,14,9. 395. SAUTEL, Usurpations...* (cit.) 487, n. 2.

predecesores: después de haberlo condenado como *hostis publicus* y decidido su muerte y la de sus *satellites* (*CTh.* IX,40,21. 413 (57)), en la *lex* que cierra la rúbrica *De infirmandis...* ordena la abolición de su memoria y sus *gesta*, negando legitimidad a cualquier acto cumplido durante su dominio (*CTh.* XV,14,13. 413). Son medidas parangonables por su dureza con las antes aplicadas a los acólitos de Gildón, cuya suerte se había resuelto en deportaciones, proscripciones, con su corolario, y prisión (*CTh.* IX,40,19 y 20. 408), además de la confiscación de sus *praedia* (*CTh.* VII,8,7 y 9. 400); y dispares respecto a las determinadas para con los afectos a Jovino (*CTh.* IX,38,11. 413 (58)) y Atalo (*CTh.* IX,38,12. 410 (59)), exculpados merced a la amnistía.

En fin, fuera ya del capítulo revisado, todavía en 425, y en forma de versión positiva de la revocación, Valentiniano III

57) (*honoratis et prouincialibus Afric(ae)*): *Heraclianum hostem publicum iudicantes digna censuimus auctoritate puniri, ut eius resecentur infaustae ceruices. Eius quoque satellites pari intentione persequimur...*

58) Seguimos a SEECK, *Regesten...*, 327, Jovino.

59) (*praefecto praetorio*): *Liberata re publica tyrannidis iniuria omnium criminum reos relaxari praecipimus.* Menos generosidad y más desconfianza observamos en el perdón a los acólitos de Jovino: *CTh.* IX,38,11. 413 (*comiti et magistro officiorum*): *De his, qui tyrrannicae praesumptionis... aut sacramenta sectati ad nostrum imperium redierunt, hanc uolumus esse sententiam, ut, quos inter incendia tyrannidis adsumptae fidelis paenitudo reuocauit, ordinem et fructum militiae non amittant. eos uero, quibus lentum regressum necessitas desperationis indixit, soluto cingulo matricula conuenit aboleri, ita ut illud quoque par reuerentiae forma custodiat, ne redire ei ad pristinam militiam liceat, qui aliud militandi genus elegerit.* Vid. análisis del final de los usurpadores y la suerte de sus colaboradores y afectos en ELBERN, *Usurpationen...* (cit.), esp. VII. “Das Ende der Hochverräter”, 131-143, y nn. 207-214.

mandaba restablecer los privilegios de las iglesias que el tirano *Johannes* había puesto en entredicho y restaurar la *audientia episcopalis* que el *infaustus praesumptor* había suprimido, obligando a los clérigos a someterse a los jueces seculares (*CTh. XVI,2,47* ⁽⁶⁰⁾). Hemos elegido esta ley como colofón por tres razones, una porque demuestra la forma que adopta la censura religiosa del tirano en un texto connotado ideológicamente como el Código Teodosiano, pero en el que faltan consideraciones explícitas sobre su impiedad al estilo de las que frecuenta la literatura contemporánea, según nos ha enseñado ZIEGLER; otra, consecuente con la anterior, porque evidencia de manera incuestionable la ecuación *principes diui*, es decir, cristianos, con *principes legitimi*; la tercera, porque prueba la continuidad de uno de los usos analizados, a saber, la invalidación por partes de las decisiones tiránicas mejor que la abolición de la totalidad. Y un último comentario, este relativo a los compiladores. Al titular la sección del libro XV que venimos estudiando *De infirmandis his, quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt* sin duda transponían la conciencia contemporánea que percibía a los usurpadores como amenaza interna para la supervivencia del Imperio en los mismos términos en los que juzgaba a los *barbari* el peligro externo,

60) (*comiti rerum priuatarum*): *Priuilegia ecclesiarum omnium, quae saeculo nostro tyrannus inuiderat, prona deuotione reuocamus, scilicet ut quidquid a diuis principibus constitutum est uel quae singuli quique antistites pro causis ecclesiasticis inpetraranter, sub poena sacrilegii iugi solidata aeternitate seruentur. Clericos etiam, quos indiscretim ad saeculares iudices debere deduci infaustus praesumptor edixerat, episcopali audientiae reseruamus. Fas enim non est, ut diuini muneris ministri temporalium potestatum subdantur arbitrio.* Vid. L. DE GIOVANNI, *Chiesa e stato nel Codice Teodosiano. Saggio sul libro XVI*, Salerno 1980.

aunque si nos fijamos en el número de disposiciones como indicio de importancia, temían más a los primeros que a los segundos. Pero más allá de esta proyección consciente sobresale la reunión en una misma proposición enunciativa de los dos términos que tradicionalmente se habían correspondido con los paradigmas de la peoría política y cultural -*tyrannus*, *barbarus*-, sólo que ahora, en los siglos tardíos, igual que al principio de su configuración, habían llegado a realizarse.

Recapitulemos ya sobre lo expuesto en esta segunda parte:

(1) La conclusión mayor que se desprende del examen de los textos legales que componen el Teodosiano es la existencia de un pensamiento jurídico de fondo, común a todos los emperadores, en relación al tratamiento que ha de darse al usurpador y sus hechos como legislador y juez, cuya matriz se remonta a Constantino, si bien su concreción normativa está sujeta a las circunstancias históricas y modales de cada usurpación, a la cambiante relación de fuerzas entre el príncipe legítimo y el tirano y al sentido de la oportunidad y la conveniencia de cada *Augustus*.

(2) Desde Constantino, *tyrannus* es pieza del lenguaje jurídico con el significado preciso de usurpador; la esencia de la usurpación es la incapacidad objetiva del tirano para crear *leges generales*, *ius commune*, como corresponde a quien no cumple las exigencias formales que los usos políticos y las reglas socialmente admitidas habían tipificado como signos de legitimidad, es decir, quien se ha arrogado poderes no conferidos

por la totalidad del ejército y no ha obtenido el reconocimiento del príncipe en ejercicio. Un criterio, que se va conformando y asentando gradualmente y que concuerda más con el formulado por Orosio -y antes Amiano Marcelino- que con el aplicado por el *Scriptor de la Historia Augusta*.

(3) La política y la ley conciertan, pero la primera -es una experiencia común a cualquier tiempo- se impone a la segunda. Así, paulatinamente va arraigando la tendencia a disociar al tirano de sus *gesta*, lo que posibilitaba la casación parcial en aras de la preservación del orden socioeconómico. Esta sería la tercera constatación.

(4) La cuarta, la cada vez más precisa definición de dicha propensión desde Constantino -con quien se hace patente el enunciado del principio (*nemo... uelit... euertere quod legitime gestum est; legitimis eius rescriptis minime impugnandis...*)- hasta Honorio -en cuyas leyes leemos el catálogo descriptivo de actos ratificados en su validez-. El extremo de esta progresión es la introducción de la noción de *tempus tyrannicum* y la práctica de la indulgencia en forma de amnistía como método político. Con este comportamiento los emperadores se aproximan al sentido práctico del Anónimo autor de la *HA*, para quien veíamos los *tyranni* son *purpurati*, ilegítimos, pero príncipes.

État de nécessité et *damnum incendi arcendi causa datum*

par Jean-François GERKENS

(Liège)

Les pratiques juridiques romaines, en cas d'état de nécessité, nous sont notamment connues par l'exemple du *damnum incendi arcendi causa datum*. Trois textes du Digeste lui sont consacrés. Voilà de quoi il s'agit.

Un incendie éclate. Primus, qui craint que cet incendie ne se propage jusqu'à sa maison, décide d'abattre la maison de son voisin — Secundus — qui se situe entre le feu et sa maison.

Aujourd'hui, un tel cas serait analysé en termes d'état de nécessité. En était-il pour autant de même pour les Romains? En réalité, il est bien connu que l'état de nécessité — en tant que catégorie dogmatique — est une invention de la science juridique allemande du XIX^e siècle (¹). En conséquence, lorsque l'on

1) V. en ce sens: ORMANNI A., *Necessità (stato di)*, ED 27, Milano 1977, p. 822 ss. V. aussi: MAYER-MALY Th., *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, ZSS 75 (1958), p. 129 s.; ASCHERI M., *Note per la storia dello stato di necessità*, St.Senesi 1975 (87.1), p. 25 ss.; GIARO T., *Excusatio Necessitatis nel diritto romano*, Warszawa 1982, p. 89 s.

fait du droit romain, on ne devrait jamais traiter de l'«état de nécessité» en ommettant les guillemets. La question que l'on peut alors se poser est: Comment les Romains réglaient-ils les cas dans lesquels nous recourons à l'état de nécessité? Et en particulier: Comment réglaient-ils le cas du *damnum incendii arcendi causa datum*?

C'est à ces questions que je tenterai de répondre.

Voyons d'abord les textes (2) en question.

Ulp., lib. 71 ad edict. (D. 43, 24, 7, 4):

Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi (3) oporteret: “Quod incendii defendendi causa factum non sit”? Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum

2) Pour une exégèse plus complète des trois principaux textes examinés ici, v. mon livre: «*Aequa perituriis...*», une approche de la causalité dépassante en droit romain classique, Liège 1997, pp. 33 à 114.

3) Dans la Florentine, on trouve “*effici*”. C'est dans la Vulgate que l'on trouve “*excipi*” à cet endroit. V. en ce sens: les deux manuscrits de Paris (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4455 et Latin n. 4458A), le manuscrit de Bamberg (Staatsbibliothek Bamberg, Msc. Jur. 17) ainsi que le manuscrit du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Pal. Lat. n. 754). La leçon de la Vulgate est également préconisée par les frères KRIEGEL, dans leur édition du Digeste (*Corpus iuris civilis*, 16^e édition, Lipsiae s.d.). Bien qu'il n'y ait pas une différence profonde sur le fond, je pense que c'est avec raison que la doctrine a unanimement préféré la version de la Vulgate. “*Excipi*” me paraît en effet être plus précis et mieux convenir pour désigner l'utilisation d'une exception.

sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli (4) litem aestimandam: si pervenisset, absolví eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus. Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait (5).

Dans ce premier texte, Servius propose une double distinction. En premier lieu, il faut voir si celui qui a détruit la maison est un magistrat ou un particulier. Ensuite, dans l'hypothèse où c'est un particulier, il faut voir si le feu a progressé jusqu'aux ruines de la maison de Secundus, ou s'il

4) SCHMIDT (*Das Interdiktenverfahren der Römer*, Leipzig 1853, p. 255 s., n. 6) propose de remplacer “*simpli*” par “*simpliciter*”. MOMMSEN propose d'insérer les mots “*eum quocum agatur quod vi aut clam damnandum in id quod interest vel si damni iniuria cum eo actum esset*” devant “*simpli litem aestimandam*”. Pour ma part, il me paraît préférable de maintenir le texte, tel qu'on le trouve dans la Florentine. Pour la discussion de cette question, v. mon «*Aeque perituris*», Liège 1997, p. 38 ss.

5) Voici la traduction que je propose du texte: «Il y a une autre exception à propos de laquelle Celse se demande si elle peut être opposée: par exemple si j'ai abattu la maison de mon voisin en vue de me protéger contre un incendie et que l'on agit contre moi en vertu de l'interdit *quod vi aut clam* ou de la *Lex Aquilia*. Gallus se demande d'ailleurs si l'on ne peut pas opposer l'exception: “*Quod incendii defendendi causa factum non sit*” (exception de ce qui a été fait dans le but de se protéger contre un incendie)? Servius dit que si un magistrat a fait cela, il faut lui accorder l'exception, mais qu'il en va différemment pour le particulier. Cependant, si le particulier a agi ainsi mais que le feu n'est pas parvenu jusque là, il doit être condamné au simple; si, au contraire, le feu a progressé jusque là, il faut l'absoudre. Le jurisconsulte dit qu'il en va de même si l'on avait agi en vertu de la *Lex Aquilia*, car il n'y a eu ni dommage ni illicéité, vu que la maison aurait de toute façon péri. Mais si l'on avait agi de la sorte en l'absence d'un incendie et que celui-ci s'est déclenché par la suite, on ne pourrait pas dire la même chose. Car comme le dit Labéon, l'existence d'un dommage doit être appréciée au présent, sans tenir compte des événements subséquents».

s'est éteint avant de parvenir jusque là. Cette seconde distinction peut surprendre un peu, dans la mesure où elle paraît incompatible avec un raisonnement qui serait fondé sur l'état de nécessité. C'est d'ailleurs précisément ce que semble dire Ulpien, dans le deuxième texte:

Ulp., lib. 9 Disp. (D. 9, 2, 49, 1):

Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persecui, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit; nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare (6).

La contradiction est flagrante. Dans les deux textes, Primus abat la maison de Secundus dans le but d'endiguer un incendie. Dans les deux cas également, il est question de la distinction entre l'hypothèse dans laquelle le feu rejoint les ruines de la maison de Secundus et celle où il s'éteint dès avant ce moment. Et pourtant, lorsque le feu s'éteint avant, Primus est condamné d'après le premier texte et absous d'après le second.

6) Voici la traduction que je propose du texte: «Quand on dit que la *lex Aquilia* poursuit le *damnum iniuria datum* (“dommage causé de manière illicite”), on entend par là que le dommage doit résulter d'un fait illicite. Tel n'est pas le cas si l'on a été obligé de le causer par force majeure, comme Celse l'écrit à l'égard de celui qui abat la maison de son voisin pour empêcher un incendie de gagner jusqu'à lui; car il écrit que l'action Aquilienne ne peut avoir lieu en ce cas. C'est en effet en raison d'une juste crainte qu'il a agi, pour éviter que le feu n'atteigne sa propre maison; et ce jurisconsulte pense que l'action *legis Aquiliae* doit être refusée que le feu ait atteint la maison abattue ou qu'il ait été éteint auparavant».

Pour résoudre cette contradiction, la doctrine a imaginé trois types de solutions.

La première solution est celle de la Glose⁽⁷⁾. D'après celle-ci, l'absolution de Primus dans le second texte s'explique par le fait que celui-ci a agi “*iusto metu ductus*” et a donc pu croire que le feu rejoindrait la maison détruite. Il aurait donc avant tout fallu que la crainte de Primus ait été justifiée et une des méthodes de prouver cela aurait été de vérifier si le feu pouvait raisonnablement “*pervenire*”.

Cette explication doit cependant être rejetée. Dans la distinction de Servius, il n'y a pas de place pour le recours à un “*iustus metus*” qui ferait disparaître l'*iniuria*, puisqu'elle concerne en tout cas l'hypothèse de l'interdit *q.v.a.c.*, pour laquelle la présence ou l'absence d'*iniuria* ne joue aucun rôle⁽⁸⁾. Ce qui est déterminant pour ce jurisconsulte, c'est d'ailleurs que le feu progresse ou non jusqu'aux ruines de la maison abattue, non que Primus ait agi sous l'emprise ou non d'une juste crainte.

La deuxième solution proposée résout la contradiction en imaginant qu'il y avait une controverse entre Servius et Celse sur

7) V. la glose «*Extinctus*» ad D. 9, 2, 49, 1, dans GOTHOFREDUS D., *Digestum vetus*, Lugduni 1604.

8) V. Ulp., lib. 71 ad edictum (D. 43, 24, 1, 2): *Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non: sive enim ius habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: Tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci.*

le contenu de l'état de nécessité. Comme on l'imagine aisément, cette solution est contemporaine à la naissance de la catégorie dogmatique elle-même. C'est donc chez les auteurs allemands du XIX^{ème} siècle qu'on la trouve pour la première fois (⁹).

D'après les tenants de cette solution (¹⁰), il serait normal qu'il y ait eu des divergences entre les jurisconsultes sur la question

9) LÖHR E., *Die Theorie der Culpa*, Gießen 1806, p. 95 ss.; GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen 1808, X, p. 331; PERNICE A., *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, Weimar 1867, p. 39; STAMMLER R., *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes*, Erlangen 1878, p. 12 ss.

10) Outre les auteurs déjà cités, d'autres auteurs, plus récents, ont encore défendu l'idée que la contradiction entre les textes pouvait s'expliquer par des divergences de vue sur l'état de nécessité ou une divergence d'appréciation des faits. V.: VON TUHR A., *Der Notstand im Civilrecht*, Heidelberg 1888, p. 61 s. (d'après cet auteur, Ulpien aurait mis un terme à la controverse, en prenant parti pour la position de Celse. Comp. également dans le même sens: KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, T. II, Leipzig 1901, p. 1237 s.); FERRINI C., *Diritto penale romano*, 1902 (Rist. Roma 1976), p. 87 n. 2: "La difficoltà però di distinguere un mero pericolo da un danno imminente spiega le controversie che si ebbero in proposito fra i giuristi romani"; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma 1926, T 2/1, p. 406 s. (Rist. 1966, p. 470 s.); ARU L., *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, Ann. Palermo 15 (1936), p. 141; DE MARTINO F., *In tema di stato di nécessité*, RISG 14 (1939), p. 47; VISKY K., *La responsabilité en droit romain*, RIDA 3 (1949), p. 478 ss.; RÖHLE R., *Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht*, SDHI 31 (1965), p. 309 (Il se peut cependant que cet auteur n'ait pas vraiment vu la totalité du problème, dans la mesure où il ne fait aucune référence au fragment 49 §1 – il se contente de faire remarquer que Servius met une condition supplémentaire à l'octroi de l'exception, par rapport à Celse et Gallus); WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, p. 241; TAFARO S., "Causa timoris" e "migratio inquilinorum" in un responso serviano, INDEX 5 (1974/1975), p. 57; MACCORMACK G., "Aquilian Studies", SDHI 41 (1975), p. 53 ss [Bien que ne parlant pas expressément de l'état de nécessité, cet auteur situe la controverse entre Servius et Celse sur les conditions à respecter pour éviter d'être tenu responsable d'avoir abattu la maison de son voisin. Il finit par considérer (p. 56) que pour Servius le fait d'abattre la maison de son voisin devait

de l'admission de l'état de nécessité, qui est avant tout une question de faits⁽¹¹⁾. Cette vision des choses ne va cependant pas sans poser un problème important: Les deux textes sont attribués à Ulpien et ce dernier ne contredit ni Servius, ni Celse.

Face à ce problème, certains auteurs ont invoqué un troisième texte d'Ulpien, qui traite du même cas.

Ulp., lib. 56 ad edictum (D. 47, 9, 3, 7):

Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec

probablement constituer une faute, alors que pour Celse, tel n'était pas le cas. On en revient donc, comme pour les autres auteurs cités ici, à un problème de faits.]; HORAK F., *c.r. B.W. Frier, The Rise of the Roman Jurists*, ZSS 105 (1988), p. 840 s., n. 20; ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, p. 1001; HONSELL H., *Römisches Recht*, 3. ergänzte Aufl., Berlin - Heidelberg 1994, p.148; HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien 1996, p. 23 s. Plus récemment, WININGER (*La responsabilité aquilienne romaine*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, p. 90 ss.) a placé la controverse sur le terrain de l'intention de celui qui cause le dommage, plutôt que sur la question l'état de nécessité. L'auteur considère que l'intention prise en compte dans les textes est l'intention de Primus de se défendre contre le feu. En ce sens, l'analyse de WININGER se rapproche des autres, auxquelles il est fait référence dans la présente note, car comme eux, cet auteur passe complètement sous silence le fait que les trois textes en question traitent également d'autres moyens procéduraux que l'action de la *lex Aquilia*.

11) En ce sens: PERNICE A., *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, Weimar 1867, p. 39.

enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit (12).

Il est vrai que dans ce texte, Ulprien invoque la position de Celse en y adhérant de manière explicite. Cette fois cependant, la distinction selon que le feu progresse ou non jusqu'aux ruines de la maison abattue n'est plus évoquée. Ce troisième texte ne permet donc pas de trancher notre discussion.

KASER (13) — dans sa période interpolationiste — a tenté de résoudre ce problème en recourant à l'hypothèse d'interpolation. Ulprien aurait en réalité contredit la position de Servius et accordé en toute hypothèse l'exception au particulier, c'est-à-dire également lorsque le feu s'est éteint avant de rejoindre les ruines de la maison abattue. D'après KASER, l'exception était l'unique moyen qui aurait permis au juge de tenir compte de l'état de nécessité. Cette interprétation suppose donc qu'Ulprien partageait l'opinion de Celse et rejetait celle de Servius... Or c'est précisément là, la question à laquelle nous tentions de répondre et l'auteur ne fournit aucune justification à sa manière de la trancher. Qui plus est, on ne voit pas très bien dans quel but les

12) Voici la traduction que je propose de ce texte: «Ce que dit le préteur du dommage causé n'a lieu que s'il a été causé par dol; car s'il n'y a pas de dol, l'édit ne s'applique pas. Comment donc comprendre ce que dit Labéon, que si pour me défendre d'un incendie qui commence à éclater, j'abats la maison de mon voisin, on peut me poursuivre et en mon nom, et au nom de mes esclaves? Car comme je l'ai fait pour défendre ma maison, je l'ai fait sans dol. Je pense donc que ce qu'écrivit Labéon n'est pas vrai. Peut-on agir en vertu de la *lex Aquilia*? Je ne pense pas qu'on le puisse, car c'est sans *iniuria* qu'a agi celui qui a voulu se protéger alors qu'il ne pouvait le faire autrement. C'est ainsi que l'écrit Celse».

13) KASER M., *Quanti ea res est*, München 1935, p. 10 n. 4.

Compilateurs auraient interpolé le texte sur ce point, introduisant par là une contradiction dans le Digeste.

En réalité, comme le laissait déjà entendre notre introduction, la solution fondée sur l'existence d'une controverse sur le contenu de l'état de nécessité ne pouvait pas être la bonne. En effet, une fois admis que les Romains ne connaissaient pas le concept lui-même, il était impossible que les jurisconsultes en discutent le contenu.

À mon avis, c'est la troisième solution — celle de SUAREZ DE MENDOZA (14) — qui répond le mieux au problème posé ici. Pour ce juriste du XVII^e siècle (15), les solutions divergentes de Servius et de Celse s'expliquent par les différences qu'il y a entre l'*actio legis Aquiliae* et l'interdit *q.v.a.c.* Il part de la constatation que l'exception est réservée au magistrat et n'a d'intérêt que dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.*

Dans le cadre de l'*actio legis Aquiliae*, elle lui aurait été totalement inutile. En effet, si le magistrat a détruit la maison sans commettre de dol ou d'*iniuria*, il a agi *iure potestatis* et il n'y a

14) SUAREZ DE MENDOZA J., *Commentarii ad Legem Aquiliam*, in Meermani Gerard., Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Hagae-Comitum 1751, T. II, p. 28 ss. V. aussi: WISSENBACH J.J., *Exercitationum ad quinquaginta libros Pandectarum*, Fraenekeræ Frisiorum 1661, Disp. 23, Lib. 43, th. 16, col. 896; VOET J., *Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum 1716, T. I, p. 549; HUBER U., *Eunomia Romana*, Franequeræ 1700, p. 416; du même auteur: *Praelectionum iuris civilis*, Lovanii 1766, T. II, p. 322 (*Ad leg. Aquil. §1*).

15) Il était juge à Hispala et est décédé en 1681 (v. RIVIER A., *Introduction historique au droit romain*, Bruxelles 1881, p. 620).

pas de raison d'accorder l'action contre lui (¹⁶). En revanche, si le magistrat a agi de manière dolosive ou avec *iniuria*, il n'y a plus aucune raison de lui accorder l'exception.

Dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.*, SUAREZ rappelle que quiconque a agi “*vi aut clam*” sur la maison d'autrui sera tenu de l'interdit, qu'il ait eu le droit d'agir ainsi ou non (¹⁷). Dans pareil cas, le fait d'agir *iure potestatis* ne change plus rien et l'exception devient donc indispensable pour éviter la condamnation.

Une fois résolue la contradiction entre les deux premiers textes, il faut résoudre une autre contradiction, interne au premier texte (D. 43, 24, 7, 4). Ce texte se déroule comme suit. Dans un premier temps, la question de l'exception semble avoir été posée à la fois pour l'interdit *q.v.a.c.* et pour l'*actio legis Aquiliae* (“...et *quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria*”). Dans

16) SUAREZ DE MENDOZA appuie cette affirmation sur les textes suivants: Ulp., *lib. 11 ad Edict.* (D. 4, 2, 3, 1): *Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris quem sustinet. ceterum si per iniuriam quid fecit populi Romani magistratus vel provinciae praeses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere: si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.* Ulp., *lib. 32 ad Edict.* (D. 19, 2, 13, 8): *Si quis mensuras conduxerit easque magistratus frangi iusserit, si quidem iniquae fuerunt, Sabinus distinguit, utrum scit conductor an non: si scit, esse ex locato actionem, si minus, non. quod si aeque sunt, ita demum eum teneri, si culpa eius id fecit aedilis. Et ita Labeo et Mela scribunt.* Ulp., *lib. 57 ad Edict.* (D. 47, 10, 13, 1): *Is, qui iure publico utitur, non videtur iniuriae facienda causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam.* Ulp., *lib. 57 ad Edict.* (D. 47, 10, 13, 6): *Quae iure potestatis a magistratu fiunt, ad iniuriarum actionem non pertinent.*

17) V. *supra*, texte et note 8.

un second temps, viennent les distinctions de Servius. Et dans un troisième temps, Servius affirme que la solution devrait être la même si l'on avait utilisé l'*actio legis Aquiliae* (“*Idem ait esse, si damni iniuria actum foret*”). La question est alors la suivante: Les distinctions de Servius concernent-elles uniquement l'interdit *q.v.a.c.* ou visent-elles également l'*actio legis Aquiliae*?

Les auteurs qui pensent que Servius traitait de l'*actio* dès le début du fragment ont été obligés d'admettre que le texte était fortement interpolé⁽¹⁸⁾.

À mon sens, c'est encore SUAREZ DE MENDOZA qui nous met sur la meilleure voie. La mise en relief de la différence entre l'interdit *q.v.a.c.* et l'*actio legis Aquiliae*, solution qu'il propose pour la contradiction examinée précédemment, permet également de résoudre cette seconde contradiction. Pour SUAREZ, les distinctions de Servius ne concernent donc que le cas de l'interdit *q.v.a.c.*

Cette opinion est renforcée par la position de SCHIPANI⁽¹⁹⁾. Pour ce dernier, les mots “*aut damni iniuria*” sont interpolés. En les supprimant, la contradiction disparaît et la question concernant l'opportunité d'octroyer une exception ne pouvait plus concerner

18) V. p. ex.: FABER A., *De erroribus pragmat.*, Lugduni 1658, Decad. LXXVII, Err. V, p. 330 ss.; CANNATA C.A., *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, Labeo 17 (1971), p. 70 s.

19) SCHIPANI S., *Responsabilità “ex lege Aquilia”*. *Criteri di imputazione e problema della “culpa”*, Torino 1969, p. 155 s.; approuvent la position de SCHIPANI: LONGO G., *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, Festgabe von Lübtow, Berlin 1970, p. 333 n. 21; ORMANNI A., *Necessità (stato di)*, ED 27, Milano 1977, p. 827.

que le cas de l’interdit. L’auteur pense en effet que cela n’avait pas de sens de se demander s’il fallait accorder une exception à l’*actio legis Aquiliae*. Que ce soit en jouant sur l’absence de *damnum* ou d’*iniuria*, le texte de loi et la formule permettent déjà largement le recours au type d’argumentation dont il est question dans notre fragment. En l’absence d’*iniuria* ou de *damnum*, l’action ne sera pas accordée. Il aurait donc été très étrange que Celse se soit réellement demandé s’il ne fallait pas insérer une exception dans la formule de l’*actio legis Aquiliae* (20). Cette interpolation peut s’expliquer par le fait qu’à la fin de la procédure formulaire, le mot “*exceptio*” perd son sens technique, pour n’avoir plus qu’un sens générique d’argument de la défense. Dans la mesure où, dans la suite du fragment, Servius entreprend de comparer l’interdit et l’action, les Compilateurs n’ont peut-être pas compris pourquoi cette comparaison n’était pas faite depuis le début du fragment.

La comparaison entre l’interdit et l’action commence donc avec les mots “*idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus*”

. Le cas envisagé — et pour lequel les solutions de l’interdit et de l’action sont les mêmes — est celui où le feu progresse jusqu’aux ruines de la maison abattue. Ce n’est en effet que dans ce cas-là que l’on peut dire que “*aeque perituris aedibus*”.

20) Cela est d’autant plus vrai que nous savons par ailleurs (D. 9, 2, 49, 1 et D. 47, 9, 3, 7) que Celse estimait que l’*actio legis Aquiliae* devait être refusée pour absence d’*iniuria* dans le cas qui nous occupe.

Dans le cas de l'interdit *q.v.a.c.*, le magistrat dispose de l'exception “*quod incendii defendendi causa factum non sit*”. Quant au particulier, il évite la condamnation par le fait que la maison aurait de toute façon brûlé. Servius précise que dans pareil cas, il n'y a pas de dommage. À mon sens, c'est au cours du *iudicium secutorium* que le juge pourra tenir compte de cette absence de dommage, et absoudre le particulier.

Dans le cas de l'*actio legis Aquiliae*, le résultat est le même, mais cette fois il y a deux raisons qui expliquent que Primus ne sera pas tenu. En plus de l'absence de dommage, l'action sera refusée en raison de l'absence d'*iniuria*.

On pourrait encore se demander pourquoi Servius justifie l'identité des solutions par les mots “*quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur*”. Pourquoi ce “*aut*”? Je ne pense pas qu'il s'agisse d'une hésitation ou d'une alternative. Je pense plutôt que Servius formule sa phrase de cette manière, parce qu'il donne une justification qui vaut tant pour l'interdit que pour l'action. Or, l'absence d'*iniuria* n'a d'intérêt qu'en cas d'*actio legis Aquiliae*. Je pense dès lors que ces mots sont l'expression synthétique de la comparaison opérée par le jurisconsulte à cet endroit. En substance, l’“*aut*” prend donc dans ce cas le sens de “et/ou”.

Bref, si *ignis pervenit*, le résultat est le même pour l'*actio legis Aquiliae* et pour l'interdit *q.v.a.c.*; si *ignis non pervenit*, seul l'interdit aboutit à la condamnation. Cette différence de résultat établie par Servius ne manque pas de surprendre, mais on peut constater qu'elle a été reprise par Ulpien, Justinien et même

par les Basiliques (21). Si l'on peut être tenté d'y voir une incohérence du droit, il faut souligner ici que cette divergence entre les résultats peut s'expliquer par les différences fondamentales qu'il y a entre l'action de la *lex Aquilia* et l'interdit *q.v.a.c.* Il est vrai que ces deux moyens procéduraux peuvent permettre d'obtenir la réparation d'un dommage, mais il s'agit sans doute là de leur seul point commun. Alors que l'action de la *lex Aquilia* requiert un dommage et une *iniuria*, l'interdit *q.v.a.c.* suppose avant tout qu'un acte violent (*vi*) ou clandestin (*clam*) ait été commis (22). Les objectifs sont également différents, puisque le but premier de l'interdit n'est pas d'obtenir la réparation d'un dommage.

Voici comment se déroulent les faits. Un incendie progresse en direction de la maison de Primus. Celui-ci décide d'intervenir

21) Bas. 60, 3, 49: Ulpi. Ὁ διὰ καπνοῦ φονεύσας ἢ φυγαδεύσας ὀλλοτρίας μελίσσας, ὑπόκειται τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσῃ ἀγωγῇ. Ὁ Ἀκούίλιος, ἀδικον ἐπιζητεῖ ζημίαν· εἰ δέ τις ἐμπρησμοῦ γενομένου διὰ τὸ σῶσαι τὸν ἴδιον οἶκον καταστρέψῃ τὸν τοῦ γείωτονος ἀργεῖ ὁ Ἀκούίλιος, εἴτε τὸ πῦρ ἔφθασεν εἴτε προεσβέσθη. Bas. 58, 23, 7, 4: Ulpi. Ὁ μὲν ἄρχων καλῶς δι’ ἐμπρησμὸν καταλύει τόπον, ὁ δὲ ἴδιώτης ὅτε ἐλθόντος τοῦ πυρὸς ἔστρεψε· τὸ αὐτὸ κάν Aquilίῳ ἐναχθῆ. Εἰ δὲ πρῶτον κατέλυσε καὶ τότε γέγονεν εἰς τὸν τόπον ἐμπρησμός, ἀποδίδωσι τὴν ζημίαν.

22) V. Ulp., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 1, 5-9), et par ex.: BERGER, *Interdictum*, RE, 9, 2, Stuttgart 1916, 1663 s. Dans le cadre de l'interdit *quod vi*, on considère que le défendeur a commis un acte violent lorsque le demandeur a tenté en vain de s'y opposer. Pour l'interdit *quod clam*, le demandeur ne doit pas avoir marqué son opposition formellement, mais la clandestinité du défendeur s'explique par l'opposition pressentie du demandeur (v. Ulp., *lib. 71 ad Ed.*: D. 43, 24, 3, 7 s.; Venul., *lib. 2 interdictorum*: D. 43, 24, 4).

pour éviter que sa maison ne soit détruite par les flammes. Il se dirige alors vers la maison de Secundus avec l'intention de l'abattre. Si ce dernier est présent et ne tente pas d'empêcher Primus d'agir de la sorte, il ne pourra pas recourir à l'interdit *q.v.a.c.* pour obtenir la restitution de sa maison. Il était indispensable que Secundus s'oppose à l'acte de Primus pour que l'interdit puisse être accordé. Par ailleurs, dans le même cas, l'action de la *lex Aquilia* ne sera pas d'une plus grande utilité à Secundus, puisque l'*iniuria* fait défaut. À la lumière de cette mise en perspective, les éventuelles différences de résultats entre l'action et l'interdit deviennent nettement moins embarrassantes. Qui plus est, sur le fond, la différence de résultat concerne un cas relativement restreint. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle Secundus a vainement tenté de s'opposer à l'acte de Primus, et que par la suite l'acte de Primus s'est avéré inutile dans la lutte contre l'incendie, puisque le feu s'est éteint avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison de Secundus.

En résumé, on peut dire qu'Ulprien pose la question de l'opportunité d'une exception “*quod incendi defendendi causa factum non sit*” dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.* Il évoque à cet endroit l'avis de différents jurisconsultes. Gallus semble s'être demandé s'il fallait l'accorder chaque fois que le défendeur avait agi *incendi arcendi causa*. La même question semble avoir été soulevée par Celse, bien des années plus tard. La solution retenue par Ulprien est cependant celle de Servius, l'élève de Gallus, qui réserve l'exception au magistrat (en pratique, il s'agit des

magistrats dépourvus d'*imperium* (23), et probablement en particulier les *triumviri nocturni*, également appelés *triumviri incendiis arcendis* (24)). Le particulier ne disposait donc pas de cette exception et l'interdit était octroyé au demandeur.

Cela ne signifiait pas pour autant que le défendeur serait condamné à restituer. Encore fallait-il vérifier si la victime de l'acte violent avait réellement subi un dommage. Cette vérification se faisait au cours du *iudicium secutorium*. Si le juge constatait que la maison du demandeur aurait de toute façon brûlé — et partant qu'il n'y avait pas de dommage — le défendeur était absous (25). Lorsqu'au contraire un dommage avait été constaté,

23) Quant aux magistrats pourvus de l'*imperium*, le préteur n'avait pas le pouvoir de les contraindre à comparaître devant lui contre leur gré. L'exception leur était dès lors généralement inutile. Sur la position du magistrat dans le cadre du dommage causé *incendiis arcendi causa*, v. mon livre «*Aequo perituriis*», Liège 1997, p. 60 ss.

24) C'est le nom que leur donne Paul, *Lib. sing. de Off. praef. Vig.* (D. 1, 15, 1): *Apud vetustiores incendiis arcendis triumviri praerant, qui ab eo, quod excubias agebant nocturni dicti sunt: interveniebant nonnumquam et aediles et tribuni plebis. erant autem familia publica circa portam et muros disposita, unde si opus esset evocabatur: fuerant et privatae familiae, quae incendia vel mercede vel gratia extinguerent, deinde divus Augustus maluit per se huic rei consuli.*

25) Notons qu'il est inutile de distinguer ici selon que les parties ont adopté la procédure *per sponsionem* ou *per formulam arbitrariam*. En ce qui concerne notre cas, la solution est identique dans les deux cas. En effet, comme l'écrit UBBELOHDE (in GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen 1890, Série 43-44, 2^e partie, p. 127 ss.), dans le cadre de la procédure *per sponsionem*, le jugement rendu sur l'*actio ex sponsione* ou *ex restipulatione* n'accorde que la somme de la *sponsio*. Ce jugement ne permet donc pas encore au demandeur de l'interdit *q.v.a.c.* d'obtenir la restitution à laquelle il a droit, pour autant qu'il ait remporté l'instance sur la *sponsio*. Il devra alors intenter une nouvelle action qui aura le même but que l'*actio per formulam arbitrariam*: “*Quod opus vi aut clam factum est, si arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit etc.*”

le juge condamnait le défendeur au montant du dommage tel que lui-même (le juge) l'avait évalué⁽²⁶⁾.

Dans l'hypothèse où il n'y a pas de dommage, l'*actio legis Aquiliae* aurait également été refusée, mais cette fois pour une double raison. En plus de l'absence de dommage, l'action est refusée également en raison du défaut d'*iniuria*.

Revenons maintenant au second texte d'Ulpien, extrait du titre consacré à la *lex Aquilia*.

Ulp., lib. 9 Disp. (D. 9, 2, 49, 1):

Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit⁽²⁷⁾; nisi⁽²⁸⁾ magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui

26) En matière d'interdit *q.v.a.c.*, lorsque la restitution n'est plus possible, l'*id quod interest* peut être évalué de deux manières. Soit le demandeur fait une évaluation sous serment, soit c'est le juge qui fait lui-même l'évaluation [Ulp., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 15, 9): *Sed quod interfuit, aut per iusurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est.*]. Le premier mode d'évaluation est généralement moins favorable au défendeur. À mon sens, les mots “*simpli litem aestimandam*” indiquent qu'ici, Servius préconisait l'évaluation par le juge. Pour un examen plus approfondi de ces mots, v. mon livre: «*Aequo perituris...*», Liège 1997, p. 38 ss.

27) MOMMSEN (*Digesta*, ad h.l.) propose d'ajouter les mots “*fieri autem non potest, ut damnum iniuriam non attulerit*” après “*quod cum damno iniuriam attulerit*”.

28) D'après l'*Index interpolationum*, le manuscrit de Padoue (Biblioteca Universitaria di Padova, Ms. 941) dit “*non si*” au lieu de “*nisi*”. Vérification faite, on trouve dans ce manuscrit comme dans celui du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat. n. 1406), un “*n*” surmonté d'un petit trait vertical. Il reste cependant probable que cette abréviation signifie “*nisi*” et non “*non si*”.

incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare (29).

L’altération de ce texte ne fait guère de doute. L’usage de “*nisi*” est étrange (30). Il manque une proposition principale (31) avant ce “*nisi*” et surtout, on ne voit pas bien à quelle affirmation ce “*nisi*” introduit une exception. On ne peut pas dire que la force majeure soit une exception à la règle qui veut que le *damnum* doit avoir été causé par *iniuria* pour que la *lex Aquilia* trouve application. En revanche, le cas de la force majeure est bien une exception au principe d’après lequel tout *damnum* trouve son origine dans une *iniuria*. Dans le texte, Celse insiste précisément sur le fait que l’existence d’un dommage ne suffit pas pour qu’il y ait lieu d’accorder l’action de la *lex Aquilia*. S’il n’y a pas d’*iniuria*, l’action sera refusée. Comme exemple de cas de dommage sans *iniuria*, Celse invoque à nouveau le cas de la maison détruite *incendii arcendi causa*.

On pourrait se demander si l’absence d’*iniuria* résulte d’une absence de faute ou si l’*iniuria* doit être envisagée dans un sens

29) Pour une traduction de ce texte, v. *supra*, note 6.

30) V. SCHIPANI S., *Responsabilità “ex lege Aquilia”*. *Criteri di imputazione e problema della “culpa”*, Torino 1969, p. 310 ss.

31) C’est sans doute pour cette raison que MOMMSEN fait la proposition reportée *supra*, note 27. Malgré toutes les qualités de cette proposition (v. sur ce point, mon «*Aequa perituris...*», p. 86), elle reste une pure conjecture, dont la vérification est impossible. C’est peut-être également pour cela que les auteurs de l’*Index interpolationum* (v. *supra*, note 28) ont suggéré le remplacement de “*nisi*” par “*non si*”.

objectif⁽³²⁾. Pour mon propos, il suffit de constater que l'*iniuria* fait défaut — et partant que l'action sera refusée — que le feu progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue ou qu'il s'éteigne auparavant. Cette précision, que l'on trouve dans la finale du second fragment d'Ulprien, a été déclarée irrationnelle par LONGO⁽³³⁾. À mon avis, bien au contraire, elle est indispensable, car le but du fragment est précisément de montrer que pour qu'il y ait lieu d'appliquer la *lex Aquilia*, il faut que le dommage ait été causé par *iniuria*. L'*iniuria* est une condition indispensable pour la concession de l'*actio* et fait toujours défaut, que le feu *pervenit* ou non. En faisant cette précision, Ulprien illustre clairement l'autonomie de la condition d'*iniuria* par rapport à la condition de *damnum*. Le jurisconsulte refuse donc de faire, dans le cadre de l'*actio legis Aquiliae*, la distinction qu'il faisait dans le cadre de l'interdit. En effet, si le *damnum* est une condition commune aux deux moyens procéduraux, l'*iniuria* est propre à l'action. Ce n'est qu'implicitement, par le biais du *vi aut clam*, que l'*iniuria* se retrouve dans l'interdit, mais ce *vi aut clam* reste défini objectivement dans la Compilation Justinienne.

Il reste le troisième texte traitant du *damnum incendii arcendi causa datum*. Il concerne un troisième moyen procédural permettant d'obtenir la réparation du dommage résultant de la destruction de la maison de Secundus. Il s'agit de l'*actio de*

32) Sur cette question, v. mon «*Aequa perituris...*», p. 91 ss et 95 ss.

33) LONGO G., *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, Festgabe von Lübtow, Berlin 1970, p. 334.

incendio ruina naufragio rate nave expugnata (ci-après: “*actio de incendio*”). Le préteur accordait cette action à la victime d’un vol, d’un recel ou d’un dommage causé à l’occasion d’un incendie, de l’écroulement d’une maison ou d’un naufrage.

Ulp., *lib. 56 ad edictum* (D. 47, 9, 3, 7):

Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit (34).

À propos du cas du *damnum datum*, Ulpien précise que l’*actio de incendio* — entraînant une condamnation au quadruple — ne sera accordée que si le dommage a été causé de manière dolosive. Il semble que Labéon ait été d’un autre avis sur ce point et ait accordé l’action *de incendio* même contre celui qui a abattu une maison *incendi arcendi causa*. D’après Ulpien cependant, Primus n’a pas agi dolosivement, vu qu’il ne pouvait agir autrement. Pour faire cette affirmation, Ulpien s’appuie sur l’avis de Celse, qu’il rappelle. L’absence d’*iniuria* semble être un argument a fortiori pour l’absence de dol, dans l’argumentation d’Ulpien.

34) Pour la traduction de ce texte, v. *supra* note 12.

Les positions de Celse et d'Ulprien ne surprennent guère, au vu du texte que nous avons examiné précédemment (D. 9, 2, 49, 1). On ne peut pas en dire autant de la position de Labéon. Comment expliquer que ce grand jurisconsulte ait tenu pour normal de condamner au quadruple celui qui a causé un dommage *incendii arcendi causa*, c'est-à-dire sans commettre aucune *iniuria*? Nombre d'auteurs⁽³⁵⁾ ont tenté d'expliquer cette bizarrerie en dénonçant l'interpolation du texte. Aucun d'eux n'explique pourquoi les Compilateurs auraient interpolé le texte de cette manière. En réalité, je pense que la raison principale, pour laquelle ces auteurs recourent à l'interpolation, est qu'ils ne peuvent pas croire que Labéon accordait l'action *de incendio* en l'absence de tout dol. Avant d'en arriver à une solution aussi extrême, il faut vérifier si cette position de Labéon est réellement aussi incroyable qu'il n'y paraît à première vue.

Un certain nombre d'auteurs a également écrit que l'opinion de Labéon pouvait s'expliquer par la conception particulière du jurisconsulte en matière d'état de nécessité⁽³⁶⁾. Ces auteurs

35) BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, ZSS 66 (1948), p. 350 s.; DE MARTINO F., *In tema di stato di necessità*, RISG 14 (1939), p. 44 s.; BEINART B., *The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia*, Studi Arangio-Ruiz, Napoli s.d., T. 1, p. 287 n. 36; LEBIGRE A., *Quelques aspects de la responsabilité pénale*, Paris 1967, p. 87 n. 6; LONGO G., *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, Festgabe von Lübtow, Berlin 1970, p. 334 s.

36) V.: LEHMANN, *Über die civilrechtlichen Wirkungen des Notstandes*, Jher.Jb. 13 (1874), p. 221 ss.; PERNICE A., *Labeo*, 2. Aufl., Halle 1895, 2. Band, 1. Teil, p. 68 s.; BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, T. II, 2, 2. Aufl., Leipzig 1916, p. 662 ss.; SEGRÈ G., *Le obbligazioni e le azioni ex delicto (corso di diritto romano)*, T. II, Torino 1925-1926, p. 124 ss.; WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, p. 241; ORMANNI A., *Necessità (stato di)*, ED 27, Milano 1977, p. 828 ss.

invoquent pour cela un quatrième texte, qui traite cependant d'un cas fort différent.

Ulp., lib. 18 ad edictum (D. 9, 2, 29, 3):

Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsata esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae naves piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum (37).

Dans ce texte, Labéon admet que lorsque le vent pousse un bateau dans les cordages ou dans les filets d'un autre, il n'y a pas d'action contre celui qui coupe ces cordages ou ces filets pour libérer le bateau. Du moins en est-il ainsi pour autant qu'il n'y ait

37) Voici la traduction que je propose de ce texte: «Labéon écrit encore: Si un bateau est poussé par la force du vent dans les cordages d'un autre bateau et si l'équipage a coupé ces cordages, cela ne donnera lieu à aucune action, s'il n'y avait aucun autre moyen de dé potrà le bateau. Labéon et Proculus estiment qu'il doit en aller de même lorsque c'est un bateau de pêche qui s'est pris dans des filets de pêche. Il va de soi que si c'est par la faute de l'équipage que le bateau s'est trouvé dans pareille situation, on pourra agir en vertu de la *lex Aquilia*. Cependant, si l'on a agi en vertu de cette loi à propos des filets de pêche, l'estimation du dommage ne pourra inclure les poissons qui n'auront pas été pêchés pour cette raison, car il n'est pas certain qu'ils auraient été pêchés. Il faut admettre la même solution pour les chasseurs et les oiseleurs».

pas eu d'autre possibilité pour libérer le bateau et que celui qui a coupé les cordages ou les filets n'ait pas commis de faute.

Le problème auquel sont confrontés les auteurs en question, est que dans ce dernier texte, Labéon semble recourir à l'état de nécessité, alors que dans le texte précédent, il semblait le refuser. En réalité, l'erreur est à nouveau d'avoir posé le problème en termes d'état de nécessité (38). Comme je l'avais déjà annoncé dans l'introduction, il est impossible que le noeud du problème ait été celui-là.

La solution correcte me semble être celle de VON TUHR (39). Pour cet auteur, la position de Labéon s'explique par une lecture méticuleuse de l'édit du préteur, d'après lequel l'*actio de incendio* est accordée en cas de *rapere*, de *recipere* et de *damnum dare*. Ce n'est que pour le cas du *recipere* qu'il est précisé que l'acte doit avoir été commis *dolo malo*. Dans ce cas, cette précision paraît en effet indispensable puisque l'entrée en possession de choses à l'occasion d'un incendie ou d'un naufrage peut résulter tant d'une bonne que d'une mauvaise intention. Le *damnum dare* résulte en revanche presque toujours d'une intention illicite. Le cas du

38) Pour une discussion plus approfondie des tentatives d'harmonisation des positions de Labéon, v. «*Aequa perituris...*», Liège 1997, p. 103 ss.

39) VON TUHR A., *Der Notstand im Civilrecht*, Heidelberg 1888, p. 64 s. Dans le même sens, v. encore: ARU L., *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, Ann. Palermo 15 (1936), p. 140 s.; RÖHLE R., *Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht*, SDHI 31 (1965), p. 309; SCHIPANI S., *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino 1969, p. 153 ss.; MACCORMACK G., *Dolus in the Law of the Early Classical Period*, SDHI 52 (1986), p. 279.

damnum incendii arcendi causa datum constitue l'exception. Le préteur a peut-être perdu cette exception de vue et n'a dès lors pas pensé à adjoindre les mots *dolo malo* également pour ce cas-là. Labéon aurait donc accordé l'*actio de incendio* chaque fois qu'un dommage avait été causé à l'occasion d'un incendie, sans tenir compte du fait qu'il y ait eu dol ou non. Ulprien aurait alors proposé une nouvelle interprétation de l'édit, d'après laquelle le dol aurait été requis non seulement en cas de *recipere* mais également en cas de *damnum dare*. Le recours à cette nouvelle interprétation de l'édit permettait à Ulprien de rejeter la solution de Labéon — et de l'édit — Primus ne commettant pas de dol en abattant la maison de Secundus, lorsque c'était pour protéger sa propre maison.

Je pense qu'il y a encore un argument supplémentaire, créditant l'hypothèse de VON TUHR. Celui-ci peut être trouvé dans la *Palingenesia* de LENEL (40). D'après celui-ci, notre texte (D. 47, 9, 3, 7) devait être immédiatement consécutif à D. 47, 9, 3, 3, les paragraphes 4 à 6 ayant été insérés par les Compilateurs. Il est en effet difficilement imaginable qu'Ulprien, après avoir longuement expliqué comment il fallait comprendre “*recepisse*

40) LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae 1889, col. 766 n. 1; l'auteur explicite sa position dans: *Edictum perpetuum*, 3^e éd. Leipzig 1927, p. 396 s.

dolo malo” (41), ait poursuivi par les mots: “*Non solum autem qui rapuit, sed et qui abstulit vel amovit vel damnum dedit vel recepit, hac actione tenetur*” (42). Il paraît bien plus logique qu'il ait poursuivi avec ce qui constitue aujourd'hui le § 7, où il est question de la condition de dol en cas de *damnum dare*. LENEL pense que les paragraphes 4 à 6 constituaient à l'origine plutôt un commentaire de la formule et non de l'édit du préteur.

Les paragraphes 3 et 7 étaient donc immédiatement consécutifs. À mon sens, cela conforte la position de VON TUHR, car le § 3 montre bien que dans un premier temps, la condition de dol avait été ajoutée spécialement pour celui qui “*recepit*” un bien ravi ou détourné à l'occasion d'un incendie (ou d'un naufrage...). Les mots des §§ 3 et 7 montrent bien que l'édit n'allait pas plus loin, car la tournure du début du § 7 (“*Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit*”) indique clairement qu'Ulprien fait une interprétation de l'édit qui va au-delà de la simple lecture. Le jurisconsulte ajoute une condition qui ne se trouve pas dans le texte. Il est dès lors tout à fait plausible que du temps de Labéon, l'édit du préteur n'avait pas encore reçu cette interprétation restrictive.

41) V.: Ulp., *lib. 56 ad ed.* (D. 47, 9, 3, 3): *Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquent quam adgressores. Sed enim additum est “dolo malo”, quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. Quid enim, si ignarus recipit? aut quid, si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amisserat? Utique non debet teneri.*

42) Tels sont les mots du fragment consécutif: D. 47, 9, 3, 4.

Si l'on se place sur le plan de l'équité, on pourrait malgré tout trouver étrange que Labéon ait été d'avis qu'il fallait condamner à une peine du quadruple, quelqu'un qui avait agi *incendii arcendi causa*. Cette impression d'inéquité me paraît cependant fortement atténuée, si l'on combine la position de ce jurisconsulte avec la distinction que faisait Servius dans le premier texte (D. 43, 24, 7, 4). Pour rappel, j'y avais montré qu'il n'y a de dommage que si le feu s'éteint avant de parvenir aux ruines de la maison de Secundus. Dans le cas contraire, il n'y avait pas de dommage, parce que la maison aurait de toute façon brûlé. Dans ce texte, l'absence de dommage empêchait la condamnation par le biais de l'interdit *q.v.a.c.* L'absence de *damnum* a évidemment un effet semblable sur l'*actio de incendio* accordée pour *damnum datum*. Si le *damnum* fait défaut, il ne saurait y avoir d'action *de incendio*. Dès lors, Labéon (43) ne devait accorder l'action que dans les cas où la destruction de la maison s'était en définitive avérée inutile, c'est-à-dire lorsque le feu s'était éteint avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison de Secundus. Cette précision montre que la position de Labéon est moins inéquitable qu'il n'y paraissait à première vue.

43) Il est probable que Labéon partageait l'analyse de Servius, par rapport au *damnum*. En effet, afin d'approfondir l'analyse de la notion de *damnum* telle qu'elle découle de la distinction de Servius, Ulprien fait appel à un avis de Labéon [D. 43, 24, 7, 4: (...) *Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.*]. À propos de cet avis de Labéon et de la notion de *damnum*, v. «*Aequa perituris...*», Liège 1997, p. 78 ss.

On pourrait encore se demander comment il se fait qu'Ulpien ne revient pas sur la distinction de Servius, comme il le fait dans les deux autres fragments. Il faut cependant se rendre compte que le troisième fragment (D. 47, 9, 3, 7) se présente de manière fort différente du premier (D. 43, 24, 7, 4). Dans le premier, on se demandait s'il fallait condamner sur base de l'interdit *q.v.a.c.* celui qui avait commis un *damnum incendii arcendi causa datum*. J'ai montré que cela dépendait de la présence ou non d'un dommage. Le fragment sur l'*actio de incendio* se présente différemment. Cette fois, le *damnum incendii arcendi causa datum* est présenté comme étant secondaire, comme exemple pour illustrer ce qu'explique Ulpien. Celui-ci voulait insister sur le fait que le dol était une condition indispensable à l'octroi de l'action *de incendio* tant dans le cas du *damnum dare* que dans le cas du *recipere*. L'exemple du *damnum incendii arcendi causa datum* est alors destiné à montrer les effets du dol. Pour que l'exemple soit pertinent, il était évidemment indispensable que la condition de *damnum* soit remplie par hypothèse. Or comme je l'ai rappelé, dans le cas discuté par Labéon et Ulpien, il n'y a de dommage que lorsque le feu s'est éteint avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison de Secundus. Il faut donc admettre que c'est seulement dans ce cas que Labéon octroyait l'action *de incendio* au quadruple.

En conclusion, on peut dire à propos du *damnum incendii arcendi causa datum*, que contrairement à ce qui est généralement admis, il est vain d'essayer d'analyser ce cas en termes d'état de

nécessité, dans le sens que l'on donne aujourd'hui à cette catégorie dogmatique. Dans tous les cas, la solution juridique dépend du moyen procédural utilisé et jamais des seuls faits, même si ces derniers pourraient objectivement être considérés — non sans un grave anachronisme — comme constituant un état de nécessité.

En résumé, on peut dire que l'*actio legis Aquiliae* n'aboutira jamais à la condamnation de Primus en cas de *damnum incendii arcendi causa datum*. L'interdit *q.v.a.c.* n'entraînera pareille condamnation que si le feu s'est éteint avant de parvenir aux ruines de la maison de Secundus. En matière d'*actio de incendio*, il y a eu une évolution au cours de la période classique. Dans un premier temps, elle permettait de condamner Primus dans les mêmes conditions que dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.*; dans un second temps, elle n'a plus permis d'aboutir à une condamnation en cas de *damnum incendii arcendi causa datum*.

Le paragraphe qui précède pourrait tenir lieu de conclusion. Je m'en voudrais cependant de clore cet article sans atténuer quelque peu l'impression de cloisonnement et de rigidité de l'édit du préteur, tel qu'il ressort immanquablement de l'interprétation que je propose des trois textes traitant du *damnum incendii arcendi causa datum*. Lorsque les juristes romains règlent la question du *damnum incendii arcendi causa datum*, ne tiennent-ils pas du tout compte de la “situation de nécessité” à laquelle répond l'acte de Primus? Cette situation est pourtant globalement la même, peu importe le moyen procédural utilisé. À mon avis,

même si les Romains n'ont pas tenu à mettre en cause les formules de l'édit, ils n'étaient pas pour autant indifférents face à cette situation.

Il me semble pouvoir indiquer trois indices allant en ce sens.

D'abord, il y a le fait que les jurisconsultes classiques semblent avoir été d'accord pour admettre que l'*iniuria* faisait toujours défaut (44), lorsqu'un dommage a été causé *incendii arcendi causa*. Ce fait me semble déjà pouvoir être considéré comme étant un premier pas, dans la mesure une telle analyse suppose l'adoption d'une interprétation large de la notion d'*iniuria*. Cela supposait en effet que l'*iniuria* puisse prendre un sens autre que celui de “*non iure*”. La doctrine dominante (45) admet que dans l'application jurisprudentielle de la *lex Aquilia*,

44) Telle semble avoir été la position de Servius, Celse et Ulprien. Pour les autres jurisconsultes, il est plus difficile de s'exprimer avec certitude. Rien n'indique cependant qu'un des autres jurisconsultes cités dans les trois fragments étudiés ici ait été d'un autre avis.

45) En ce sens, v. par ex.: ALBANESE B., *Studi sulla legge Aquilia*, Ann. Palermo 21 (1950), p. 180; BEINART B., *The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia*, Studi Arangio-Ruiz, Napoli 1953, T. 1, p. 281 ss.; PERRIN B., *Le caractère subjectif de l'iniuria aquilienne à l'époque classique*, Studi De Francisci, Milano 1956, T. IV, p. 263 ss. (surtout p. 283 s.); WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, p. 236; KASER M., *Das Römische Privatrecht*, T. 1, 2. Aufl., München 1971, p. 161 et 504; MACCORMACK G., “*Aquilian Studies*”, SDHI 41 (1975), p. 56; MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell’“iniuria” in età repubblicana*, Milano 1977, p. 93 s.; KUNKEL W. - HONSELL H., *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin - Heidelberg 1987, p. 365; FEENSTRA R., *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden 1990, p. 157 s.; ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, p. 1004 ss.; PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1991, p. 605 ss.; HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien 1996, p. 20; WINIGER B., *La responsabilité Aquilienne romaine*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, p. 95 ss.

l'*iniuria* a progressivement inclu le concept de *culpa* jusqu'à y être assimilé. De condition objective, l'*iniuria* s'est donc transformée en condition plus subjective. C'est cette évolution de l'*iniuria* qui a permis d'éviter de condamner Primus sur base de la *lex Aquilia*.

Ensuite, il y a l'interprétation restrictive de l'édit proposée par Ulprien en matière d'*actio de incendio*, empêchant l'utilisation de cette action en cas de *damnum datum* non-dolosif. Je pense que cette évolution traduit précisément la prise en compte de la situation particulière de celui qui agit en vue d'endiguer un incendie, au-delà des conditions objectives d'octroi de l'action *de incendio*.

Enfin, le troisième indice peut être trouvé dans la formulation même du fragment en matière d'interdit *q.v.a.c.* Je pense que le fait même de l'existence d'une discussion sur l'opportunité de l'exception *quod incendii defendendi causa factum non sit* montre à suffisance que les jurisconsultes ont voulu tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouvait Primus, également en cas d'interdit *q.v.a.c.*

Au-delà de la simple énumération de ces trois indices, il est peut-être possible de retracer le fil de l'évolution de la pensée juridique romaine sur la question. Je crois que l'indispensable point de départ se situe dans l'évolution de la notion d'*iniuria*. À partir du moment où l'on a admis que celui qui causait un dommage *incendii arcendi causa* ne commettait pas d'*iniuria*, une brèche était ouverte. Les circonstances dans lesquelles le

dommage avait été causé, pouvaient — dans certaines cas — permettre d'éviter d'être condamné à le réparer.

Dans un premier temps, cela ne concernait que le cas de l'*actio legis Aquiliae*, qui seule permettait de tenir compte de l'absence d'*iniuria*. Je pense cependant que ce changement de perspective dans la réparation du dommage a eu un impact important sur la conception romaine de la responsabilité. Il est plausible que ce soit cela qui, par la suite, ait poussé Ulprien (ou un autre jurisconsulte postérieur à Labéon) à adopter une interprétation plus restrictive de la partie de l'édit qui traite de l'action *de incendio*. Il devenait inconvenant que quelqu'un qui aurait été absous sur base de la *lex Aquilia* puisse, dans des circonstances identiques, être condamné au quadruple sur base de l'action *de incendio*.

Il est vrai que la même évolution n'a pas pu être constatée pour l'interdit *q.v.a.c.* À mon avis, cela s'explique essentiellement pour deux raisons.

Premièrement, il était plus facile de faire évoluer l'action *de incendio* que l'interdit *q.v.a.c.*, dans la mesure où pour l'action, il suffisait de modifier légèrement l'interprétation de l'édit, en étendant la condition de dol, prévue pour le *recipere* au cas du *damnum dare*. En matière d'interdit *q.v.a.c.*, l'édit du préteur ne prévoyait aucunement la nécessité d'un dol⁽⁴⁶⁾. Le seul moyen

46) Il est au contraire précisé que le fait d'avoir agi “*iure*” n'empêche pas d'être tenu de l'interdit. V. Ulp., *lib. 71 ad ed.* (D. 43, 24, 1 pr. à 2): *Praetor ait: «Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas».* 1. *Hoc interdictum restitutorium est et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur: iubentur enim ea restituere.* 2. *Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non: sive enim ius habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci.*

d'absoudre Primus en toute hypothèse dans ce cas également, était donc de lui accorder une “*exceptio quod incendi defendendi causa factum non sit*”. Ce pas n'a cependant été franchi ni par Ulpien, ni par Justinien

Deuxièmement, les circonstances dans lesquelles l'interdit *q.v.a.c.* est octroyé sont un peu différentes. Plus particulièrement dans le cadre de l'interdit *quod vi*, il faut que Secundus ait tenté vainement de s'opposer à l'acte de Primus (47). Il est imaginable que les jurisconsultes romains aient considéré que Primus ne devait pas être absous quand il avait abattu la maison de Secundus malgré l'opposition de ce dernier, et que cette démolition s'était ensuite avérée inutile, le feu s'étant finalement éteint avant de parvenir jusqu'à la maison de Secundus.

Quoiqu'il en soit des justifications possibles du rejet de l'exception “*quod incendi defendendi causa factum non sit*”, ce rejet me permet de confirmer l'affirmation d'après laquelle le droit romain n'a pas connu la catégorie dogmatique d'état de nécessité, sans quoi le recours à des exceptions du type de celle dont il a été

47) Dans le cadre de l'interdit *quod clam*, le demandeur ne doit pas avoir marqué son opposition formellement, mais la clandestinité du défendeur s'explique précisément par l'opposition pressentie du demandeur (v. Ulp., *lib. 71 ad Ed.*: D. 43, 24, 3, 7 s. et Venul., *lib. 2 interdictorum*: D. 43, 24, 4).

question ici aurait dû être généralisé dans tous les cas où l'absence d'*iniuria* ne permettait pas d'absoudre celui qui avait commis un dommage en “état de nécessité”.

Zwischenbescheide im römischen Prozeß (*)

von Wiesław LITEWSKI

INHALT: 1. Einführung (S. 1); 2. Terminologie (S. 6); 3. Zwischenbescheide und andere Prozeßhandlungen (im allgemeinen) (S. 26); 4. Inhalt (S.30); 5. Zwischenbescheide in der Zeitstruktur des Prozesses (S. 85); 6. Meinungs- und Willenselement (S. 90); 7. Zwischenbescheid in verschiedenen Arten des Verfahrens (S. 93); 8. Form (S. 97); 9. Wirkungen (S. 101); 10. Widerruf (S. 105); 11. Appellation (S. 124); 12. Zwischenbescheide als ein Gegenstück der Urteile (S. 130); 13. Schlußfolgerungen über die Genese der Zwischenbescheide als eines Rechtsintituts (S. 133).

1. EINFÜHRUNG

a. Unter Zwischenbescheiden wurden im römischen Prozeß richterliche Anordnungen verstanden, die keine Urteile waren und sich entweder auf den Lauf des Verfahrens allein, oder auf inzidentale Fragen bezogen. Die ersten konnten das ganze Verfahren (z.B. *denegatio actionis*) oder einzelne Prozeßhandlungen (z.B. Beweise) betreffen ⁽¹⁾. Es gibt keine Quellengründe zu der Behauptung, der Zwischenbescheid habe auch Teilentscheidungen in der Sache selbst enthalten dürfen ⁽²⁾.

*) Herrn Dr. T. MRSICH (München) bin ich für die sprachliche Verbesserung des Textes zu Dank verpflichtet.

1) Vgl. M. A. von BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, Bd. II, Bonn 1865, S. 602 f., 779.

2) Dies insbesondere gegen M. A. von BETHMANN-HOLLWEG, o.c., Bd. III, Bonn 1866, S. 291; M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*,

Insbesondere wird das weder durch eine ziemliche große Kasuistik noch durch die einzige übrigens byzantinische Definition des Zwischenbescheids bestätigt⁽³⁾.

b. Mit dem Problem der Zwischenbescheide hat sich die Romanistik selten befaßt. Als eine Ausnahme ist die von G. CHIOVENDA erbrachte allgemeine Charakteristik zu betrachten⁽⁴⁾. Außerdem tauchte das Problem von deren Genese als Rechtsinstituts auf. Insbesondere stellte B. BIONDI die These auf, die *interlocutio* im Formularverfahren sei nur ein Ausdruck der gerichtlichen Praxis im Rahmen des *officium iudicis* gewesen und erst in der *cognitio extra ordinem* zum Rechtsinstitut geworden⁽⁵⁾. Diese Ansicht wurde des öfteren in der romanistischen Wissenschaft angenommen⁽⁶⁾, wobei manche Verfasser erst die nachklassische Zeit meinten⁽⁷⁾. Aus dem Bereich des Formularverfahrens wurde gelegentlich eine Ausnahme für die in der Prozeßformel erfaßten Zwischenbescheide, insbesondere für

München 1966, S. 392; siehe auch S. 496; K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht*, Salzburg - München 1976, S. 27 Anm. 1. Zum Teilurteil siehe unten S. 239 ff.

3) Sch. 2 ad Bas. 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321).

4) RISG NS 8 (1933), S. 10-18.

5) B. BIONDI, *Scritti giuridici*, Bd. II, Milano 1965, S. 407 ff., 457 f.

6) A. STEINWENTER, ZSS 65 (1947), S. 91 f.; E. LEVY, ZSS 68 (1951), S. 369 Anm. 47; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, II. Aufl., Torino 1953, S. 266 f.; A. SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes 1960, S. 150; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Bd. I, Milano 1961, S. 153 f.; *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano 1965, S. 128 Anm. 16; M. KASER, o.c., S. 276; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Bd. I, Milano 1967, S. 46; siehe auch U. VINCENTI, "Ante sententiam appellari posse", Padova 1986, S. 3 f.

7) Z.B. A. SOUBIE, o.c., S. 150 f.; A. PADOA SCHIOPPA, o.c., Bd. I, S. 46; vgl. übrigens B. BIONDI, o.c., Bd. II, S. 458 f.

arbitrium bei Arbiträrlägen angenommen (8). Die herrschende Meinung scheint mir unbegründet (9). Außer der Genese hat man sich eigentlich nur mit dem Problem der Zulässigkeit der Appellation von Zwischenbescheiden befaßt (10).

c. In vorjustinianischen Quellen tritt keine *sedes materiae* auf, die in ihrem Titel “expressis verbis” über Zwischenbescheide handelt. Ein Wandel erfolgte erst in der justinianischen Kodifikation, was durch zwei Rubriken: D. 42,1 (*De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*) und C. 7,45 (*De sententiis et interlocutionibus omnium iudicium*) bezeugt wird. Beide waren Gebilde von Kompilatoren. Es mangelt an

deren Entsprechungen in früheren Sammelwerken. Insbesondere enthielt der Codex Theodosianus keine dem C. 7,45 gleiche Rubrik; diese ist ganz für justinianisch anzusehen. Nur ein wenig anders ist es in D. 42,1. Das prätorische Edikt hatte nämlich die Rubrik: *De re iudicata* (11). In den nachklassischen *Pauli Sententiae* befand sich die Rubrik: *De effectu sententiarum et finibus litium* (PS 5,5a), die auf die Einsetzung der Worte: *et de effectu sententiarum* in die Rubrik D. 42,1 einwirken konnte. Eine Erwähnung der *interlocutiones* war ein origineller Zusatz der Kompilatoren, der übrigens in den Basiliken verschwunden

8) A. STEINWENTER, *o.c.*, S. 91 f.; A. SOUBIE, *o.c.*, S. 150; M. KASER, *o.c.*, S. 259, 276.

9) Siehe W. LITEWSKI, *RIDA* 3^e série, 13 (1966), S. 241 f. Anm. 37; *Iura* 37 (1986, veröff. 1989), S. 126 f. Gegen G. BIONDI schon G. CHIOVENDA, *o.c.* [Anm. 4], S. 10 ff.

10) Siehe letztens U. VINCENTI, *o.c.*, mit der dort zitierten Literatur und dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 126 ff. mit der Ergänzung des Schrifttums (S. 130).

11) Siehe O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, III. Aufl., Leipzig 1927, S. 404.

ist (12). Zusammenfassend ist anzunehmen, daß die Rubrik D. 42,1 ein justinianisches, wenn auch teilweise auf frühere Rubriken gestütztes Gebilde war (13).

In beiden Rubriken (d.h. D. 42,1 und C. 7,45) ist vor allem von Urteilen die Rede und diese werden durch fast alle sich in diesen Titeln befindenden Texte berührt. Zwischenbescheide erscheinen darin ganz ausnahmsweise (14). Wohl aus diesem Grunde ist deren Erwähnung in den Basiliken in der zu D. 42,1 analogen Rubrik verschwunden (15).

12) Rubr. Bas. 9,3 (= SCHELTEMA, A II, S. 476).

13) B. BIONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 458 f.; A. STEINWENTER, *o.c.*, S. 91; A. SOUBIE, *o.c.*, S. 150 f.

14) Siehe insbesondere D. 42,1,14; 15,2; C. 7,45,16 und 19; vgl. auch C. 7,45,7.

15) Rubr. Bas. 9,3 (= SCHELTEMA, A II, S. 476).

Im allgemeinen sind die Informationen über Zwischenbescheide verstreut. Aus juristischen Quellen sind neben Corpus Iuris Civilis in diesem Zusammenhang Codex Theodosianus, bestimmte nachtheodosianische Novellen, Inschriften und Papyri zu nennen. Eine Hilfsbedeutung haben Basiliken und Scholien dazu. Darüber hinaus sind bestimmte Erwähnungen in kirchlichen Quellen⁽¹⁶⁾ und – ganz ausnahmsweise – literarische Erwähnungen⁽¹⁷⁾, besonders bei Aulus Gellius und Q. A. Symmachus⁽¹⁸⁾ zu finden.

Ein großer Teil der Texte handelt über konkrete, sehr unterschiedliche Zwischenbescheide. Darunter ist meistens über Ladungsbefehl im nachklassischen Kognitionsprozeß, vor allem im Libellverfahren die Rede⁽¹⁹⁾. Es fällt eine minimale Bearbeitung von allgemeinen sich auf Zwischenbescheide beziehenden Grundsätze auf. Die einzige erhaltenene Definition stammt aus der byzantinischen Zeit⁽²⁰⁾. Die Ausnahmen waren: allgemein zulässiger Widerruf und besonders das Problem der Appellationszulässigkeit⁽²¹⁾.

16) Siehe *Thesaurus Linguae Latinae*, s.v. *interlocutio* und *interloqui*.

17) *Noctes Atticae* 14,2,17-19; siehe auch 14,2,20.

18) *Relationes* 16 und 38.

19) S. 196 f.

20) Sch. 2 *ad Bas.* 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321).

21) Vor allem C.Th. 11,30 (*De appellationibus et poenis earum et consultationibus*), C.Th. 11,36 (*Quorum appellationes non recipiantur*), C. 7,62 (*De appellationibus et consultationibus*) und C. 7,65 (*Quorum appellationes non recipiantur*).

2. TERMINOLOGIE

In den Quellen sind einige zur Bestimmung der Zwischenbescheide gebrauchte Termini anzutreffen. U.a. gab es bestimmte Unterschiede, z.B. hinsichtlich deren technischer Bedeutung und der Auftretenszeit.

a. Der wichtigste Terminus war *interlocutio* (und *interloqui*), da — abgesehen von dessen relativen Häufigkeit — in der lateinischen juristischen Sprache nur dieser ausschließlich Zwischenbescheide bedeutete (22). Diese seine grundsätzliche Rolle trat sowohl im klassischen wie auch im nachklassischen Recht auf. Sie wurde auch im justinianischen Recht erhalten, wovon die Rubriken: D. 42,1 (*De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*) und C. 7,45 (*De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum*) zeugen. Der Terminus *sententia interlocutaria* erschien erst im Mittelalter (23).

Das Wort *interlocutio* weist auf zwei Elemente, nämlich auf die mündliche Form des Zwischenbescheids und dessen Vorhandensein vor der Beendigung der Sache (sc. durch das Urteil) hin. Wie wir im weiteren sehen werden, gab es auch *interlocutiones* im Vollstreckungsverfahren und die das Erkenntnisverfahren abschließende *interlocutiones*. Diese waren aber seltener Fälle, und es unterliegt keinem Zweifel, daß

22) Siehe H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *interloqui*.

23) G. CHIOVENDA, o.c., S. 10 ff., 18 ff.

den Ausgangspunkt die Zwischenbescheide im Laufe des Erkenntnisverfahrens vor dem Urteil bildeten. Darauf weist u.a. eben der grundlegende technische Terminus *interlocutio* hin.

Im rechtlichen Sinne ist er (auch in der Verbform *interloqui*) seit dem II. Jh. u.Z., am frühesten bei Aulus Gellius (24) und ein wenig später bei Cervidius Scaevola (25) belegt. Am häufigsten erschien er natürlich in juristischen Quellen. Es ist auch in der *Lis fullonum* aus den Jahren 226-240 u.Z. (26) gewidmeten Inschrift, in literarischen und kirchlichen Quellen zu finden.

In den justinianischen Institutionen fehlen überhaupt die Worte *interlocutio* und *interloqui* (27). Die Substantivform ist in kaiserlichen Konstitutionen sowohl im Codex Theodosianus (28) wie auch im Codex Iustinianus (29) entschieden am häufigsten anzutreffen. Dabei ist auch Nov. Theod. 7,4,8 zu erwähnen (30).

Die ältesten Verordnungen stammen von Gordian (31). Nur zweimal tritt *interlocutio* in den Äußerungen der Juristen auf (32).

24) *Noctes Atticae* 14,2,17; 18 (*interlocutio*) und 19 (*interloqui*).

25) D. 49,5,2 (*interloqui*).

26) FIRA III, S. 510 f.

27) R. AMBROSINO, *Vocabularium Iustiniani Augusti*, Milano 1942, S. 134.

28) C.Th. 4,22,2 (dazu A. FLINIAUX, RHD 4^{ème} série 9 (1930), S. 206; nicht im entsprechenden C. 8,4,6); C.Th. 4,22,5 pr. (dazu A. FLINIAUX, o.c., S. 206 f.); C.Th. 9,19,2,1 (auch im entsprechenden C. 9,22,22,1); C.Th. 11,30,37; 65 (nicht im entsprechenden C. 8,35,13); C.Th.11,36,3; C.Th. 12,1,71.

29) C. 1,3,32[33],2; C. 1,14,3,1; C. 2,11[12],17; 19; C. 7,45,9; 16; C. 7,57,4; C. 7,72,10,2 (dazu G. CHIOVENDA, o.c., S. 15); C. 8,5,2; C. 9,22,22,1; C. 12,29[30],3,6; C. 12,35[36],18 pr.; C. 12,49[50],12 pr. (ajpovfasi" im entsprechenden Bas. 6,35,12 = SCHELTEMA, A I, S. 294).

30) Nicht im entsprechenden C. 7,62,33.

31) C. 2,11[12],17; C. 7,57,4; vgl. C. 7,46,4 (*interloqui*).

32) D. 1,15,3,1 (Paulus), D. 44,1,11 (Modestinus). Zum letzteren Juristen siehe auch *Lis fullonum* (= FIRA III, S. 511 f.).

Außerdem ist dieses Wort in der *Lis fullonum* (33), in kirchlichen (34) und literarischen Quellen (35) zu finden. Es ist auch die byzantinische Form (ijnterloukativwn) zu erwähnen (36).

Anders als bei der *interlocutio* tritt die Verbform *interloqui* in kaiserlichen Konstitutionen ganz ausnahmsweise und konkret nur einmal (bei Gordian) auf (37). Dagegen wurde sie ausdrücklich von Juristen vorgezogen (38), was übrigens deren allgemeiner Neigung in formulierten Aussagen entsprach (39). Außerdem

33) FIRA III, S. 511.

34) *Coll. Carth.* 52a; siehe auch *Thesaurus Linguae Latinae*, s.v. *interlocutio*.

35) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,17 und 18; Tertullianus, *De pudicitia* 14; Augustinus, *Breviculus collationum contra Donatistas* 3,3.

36) Sch. 2 ad Bas. 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321).

37) C. 7,46,4. Zum Codex Theodosianus siehe O. GRADENWITZ, *Heidelberger Index zum Theodosianus*, Bd. I, Berlin 1925, S. 116.

38) D. 1,4,1,1. Zur Echtheit siehe P. PESCANI, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli 1966, S. 87 ff.; D. NÖRR, *Studi C. Sanfilippo*, Bd. III, Milano 1983, S. 522 Anm. 4, insbesondere gegen H. KRELLER, ZSS 41 (1920), S. 266 Anm. 19, S. 269 und S. SOLAZZI, *Studi S. Riccobono*, Bd. I, Palermo 1936, S. 91 ff.; vgl. I. 1,2,6 und Theoph. *Gr.Par. ad I. 1,2,6* – ohne “*interloqui*”; dazu D. NÖRR, o.c., S. 522 f.; anders Bas. 2,6,2 (= SCHELTEMA, A I, S. 75); D. 4,2,9,3; D. 28,3,6,7; D. 40,5,38; D. 42,1,15,2; D. 48,16,1,5; D. 48,19,32; D. 49,1,1,2; D. 49,5,2. Vgl. oben Anm. 32 (“*interlocutio*” nur zweimal).

39) M. KASER, *Studi B. Biondi*, Bd. I, Milano 1965, S. 100 ff.

befindet sich *interloqui* in der *Lis fullonum* (40), in kirchlichen (41) und literarischen Quellen (42).

Fast alle Texte betreffen das Kognitionsverfahren. Es ist vor allem im Hinblick auf die späte Herkunft der meisten von ihnen verständlich. Es sind aber auch bestimmte, sich auf das Formularverfahren beziehende Quellen erhalten (43). Wie weiter zu ersehen ist, gibt es keinen Grund zur Behauptung, der Begriff *interlocutio* sei der technischen Sprache fremd gewesen (44). Dieser Terminus wurde auch in der Bedeutung von Komplex der Prozeßhandlungen, insbesondere in der *Lis fullonum*, nicht gebraucht (45).

b. Der Terminus “*sententia*” besaß verschiedene Bedeutungen, auch im Bereich des Rechts (46). Im Prozeß bedeutete

40) FIRA III, S. 512.

41) Siehe *Thesaurus Linguae Latinae*, s.v. *interloqui*.

42) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,19; Augustinus, *Breviculus collationum contra Donatistas* 1,8; 1,12; 3,3; 3,4.

43) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,17-19; D. 4,2,9,3 (dazu unten S. 216 ff.); D. 48,19,32 (dazu unten S. 189 ff.)

44) Anders insbesondere M. KASER, o.c., S. 276 Anm. 35.

45) So W. LITEWSKI, TR 43 (1975), S. 89 Ann. 35, insbesondere gegen F. M. DE ROBERTIS, *Studi G. Scherillo*, Bd. I, Milano 1972, S. 165 ff.

46) Siehe H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *sententia*.

er vor allem das Urteil (47), was auch das justinianische Recht betraf (48). Es gibt keinen Grund dazu, den gleichen Sinn den im Formularverfahren erlassenen Urteilen abzusprechen (49). Mit der Zeit begann *sententia* (gelegentlich *sententia iudicialis* (50)) auch Zwischenbescheide zu bedeuten.

Es ist vielmals, meistens in kaiserlichen Konstitutionen, belegt. Sie alle stammen aus der nachklassischen Zeit. Die meisten von ihnen benutzten den Terminus *sententia* zur Bezeichnung des richterlichen Ladungsbefehls im Denuntiations- und (meistens) Libellprozeß (51); bei anderen Zwischenbescheiden nur ausnahmsweise (52).

47) Siehe H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *sententia* 3.

48) G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 12 ff.

49) So richtig H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, o.J. (aber 1937), S. 16 ff.; M. KASER, *o.c.*, S. 284 mit Anm. 6; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 262 f. Anm. 106; siehe auch G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 12 ff.; J. VÁŽNÝ, BIDR 47 (1940), S. 113, 121 ff., insbesondere gegen B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 408 f., 453 ff., 472 (mit der radikalen Textkritik), welchem M. MOLÉ, NNDI XV, s.v. "sentenza" (diritto romano), S. 1082, 1084 folgt.

50) C. 1,3,36(37),2; C. 5,37,25 pr., I. 2,8,2.

51) Nov. Theod. 7,4,4 (dazu A. FLINIAUX, *o.c.*, S. 212; A. STEINWENTER, SDHI 1 [1935], S. 140); siehe auch § 6 (aber § 8 benutzt den Terminus *sententia* als das Urteil; vgl. C. 7,62,33); C. 1,3,25[26] §§ 1 und 2; C. 1,3,32[33], §§ 2 und 5; C. 1,3,36[37],2; C. 1,12,6 §§ 1, 3 (ἀπόφασις in Bas. 5,1,13[14],2 = SCHELTEMA, A I, S. 127); C. 2,12[13],26 (zur Echtheit A. FLINIAUX, *o.c.*, S. 212 und ihm folgend A. STEINWENTER, *o.c.*, S. 140, anders als früher in *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, München 1914, S. 126 Anm. 2; Sch. 4 von Thalelaeus *ad Bas.* 8,2,99 = SCHELTEMA, B I, S. 163 spricht von ἀπόφασις); C. 8,4,6 pr. (zur Echtheit A. STEINWENTER, SDHI 1 (1935), S. 140; anders früher in *Studien*, S. 126 Anm. 2; Bas. 50,3,53 = SCHELTEMA, A VI, S. 2352 spricht von ἀπόφασις); C. 12,1,17,2 (irrig § 1 bei A. FLINIAUX, *o.c.*, S. 214 Anm. 2); C. 12,19,12 pr., § 2

“*Sententia*” im Sinne des Zwischenbescheids tritt auch in justinianischen Konstitutionen auf. In I. 2,8,2 handelte es sich um einen Teil eines eine neue Regelung Justinians enthaltenden Textes, worüber ausdrücklich gesprochen wurde (53). Zwei andere vielleicht von Marcian stammende Texte (54) sind für klassisch anzunehmen. I. 1,13,5 (55) betrifft die testamentarische Bestellung des Vormunds durch den Vater für seinen emanzipierten Sohn. Die erforderliche *confirmatio* des Provinzstatthalters (56), also eine im freiwilligen Verfahren erlassene Entscheidung, wurde als *sententia* bestimmt. Vielleicht von Marcian (57) stammt auch I. 4,6,6 (58), das über *sententia* handelt (59), die die Einweisung in den Besitz während der generellen Vermögensvollstreckung, also im Rahmen des Formularverfahrens betrifft.

“*Sententia*” als Zwischenbescheid tritt auch in einigen klassischen in Digesten überlieferten Texten auf. In einem von

(ἀπόφασις in Bas. 6,28,12,2 = SCHELTEMA, A I, S. 279); 14 pr.; C. 12,21[22],8 pr., § 2; C 12,25[26],4 pr., § 1 (κέλευσις in Bas. 6,32,5 = SCHELTEMA, A I, S. 287 f.); C. 12,29[30],3, 3b; C. 12,35[36],18 pr.; C. 12,59[60],8.

52) C.Th. 11,30,8 pr.; C. 4,21,18 (Bas. 22,1,77 = SCHELTEMA, A III, S. 1058 erwähnt ἀπόφασις); C. 5,37,25 pr. (vgl. I. 2,8,2); vgl. auch C. 7,45,16 (*sententia* im weiteren Sinne).

53) Es geht um C. 5,37,25 (insbesondere pr. und § 1).

54) So C. FERRINI, *Opere*, Bd. II, Milano 1929, S. 343.

55) Zur Echtheit S. 229 f.

56) Theoph. *Gr. Par. ad I. 1,13,5* erwähnt auch den Prätor.

57) So C. FERRINI, o.c., S. 405 f.; zustimmend J. A. ANKUM, *De Geschiedenis der “actio Pauliana”*, Zwolle 1962, S. 40.

58) Zur Echtheit S. 198 f.

59) Ἀπόφασις in Theoph. *Gr. Par. ad I. 4,6,6*.

ihnen zitiert Paulus die Meinung von zwei früheren Juristen (aus sabinianischer Schule), und zwar von Massurius Sabinus und Cassius.

D. 4,8,19,2 *Paulus libro tertio decimo ad edictum. Unde videndum erit, an mutare sententiam possit. Et alias quidem est agitatum, si arbiter iussit dari, mox vetuit, utrum eo quod iussit an eo quod vetuit stari debeat. Et Sabinus quidem putavit posse. Cassius sententiam magistri sui bene excusat et ait Sabinum non de ea sensisse sententia, quae arbitrium finiat, sed de praeparatione causae; ut puta si iussit litigatores calendis adesse, mox idibus iubeat: nam mutare eum diem posse. Ceterum si condemnavit vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare sententiam non posse.*

Der Text stammt aus dem dreizehnten Buch des Kommentars von Paulus *ad edictum* aus dem dem *receptum arbitri* gewidmeten Teil (60). Zuerst hat der Jurist das Problem aufgestellt, ob es möglich sei, die *sententia* (des Schiedsrichters) zu ändern. Er führt dann einen konkreten Fall an, wo ein *arbiter* zuerst „dare“ befohlen und dann verboten hatte. Es handelte sich also darum, welche Anordnung gegolten hatte. Der von Paulus zitierte Sabinus äußerte sich im positiven Sinne, was sich unmittelbar zuerst auf das allgemein aufgestellte Problem bezog. Daraus

60) O. LENEL, *Pal. Paulus* 245.

ergab sich natürlich, daß im angeführten Beispiel von *dare* das zuletzt erlassene Verbot galt. Wahrscheinlich gab es Widersprüche gegen die angeführte Meinung, da Cassius es für richtig fand, diese zu rechtfertigen. Er behauptete unter Zustimmung von Paulus, daß sein Lehrer nicht an eine das Schiedsverfahren beendende sondern an eine zur Vorbereitung der Sache dienende *sententia* gedacht habe. Dann hat er ein Beispiel der Änderung der Erscheinungsfrist von *calendae* auf *idus* angeführt⁽⁶¹⁾, was im Gegensatz zur Verurteilung oder zum Freispruch zulässig war. Die Änderung der letzteren *sententia* war unmöglich, weil mit deren Erlaß die Funktion des Schiedsrichters zu Ende ging.

Der Text ist als echt zu sehen⁽⁶²⁾, wofür vor allem die Relation von Paulus über Aussagen von Sabinus und Cassius spricht. Der erstere hat die Zulässigkeit der Änderung der *sententia* anerkannt. Wie oben erwähnt, war dieser Terminus selbst im Prozeß nicht eindeutig. Offensichtlich fehlte in der Äußerung von Sabinus eine nähere Präzisierung. Wahrscheinlich war diese nicht nötig, weil der Sinn sich damals aus anderen Umständen, z.B. aus der konkreten Sachlage oder aus dem Inhalt

61) Dasselbe Beispiel in Bas. 7,2,19 (= SCHELTEMA, A I, S. 308 f.); siehe auch Sch. 1 *ad* Bas. 7,2,19 (= SCHELTEMA, B I, S. 43).

62) So unter anderem K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München 1971, S. 93 Anm. 242 (jedenfalls sachlich); M. ZOŁNIERCZUK, *Rzymskie sądownictwo polubowne (okres przedklasyczny i klasyczny) = Römische Schiedsgerichtsbarkeit (vorklassische und klassische Periode)*, Lublin 1978, 169 f.; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 241 Anm. 37. Die vorgeschlagenen Verbesserungen von E. HUSCHKE, ZSS 9 (1888), S. 359 ("cum" statt "dum"; "mutare non posse" nach "absolvit") sind formal und ändern nicht den inhaltlichen Sinn.

der dem Juristen gestellten Frage ergab. Dann aber bedurfte die von Paulus vorgelegte kurze Meinung des Sabinus einer Erklärung, besonders aus dem Grunde, daß der Terminus *sententia* im Prozeß (auch im Formularprozeß) vor allem Urteil bedeutete. Dies betraf auch das Schiedsverfahren (63). Aus diesem Grunde könne sich die Meinung von Sabinus, die zu einem irrtümlichen Schluß führen konnte, unklar ausgeben. Daher hat Paulus das Wort „*excusare*“ gebraucht. Cassius bezog die Ansicht seines Lehrers auf Zwischenbescheide, indem er ein konkretes Beispiel gab und deren ausdrückliche Unterscheidung von Urteilen durchführte. Im Lichte des behandelten Textes ist es klar, daß der Terminus „*sententia*“ zumindest seit frühklassischer Zeit auch „Zwischenbescheid“ bedeutete (64).

Diese Bedeutung ist auch von vielen späteren Klassikern belegt. Cervidius Scaevola hat auf diese Weise den Bescheid des Provinzstatthalters bezeichnet, daß *minores* im Zusammenhang mit der konkreten in *integrum restitutio* im Kognitionsverfahren ihr Alter bewiesen hätten (65); Paulus — Ermittlung der Eigenschaften durch *arbitri* der das Erscheinen der Prozeßpartei

63) K.-H. ZIEGLER, *o.c.*, S. 135 f., 255 f.; M. ZOŁNIERCZUK, *o.c.*, S. 168 ff.; C. WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis*, Tübingen 1879, S. 87 f.; G. LA PIRA, *Studi S. Riccobono*, Bd. III, Palermo 1936, S. 221 ff.; W. LITEWSKI, *Tradition und Fortentwicklung im Recht (= Festschrift U. von Lübtow)*, Rheinfelden - Berlin 1991, S. 102.

64) Das entsprechende Bas. 7,2,1 (= SCHELTEMA, A I, S. 308 f.) bezeichnet diesen letzten Bescheid mit dem technischen Terminus *dialaliav*.

65) D. 4,4,39 pr.; näher davon S. 186 ff.

versichernden Bürgen⁽⁶⁶⁾, und Modestinus — Festsetzung der Frist zur Durchführung der *sollemnia accusationis* für die Partei im Kognitionsverfahren durch den Provinzstatthalter⁽⁶⁷⁾.

Der Terminus *sententia* zur Bezeichnung des Zwischenbescheids trat in der klassischen Zeit nicht nur im Zusammenhang mit dem Kognitionsverfahren⁽⁶⁸⁾, sondern auch mit dem Formularverfahren auf⁽⁶⁹⁾. Er ist u.a. für freiwilliges Verfahren⁽⁷⁰⁾ wie auch, und dies sehr früh, für Schiedsverfahren belegt⁽⁷¹⁾.

Das Wort *sententia* weist auf das im Zwischenbescheid auftretende Element der Meinung des Richters hin. Es ist also nicht verwunderlich, daß Aulus Gellius im Zusammenhang mit *interlocutiones* über *sensus*⁽⁷²⁾ und *sentire*⁽⁷³⁾ sprach. Dieses Element war auch in Urteilen wesentlich⁽⁷⁴⁾ und daher die Gemeinsamkeit des Terminus *sententia*. Wie aus der Besprechung von D. 4,8,19,2 zu ersehen ist, konnte das zu Zweifeln führen, die einer Erklärung bedurften. Im Zusammenhang damit

66) D. 49,2,2; näher davon S. 221 ff.

67) D. 48,2,18; näher davon S. 204 ff.

68) D. 4,4,39 pr.; D. 48,2,18.

69) I. 4,6,6; I. 1,13,5 (freiwilliges Verfahren); nicht ganz sicher ist die Art des Prozesses in D. 49,2,2.

70) I. 1,13,5.

71) D. 4,8,19,2.

72) *Noctes Atticae* 14,2,17 und 18.

73) *Noctes Atticae* 14,2,19 (zweimal).

74) M. KASER, *o.c.*, S. 284 und Anm. 6.

wurde manchmal betont, daß es sich um den “Zwischenbescheid” und dies vermittels des Gebrauchs dessen Synonym “*interlocutio*”, der eindeutig war, gehandelt habe (75). Mitunter traten die Termini: *praeceptum* (76), *praeceptio* (77) und *dispositio* (78) als mit *sententia* gleichbedeutend auf. Schon in der klassischen Zeit erschien der Terminus “*sententia definitiva*”, die das Urteil in dessen Unterscheidung von Zwischenbescheiden bedeutete (79), die bisweilen auch als *sententiae* bezeichnet wurden. Besonders charakteristisch ist das justinianische Beispiel C. 7,45,16, in dem zuerst der Terminus *sententia* in allgemeiner Bedeutung benutzt, und dann in dessen Rahmen eine Unterscheidung zwischen *interlocutio* und *definitiva sententia* durchgeführt wurde.

Idem (imp. Iustinianus) A. Iuliano pp. Cum solitum est in sententiis iudicum sic interlocutionem ferri, ut non liceat partibus ante sententiam definitivam ad appellationis vel recusationis venire auxilium...

75) C. 1,3,32[33],2 (*sententia vel interlocutione*); vgl. C. 12,35[36], 18 pr.

76) C. 2,12,26.

77) C. 12,35[36],18 pr.

78) C. 12,35[36],18 pr.

79) C. 7,45,3 (Alexander Severus); C. 7,45,11 (Diokletian). Für die Echtheit G. PUGLIESE, *Studi B. Biondi*, Bd. II, Milano 1965, S. 146, insbesondere gegen B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 457 f., 460 f. Anm. 1, welchem A. STEINWENTER, ZSS 65 (1947), S. 91 folgte; zweifelnd M. KASER, *o.c.*, S. 391 Anm. 1. Zur nachklassischen Zeit siehe Rubr. C. 1,21; C. 1,4,2 = C. 7,65,4a (anders im entsprechenden C.Th. 11,36,20 und *interp. ad h.l.*); C. 2,55,4,2; C. 3,1,16; C. 7,44,2,1; C. 7,45,16; C. 7,62,39,2.

Generell wurde der Terminus *sententia* im Sinne Zwischenbescheid (außer Ladungsbefehl) selten benutzt. Dies ist aller Wahrscheinlichkeit nach durch die Absicht zu erklären, Mißverständnisse vor allem wegen dessen grundlegender Bedeutung als Urteil im Prozeß zu vermeiden.

Wie erwähnt, erschien der Terminus *sententia interlocutoria* erst im Mittelalter. Da aber das römische Recht Zwischenbescheid sowohl als *interlocutio* wie auch als *sententia* bezeichnete und den Terminus „*sententia definitiva*“ zur Bestimmung des Urteils gebildet hatte, brauchten die mittelalterlichen Juristen nur einen kleinen Schritt vorwärts zu machen. Er ist als positiv einzuschätzen, da der neue Name inhaltliche Informationen enthielt, die sich in den römischen Termini „*interlocutio*“ und „*sententia*“ befanden, und darüber hinaus mögliche Mißverständnisse beseitigte, die mit unterschiedlichen Bedeutungen des letzteren Terminus (besonders als eines Urteils) verbunden waren.

c. Der Terminus „*praeiudicium*“ hatte im römischen Recht verschiedene Bedeutungen (80) u.a. in der nachklassischen Zeit als Zwischenbescheid (81). In juristischen Quellen ist er im

80) Siehe F. DE MARINI AVONZO, NNDI XIII, s.v. „*praeiudicium*“, S. 541 ff.; K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht*, Salzburg - München 1976, S. 17 ff. (teilweise gegen J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, Labeo 8 [1962], S. 82 ff.).

81) Siehe M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. III, S. 291 Anm. 8; O. GRADENWITZ, ZSS 38 (1917), S. 35; F. DE MARINI AVONZO, *o.c.*, S. 543; K. HACKL, *o.c.*, S. 27 Anm. 1. Nach A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 48 Anm. 20 sowie G. BASSANELLI (Sommariva), SDHI 37 (1971), S. 205 und Anm. 198, S. 206 ff. war *praeiudicium* hier nicht mit *interlocutio* gleich; dagegen überzeugend U. VINCENTI, *o.c.*, S. 55 Anm. 62. Siehe auch unten Anm. 91 und 92.

letzteren Sinne nur im Codex Theodosianus im Zusammenhang mit dem Problem der Appellationszulässigkeit zu finden (82). Die Strafe für die Einlegung einer unzulässigen Appellation vom Zwischenbescheid wurde als *praeiudicialis multa* bezeichnet (83). Der in den juristischen Terminologie gut bewährte (84) und den Zivilprozeß kennende Symmachus (85) schrieb in seinen *Relationes* über *multa praeiudiciorum* (86) und *praeiudicialis multa* (87) wie auch über *appellatio praeiudicialis* (88). Justinianus selbst bemühte sich in seinem Codex die Vieldeutigkeit des Terminus „*praeiudicium*“ zu vermeiden (89). Davon zeugt dessen Beseitigung in C. 7,62,21 (*ex C.Th. 11,30,25*) und C. 7,62,12 (*ex C.Th. 11,30,2*) (90), die aus dem Codex Theodosianus

82) C.Th. 11,30,2 (nicht im entsprechenden C. 7,62,12); C.Th. 11,30,25 (nicht im entsprechenden C. 7,62,21); C.Th. 11,30,40 (zweimal); C.Th. 11,30,44; C.Th. 11,36,1; 2; 3; 5; 11; 15; 16; 18,2; 30. Die östliche oder westliche Herkunft der Konstitutionen spielte hier keine Rolle.

83) C.Th. 11,30,50 (siehe U. VINCENTI, *o.c.*, S. 87 f.) und 65.

84) Siehe A. STEINWENTER, ZSS 74 (1957), S. 6 f.

85) A. STEINWENTER, *o.c.*, S. 14 f.

86) *Rel.* 16.

87) *Rel.* 38.

88) *Rel.* 38.

89) Siehe M. KASER, *o.c.*, S. 497 Anm. 17.

90) Vgl. auch C. 1,19,2 (*ex C.Th. 1,2,5*, wo *praeiudicium* als eine Vorfrage auftritt).

übernommen wurden, wie auch dessen Vermeidung in eigenen Verordnungen.

Der Terminus “*praeiudicium*” im Sinne des Zwischenbescheids weist darauf hin, daß es sich darin nicht um die Beendigung des Prozesses, sondern um den irgendeiner früheren Frage gehandelt hat. Gelegentlich wurde er ausdrücklich als Synonym der *interlocutio* (91) oder *articulus* (92) bezeichnet.

Das Wort “*articulus*” im Sinne des Zwischenbescheids tritt erst in der nachklassischen Zeit in einigen kaiserlichen Konstitutionen im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit der Appellation vor dem Urteil auf. Es handelt sich in Wirklichkeit um vier im Codex Theodosianus enthaltene Texte (93), deren einer in den Codex Iustinianus mit dem darin enthaltenen Terminus “*articulus*” übernommen wurde (94). Außerdem bedient sich dieser Kodifikationsteil dieses Wortes in anderen Bedeutungen (95). *Articulus* wurde in dem uns

91) C.Th. 11,36,3 (dazu U. VINCENTI, *o.c.*, S. 54 f.; vgl. A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 48 Anm. 20, 21); C.Th. 11,30,65 (*praeiudicialis multa* infolge der Einlegung der unzulässigen Appellation gegen *interlocutio*; dazu richtig U. VINCENTI, *o.c.*, S. 92 Anm. 171).

92) C.Th. 11,36,3 (siehe U. VINCENTI, *o.c.*, S. 54 f.; vgl. A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 48 Anm. 20, 21); vgl. C.Th. 11,36,1 (*ab articulis praeiudiciisque* – im Zusammenhang mit anderen Texten als Hendiadyon; vgl. U. VINCENTI, *o.c.*, S. 44).

93) C.Th. 11,36,1; 3; 23; 25 (vgl. C. 7,65,5,3). Außerdem tritt das Wort “*articulus*” im Codex Theodosianus in einer anderen Bedeutung nur einmal auf (C.Th. 3,9,1). Siehe O. GRADENWITZ, *Heidelberger Index*, Bd. I, S. 21.

94) C. 7,65,5,3 (*ex C.Th. 11,36,25*).

95) R. VON MAYR, *Vocabularium Codicis Iustiniani*, Bd. I, Prag 1923, s.v. *articulus*.

interessierenden Sinne ausdrücklich als Synonym der *interlocutio* (⁹⁶) und *praeiudicium* (⁹⁷) bezeichnet. Er wies darauf hin, daß es sich darin um die Entscheidung irgendeidner Frage im Prozeß und nicht um die Erledigung der ganzen Sache handelte.

Selten sind andere lateinische Termini, die eine grundsätzlich weitere Bedeutung haben, anzutreffen. Manchmal wurden sie auch zur Bezeichnung der Zwischenbescheide angewandt. Ein solcher Ausdruck war „*praeceptum*“, das von Modestin für gleichbedeutend mit der „*interlocutio*“ anerkannt wurde (⁹⁸). Die Kaiser Arcadius, Honorius und Theodosius II. haben bei der Betrachtung des Ladungsbefehls im Denuntiationsverfahren *praeceptum* als *sententia* behandelt (⁹⁹). Wie oben gesehen (¹⁰⁰), war das Wort „*sententia*“ im nachklassischen Prozeß zur Bezeichnung des Ladungsbefehls besonders oft gebraucht. Im Zusammenhang mit dem letzteren Akt sprach das Edictum Theoderici von *auctoritas* und *praeceptum* (¹⁰¹).

Ähnlicherweise ist der Terminus „*praeceptio*“ im Sinne des Zwischenbescheids in juristischen Texten, insbesondere im Zusammenhang mit dem Ladungsbefehl als gleichbedeutend mit

96) C.Th. 11,36,3; siehe U. VINCENTI, *o.c.*, S. 54 f.; vgl. A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 48 Anm. 20, 21.

97) C.Th. 11,36,3; siehe auch C.Th. 11,36,1 und dazu oben Anm. 92.

98) D. 44,1,11 (*ex praecerto sive interlocutione iudicis*). Zu D. 49,8,3 pr. siehe unten S. 260.

99) C. 2,12[13],26 (*praeceptum vel sententia*).

100) Siehe Anm. 51.

101) Edictum Theoderici 73 (*Auctoritates quorumlibet iudicum, vel praecepta cuiuslibet sedis ac potestatis...*).

der *sententia*, “*interlocutio*” und “*dispositio*” sehr spät belegt (102). Er tritt auch mehrmals in frühgermanischen Kodifikationen, und dies im Edictum Theoderici (103) und in der Lex Romana Burgundionum (104), ebenfalls zur Bezeichnung des Ladungsbefehls auf (105).

Im Zusammenhang mit dem Ladungsbefehl im Libellprozeß tritt ausnahmsweise der Terminus “*dispositio*” gleichbedeutend mit *interlocutio*, *sententia* und *praceptio* auf (106). Die *interpretatio* anstelle der im Codex Theodosianus auftretenden “*interlocutio*” sprach von “*ordinatio*” (107). Nur das Edictum Theoderici bediente sich des mehrdeutigen Terminus “*auctoritas*”, indem es ihn im Zusammenhang mit dem Ladungsbefehl mit *praceptum* (zweimal) (108) und *praceptio* (109) gleichsetzte.

Die oben angeführten Worte, nämlich *praceptum*, *praceptio*, *dispositio* und *auctoritas* weisen auf das im Zwischenbescheid enthaltene Element des Befehls, der Anordnung hin.

Obwohl man im Zusammenhang mit den Interlokuten oft den Terminus “*decernere*” benutzte (110), hat jedoch weder die

102) C. 12,35,18 pr. (J. 492): ...*vel ex sententiis vel praceptionibus eius, sed per interlocutiones seu dispositiones...*

103) Edictum Theoderici 46 und 145.

104) Lex Romana Burgundionum 30,1 und 2.

105) Edictum Theoderici 145.

106) C. 12,35,18 pr. (J. 492); siehe A. FLINIAUX, *o.c.*, S. 214.

107) *Interpr. ad C.Th. 4,22,2.*

108) Edictum Theoderici 73.

109) Edictum Theoderici 145. Anders z.B. C. 1,3,25 §§ 1, 2; C. 2, 12[13],26.

110) C.Th. 11,30,40; Conc.⁵ IV,2, p. 143,19. Zu Urteilen siehe H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *decernere* c.

These, daß im Kognitionsverfahren Termini “*decretum*”, “*sententia*” und “*interlocutio*” *promiscue* gebraucht (111), noch die, daß Zwischenbescheide zu Dekreten gezählt worden wären, irgendeine Begründung (112). Es gibt keine Texte, die solche Feststellungen enthielten, und dagegen spricht ausdrücklich D. 1,4,1,1, das *decernere* und *interloqui* unterscheidet: ...*imperator... vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est.*

d. *Pronuntiatio*, die den Beklagten bei arbiträren Klagen zur *restitutio* oder *exhibitio* ermächtigt, wird im Schrifttum für Zwischenbescheid angenommen (113). Zwar wird das durch keine Quelle *expressis verbis* bestätigt, aber man kann diese These inhaltlich als richtig annehmen. Jedenfalls war diese *pronuntiatio* ein klar bestimmtes und geregeltes Institut des

111) A. POLAČEK, ZSS 63 (1943), S. 410 f.

112) Anders Th. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, IV. Aufl., Leipzig - Erlangen 1919, S. 70; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, S. 431 Anm. 63.

113) L. WENGER, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, New York 1955, S. 148 Anm. 32, S. 151 f., 194; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, Bd. II, Darmstadt 1948 (Neudruck ex Berlin 1928), S. 98 f.; E. SCHÖNBAUER, *Studi S. Riccobono*, Bd. II, Palermo 1936, S. 402; A. STEINWENTER, ZSS 65 (1947), S. 91; M. KASER, o.c., S. 259, 276.

Formularprozesses. Vielleicht hat es zur Ausgestaltung des allgemeinen Begriffs des Zwischenbescheids beigetragen (¹¹⁴).

Generell bedeutete *pronuntiare* aussprechen (¹¹⁵). *Pronuntatio* war kein selbständiger Rechtsakt, sondern eine Äußerung der Meinung und des Willens des Richters (¹¹⁶). In diesem Rahmen trat sie meistens im Zusammenhang mit dem Urteil auf, und deswegen kann man gelegentlich eine Gegenüberstellung *pronuntiare* und Zwischenbescheid finden (¹¹⁷). Ab und zu wurde aber *pronuntiare* sowohl auf Urteile wie auch auf Zwischenbescheide bezogen (¹¹⁸), und in bestimmten Texten erschien dieses Wort im Zusammenhang mit Zwischenbescheiden (¹¹⁹).

e. Grundsätzliche griechische technische Termini, die den lateinischen “*interlocutio*” und “*interloqui*” entsprachen waren “διαλαλιά” (¹²⁰) (ausnahmsweise “λαλία” (¹²¹) und

114) Vgl. A. STEINWENTER, *o.c.*, S. 91; M. KASER, *o.c.*, S. 259, 276.

115) H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *pronuntiare*.

116) So richtig B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 449; siehe auch E. SCHÖNBAUER, *o.c.*, S. 383 f.

117) D. 40,5,38 (dazu S. 211 ff.); D. 48,16,1,5 (dazu S. 192 ff.); Tertullianus, *De pudicitia* 14 (*pronuntiatione decidere* - *interlocutione suspendere*).

118) D. 48,2,18 (dazu S. 204 ff.).

119) C.Th. 12,1,71; C. 5,33,25,1; I. 2,8,2; Augustinus, *Breviculus collationum contra Donatistas* 3,3; 3,4.

120) C. 10,11,8,4 (= Bas. 56,7,8,4 = SCHELTEMA, A VII, S. 2565); C. 4,20,16,2 (= Bas. 21,1,40 = SCHELTEMA, A III, S. 1022); C. 7,62,36 (= Bas. 9,1,126 = SCHELTEMA, A II, S. 457 f.); Nov. 126 c. 2 pr. Siehe auch Bas. 9,1,75 (= SCHELTEMA, A II, S. 450); Bas. 9,1,146 (= SCHELTEMA, A II, S. 462); Bas. 21,3,18 (= SCHELTEMA, A III, S. 1042); Bas. 51,1,11 (= SCHELTEMA, A VI, S. 2393); Sch. 2 *ad* Bas. 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321); Sch. 14 *ad* Bas. 60,41,56 (= SCHELTEMA, B IX, S. 3798).

121) Bas. 21,3,16 (= SCHELTEMA, A III, S. 1041 f.); Bas. 60,41,56 (= SCHELTEMA, A VIII, S. 3027).

“διαλαλέω”⁽¹²²⁾). Diesbezügliche Quellen sind natürlich fast ausnahmsweise Basiliken und Scholien dazu. Ein Teil dieser Texte lieferte den Grund zur Wiederherstellung von fehlenden Konstitutionen im Codex Iustinianus.

Manchmal bediente man sich des Terminus “ἀπόφασις”⁽¹²³⁾, der der lateinischen “sententia” entsprach. Ganz ausnahmsweise erscheint der Terminus “ψῆφος”⁽¹²⁴⁾, der normalerweise Urteil bedeutete.

f. Ersichtlich enthalten die Quellen viele Termini zur Bestimmung von Zwischenbescheiden. Es gab aber unter ihnen

122) Bas. 2,6,2 (= SCHELTEMA, A I, S. 75); Bas. 2,6,8 (= SCHELTEMA, A I, S. 76); Bas. 7,2,19 (= SCHELTEMA, A I, S. 308 f.); Bas. 9,1,36 (= SCHELTEMA, A II, S. 445); Bas. 9,3,98 (= SCHELTEMA, A II, S. 488); Sch. 1 *ad* Bas. 48,4,38 (= SCHELTEMA, B VII, S. 2876).

123) P.Oxy. XVI, 1881, Z. 11 (= FIRA III, S. 553; dazu A. FLINIAUX, *o.c.*, S. 221 f.); Theoph. *Gr. Par. ad* I. 4,6,6 und I. 2,8,2; Bas. 21,3,18 (= SCHELTEMA, A III, S. 1042); Sch. 4 (Thalelaeus) und 5 *ad* Bas. 8,2,99 (= SCHELTEMA, B I, S. 163 f.). Man kann hier wohl auch das Protokoll des Goharienerprozesses (Z. 11) anführen, in welchem das Plural auch auf (mehrere) Zwischenbescheide hinzuweisen scheint; siehe V. ARANGIO-RUIZ, BIDR 49/50 (1947), S. 48; W. KUNKEL, *Festschrift H. Lewald*, Basel 1953, S. 82.

124) Nov. 90, c. 5 pr.; siehe auch Sch. 2 *ad* Bas. 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321).

Unterschiede sowohl im Hinblick auf deren technische Bedeutung als auch auf die Zeit deren Erscheinens. Der wichtigste technische Terminus, der nur Zwischenbescheide bedeutete und seit der hochklassischen Periode belegt wird, war *interlocutio* (und *interloqui*). Ihr entsprach die griechische “διαλογία” (mit διαλογέω). Die übrigen Namen waren vieldeutig und nur gelegentlich bedeuteten sie Interlokute. Dies betraf insbesondere *sententia*, die im Prozeß vor allem “Urteil” bedeutete. *Praeiudicium* und *articulus* als Zwischenbescheide traten nur in der nachklassischen Zeit auf. Die übrigen lateinischen Termini (*praeceptum*, *praceptio*, *dispositio*, *auctoritas* und *ordinatio*) waren in dem uns interessierenden Sinne sehr selten erschienen und im Prinzip erst in der Zeit des Dominats oder erst in frühen germanischen Kodifikationen. Griechische Entsprechung von “*sententia*” war “ἀπόφασις”.

Mehrmals, fast ausschließlich in der nachklassischen Periode (125), sind Bestätigungen der Gleichbedeutung von bestimmten Termini zu finden. Dies hing damit zusammen, daß deren entschiedene Mehrheit auch andere Bedeutungen besaß, was gelegentlich zu Unklarheiten führen konnte. Diese waren eben durch die Angabe von mehreren Termini zu vermeiden. Besonders brauchbar war hierin natürlich die Anwendung des Wortes *interlocutio*.

125) C.Th. 11,30,65; C.Th. 11,36,1; 3; C. 1,3,32,2; C. 2,12,26; C. 12,35,18 pr.; Edictum Theoderici 73 und 145. Eine (spät)klassische Ausnahme bildet D. 44,1,11.

Bekanntlich stellt die juristische Terminologie selbst einen dogmatischen Wert dar (126). Die oben genannten technischen Termini liefern bestimmte Informationen über das Rechtsinstitut der Zwischenbescheide. Die Ausdrücke: *interlocutio*, *prae-iudicium* und *articulus* bezeugen, daß es (zumindest in der Regel) Entscheidungen waren, die vor der Beendigung der Sache erlassen wurden. Die Termini: „*sententia*“ und „ἀπόφασις“ enthalten in sich das Element der Meinung, und *praeceptum*, *praeceptio*, *ordinatio* und *auctoritas* (Anordnungen) weisen auf den Charakter der Zwischenbescheide als bindender Entscheidungen hin. Die Mündigkeit ist in den Namen „*interlocutio*“ und „διαλογιά“ enthalten.

3. ZWISCHENBESCHEIDE UND ANDERE PROZEß-HANDLUNGEN (IM ALLGEMEINEN)

Die einzige Definition des Zwischenbescheids ist erst in byzantinischen Quellen enthalten. Es handelt sich um Sch. 2 *ad* Bas. 21,3,16 = SCHELTEMA, B IV, S. 1321: ἵντερλουκατίων ἐστὶν ἡ μεταξὺ τῶν ὀγώγων ἐπιφερομένη τοῦ ἀρχοντος ψῆφος.

Der Zwischenbescheid war also eine gerichtliche Entscheidung (üblicherweise die des Provinzstatthalters), die im Prozeßlauf, d.h. vor dessen Beendigung (üblicherweise durch das Urteil) erging.

126) B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. I, Milano 1965, S. 181 ff.

Es bereitete die Unterscheidung der *interlocutio* als gerichtlicher Akt von Prozeßhandlungen anderer Prozeßteilnehmer wie Parteien oder Zeugen keine Schwierigkeiten. Ein wenig komplizierter war das Problem der Unterscheidung dieses Aktes von anderen richterlichen Handlungen, besonders im Hinblick auf den fehlenden Formalismus und eine sehr große inhaltliche Unterschiedlichkeit der Zwischenbescheide. Eine Widerspiegelung bestimmter Zweifel in der Differenzierung verschiedenener richterlicher Akte ist in C. 7,45,7 enthalten.

*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Isidorae.
Ex stipulatione parta actione pacisci proximis personis
suadendo praeses provinciae verborum obligationem,
quam certo iure tolli tantum licet, extinguere non potest,
nec vox omnis iudicis iudicati continet auctoritatem, cum
potestatem sententiae certis finibus concludi saepe sit
constitutum. § 1. Quapropter si nihil causa cognita
secundum iuris rationem pronuntiatum est, vox pacisci
suadentis praesidis actionem tuam perimere, si quam
habuisti, minime potuit.*

Nach dem angeführten Reskript hat der Provinzstatthalter im Prozeß aus der Stipulationsklage bestimmten Personen den Abschluß des *pactum* (sc. Vergleich) empfohlen. Die Petentin bezweifelte, ob diese Aussage des Richters das Erlöschen der Stipulationsverpflichtung nicht verursacht hatte. Der Kaiser hat diese Wirkung ausgeschlossen und erklärte, daß hierin kein

Urteil und keine *iudicati auctoritas* vorgelegen hätten. Nicht jede Aussage (*vox*) des Richters hatte diese Wirkung zur Folge (¹²⁷).

Der allgemeine Begriff der richterlichen Aussage (*vox omnis iudicis*) enthielt u.a. Urteile. Außerdem hat Diokletian hierin auch die konkrete Erteilung des Rates an Parteien durch den Richter einbezogen. Dies wurde nicht ausdrücklich als *interlocutio* bezeichnet (¹²⁸), aber der betreffende Text der Basiliken sprach hier über einen “Befehl” (κέλευσις) (¹²⁹), also sah er hier ganz bestimmt einen Zwischenbescheid. Jedenfalls ist die Bestimmung der *vox omnis iudicis* so allgemein, daß sie sicherlich zumindest Urteile und Zwischenbescheide sowie auch andere richterliche Aussagen wie z.B. Befragung der Parteien durch den Richter (¹³⁰) und *consultatio iudicis*, die ausdrücklich von der *interlocutio* über deren Vorlage unterschieden wurde (¹³¹), umfaßte. Der Richter übte außerdem andere Handlungen aus, die keine Aussagen waren, z.B. wenn er einen Augenschein durchführte (¹³²).

127) Vgl. Bas. 9,1,73 (= SCHELTEMA, A II, S. 450).

128) Vgl. aber D. 4,2,9,3 (dazu S. 216 ff.).

129) Bas. 9,1,73 (= SCHELTEMA, A II, S. 450).

130) Nach Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,19 unterschied der Philosoph Favorinus *interrogationes* und *interlocutiones*.

131) D. 49,1,1,2; siehe W. LITEWSKI, ZSS 86 (1969), S. 238.

132) Belegt in *Lis fullonum* (= FIRA III, S. 512): *Florianus dixit: Vidi locum dedicatum imaginibus sacris...* Dies zu D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß*, München 1969, S. 238.

Das Urteil enthielt inhaltliche Entscheidung der Sache (¹³³), was es von Zwischenbescheiden grundsätzlich unterschied. Hinsichtlich der letzteren ist deren Charakter als richterlicher Dezisionen mehrmals bestätigt (¹³⁴). Dadurch waren sie den Urteilen ähnlich, mit denen sie auch bestimmte andere gemeinsame Merkmale verbanden. Außerdem gab es auch Unterschiede, die mehrmals ausdrücklich betont wurden (¹³⁵).

Ein *interlocutiones* (und Urteile) von anderen richterlichen Aussagen unterscheidendes Kriterium war das in den letzteren fehlendes Entscheidungselement. Dies ist insbesondere in den ein wenig oben angeführten Beispielen, und dies in *interrogationes* und *consultatio (iudicis)* sichtbar. Es trat darin auch kein Meinungselement auf, das in Zwischenbescheiden und Urteilen, z.B. im Terminus “*sententia*” so ausdrücklich war. Diesen Unterschieden folgten weitere. Insbesondere war in bestimmten Zeiträumen die Appellation von Zwischenbescheiden zulässig, was außerdem von anderen Entscheidungen *ante sententiam* nicht in Frage kam (¹³⁶). Übrigens weist die Formulierung des Appellationsverbots von *interlocutiones*, *articuli* oder *praeiudicia* allein indirekt auf deren Absonderung von anderen richterlichen Handlungen hin.

133) Zum Teilurteil siehe S. 239 ff.

134) S. 180 ff., 245 ff.

135) Näher davon S. 284 ff.

136) Anders nur bei der *consultatio iudicis* nach Macer (D. 49,4,3). Siehe dazu W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 233 ff.; ZSS 86 (1969), S. 256 f.

Andererseits gab es bestimmte gemeinsame Merkmale der Zwischenbescheide und anderer richterlicher Handlungen, die sie insbesondere von Urteilen unterschieden. Sie erledigten inhaltlich die Sache nicht, und ihr Hauptziel war, die Sache zur Entscheidung vorzubereiten (¹³⁷). Sie besaßen einen nicht formalen Charakter, was sie von (schriftlichen) Urteilen im Kognitionsverfahren unterschied (¹³⁸). Sie durften widerrufen oder geändert werden, und daher war das Verbot, es zu tun, nur im Hinblick auf Urteile formuliert (¹³⁹).

4. INHALT

Üblicherweise wurden im Prozeß viele Zwischenbescheide erlassen. Manchmal war es ausdrücklich bestätigt (¹⁴⁰). Wir besitzen viele Informationen über einzelne Interlokute, gelegentlich selbst mit der Angabe von deren Wortlaut (¹⁴¹). Generell ist, wie zu erwarten war, eine große Unterschiedlichkeit

137) Zu Zwischenbescheiden siehe S. 160 ff., 180 ff., 284 ff.

138) Zur schriftlichen Form des Urteils im Kognitionsverfahren siehe M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. III, S. 391 f.; M. KASER, *o.c.*, S. 391 f., 497; L. WENGER, *Institutes*, S. 304; B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 476 f.

139) Näher davon S. 261 ff.

140) Augustinus, *Breviculus collationum contra Donatistas* 3,3 (...*post tantas mores et tot interlocutiones cognitoris; cum potius contra ipsos tam multis interlocutionibus cognitoris...*). Siehe auch das Protokoll des Goharienerprozesses, Z. 11 (dazu Anm. 123).

141) D. 48,16,1,5; D. 48,19,32; C. 2,11[12],17; C. 7,46,4 (in der *oratio obliqua*); C. 7,57,4; *Lis fullonum* (= FIRA III, S. 512); P.Bouriant 20 (= FIRA III, S. 534 f.); P.Lips. I, 38 (= FIRA III, S. 543 f.); Bas. 21,3,18 (= SCHELTEMA, A III, S. 1042), ex C. 2,11[12],19.

sichtbar. Es lassen sich aber bestimmte Gruppen aussondern. Die Zwischenbescheide betrafen entweder nur den Verfahrensgang oder inzidentale Fragen. Unter den ersteren sind *interlocutiones* zu unterscheiden, die das ganze Verfahren betreffen oder (am meisten) nur einzelne Prozeßhandlungen.

a. In der letzteren Kategorie sind u.a. Zwischenbescheide mit der Beweisthematik zu nennen. Es handelte sich vor allem um Anordnung oder Verweigerung des Beweises⁽¹⁴²⁾, darunter (im justinianischen Recht) auch um die Benutzung der Rechtshilfe. Insbesondere spricht C. 4,21,18⁽¹⁴³⁾ unmittelbar über einen Zwischenbescheid (*sententia*), in dem der Richter den Antrag der Partei um die *impositio fidei* der Urkunde vor einem anderen *iudex* im Rahmen der Rechtshilfe angenommen hat⁽¹⁴⁴⁾. Aus den Worten “*similis sententia*” ergibt sich, daß man auch, was das

142) *Lis fullonum* (= FIRA III, S. 511 f.; dazu F. P. BREMER, *Rheinisches Museum für Philologie* 21 [1866], S. 23 f.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, B. I, Leipzig 1889, S. 817; A. M. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. II, S. 779 Anm. 117; G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 15; M. KASER, *o.c.*, S. 390 Anm. 69; W. LITEWSKI, TR 43 [1975], S. 87); D. 49,5,2 (siehe R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, II. Aufl., Torino 1953, S. 268; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 [1966], S. 253); C. 4,20,16,2; C. 7,62,36 pr.; Augustinus, *Breviculus collationum contra Donatistas* 3,4 (...*Sed cum cognitor interloqueretur, debere gesta recitari, ut de petitoris persona constaret...*); zur *dilatio* der Beweise siehe C.Th. 11,36,18 pr. Siehe M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. II, S. 779; M. KASER, *o.c.*, S. 390. Entgegen D. NÖRR, *o.c.*, S. 533 Anm. 37 ging es in C. 9,41,3 nicht um Beweisinterlokut. Der Text spricht von *interrogatio*, die zu *interlocutiones* nicht gehörte (siehe Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,18; siehe Anm. 130).

143) Zum Text siehe U. ZILLETTI, BIDR 67 (1964), S. 206 ff.

144) Siehe U. ZILLETTI, *o.c.*, S. 207.

Verhör des Zeugen betrifft, in einem ähnlichen Falle einen Zwischenbescheid erlassen hat (145). Es ist verständlich, daß Justinian in C. 4,21,18 auf *impositio fidei* eine frühere Regelung (in C. 4,20,16) bezüglich der Rechtshilfe beim Verhör von Zeugen erstreckt hat (146).

Zu der Beweisthematik sind auch Aussagen des Richters über die Lage der Beweisverhandlung zu rechnen. Beispiele können Erklärungen bilden, daß die Mitgift nicht klar gewesen sei (*dotem datam quae repeteretur non liquidam esse*) (147), oder über das Ergebnis der *impositio fidei* der Urkunde (148). Es ist hier auch D. 4,4,39 pr. anzuführen.

Scaevola libro secundo digestorum. Intra utile tempus restitutionis apud praesidem petierunt in integrum restitutionem minores et de aetate sua probaverunt: dicta pro aetate sententia adversarii, ut impedirent cognitionem praesidis, ad imperatorem appellaverunt: praeses in eventum appellationis cetera cognitionis distulit. Quaesitum est: si finita appellationis apud imperatorem cognitione et iniusta appellatione pronuntiata egressi aetatem deprehendantur, an cetera negotii implere possunt, cum per eos non steterit, quo minus res finem accipiat?

145) Das wurde in Nov. 90, c. 5 pr. bestätigt.

146) D. SIMON, *o.c.*, S. 290, 372; siehe auch oben Anm. 143.

147) C. 7,46,4 (Gordian). Siehe R. SAMTER, *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, Weimar 1911, S. 131.

148) Unmittelbar belegt in Sch. 2 *ad Bas.* 22,1,77 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1384 f.).

Respondi secundum ea quae proponuntur perinde cognosci atque si nunc intra aetatem essent.

Nach dem dargestellten Tatbestand verlangten gewisse *minores* beim Provinzstatthalter *in integrum restitutio* und bewiesen ihr Alter. Im Zusammenhang damit wurde *sententia pro aetate* erlassen. Die Widersacher appellierten beim Kaiser, um die (weitere (149)) *cognitio* des Statthalters zu verhindern, die dieser tatsächlich einstelle (sc. aus dem Grunde des Suspensiveffekts der Appellation (150)). Der Kaiser urteilte über die Ungerechtigkeit der Appellation. Inzwischen haben die *minores* das 25. Lebensjahr überschritten. In der gestellten Frage handelte sich darum, ob die *minores* in diesem Falle das Verfahren über *in integrum restitutio* führen durften, weil es an ihnen nicht gelegen hat, daß die Sache nicht beendet worden ist. Cervidius Scaevola hat eine bejahende Antwort gegeben, nach der die Sache (weiter) zu führen war, als wenn die Petenten das 25. Lebensjahr noch nicht beendet hätten.

Der Tatbestand betraf das Verfahren im Rahmen der den *minores* zustehenden *in integrum restitutio* (151). Außer der Erwähnung der Frist (“*utile tempus restitutionis*” anstelle von

149) L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano 1965, S. 129 f., 228.

150) R. ORESTANO, *o.c.*, S. 393 ff.; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 14 (1967), S. 390 ff.; ANRW II, 14, S. 82 ff.

151) Siehe auch O. LENEL, *Pal.*, Q. Cervidius Scaevola 7. Vgl. ebenfalls Bas. 10,4,39 (= SCHELTEMA, A II, S. 558).

“*intra annum*”) (152) ist der Text als echt anzusehen (153). Er bezog sich auf das Kognitionsverfahren zuerst vor dem Provinzstatthalter und denn zufolge der Appellation vor dem Kaiser (154). Die Worte “*sententia (de aetate)*” bedeuten bestimmt den Zwischenbescheid (155), worauf der Inhalt deutlich hinweist (156). Manche Romanisten sehen hier nur eine positive Beweiswürdigung, die eine Voraussetzung zum weiteren Verfahren bilde (157), dagegen andere eine den speziellen Verfahrensabschnitt abschließende Entscheidung (158). Für die letztere These spricht die Zulässigkeit der Appellation von jener

152) G. CERVENCA, *Studi vari sulla “restitutio in integrum”*, Milano 1965, S. 100 Anm. 90 und die dort zitierte Literatur.

153) Für die Interpolation nur P. BERETTA, RISG 85 (1948), S. 380 f.; dagegen E. LEVY, ZSS 68 (1951), S. 370 f.; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 253 f. Anm. 80. Für die Echtheit auch G. CERVENCA, *o.c.*, S. 101 Anm. 91; L. RAGGI, *o.c.*, S. 125; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 15 f.

154) Dagegen ging es in D. 48,18,20 um die Appellation gegen das Urteil; so Th. KIPP, *Festgabe B. Windscheid*, Halle 1888, S. 75 Anm. 2. Siehe auch Sch. 1 *ad Bas.* 60,50,19 (= SCHELTEMA, B IX, S. 3869).

155) G. CERVENCA, *o.c.*, S. 99, 103 f. und U. VINCENTI, *o.c.*, S. 16 Anm. 31 (beide gegen P. BERETTA, *o.c.*, S. 385 ff.); M. KASER, *o.c.*, S. 391 Anm. 75.

156) Bas. 10,4,39 (= SCHELTEMA, A II, S. 558) enthält nicht einen entsprechenden griechischen Ausdruck. Das ist verständlich, weil *in integrum restitutio* jedenfalls in der justinianischen Prozedur nicht zwei Prozeßabschnitte hatte und zur *actio* (oder *exceptio*) wurde. Siehe M. KASER, *o.c.*, S. 471 f., 503 und die dort angeführte Literatur.

157) M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, S. 98 Anm. 246, S. 157 Anm. 145; zustimmend G. CERVENCA, *o.c.*, S. 102 f.; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 17 f.

158) E. LEVY, *o.c.*, S. 370 f.; L. RAGGI, *o.c.*, S. 128 f.; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 254 f.

Entscheidung, von der Beweiswürdigung allein ist die Appellation kaum möglich.

Der nachfolgende Text stammt von Ulpian.

D. 48,19,32. *Ulpianus libro sexto ad edictum. Si praeses vel iudex ita interlocutus sit “vim fecisti”, si quidem ex interdicto, non erit notatus nec poena legis Iuliae sequetur: si vero ex crimine, aliud est...*

Der Provinzstatthalter oder der Richter (*iudex*) erließ eine *interlocutio*, die angibt, die Partei habe Gewalt ausgeübt: *vim fecisti*. Ulpian hat eine Unterscheidung je nach der Art des Verfahrens: interdiktales (*ex interdicto*) oder strafrechtliches (*ex criminis*) durchgeführt. Nur im ersten Falle erfolgte weder Infamie noch Strafe aufgrund der *lex Iulia de vi*; im anderen Falle war es anders. Es ist anzunehmen, daß damals diese beiden Wirkungen vorlagen. Der weitere Teil enthält Betrachtungen, ob es sich hier um die *lex Iulia de vi publica*, oder *de vi privata* gehandelt habe. Eine bessere Darstellung der letzteren Frage befindet sich in Sch. 1 *ad Bas. 60,51,30* (= SCHELTEMA, B IX, S. 3893 f.)⁽¹⁵⁹⁾. Für uns ist sie aber nicht wichtig.

Der Text stammte aus dem 6. Buch des Kommentars von Ulpian *ad edictum*, das über Postulationsfähigkeit handelte⁽¹⁶⁰⁾ und konkret aus dessen *Qui pro aliis non postulent* betitelten

159) So richtig H. NIEDERMEYER, *Studi S. Riccobono*, Bd. I, Palermo 1936, S. 217 f.; vgl. auch O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 276 Anm. 1 und 2.

160) O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 274-291.

Teil (¹⁶¹). U.a. handelte es sich um die Unfähigkeit von *infames*, darunter um für *vis* verurteilten Verbrecher (¹⁶²).

In der Romanistik war der angeführte Text der Interpolation verdächtig (¹⁶³). Es wurde aber die Begründung nicht angeführt oder man hatte sich auf Argumente berufen, die nach der heutigen Quellenkritik ganz unzureichend sind. Zumindest in dem uns interessierenden Teil entspricht der Text der klassischen Regelung.

Das Interdiktenverfahren gehörte nicht zu der *cognitio extra ordinem* (¹⁶⁴). Also war der von Ulpian genannte Provinzstatthalter im Rahmen des ordentlichen Verfahrens tätig (¹⁶⁵). Das gleiche betraf den *iudex unus*, der nur bei dem für *recuperatores* vorbehaltenen *interdictum de vi armata* unzuständig war (¹⁶⁶)

161) O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 276.

162) O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, III. Aufl., Leipzig 1927, S. 77 ff.; M. KASER, ZSS 73 (1956), S. 237 ff., 245 ff.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, Bd. II,1, Milano 1963, S. 307 ff.

163) Siehe z.B. A. BERGER, *Göttingische gelehrte Anzeigen* 179 (1917), S. 348; H. NIEDERMAYER, *Studi P. Bonfante*, Bd. II, Milano 1930, S. 416 f.; *Studi S. Riccobono*, Bd. I, Palermo 1936, S. 217 ff.; H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *iudex* I B b.

164) M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, S. 318 mit der in Anm. 6 zitierten Literatur, S. 524 und (zum *praefectus urbi*) S. 366 Anm. 43.

165) M. KASER, o.c., S. 325; vgl. S. 317 f.

166) M. KASER, o.c., S. 144 Anm. 65, S. 325 Anm. 65, S. 326 Anm. 4; B. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren*, Freiburg (Schweiz) 1963, S. 47 ff., 138; zu Y. BONGERT, *Varia. Études de droit romain*, Paris 1952, S. 179 f. siehe B. SCHMIDLIN, o.c., S. 47 Anm. 4.

In D. 48,19,32 handelte es sich dagegen um *interdictum unde vi* (167).

Der im angeführten Fragment erwähnte Strafprozeß erfolgte nach den Regeln des Kognitionsverfahrens. Darauf weist die Erwähnung des Provinzstatthalters und des *iudex*, d.h. des delegierten Richters hin. Es gibt keinen Grund dazu, den letzteren aus dem Strafprozeß auszuschließen (168). Eben auch unser Text zeugt bejahend von dessen Eigenschaft (169). Darüber hinaus kann man sich auf das über *incusatus* handelnde C. 3,1,18 berufen (170). Kein Text schloß die Zulässigkeit des delegierten Richters in Strafsachen aus (171). Einige Quellen enthalten allgemeine Formulierungen insbesondere ohne deren Bezug nur auf Zivilsachen (172). Delegierte Richter waren besonders

167) So ausdrücklich Sch. 1 und 2 *ad Bas.* 60,51,30 (= SCHELTEMA, B IX, S. 3893 f.). Siehe auch H. NIEDERMEYER, *Studi S. Riccobono*, Bd. I, S. 218.

168) Für seine Zuständigkeit Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 249 f.; G. F. FALCHI, *Il diritto penale romano*, Bd. III (Procedura), Padova 1937, S. 107, 109; zweifelnd H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *iudex* I B b.

169) So richtig Th. MOMMSEN, *o.c.*, S. 249 Anm. 9. Für die Interpolation der Worte “*vel iudex*” insbesondere H. NIEDERMEYER, *o.c.*, S. 217.

170) Allerdings nicht C. 3,1,15 (anders Th. MOMMSEN, *o.c.*, S. 249 Anm. 9).

171) Th. MOMMSEN, *o.c.*, S. 249.

172) C.Th. 1,16,8 (= C. 3,3,5; siehe auch CIL, Bd. III, Nr. 459); D. 1,18,9 (siehe O. LENEL, *Pal.*, Callistratus 1; vgl. auch 5 = D. 50,13,5 pr., wo Callistratus Strafsachen erwähnt). Zu diesen Texten G. F. FALCHI, *o.c.*, Bd. III, S. 107, 109. Er erwähnt auch D. 1,18,8 und Nov. 82. Der erste Text stammt aber aus dem Teil der julianischen Digesten, der die zivile Jurisdiktion betrifft (siehe O. LENEL, *Pal.*, Iulianus 5). Nov. 82 spricht in gewissen Formulierungen von Zivilsachen und erwähnt nicht Strafsachen.

in großen Provinzen vor Diokletian praktisch erforderlich (173).

Im Interdiktenverfahren war der Zwischenbescheid “*vim fecisti*” des Provinzstatthalters kein Befehl (174), sondern eine die Entscheidung einer Frage enthaltende Meinung. Ein *iudex unus* war im zweiten Verfahrensabschnitt tätig, wenn der Kläger behauptete, der Beklagte habe wider Interdikt gehandelt. Und auch hier bildete unsere *interlocutio* keine Beendigung des Verfahrens durch den richterlichen Befehl, aber lediglich eine Feststellung, daß *vis* des Beklagten stattfand.

Der angeführte Zwischenbescheid, sei es des Provinzstatthalters oder des *iudex unus*, bewirkte im Interdiktenverfahren weder eine Strafe wegen der *vis* noch eine Infamie. Anders war es im Strafverfahren. Es gab hier ernste Unterschiede bezüglich der Wirksamkeit der *interlocutio* in Abhängigkeit von der Art des Verfahrens, in dem sie erlassen wurde.

Der nachfolgende Text kommt von Marcian, der den Papinian zitiert.

D. 48,16,1,5. *Marcianus libro singulari ad senatus consultum Turpillianum. Quaeri possit, si ita fuerit interlocutus: “Lucius Titius temere accusasse videtur”, an calumniatorem pronuntiasse videatur. Et Papinianus temeritatem facilitatis venian continere et inconsultum*

173) Th. MOMMSEN, o.c., S. 249 f.

174) Wie z.B. “*vim fieri veto*” oder “*veto*” allein; siehe A. BERGER, RE IX, s.v. *interdictum*, Sp. 1614, 1686.

*calorem calumniae vitio carere et ob id hunc nullam
poenam subire oportere.*

Es ist ein Fragment aus dem Kommentar Marcians *ad senatus consultum Turpillianum* im Zusammenhang mit der Behandlung der strafrechtlichen *calumnia* (175). Nach einer hypothetischen wörtlichen *interlocutio* schien es, daß Lucius Titius eine Strafklage leichtsinnig erhoben habe: *Lucius Titius temere accusasse videtur* (176). Daraus würde die Frage entstehen, wäre diese Aussage für eine jene Person für *calumniator* haltende *pronuntiatio* anzusehen. Nach dem angeführten Papinian (177) habe hier (nur) eine Feststellung der Leichtsinnigkeit (*temeritas*) (178) und keine vorsätzliche *calumnia* vorgelegen (179). Im Zusammenhang damit würde Lucius Titius keiner Strafe unterliegen (180).

175) Siehe O. LENEL, *Pal.*, Marcianus 287.

176) Vgl. die verkürzte Fassung in Bas. 60,1,10,5 (= SCHELTEMA, A VIII, S. 2738 f.).

177) Siehe O. LENEL, *Pal.*, Papinianus 729.

178) Der Ausdruck „*temeritas*“ wurde offenbar im Zusammenhang mit dem im Interlokut enthaltenen Wort „*temere*“ angewandt.

179) Diese papinianische Meinung wurde in Sch. 15 *ad* Bas. 60,1,10 (= SCHELTEMA, B VIII, S. 3056) treu überliefert.

180) Vgl. G. F. FALCHI, *Il diritto penale romano*, Bd. II, Padova 1932, S. 197.

Der Text ist als echt zu halten. Der Verdacht stützte sich auf sehr zweifelhafte formale Argumente (¹⁸¹). Insbesondere darf man die Aussage über fehlende Strafarbeit (d.h. in jener Zeit Infamie (¹⁸²)) nicht für einen späteren Zusatz halten. Es war nur eine aus der angeführten Meinung des Richters gezogene rechtliche Konsequenz.

Unmittelbar fehlt es an einer Erwähnung eines die angeführte *interlocutio* erlassenden Subjekts. Im vorgehenden § 4 gibt es doch eine Erwähnung der *iudices*. Es handelte sich hier um Richter im Kognitionsverfahren (¹⁸³).

Im Lichte der Aussage von Papinian, die dann von Marcius übernommen wurde, bedeutete der zitierte Zwischenbescheid keine Hinnahme von Lucius Titius für einen *calumniator*. Es ist anzunehmen, daß es sich hier um eine (hypothetische) in Anlehnung an die Ergebnisse des Beweisverfahrens erlassene *interlocutio* handelte.

Mit der *calumnia* hängt auch das Reskript Gordians in C. 2,11[12],17 zusammen.

Idem (imp. Gordianus) A. Magno. Verbum precibus insertum potius verecundiam onerare quam ullam

¹⁸¹) S. SOLAZZI, BIDR 37 (1929), S. 8 Anm. 2 verdächtigt das Wort „*facilitas*“; E. LEVY, ZSS 53 (1933), S. 162 Anm. 5 hält die Worte: *et ob id ... oportere*, für unschöne und überflüssige Glossem; vgl. J. G. CAMIÑAS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela 1984, S. 35.

¹⁸²) W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, Leipzig 1844, S. 815 f.; Th. MOMMSEN, *o.c.*, S. 494 f.; E. LEVY, *o.c.*, S. 158, 164; vgl. J. G. CAMIÑAS, *o.c.*, S. 112.

¹⁸³) E. LEVY, *o.c.*, S. 163; siehe auch S. 165 f.

existimationis maculam videtur adspergere. Etenim cum non causa cognita dictum est ‘συκοφαντεῖς’, sed ad postulatum patroni interlocutione iudicis responsum sit, nequaquam hoc infamiam inrogat (a. 242).

Zuerst hat der Kaiser allgemein festgestellt, die in der Bitschrift enthaltenen Worte schienen eher das Ehrgefühl zu verletzen als (bürgerliche) Ehre zu beflecken (184). Im weiteren Teil ist eine nähere Erklärung in Anknüpfung an die Feststellung des Richters angegeben, daß Kalumnia vorgelegen habe (συκοφαντεῖς). Der Kaiser hat eine Distinktion durchgeführt in Abhängigkeit davon, ob diese Aussage nach Untersuchung der Sache oder im Zwischenbescheid als die Beantwortung auf die Forderung des Rechtsanwalts getan wurde. Im letzteren Falle erfolgte keine Infamie (185). Es ist anzunehmen, daß es im ersten Fall anders war (186).

Der entsprechende Text von Basiliken ist breiter und im ersten Teil gibt er die konkrete Sachlage genauer an (187). Nämlich verlangte der Rechtsanwalt im *iudicium publicum* vom Provinzstatthalter Untersuchung der Sache. Dieser, davon berührt, sagte der Partei, sie habe *calumnia* begangen. Diese

184) Vgl. Sch. 1 *ad Bas.* 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321).

185) Siehe auch Sch. 1 und 2 *ad Bas.* 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321).

186) So ausdrücklich Sch. 2 *ad Bas.* 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321).

187) *Bas.* 21,3,16 (= SCHELTEMA, A III, S. 1041 f.).

Aussage erfolgte weder im Urteil⁽¹⁸⁸⁾ noch in einem abgesonderten Prozeß um *calumnia*. Weil die Verurteilung im *iudicium publicum* auf *calumnia* Infamie bewirkte, wandte sich der *dominus litis* aus Angst vor einer solchen Strafe⁽¹⁸⁹⁾ an den Kaiser mit der Bitte um eine Antwort, indem er dabei die Aussage des Provinzstatthalters wörtlich anführte.

Es ist anzunehmen, daß es sich um Kognitionsverfahren handelte. Die Verordnung ist ziemlich spät, denn sie stammt aus dem Jahre 242 nach Chr. Darin ist die Rede über *preces* und *iudex*. Im Lichte der Basiliken war der letztere der Provinzstatthalter.

Die angeführte Aussage des Richters enthielt die Feststellung der Kalumnienverübung allein, die aber keine rechtlichen Folgen, insbesondere Infamie, nach sich zog.

b. Der in Quellen am meisten auftretende Zwischenbescheid war Ladungsbefehl im nachklassischen Kognitionsverfahren, d.h. Denuntiations- und (am häufigsten) Libellprozeß⁽¹⁹⁰⁾. In der Regel wurde der Terminus „*sententia*“ gebraucht⁽¹⁹¹⁾, vielleicht deshalb, da hier eine summarische Prüfung erfolgte⁽¹⁹²⁾. Man benutzte auch andere Termini: *interlocutio*⁽¹⁹³⁾, *praeceptum*⁽¹⁹⁴⁾, *praeceptio*⁽¹⁹⁵⁾, *auctoritas*⁽¹⁹⁶⁾, διαλαλιά⁽¹⁹⁷⁾ und ἀπόφασις⁽¹⁹⁸⁾.

188) Siehe auch Bas. 21,3,16 (= SCHELTEMA, A III, S. 1041 f.).

189) Siehe Anm. 182.

190) A. FLINIAUX, *o.c.*, S. 206 ff., 214, 222; A. STEINWENTER, *Studien*, S. 130 f.; ZSS 54 (1934), S. 374; G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 11 f.; M. KASER, *o.c.*, S. 461.

191) Siehe Anm. 51.

192) Siehe P. COLLINET, *La procédure par libelle*, Paris 1932, S. 56 ff.

193) C. 1,3,32,2; siehe auch C. 12,35[36],18 pr.

194) C. 2,12[13],26; Edictum Theoderici 73.

Dann sind zu nennen: der Befehl des Erscheinens der Parteien in einem bestimmten Termin (199), Bestellung des delegierten Richters (200) und Ablehnung der Einreden. Das letztere ist allgemein (201), bezüglich der peremptorischen Einreden (202) und konkret im Hinblick auf die Unzuständigkeit des Gerichts (203) belegt.

195) C. 12,35[36],18 pr.; Edictum Theoderici 46; 145; Lex Romana Burgundionum 30,2 (vgl. auch 30,1).

196) Edictum Theoderici 73; 145.

197) C. 10,11,8,4 = Bas. 56,7,8,4 (= SCHELTEMA, A VII, S. 2565); Nov. 112, c. 2 pr.

198) P.Oxy. XVI, 1881, Z. 11 = FIRA III, S. 553; P.Berol.gr. 2475 = SB I 5357, Z. 11-13 (dazu A. FLINIAUX, *o.c.*, S. 287, insbesondere gegen P. COLLINET, *o.c.*, S. 403 f.).

199) D. 4,8,19,2 (näher davon S. 166 ff.).

200) P.Lips. I, 38 = FIRA III, S. 543 f. So richtig A. STEINWENTER, ZSS 50 (1930), S. 190 f.; 54 (1934), S. 380 f. (insbesondere gegen P. COLLINET, *o.c.*, S. 331 ff.); V. ARANGIO-RUIZ, FIRA III, S. 540; E. BALOGH, *Studi S. Riccobono*, Bd. II, Palermo 1936, S. 481 f.

201) C.Th. 11,36,18 pr.; dazu W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 256 und Anm. 89; siehe auch U. VINCENTI, *o.c.*, S. 66 Anm. 92. Zum Terminus "exceptio" in diesem Text siehe W. KOLITSCH, ZSS 76 (1959), S. 295 Anm. 144.

202) C.Th. 11,36,23; 24; C.Th. 11,30,37; vgl. auch C.Th. 11,36,25.

203) C.Th. 11,36,18 pr. Dazu M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. II, S. 326; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 259 f. und Anm. 95; vgl. U. VINCENTI, *o.c.*, S. 66.

c. Es sind bestimmte im Exekutionsverfahren erlassene Zwischenbescheide belegt. Einer von ihnen tritt in justinianischen Institutionen auf.

I. 4,6,6. *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse* (204).

Jemand hat das Eigentum (205) an seiner Sache zum Schaden der Gläubiger übertragen. Aufgrund der *sententia* des Provinzstatthalters haben gewisse Gläubiger den Besitz des Vermögens des Schuldners erlangt (206). Die benachteiligten Gläubiger durften nach der Aufhebung des Aktes der Eigentumsübergabe diese Sache verlangen. Zum Schluß befindet sich eine zusätzliche Erklärung: sie durften behaupten, die Sache sei nicht veräußert worden und deshalb sei sie im Vermögen des Schuldners geblieben.

Der Text ist echt, vielleicht mit der Ausnahme von „*tradiderit*“ anstelle von „*mancipaverit*“ (207) und stammte vielleicht von

204) Vgl. Theoph. *Gr.Par. ad h.l.*

205) Der Text spricht von „*tradiderit*“, vielleicht an Stelle des ursprünglichen Wortes „*mancipaverit*“. Statt aller siehe G. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova 1958, S. 14.

206) Siehe G. IMPALLOMENI, o.c., S. 50.

207) G. IMPALLOMENI, o.c., S. 14 ff. (siehe auch S. 29 - zu „*ipsis creditoribus*“); J. A. ANKUM, *De Geschiedenis der „actio Pauliana“*, Zwolle 1962, S. 391; *Synteleia V. Arangio-Ruiz*, Bd. II, Napoli 1964, S. 780 f.

Marcian (208). Das Verlangen der Sache nach der Aufhebung der Eigentumsübergabe war auf *in integrum restitutio* gestützt, die im Falle der durch den Vollstreckungsschuldner verübten *fraus creditorum* zustand (209). Es handelte sich hier um generelle Vermögensvollstreckung im Formularverfahren. In deren Rahmen erließ der Provinzstatthalter den Zwischenbescheid (*sententia*) (210) zur Einweisung der Gläubiger in den Besitz des Schuldnervermögens.

Ein anderer Vollstreckungsbescheid war der Pfändungsbefehl, von dem Ulpian in D. 42,1,15,2 spricht. Es handelte sich hier um eine singulare Vermögensvollstreckung im (klassischen) Kognitionsverfahren (211). Der Jurist gibt verschiedene Kategorien von der Pfändung und dem Verkauf unterliegenden Vermögensgegenständen im Rahmen des *pignus in causa iudicati captum* (212). Im Zusammenhang damit tritt ein uns interessierender Satz: *sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur*. Daraus ergibt sich, daß Vollstreckungsrichter (vor allem Provinzstatthalter) Zwischenbescheide über die Pfändung der Grundstücke erst in

208) C. FERRINI, *Opere*, Bd. II, Milano 1929, S. 405 f.; J. A. ANKUM, *De Geschiedenis*, S. 40.

209) So O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, S. 436 f.; zustimmend M. KASER, *o.c.*, S. 252 Anm. 66; G. IMPALLOMENI, *o.c.*, S. 15; J. A. ANKUM, *De Geschiedenis*, S. 391; *Synteleia V. Arangio-Ruiz*, Bd. II, S. 780 f.

210) "Apovfasi" in Theoph. *Gr.Par. ad I*, 4,6,6.

211) Siehe W. LITEWSKI, SDHI 40 (1974), S. 270 f.

212) Näher zu diesem Problem W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 246 ff.

Ermangelung der Mobilien zu erlassen pflegten. Der angeführte Satz, wie auch die damit verbundene folgende Aussage (*nam a pignoribus soli initium faciendum non est*) bringt hinsichtlich der Regelung der von ihm ein wenig früher dargestellten Kategorie nichts Neues ein. Weil er aber aus seinem Werk *De officio consulis* stammt, das einen gewissermaßen Instruktionscharakter auch für nichtjuristische Leser hatte (213), ist dieser Satz als echt anzusehen. Er führte überhaupt keine Inhaltsänderung ein. Dies betrifft auch den Terminus “*interloqui*”. Der Zwischenbescheid enthielt den Pfändungsbefehl; im Zusammenhang mit ihm war oben in demselben § 2 zweimal über *iubere* die Rede.

Über ein anderes Vollstreckungslokut informiert die justinianische Konstitution C. 7,62,10,2 (Jahr 532) (214). Es war die Entscheidung des Provinzstatthalters über die Übergabe des dem sich später anmeldenden Gläubiger gebührenden Betrags aus einem Teil des Schuldnervermögens, der nach der Vollstreckung zugunsten anderer Gläubiger übrigblieb (215).

d. Die nächste Kategorie bilden die Zwischenbescheide über das Ansuchen des oberen Gerichts. Eine dieser Fälle war *interlocutio* über das Auftreten mit *consultatio (iudicis)* (216),

213) F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 309 f.

214) Siehe auch Bas. 7,59,2 (= SCHELTEMA, A II, S. 508).

215) Siehe G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 15.

216) Zu diesem Rechtsinstitut z.B. W. LITEWSKI, ZSS 86 (1969), S. 227 ff.; M. KASER, *o.c.*, S. 501 f. (zur nachklassischen Zeit).

natürlich im Rahmen des Kognitionsverfahrens (217). Für das klassische Recht ist D. 49,1,1,2 anzuführen.

Ulpianus libro primo de appellationibus. Huic consequenter videtur rescriptum a consultatione iudicis non esse appellandum, si quis forte interlocutus fuit principem se consultaturum, cum possit post rescriptum provocare.

Der Text hängt mit dem Appellationsproblem im Kognitionsverfahren zusammen (218). Der Jurist knüpft an das von ihm selbst im § 1 zitierte Fragment des Rescripts von Antoninus Pius an, aus dem sich die Zulässigkeit der Appellation von dem nach kaiserlichem Reskript erlassenen Urteil ergab (219). Im § 2 zieht Ulpian daraus den Schluß, man habe von einer *consultatio iudicis* nicht appellieren dürfen, wenn die *interlocutio* über das Ansuchen des Kaisers mit dieser *consultatio* erlassen wurde (220). Hierin ist eine Unterscheidung des letzteren Aktes von der *interlocutio* zu sehen, die eine Entscheidung des Richters über das Ansuchen des Kaisers um die Klärung von rechtlichen

217) W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 230 f.

218) Näher davon W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 253 ff.; RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 232 ff.

219) Siehe R. ORESTANO, *o.c.*, S. 293 f.; W. LITEWSKI, ZSS 86 (1969), S. 255; RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 232.

220) W. LITEWSKI, ZSS 86 (1969), S. 255 Anm. 116. Anders Macer in D. 49,4,3; dazu R. ORESTANO, *o.c.*, S. 294 f.; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 256 f.; RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 233 ff.

Zweifeln enthielt (221). Der Erlaß dieses Zwischenbescheids hing ausschließlich vom Ermessen des Richters ab (222).

Dann ist die nachklassische Verordnung C.Th. 11,30,8 pr. (Konstantin d.Gr.) anzuführen, die den Satz enthält: ... *ex eo die quo fuerit quaestio terminata vel ex quo relationem iudex per sententiam promiserit...* Es tritt hier die Unterscheidung der *appellatio more consultationis* (auf die die Worte “*quaestio terminata*” hinweisen) und *consultatio iudicis* (sc. *ante sententiam*) auf (223). Bei der ersteren ergab sich die Pflicht zur Anfertigung eines Berichts durch den Richter aus der Appellation an den Kaiser allein und über “eine Zusage” gab es keine Rede (224). Im letzteren Fall hing das Ansuchen mit der *consultatio* vom freien Ermessen des Richters ab (225), und daher wurde in nachklassischen Quellen mehrmals über “Zusage” gehandelt (226). Dem angeführten Text zufolge erfolgte diese in der *sententia* des Richters, die hier also den Zwischenbescheid über Ersuchen des oberen Richters (nicht nur des Kaisers (227)) mit der *consultatio (ante sententiam)* bedeutete.

221) W. LITEWSKI, ZSS 86 (1969), S. 238.

222) W. LITEWSKI, o.c., S. 235, 238.

223) § 1 unterscheidet *appellatio* (sc. *more consultationis*) und *consultatio*.

224) W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 15 (1968), S. 254 ff.

225) Siehe Anm. 222.

226) W. LITEWSKI, ZSS 86 (1969), S. 238 Anm. 41.

227) W. LITEWSKI, ZSS 86 (1969), S. 247 f.

Die folgende Quelle, und zwar D. 28,3,6,7 stammt aus dem zehnten Buch des Kommentars Ulpianus *ad Sabinum* über Testamente, konkret über das Problem deren Nichtigkeit (228). Der genannte Text (229) betrifft *testamentum irritum* wegen der Deportation. Diese mußte im Strafprozeß verhängt werden, in dem eben die *interlocutio* des Provinzstatthalters (also im Kognitionsverfahren) erlassen wurde.

Idem (Ulpianus) libro decimo ad Sabinum. Eius qui deportatur non statin irritum fiet testamentum, sed cum princeps factum comprobaverit: tunc enim et capite minuitur. Sed et si de decurione puniendo vel filio nepoteve praeses scribendum principi interlocutus est, non puto statim servum poenae factum, licet in carcere soleant diligentioris custodiae causa recipi.

Zuerst findet man die Konstatierung, das Testament sei erst dann nichtig gewesen, wenn die Deportationsstrafe vom Kaiser bestätigt worden sei. Dann erst erfolgte die *capitis deminutio*. Auch wenn der Provinzstatthalter sich im Falle der Bestrafung des Dekurionen, dessen Sohnes oder Enkels an den Kaiser zu wenden entschloß, wurde — nach der Meinung Ulpianus — der Verurteilte nicht sofort *servus poenae*.

228) O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 2505-2509.

229) Siehe O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 2507.

Ulpian benutzte den Terminus *interloqui*. Im Inhalt dieses Zwischenbescheids war über das Ersuchen des Kaisers um die Bestätigung des Urteils die Rede (230).

e. Bestimmte Zwischenbescheide ordneten einer Partei Erfüllung konkreter Prozeßhandlungen an. Über einen solchen Fall informiert Modestinus in D. 48,2,18.

Idem (Modestinus) libro septimo decimo responsorum. Cum Titia testamentum Gaii fratri sui falsum arguere minaretur et sollemnia accusationis non implevit intra tempus a praeside praefinitum, praeses provinciae iterum pronuntiavit non posse illam amplius de falso testamento dicere: adversus quas sententias Titia non provocavit, sed dixit se post finitum tempus de irrito testamento dicere. Quaero, an Titia, quae non appellavit adversus sententiam praesidis, possit ad falsi accusationem postea reverti. Respondit nihil aperte proponi, propter quod adversus sententiae auctoritatem de falso agens audienda sit.

Der aus den *responsa* Modestins stammende Text (231) ist musterhaft aufgebaut: Tatbestand — gestellte Frage — Antwort (232). Titia drohte, sie werde die Fälschung des Testaments ihres

230) Zur Kompetenz des Kaisers in dieser Materie siehe schon F. VON HOLTZENDORFF, *Die Deportationsstrafe im römischen Altertum*, Leipzig 1859, S. 99 ff.

231) Für die Echtheit richtig U. VINCENTI, *o.c.*, S. 28.

232) Siehe F. SCHULZ, *Geschichte*, S. 308.

Bruders gerichtlich beweisen. Der Provinzstatthalter hat ihr die Frist zur Durchführung der *sollemnia accusationis* festgesetzt (233), sie hat es nicht getan. Dann entschied er erneut, sie dürfe auf der Fälschung des Testaments nicht mehr beharren. Titia hat gegen beide *sententiae* nicht appelliert, sondern gesagt, nach dem Ablauf der Frist werde sie die Behauptung über die Nichtigkeit des Testaments aufstellen.

Die gestellte Frage lautet, ob Titia, die gegen die *sententia* des Provinzstatthalters nicht appelliert hatte, zur Anklage wegen der Fälschung später zurückkommen dürfe. Die Antwort des Juristen war negativ, und dies aus dem Grunde der *sententiae auctoritas*.

Der Text stammt von einem sehr späten Klassiker und erwähnt den Provinzstatthalter. Er handelte also über das Kognitionsverfahren (234).

Der Jurist spricht über „*pronuntiare*“ und über „*sententia*“. Diese beiden Termini an sich konnten sich auf Urteile (meist) oder auf Zwischenbescheide beziehen (235). Die Festsetzung der Frist zur Durchführung der *sollemnia accusationis* durch eine Partei ist natürlich als Zwischenbescheid aufzufassen, welcher eine der im Tatbestand genannten *sententiae* bildete. Nicht klar ist die Bedeutung der zweiten *sententia*, und zwar ob die Ablehnung

233) Zur Bedeutung dieses Terminus M. G. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano 1964, S. 117 ff. (*inscriptio* und *subscriptio*).

234) M. MARRONE, *Annali Palermo* 24 (1955), S. 406 f.; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 28.

235) Siehe oben S. 163 ff., 176 f.

der Aktivlegitimation zur Erhebung der Strafklage wegen der Fälschung im Urteil oder im Zwischenbescheid erfolgte. Meines Erachtens ist die erstere Möglichkeit wahrscheinlich (236). Obwohl in der Darstellung des Tatbestands über die fehlende Appellation von der *sententiae* im Plural gehandelt wird, erwähnen sowohl die Frage wie auch die Antwort des Juristen die Nichterhebung dieses Anfechtungsmittels nur von der *sententia* im Singular (237). Es ist anzunehmen, daß wahrscheinlich nur die Appellation von einer dieser *sententiae* rechtlich relevant war (238). Bestimmt war die Ablehnung der Aktivlegitimation wesentlicher. Wenn wir diese Aussage für eine im Urteil enthaltene Entscheidung annehmen, so wird klar, warum nur die Einlegung der Appellation hier rechtliche Bedeutung besaß. Die Appellationen von Urteilen waren nämlich in jener Zeit die Regel und nur ausnahmsweise wurden sie gegen Zwischenbescheide zugelassen (239).

Aus der nachklassischen Zeit ist ein konkreter Zwischenbescheid bezüglich des Kurators einer Partei erhalten. Der *iuridicus Alexandriae* ordnete nämlich an, bis zu vierzig Tagen solle der Kurator von Dionysios von eingeklagter Schwester des

236) U. VINCENTI, *o.c.*, S. 28. Ähnlich schon Bas. 60,34,18 (= SCHELTEMA, A VIII, S. 2951).

237) Sch. 2 *ad* Bas. 60,34,18 (= SCHELTEMA, B IX, S. 3649) erwähnt auch bei der Darstellung des Tatbestands nur die Appellation gegen die Weigerung der Aktivlegitimation von Titia.

238) Anders U. VINCENTI, *o.c.*, S. 28.

239) W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 244 f.; *Iura* 37 (1986, veröff. 1989), S. 127 f., 129 (gegen U. VINCENTI, *o.c.*, S. 8 ff.).

letzteren dem Gericht zugeführt werden, oder Dionysios selbst solle beweisen, daß er einen bestellten Kurator gehabt habe. Erst nach dem Erscheinen des Dionysios sollte das Gericht über die Sache entscheiden (240).

Belegt sind auch aus der Zeit des Dominats *interlocutiones*, die die Parteien zum Erscheinen bei der Verkündung des Urteils (241), zur Fortsetzung der Prozeßtätigkeit (242) und zur Erteilung der Antwort (243) auffordern.

Einen besonderen Fall betrifft das *responsum* von Modestin, überliefert in D. 44,1,11.

Idem (Modestinus) libro tertio decimo responsorum. Qui adgnitis instrumentis, quasi vera essent, solvit post sententiam iudicis, quaero, si postea cognita rei veritate et repertis falsis instrumentis accusare velit et probare falsa esse instrumenta, ex quibus conveniebatur, cum instrumentis subscripterat ex pracepto sive interlocutione iudicis, an praescriptio ei opponi possit? Cum et principalibus constitutionibus manifeste cavetur, etsi res iudicata esset ex falsis instrumentis, si postea falsa

240) P.Bouriant 20 = FIRA III, S. 535 f. Siehe P. COLLINET, *o.c.*, S. 331.

241) ...*interlocutio convocans partes ut sententia recitetur* (*Coll. Carth.* 52a). Siehe D. SIMON, *o.c.*, S. 26.

242) ...*interlocutus est cognitor, ut hoc quod coeptum fuerat ageretur...* (Augustinus, *Breviculus collationum contra Donatistas* 1,12).

243) ...*interlocutus est cognitor, ad illud quod de loco petitoris Donatistae quaequierunt, Catholici responderent...* (Augustinus, *Breviculus collationum contra Donatistas* 3,3).

inveniantur, nec rei iudicatae praescriptionem opponi. Modestinus respondit ob hoc, quod per errorem solutio facta est vel cautio de solvendo interposita proponitur ex his instrumentis, quae nunc falsa dicuntur, praescriptioni locum non esse.

Der Beklagte hat die Urkunden als echt anerkannt, auf die sich die Forderung des Klägers stützte. Es wurde das Urteil erlassen und der Beklagte leistete. Diese Urkunden mußten vom Beklagten aufgrund des Zwischenbescheids des Richters unterschrieben worden (*ex pracepto sive interlocutione iudicis*). Dann hat sich aber erwiesen, daß sie falsch waren. Der Beklagte wollte die entsprechende Anklage erheben und die Fälschung beweisen. Die dem Juristen gestellte Frage betraf die Möglichkeit der Einrede (*praescriptio*). Der Text enthält dann die Information, daß nach kaiserlichen Verordnungen der Partei keine *rei iudicatae praescriptio* zustand, wenn das Urteil auf falsche Urkunden gestützt war, und diese Fälschung später entdeckt wurde. Im Zusammenhang damit hat der Jurist geantwortet, im Falle der Erfüllung einer Verpflichtung infolge eines Irrtums oder der Anführung der Leistung der *cautio de solvendo* aufgrund dieser Urkunden habe die Einrede der Partei nicht zugestanden.

Für unser Problem ist der Charakter dieser *praescriptio* (244) wie auch das Nebenproblem, ob die Nichtigkeit des Urteils oder

244) Bas. 51,1,11 (= SCHELEMA, A VI, S. 2393) spricht auch von der Unzulässigkeit der *actio rei iudicatae*.

in integrum restitutio in Frage kam (245), nicht wichtig. Jedenfalls handelte es sich um den Kognitionsprozeß, worauf der Terminus “*rei iudicatae p r a e s c r i p t i o*” (246) und eine späte Herkunft des Textes hinweisen. Der konkrete Zwischenbescheid enthielt den richterlichen Befehl zum Unterschreiben der Urkunden durch den Beklagten, die dieser früher als echt anerkannt hatte. Für die von Modestin entschiedenen Fragen schien das nicht relevant zu sein, da er nur die Fälschung der Urkunden betonte. Man kann aber Bedenken bezüglich der Richtigkeit der angeführten *interlocutio* des Richters selbst dann haben, wenn es auf echte *instrumenta* ankommen würde.

Jedenfalls informiert Justinian über die Praxis bestimmter unrichtiger Zwischenbescheide in C. 7,45,16 (Jahr 530):

Idem (imp. Iustinianus) A. Iuliano pp. Cum solitum est in sententiis iudicum sic interlocutionem proferri, ut non liceat partibus ante definitivam sententiam ad appellationis vel recusationis venire auxilium, quidam putabant non licere ante litem contestatam nec iudicem recusare, quemadmodum nec ab eo appellare. Cum enim simul utrumque vocabulum ponitur tam appellationis quam recusationis, provocatio autem ante litem contestatam non potest porrigi, putabant, quod nec recusare quidem iudicem cuidam conceditur ante litem contestatam. Quod

245) Siehe auch W. LITEWSKI, *Index 3* (1972), S. 507 ff. und die dort zitierte Literatur.

246) W. KOLITSCH, ZSS 76 (1959), S. 271 Anm. 31; M. KASER, *o.c.*, S. 385 Anm. 19, S. 396 Anm. 46.

minime vetitum est. Caveant itaque iudices huiusmodi sermonem simul et sine certa distinctione proferre.

Zuerst spricht der Kaiser von der ordentlichen Gerichtspraxis der *interlocutio*, daß die Parteien vor dem Urteil nicht hätten appellieren und den Richter ablehnen dürfen. Im Zusammenhang damit glaubten uns näher nicht bekannte *quidam* unter Berufung auf das gemeinsame Erscheinen dieser beiden Termini (d.h. *appellatio* und *recusatio*), die *recusatio* nicht zuzulassen, weil die Appellation vor einer *litis contestatio* verboten wurde. Justinian trat gegen diese Ansicht auf und empfahl den Richtern, sie sollten die oben erwähnten gemeinsamen Aussagen (d.h. ohne Unterscheidung der Appellation und Ablehnung des Richters) vermeiden (247).

Der angeführte Text handelt also über die Zwischenbescheide, die das Verbot der Appellation und die Ablehnung des Richters vor dem Urteil enthalten. Justinian erachtete solche *interlocutiones* als unrichtig. Das erste Verbot war an sich gesetzmäßig, da die Appellation in der justinianischen Zeit *ante sententiam* unzulässig war (248). Damit betraf dies auch das Verfahren vor der *litis contestatio*. Dagegen war die *recusatio* vor diesem letzten Akt zulässig (249). Die oben erwähnte Praxis führte zur Verletzung der Anwendung dieser Vorschrift, und daher hatte

247) Siehe U. ZILLETTI, *Studi*, S. 250 f. Anm. 46.

248) U. VINCENTI, *o.c.*, S. 106 ff.; dazu W. LITEWSKI, *Iura* 37 (1986, veröff. 1989), S. 129; siehe auch RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 244.

249) M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. III, S. 264; M. KASER, *o.c.*, S. 424, 484 Anm. 87.

sie der Kaiser verboten. Nichts stand aber im Wege des Erlasses von Zwischenbescheiden, die die Appellation allein vor dem Urteil verboten.

f. Die Zwischenbescheide des Kaisers konnten Entscheidungen mit einem normativen Charakter enthalten, indem sie eine Rechtsquelle bildeten (250). Über einen solchen konkreten Fall spricht Paulus in seinem Werk über kaiserliche Urteile, und konkret in D. 40,5,38.

Idem (Paulus) libro tertio decretorum. In testamento, quod perfectum non erat, alumnae suaे libertatem et fideicomissa dedit. Cum omnia ut ab intestato egissent, quaesiit imperator, an ut ex causa fideicommissi manumissa fuisset: et interlocutus est, etiamsi nihil ab intestato pater petisset, pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset. Pronuntiavit igitur recte eam manumissam et ideo fideicomissa etiam ei praestanda.

Im *testamentum non perfectum* hat der Testator seiner Pflegetochter Freiheit (251) und Fideikommiß (252) gegeben. Der Prozeß wurde um die Erbschaft *ab intestato* verhandelt. Der

250) Näher davon S. 256 ff.

251) Zu *alumni*-Sklaven in Dalmatien siehe A. SMODLAKA KOTUR, RIDA 3^e série, 41 (1994), S. 397.

252) Zur Berücksichtigung der *alumni* in Testamenten siehe A. SMODLAKA KOTUR, *o.c.*, S. 407 f.

Kaiser erwog das Problem, ob diese Frau aufgrund des Fideikommisses für freigelassen angesehen werden darf. Im Zusammenhang damit hat er den Zwischenbescheid erlassen (253), daß obwohl der Vater (*testator*) im Rahmen der Erbschaft *ab intestato* nichts verlangte, doch seine liebevollen Söhne (d.h. seine gesetzlichen Erben) diejenige, die von ihrem Vater geliebt wurde, freilassen sollen (254). Dann äußerte der Kaiser, daß sie gesetzmäßig freigelassen worden sei und deshalb stünden ihr auch Fideikommissen zu. Die Sache wurde natürlich im Kognitionsverfahren verhandelt, worauf die Teilnahme des Kaisers hinweist.

Der Text ist als echt anzusehen. Dies betrifft auch den letzten Satz (*Pronuntiavit igitur... ei praestanda*) (255). Und dazu Gegenargumente. Absurd seien die Worte “*recte eam manumissam*”. Die Erben hätten nämlich die Pflegetochter des Testators nicht freigelassen, weil der Kaiser sie zur Erfüllung dessen verurteilt habe. Der *heres* selbst habe es nicht getan, weil das Testament richtig war. Darüber hinaus habe der Kaiser freizulassen befohlen, also *manumissio* habe nicht stattgefunden. Das “*igitur*” weise auf die Folgen hin, aber in Wirklichkeit sei es um die Wiederholung (d.h. “*pronuntiavit*” nach “*interlocutus*

253) Sch. 1 *ad Bas.* 48,4,38 (= SCHELTEMA, B VII, S. 2876) benutzt den Terminus dialalevw.

254) Zu Gefühlen der Pflegeeltern siehe A. SMODLAKA KOTUR, *o.c.*, S. 402 f.; siehe auch L. DESANTI, *De confirmando tuteure vel curatore*, Milano 1995, S. 42 f.

255) Anders C. SANFILIPPO, *Pauli decretorum libri tres*, Milano 1938, S. 103 ff.

est’) gegangen (256). Außerdem sei die Pflicht zur Leistung des Fideikommissem nicht die notwendige Folge der Freilassungsgültigkeit gewesen (257).

Diese Argumente überzeugen nicht. Vor allem bedeuten “*interloqui*” und “*pronuntiare*” hier zwei abgesonderte kaiserliche Entscheidungen, d.h. Zwischenbescheid und Urteil (258). Der erstere ordnete den Söhnen *manumissio* an, wodurch die bezweckte aber nicht durchgeführte unmittelbare Freilassung (*manumissio testamento directa*) zu einer mittelbaren wechselte (259). Die *interlocutio* drückte die rechtliche Meinung des Kaisers aus, die hier einen normativen Inhalt hatte. Demzufolge haben die Söhne Freilassung vorgenommen. Dann erfolgte im Urteil die Verurteilung auf Fideikommiss. Diese hatte eine richtige *manumissio* als (übrigens nicht einzige) Voraussetzung.

g. Über *interlocutio* bezüglich der Gerichtsgebühren handelt C. 12,29[30],3,6.

256) So C. SANFILIPPO, *o.c.*, S. 105.

257) So G. BESELER, ZSS 45 (1924), S. 478; C. SANFILIPPO, *o.c.*, S. 106.

258) So richtig G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 14; D. NÖRR, *o.c.*, S. 532 f.

259) G. IMPALLOMENI, *La manumissio mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova 1963, S. 182.

260) Der Text spricht nicht daß die rechtmäßige Freilassung die einzige Voraussetzung der Kondemnation der Fideikomisse war. Dies zu G. BESELER, *o.c.*, S. 478; C. SANFILIPPO, *o.c.*, S. 106.

Imp. Zeno A. Longino magistro officiorum. Sin vero causae qualitas in scriptis habendam cognitionem flagitaverit, in hoc necesse est casu interlocutione in scriptis proferenda ea, quae superius de quantitate sportularum decidendarumque cognitionum disposita sunt, observari.

In früheren §§ 4 und 5 war über das Verfahren *sine scriptis* die Rede. § 6 handelt dagegen über den Prozeß *in scriptis*. Darin war die schriftliche *interlocutio* bezüglich der Gerichtsgebühren erforderlich (261). Dies hing mit den Ermäßigungen für die dem Beamtenkorpus angehörenden Personen zusammen.

h. Generell sollte die materiellrechtliche Sachlage im Prozeßablauf keiner Änderung unterliegen. Über einen konkreten eben das bestätigenden Zwischenbescheid, der im Streit zwischen Katholiken und Donatisten erlassen wurde, informiert der hl. Augustinus: ... *cum cognitor interlocutus esset, nihil de causa esse mutilatum...* (262). Derselbe Autor gibt den Inhalt einer anderen *interlocutio* in jenem Prozeß an:

... *interlocutus est cognitor, se interim sine cuiusquam praeiudicio non posse aliter appellare catholicos, quam eos appellavit imperator, a quo cognitor datus esset ...* (263).

261) Siehe A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche*, Bd. I, S. 48 f. Anm. 22.

262) Augustinus, *Breviculus collationum contra Donatistas* 1,8.

263) Augustinus, *Breviculus collationum contra Donatistas* 3,3.

Der vom Kaiser delegierte Richter (*tribunus et notarius Marcellinus*) beschloß, daß er inzwischen (d.h. bis zur Streitentscheidung) ohne jemandes Schaden Katholiken nicht anders nennen darf, als es der Kaiser selbst tut. Wahrscheinlich befürchtete der *cognitor* die Grenzen der kaiserlichen *delegatio* zu überschreiten. Folglich wollte er keine Änderung in die materiellrechtliche (vielleicht auch prozessuale) Rechtsstellung der Parteien einführen.

Manche Zwischenbescheide bewirkten aber eine vorläufige Regelung zugunsten einer der Parteien. Dies bedeutete aber keinesfalls eine inhaltliche Entscheidung der Sache, die erst im Urteil erfolgte.

Aufgrund eines solchen Zwischenbescheids sollte die Beklagte ihren Bruder (weiterhin) alimentieren und den Mietzins für ihn zahlen (264). Über einen anderen Fall informiert der Stadtpräfekt Symmachus (265). Die testamentarischen Erben erlangten *bonorum possessio secundum tabulas*. Die gesetzlichen Erben erhoben die Klage auf die Nichtigkeit des Testaments und verlangten für die Zeit des Prozesses ein *interdictum quorum bonorum*. Symmachus lehnte ihren Antrag ab (gegen den sie übrigens appellierten) (266).

264) P.Bouriant 20 = FIRA III, S. 534 f. Dazu P. COLLINET, *o.c.*, S. 331.

265) Symmachus, *Rel.* 16.

266) Siehe L. RAGGI, *Studi*, Bd. I, S. 158; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 79. Dagegen geht es in den die possessorischen Sachen betreffenden Texten C.Th. 11,37,1 und Symmachus, *Rel.* 28 nicht um *interlocutiones* sondern um Urteile. Siehe W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 260 Anm. 102; *Labeo* 11 (1965), S. 232; 19 (1973), S. 223 f. (zustimmend U. VINCENTI, *o.c.*, S. 82 Anm. 142, S. 85 Anm. 149), insbesondere gegen L. RAGGI, *o.c.*, Bd. I, S. 160 ff. und A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 55 mit Anm. 41.

Aufgrund der richterlichen *pronuntiatio* war der Beklagte bei arbiträren Klagen zur *restitutio* oder *exhibitio* berechtigt (267).

i. Gelegentlich sprach sich der Richter über Rechtsmittel aus, die eine Partei in Anspruch nehmen konnte. Ein Beispiel liefert der Text von Ulpian D. 4,2,9,3.

Ulpianus libro undecimo ad edictum. Sed quod praetor ait ratum se non habiturum, quatenus accipiendum est videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est aut per metum accepto debitor liberatus est vel quid simile contigerit quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. Sed ex facto scio, cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro posse eum a praetore in integrum restitutionem postulare, et praetorem me adsidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive

267) Siehe S. 176 f.

exceptione, adversus petentes non deesse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur, ut, sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur.

Der Text ist lang, aber für unser Problem ist der Teil von “*Sed ex facto scio*” bis zum Ende wichtig. Es entstammt dem elften Buch des Kommentars von Ulpian *ad edictum*, und konkret dem Teil über *metus* (268) und enthält die Erklärung zu den Worten des Edikts “*ratum non habebo*” (269). Damit handelte es sich hier um *in integrum restitutio* als ein sich aus jener prätorischen Zusage ergebendes Rechtsmittel (270). Es wurde im Rahmen des Formularprozesses erteilt, worauf der Anteil des Prätors und die Herkunft des Textes aus dem Kommentar *ad edictum* hinweisen.

In dem uns hier interessierenden Teil kam es im Zusammenhang mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand darauf an, welches Rechtsmittel, *actio* oder *exceptio*, die Partei nutzen konnte, um *restitutio* durchzuführen. Am Anfang des § 3 führte Ulpian die Ansicht von Pomponius mit den für den letzteren Juristen üblichen Distinktionen an. Dann legt er seinen abweichenden (*sed !*) Standpunkt vor. Den Ausgangspunkt bildete hier ein konkreter Fall, in dem die Bewohner von Kampanien *cautiopollicitationis* von jemand erzwungen hatten. Karakalla hat in seinem Reskript erklärt, diese Person habe vom

268) O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 369.

269) O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, S. 110.

270) M. KASER, ZSS 94 (1977), S. 111 f.; siehe auch A. S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971, S. 282 f.

Prätor *in integrum restitutio* verlangen können. Der letztere, dessen Assessor Ulpian selbst war, erließ *interlocutio*, daß die Partei *actio* oder *exceptio* zur Wahl hatte. Aus der Verordnung Karakallas ergab sich, daß diese beiden Mittel sowohl bei *res perfecta* als auch *res imperfecta* erteilt wurden, d.h. sowohl im Falle der Erfüllung wie auch der Nichterfüllung der sich aus dem erzwungenen Akt (d.h. hier *cautio pollicitationis*) ergebenden Pflicht.

Der Text ist als echt anzusehen (271). Demzufolge bildete den Erzwingungsgegenstand *cautio pollicitationis*, unter der eine Urkunde mit der Zusage einer uns näher nicht bekannten Leistung zu verstehen ist (272). Wir wissen nicht bestimmt, ob *pollicitatio* hier eine *stipulatio* (273), oder eine technische Zusage einer Werkleistung zugunsten der Gemeinde durch deren Bürger

271) Siehe vor allem die gelungene Verteidigung der Echtheit bei B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragung im klassischen römischen Recht*, Berlin - New York 1974, S. 132 ff. (zustimmend M. KASER, o.c., S. 212 Anm. 36), insbesondere gegen A. S. HARTKAMP, o.c., S. 279 ff. und J. M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford 1966, S. 14 ff.; auch gegen U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel "Quod metus causa gestum erit"*, Greifswald 1932, S. 223 ff. Zu Einwänden von S. SOLAZZI, BIDR 24 (1911), S. 133 Anm. 1; E. CARRELLI, SDHI 3 (1937), S. 31 ff. und U. VON LÜBTOW, o.c., S. 226 siehe unten S. 219ff.. Für die Echtheit auch G. H. MAIER, *Prätörische Bereicherungsklagen*, Berlin - Leipzig 1932, S. 113, insbesondere gegen U. VON LÜBTOW, o.c., S. 223 f. Nicht ganz sicher E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Bd. II, 1, Berlin 1922, S. 170 Anm. 1.

272) So richtig H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *cautio* 2a.

273) So B. KUPISCH, o.c., S. 131.

bedeutete (274). Für die letztere Hypothese kann die Tatsache sprechen, daß den Zwang die Bewohner von Kampanien und keine bestimmte natürliche Person verübt hatten (275).

Wir wissen es nicht sicher, ob die von Pomponius allgemein formulierte Ansicht nur *in integrum restitutio* betraf (276). Jedenfalls hielt Ulpian grundsätzlich an der letzteren, und in dem uns besonders interessierenden Teil: *Sed exfacto scio ... fin.*, fest (277). Aus dem Text ergibt sich, daß die Verpflichtung aus der erzwungenen *cautio* nicht erfüllt wurde (278). Trotzdem wurde dem Benachteiligten sowohl die *actio* als auch die *exceptio* zuerkannt. Die Möglichkeit zur Anwendung der Einrede erweckt keinen Zweifel, weil noch nicht geleistet wurde. Die Campani durften die Klage erheben. Das Bedenken betrifft die Anwendung der *actio* durch den Aussteller der *cautio*. Es scheint mir nicht, daß es sich hier um *actio quod metus causa* handelte (279). Dagegen spricht ein strenges Festhalten an *in integrum restitutio* durch Ulpian. Es war zu erwarten, daß er diese Klage ausdrücklich nennen würde. Wahrscheinlicher scheint mir die fiktive *actio ad personam*. Ihr Ziel konnte die Schuldbefreiung

274) So S. SOLAZZI, *o.c.*, S. 133 Anm. 1; U. VON LÜBTOW, *o.c.*, S. 225; A. S. HARTKAMP, *o.c.*, S. 159; vgl. S. 283 Anm. 25.

275) A. S. HARTKAMP, *o.c.*, S. 283 Anm. 25.

276) So U. VON LÜBTOW, *o.c.*, S. 223 ff.

277) Siehe Anm. 270. Anders U. VON LÜBTOW, *o.c.*, S. 223 ff.; J. M. KELLY, *o.c.*, S. 19 f.; B. KUPISCH, *o.c.*, S. 131 f., 245 Anm. 22 (alle für *actio quod metus causa*).

278) Siehe E. CARRELLI, *o.c.*, S. 32.

279) So aber die in Anm. 277 genannten Romanisten.

(wie nach § 4 des zitierten Fragments⁽²⁸⁰⁾) oder Rückerstattung der Urkunde sein. Die Anwendung dieser Klagen wäre verschieden, je nach dem Sinn der *cautio pollicitationis*. Wenn diese eine Stipulationsurkunde bedeutet hätte, dann wäre — in Ermangelung der mündlichen Stipulation — keine gültige Verpflichtung entstanden und die Schuldbefreiung hätte keine Anwendung gehabt. In Frage käme nur eine fiktive der *condictio* um die Rückerstattung des Dokumentes ähnliche Klage⁽²⁸¹⁾. Wenn es sich um eine technische *pollicitatio* als eine unformale Zusage einer Werkleistung zugunsten der Gemeinde durch deren Bürger handeln würde, dann wäre eine entsprechende *cautio* gültig und würde eine im Kognitionsverfahren geschützte Verpflichtung entstehen⁽²⁸²⁾. Man dürfte sowohl die Schuldbefreiung wie auch die Rückerstattung der Urkunde verlangen⁽²⁸³⁾. In diesem Tatbestand gibt es keinen Grund dazu, das Kommentar von Ulpian zur *in integrum restitutio* auf die *actio quod metus causa* zu beziehen und die Zweckmäßigkeit sowohl der *actio* wie auch der *exceptio* in Frage zu stellen⁽²⁸⁴⁾.

280) So M. KASER, *o.c.*, S. 112 f.; in diesem Sinne auch A. S. HARTKAMP, *o.c.*, S. 134 Anm. 36.

281) Zur Nützlichkeit der *condictio scripturae*, G. G. ARCHI, *Studi sulla "stipulatio"*. I. La "querella non numeratae pecuniae", Milano 1938, S. 44 ff., 76; siehe auch H. KRELLER, *Studi S. Riccobono*, Bd. II, Palermo 1936, S. 300 f.

282) Statt aller M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II. Aufl., Bd. I, München 1971, S. 604.

283) Für die zweite Lösung Bas. 10,2,9,3 (= SCHELTEMA, A II, S. 531).

284) Dies zu S. SOLAZZI, E. CARRELLI und U. VON LÜBTOW — Anm. 271.

Die *interlocutio* des Prätors bestimmte mithin, welche Rechtsmittel die Partei in Anspruch nehmen konnte. Es ist zugleich der Ausdruck von dessen Hilfe für die Parteien (285).

j. Über einen konkreten Zwischenbescheid im inzidentalen Verfahren informiert D. 49,2,2:

Paulus libro singulari de appellationibus. Quae situm est, in arbitros, qui ad fideiussores probandos dantur, an appellare liceat: quamvis hoc casu et sine appellatione quidam putent ab eo, qui eum dedit, sententiam eius corrigi posse.

Der Text entstammt dem Werk von Paulus *De appellationibus*. Außer dem wahrscheinlichen Ersatz von “*sponsores*” durch “*fideiussores*” ist er als echt anzusehen (286). Darin wurde ein strittiges Problem aufgestellt, ob es zulässig war, von den zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Prozeßbürgen bestellten *arbitri* zu appellieren (287). Es fehlt im Text eine unmittelbar erteilte Antwort, aber aus dem Satz “*quamvis ... fin.*” ergibt sich, daß sie nach der Ansicht von Paulus bejahend war (288). *Quidam* glaubten, auch ohne Appellation wäre die *sententia* vom

285) L. WENGER, *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz 1901, S. 162; M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, S. 176 Anm. 45.

286) U. VINCENTI, *o.c.*, S. 22.

287) Das Singular in Bas. 9,1,29 (= SCHELTEMA, A II, S. 443).

288) Die eventuelle Auslassung der unmittelbaren Antwort genügt nicht – entgegen E. PERROT, *L'appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum*, Paris 1907, S. 91 – zur Anfechtung dieses Satzes.

delegierter Richter zu korrigieren. Diese Ansicht ist als Argument gegen die Zulässigkeit der Appellation (Argument mit „*quamvis*“) in diesem Falle angeführt worden. Offensichtlich sprach nach Paulus eine eventuelle (mit *quidam* übereinstimmende) Möglichkeit der Änderung der *sententia* durch den Delegierenden gegen die Zulässigkeit der Appellation (289). Daraus ergibt sich, daß beide Reaktionen gegen mangelhafte Zwischenbescheide sich einander ausschlossen (290). Paulus war für die Appellation und gegen die Änderung (291). Dies verletzte aber die allgemeine Zulässigkeit des Widerrufs von Zwischenbescheiden nicht. Das Verbot betraf nur einen speziellen Fall, in dem die Appellation ausnahmsweise zulässig war. Der strittige Charakter des Zwischenbescheids im angeführten Text ergab sich aus einem atypischen Charakter des Interlokuts, der nicht von dessen Autor sondern vom delegierenden Richter aufzuheben war.

Die in der Quelle auftretende „*sententia*“ legt die Zahlungsfähigkeit der Prozeßbürgen fest. Diese enthielt die inhaltliche Entscheidung des Streites nicht (292), also sie war kein Urteil. Auf das Gleiche weist schon der Streit selbst über die Zulässigkeit der Appellation hin, der nur in bezug auf Interlokute möglich war. Darüber hinaus könnten *quidam* eine Änderung des

289) W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 12 (1965), S. 426.

290) Anders in Bas. 9,1,29 (= SCHELTEMA, A II, S. 443), wo die Erwähnung der *quidam* fehlt.

291) W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 254.

292) W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 12 (1965), S. 425 mit Anm. 198 und die dort zitierte Literatur.

Urteils ohne Appellation nicht zulassen. Der Zwischenbescheid ist im Kognitionsverfahren erlassen (293), worauf *arbitri* als delegierte Richter hinweisen.

Der Text sprach über die Möglichkeit — nach *quidam* — der Änderung der *sententia* durch den delegierenden Richter. Es fehlt an einer Erwähnung, daß es auf Antrag erfolgte. Widrigenfalls wäre die Appellation unnötig gewesen und es wäre nicht zum Streit über deren Zulässigkeit gekommen. Zwar ist in dem von Paulus stammenden D. 2,8,10 in einem gleichen Fall die Rede über eine *querella* an den Richter, der anders urteilen könnte, aber hierin ist, wie in C. 7,43,3 und D. 4,4,17, eine Appellation zu sehen (294).

Über ein die Zahlungsfähigkeit des Prozeßbürgen festlegenden *arbitrium* und über die Möglichkeit der dagegen erhobenen Appellation sprach auch Gaius in D. 2,8,9 (295). Und auch hier handelte es sich um Kognitionsverfahren (296), worauf delegierte *arbitri* und die Möglichkeit der Appellation im Zusammenhang mit ihrer Entscheidung hinweisen. Es wäre im Formularverfahren in Gaius' Zeiten kaum wahrscheinlich.

293) Unsicher nach U. VINCENTI, *o.c.*, S. 23.

294) W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 14 (1967), S. 366 Anm. 239; zustimmend U. VINCENTI, *o.c.*, S. 23 Anm. 23. Anders L. RAGGI, *Studi*, Bd. I, S. 74 Anm. 74; doch erwähnt D. 49,2,2 nur die Appellation und keine *querella*.

295) Der Text ist echt; so zu Recht U. VINCENTI, *o.c.*, S. 9.

296) Unsicher nach U. VINCENTI, *o.c.*, S. 9.

k. Obwohl Zwischenbescheide in der Regel das Verfahren nicht beendeten, so gab es doch Ausnahmen. Dazu gehörte vor allem *denegatio actionis* (297). Davon ist u.a. in der der *Lis fullonum* gewidmeten Inschrift die Rede, wo uns konkrete *interlocutiones* überliefert sind (298). Deren eine trug den Beweischarakter (299). Außerdem erwähnten die *praefectivigilum* Modestinus und Restitutianus ein *iudicatum* ihres Vorgängers, Florian. Trotzdem hat der Kläger eine neue Klage erhoben. Bestimmt behauptete er, daß das Urteil nichtig (sc. nicht existierend) gewesen sei. Das römische Recht kannte keine Nichtigkeitsklage und deshalb wurde einfach eine neue Klage erhoben. Weil der Kläger seine Behauptung nicht bewiesen hatte, schritt Modestinus zur *denegatio actionis*, die im Lichte der Inschriftrubrik eine *interlocutio* bildete. So verfuhr auch Restitutianus (300).

Es scheint, daß die Zurückweisung der Klage einen der Fälle der zulässigen Appellation von Interlokuten nach dem aus

297) A. METRO, *La "denegatio actionis"*, Milano 1972, S. 225 ff. ist gegen die Benutzung des Terminus "*denegatio actionis*" im Kognitionsverfahren, hauptsächlich wegen des Mangels der diskretionellen Macht des Richters. Dasselbe galt aber auch im Legisaktionenverfahren, wo der Verfasser die Anwendung dieses Ausdrucks nicht beanstandet. A. POLÁČEK, ZSS 63 (1943), S. 410 f. rechnet *denegatio actionis* im Kognitionsverfahren zu Urteilen. Diese These hat jedoch keine Quellengrundlage.

298) = FIRA III, S. 511 f.

299) Siehe Anm. 142.

300) W. LITEWSKI, TR 43 (1975), S. 85 ff.

dem Westen kommenden C.Th. 11,36,18 pr. (Jahr 365) bildete (301).

Idem [impp. Valerianus et Valens AA.] ad Symmachum praefectum urbi. Post alia: Nullum audiri provocantem ante definitivam sententiam volumus, si tam in iudicio competenti negotium fuerit inchoatum, salva scilicet iuris antiqui moderatione atque sententia, cum vel exceptio obponitur vel ad agendum locus poscitur vel dilatio instrumentorum causa aut testium postulatur atque haec inpatientia vel iniquitate iudicum denegantur.

In der Einleitung ist die Regel des Appellationsverbots vor dem Urteil angegeben, was im Lichte vieler kaiserlicher Verordnungen gleichbedeutend mit dem Verbot dieses Anfechtungsmittels von Zwischenbescheiden war (302). Dann sind die Ausnahmen von dieser Regel aufgezählt, die die aus dem alten *ius* stammende Beschränkungen bildeten. Diese Erwähnung ist sehr allgemein und ermöglicht nicht bestimmte Schlußfolgerungen bezüglich konkreter Regelung in jenem *antiquum ius* zu ziehen (303), das sich aller Wahrscheinlichkeit nach in den Schriften der Juristen befand (304). Jedenfalls stand,

301) Die Konstitution wurde in Mailand erlassen und an den *praefectus urbi* Symmachus gerichtet.

302) W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 244 Anm. 47 und 48.

303) So W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 261; siehe auch U. VINCENTI, *o.c.*, S. 65 Anm. 89.

304) U. VINCENTI, *o.c.*, S. 65. Zur Bedeutung des Terminus “*ius antiquum*” siehe J. GAUDEMUS, *Iura* 1 (1950), S. 227 ff.; vgl. M. LAURIA, *Ius. Visioni romane o moderne*, Napoli 1962, S. 228 ff.

nach der neuen Regelung, die Appellation bei Verweigerung des Richters in bestimmten Fällen der Partei zu. U.a. ist die Rede über den Fall ... *cum ... ad agendum locus poscitur*, und dann erfolgte die Verweigerung des Richters (*in patientia vel iniquitate*)⁽³⁰⁵⁾. Wahrscheinlich kam es hier auf *denegatio actionis* an⁽³⁰⁶⁾.

Die zwei nachfolgenden Fälle betrafen Androhung (*communio*). Von deren einem ist in D. 1,15,3,1 die Rede.

*Paulus libro singulari de officio praefecti vigilum.
Cognoscit praefectus vigilum de incendiariis effractoribus
furibus raptoribus receptatoribus, nisi si qua tam atrox
tamque famosa persona sit, ut praefecto urbi remittatur.
Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium, aut
fustibus castigat eos qui neglegentius ignem habuerunt
aut severa interlocutione comminatus fustum
castigationem remittit.*

Der Text betrifft sachliche Zuständigkeit (im Rahmen des Kognitionsverfahrens) des *praefectus vigilum*, dem die mit seinem Stadtschutz vor der Brandgefahr und Gewaltverbrechen verbundenen Sachen oblagen⁽³⁰⁷⁾. U.a. betont Paulus, daß

305) Diese Worte bestätigen den Umstand, daß die römische Appellation ein vollkommenes Anfechtungsmittel war, welches nicht bestimmte Gründe forderte (siehe W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 [1966], S. 310 ff.). Dies zu A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 53 Anm. 35.

306) A. M. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. III, S. 326; M. KASER, *o.c.*, S. 461 Anm. 9; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 259; vgl. auch E. BALOGH, *Studi S. Riccobono*, Bd. II, Palermo 1936, S. 513.

307) M. KASER, *o.c.*, S. 366; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, Bd. IV, 1, Napoli 1962, S. 582 ff.; A. DELL'ORO, *I "libri de officio" nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, S. 249 ff.

incendia meistens durch die Fahrlässigkeit der Bewohner entstanden seien. Dann wurde entweder körperliche Züchtigung angewendet oder diese erlassen mit der Androhung *in severa interlocutione* (308). Diese relative Milderung ist nicht verwunderlich, weil im allgemeinen eine fahrlässige Verursachung eines Brandes in Rom nicht streng bestraft wurde (309). Das angeführte Interlokut mit der *communatio* so wie die erstere Möglichkeit, d.h. körperliche Züchtigung beendeten den Strafprozeß (310).

Über die *interlocutio*, die im Zivilprozeß eine Androhung enthält, handelt C. 7,57,4.

Imp. Gordianus A. Asclepiadi. Interlocutio praesidis apud acta signata “nisi solutioni debiti is qui convenitur obsequium praestitisset, duplum seu quadruplum inferat” voluntas potius comminantis quam sententia iudicantis est, cum, placitum eiusmodi ne rei iudicatae auctoritatem obtineat, iuris ratio declaret (a. 239).

Der Kaiser führt wörtlich die *interlocutio* des Provinzstatthalters an, die zum Protokoll angegeben wurde (311), nach der der Beklagte einen zwei- oder vierfachen Wert der Schuld zu bezahlen hatte, wenn er diese nicht leisten wird. Der Kaiser erklärte, daß es hier eher Androhungswillen als Urteil

308) *Interlocutio* hat keinen entsprechenden Ausdruck in Bas. 6,5,2 (= SCHELTEMA, A I, S. 197).

309) Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 841.

310) Siehe D. NÖRR, *o.c.*, S. 524 und Anm. 11, S. 534.

311) Zu “*signare*” in diesem Sinne siehe H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *signare* 4.

gewesen sei, weil nach der Vernunftsmäßigkeit des Rechts (*ratio iuris*) derartige Verordnung keine *rei iudicatae auctoritas* nach sich zog (312). Dem Petenten lag es an der juristischen Bedeutung der erlassenen *interlocutio*, und insbesondere daran, ob es wirklich ein Urteil war, das die *rei iudicatae auctoritas* nach sich zog. Der Inhalt der angeführten *interlocutio* und Bedenken, ob es vielleicht Urteil war, weisen auf das Kognitionsverfahren hin. Zusätzlich spricht dafür die Erwähnung des Provinzstatthalters im Zusammenhang mit einer ziemlich späten Herkunft der kaiserlichen Verordnung.

Im angeführten Text befindet sich eine unmittelbare, ausdrückliche Gegenüberstellung des Urteils und der Androhung (313) und indirekt auch (weiter) des ersten und des (jene Androhung enthaltenden) Zwischenbescheide. Die *comminatio* besaß keine *rei iudicatae auctoritas*, was einige Jahre später vom Kaiser Philip in C. 7,57,6 (vielleicht J. 246 (314)) und dann von Justinian in der Rubrik C. 7,57 (*Comminationes epistulas programmata subscriptiones auctoritatem rei iudicatae non habere*) bestätigt wurde. Jedenfalls hat der Kaiser nicht festgestellt, daß die eine Androhung enthaltende *interlocutio* nichtig wäre, was für ihre Zulässigkeit spricht. Das gleiche betraf die Möglichkeit einer

312) Vgl. Bas. 9,3,98 (= SCHELTEMA, A II, S. 488). G. BESELER, ZSS 51 (1931), S. 64 verdächtigt „*cum ... fin.*“ wegen des Wortes „*declarare*“, übrigens ohne nähere Begründung.

313) Besonders scharf in Bas. 9,3,100 (= SCHELTEMA, A II, S. 489).

314) Siehe P. KRÜGER, Anm. 2 *ad h.l.*

bedingten Formulierung der Zwischenbescheide. Der Text weist außerdem auf das Element des Richterwillens hin.

Anders als in D. 1,15,3,1 stellte sich das Verhältnis der angeführten *interlocutio* zur Beendigung des Prozesses dar. Die Verurteilung des Beklagten auf die Erfüllung der Verpflichtung durfte nur im Urteil stattfinden, und dann endete natürlich der Prozeß (zumindest in der ersten Instanz). Wenn die Androhung im Zwischenbescheid nicht wirksam war, mußte der Provinzstatthalter ein Urteil erlassen. Und der konkrete Fall, von dem C. 7,57,4 spricht, betraf diese Sachlage. Wenn dagegen der Beklagte die Verpflichtung erfüllt hätte, dann kam das (verurteilende) Urteil nicht in Frage, und das Verfahren konnte mit jenem (vom Beklagten vollstreckten) Zwischenbescheid beendet werden.

Die das Verfahren beendenden Interlokute ergingen natürlich im freiwilligen Verfahren. In einigen Quellen wurden sie ausdrücklich als *sententiae* bezeichnet. Eine von ihnen ist I. 1,13,5:

Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia praesidis omnimodo, id est sine inquisitione.

Der angeführte, vielleicht von Marcian stammende Text (315) handelt über die Bestellung eines Vormunds durch den Vater im Testament für den emanzipierten Sohn. Das war schon im

315) So C. FERRINI, *Opere*, Bd. II, Milano 1929, S. 343.

klassischen Recht zulässig (316). Unentbehrlich war aber damals eine gerichtliche Bestätigung (317), obwohl ohne eine spezielle Untersuchung (318). Dieser Akt wird durch den angeführten Text als *sententia* bezeichnet, die hierbei natürlich ein Interlokut und nicht ein Urteil bedeutete. Erwähnt wird der Provinzstatthalter, aber Theophilus nennt auch den Prätor (319). Aller Wahrscheinlichkeit nach wurde er im Originaltext (Marcians ?) genannt, den Theophilus kannte. Diese Erwähnung des Prätors spricht zusätzlich für die Echtheit des Textes.

Die nachfolgenden zwei Quellen waren mit der justinianischen Vorschrift verbunden, nach der zur Einziehung der Forderungen eines Pupils oder eines Minderjährigen entsprechend durch den Vormund oder den Kurator die Einwilligung des Richters notwendig war (320). Diese ist in C. 5,37,25 pr. und I. 2,8,2 als *sententia iudicialis* bestimmt (321). C. 5,37,25,1 sprach im Zusammenhang damit von *pronuntiare*.

316) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, Bd. I, Roma 1925, S. 416; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II. Aufl., Bd. I, München 1971, S. 355; Bd. II, München 1975, S. 224; E. SACHERS, RE VII A, s.v. *tutela*, Sp. 1509, 1511 f.; L. DESANTI, o.c., S. 69 ff.

317) P. BONFANTE, o.c., Bd. I, S. 416; M. KASER, o.c., Bd. I, S. 355; Bd. II, S. 224; L. DESANTI, o.c., S. 69 ff.

318) P. BONFANTE, o.c., Bd. I, S. 416; M. KASER, o.c., Bd. I, S. 355; L. DESANTI, o.c., S. 191. Zur *inquisitio* bei der *confirmatio* des Vormunds siehe L. DESANTI, o.c., S. 170 ff.

319) Theoph. *Gr. Par. ad* I. 1,13,5.

320) E. SACHERS, o.c., Sp. 1551; R. BONINI, SDHI 33 (1967), S. 301 ff. und die dort angeführte Literatur.

321) "Apovfasi" in Theoph. *Gr. Par. ad* I. 2,8,2. Sch. 2 *ad* Bas.38,9,38 (= SCHELTEMA, B VI, S. 2261) spricht vom Dekret.

1. Über einen speziellen Fall der Nichtigkeit einer *interlocutio* wird in C.Th. 12,1,71 gehandelt:

Idem (impp. Valentinianus et Valens) AA. et Gr(ati)anus A. ad Amphilochium cons(ularem) Campaniae sive ad Sofronium cons(ularem) Piceni. Qui praeterito aliquo vel honore vel munere ad locum indebitum tetenderunt, etiamsi conivente curia vel aliquibus in iudicium causis tamquam probabilibus allatis valuit obreptio, ad ea quae fugerant retrahantur. Quiescat autem illa interlocutio, qua, cum huiusmodi querimoniae deferantur, pronuntiet iudex curiam suum nosse discrimen (a. 370).

Die Kaiser informieren, daß bestimmte Personen den Vorschriften entgegen und ohne die nötigen Zwischenstufen im Bereich von *honor* und *munus* einzuhalten, hohe ihnen noch ungebührende Stellungen erreicht hätten. Der Stadtrat oder Richter in Gerichtssachen pflegten dies zu übersehen. Die Kaiser nahmen dagegen Stellung ein und beschlossen, daß diese Personen ihre fehlende Stufen ergänzen sollten. Für nichtig haben sie auch eine praktizierte *interlocutio* (insbesondere die der Provinzstatthalter⁽³²²⁾) erkannt, die feststellte, daß der Stadtrat sein eigenes Risiko kannte. Das bedeutete eine abweisende Erledigung der Klagen (*querimoniae*), von denen ausdrücklich in der Konstitution gehandelt wird. Sie enthält keine näheren Angaben über die Art des Verfahrens an, in dem dieser

322) Die Verordnung wurde an zwei konkrete Statthalter gerichtet.

Zwischenbescheid erlassen wurde. Vielleicht handelte es sich um eine inzidentale Frage.

m. Einen besonderen Fall betrifft C. 2,11[12],19 (J. 284):

Imp. Carinus et Numerianus AA. Aristocrati. Interlocutio praesidis, quae indicta est, infamem eum de quo quaeris fecisse non videtur, cum non specialiter ob iniuriam vel admissam vim condemnatus, sed ita praesidis verbis gravatus est et admonitus, ut ad melioris vitae frugem se reformet (a. 284).

Vom Provinzstatthalter wurde eine *interlocutio* erlassen, deren Wortlaut in der angeführten Verordnung nicht überliefert ist. Dem Petenten lag es an der Erklärung, ob dieser Zwischenbescheid Infamie nach sich zog, übrigens nicht im Verhältnis zu ihm, aber zu einer anderen Person, an die die *interlocutio* evident adressiert wurde. Es kam dabei zu keiner speziellen Verurteilung dieser Person aus *iniuria* oder *vis* (323). Aus diesem Grunde antworteten die Kaiser Carinus und Numerianus, daß dieser Zwischenbescheid diese Person zu keinem *infamis* werden lasse, aber er belaste sie und ordere zur Verbesserung der Lebensweise auf.

323) H. NIEDERMEYER, *Studi P. Bonfante*, Bd. II, Milano 1930, S. 412 Anm. 11 verdächtigt die Worte „*vel admissam vim*“, allerdings ohne Begründung.

Der entsprechende Text der Basiliken (324) gibt nicht nur treu den Inhalt der Konstitution, sondern auch nähere Informationen über die Situation an, die das Bedenken des Petenten verursachte. Insbesondere forderte der Provinzstatthalter in der Sache, in der die Verurteilung Infamie nicht bewirken würde (325), die gegebene Person zur Verbesserung deren Lebensweise auf (326). Diese befürchtete es, ob sie *infamis* würde, und daher erschien im Prozeß einer anderen Person eine entsprechende Frage.

Die Kaiser haben vom Standpunkt der Infamie aus eine deutliche Unterscheidung zwischen einer (speziellen) Verurteilung (wegen der *iniuria* oder *vis*) und einer (zur Verbesserung der Lebensweise auffordernden) *interlocutio* durchgeführt. Nur die erstere zog die Infamie nach sich (327). Der Zwischenbescheid allein durfte eine solche Wirkung nicht hervorrufen. Andere Folgen, insbesondere materiellrechtliche, sind undenkbar. Im Ergebnis ist anzunehmen, daß die behandelte *interlocutio*, aller Wahrscheinlichkeit nach, im Kognitionsverfahren erlassen (328), keine Rechtsfolgen nach sich zog.

324) Bas. 21,3,18 (= SCHELTEMA, A III, S. 1042).

325) Im Zusammenhang damit erwägt Sch. 1 *ad* Bas. 21,3,18 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1323) die Frage der Anklage aus der *lex Cornelia de iniuriis* und *de vi privata* wegen derselben Tat.

326) Bas. 21,3,18 (= SCHELTEMA, A III, S. 1042) gibt den Wortlaut an.

327) Vgl. Bas. 21,3,18 (= SCHELTEMA, A III, S. 1042) und Sch. 2 (Thalelaeus) *ad* Bas. 21,3,18 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1324).

328) Darauf weist die Erwähnung des Statthalters in dem ziemlich späten Text hin. Der Name des Petenten (Aristocrates) macht die östliche Herkunft der Konstitution wahrscheinlich.

n. In Anbetracht einer Vielheit und Verschiedenheit von Zwischenbescheiden ist es klar, daß die Praxis eine große Rolle spielte. Der *usus* ist von Aulus Gellius, der die Aussage von Favorinus anführt, deutlich erwähnt (329). Auf die unrichtige Praxis im Erlaß von gewissen Zwischenbescheiden weist Justinian hin (330). Wir haben Beispiele unrichtiger *interlocutiones* (331). Bisweilen konnten sie einen Appellationsgrund liefern (332). Einige enthielten die Aussagen, die Entscheidungen im Urteil bilden sollten (333). Im Zusammenhang damit bewirkten sie aber keine Rechtsfolgen (334) wie übrigens andere unzulässige Zwischenbescheide (335).

Diskutiert war das Problem, ob der Richter in *interlocutiones* die Parteien über seine Meinung von der Sache informieren durfte (336). Eine Information darüber wird vor allem von Aulus Gellius überliefert. Er führte als ein vom Prätor bestellter Richter einen konkreten Prozeß (337) im ordentlichen Verfahren (338). Im

329) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,17.

330) C. 7,45,16 (*solutum est*).

331) Z.B. D. 49,5,2; D. 48,16,1,5; C. 2,11[12],17; 19; D. 44,1,11; C. 7,45,16; C.Th. 12,1,71.

332) D. 49,5,2.

333) D. 48,16,1,5; C. 2,11[12],17; 19; C. 7,57,4.

334) D. 48,16,1,5; C. 2,11[12],17; 19; C. 7,57,4.

335) D. 44,1,11; C.Th. 12,1,71.

336) Siehe D. NÖRR, *o.c.*, S. 524.

337) Näher davon Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,4-8.

338) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,1.

Zusammenhang damit bat er den bekannten Philosophen Favorinus um Rat (339), dieser sprach sich über bestimmte Probleme aus, die im allgemeinen *officium iudicis* betrafen (340). Eines von ihnen bezog sich auf *interlocutiones* (341).

Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,17. *Praeter haec super ea quoque re dissentitur, an ex usu exque officio sit iudicis, rem causamque de qua cognoscit interlocutionibus suis ita exprimere consignareque, ut ante sententiae tempus, ex iis quae apud eum in praesens confuse varieque dicuntur, proinde ut quoquo in loco ac tempore movetur, signa et indicia faciat motus atque sensus sui.* 18. *Nam qui iudices, inquit, acres atque celeres videntur, non aliter existimant rem qua de agitur indagari comprehendique posse, nisi is qui iudicat crebris interrogationibus necessariisque interlocutionibus et suos sensus aperiat et litigantium deprehendat.* 19. *Contra autem qui sedatiores et graviores putantur negant iudicem debere ante sententiam, dum causa utrumque agitatur, quotiens aliqua re proposita motus est, totiens significare quid sentiat. Eventurum enim aiunt, ut, quia pro varietate propositionum argumentorumque alius atque alius motus animi patiendus est, aliter atque aliter eadem in causa eodemque in tempore sentire et interloqui videantur.*

339) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,11 und 12.

340) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,12 ff., siehe auch 14,2,20.

341) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,17-19.

Zuerst informiert Favorinus über einen Streit bezüglich der Übereinstimmung mit der Praxis (*usus*) und mit dem richterlichen *officium* eines solchen Verhaltens, in dem der Richter in *interlocutiones* vor dem Urteil aufgrund trüber und unterschiedlicher Aussagen (der Parteien) bei einzelnen Gelegenheiten seine Emotionen und Empfindungen hinsichtlich der Sache zum Ausdruck brachte. Dann unterscheidet der Philosoph zwei Arten von Richtern. Die einen, scharfen und schnellen, glaubten, die Sache könne nur mit Hilfe von häufigen Fragen und unentbehrlichen *interlocutiones* untersucht und verstanden werden, durch die die Richter ihre Meinung äußern und die Ansicht der Parteien erkennen. Es scheint mir, daß das erste Ergebnis nach der Meinung von Favorinus aus Zwischenbescheiden und das andere — aus Fragen folgte. Andere Richter, ruhigere und in der Pflichterfüllung strengere, glaubten, der Richter dürfe während des Prozesses und vor dem Urteil seine Meinung nicht so oft äußern, als er durch die Darstellung der Partei bewegt ist. Nach der Meinung dieser Richter gebe es eine Verschiedenheit von Darstellungen und Argumenten, die verschiedene Regungen des Gemüts oder des Entschlusses zulasse. Demzufolge erlassen die zuerst genannten Richter in der gleichen Sache und in der gleichen Zeit (d.h. im Laufe desselben Prozesses) ihre unterschiedlichen Meinungen (*sentire*) und Zwischenbescheide (*interloqui*). Favorinus selbst enthielt sich der Entscheidung dieser Frage (342). Jedenfalls beweist der angeführte Text unterschiedliche Gerichtspraxis,

342) Siehe Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,20.

worauf unterschiedliches Temperament der Richter einwirkte (343).

Die Entscheidung des aufgestellten Problems enthält sich in der Verordnung Konstantins d. Gr. C.Th. 9,19,2,1 das von Justinian mit kleinen Änderungen in C. 9,22,22,1 übernommen wurde.

Imp. Constantinus A. ad Maximum praefectum urbi. Volumus itaque, ut primum cessen inscribto. Sed ubi falsi examen inciderit, tunc ad morem pristinum quaestione civili per sententiam terminata acerrima fiat indago argumentis testibus scribturarum conlatione aliisque vestigiis veritatis. Nec accusatori tantum quaestio incumbat nec probationis ei tota necessitas indicatur, sed inter utramque personam sit iudex medius nec ulla quae sentiat interlocutione divulget, sed tamquam ad imitationem relationis, quae solum audiendi mandat officium, praebeat notionem, postrema sententia quid sibi liqueat proditurus.

In dem uns interessierenden Teil ordnet der Kaiser an, der Richter solle in seiner *interlocutio* nicht bekannt machen, was er über die Sache meine, er solle es erst im Urteil tun (344).

Kein (gültiger) Zwischenbescheid durfte die Entscheidung der Sache, selbst teilweise, enthalten. Dies ist durch die ganze oben dargestellte Kasuistik bestätigt. Wenn ein Interlokut

343) A. STEINWENTER, ZSS 65 (1947), S. 91.

344) R. SAMTER, o.c., S. 132. Vgl. Bas. 60,41,56 (= SCHELTEMA, A VIII, S. 3027); Sch. 14 ad Bas. 60,41,56 (= SCHELTEMA, B IX, S. 3798).

formuliert wurde auf eine Weise, die vermuten ließ, daß es eine solche Entscheidung bilde, so wurde es auf eine das ausschließende Weise erklärt. Insbesondere wurde sie z.B. als Mahnung⁽³⁴⁵⁾ oder als Androhung⁽³⁴⁶⁾ interpretiert. Es wurde ausdrücklich festgestellt, daß Infamie die Folge nicht eines Zwischenbescheids sondern eines (geeigneten) Urteils sein durfte⁽³⁴⁷⁾.

Im allgemeinen hatte der Richter große Freiheit beim Erlaß von Zwischenbescheiden, was mit deren großer Unterschiedlichkeit zusammenhangt. Dies betraf nicht nur den Text selbst, sondern auch natürlich den Inhalt. U.a. sind alternativ erfaßte Befehle⁽³⁴⁸⁾, Festsetzung der Vollstreckungsfrist⁽³⁴⁹⁾ oder die Angabe der Sanktion für die Nichterfüllung belegt, die übrigens in der Bedingungsform erfaßt wurde⁽³⁵⁰⁾.

345) C. 2,11[12],19.

346) D. 1,15,3,1; C. 7,57,4 (dazu, entsprechend, S. 226 f. und S. 227 ff.); vgl. P.Bouriant 20 (= FIRA III, S. 535 f.) – die Androhung mit dem Prozeß.

347) D. 48,19,32; C. 2,11[12],17; 19.

348) P.Bouriant 20 (= FIRA III, S. 535 f.).

349) D. 48,2,18; P.Bouriant 20 (= FIRA III, S. 535 f.).

350) C. 7,57,4.

5. ZWISCHENBESCHEIDE IN DER ZEITSTRUKTUR DES PROZESSES

a. Die Beendigung des ganzen strittigen Erkenntnisverfahrens erfolgte in der Regel durch das Urteil, das die ganze Sache inhaltlich entschied (351). Erst Justinian hat eine Teilentscheidung ermögliche Reform eingeführt (352).

C. 7,45,15. [Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰοθλιανῷ πάρχω πραιτωρίων].

Ἡ διάταξις κελεύει πολλῶν ὅντων ἐν τῇ δίκῃ κεφαλαίων δύνασθαι τὸν δικαστὴν ἐπί τισιν αὐτῶν ἔξαγαγεῖν ἀπόφασιν τελείαν καὶ τότε πάλιν ζητῆσαι περὶ τῶν ἄλλων καὶ πάλιν ἔξενεγκεῖν τὴν δοκοῦσαν αὐτῷ ἀπόφασιν καὶ μὴ ἀναγκάζεσσαι μίαν ἀπόφασιν περὶ πάντων ὅμα λέγειν τῶν κεφαλαίων.

Der angeführte Text wurde in Bas. 9,1,81 überliefert (353). Die Konstitution selbst, die gegen Ende 529 oder Anfang 530 erlassen wurde (354), ermöglichte es dem Richter im Falle vieler kefavaia des Streites zuerst das Endurteil bezüglich einiger von

351) Siehe z.B. H. APELT, *o.c.*, S. 13 ff.; M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, S. 88 ff., 284 ff., 391 ff.; vgl. S. 496 ff.; G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 10 ff.; M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. I, S. 183 f.; Bd. III, S. 291; R. SAMTER, *o.c.*, S. 128 f.; L. WENGER, *Institutes*, S. 206 f., 303 f.

352) Früher gab es keine Quellen vom Teilurteil; siehe R. SAMTER, *o.c.*, S. 132.

353) = SCHELTEMA, A II, S. 451.

354) U. VINCENTI, *o.c.*, S. 112.

ihnen zu erlassen und dann die Untersuchung bezüglich anderer festzusetzen und wieder das Endurteil zu erlassen.

Es mußte also in einer konkreten Sache viele *capita* geben. Es mußten abgesonderte Untersuchungen durchgeführt werden, nach denen abgesonderte Urteile⁽³⁵⁵⁾ und nicht Zwischenbescheide erlassen wurden. Die angeführte Konstitution verletzte also nicht das von Justinian erhobene Verbot der Appellation gegen Zwischenbescheide⁽³⁵⁶⁾.

Bedenken erweckt der Sinn des Terminus *κεφάλαια*. Im allgemeinen konnte er entweder Teile des Streitgegenstands oder (bestimmte?) Abschnitte des Verfahrens bedeuten⁽³⁵⁷⁾. Im Zusammenhang damit gibt es im Schrifttum eine Auseinandersetzung über den Sinn dieses Terminus in der angeführten Konstitution⁽³⁵⁸⁾. Insbesondere fassen ihn einige Autoren eng als Teile des Streitgegenstands⁽³⁵⁹⁾, und andere weiter — als Abschnitte des Verfahrens⁽³⁶⁰⁾, besonders als

355) U. ZILLETTI, *Studi*, S. 231.

356) Siehe insbesondere C. 7,62,36; allgemein U. VINCENTI, *o.c.*, S. 106 ff., dazu W. LITEWSKI, *Iura* 37 (1986, veröff. 1989), S. 129.

357) D. SIMON, *o.c.*, S. 21 ff.; vgl. U. ZILLETTI, *o.c.*, S. 231 Anm. 103.

358) Zum Stand der Literatur D. SIMON, *o.c.*, S. 21 f.; dazu noch G. SOMMARIVA, SDHI 37 (1971), S. 210 f. und U. VINCENTI, *o.c.*, S. 112 f.

359) M. KASER, *o.c.*, S. 497 Anm. 14; W. LITEWSKI, *Labeo* 19 (1973), S. 224; *Iura* 37 (1986, veröff. 1989), S. 129.

360) M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. III, S. 291; D. SIMON, *o.c.*, S. 21 ff.

präjudiziale Fragen auf (361). Die letztere Ansicht scheint mir unzutreffend.

Entscheidungen hinsichtlich der Prozeßabschnitte (oder Prozeßpunkte) ergingen in Zwischenbescheiden, was durch die oben dargestellte breite Kasuistik bestätigt wird. Wenn Justinian hier Urteile zugelassen hätte, wäre sein stark betontes Appellationsverbot *ante sententiam* größtenteils illusorisch geworden. Wenn es sich ihm um präjudiziale Fragen gehandelt hätte, so hätte er darüber höchstwahrscheinlich in seiner Verordnung erwähnt. Man soll also annehmen, daß der Kaiser hier unter κεφάλαια Teile des Streitgegenstands verstand. Es sind keine Quellenbeweise vorhanden, daß die Entscheidungen darüber früher in *interlocutiones* ergingen. In Wirklichkeit durfte der Richter keine Teilung durchführen und entschied über die ganze Forderung in einem Endurteil (362). Erst C. 7,45,15 ließ hier Teilurteile zu, von denen jedes eine *definitiva sententia* bildete und also die Appellation zuließ. Weil das Teilurteil als ἀπόφασις τελεία bezeichnet wurde, mußte es dem Urteilswesen entsprechen, also Entscheidung der Sache sei es nur teilweise enthalten.

b. Eine grosse Mehrheit von Zwischenbescheiden fällte vor der Beendigung der Sache (mit einem Urteil), was durch die

361) A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 60; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 112 f.; vgl. U. ZILETTI, *o.c.*, S. 231 f.

362) Dies zu D. SIMON, *o.c.*, S. 23.

Kasuistik belegt ist⁽³⁶³⁾. Diese zeitliche Lokalisierung im Prozeß ist bereits in bestimmten, sie bezeichnenden Terminen, und zwar *interlocutio* (mit *interloqui*), *praeiudicium* und *articulus* zu sehen. Die einzige, übrigens erst byzantinische Definition des Zwischenbescheids bezieht diese auf *medium litis*⁽³⁶⁴⁾. Paulus sagt in einem unmittelbaren Zusammenhang mit Interlokuten im Schiedsverfahren, daß deren Ziel die Vorbereitung der Sache gewesen sei⁽³⁶⁵⁾. Diese ihre Funktion ist auch bei Aulus Gellius zu sehen⁽³⁶⁶⁾. Die Appellationsverbote (manchmal mit bestimmten Ausnahmen) bezüglich der Zwischenbescheiden und *ante sententiam* (vor dem Urteil) wurden als gleichbedeutend behandelt⁽³⁶⁷⁾. Im Rahmen der justinianischen Dreiteilung in *principium*, *medium* und *finis litis*⁽³⁶⁸⁾ wurden die Zwischenbescheide meistens in den zwei ersten Prozeßabschnitten erlassen, was vor allem in einer breiten Kasuistik bestätigt ist⁽³⁶⁹⁾. Ausnahmsweise sind sie auch *in fine litis*

363) S. 184 ff.

364) Sch. 2 *ad Bas.* 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321). Siehe S. 180.

365) D. 4,8,19,2. Siehe W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 [1966], S. 243; ANRW II, 14, S. 70; *Rzymski proces cywilny* (= Der römische Zivilprozeß), Warszawa - Kraków 1988, S. 93 f.; zu Zwischenbescheiden im justinianischen Recht siehe U. ZILLETTI, *o.c.*, S. 231 f.

366) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,17-19.

367) Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 244 Anm. 47 und 48.

368) D. SIMON, *o.c.*, S. 13 ff., insbesondere kritisch zu A. STEINWENTER, *Festschrift L. Wenger*, Bd. I, München 1944, S. 180 ff.

369) Vgl. die Definition in Sch. 2 *ad Bas.* 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321).

(insbesondere bei der Ladung der Parteien zur Verkündung des Urteils⁽³⁷⁰⁾) und selbst im Vorverfahren vor dem *principium*⁽³⁷¹⁾ zu sehen (z.B. Ladungsbefehl⁽³⁷²⁾).

Die Zwischenurteile wurden aber nicht nur im Erkenntnis- sondern auch im Vollstreckungsverfahren erlassen⁽³⁷³⁾.

Im Zusammenhang mit der Funktion der Vorbereitung der Sache beendeten die Interlokute die Sache in der Regel nicht. Ausdrücklich spricht darüber Diokletian in C. 7,45,9: ... *nec interlocutiones ullam causam plerumque perimunt* ⁽³⁷⁴⁾. Ausnahmsweise wurden aber die das Verfahren beendende Zwischenbescheide erlassen, besonders im freiwilligen Verfahren, in dem keine Urteile gefällt wurden⁽³⁷⁵⁾.

370) *Coll.Carth.* 52 a. Siehe D. SIMON, *o.c.*, S. 26.

371) Zu Prozeßhandlungen vor dem *principium litis* siehe D. SIMON, *o.c.*, S. 14 ff.

372) S. 196 f. Siehe auch D. SIMON, *o.c.*, S. 17 f.

373) S. 198 ff.

374) Vgl. Bas. 9,1,75 (= SCHELTEMA, A II, S. 450). Siehe U. VINCENTI, *o.c.*, S. 30; W. LITEWSKI, *Iura* 37 (1986, veröff. 1989), S. 128.

375) S. 229 ff. Nov.Theod. 17,2,2 (nicht C. 10,12,2) lautet: *Nam si vel definitiva sententia iudicis vel decisionibus interpositis in anteactum tempus quaecumque petitio terminata sit, hanc deinceps retractari non patimur.* Der Terminus “*decisio*” konnte hier den Vergleich bezeichnen, wovon oben ausdrücklich gesprochen wurde. Zur *decisio* im Sinne “Vergleich” siehe H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *decidere* 3b.

6. MEINUNGS- UND WILLENSELEMENT

Aus der oben dargestellten Kasuistik folgt, daß in den Zwischenbescheiden sowohl das Element der Meinung wie auch des Willens auftrat. Das erstere ist schon im Terminus „*sententia*“ selbst sichtbar, der im Prozeß nicht nur zur Benennung des Urteils (in der Regel so), sondern auch des Zwischenbescheids benutzt wurde. Im Zusammenhang mit *interlocutiones* spricht Aulus Gellius über *sensus* (376) und *sentire* (377). Das letztere Wort erscheint auch in der Konstitution C.Th. 9,19,2,1 = C. 9,22,22,1 (378). Sowohl bei Aulus Gellius wie auch in der angeführten kaiserlichen Verordnung bildete der Zwischenbescheid die Äußerung der richterlichen Meinung. Das Meinungselement trat in bestimmten konkreten Interlokuten, wie z.B. zur Bestimmung eines richtigen Rechtsmittels der Partei (379), in der *interlocutio*, daß die *curia* auf eigenes Risiko gehandelt habe (380), in Erklärungen über das Ergebnis des Beweisverfahrens (381), in der *interlocutio* des Kaisers hinsichtlich der testamentarischen Freilassung (382) besonders deutlich auf.

376) *Noctes Atticae* 14,2,17 und 18.

377) *Noctes Atticae* 14,2,19 (zweimal). Siehe G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 15.

378) Vgl. Bas. 60,41,56,1 (= SCHELTEMA, A VIII, S. 3027); siehe auch Sch. 16 *ad Bas.* 60,41,56 (= SCHELTEMA, B IX, S. 3798).

379) D. 4,2,9,3; näher davon S. 216 ff.

380) C.Th. 12,1,71; näher davon S. 231 f.

381) D. 4,4,39 pr., D. 48,19,32; C. 2,11[12],17; D. 48,16,1,5. Zu diesen Texten siehe S. 186 ff.

382) D. 40,5,38; näher davon S. 211 ff.

Das Willenselement ist in den Quellen noch häufiger belegt. Insbesondere bedient sich der Kaiser Gordian im Zusammenhang mit der Interpretation einer konkreten *interlocutio* zu ihrer Unterscheidung vom Urteil in C. 7,57,4 des Terminus „*voluntas*“. Der Willen trat natürlich im Urteil auf. Dies wurde im Text nicht erwähnt, da dem Kaiser nicht auf der Betonung gemeinsamer Merkmale (darunter des Willenselements) der Zwischenbescheide und Urteile, sondern eben auf der des Unterschieds unter ihnen lag. Im gegebenen Falle bestand er im speziellen Charakter des Willens (*voluntas comminationis*), der im Zwischenbescheid und nicht im Urteil auftrat (383).

Das Willenselement war sichtbar in bestimmten Termini (*praeceptum, praeceptio, dispositio, ordinatio*), die grundsätzlich Anordnung bedeuteten und ab und zu zur Benennung der Interlokute benutzt wurden. Bestimmte Quellen handelten im Zusammenhang mit dem konkreten Zwischenbescheid über *iubere* (384), wie griechische Texte über κέλευσις (385). Zu nennen sind auch gelegentlich im Zusammenhang mit Interlokuten auftretende Termini: *decernere* (386), *prohibere* (387)

383) Näher zu C. 7,57,4 siehe S. 227 ff.

384) D. 4,8,19,2; D. 42,1,15,2. Zu Urteilen siehe H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *iubere* b.

385) Bas. 6,32,5 (= SCHELTEMA, A I, S. 287 f.); Bas. 50,3,61 (= SCHELTEMA, A VI, S. 2354); vgl. Bas. 9,1,73 (= SCHELTEMA, A II, S. 450).

386) S. 176.

387) *Lis fullonum* = FIRA III, S. 512.

und *vetare* (388). Symptomatisch war eine deutliche Unterscheidung der *consultatio (relatio)* vom Zwischenbescheid, der die richterliche Entscheidung über das Ersuchen des Kaisers oder eines anderen oberen Richters enthielt (389).

Das Willenselement trat besonders deutlich in einzelnen konkreten Interlokuten auf, wie z.B. Ladungsbefehl (390), Beweisanordnungen (391), Zurückweisung der Einreden (392), Vollstreckungsinterlokute (393), Befehl zur Erfüllung von bestimmten Prozeßhandlungen durch Parteien (394).

Viele Zwischenbescheide bildeten Entscheidungen konkreter Anträge der Parteien, z.B. im Beweisverfahren oder hinsichtlich des Ladungsbefehls wegen der *postulatio simplex* im Libellprozeß. Es waren aber auch zahlreiche *interlocutiones* vorhanden, die vom Richter von Amts wegen, z.B. bezüglich des Auftretens mit einer *consultatio*, der Festsetzung eines Erscheinstermins für Parteien, der Bestellung des delegierten Richters, im Befehl zur Erfüllung bestimmter Prozeßhandlungen durch eine Partei vorgenommen wurden.

388) D. 4,8,19,2.

389) D. 49,1,1,2; C.Th. 11,30,8 pr. Zu diesen Texten siehe S. 200 ff.

390) S. 196 f.

391) S. 185 f.

392) S. 197.

393) S. 198 ff.

394) S. 204 ff.

In der Regel mangelt es an näheren Informationen über die Rolle des *consilium* und der Assessoren beim Erlaß von Zwischenbescheiden⁽³⁹⁵⁾. Es ist sicher, daß diese sich mit keinen besonderen Merkmalen auszeichneten. Insbesondere betraf dies die Beratungsfunktion dieser Organe.

7. ZWISCHENBESCHEID IN VERSCHIEDENEN ARTEN DES VERFAHRENS

a. Als zwischenbescheiderlassend sind entweder Richter im allgemeinen oder deren einzelne Arten oder selbst konkrete *iudices* genannt.

Im Zusammenhang mit dem Formularverfahren haben wir hier nur wenige Erwähnungen. Diese betrafen den Prätor⁽³⁹⁶⁾, die Provinzstatthalter⁽³⁹⁷⁾ und (in der zweiten Phase) *iudices*⁽³⁹⁸⁾.

Im allgemeinen war über Richter im Kognitionsverfahren bereits in klassischen Quellen⁽³⁹⁹⁾ und sehr oft in

395) Nur D. 4,2,9,3 enthält die Information Ulpians von seiner Rolle als prätorische Assessor bei einem konkreten Interlokut.

396) D. 4,2,9,3; Theoph. *Gr.Par. ad I.* 1,13,5; vgl. auch D. 42,1,14.

397) D. 48,19,32; I. 4,6,6; I. 1,13,5; Theoph. *Gr.Par. ad I.* 1,13,5.

398) D. 48,19,32; Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,17-19; siehe auch § 20. Siehe S. 234 Anm. 338.

399) D. 44,1,11; D. 48,16,1,5 (im Zusammenhang mit § 4); D. 49,1,1,2; D. 49,5,2; C. 2,11[12],17; C. 7,46,4; siehe auch C. 7,45,9.

nachklassischen Quellen die Rede (⁴⁰⁰). Es sind auch die Aussagen aus der Zeit des Dominats über *maior iudex* (⁴⁰¹) und *maximus iudex* (⁴⁰²) zu finden. Im Zusammenhang mit *pignus in causa iudicati captum* sprach Ulpian über *magistratus populi Romani* und über Provinzstatthalter (⁴⁰³). Viele Texte nennen im Zusammenhang mit Interlokenen einzelne Richter. Aus der klassischen Zeit betraf dies meistens die Provinzstatthalter (⁴⁰⁴). Darüber hinaus waren es: der Kaiser (⁴⁰⁵), der *praefectus vigilum* (⁴⁰⁶) und delegierte Richter (⁴⁰⁷). Auch zur Zeit des Dominats wurde mehrmals über Provinzstatthalter gesprochen (⁴⁰⁸). Darüber hinaus waren andere zahlreiche Richter genannt, und

400) C.Th. 4,22,2 und *interpr. ad h.l.*; C.Th. 4,22,5; C.Th. 9,19,2,1 (= C. 9,22,22,1); C.Th. 11,30,2; 8 pr.; 37; 40; 65; C.Th. 11,36,3; 18 pr.; 23-25 (auch C. 7,65,5,3); C.Th. 12,1,71; Rubr. C. 7,45; C. 1,3,36[37],2; C. 1,12,6 §§ 1,3; C. 4,21,18; C. 7,45,16; C. 8,4,6 pr.; C. 12,1,17,2; siehe auch C. 5,37,25 pr., § 1 und I. 2,8,2; Nov. 112, c. 2 pr. Vgl. auch Edictum Theoderici 46; 73; 145.

401) C. 12,21[22],8 pr.

402) C. 2,12[13],26.

403) D. 42,1,15,2 im Zusammenhang mit pr. und § 1.

404) D. 4,4,39 pr.; D. 28,3,6,7; D. 42,1,15,2; D. 48,2,18; D. 48,19,32; C. 2,11[12],19; C. 7,57,4; vgl. auch C. 2,46[47],1.

405) D. 1,4,1,1; D. 40,5,38. Vgl. Lex Romana Burgundionum 30,2 mit der Erwähnung des Königs.

406) D. 1,15,3,1; *Lis fullonum* (= FIRA III, S. 165 f.).

407) D. 48,19,32; D. 49,2,2.

408) C.Th. 11,30,25; C.Th. 11,36,3; Nov.Theod. 7,4 §§ 4,8; C. 1,3,32[33],2; 36[37],2; C. 7,72,10,2; P.Oxy. XVI, 1881 (= FIRA III, S. 552 ff.); P.Lips. I, 38 (= FIRA III, S. 540 ff.).

zwar: Kaiser⁽⁴⁰⁹⁾, Prätorianerpräfekt⁽⁴¹⁰⁾, Stadtpräfekt⁽⁴¹¹⁾, *magister officiorum*⁽⁴¹²⁾, *magister militum*⁽⁴¹³⁾, *comes rerum privatarum*⁽⁴¹⁴⁾, *comes (Orientis)*⁽⁴¹⁵⁾, *duces*⁽⁴¹⁶⁾, *iuridicus Alexandiae*⁽⁴¹⁷⁾ und delegierte Richter⁽⁴¹⁸⁾.

Zwischenbescheide erließ auch der Schiedsrichter⁽⁴¹⁹⁾.

b. *Interlocutiones* waren in allen Verfahrensarten vertreten : *in cunctis cognitionibus atque conflictibus*⁽⁴²⁰⁾. Obwohl die meisten Texte das Zivilverfahren betrafen, war aber in vielen über Strafverfahren die Rede⁽⁴²¹⁾. Im Rahmen des Zivilverfahrens

409) C. 1,14,3,1. Siehe D. NÖRR, *o.c.*, S. 533.

410) C. 1,3,25 §§ 1,2; 32[33],5.

411) C.Th. 11,30,44; C.Th. 11,36,2; Nov. Theod. 7,4,4; Symmachus, *Rel.* 13; 38.

412) C. 12,19,12 pr.; C. 12,25[26],4 pr., § 1; C. 12,29[30],3,3b; C. 12, 59[60],8.

413) Nov. Theod. 7,4,4; C. 12,35[36],18 pr.

414) C. 10,11,8,4.

415) C. 12,25[26],4 pr., § 1.

416) C. 12,35[36],18 pr.

417) P.Bouriant 20 (= FIRA III, S. 534 f.). Zu diesem Richter siehe u.a. ROSENBERG, RE X, s.v. *iuridicus*, Sp. 1151 f.; H. J. WOLFF, TR 34 (1966), S. 40; H. KUPISZEWSKI, *The Journal of Juristic Papyrology* 7-8 (1953-1954), S. 187 ff.

418) C. 7,62,36.

419) D. 4,8,19,2.

420) C.Th. 11,30,40; insbesondere nicht nur in Fisksachen (siehe U. VINCENTI, *o.c.*, S. 76).

421) Siehe z.B. D. 1,15,3,1; D. 28,3,6,7; D. 48,2,18; D. 48,16,1,5; D. 48,19,32; D. 49,5,2 (siehe O. LENEL, *Pal.*, Q. Cervidius Scaevola 203-212); C.Th. 9,19,2,1 (= C. 9,22,22,1); C. 2,11[12],17; 19; C. 12,1,17,2; C. 12,19,12 pr.; C. 12,35[36],18 pr.

betraf die entschiedene Mehrheit von Quellen das Erkenntnisverfahren. Es ist natürlich, weil ihre grundsätzliche Funktion die Vorbereitung der Sache war, und im Zusammenhang damit wurden sie in der Regel vor dem Urteil erlassen. Sie konnten auch im Vollstreckungsverfahren ihre Anwendung finden, was deutlich in Quellen belegt ist (422), obwohl in der nachklassischen Zeit Appellationsverbote von Interlokuten und während der Vollstreckung unterschieden wurden (423). Die Zwischenbescheide wurden auch in besonderen Verfahren (z.B. bei *in integrum restitutio* (424) und Interdikten (425)) wie auch im Reskriptverfahren (426) erlassen. Die erhaltenen Quellen sprechen von Zwischenbescheiden sowohl im Formular- wie auch im Kognitionsverfahren (427) und Schiedsverfahren (428).

422) I. 4,6,6; D. 42,1,15,2; C. 7,72,10,2. Näher davon S. 198 ff.

423) Siehe W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 235 ff., 241 ff.; L. RAGGI, *Studi*, Bd. I, S. 148 ff.; A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 43 ff.; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 33 ff.; 93 ff., 103 ff.

424) D. 4,2,9,3; D. 4,4,39 pr.

425) D. 48,19,32; vgl. D. 42,1,14.

426) I. 1,13,5; Theoph. *Gr.Par. ad* I. 1,13,5; C. 5,37,25 pr.; § 1; I. 1,28,2.

427) S. 184 ff. und die dort dargestellte Kasuistik.

428) D. 4,8,19,2.

c. Es gab keine speziellen Vorschriften über Interlokute, die *pro tribunali* oder *de plano* erlassen wurden. Sie fanden in beiden Fällen auf allgemeinen Regeln statt. Grundsätzlich betraf dies das Verfahren *pro tribunali* (429). Es ist auch der Erlaß von kaiserlichen Interlokuten *de plano* im Gegensatz zu *decernere* nach erfolgter *cognitio* belegt (430). Zu bemerken ist, daß das Verfahren *de plano* nicht immer ganz formlos war (431).

8. FORM

Im allgemeinen war die Mündlichkeit in Quellen vorausgesetzt und sie wurde nicht speziell hervorgehoben. Übrigens waren selbst Urteile sehr lange mündlich, und erst im Kognitionsverfahren mußten sie schriftlich angefertigt und dann mündlich und öffentlich verkündet werden (432). Wenn in Legisaktionen- und Formularverfahren keine vorgeschriebene schriftliche Form für Urteile vorhanden war, betraf dies desto mehr die Zwischenbescheide. Auf den mündlichen Charakter der letzteren weisen schon die Termini selbst: *interlocutio* und

429) Vgl. D. NÖRR, *o.c.*, S. 523.

430) D. 1,4,1,1. Zu kaiserlichen *interlocutiones de plano* siehe D. NÖRR, *o.c.*, S. 536 f.

431) So D. NÖRR, *o.c.*, S. 525 ff.

432) C. 7,44,1; C. 7,45,4; 6. Zur nachklassischen Zeit siehe C.Th. 4,17,1 (= C. 7,44,3); 2; C. 7,44,2 pr.; C. 12,19,12,2; C. 12,21[22],8,2; hier gehört auch C.Th. 11,30,40. Siehe B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 476 f.; H. APELT, *o.c.*, S. 84; M. KASER, *o.c.*, S. 391 f., 497; M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. III, S. 291 f.; L. WENGER, *o.c.*, S. 304.

interloqui und deren griechische Entsprechungen διαλογία und διαλογέω hin. Es sind auch die Erwähnungen über *sermo* (⁴³³), *verba* (⁴³⁴) und *dicere* (⁴³⁵) zu nennen. Die Mündlichkeit von Interlokuten ist auch mehrmals in den Basiliken belegt (⁴³⁶).

Anders als im Legisaktionen- und Formularverfahren war eine unterschiedliche Form von Urteilen und Zwischenbescheiden ein ausdrückliches differenzierendes Kriterium im Kognitionsverfahren. Besonders deutlich war das im Jahre 383 von Gratian, Valentinian und Theodosius in C.Th. 11,30,40 hervorgehoben worden.

Idem (imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius)
AAA. ad Basiliū com(item) s(acrarum) l(arginionum).
Omnem, quae de libello scripta recitatur, dici volumus
atque esse sententiam atque ab ea provocationis auxilia
quisquis efflagitat, ad auditorii sacri venire iudicium
neque illic ex praeiudicio poenam vereri, sed appellationis
iniustae iustaevē discriminē competenti subire luctamine.
Praeterea quidquid in cunctis cognitionibus atque
conflictibus libelli absque documento et recitatione
decernitur, praeiudicii loco iuste ac probabiliter putatur.

433) C. 7,45,16. Dagegen hat “vox” in C. 7,45,7 eine allgemeinere Bedeutung und betraf auch (schriftliche) Urteile.

434) C. 2,11[12],19; vgl. Bas. 21,3,18 (= SCHELTEMA, A III, S. 1042).

435) C. 2,11[12],17.

436) Bas. 21,3,16 (= SCHELTEMA, A III, S. 1041 f.); Sch. 1 *ad* Bas. 21,3,16 (= SCHELTEMA, B IV, S. 1321); Bas. 60,1,10 (= SCHELTEMA, A VIII, S. 2738); Sch. 1 *ad* Bas. 60,51,30 (= SCHELTEMA, B IX, S. 3893 f.).

Atque ab eo si vel vocem quisquam provocationis obiecerit vel libellum, disputatione non indiget, quin certa atque manifesta praeiudicii condicione teneatur eumque confessim ab eodem cognitore exigi conveniet ac teneri.

Den Kaisern ging es um eine klare Unterscheidung von Urteilen und Zwischenbescheiden im Zusammenhang mit dem Problem der Appellationszulässigkeit. Bei den ersteren sollte die Partei keine Geldstrafe (*ex praeiudicio poena*) befürchten, weil dieses Anfechtungsmittel hier zulässig war und seine Untersuchung vom Standpunkt der Rechtmäßigkeit durch das Gericht der höheren Instanz erfolgte. Beim *praeiudicium* wurde die Appellation verboten, und aus den Worten „*praeiudicii condicio*“, insbesondere im Zusammenhang mit der oben dargestellten Regelung bei Urteilen ergibt sich, daß der Appellierende eine Geldstrafe erhielt. Es folgte auch natürlich keine (inhaltliche) *disputatio*.

Im Zusammenhang mit einer unterschiedlichen Regelung der Zulässigkeit der Appellation bei Urteilen und Zwischenbescheiden führten die Kaiser deren Unterscheidung unter Annahme des formalen Elements als Grundlage durch. Das Urteil (*sententia*) mußte schriftlich angefertigt werden, anders war es bei Zwischenbescheiden (*praeiudicia*) (437). Daraus folgt, daß die letzteren mündlich ergingen.

437) So richtig G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 12 f.; ihm folgend W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 243 und Anm. 45. Anders B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 457; M. KASER, *o.c.*, S. 496 mit Anm. 12; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 76 f.; vgl. auch A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, S. 54 f. und Anm. 39 (dagegen W. LITEWSKI, *Labeo* 19 [1973], S. 223).

In der ausgehenden Dominatsperiode im Osten mußten Ladungsbefehle bezüglich bestimmter Personen schriftlich sein. Dies wurde von Kaisern: Zeno⁽⁴³⁸⁾ und Anastasius⁽⁴³⁹⁾ verordnet. Es fehlt an Belegen, daß eine ähnliche Vorschrift *denegatio actionis* betraf⁽⁴⁴⁰⁾.

Selbst bei Urteilen gab es keine vorgeschriebene Textform⁽⁴⁴¹⁾. Umsomehr betraf dies Interlokute, was im Hinblick auf deren große Unterschiedlichkeit ganz klar ist. Dies ist im Lichte der oben dargestellten Kasuistik sichtbar⁽⁴⁴²⁾, besonders in den Texten, die den Wortlaut von manchen Interlokuten angeben⁽⁴⁴³⁾. Im allgemeinen waren sie kurz⁽⁴⁴⁴⁾. Gelegentlich trat der Terminus „*videri*“ auf⁽⁴⁴⁵⁾, der übrigens bei Urteilen oft angewandt wurde⁽⁴⁴⁶⁾.

438) C. 12,1,17,2; C. 12,21[22],8,2; C. 12,29[30],3,6.

439) C. 12,19,12,2.

440) Anders A. POLAČEK, ZSS 63 (1943) S. 413. Allerdings sprechen die von ihm herangezogenen Texte (C. 7,44,1; 3; C. 7,45,16) von Urteilen. Symmachus, *Rel.* 16 gibt keinen Beweis der Schriftlichkeit der Zwischenbescheide.

441) M. KASER, *o.c.*, S. 88, 285, 391 f., 497; M. A. von BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. II, S. 627 f.; L. WENGER, *o.c.*, S. 207.

442) S. 184 ff.

443) S. 184 Anm. 141.

444) Z.B. D. 48,19,32; C. 2,11[12],17.

445) D. 48,16,1,5.

446) M. A. von BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. II, S. 627; M. KASER, *o.c.*, S. 88, 285 Anm. 12. Allgemein konnte „*videri*“ auch den Befehl bedeuten; siehe W. KUNKEL, ANRW I,2, S. 15.

Eine Begründung war selbst bei Urteilen nicht erforderlich (447), also um so weniger bei Zwischenbescheiden. Dies bestätigt die erhaltene Kasuistik. Der Richter konnte aber sein Interlokut begründen, wenn er es für zweckmäßig hielt (448).

Es gab keine speziellen Vorschriften über das Protokollieren von Zwischenbescheiden. Allgemeine Regelungen galten. Zuerst bis zum klassischen Kognitionsverfahren einschließlich gab es keine bindenden Vorschriften über Protokollierung (449). Eine solche Pflicht erschien im Hinblick auf das ganze Verfahren erst in der nachklassischen Periode (450). Es sind Beispiele von protokollierten Interlokuten vorhanden, übrigens alle im Rahmen des Kognitionsverfahrens (451).

9. WIRKUNGEN

a. Im Zusammenhang mit Urteilen tritt der Terminus “*effectus sententiarum*” auf (452). Anders war es mit

447) M. KASER, *o.c.*, S. 88 Anm. 9; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, Bd. I, Roma 1961/62, S. 435 f.; K. VISKY, RIDA 3^e série, 18 (1971), S. 737 ff.; W. LITEWSKI, *Rzymski proces cywilny*, S. 28, 62, 94.

448) Beispiele: *Lis fullonum* (= FIRA III, S. 512); P.Lips. I,38 (= FIRA III, S. 543 f.).

449) M. KASER, *o.c.*, S. 380 und die dort angeführte Literatur.

450) M. KASER, *o.c.*, S. 447 f. und die dort zitierte Literatur.

451) *Lis fullonum* (= FIRA III, S. 511 f.); P.Lips. I,38 (= FIRA III, S. 543 f.); P.Bouriant 20 (= FIRA III, S. 534 f.); siehe auch C. 7,57,4 (*Interlocutio praesidis apud acta signata*); zu C. 9,51,1 siehe D. NÖRR, *o.c.*, S. 540 ff.

452) Rubr. PS 5,5a; Rubr. D. 42,1.

Zwischenbescheiden, aber dennoch war auch bei ihnen das Wirksamkeitsproblem vorhanden.

Ausnahmsweise ist im Zusammenhang mit dem Ladungsbefehl in kaiserlichen Konstitutionen aus dem V. Jh. nach Chr. über *auctoritas* die Rede (453). *Auctoritas rei iudicatae* war die Wirkung einzig und allein des Urteils (454) und nicht des Zwischenbescheids (455). Das letztere ist ausdrücklich belegt (456). Es ist natürlich, daß das Interlokut Wirkungen nur in gegebener Sache hervorrief. Anders war nur im Falle dessen Erlasses durch den Kaiser. Darüber informiert Ulpian in D. 1,4,1,1.

Ulpianus libro primo institutionum. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decretum vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus.

Der Jurist zählt verschiedene Arten von kaiserlichen Verordnungen, die (in seiner Zeit) *leges* bildeten auf. Es waren: *epistula*, *subscription*, *decretem* (nach einer durchgeföhrten *cognitio*) und die *de plano* erlassene *interlocutio*. Für uns ist die

453) C. 2,12[13],26 (J. 406); C. 1,3,2 §§ 1, 2 (J. 456 ?).

454) G. PUGLIESE, *Studi B. Biondi*, Bd. II, Milano 1963, S. 156 f.; zum Kognitionsverfahren M. MARRONE, *Annali Palermo* 24 (1955), S. 405 ff.

455) G. CHIOVENDA, o.c., S. 16; B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 407; G. PUGLIESE, *Studi B. Biondi*, Bd. II, S. 146, 165 Anm. 63.

456) C. 7,57,4 (vgl. C. 7,57,6); siehe auch eine allgemeinere Formulierung in C. 7,45,7 pr.

letztere Kategorie wesentlich (457). Es ist die einzige sie nennende römische Quelle (458). Insbesondere wird sie durch die parallelen Stellen, d.h. I. 2,6 und Theoph. *Gr.Par. ad* I. 2,6 nicht erwähnt (459). Es ist aber zu betonen, daß *interlocutio de plano* im entsprechenden Text der Basiliken auftritt (460).

Weil *decretum* und *interlocutio* vom Kaiser erlassen wurden, kam das Kognitionsverfahren in Frage. Beide genannten Entscheidungsarten waren (neben *epistula*, *subscriptio* und *edictum*) differenziert, was gegen die Zurechnung der *interlocutiones* zu Dekreten spricht (461). Diese beiden Kategorien wurden zu kaiserlichen Konstitutionen gerechnet und als *leges* bestimmt. Auch kaiserliche Interlokute waren also eine Rechtsquelle, demzufolge hatten sie zumindest gelegentlich einen normativen Inhalt (462) und führten neue Rechtssätze ein (463). Offensichtlich bildeten sie auch ein selbständiges Rechtsinstitut.

457) Zur Echtheit Anm. 38.

458) Siehe D. NÖRR, *o.c.*, S. 523.

459) Zu diesen Auslassungen siehe D. NÖRR, *o.c.*, S. 522 f.

460) Bas. 2,6,2 (= SCHELEMA, A I, S. 75) ex D. 1,4,1,1.

461) Siehe Anm. 112.

462) D. NÖRR, *o.c.*, S. 533, 535.

463) Ein konkretes Beispiel in D. 40,5,38. Siehe P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, II. Aufl., München - Leipzig 1912, S. 305; D. NÖRR, *o.c.*, S. 535; vgl. G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 15 f. Anders S. SOLAZZI, *Studi S. Riccobono*, Bd. I, Palermo 1936, S. 92 mit nicht überzeugenden Argumenten. Insbesondere stammt C. 1,14,3,1 erst aus dem Jahre 426. Die Feststellung in C. 7,45,9, daß Zwischenbescheide meistens das Verfahren nicht beendeten, hat mit unserem Problem nichts zu tun.

Das Problem der Geltungsgrenzen von kaiserlichen (*edicta* und) *interlocutiones* trat in der Konstitution von Theodosius II. und Valentinian III. C. 1,14,3,1 vom Jahre 426 auf.

Idem (impp. Theodosius et Valentinianus) AA. ad senatum. Sed et si generalis lex vocata est vel ad omnes iussa est pertinere, vim obtineat edicti; interlocutionibus, quas in uno negotio iudicantes protulimus vel postea proferemus, non in commune praeiudicantibus, nec his, quae specialiter quibusdam concessa sunt civitatibus vel provinciis vel corporibus, ad generalitatis observantiam pertinentibus (a. 426).

Mit allgemeiner Geltung des Ediktes war *lex* (d.h. kaiserliche Verordnung) ausgestattet, die als *generalis* bezeichnet wurde oder einen an alle gerichteten Befehl enthielt. Dieser Wirkung entbehrten dagegen *interlocutiones*, die in der Vergangenheit erlassen wurden oder in der Zukunft in einer konkreten Sache zu erlassen waren, wie auch Bestimmungen, die speziell Städte, Provinzen oder Vereine betrafen⁽⁴⁶⁴⁾. Mit anderen Worten, die kaiserlichen Zwischenbescheide verloren Gesetzeskraft und hörten auf Rechtsquelle zu sein⁽⁴⁶⁵⁾.

464) Siehe auch Bas. 2,6,8 (= SCHELEMA, A I, S. 76).

465) Vgl. Th. KIPP, *Geschichte*, S. 81 Anm. 27 zu Dekreten, zu denen er auch Interlokute rechnete (S. 70). Anders P. KRÜGER, *o.c.*, S. 305 zu Urteilen nach justinianischem Recht (mit der Berufung auf C. 1,14,12 pr. und § 1).

b. Interlokute wurden vollstreckt, wenn ihr Inhalt sich dazu eignete. In der Regel erfolgte das unmittelbar nach ihrem Erlaß. Gegebenenfalls fand das ein wenig später statt. Die Zwischenbescheide selbst enthielten manchmal eine Vollstreckungsfrist (466). Möglich war auch die Angabe der Sanktion für die Nichtbefolgung des Zwischenbescheids (467) oder anders — der Vollstreckungsfolge (468). Die Interlokute durften keine Wirkungen (z.B. Infamie) hervorbringen, wenn dazu das Urteil unentbehrlich war (469).

Wenn die Appellation von einem Zwischenbescheid ausnahmsweise zulässig war, erfolgte auf allgemeinen Grundsätzen eine Einstellung dessen Vollstreckbarkeit (470)

10. WIDERRUF

a. Zwischenbescheide konnten fehlerhaft sein. Die Sanktion von ernstlichen Fehlern konnte Nichtigkeit sein. Dies war aber nicht so häufig, weil es wenige Gültigkeitserfordernisse von Interlokuten gab, was besonders die Form betraf. Es ist also

466) D. 48,2,18; P.Bouriant 20 (= FIRA III, S. 535); C. 7,62,36; D. 4,8,19,2; Coll. Carth. 52a.

467) P.Bouriant 20 (= FIRA III, S. 534 f. – der abgesonderte Prozeß); siehe auch C. 7,57,4 (Geldstrafe).

468) P.Bouriant 20 (= FIRA III, S. 535).

469) D. 48,19,32; C. 2,11[12],17; 19.

470) R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, II. Aufl., Torino 1953, S. 393 ff.; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 14 (1967), S. 390 ff., ANRW II, 14, S. 82 ff.

nicht verwunderlich, daß fast keine Quellenaussagen aus diesem Bereich zu finden sind. Man kann D. 49,8,3 pr. anführen:

Paulus libro sexto decimo responsorum. Paulus respondit impossibile praeceptum iudicis nullius esse momenti.

Der Text ist allgemein formuliert. Bestimmt umfaßt er Urteile (471), höchstwahrscheinlich auch Zwischenbescheide (472). Darauf kann auch der Terminus “*sententia*” in § 1, also weniger allgemein als *praeceptum iudicis* in pr. hinweisen.

Auf die Nichtigkeit scheint C.Th. 12,1,71 hinzuweisen:

Idem (impp. Valentinianus et Valens) AA. et Gratianus A. ad Amphilochium cons(ularem) Campaniae sive ad Sofronium cons(ularem) Piceni. ... Quiescat autem illa interlocutio, qua, cum huiusmodi querimoniae deferantur, pronuntiet iudex curiam suum nosse discrimen.

Der Begriff der Nichtigkeit war bestimmt der gleiche wie bei Urteilen (473), d.h. der erlassene Zwischenbescheid war im rechtlichen Sinne *ipso iure* nicht existierend.

Die in der Zeit der Republik entstandene *intercessio* bildete die Reaktion eines höheren oder eines gleichrangigen *magistratus* oder Volkstribuns, die gegen verschiedene Akte der

471) Siehe H. APELT, *o.c.*, S. 92; M. KASER, *o.c.*, S. 391 f. Anm. 3, S. 393 Anm. 13, S. 394 Anm. 29.

472) Die Rubrik im originellen Text von Paulus ist unsicher; siehe O. LENEL, *Pal.*, Paulus 1585 und 1586.

473) H. APELT, *o.c., passim*, insbesondere S. 149 ff.; M. KASER, *o.c.*, S. 289, 393 f., 503; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 12 (1965), S. 375 ff.

Magistraturen, darunter auch im Bereich der Gerichtsbarkeit (aber niemals gegen Entscheidungen des *iudex privatus*) gerichtet war. Ihre Anwendung hing von dem Ermessen des Interzedenten ab und eventueller Antrag der Partei hatte lediglich die Bedeutung der Information. *Intercessio* hatte kassatorische Wirkung (474). Theoretisch durfte sie gegen Prozeßinterlokute gerichtet sein. Der Mangel an den dies unmittelbar bestätigenden Quellen ist damit zu erklären, daß dies in der Praxis nicht stattfand, und wenn schon, so ungewöhnlich selten.

Mehrmals war die Rede über das Problem der Appellationsunzulässigkeit von Zwischenbescheiden. Es gibt dagegen keine Anzeichen der Anwendung von anderen Anfechtungsmitteln und insbesondere von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Offensichtlich war es überflüssig. Dagegen sind oft Quellen anzutreffen, die über Widerruf oder über Änderung der Zwischenbescheide (von Amts wegen) handeln.

b. Abgesehen von der Nichtigkeit war die einfachste Reaktion gegen mangelhafte gerichtliche Entscheidungen ein Widerruf. Manchmal kann auf diese Weise außer der Aufhebung auch der Erlass einer neuen Entscheidung vorliegen und dann ist über eine Änderung zu sprechen.

Das Problem des Widerrufs zusammen mit dem Erlass einer neuen Entscheidung war im römischen Recht sowohl im

474) M. KASER, o.c., S. 125 f. und die dort angeführte Literatur; W. LITEWSKI, o.c., S. 392 ff.

Verhältnis zu Urteilen, wie zu Zwischenbescheiden ausdrücklich aufgestellt, wenn auch unterschiedlich geregelt.

Die Aufhebung samt dem Widerruf war mit verschiedenen Termini bezeichnet, und zwar bezüglich der Urteile: *rescindere* (475), *revocare* (476), *refragari* (477) wie auch *tollere* und *remittere* (478). Der erste Terminus (479) und die zwei letzteren (480) kommen auch bezüglich der Interlokute vor. Im Falle einer Änderung sprach man bei Urteilen über *corrigerere* (481), *mutare* (482), *corrigerere vel mutare* (483), *inmutare* (484) und *iterum iudicare* (485), und bei Zwischenbescheiden über *mutare* (486) und *corrigerere* (487). Gelegentlich werden konkrete Beispiele der Änderung, und zwar Verschärfung oder Milderung der Strafe (488) oder der Änderung des Erscheinstermins der Parteien

475) D. 42,1,42; vgl. auch D. 48,19,27 pr.

476) D. 48,18,1,27; C. 7,50,1; siehe auch Lex Romana Burgundionum 33,4 und 5 (vgl. C.Th. 2,9,1).

477) Lex Romana Burgundionum 33,5.

478) D. 42,1,4.

479) D. 48,19,27 pr.

480) D. 42,1,14.

481) D. 4,8,20; D. 42,1,55.

482) D. 4,8,19,2; D. 48,19,27 pr.

483) C. 7,44,2 pr.

484) C.Th. 4,17,5 und *interp. ad h.l.*

485) D. 42,1,62; siehe auch D. 42,1,45,1 = PS 1,13a,1c.

486) D. 4,8,19,2.

487) D. 49,2,2.

488) D. 42,1,45,1 = PS 1,13a,1c.

erwähnt (489). Die Regelung des Problems der Zulässigkeit der Aufhebung allein oder eventueller Änderung war die gleiche.

c. Mehrmals ist das Verbot der Aufhebung (490) und der Änderung des Urteils belegt (491). Einer der Texte informiert, daß letztere ungewöhnlich war, und daher in der Praxis nicht angewandt wurde (492). Der gemachte Widerruf bedurfte keiner Appellation (493), er war *ipso iure* nichtig (494). Verbote sind sowohl bezüglich des Formular- wie auch des Kognitionsverfahrens belegt. Dasselbe ist auch auf Legisaktionenprozeß zu beziehen.

Der älteste Text stammt von Alfenus Varus und enthält wahrscheinlich ein *responsum* von Servius (495):

D. 42,1,62. *Alfenus Varus libro sexto digestorum a Paulo epitomatorum. Cum quaerebatur, iudex, si perperam*

489) D. 4,8,19,2, wo auch allgemein von *iubere* und *vetare* oder von anderem *iubere* die Rede ist.

490) D. 42,1,14; D. 42,1,42; D. 48,18,1,27; C. 7,50,1; Lex Romana Burgundionum 33,4 und 5.

491) D. 4,8,19,2; D. 4,8,20; D. 42,1,45,1 = PS 1,13a,1c; D. 42,1,55; D. 42,1,62; D. 48,19,27 pr.; C. 7,44,2 pr.; C.Th. 4,17,5 und *interpr. ad h.l.*

492) D. 48,19,27 pr.

493) C. 7,50,1.

494) Zum Verhältnis der Nichtigkeit der Urteile mit der Appellation siehe W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 12 (1965), S. 429 ff.; anders L. RAGGI, *Studi*, Bd. I, S. 19 ff. (dazu kritisch W. LITEWSKI, *Labeo* 11 [1965], S. 225 ff.).

495) Siehe F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 109, 254 f.

iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare, respondit non posse.

Der angeführte Text bildet das einzig erhaltene Fragment aus dem sechsten Buch der Digesten von Alfenus Varus (496) in der Fassung von *Epitomae* des Paulus (497). Die gestellte Frage betraf die Möglichkeit einer erneuten Entscheidung der Sache an demselben Tage, an dem das Urteil gefällt wurde. Die erteilte Antwort war ablehnend. Es handelte sich um eine im Formularverfahren ergangene Entscheidung, worauf eine frühe Herkunft des Textes hinweist. Das *responsum* dem Servius zuschreibend (was als fast sicher anzunehmen ist), war der Kognitionsprozeß hier gar ausgeschlossen, weil er dann noch nicht vorhanden war (498). Aller Wahrscheinlichkeit nach ist dasselbe im Falle der Autorschaft von Alfenus Varus (499), der im Jahre 39 vor Chr. Konsul war (500), anzunehmen.

Das Wort “*eodem die*” ist damit zu erklären, daß das Urteil am Tage seiner Fällung in bestimmten Fällen ergänzt werden durfte. Darüber informiert D. 42,1,42, das unmittelbar über

496) O. LENEL, *Pal.*, Alfenus Varus 72.

497) Zu radikal verdächtigt F. SCHULZ, *o.c.*, S. 254 f. die paulinische Fassung.

498) M. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien 1921, S. 226; L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano 1940, S. 35 f.

499) Vgl. M. WLASSAK, *o.c.*, S. 226.

500) F. SCHULZ, *o.c.*, S. 49; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, II. Aufl., Graz - Wien - Köln 1967, S. 29.

Prätor handelt (⁵⁰¹). Es scheint also nicht richtig, daß das, was dem letzteren erlaubt, dem privaten Richter verweigert worden sei (⁵⁰²). In Wirklichkeit ging es hier um zwei verschiedene Fragen, und zwar um die Änderung des Urteils (dadurch verbunden mit dessen Aufhebung) in D. 42,1,62 und um dessen Ergänzung in D. 42,1,42 (⁵⁰³).

Dann ist D. 42,1,14 anzuführen:

Idem (Celsus) libro vicesimo quinto digestorum. Quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et remittere licet: de sententiis contra.

Nach dem Verfasser durfte der Prätor seinen Befehl oder sein Verbot durch Gegenbefehl aufheben. Das war hinsichtlich der Urteile unmöglich.

Der Text ist echt (⁵⁰⁴) und war mit dem Interdiktenverfahren verbunden (⁵⁰⁵). Das letztere gehörte dem Formularverfahren an, worauf hier zusätzlich der vom Juristen genannte Prätor hinweist (⁵⁰⁶). Celsus ließ die Aufhebung der Interdikte zu und schloß sie

501) Siehe M. WLASSAK, *o.c.*, S. 226 f.

502) So M. WLASSAK, *o.c.*, S. 226 f.

503) Näher zu diesem Text W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 12 (1965), S. 395 f.; zur Echtheit S. 395 Anm. 85.

504) So M. LAURIA, *Studi P. Bonfante*, Bd. II, Roma 1930, S. 531 Anm. 304 (insbesondere gegen M. WLASSAK, *o.c.*, S. 222 ff. und B. BIONDI, *Annali Palermo* 12 [1929], S. 259 Anm. 2; *Scr. giur.*, Bd. II, S. 459 f. Anm. 6); zustimmend W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 390 Anm. 64.

505) O. LENEL, *Pal.*, Celsus 205.

506) Er wurde auch in Bas. 9,3,14 (= SCHELTEMA, A II, S. 542) erwähnt.

in bezug auf Urteile aus. Im Rahmen des Formularprozesses ging es natürlich um *sententiae*, die von *iudices privati* erlassen wurden (507). Wenn der Widerruf der Interdikte zulässig war, betraf dies umso mehr natürlich sämtliche *interlocutiones*.

Der folgende Text kommt von Ulpian:

D. 42,1,55. *Ulpianus libro quinquagesimo primo ad Sabinum. Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit: et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit: semel enim male seu bene officio functus est.*

Der Text ist echt (508). Der erste Satz gibt den Grundsatz an, daß nach der Fällung des Urteils der Richter seine Funktion verlor. Dieser Teil ist Sabinus zuzuschreiben (509). Dann informiert Ulpian, der Richter habe sein Urteil nicht korrigieren dürfen, da er nur einmal, schlecht oder gut, seine Funktion erfüllt habe (510). Es handelte sich hier unmittelbar um privaten Richter im Formularverfahren (511), aber die angegebene Regelung

507) Anders natürlich in Bas. 9,3,14 (= SCHELTEMA, A II, S. 542).

508) So M. WLASSAK, *o.c.*, S. 226; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 389 Anm. 62 (insbesondere gegen B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 460 f. Anm. 1).

509) So F. SCHULZ, *Labeo* 10 (1964), S. 270; auch M. WLASSAK, *o.c.*, S. 226.

510) Siehe M. WLASSAK, *o.c.*, S. 226.

511) So richtig M. WLASSAK, *o.c.*, S. 226. Der Text stammt aus dem 51-en Buch des Kommentars *ad Sabinum*, welches wahrscheinlich die Rubrik “*De iudiciis*” hatte. Siehe O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 2989.

zusammen mit der Begründung war auch für den delegierten Richter im Kognitionsverfahren maßgebend (⁵¹²).

Die übrigen Quellen, die den Widerruf von Amts wegen und die Urteilsänderung verboten, betreffen unmittelbar das Kognitionsverfahren.

D. 48,19,27 pr. *Idem (Callistratus) libro quinto de cognitionibus. Divi fratres Arruntio Siloni rescripserunt non solere praesides provinciarum ea quae pronuntiaverunt ipsos rescindere. Vetinae quoque Italisci rescripserunt suam mutare sententiam neminem posse idque insolitum esse fieri. Si tamen de se quis mentitus fuerit vel, cum non haberet probationum instrumenta, quae postea reppererit, poena adflictus sit, nonnulla exstant principalia rescripta, quibus vel poena eorum minuta est vel in integrum restitutio concessa.*

Der Text entstammt dem fünften Buch *De cognitionibus* von Callistratus, das über den Strafprozeß handelt. Schon der Titel des Werkes selbst besagt, daß es sich um Kognitionsprozeß handelte. Außerdem stammte die angeführte Quelle aus dem Teil, der über das Ansuchen des Kaisers durch Richter handelte (⁵¹³).

Im ersten angeführten Reskript haben Marcus Aurelius und Lucius Verus festgestellt, die Provinzstatthalter hätten nicht gepflegt, ihre Urteile aufzuheben, im zweiten – niemand dürfe seine *sententia* ändern und solche Fälle seien nicht üblich

512) So zu Recht M. WLASSAK, o.c., S. 226.

513) O. LENEL, *Pal.*, Callistratus 33.

gewesen (⁵¹⁴). Dann gab Callistratus in Anlehnung an nicht näher bestimmte Reskripte an, in manchen Fällen habe eine Milderung der Strafe oder eine Erteilung der *in integrum restitutio* aber nur durch den Kaiser stattfinden können (⁵¹⁵).

Das erste Reskript gab das Verbot der Urteilsaufhebung nicht an, aber es stellte nur eine abneigende Stellungnahme der Provinzstatthalter zur Aufhebung deren Entscheidungen fest. Meines Erachtens ist der Terminus “*pronuntiare*” auf sämtliche Gerichtsentscheidungen, darunter auch auf Interlokute zu beziehen. Wenn er nur Urteile betroffen hätte, würde er wahrscheinlich nur einfach das Verbot deren Aufhebung durch Provinzstatthalter, die sie erließen, angeben. Die Feststellung, jene Richter hätten es nicht gepflegt, ihre Urteile aufzuheben, wäre eine zu schwache Formulierung. Im zweiten Reskript haben wir nicht nur eine Information, nicht üblich sei die Änderung ihrer Urteile durch Richter, aber auch das angegebene Verbot es zu tun. Bei der vorgeschlagenen Interpretation braucht man nicht den Mangel am rechtlichen Verbot oder zumindest dessen nicht effektive Beobachtung zu vermuten. Keine Quellen weisen auf das Vorhandensein solcher Erscheinungen hin und das Verbot selbst ist mehrmals auf eine Weise belegt, die auf den Mangel an Zweifeln in dieser Materie hinweist (⁵¹⁶).

514) Vgl. R. BONINI, *I “libri de cognitionibus” di Callistrato*, Bd. I, Milano 1964, S. 112. Das entsprechende Bas. 60,51,25 (= SCHELTEMA, A VIII, S. 3078) enthält hier nur das kurz formulierte Verbot der Aufhebung ihrer Urteile durch Provinzstatthalter.

515) Vgl. Bas. 60,51,25 (= SCHELTEMA, A VIII, S. 3078).

516) Dies zu R. BONINI, *o.c.*, S. 112.

Der erwähnte Text betraf unmittelbar das Kognitionsverfahren, aber die allgemeine Formulierung des zweiten Reskripts weist darauf hin, daß das dort enthaltene Verbot sich auf alle Richter, insbesondere ohne Rücksicht auf die Prozeßart bezog.

Der Verfasser des folgenden Textes ist Paulus:

D. 42,1,42. *Idem (Paulus) libro tertio responsorum. Paulus respondit rescindere quidem sententiam suam praecedentem praetorem non posse, reliqua autem, quae ad consequentiam quidem iam statutorum pertinent, priori tamen sententiae desunt, circa condemnandum reum vel absolvendum debere supplere, scilicet eodem die.*

Das angeführte Fragment ist als echt anzusehen (517). Im ersten uns interessierenden Teil stellt der Jurist fest, der Prätor habe seine *sententia* nicht aufheben dürfen. Der letztere Terminus bedeutet hier Urteil, was nicht nur der Inhalt des angeführten Verbots, sondern auch der weitere Teil des Textes, der über *condemnare* und *absolvere* handelt, aufweisen. In Frage kam also ein nicht näher bestimmter Prätor, der im Rahmen des Kognitionsprozesses fungierte (518). Nach Paulus durfte er sein Urteil nicht aufheben (519).

517) Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 390 Anm. 65 und S. 395 Anm. 85 (insbesondere gegen G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Bd. III, Tübingen 1913, S. 58; Bd. V, Leipzig 1931, S. 43 und B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 460 Anm. 1).

518) Siehe M. WLASSAK, *o.c.*, S. 224 f., 226 f.

519) Das Wort “*praecedens*” betraf das Urteil und nicht den Prätor; siehe W. LITEWSKI (oben Anm. 517). So ausdrücklich Bas. 9,3,42 (= SCHELTEMA, A II, S. 481).

Von demselben Juristen kommt D. 42,1,45,1 = PS 1,13a,1c.

Paulus libro primo sententiarum. De amplianda vel minuenda poena damnatorum post sententiam dictam sine principali auctoritate nihil est statuendum.

Ohne Teilnahme des Kaisers war es unmöglich, die Strafe nach dem Urteil zu verschärfen oder zu mildern (520). Es wurde also das Verbot von dessen Änderung durch den Richter unmittelbar auf ein konkretes Beispiel der Strafbemessung bezogen.

Aus dem umfangreichen Text Ulpians D. 48,18,1,27 ist für unser Problem nur der Satz wesentlich: ... *Sed praeses provinciae eum quem damnavit restituere non potest, cum nec pecuniariam sententiam suam revocare possit.* Die erhobenen Vorwürfe gegen die Echtheit des ganzen Textes (521) enthalten keine überzeugende Begründung, zumindest im Hinblick auf den angeführten Satz, der jedenfalls inhaltlich keine Bedenken erweckt. Dieser spricht unmittelbar über das Verbot des Widerrufs seines Urteils durch den Provinzstatthalter (522), also eines, der im Rahmen des Kognitionsverfahrens tätig war. Es ist ein auch mit anderen Quellen bestätigtes Verbot. Aus der angeführten Formulierung, besonders aus den Worten “*cum nec*”

520) Vom Urteil spricht ausdrücklich Bas. 9,3,45 (= SCHELTEMA, A II, S. 481 f.).

521) G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd. I, Tübingen 1910, S. 117 f.; vgl. auch Bd. V, S. 84 f.; A. DELL'ORO, *I "libri de officio" nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, S. 172.

522) Bas. 60,50,1,27 (= SCHELTEMA, A VIII, S. 3060) betrifft allgemeiner jeden Richter.

folgt, daß das Verbot nicht nur das Zivil-, sondern auch (und das umso mehr) das Strafurteil betraf (⁵²³).

Allgemein ist die Verordnung von Gordian in C. 7,50,1 aufgefaßt.

Imp. Gordianus A. Secundo. Neque suam neque decessoris sui sententiam quemquam posse revocare in dubium non venit: nec necesse esse ab eiusmodi decreto interponere provocationem explorati iuris est.

Die Erwähnungen von *decretem* und *decessor* weisen auf das Kognitionsverfahren hin (⁵²⁴). Es ist ein konkreter Richter (z.B. Provinzstatthalter) nicht genannt. Der Text bezieht sich im allgemeinen auf die Richter. Keiner von ihnen durfte das Urteil weder das seine noch das des Vorgängers im Amte, widerrufen. Es wurde der Mangel an Zweifeln in dieser Hinsicht betont. Die Appellation von dem widerrufenden Dekret war überflüssig, was auf seine Nichtigkeit *ipso iure* hinweist (⁵²⁵).

Die weiteren Quellen kommen aus der nachklassischen Zeit, angefangen mit C. 7,44,2 pr. (J. 371). Valentinianus, Valens und Gratian geben bei der Besprechung bestimmter Erfordernisse der Gültigkeit des Urteils, darunter im Hinblick auf dessen schriftliche Form und Verlesen vor den Parteien, einen für uns wichtigen Satz: ...*ne sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi.*

523) Noch ausdrücklicher Bas. 60,50,1,27 (= SCHELTEMA, A VIII, S. 3060).

524) Siehe auch M. WLASSAK, o.c., S. 224 f.

525) Siehe Anm. 494.

Es ist ein im Verhältnis zu allen Richtern allgemein formuliertes Verbot der Änderung ihrer Urteile (⁵²⁶).

Trotz einer allgemeinen Auffassung ist C.Th. 4,17,5 nur auf Urteile zu beziehen.

*Idem (imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus) AAA.
Timasio com(iti) et mag(istro) equitum. Condicio
praceptorum partibus praesentibus habita non potest
inmutari.*

*Interpr. ad h.l. Quidquid praesentibus partibus in causis
fuerit ordinatum, habebit plenissimam firmitatem, nec
poterit inmutari.*

Die angeführte Konstitution stammt von denselben Kaisern, wie C. 7,44,2. In diesen beiden (auch in *interp. ad* C.Th. 4, 17,5) ist über die Verkündung der Entscheidung in Anwesenheit der Parteien und über das Verbot deren Änderung die Rede. Das letztere betraf nach Quellen nur Urteile, was mehrmals belegt wird (u.a. in C. 7,44,2 pr.). *Plenissima firmitas* hätte bei Zwischenbescheiden keinen Sinn. So verstanden diese Vorschrift insbesondere die Verfasser des Codex Theodosianus, indem sie C.Th. 4,17,5 in den Titel von C.Th. 4,17: *De sententiis ex periculo recitandis* setzten.

Subsidiär kann man sich auch auf *Lex Romana Burgundionum* 33,4 und 5 berufen:

*§ 4. Ceterum praesentibus partibus secundum leges data
et relecta sententia postea non poterit revocare.*

526) Vgl. Bas. 9,1,65 pr. (= SCHELTEMA, A II, S. 449).

§ 5. Iudici quoque neque suam neque alienam sententiam liceat refragare, quia haec discussio soli principi reservatur; quia legum est, litigia sententiis vel transactionibus terminata non posse iterum revocare.

Der erste Text spricht ausdrücklich über das Verbot des Urteilswiderrufs. Es mußten aber seine Gültigkeitserfordernisse eingehalten werden, von denen über dessen Anfertigung gemäß *leges*, d.h. kaiserlichen Verordnungen (d.h. schriftlich) und über das Verlesen in Anwesenheit der Partien die Rede ist. Das erste Wort „*ceterum*“ knüpft an § 3 an, der über Appellation handelt; diese konnte zur Aufhebung des Urteils führen.

Im § 5 ist der Terminus „*refragare*“ (richtig wäre „*refragari*“) praktisch als Widerruf (des Urteils) zu verstehen, worauf übrigens der weitere das Wort „*revocare*“ enthaltende Teil des Textes hinweist. Außer dem Herrscher durfte kein Richter sowohl sein wie auch fremdes Urteil widerrufen. Man durfte zu den mit Urteilen oder Vergleichen abgeschlossenen Streiten nicht zurückkommen (527).

Es scheint mir die Hypothese unbegründet zu sein, daß ursprünglich ein Beamter im Kognitionsverfahren sein Urteil habe widerrufen dürfen (528). Dies wird durch keinen Text bestätigt, und ganz im Gegenteil, alle oben angeführten Quellen stellen einen anderen Grundsatz fest. Insbesondere gibt es keine

527) Vgl. C.Th. 2,9,1: *Litigia sententiis vel transactionibus terminata non sinimus restaurari.*

528) So vermutet M. WLASSAK, o.c., S. 221 ff.

überzeugenden Gründe zur Annahme einer Interpolation des Satzes “*de sententiis contra*” in D. 42,1,14 (529). Übrigens betraf dieser Text das Formularverfahren, wie D. 42,1,62. D. 42,1,42 nimmt nur die Möglichkeit einer Ergänzung des Urteils in einem gewissen Bereich an, aber es schließt die Möglichkeit von dessen Aufhebung entschieden aus.

Im ordentlichen Verfahren erließ der Beamte (üblicherweise der Prätor oder Provinzstatthalter) kein Urteil. Dies tat aber der *iudex privatus*. Sein Urteil durfte weder von ihm selbst (530) noch von einem in der ersten Phase des Prozesses funktionierenden Beamten widerrufen werden (531).

Mehrmals wurde in Quellen belegt, daß der Richter im Kognitionsverfahren sein Urteil nicht widerrufen oder ändern durfte (532). Dies war verboten auch hinsichtlich fremder *sententia* (533), insbesondere der seines Vorgängers im Amt (534). Dies betraf natürlich auch delegierte Richter. Wie bei *iudices privati* endeten ihre richterlichen Funktionen mit dem Urteilserlaß (535).

529) Siehe Anm. 504.

530) D. 42,1,62; D. 42,1,55.

531) D. 42,1,14.

532) D. 48,19,27 pr.; D. 42,1,42; D. 42,1,45,1 = PS 1,13a,1c; D. 48,18,1,27; C. 7,50,1; C. 7,44,2 pr.; wohl auch C.Th. 4,17,5 und *interpri. ad h.l.*; auch Lex Romana Burgundionum 33,4 und 5.

533) Siehe allgemein formuliertes C.Th. 4,17,5 und *interpri. ad h.l.*; auch Lex Romana Burgundionum 33,4; vgl. § 5.

534) C. 7,50,1.

535) M. WLASSAK, *o.c.*, S. 226.

Unzulässig war (Widerruf und) Änderung sogar des Urteils eines Schiedsrichters. Dies folgt aus dem schon behandelten D. 4,8,19,2 (536). Außerdem bestätigt das D. 4,8,20:

*Gaius libro quinto ad edictum provinciale. Quia arbiter,
etsi erraverit in sententia dicenda, corrigerre eam non
potest.*

Der Text betrifft das Schiedsverfahren, wovon der Terminus “*arbiter*” und der Kontext sowohl im originellen Werk von Gaius (537) wie auch in der justinianischen Kodifikation zeugen. Der entsprechende Text der Basiliken begründet das Verbot der Urteilsänderung damit, daß nach dessen Erlaß ein *arbiter* Richter zu sein aufhörte (538).

Die grundsätzliche Ursache des Verbots eines Widerrufs der Urteile war das Postulat der rechtlichen Sicherheit. In Anbetracht von dessen Offensichtlichkeit war dies sogar nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern vorausgesetzt. Hinsichtlich der *iudices privati*, der delegierten Richter im Kognitionsprozeß und Schiedsrichter, kam noch das Argument dazu, manchmal deutlich hervorgehoben (539), daß sie nach dem Urteil Richter zu sein aufhörten.

536) S. 166 ff.

537) O. LENEL, *Pal.*, Gaius 115.

538) Bas. 7,2,20 (= SCHELTEMA, A I, S. 309).

539) D. 42,1,55 (zum Privatrichter); D. 4,8,19,2 und Bas. 7,2,20 (= SCHELTEMA, A I, S. 309 – zum Schiedsrichter).

d. Zwischenergebnisse: vom Standpunkt des Widerrufs (und eventueller Änderung) war eine Gegenüberstellung von Urteilen und anderen Prozeßhandlungen wesentlich. Die Quellen berichten über das Verbot nur bezüglich der ersteren. Dies impliziert eine andere Regelung hinsichtlich der letzteren, obwohl es fast keine betreffenden positiven Aussagen auch in bezug auf Zwischenbescheide gibt, und dies im Hinblick auf die Offensichtlichkeit der Zulässigkeit. Zu Ausnahmen gehören wenige Texte, die mit bestimmten möglichen Zweifeln und mit der Notwendigkeit einer Betonung des Unterschieds im Verhältnis zu Urteilen verbunden waren.

In D. 42,1,14 hat Celsus eine Unterscheidung zwischen der zulässigen Änderung von (interdiktalen) Befehlen oder Verboten des Prätors und durch Verbot hinsichtlich der Urteile (von privaten Richtern) durchgeführt. Aus dem Text folgt mittelbar eine generelle Möglichkeit des Widerrufs von Zwischenbescheiden, wenn diese bei so wichtigen Entscheidungen wie Interdikte anerkannt wurde (⁵⁴⁰).

In D. 4,8,19,2 ergab sich der Zweifel aus der Mehrdeutigkeit des Terminus “*sententia*” und daher hat Cassius ausdrücklich betont, die Zulässigkeit der Änderung, von der Sabinus spricht, habe Zwischenbescheide und nicht Urteile betroffen (⁵⁴¹).

Auch in D. 49,2,2 (Paulus) tritt das Wort “*sententia*” auf. Es bezog sich auf die Entscheidung durch *arbitri* bezüglich des

540) Näher zu diesem Text S. 265 f.

541) Näher zu diesem Text S. 166 ff.

Problems der Zahlungsfähigkeit der Prozeßbürgen. Das gestellte Problem betraf hier unmittelbar die Zulässigkeit der Appellation. Nicht näher bekannte *quidam* glaubten, ohne dieses Anfechtungsmittel sei jene *sententia* vom delegierenden Richter zu korrigieren gewesen. Paulus war anderer Meinung. Aber selbst eine Ablehnung der Widerrufsmöglichkeit durch ihn betraf nur einen speziellen Fall, in dem es sich um das Bewirken dessen nicht durch *arbitri* selbst, aber durch den sie delegierenden Richter gehandelt hat. Die allgemeine Zulässigkeit des Widerrufs (und eventuelle Änderungen) der von (auch delegierten) Richtern erlassenen Zwischenbescheiden war kein Gegenstand von Kontroversen und erweckte keine Zweifel (542).

Über die Praxis des Erlasses verschiedener *interlocutiones* zum gleichen Gegenstand seitens mancher Richter informiert Aulus Gellius: ... *aliter atque aliter eadem in causa eodemque in tempore sentire et interloqui videantur* (543). Dagegen traten andere Richter ein. Dies weist aber auf das Verbot des Widerrufs von Interlokuten nicht hin, aber es bildete nur eine Kritik deren übermäßiger Veränderlichkeit.

Zweifel kann die Zulässigkeit des Widerrufes von Amts wegen hinsichtlich der den Prozeß beendenden Interlokute (z.B. *denegatio actionis*) erwecken. Es fehlen hier unmittelbare Quellenaussagen. Es scheint, daß diese Frage ablehnend zu entscheiden sei, und dies in Anbetracht einer großen Bedeutung

542) Näher zu diesem Text S. 221 ff.

543) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,19.

solcher Entscheidungen. Außerdem durften die Parteien erneut den gerichtlichen Weg einschlagen. Eine Zeitlang stand ihnen auch die Appellation zur Verfügung (544).

11. APPELLATION

a. Für unser Ziel ist eine detaillierte Besprechung der Appellationen von Zwischenbescheiden überflüssig. Im romanistischen Schrifttum wurde die Appellation von Zwischenbescheiden neulich in der Arbeit von U. VINCENTI breit analysiert (545). Hier wird sie nur soweit dargestellt sein, als es für unser Problem unentbehrlich ist.

Die Appellation war das Institut des Kognitionsprozesses, sie entstand in der Zeit von Augustus und entwickelte sich in der Regierungszeit seiner Nachfolger (546). Nach der zur Zeit überwiegenden Meinung wurde sie auch im Formularverfahren zugelassen (547), obwohl nicht vom Anfang an gegen Urteile von *iudices privati*. Zuerst bildeten hier den Anfechtungsgegenstand

544) Siehe S. 281 Anm. 563.

545) "Ante sententiam appellari potest", Padova 1986; dazu W. LITEWSKI, *Iura* 37 (1986, veröff. 1989), S. 126 ff. (teilweise kritisch). Siehe auch R. ORESTANO, *o.c.*, S. 266 ff.; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 241 ff.; A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 46 ff. (dazu W. LITEWSKI, *Labeo* 19 [1973], S. 223 f.).

546) R. ORESTANO, *o.c.*, S. 166 ff.; M. KASER, *o.c.*, S. 397 ff.; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 12 (1965), S. 356 ff.

547) W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 267 f. und die dort zitierte Literatur, insbesondere S. 268 Anm. 126; M. KASER, *o.c.*, S. 399 f.

wahrscheinlich die Anordnungen des Magistrats in der ersten Phase des Prozesses, und erst dann die Urteile, bei denen die Kaiser sich anfangs auf die Aufhebung beschränkten, und erst in der spätklassischen Periode wurde die Appellation auch im Formularverfahren zu einem reformatorischen Anfechtungsmittel (548).

Es scheint, daß die ursprüngliche Appellation nicht gegen richterliche Entscheidungen gerichtet zu werden brauchte, aber sie bildete ein Abrufen des Prozesses vom niedrigeren zum höheren Richter in einem jeden Stand des Prozesses (549). Vom Standpunkt der Mangelhaftigkeit der Prozeßhandlungen aus spielte sie damals eine präventive Rolle (550). Seit der Zeit, als sie nur gegen die Entscheidungen des Richters, besonders gegen Urteile gerichtet wurde, war sie zum Anfechtungsmittel geworden.

In der Praxis hatte die Appellation gegen Urteile die größte Bedeutung, die den wichtigsten Anfechtungsgegenstand bildeten (551). In Frage kamen im Prinzip alle Urteile, darunter auch Teilurteile (seit Justinian), Ergänzungsurteile und Bedingungsurteile (552). Außerdem waren dem römischen Recht Appellationen von Zwischenbescheiden bekannt, obwohl ihre

548) M. KASER, *o.c.*, S. 399 f.

549) So Th. KIPP, RE II, s.v. *appellatio*, Sp. 167.

550) W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 12 (1965), S. 368 f.

551) R. ORESTANO, *o.c.*, S. 265 f.; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 262 ff.; ANRW II, 14, S. 68 ff.

552) W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 70; RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 265.

Zulässigkeit historischen Wandlungen unterlag. Im Vollstreckungsverfahren wurden nur Interlokute erlassen, aber trotzdem unterschied man manchmal im Zusammenhang mit Verboten die Appellation *ab execuzione* und von Zwischenbescheiden⁽⁵⁵³⁾.

Die Beschränkung des Appellationsgegenstands auf die Urteile war das Ergebnis einer Evolution. In der Wissenschaft ist strittig, ob dies schon in der klassischen Zeit, insbesondere im II. Jh. nach Chr. (554) oder erst in der Zeit Konstantins des Gr. (555) zustandegekommen war. Jedenfalls sind im II. und III. Jh. nach Chr. zumindest bestimmte Fälle der zulässigen Appellation von Zwischenbescheiden belegt und dies im Falle einer Anordnung des Folterns in der Zivilsache oder rechtswidrig in der Strafsache (556), einer Entscheidung über das Vorliegen des Grundes zur Erteilung der *in integrum restitutio* (557) und der Festlegung der Zahlungsfähigkeit der Prozeßbürgen durch *arbitri* (558). Seit

553) C.Th. 11,30,25 (anders C. 7,62,21); C.Th. 11,36,2; 3; 11; 15; 16; 18; 25 (= C. 7,65,5); 30. Siehe auch die in Anm. 423 zitierte Literatur.

554) W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 243 f.; ANRW II, 14, S. 70; vgl. R. ORESTANO, *o.c.*, S. 268, welcher in D. 49,5,2 auch den Eingriff der justinianischen Kompilatoren erwägt. Meines Erachtens gibt es dafür keine Beweise.

555) A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 46 f.; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 5 ff. (dagegen W. LITEWSKI, *Iura* 37 [1986, veröff. 1989], S. 127 f.); M. KASER, *o.c.*, S. 401, 506.

556) D. 49,5,2; dazu R. ORESTANO, *o.c.*, S. 267; W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 253; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 11 ff.

557) D. 4,4,39 pr.; näher zu diesem Text S. 186 ff.

558) D. 2,8,9; D. 49,2,2; siehe S. 221 ff.; außerdem W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 12 (1965), S. 425 f.; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 8 ff. Zu anderen eventuellen Fällen siehe U. VINCENTI, *o.c.*, S. 5 ff. und dazu W. LITEWSKI, *Iura* 37 (1986, veröff. 1989), S. 127 f.

Konstantin dem Gr. wurde das Verbot der Appellationen von Zwischenbescheiden, obgleich mit bestimmten manchmal weitgehenden Ausnahmen, mehrmals allgemein formuliert (559). Hierzu gehörten: Zurückweisung der peremptorischen Einreden (560) und der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts (561), vielleicht vorübergehend der Einreden überhaupt (562), *denegatio actionis* (563) und selbst der Verweigerung der *dilatio instrumentorum causa aut testium* (564). Das generelle Verbot wurde auch von Justinian erlassen, obwohl in der Kodifikation klassische, dazu nicht passende Texte erhalten geblieben sind (565).

Die Unzulässigkeit der Appellation war durch die natürlichen Rücksichten der Prozeßökonomie begründet. Es handelte sich um

559) Siehe vor allem U. VINCENTI, *o.c.*, S. 33 ff., 93 ff., 103 ff. (dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 128 f.); außerdem W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 244 ff., 254 ff.; A. PADOA SCHIOPPA, *o.c.*, Bd. I, S. 46 ff. (dazu W. LITEWSKI, *Labeo* 19 [1973], S. 223 f.).

560) C.Th. 11,30,37; C.Th. 11,36,23; 24. Dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 224 ff.; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 67 ff.

561) C.Th. 11,36,18 pr.; dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 258.

562) C.Th. 11,36,18 pr.; dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 256; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 66 Anm. 92.

563) C.Th. 11,36,18 pr.; dazu M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. III, S. 326; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 259.

564) C.Th. 11,36,18 pr.; vgl. C. 7,62,36 pr. Dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 259 f.; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 65 f.

565) C. 7,62,36; C. 7,45,16. Dazu U. VINCENTI, *o.c.*, S. 103 ff.; siehe auch M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. III, S. 326; M. KASER, *o.c.*, S. 507; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 244 Anm. 47.

die Vermeidung einer übermäßigen Verschleppung des Prozesses infolge zahlreicher Appellationen. Die Quellen sprechen sich hier ausdrücklich aus (566). Es gab aber Abhilfemittel, diese waren: der oben behandelte Widerruf von mangelhaften Zwischenbescheiden und die Möglichkeit, sich in der Appellation vom Urteil auf eine in früheren Interlokuten begangene Verletzung zu berufen (567).

Die Sanktionen der Einlegung einer unzulässigen Appellation waren: deren Zurückweisung (568), wobei das Gericht *a quo* diese Sache weiter führte (569), vorübergehend Geldstrafen für deren Einlegung (570) wie auch Geldstrafen des *officium* für die Annahme einer solchen Appellation (571). Der Richter selbst als *iudex qui litem suam fecit* haftete für den Schadenersatz (572).

Die Ursachen der Zulässigkeit der Appellation von bestimmten Zwischenbescheiden waren verschieden (573)

566) C.Th. 11,36,3; C. 1,4,2 (= C. 7,65,4a); C. 3,1,16; C. 7,62,36. Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 245; auch M. KASER, *o.c.*, S. 506.

567) Davon ausdrücklich C. 7,62,36; vgl. auch C.Th. 11,36,3. Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 246 f.

568) W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 247 Anm. 57.

569) C.Th. 11,36,23; entgegen W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 248 f. auch C.Th. 11,36,2 und 3.

570) W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 250 ff. Zu C.Th. 11,36,25 siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 262; auch S. 241 Anm. 35.

571) C.Th. 11,36,16; siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 252.

572) C.Th. 11,36,2; 16; siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 251 mit Anm. 77 und 78; U. VINCENTI, *o.c.*, S. 51, 63 f.

573) So richtig G. W. WETZELL, *System des ordentlichen Civilprozesses*, Leipzig 1878, S. 600 f.; zustimmend W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 261.

.Gegebenenfalls waren sie deutlich angeführt, und dies bezüglich der peremptorischen Einreden. Man hat sich hierin berufen auf dessen (übertriebene) Analogie mit Urteilen: ... *cum peremptoria praescriptio et definitiva sententia eadem vi vel consumptae causae vel non admittendae videantur operari...* (574). Manchmal handelte es sich um Vermeidung einer unabwendbaren Festlegung einer Frage, wie im Falle der Anordnung des Folterns (D. 49,5,2), der Festlegung der Zahlungsfähigkeit der Prozeßbürgen (D. 2,8,9; D. 49,2,2), der Entscheidung über das Vorliegen des Grundes zur Erteilung einer *in integrum restitutio* (D. 4,4,39 pr.) (575). Bei der *denegatio actionis* (C.Th. 11,36,18 pr.) spielte eine wichtige Rolle die große Bedeutung dieses Zwischenbescheids, der das Verfahren beendete (576). Man kann bis zu einem gewissen Grade die Zulässigkeit der Appellation von der Zurückweisung der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts (C.Th. 11,36,18 pr.) für begründet annehmen (577). Es ist aber schwer, eine richtige Begründung für die Möglichkeit zu finden, Verweigerung der Beweisvertagungen (C.Th. 11,36,18 pr.) einzuklagen. Sie konnte zu einer ernsthaften Verschleppung

574) C.Th. 11,30,37 (dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 256 f.); vgl. C.Th. 11,30,2 (dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 255 Anm. 84).

575) Siehe M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.*, Bd. II, S. 702 f.; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 253 f.

576) W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 259.

577) W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 258 f.

des Verfahrens führen, und wahrscheinlich aus diesem Grunde erschien diese Vorschrift nur einmal (⁵⁷⁸).

12. ZWISCHENBESCHEIDE ALS EIN GEGENSTÜCK DER URTEILE

Mehrmals ist eine Gegenüberstellung von Urteilen und Zwischenbescheiden in den Quellen anzutreffen. Gelegentlich ist diese unter einer unmittelbaren Anwendung von einschlägigen technischen Termini formuliert, wie in Rubriken D. 42,1 (*De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*) und C. 7,45 (*De sententiis et interlocutionibus omnium iudicium*). Man kann auch andere Beispiele anführen (⁵⁷⁹). Außerdem tritt die Gegenüberstellung beider Arten der richterlichen Entscheidungen im Inhalt bestimmter Quellen, obwohl nicht immer in einer unmittelbar formulierten Gegenüberstellung technischer Termini auf (⁵⁸⁰).

578) W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 259 f. Zu C. 7,62,36 pr. siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 260 Anm. 99.

579) D. 49,5,2 (*sententia - interloqui*); D. 40,5,38 (*interloqui - pronuntiare*); D. 1,4,1,1 (*decrevit - interlocutus est*); C.Th. 11,30,40 (*sententia - praeiudicium*); C.Th. 11,30,25 (*exsecutio - praeiudicium - sententia iurgium terminans*); Nov. Theod. 7,4,8 (*sententia vel interlocutio*); Coll. Carth. 52a (*interlocutio - sententia*); Tertullianus, *De pudicitia* 14 (*pronuntiatio - interlocutio*).

580) Z.B. D. 4,8,19,2; D. 48,16,1,5; C. 7,57,4; C. 7,46,4; C. 2,11[12],17 und 19; C. 7,45,9; Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,17 und 19. Die Verbote der Appellationen gegen Zwischenbescheide und vor dem Urteil hatten dieselbe Bedeutung (S. 225).

Sowohl Urteile als auch Zwischenbescheide waren richterliche Dezisionen. Die ersteren beendeten den Prozeß durch inhaltliche Entscheidungen⁽⁵⁸¹⁾. Dagegen war die Funktion der Interlokute die Vorbereitung der Sache und im Zusammenhang damit beendeten sie im Prinzip den Prozeß nicht⁽⁵⁸²⁾. Sie durften seine Entscheidung, insbesondere durch *condemnatio* oder *absolutio* nicht enthalten. Außerdem war ihr Inhalt verschiedenartig⁽⁵⁸³⁾. Der dargestellte Unterschied zwischen Urteilen und Zwischenbescheiden hatte grundlegende Bedeutung, darüber war in den Quellen meistens die Rede.

Die Elemente der Meinung und des Willens traten in diesen beiden richterlichen Entscheidungen auf. Im Zusammenhang damit wurde der Terminus “*sententia*”, der auf das erste Element hinweist, obwohl er im Prozeß vor allem Urteil bedeutete, auch zur Bezeichnung der Interlokute benutzt. Das Urteil enthielt eine hinsichtlich des Prozeßobjekts bindende Aussage und daher wurde sein Inhalt als *iudicatum* und die entschiedene strittige Sache als *res iudicata* bezeichnet⁽⁵⁸⁴⁾. Die Zwischenbescheide konnten bindende Aussagen enthalten, aber nicht in bezug auf den Gegenstand des ganzen Prozesses, d.h. sie durften bezüglich des Anspruchs nicht entscheiden⁽⁵⁸⁵⁾.

581) Anm. 351. Zum Teilurteil siehe S. 239 ff.

582) S. 241 ff.

583) S. 184 ff.; vgl. G. CHIOVENDA, *o.c.*, S. 14 ff.

584) Statt aller M. KASER, *o.c.*, S. 284 f.; vgl. S. 497.

585) S. 155 f., 185.

Die Urteile wurden in Straf- und strittigen Zivilsachen erlassen. Interlokute gab es außerdem im Vollstreckungs- und freiwilligen Verfahren (586) und sowohl *pro tribunali* wie auch *de plano* (587); die letzteren waren im freiwilligen Verfahren vorhanden (588).

Im Hinblick auf bestimmte gemeinsame Merkmale der Urteile und Zwischenbescheide wurden dazu gelegentlich gemeinsame Termini wie *sententia* oder *pronuntiare* angewandt.

Die Interlokute (außer bestimmten Ausnahmen in der Endphase des späten Dominats) waren mündlich. Ursprünglich betraf dies auch Urteile und erst im Kognitionsverfahren mußten sie schriftlich sein. Bisweilen wurde dieser Unterschied als grundsätzliches Kriterium betont, das diese Arten der richterlichen Entscheidungen (äußerlich) unterschied (589). Darüber hinaus war bei diesen beiden weder eine vorgeschriebene Form für den Text noch eine Pflicht zur Begründung vorhanden (590).

Es gab wichtige Unterschiede in den Wirkungen von Urteilen und Zwischenbescheiden. Nur bei den ersteren trat die materielle Rechtskraft auf. Die Interlokute besaßen keine *auctoritas rei*

586) S. 198 ff., 229 ff.

587) S. 256 f.

588) M. KASER, *o.c.*, S. 145; vgl. D. NÖRR, *o.c.*, S. 523, 525.

589) C.Th. 11,30,40; dazu S. 252 f.

590) S. 254 f.

iudicatae, was deutlich betont wurde (591). Im Gegensatz zu bestimmten Urteilen konnten die Interlokute keine Wirkungen in Gestalt der Infamie hervorrufen (592).

Die Zwischenbescheide durften von Amts wegen widerrufen werden, was bezüglich der Urteile verboten war (593). Von den letzteren war die Appellation zulässig. Diese war wiederum in bestimmten Zeiträumen gegen Interlokute, wenn auch im allgemeinen mit Ausnahmen, verboten (594).

13. SCHLUßFOLGERUNGEN ÜBER DIE GENESE DER ZWISCHENBESCHEIDE ALS EIN RECHTS-INSTITUT

Nach der Ansicht von B. BIONDI (595), die durch die herrschende Meinung geteilt wird (596), trat *interlocutio* als ein Rechtsinstitut im Formularverfahren noch nicht auf. Sie galt dort nur als ein durch das Recht nicht geregelter Ausdruck der Praxis im Rahmen des richterlichen *officium*. Sie war sowohl für den

591) Anm. 456.

592) Anm. 469.

593) S. 261 ff.

594) S. 278 ff.

595) Anm. 5.

596) Anm. 6.

Richter als auch für die Parteien nicht bindend. Man unterschied sie streng von der *sententia* (597).

Diese Ansicht scheint mir nicht überzeugend. Der Umstand, daß Zwischenbescheide in den Bereich des *officium iudicis* eingingen (598), stand deren rechtlicher Regelung sowohl in bezug auf das Kognitions- wie auch auf das Formularverfahren nicht im Wege. Inhaltlich wies das Problem der *interlocutiones* in den beiden Prozeßarten keine größeren Unterschiede auf. In Anbetracht einer großen Verschiedenartigkeit von Zwischenbescheiden ist es klar, daß hier die Praxis eine große Rolle spielte. Es gibt aber keinen Grund dazu, daß hier die Art des Prozesses von einer wesentlichen Bedeutung gewesen wäre. Dies betraf auch Beweisinterlokute, da auch selbst im justinianischen Kognitionsverfahren die richterliche Ermessensfreiheit die Regel bildete (599). Es ist klar, daß in verschiedenen Prozeßarten bestimmte, nur diesen eigene Interlokute, auftraten. Es ist hierbei beispielsweise die *pronuntiatio* bei arbiträren Klagen im Formularverfahren und den Ladungsbefehl im Libellprozeß zu nennen. Generell unterschied sich aber das Problem der Zwischenbescheide im Formular- und Kognitionsverfahren nicht viel.

597) So ausdrücklich B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 407 ff.; siehe auch S. 457 f.

598) Siehe Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,17 und 20.

599) So richtig insbesondere D. SIMON, *o.c.*, S. 349 ff., 377. Dies zu B. BIONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 408.

Im Zusammenhang damit kann man die Texte, die einen dieser Prozesse betreffen, in der Regel inhaltlich auch auf den anderen beziehen. Dies betraf vor allem solche allgemeinen Probleme wie die Unterscheidung der Zwischenbescheide von anderen Prozeßhandlungen, und besonders von Urteilen, die Vorbereitungsfunktion der *interlocutiones*, deren Stellung in der zeitlichen Struktur des Prozesses, deren Form, Wirkungen (darunter ohne *auctoritas rei iudicatae*) und der Widerruf.

Keine Begründung hat die Ansicht über eine strenge Unterscheidung der *interlocutio* von der *sententia* im Formularverfahren. Wie oben erwähnt, wurde auch im Zusammenhang mit dieser Prozedur der Terminus “*sententia*” zur Bezeichnung des Zwischenbescheids angewandt (⁶⁰⁰).

Wir verfügen über die Quellen, die unmittelbar von der rechtlichen Regelung der Interlokute im Formularprozeß zeugen. Man unterschied sie nicht nur von Urteilen sondern auch von anderen Prozeßhandlungen der Richter (z.B. deren Fragen (⁶⁰¹)). Sie konnten, wie im Kognitionsprozeß, einen sehr unterschiedlichen Inhalt haben. Manche von ihnen hatten offensichtlich eine große rechtliche Bedeutung, wie *pronuntiationes* bei arbiträren Klagen, Zwischenbescheide, die das Verfahren beendeten, insbesondere im freiwilligen Verfahren (⁶⁰²) oder die Entscheidung über die Einweisung der Gläubiger in

600) Anm. 69; ähnlich im Schiedsverfahren (D. 4,8,19,2).

601) Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,18.

602) I. 1,13,5.

den Besitz des Schuldnervermögens⁽⁶⁰³⁾. Man befaßte sich auch mit dem Problem des Widerrufs der Interlokute⁽⁶⁰⁴⁾. Wichtig war das Problem der Zulässigkeit der Appellation, die mit der Zeit auch im Formularverfahren anerkannt wurde. Damit mußte auch dort das Problem der Zulässigkeit dieses Anfechtungsmittels von *interlocutiones* geregelt werden⁽⁶⁰⁵⁾.

Unbegründet ist die Ansicht, daß die Zwischenbescheide weder den Richter noch die Parteien gebunden hätten. Es ist wahr, daß sie keine *auctoritas rei iudicatae* besaßen, und der Richter durfte sie widerrufen. Darüber hinaus enthielten sie, wie die Urteile, ein Element nicht nur der Meinung, sondern auch des Willens, und die Parteien mußten sie beobachten⁽⁶⁰⁶⁾. Widrigentfalls wäre eine effektive Führung des Prozesses unmöglich.

Die Vorbereitungsfunktion der Zwischenbescheide ist in dem das Schiedsverfahren unmittelbar betreffenden D. 4,8,19,2 deutlich formuliert. Umsomehr bezog sich das auf das gerichtliche, darunter auch auf das Formularverfahren⁽⁶⁰⁷⁾.

603) I. 4,6,4. Zu anderen Interlokuten im Formularverfahren siehe I. 1,13,5 (auch Theoph. *Gr.Par. ad* I. 1,13,5); D. 4,2,9,3; D. 48,19,3,2 (teilweise); vielleicht auch D. 49,5,2.

604) D. 42,1,14 (im Interdiktenverfahren). Vgl. auch das das Schiedsverfahren betreffende D. 4,8,19,2; umso mehr gab es jenes Problem im Formularprozeß.

605) Es scheint, daß D. 49,5,2 auch das Formularverfahren betraf; so W. LITEWSKI, RIDA 3^e série, 13 (1966), S. 242 Anm. 37; zustimmend U. VINCENTI, o.c., S. 11 mit Anm. 14.

606) S. 244 ff.

607) Das ist unter anderem in Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 14,2,17-19 sichtbar.

Die Zwischenbescheide wurden mündlich erlassen. In dieser Hinsicht unterschieden sie sich nicht von den Urteilen im Legisaktionen- und Formularverfahren.

In dieser Sachlage ist anzunehmen, daß Interlokute als ein Rechtsinstitut nicht nur im Kognitions-, sondern auch im ordentlichen Verfahren bekannt waren.

Gaius et le mandat *mea, tua*

ou *aliena gratia* (*)

par Jacques-Henri MICHEL

1. Si l'on envisage dans son ensemble le domaine contractuel du droit romain, on ne manque pas d'être frappé par la variété des fonctions que le mandat y remplit et par l'étendue des ressources qu'il a offertes à l'analyse juridique. À cet égard, il ne le cède, me semble-t-il, qu'à la stipulation, mais celle-ci constitue moins un véritable contrat qu'une forme contractuelle, un "moule à contrats". Pour se persuader de cette fécondité et doctrinale et technique du mandat, il suffit de relire les textes où Gaius et les auteurs des Institutes de Justinien se sont efforcés de réduire en

*) Ces pages reprennent en partie la matière d'un exposé sur le mandat dont l'autre part a constitué mon article: "Quelques observations sur l'évolution du *procurator* en droit romain", *Études Jean MACQUERON*, Aix-en-Provence, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1970, pp. 517-527.

On s'autorise de la destination pédagogique du présent texte pour se dispenser de détailler les discussions des modernes sur le sujet. Le lecteur les trouvera notamment chez: Fr. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II. *Commentary*, Oxford, 1953; A. BURDESE, "Mandatum *mea aliena tua gratia*", *Studi Arangio-Ruiz*, t. I, Naples, 1953, pp. 219 svv.; Al. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, Naples, 1969.

une synthèse commode les différents schémas possibles du mandat. Il s'agit des trois passages, célèbres entre tous, où se trouve exposée la distinction entre le mandat conclu dans l'intérêt, exclusif ou non, du mandant – c'est le mandat *mea gratia* --; du mandataire lui-même – c'est alors le mandat *tua gratia*, qui est nul --; d'un tiers, enfin – c'est le mandat *aliena gratia*. Ces trois passages sont, je le rappelle: GAIUS, *Institutiones* 3, 155-156 et *Res cottidiana*e, livre 2, au Digeste, titre 17, 1 *Mandati*, frg. 2, ainsi que *Institutes* 2, 26 (en y joignant la *Paraphrase* de Théophile).

Avant même d'aborder ces textes pour le fond, une constatation remarquable s'impose au lecteur: c'est la place que chacun d'eux, pour sa part, occupe dans l'exposé que l'oeuvre envisagée consacre au mandat. Chaque fois, ce passage vient en tête (dans les *Institutiones* de Gaius et dans les *Institutes* de Justinien) ou à peu près: l'extrait des *Res cottidiana*e constitue le fragment 2 du titre 17, 1 du Digeste. Tout au plus ignorons-nous s'il en était de même dans l'oeuvre originale de Gaius, mais rien n'empêche d'estimer cette hypothèse fort vraisemblable.

Comment expliquer cette place privilégiée? Tout simplement, je crois, par la circonstance que cette théorie du mandat est à la fois la plus claire et la plus commode que les jurisconsultes aient réussi à construire; qu'en outre elle se recommandait aux professeurs de droit par ses indiscutables vertus pédagogiques; qu'enfin elle rendait compte aussi parfaitement que possible de l'infinie variété des rapports contractuels dans lesquels les Romains voyaient un mandat.

2. Il ne s'agit pas ici de se livrer à une exégèse minutieuse de ces textes bien connus. Je voudrais seulement attirer l'attention sur quelques-uns des aspects les plus frappants des rapports qui unissent entre eux ces textes visiblement issus l'un de l'autre et m'interroger sur la paternité de la théorie qu'ils exposent.

Le passage des Institutes – ce cas n'a rien d'exceptionnel – est la somme des deux autres mis bout à bout ou, plus exactement, combinés avec plus ou moins de bonheur, de sorte que la doctrine de Justinien se réduit, en dernière analyse, à celle de Gaius, présentée sous deux formes différentes. La transformation la plus notable que la rédaction de Gaius ait subie dans les Institutes est la substitution de *mandans* à *mea*, puisque là où Gaius écrit *mea gratia*, les commissaires de Justinien disent *mandantis gratia*, et cette modification de détail s'explique tout naturellement par la fiction qui faisait de l'empereur lui-même l'auteur des Institutes et qui lui réservait par conséquent l'usage exclusif de la première personne (même si c'est au pluriel de majesté).

Première constatation que révèle la lecture de nos trois textes: la différence est plus grande entre les deux passages de Gaius (ou qui lui sont attribués) et l'exposé des Institutes. Dans ses *Institutiones*, Gaius distingue seulement le mandat *mea gratia* et le mandat *aliena gratia*, en n'envisageant chaque fois que l'hypothèse de l'intérêt exclusif du mandant ou d'un tiers, et en écartant, comme il va de soi, du domaine du mandat la situation où celui-ci bénéficierait au seul mandataire. Dans les *Res cottidiana*e, au contraire, tout se passe comme si l'auteur voulait

raffiner. Il ne se borne plus à considérer les cas où le contrat profite à un bénéficiaire unique. Il imagine les situations plus complexes où l'avantage du mandat va chaque fois à deux des trois parties concernées par le contrat, à savoir le mandant, le mandataire et, éventuellement, une tierce personne. Ce qui donne, – restant exclu le mandat *tua tantum gratia*, c'est-à-dire celui qui ne profiterait qu'au mandataire –, cinq combinaisons possibles. Le chiffre est d'ailleurs cité explicitement par les Institutes, et ce n'est là qu'une manifestation parmi bien d'autres de l'espèce d'obsession arithmétique qui s'empare à toute occasion des commissaires de Justinien et qui sent nettement l'école.

3. Une fois relevée la différence qui sépare les deux exposés de Gaius et après avoir constaté qu'elle est encore mise en relief par la similitude qui existe entre les *Res cottidianaे* et les Institutes, il convient de s'interroger sur les liens qui unissent l'un à l'autre les deux textes de Gaius et, ensuite, sur les rapports qu'on peut établir entre les exposés de Gaius et celui des Institutes.

Le système le plus simple me paraît incontestablement celui-ci. J'admettrais volontiers que Gaius est lui-même l'inventeur de cette théorie du mandat, dont le caractère pédagogique ne fait aucun doute à mes yeux, et j'inclinerais même à penser que c'est peu de temps avant de rédiger son manuel élémentaire qu'il a découvert la notion d'intérêt sur laquelle elle se fonde. En tout cas, tout se passe comme s'il s'agissait encore là d'une

innovation de fraîche date, qui n'a pas eu le temps de mûrir et dont l'auteur n'a pas trouvé le loisir de tirer tout le parti qu'elle offrait. Ce travail d'élaboration, cet approfondissement de l'analyse juridique, c'est dans les *Res cottidiana*e que Gaius en livrerait les résultats, et les commissaires de Justinien se seraient contentés d'additionner purement et simplement les deux passages de Gaius pour rédiger le texte qui constituait toute la première moitié du titre des Institutes consacré au mandat.

4. Ce système, qui a incontestablement pour lui le mérite de la simplicité, se fonde évidemment sur deux postulats relatifs à la moins bien connue des œuvres de Gaius qu'elle met en cause, c'est-à-dire les *Res cottidiana*e. Il faut admettre, au préalable, d'abord que le texte cité au Digeste est authentique, dans une certaine mesure au moins, et ensuite que les *Res cottidiana*e sont postérieures aux *Institutiones* ou, ce qui revient au même, qu'elles en constituaient le complément obligé.

Est-il besoin de le dire? Je ne me flatte pas d'apporter, sur des points aussi délicats et aussi controversés, plus de certitude que les innombrables romanistes qui ont consacré à Gaius plus de temps et plus de science que je ne puis espérer le faire⁽¹⁾. Je voudrais seulement proposer trois observations.

1) En ce qui concerne Gaius, je renvoie à mon article: "Du neuf sur Gaius?", *R.I.D.A.* 38 (1991), pp. 175-217.

5. En premier lieu, je crois qu'on peut d'emblée écarter résolument l'hypothèse extrême qui verrait, dans le texte attribué par le Digeste aux *Res cottidiana*e, l'oeuvre des compilateurs élaborée à partir du seul passage des *Institutiones* de Gaius, et cela pour deux raisons, tirées l'une de l'ordre dans lequel sont énumérés les cinq cas possibles, l'autre, de l'addition de deux exemples supplémentaires du mandat *mea et tua gratia*.

En effet, quant au plan de l'exposé, le texte des *Res cottidiana*e reprend d'abord les deux cas simples du mandat *mea gratia* et du mandat *aliena gratia*, seuls évoqués par Gaius dans les *Institutiones*. C'est seulement après que sont énumérés les cas combinés: *mea et aliena gratia*, *tua et mea et*, enfin, *tua et aliena*, l'hypothèse du simple conseil donné *tua tantum gratia* venant en dernier lieu. Dans les Institutes, au contraire, le schéma complexe *tua et mea gratia*, devenu *tua et mandantis gratia*, suit immédiatement le mandat *mandantis gratia*, entendez *mea gratia*, et précède le mandat *aliena gratia*.

Autre raison d'écarter l'idée d'une influence des Institutes sur le fragment attribué aux *Res cottidiana*e: alors que le texte du Digeste ne cite qu'un unique exemple du mandat *mea et tua gratia*, les Institutes en mentionnent trois, que la *Paraphrase* de Théophile prend même la peine d'analyser en détail parce qu'ils sont loin d'être simples.

6. En faveur, sinon de l'authenticité, du moins de l'origine classique du fragment des *Res cottidiana*e conservé au titre 17, 1 du Digeste, je crois qu'on est en droit d'invoquer un deuxième

argument précis: c'est le terme même qui, dans les Institutes, désigne le cautionnement réalisé au moyen du mandat. Alors que, dans le Digeste, les compilateurs, en citant les *Res cottidiana*e, ont systématiquement utilisé *fideiubere*, comme il était normal pour eux de le faire, les auteurs des Institutes, – eux qui au titre 3, 20 parlent avec la même régularité des fidéjusseurs et qui, au § 2 du titre 3, 26, citent la *fideiussoria causa* dans le premier exemple de leur crû qu'ils ajoutent à celui de Gaius pour illustrer le mandat *tua et mea gratia* – les auteurs des Institutes, dis-je, conservent très fidèlement le terme traditionnel de *spondere*, répété à trois reprises. Comme il est invraisemblable qu'ils l'aient employé spontanément s'il ne se trouvait pas dans l'exemplaire des *Res cottidiana*e qu'ils avaient sous les yeux, force nous est d'admettre qu'il y figurait effectivement et que les Institutes nous l'ont transmis par une heureuse inadvertance de Tribonien, Dorothée et Théophile.

Certes, l'emploi de *spondere* dans les Institutes ne prouve pas que les *Res cottidiana*e et, spécialement, le texte qui nous occupe soient véritablement de Gaius, mais il rend à tout le moins vraisemblable l'origine classique du passage auquel les collaborateurs de Justinien l'ont emprunté.

7. Un autre détail du texte des *Res cottidiana*e pourrait fournir un recouplement supplémentaire, d'ordre historique cette fois, qui, s'il se vérifiait, confirmerait l'origine classique du passage qui nous occupe et permettrait même peut-être de le dater du milieu du II^{ème} siècle de notre ère. Il s'agit de l'exemple cité

par Gaius pour illustrer le mandat *tua tantum gratia*, qui n'est qu'un simple conseil dépourvu de la sanction de l'*actio mandati*. Dans les *Institutiones*, Gaius évoque tour à tour et indépendamment l'un de l'autre le conseil de prêter à intérêt et celui de faire un achat quelconque (3, 156). Dans les *Res cottidiana*e, en revanche, ces deux recommandations se fondent pour ainsi dire en une seule où il s'agira de conseiller, à un ami qui désire placer son argent, soit de l'investir plutôt dans des propriétés foncières, soit de le faire fructifier de préférence en le prêtant à intérêt. Et les Institutes, comme on pouvait s'y attendre, reprennent pieusement les exemples allégués par Gaius dans l'un et l'autre texte.

On le voit, le conseil d'ami cité par les *Res cottidiana*e soulève la question de savoir si les placements les plus intéressants et les plus sûrs sont mobiliers ou immobiliers. Certes, le débat est de toutes les époques, – outre le fait que les Romains, sous la République et encore sous l'Empire, attachent le plus grand prix aux avis de leurs amis –, mais je me demande s'il n'a pas été spécialement à l'ordre du jour dans la première moitié du Haut-Empire. (La chose est déjà beaucoup moins probable pour le III^{ème} siècle, qui voit se raréfier le numéraire). On sait, en effet, que des empereurs comme Tibère ou Trajan ont essayé, par des mesures législatives, d'obliger certaines catégories de citoyens riches à placer une part déterminée de leur avoir dans des domaines situés en Italie (2). Quels qu'aient été les

2) Tibère ordonne aux prêteurs d'investir les deux tiers de leur avoir dans des placements immobiliers (SUÉT., *Tib.* 48, 2; cf. 49, 2). Trajan ordonne aux sénateurs de placer le tiers de leurs biens en terres italiennes (André PIGANIOL, *Histoire de Rome*, Paris, P.U.F., 1946, p. 289).

On trouve encore, au milieu du II^{ème} siècle de notre ère, un écho du débat sur les avantages respectifs des investissements immobiliers, à Rome ou à la campagne, chez AULU-GELLE, *N. Att.* 15, 1, 3.

motifs qui inspiraient ces dispositions du législateur impérial, il reste que la discussion sur les avantages respectifs des placements mobiliers et des investissements fonciers a dû être à la mode au moins jusqu'au II^{ème} siècle. Gaius a pu se souvenir d'avoir entendu tel de ses maîtres ou certains aînés rappeler ce débat, et c'est ce qui expliquerait pourquoi il a choisi cet exemple dans les *Res cottidianaे*.

Pour attribuer à cet argument quelque valeur probante en faveur de l'origine classique du texte cité par le Digeste et, à fortiori, pour en tirer une indication sur la date approximative de ce passage, il faudrait évidemment apporter ce que j'appellerai la preuve inverse en démontrant qu'au III^{ème} siècle et sous le Bas-Empire les mieux nantis des Romains n'ont plus connu ces hésitations dans le choix de leurs placements. Mais c'est là une démonstration dont je dois à la vérité de dire que je n'ai pas rassemblé les éléments.

8. Il n'est nul besoin d'insister sur le fait que je me garderai bien d'attribuer une valeur décisive aux arguments que j'ai tirés, l'un de l'emploi du verbe *spondere* dans les Institutes, l'autre, avec plus d'hésitation, des exemples cités par les *Res cottidianaे*

pour concrétiser la notion du conseil d'ami qui ne constitue pas un mandat. Nous nous trouvons ici sur un sol incertain où nous devons nous contenter d'hypothèses tout au plus vraisemblables. Il ne me paraît pas possible d'aller plus loin en affirmant de façon péremptoire que, pour la substance, sinon pour la forme, le fragment des *Res cottidianaे* est à coup sûr de Gaius. Je me bornerai à dire que je crois que le schéma des différents aspects du mandat qui s'y trouve exposé remonte à la jurisprudence classique et – pourquoi pas ? – à Gaius lui-même, à la fois pour les cas simples et pour les cas combinés.

9. En bonne méthode, il me faut maintenant prendre position sur la valeur intrinsèque de ce système et sur son aptitude à rendre compte des différentes applications du mandat dans la réalité de la vie pratique. Certains modernes, en effet, se sont montrés sévères à son égard, estimant qu'il sent trop l'école. Fritz SCHULZ, par exemple, n'y voit que pure scolaistique⁽³⁾. Que cette théorie revête une certaine allure académique, je n'en disconviens pas. Mais je me permettrai aussitôt de demander à ces censeurs volontiers malveillants si c'est là nécessairement un vice rédhibitoire pour une notion typiquement pédagogique. Car, enfin, c'est à ses auditeurs que Gaius s'adresse dans les *Institutiones* et rien n'interdit, d'autre part, d'imaginer que les *Res cottidianaे* ont pu rassembler des notes prises, non plus à son cours proprement dit, mais lors de séances d'exercices

3) Fr. SCHULZ *Classical Roman Law*, Oxford, 1954, p. 557.

pratiques où le maître développait avec plus de détails l'une ou l'autre question sur laquelle il avait dû passer rapidement dans son exposé systématique de la matière.

Quiconque a quelque expérience de l'enseignement sait fort bien qu'il y a souvent un certain mérite, pour l'enseignant, à réduire à une synthèse fondée sur quelque grand principe l'infinie variété des situations possibles dans la pratique. Or tel me paraît bien être le cas ici. Pour nous limiter à l'unique témoignage indiscutable, Gaius a réussi, dans les *Institutiones*, à isoler le critère par excellence qui va permettre à ses auditeurs, chaque fois qu'ils se trouveront en présence d'une situation qui ressemble à un mandat, de décider à coup sûr, ou à peu près, si ce contrat a effectivement lieu ou non: si le rapport qu'il s'agit d'analyser doit profiter exclusivement à celui des deux partenaires auquel l'autre s'adresse, si celui qui reçoit ces apparentes instructions reste entièrement libre de les suivre ou non, on a affaire à un simple conseil, dépourvu de force obligatoire, privé de sanction judiciaire, par conséquent étranger au droit et qui ne peut être qualifié du nom de mandat.

10. Contre la pertinence de cette théorie et contre son caractère classique, on ne peut, me semble-t-il, tirer argument du silence que gardent à son sujet les autres jurisconsultes romains. D'abord, ils avaient moins de raisons que Gaius d'être sensibles à des préoccupations pédagogiques et l'on sait, au surplus, qu'ils n'ont jamais eu le goût des notions générales, ni des grandes synthèses ni de l'esprit de système. Ensuite, il est bien connu que

la jurisprudence classique, à la fin du II^{ème} siècle et au début du III^{ème}, a ignoré Gaius que seuls mentionnent, et encore est-ce tardivement, les juristes du Bas-Empire, qu'ils soient professeurs de droit ou conseillers du législateur impérial. Enfin, il faut se rappeler que, sans employer les termes de mandat *mea*, *tua* ou *aliena gratia*, qui semblent propres à Gaius, Celse (*Dig.* 17, 1, 48 [1-2]), Ulprien (*Dig.* 17, 1, 6 [4-5] et 8 [6]), ainsi que Paul (*Dig.* 17, 1, 22 [2]), adoptent des solutions identiques à celles de Gaius en se fondant également sur l'intérêt que le mandant ou le tiers a, ou n'a pas, à la conclusion du contrat et qu'ils expriment par le verbe *interesse*.

Je remarque d'ailleurs, à ce propos, que Gaius n'use pas volontiers de ce composé *d'esse*. Si l'on admet, – ce qui n'est pas mon cas –, qu'il était d'origine grecque ou de langue grecque, on pourrait s'expliquer cette réserve par les particularités syntaxiques de ce verbe construit avec le génitif de la personne, mais avec l'ablatif féminin de l'adjectif possessif au lieu du pronom personnel. Cependant, à y regarder de plus près, on voit que Gaius se sert d'*interesse*, fort judicieusement et comme un vrai Latin, à propos de l'*actio furti* (3, 203-207) et une fois aussi, précisément, pour parler du mandat (3, 161). Par conséquent, s'il ne l'a pas utilisé dans son système du mandat, à l'exemple de Celse avant lui, et comme le feront Paul et Ulprien, on est en droit de penser que c'est par une volonté délibérée, parce qu'il avait sa propre théorie sur les critères de validité du mandat.

11. Je me garderai de la tentation d'analyser un à un les exemples par lesquels les *Res cottidiana*e et les Institutes s'efforcent d'illustrer chacun des cinq cas où la théorie admet que se forme le mandat. Je me limiterai à constater que la plupart sont infiniment simples: il s'agit de ceux qui sont consacrés au mandat *mea gratia*, *aliena gratia*, *mea et aliena* ainsi que *tua et aliena*. Les seuls qui paraissent compliqués à plaisir sont relatifs au mandat *tua et mea gratia*. Leur complexité même et leur caractère artificiel, qui sentent véritablement l'école, s'expliquent probablement par les difficultés que l'auteur de la théorie a éprouvées à les mettre au point. Je relève d'ailleurs tout de suite que là où le texte des *Res cottidiana*e ne cite qu'un seul exemple, les Institutes de Justinien, non sans une évidente recherche, en alignent trois, et la Paraphrase de Théophile prend la peine supplémentaire de les analyser de manière approfondie.

12. La notion même du pseudo-mandat *tua tantum gratia*, réduit à n'être qu'un simple conseil, n'a guère soulevé d'objections particulières chez les modernes, et pourtant il me paraît appeler une observation importante, que je formulerai à partir de deux exemples simples.

Voici le premier. Je consens à prêter à mon ami Titius la somme qu'il m'a demandée, mais je ne dispose pas, pour le moment, de l'argent liquide qui serait nécessaire. C'est pourquoi je charge mon autre ami Sempronius de faire l'avance des fonds à Titius. Il est indiscutable que, dans cette hypothèse, il se forme

entre nous un contrat de mandat et que Sempronius devient effectivement mon mandataire.

À ce premier cas, où il y a mandat, sans aucun doute possible, j'en opposerai un autre, que j'emprunte à Ulpien. C'est celui de la lettre de recommandation (*Dig. 17, 1, 12 [12]*): "Je confie à tes bons soins mon ami Sextilius Crescens". (Si l'on compare cette lettre à celles qui forment tout le livre XIII de Cicéron *Ad familiares*, on s'aperçoit qu'une telle recommandation est vraiment la plus tiède qui se puisse concevoir.) Ici, la solution s'impose également de toute évidence, mais en sens contraire: il n'y pas mandat, parce que la lettre de recommandation se borne à donner au destinataire un simple conseil.

13. Quelle conclusion tirer de ces deux exemples? C'est que le prêt consenti à mon intervention par mon ami à un autre s'analysera, selon les circonstances, tantôt en un mandat *mea* ou *aliena gratia, tua et mea gratia*, ou encore *tua et aliena gratia*, qui sera valable, tantôt en un rapport *tua tantum gratia*, simple conseil qui ne constituera pas un mandat. Dès lors, comment se présentait donc le cas d'espèce qui a inspiré à Servius Sulpicius la réponse négative rapportée par Gaius (3, 156)? Il a pu s'agir, selon moi, d'un créancier qui, ne pouvant recouvrer son dû auprès d'un débiteur insolvable, avait voulu se retourner contre le tiers qui ou bien lui avait conseillé, d'une manière générale, de placer son argent en le prêtant à intérêt, ou bien plutôt lui avait recommandé personnellement le débiteur qui, dans la suite,

n'avait pas honoré ses engagements. Et je crois que c'est bien ainsi qu'il faut comprendre le texte des *Institutiones* de Gaius:

3, 156. *Et haec adeo ita sunt ut quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi ut Titio faenerares. Servius negavit nec magis hoc casu obligationem consistere putavit quam si generaliter alicui mandetur uti pecuniam suam faeneraret. Sed sequimur Sabini opinionem contra sententis quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset.*

Et c'est tellement bien ainsi qu'on se demande si est tenu de l'action du mandat celui qui t'a chargé de prêter à intérêt à Titius. Servius a dit que non, pensant que, dans ce cas, l'obligation ne peut pas plus se former que si l'on conseille à quelqu'un, d'une manière générale, de prêter son argent à intérêt. Mais nous suivons l'opinion de Sabinus qui se prononce en sens contraire parce que tu n'aurais pas prêté à Titius si on ne t'en avait pas chargé.

À supposer que Servius Sulpicius (mort en 43 avant notre ère) ait affirmé que, si je vous charge de prêter à Titius, il n'y a pas plus de mandat que si je vous conseille, sans autre précision (*generaliter*), de prêter votre argent à n'importe qui, il s'est lourdement trompé, et l'on s'étonnerait plutôt qu'il ait fallu attendre Sabinus, c'est-à-dire un demi-siècle peut-être, pour que soit corrigée, dans ce qu'elle avait d'excessif, l'opinion de Servius. Je signale d'ailleurs, à ce sujet, que le texte des *Res cottidianaæ* ne mentionne pas l'avis de Servius ni celui de

Sabinus, tandis que les Institutes, bien qu’elles suivent fidèlement Gaius, ne citent que le seul nom de Sabinus.

14. Pour nuancer la solution trop radicale de Servius, on a pu utiliser trois critères différents. Le premier oppose, au conseil donné de façon générale de placer son argent en prêtant à intérêt, l’invitation pressante à consentir un prêt à un débiteur déterminé, laquelle constitue un mandat. Telle est la version de la Paraphrase de Théophile, sans qu’il soit possible de décider si, pour l’auteur, cette théorie est ou non celle de Sabinus.

Autre critère: si vous n’avez consenti le prêt à Titius qu’à la suite de mon intervention, je suis votre mandant et vous avez contre moi l’*actio mandati*. C’est le raisonnement que Gaius rapporte expressément comme étant celui de Sabinus, et nous avons évidemment tout lieu d’accepter son témoignage.

Mais il reste un troisième critère possible: celui que fournit la notion du mandat *mea, aliena* ou *tua gratia*, adoptée par Gaius. Lorsque le créancier a prêté son argent, disons sur mes indications – pour user à dessein d’un terme aussi vague que possible –, on devra, pour décider s’il peut recourir contre moi à l’action du mandat, vérifier si moi-même j’ai eu, ou non, un intérêt quelconque au contrat de prêt ou, à défaut, si l’emprunteur y a trouvé un tel intérêt.

S’il en est bien ainsi, c’est-à-dire si le raisonnement de Sabinus consistait à dire que le prêteur a contre moi l’action du mandat s’il n’a prêté à Titius que parce que je l’y ai formellement

engagé, on pourrait en inférer que Gaius est bien l'auteur de la théorie tant soit peu différente selon laquelle le mandat est valable si, d'une manière exclusive ou non, il profite au mandant ou à un tiers, à l'exclusion du simple conseil qui, ne bénéficiant qu'à celui à qui il s'adresse, ne pourrait conférer à celui-ci l'action contraire du mandat contre celui qui lui a donné ce conseil.

15. Peut-on conclure? J'incline à penser qu'il est permis, sans risquer d'être taxé de légèreté, d'admettre que la théorie du mandat *mea* ou *aliena gratia* remonte à l'époque classique et qu'en raison de son caractère pédagogique, la paternité en appartient sans doute à Gaius, ce qui ne doit pas nous empêcher de reconnaître les difficultés auxquelles elle se heurtait dans la matière du mandat de crédit et pour les exemples qui devaient illustrer le mandat *tua et mea gratia*.

Du “dominium ex iure Quiritium” à la propriété du Code civil des Français

par René ROBAYE

(*Louvain-la-Neuve et Namur*)

1. Héritiers de la conception romaine du droit de propriété, du moins telle que l'ont comprise les rédacteurs du Code de 1804, nous considérons celle-ci comme un droit absolu, exclusif et perpétuel. Il est, pour nous, difficile d'imaginer qu'il ait pu exister d'autres représentations du rapport aux biens, d'autres idées de la propriété. Que nous la défendions pour en faire le rempart de la liberté et de la sécurité individuelle ou que nous la critiquions pour en faire la source de tous les maux, c'est toujours par rapport au modèle du Code Napoléon que nous nous situons.

D'inspiration libérale, le Code Napoléon considère que la propriété, par essence, est individuelle. Elle est, dit l'article 544, “le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”. En 1804, le père de famille est un *bon* père de famille s'il est propriétaire — il n'est pas rare que

l'on invoque avec fierté ce seul titre sur sa carte de visite — et s'il laisse des biens en héritage à ses enfants. La plupart des articles du Code concernent cette propriété, qui est donc bien un droit reconnu à un individu déterminé et non à une famille ou à un groupe social.

Le corollaire du caractère individuel de la propriété, c'est l'exclusion d'autrui. Le Code civil consacre donc naturellement le droit de clore son bien, de le protéger contre l'intrusion des tiers. De même, à défaut de pouvoir être interdite, l'expropriation, qui n'est rien d'autre que l'intrusion de l'État dans la sphère des intérêts privés, doit à tout le moins être exceptionnelle. Dans la même perspective, la jurisprudence, très longtemps, ordonnera la démolition d'un immeuble qui empiète sur le terrain d'autrui, car tolérer cet empiétement reviendrait à admettre l'expropriation privée.

Le Code civil est un monument à la gloire du bon père de famille, cet être doué de raison et de bon sens, ni téméraire ni timoré, ni prodigue ni avare, seulement économe, bon citoyen, bon époux et bon père, qui sait la valeur d'un franc et la difficulté de le gagner, même si c'est par l'exploitation du travail d'autrui. Bien dans ses papiers, il fait ses affaires, augmente un capital qu'il a reçu de ses parents et qu'il léguera, la chose va de soi, à ses enfants. Malgré l'évolution économique et technique, malgré les changements dans les moeurs et les mentalités, la conception libérale de la propriété est toujours en vigueur. Comme l'a écrit François RIGAUX, "L'État de droit peut être comparé à un temple

construit autour d'un tabernacle où repose le principe de la propriété privée”⁽¹⁾.

Les rédacteurs du Code civil ont explicitement voulu revenir à ce qu'ils croyaient être la conception romaine de la propriété, qu'ils ont surtout comprise comme un argument commode pour s'opposer aux pratiques féodales et aux droits seigneuriaux. Adaptée aux besoins de l'époque et aux aspirations de la classe bourgeoise montante, la propriété est devenue un attribut de l'homme, la marque du bon père de famille, la condition de la liberté.

Grâce à son caractère individuel et exclusif, la propriété appartient à la catégorie des droits de l'homme, du moins si l'on comprend ceux-ci comme les instruments juridiques de la protection de l'individu face aux menaces collectives et plus particulièrement face au danger que représente l'État moderne⁽²⁾.

2. Un bref passage par le Moyen Age permettra de mieux comprendre, par contraste, la conception romaine de la propriété. Ce passage est d'autant plus utile que, faut-il le rappeler, l'article

1) Fr. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1974, p. 257.

2) Voir Fr. TERRÉ, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, dans *Droits*, 1985, I, p. 37.

544 du Code civil, s'il s'inspire du droit romain, est surtout une rupture avec l'ancien droit⁽³⁾.

La rupture va dans le sens de l'individualisme mentionné plus haut mais se manifeste également par l'adoption de nouvelles règles destinées à faciliter la circulation des biens. Ainsi, l'article 1138 du Code civil permet de transférer ou de créer un droit réel par une simple convention, tandis que l'article 2279 permet le transfert de propriété d'un meuble, sauf perte ou vol, par simple remise de l'objet, même lorsque l'aliénateur n'est pas propriétaire.

Comprendre la propriété médiévale implique que l'on prenne en considération les traits culturels dominants de cette société. Comme l'a montré LÉVI-STRAUSS, la propriété ne peut pas se réduire à une relation objective entre un sujet et un objet, parce qu'elle est fonction des relations sociales⁽⁴⁾. En effet, la valeur d'un objet est toujours déterminée par les rapports intersubjectifs qui forment la trame de toute société.

La propriété médiévale fait l'objet d'une construction théologique selon laquelle Dieu, créateur du monde, en est le seul maître, les hommes ne pouvant, au mieux, que se prévaloir d'un usage concédé⁽⁵⁾. La propriété ne peut donc, par essence, être

3) En ce sens, voir M. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACCIARI, *Quelques remarques sur le droit de propriété*, dans *Archives de Philosophie du droit*, (35) 1990, p. 233.

4) Cf. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, 1967, p. 100.

5) Voir M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983, p. 76.

qu'une forme d'usufruit. De ce point de vue, le régime féodal des immeubles, par exemple, est cohérent. Le tenancier, qu'il soit vassal ou censitaire, peut user et jouir de la terre que le seigneur lui a concédée, comme Dieu l'a fait avec les hommes (6).

L'idée chrétienne selon laquelle Dieu est le véritable propriétaire de la terre se trouve renforcée par la conception médiévale de l'individu, qui n'existe que par et dans le groupe: groupe familial, solidarité villageoise ou réseau vassalique (7). De plus, l'économie médiévale, dans nos régions du moins, sera longtemps une économie fermée, de subsistance et non une économie ouverte, d'échanges. Ces trois facteurs — théologique, social et économique — expliquent les traits originaux que revêt la propriété médiévale, encore appelée "saisine".

Pour nous qui avons assimilé les catégories mentales du droit romain, la propriété médiévale est difficile à comprendre (8). Ce n'est pas une appartenance exclusive sur une chose visée dans sa matérialité, mais plutôt une jouissance, éventuellement partagée,

6) "La terre du Pays ne sera pas vendue sans retour, car le pays est à moi; vous n'êtes chez moi que des émigrés et des hôtes" (*Lévitique*, 25, 23).

7) Voir L. GÉNICOT, *Les lignes de faîte du Moyen Age*, 5^{ème} éd., 1966, pp. 38-39; A. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1988, p. 24.

8) A partir de la réception du droit romain et de sa diffusion dans l'enseignement universitaire, la même difficulté se pose aux juristes médiévaux, dans leur tentative d'utiliser le droit romain pour décrire les institutions de leur époque. Formés au droit savant alors qu'ils doivent appliquer le droit coutumier, les juristes ont naturellement tendance à reprendre le cadre conceptuel romain et la terminologie latine. Ainsi, le régime féodal des immeubles a été comparé, malgré sa spécificité, à l'emphytéose et à l'usufruit.

d'une chose visée dans son utilité. La saisine peut donc porter sur des choses corporelles ou incorporelles, sur des usages et jouissances multiples. Par exemple, une personne peut avoir la saisine d'un moulin qu'il habite et utilise alors qu'une autre personne aura la saisine des redevances dues par les usagers du moulin.

Parce qu'elle n'est pas liée à la matérialité de l'objet sur lequel elle s'exerce, la propriété médiévale, vue essentiellement comme un droit d'usage, ne peut être ni absolue ni exclusive (9). Ce que l'on pourrait appeler des "propriétés juxtaposées" apparaît dans le droit féodal (10) et dans les régimes de solidarité familiale et villageoise.

Le droit féodal connaît des terres concédées, les tenures — fiefs et tenures censitaires —, sur lesquelles se juxtaposent des droits (11), sans que l'on puisse véritablement dire lequel des

9) La terminologie utilisée est ambiguë et ne permet pas de considérer que le droit coutumier connaît un équivalent de la propriété romaine, même si les actes de la pratique utilisent les termes *proprietas* ou *dominium*. En effet, *proprietas* est utilisé, soit dans le sens de nue-propriété, par opposition à usufruit, soit pour indiquer qu'une chose est dans la sphère de disponibilité d'un individu, même si ce dernier n'est pas le propriétaire — par exemple le vassal ou le tenancier. Ce dernier exemple montre que le *dominium* n'a, en tout état de cause, pas le sens que lui donnaient les juristes romains. Voir Ph. GODDING, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12ème au 18ème siècle*, Bruxelles, 1987, p. 152.

10) Voir F. GANSHOF, *Qu'est-ce que la féodalité?*, 5^{ème} éd., Paris, 1982, pp. 168 et s.

11) Si le seigneur foncier a le droit de percevoir des redevances, taxes, corvées et droits de mutation, sans compter les droits de justice, le tenancier a véritablement un droit réel sur la tenure et, par conséquent, le droit de la transmettre entre vifs ou à cause de mort. Voir L. GÉNICOT, *op. cit.*, pp. 40-41; Ph. GODDING, *op. cit.*, pp. 166-172 La juxtaposition est

deux titulaires est le plus proche de la propriété. Il est, du reste, significatif de voir que le problème de la qualification juridique du système foncier féodal s'est posé seulement par référence aux catégories du droit romain, à l'époque de sa redécouverte et de sa diffusion dans les universités (12). Si la Révolution française abolit le régime féodal des immeubles, c'est précisément au nom de l'appropriation exclusive, qui redevient l'essence de la propriété.

De même, le Moyen Age connaît une propriété familiale et villageoise. Ici également, les facteurs qui ont contribué à son développement sont visibles. Dans une économie rurale privée de moyens mécaniques, la seule force de travail est celle des hommes et la solidarité de tous les membres de la communauté villageoise est nécessaire. Dans une société où les conditions de vie restent rudes, la solidarité familiale est tout aussi indispensable.

d'autant plus complexe qu'une même terre peut être considérée à la fois comme tenure (dans les rapports entre le tenancier et le seigneur foncier), fief (dans les rapports entre ce seigneur foncier et celui dont il est le vassal) et alleu ou terre libre (si ce seigneur ne tient la terre de personne). Voir Ph. GODDING, *l.c.*

12) A défaut de pouvoir reconnaître le *dominium* au seigneur foncier ou au tenancier, les juristes ont élaboré la théorie du double domaine: le seigneur dispose d'un domaine direct, le vassal ou le tenancier d'un domaine utile. Cette construction, surprenante au regard du droit romain puisqu'elle accorde deux droits réels non subordonnés sur le même bien, permet de consacrer les droits du seigneur tout en accordant au tenancier une action réelle. Voir R. ROBAYE, *Une histoire du droit civil*, Louvain-la-Neuve, 1993, pp. 121-124.

La solidarité familiale se traduit surtout par des règles de droit successoral, qui visent à empêcher le morcellement du patrimoine et sa fuite en dehors de la famille. Comme son nom le laisse entendre, le patrimoine est reçu du père pour être transmis au fils. Sa dévolution est en dehors du champ de la liberté individuelle (13).

La solidarité villageoise montre encore plus clairement que la propriété médiévale n'est pas exclusive. Ainsi, nombreux sont les bois ou les landes qui font l'objet d'une exploitation commune (14) dans laquelle le rapport aux biens n'est pas distingué de la relation aux hommes: la jouissance des fonds s'accompagne de nombreuses obligations qui visent à maintenir intact le patrimoine commun. De même, il y a fréquemment juxtaposition chronologique de droits sur un même lieu. C'est le cas de la propriété saisonnière: une terre, exploitée par une famille jusqu'à la récolte,

13) La distinction entre meubles et immeubles, relativement importante en droit romain, est quasiment ignorée du droit coutumier médiéval, qui lui préfère une distinction entre le patrimoine familial et les biens personnels. La terre et les biens nécessaires à son exploitation sont qualifiés d'*héritage* (*hereditas, erve*) et constituent l'essentiel du patrimoine familial. Les biens personnels, par contre, ou *cateux* (*catallum, cateyl*) sont liés à la personne et peuvent être transmis plus librement.

14) Les parties non défrichées du terroir jouent un rôle économique important au Moyen Age. Les paysans y font paître le bétail, y prennent le bois de construction et de chauffage, la tourbe et l'argile. Ces terres constituent les *communaux*. Voir par exemple P. RECHT, *Les biens communaux du Namurois et leur partage à la fin du XVIII^e siècle*, Bruxelles, 1950.

est ensuite mise à disposition de la communauté pour y faire paître les troupeaux jusqu’au prochain labour (15).

Solidarité et multiplication des droits seront battues en brèche à la Révolution. Le décret du 28 septembre 1791 permet au propriétaire de clôturer son bien, ce qui condamne de facto toute utilisation collective, et particulièrement les propriétés saisonnières. Dans la même perspective, le décret du 10 juin 1793 ordonne le partage des communaux, considérés comme une entrave à la liberté et à l’individualité des droits (16). Même si ce dernier décret est rapporté en 1797 suite à de nombreuses oppositions, il ouvre la voie au Code civil qui traduira, dans le droit positif, les principes de l’exclusivité, du caractère absolu et de la perpétuité des droits du propriétaire (17). Entre la conception ainsi révélée par l’article 544 du Code civil et la notion romaine de propriété, la filiation est évidente, comme nous allons le voir.

15) C'est la *vaine pâture*. La plupart de nos régions connaissent également le *glangage*, recommandé par la Bible en faveur des pauvres, qui permet d'aller ramasser les épis laissés par les moissonneurs.

16) Au milieu du XVIII^{ème} siècle déjà, le gouvernement des Pays-Bas, reprenant les idées défendues par les Physiocrates et voulant développer l’agriculture, conçut le projet de partager les communaux et de procéder à des défrichements. Une série de décrets furent pris en ce sens, mais se heurtèrent à la résistance des habitants.

17) Il est vrai que l’article 542 du Code civil mentionne encore le droit de propriété des habitants sur les communaux. Mais ces terres, au XIX^{ème} siècle, ont été généralement considérées comme une partie du domaine privé de la commune, qui est une personne morale disposant d’un patrimoine propre. La survie de biens communaux ne fait donc pas obstacle au caractère exclusif du droit de propriété. La prétendue propriété des habitants est donc devenue un simple droit de jouissance, strictement réglementé.

3. Une donnée qui mérite d'être relevée avant toute chose est la vision que l'homme romain se fait de la divinité et du destin. Cette vision, radicalement différente de ce qui sera la conception médiévale, est moins éloignée qu'on ne pourrait le croire des options défendues, explicitement ou non, par les rédacteurs du Code civil.

PORTALIS, un des quatre rédacteurs du Code civil, exprime bien la rupture avec la vision théologique médiévale. Inspiré sans doute par le texte de la *Genèse* où l'homme reçoit de Dieu la maîtrise sur la création entière (¹⁸), PORTALIS considère que le travail permet à l'homme "d'achever le grand ouvrage de la création" (¹⁹). Ce rôle actif d'une humanité sûre d'elle-même et de sa place dans l'univers appartient à la tradition romaine.

Quelle est, précisément, l'idée que Rome se fait du destin? Dès l'époque classique, l'homme romain possède une dimension prophétique, non dans le sens où il aurait à deviner un futur déjà tracé, mais dans le sens où il lui appartient de le préparer. Le futur n'appartient pas aux dieux, il relève de l'homme qui se doit d'y imprimer sa marque, posant aujourd'hui des actes qui produiront demain des effets prévisibles. Bien sûr, le *fatum* intervient, mais surtout pour fixer les limites du choix, pour baliser le champ du possible.

18) *Genèse*, 1, 26-29.

19) *Discours de présentation au corps législatif*, dans *Naissance du Code civil*, Paris, 1989, pp. 271-287. Sur cette question, voir Fr. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, 1995, pp. 55-59.

Ainsi, lorsque les Romains font appel à l’oracle auprès du collège des augures, ce n’est pas pour anticiper le futur mais essentiellement pour savoir ce qui est *fas* et ce qui est *nefas*, c’est-à-dire ce qui est autorisé ou interdit par les dieux. Le rite de la prise des auspices a pour objectif de vérifier si l’harmonie règne entre les dieux et les hommes, de légitimer les décisions qui seront prises librement. Dans cet espace de liberté ainsi créé, c’est à l’homme qu’il appartient d’agir. Vision positive, bien éloignée de celle que se faisaient les Grecs du Destin (20).

Dans la Rome primitive, le concept qui apparaît le premier, avant toute idée de propriété, c’est d’abord celui de *mancipium*, de pouvoir appartenant au *paterfamilias*, qui l’exerce à la fois sur les choses et sur les individus, esclaves ou libres, placés sous son autorité.

On a même soutenu qu’au départ, il n’y avait de propriété — ou son équivalent — que sur les *res mancipi*, qui sont précisément les choses sur lesquelles un homme exerce sa puissance: les terres, les esclaves, les grands animaux domestiques. Les autres choses, *res nec mancipi*, en dehors de l’idée de pouvoir, auraient été reléguées dans une espèce de brouillard juridique. En réalité, il est plus prudent de penser que le rapport aux *res mancipi*, rapport de pouvoir, est le plus évident pour les Romains parce que ces choses sont, dans une société essentiellement agricole, les plus importantes économiquement.

20) Voir R. ROBAYE, *Destin, liberté et culpabilité en droit romain classique*, dans *Variations sur l’éthique. Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, 1994, pp. 525-533.

Le *mancipium* sur les êtres humains et sur les animaux utilisés dans l'exploitation agricole est une puissance de commandement, une sorte d'*imperium* dans la sphère de la vie privée. Le *mancipium* sur les terres, quant à lui, délimite la sphère dans laquelle s'exerce le pouvoir du *paterfamilias*. Avant d'être une notion d'ordre patrimonial, le *mancipium* est d'ordre potestatif.

Mais cela ne signifie pas que les autres choses n'avaient aucune réalité juridique. Plus vraisemblablement, on peut penser que ces autres choses étaient simplement considérées sous l'angle de la maîtrise de fait que l'on avait sur elles.

Pour exprimer cette idée de maîtrise, les juristes romains ne disposent pas d'un terme univoque, mais utilisent l'expression *meum esse*, suivie des mots *ex iure Quiritium*, qui font rentrer l'expression dans la sphère du droit (21). “*Res mea est ex iure Quiritium*”, peut dire le propriétaire: “Cette chose est mienne en vertu du droit des Romains”. Le *meum esse* est donc plus large que le *mancipium*, en ce qu'il englobe indifféremment *res mancipi* et *nec mancipi*. Mais il ne s'applique pas aux personnes libres qui peuvent être soumises à la puissance du *paterfamilias*.

4. S'il est normal que le pouvoir soit la première notion que les juristes romains aient dégagée pour rendre compte du rapport aux choses, la propriété romaine, quant à elle, est d'abord

21) Voir A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, pp. 92-93.

l'expression d'une maîtrise physique sur un lieu déterminé. Elle procède d'un véritable découpage de l'espace. François RIGAUX a raison de penser que "le droit de propriété est la matrice intellectuelle des droits subjectifs. Non en raison de son caractère économique mais parce qu'il a pour objet une chose occupant une portion définie de l'espace" (22).

Ce n'est pas un hasard si l'élaboration du concept de propriété — le *dominium ex iure Quiritium* — n'est pas antérieure à la fin de la République (23) et coïncide avec le phénomène d'assimilation du sol italique aux biens pouvant faire l'objet d'une appropriation personnelle. La propriété romaine naît véritablement lorsque la richesse foncière est prise en considération par le droit (24). Le concept de propriété se crée, au premier siècle A.C., en même temps que la consolidation des prérogatives individuelles sur les terres conquises en Italie.

Dans un premier temps, ces terres appartiennent à l'État romain et constituent l'*ager publicus*. Si l'on excepte une petite partie de ces terres, attribuées en pleine propriété à des

22) Fr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, 1990, p. 742.

23) Le terme *dominium* est employé par Alfenus Varus, qui l'a peut-être repris à son maître Servius Sulpicius Rufus (voir F. DE VISSCHER, *Observations sur les origines du dominium romain*, dans *Études de droit romain public et privé*, 3^{ème} série, Milan, 1966, pp. 209-222).

24) Au départ, le *mancipium*, comme en témoigne son étymologie (*manus-capere*, "saisir par la main"), ne s'exerce que sur les meubles comme les esclaves, les affranchis, les animaux de trait, assez importants dans une exploitation agricole pour justifier un traitement juridique spécifique. Les terres sont donc en dehors du *mancipium* et ne rentreront dans cette catégorie qu'après la reconnaissance d'une propriété foncière individuelle.

particuliers, la plus grande partie de l'*ager publicus* reste longtemps dans un statut juridique indéterminé. Les terres sont exploitées par des particuliers, colons ou vétérans, qui paient normalement une redevance, le *vectigal*. L'État, propriétaire, pourrait en théorie reprendre ces terres, mais n'use pas de son droit. En pratique, les concessions, faites en principe pour cinq ans par les censeurs, sont le plus souvent renouvelées lorsque le *vectigal* est acquitté régulièrement. Dès lors, au fil des générations, les tenanciers ont tendance à se considérer comme propriétaires, d'autant que ces terres font l'objet d'aliénations entre vifs et de transferts par succession.

Les grandes conquêtes du II^e siècle A.C. procurent à l'État romain d'immenses territoires en dehors de l'Italie. Cet afflux de richesses permet à l'État de renoncer à percevoir le *vectigal* en Italie. Juridiquement, les terres italiques deviennent des *res mancipi* et les tenanciers peuvent alors se considérer comme de véritables propriétaires.

A partir de cette époque et pour de nombreux siècles, la propriété est d'abord et avant tout la propriété foncière, comprise comme un pouvoir incarné dans un espace fini. Cette incarnation de la propriété se traduit dans de nombreuses règles, comme par exemple la théorie de l'accession et l'exclusivité du droit.

La théorie de l'accession, qui trouve à s'appliquer lorsque deux choses sont réunies l'une à l'autre, est régie par le principe selon lequel l'accessoire suit le principal, le principal étant

toujours l'immeuble⁽²⁵⁾. En quelque sorte, l'espace délimité par la propriété a le pouvoir de manger juridiquement toutes les choses qui s'en approchent⁽²⁶⁾. Habituer à cette règle qui s'applique encore aujourd'hui, nous ne devons pas, pour autant, la considérer comme évidente ou nécessaire. On aurait pu, comme pour d'autres problèmes, retenir le critère de la valeur pour distinguer le principal de l'accessoire, au lieu de considérer que l'immeuble l'emporte, même si sa valeur est de loin inférieure à celle des constructions qu'on y érige. La règle s'explique par la conception spatiale que les Romains se font de la propriété⁽²⁷⁾ plus que par des impératifs logiques.

Un autre indice de la conception que les Romains se font de la propriété peut être trouvé dans la confusion qui, longtemps, a régné au sein de la catégorie des droits réels. Les plus vieilles

25) Voir Gaius, *Inst.*, II, 73-75.

26) Cette conception spatiale de la propriété explique le pouvoir reconnu au propriétaire *usque ad coelum et usque ad inferos*, sur l'espace aérien comme sur le sous-sol (voir Paul, D., 8,2,1,pr. et Pomponius, D., 43,24,21,2). C'est avec beaucoup de réticences que le droit romain a fini par admettre que le droit d'exploiter une mine puisse appartenir à celui qui n'est pas propriétaire de la surface. Il faut attendre le Bas-Empire pour que le découvreur d'un filon puisse l'exploiter sans être le propriétaire du sol. Une constitution de Gratien et Valentinien II dispose que l'autorisation d'exploitation lui est accordée, nonobstant l'opposition du propriétaire du sol, contre versement d'un dixième des revenus de la mine au propriétaire et d'un dixième au fisc (voir C., 11,7,3).

27) Les critères parfois retenus à l'époque classique pour l'accession de meuble à meuble vont d'ailleurs dans le même sens. Certains juristes classiques ne prennent pas en considération la valeur relative des deux meubles, mais des critères physiques. Dans cette perspective, l'objet principal est le meuble le plus volumineux, celui qui sert de support à l'autre. Sous Justinien en revanche, c'est le critère de la valeur marchande qui finit par l'emporter (I., 2,1,33-34).

servitudes foncières — la servitude de passage ou d'aqueduc par exemple —, au lieu d'être considérées comme des droits, ont d'abord été rangées dans la catégorie des *res mancipi*, qui sont précisément les choses sur lesquelles s'exerce le pouvoir, le *mancipium*. Cette construction juridique ne peut s'expliquer que par la confusion de la servitude avec l'assiette, la portion d'espace sur laquelle elle s'exerce (28).

L'exclusivité de la propriété est une autre conséquence de la vision *spatiale* de ce droit. Le pouvoir, par essence, ne se partage pas facilement. On pourrait, bien sûr, trouver des indices en sens contraire, mais ceux-ci sont-ils réellement convainquants? Romulus et Rémus auraient pu partager le pouvoir, mais la destinée du dernier a certainement renforcé le caractère exclusif du pouvoir dans la conscience collective de Rome. Quant au consulat, souvent cité comme modèle de partage, il importe de voir qu'en réalité, chaque consul possède les pleines prérogatives du pouvoir, sauf intervention contraire de son collègue. Il ne s'agit pas véritablement d'un partage des compétences, mais plutôt d'un contrôle mutuel fonctionnant, précisément, comme la copropriété. A l'époque classique, la copropriété est clairement analysée comme un droit attribué à chaque copropriétaire sur

28) La confusion est certaine pour les servitudes les plus anciennes, qui sont les servitudes indispensables à la culture, appelées précisément servitudes préiales rustiques (voir R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, Paris, 1977, p. 296). La confusion entre la servitude et son assiette se traduit notamment par la possibilité d'usucaper la servitude, considérée comme une simple chose corporelle.

l’ensemble du bien en cause (29). Il n’y a pas de juxtaposition de droits partiels.

5. Si l’espace est fini, le temps, lui, ne l’est pas. La propriété est un droit perpétuel, plus encore pour les Romains que dans notre système juridique. Trois indices le montreront clairement: l’interdiction de la vente sous condition résolutoire, le régime romain des prescriptions et la conception que se font les juristes romains de l’héritage.

Premier indice. Les juristes romains ne conçoivent pas que la propriété soit acquise pour une durée déterminée ou que son acquisition soit soumise à une condition résolutoire (30), même s’ils arrivent à un résultat similaire par d’autres techniques, comme le pacte de résolution. Il y a conflit entre le caractère perpétuel de la propriété et le pragmatisme, qui impose d’offrir à l’aliénateur un recours en cas de défaillance de l’acquéreur.

Ainsi, le pacte commissoire — permettant au vendeur de reprendre la chose en cas de non-paiement par l’acheteur —, analysé aujourd’hui comme une vente sous condition résolutoire, fait en droit romain l’objet d’une construction qui peut paraître

29) “La possession ou la propriété ne peuvent pas appartenir en entier à deux personnes en même temps. Celles-ci ne peuvent être propriétaires d’une partie déterminée de la chose. Elles ont, pour partie, la propriété de toute la chose indivise” (Ulprien, D. 13,6,5,15).

30) On ne peut pas stipuler qu’à l’échéance d’un terme ou à la réalisation d’une condition, la chose aliénée cessera d’appartenir à son propriétaire. La règle est constante en droit romain. Elle est encore rappelée dans une constitution de Dioclétien en 286 P.C.

inutilement compliquée. Elle est due à l'imagination de Salvius Julien, au II^eme siècle P.C. La vente est considérée comme définitive (³¹), mais elle est accompagnée d'une convention annexe obligeant l'acheteur à rendre la chose, convention elle-même affectée d'une condition suspensive, le non-paiement. Si l'acheteur ne paie pas, la condition est réalisée et le pacte entre en vigueur, obligeant l'acheteur à restituer l'objet. Il aurait été plus facile d'accepter que la propriété soit soumise à une condition résolutoire, ayant pour effet direct de supprimer l'acte juridique, d'autant que les autres droits réels peuvent, eux, être limités dans le temps.

Deuxième indice. La propriété est un droit perpétuel en ce sens qu'elle ne disparaît pas par l'écoulement du temps. Le titulaire d'un droit de propriété ne le perd que si un tiers le devient par prescription acquisitive. Encore faut-il savoir que le vol, entendu de manière fort large en droit romain, empêche la prescription, contrairement à ce que prévoit le Code civil dans son article 2279. L'interdiction de prescrire une chose volée, même si le possesseur est de bonne foi, est une règle ancienne et d'application constante en droit romain (³²). De plus, les juristes

31) Le fait qu'il n'y ait pas de résolution automatique de la vente explique le choix laissé au vendeur en cas d'absence de paiement dans le délai convenu. Le vendeur garde la liberté, soit d'exiger la restitution de l'objet, soit de réclamer le paiement du prix en justice. La *lex commissoria* fait l'objet du titre 18,3 du Digeste. Voir A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, dans *Studi Betti* 2 (1962), pp. 575 et s.

32) D'origine ancienne, la règle est confirmée par la *lex Atinia* au II^eme siècle A.C. (d'après Gaius, *Inst.*, II, 45 et 49, l'interdiction remonterait aux XII Tables; la *lex Atinia* est citée par Aulu-Gelle, *N.A.*, 17,7,1). Il s'agit d'une prohibition *in rem*, liée à la chose elle-même, qui s'applique donc quelle que soit la qualité du possesseur actuel.

romains ont du vol une conception beaucoup plus large que la nôtre. Le *furtum* englobe à la fois le vol au sens où nous l'entendons, l'escroquerie et l'abus de confiance. Il en résulte que l'usucaption classique n'est guère une menace pour le propriétaire.

Plus fondamentalement, l'usucaption, au départ, n'avait pas pour but de couvrir des situations illégitimes, mais constituait un mode d'acquisition ordinaire, permettant d'éviter les formalités requises pour acquérir des *res mancipi*. L'usucaption n'est pas une prescription, c'est d'abord une manière bien romaine de contourner l'obligation d'avoir recours à des modes formalistes comme la *mancipatio* ou l'*in iure cessio*. Ceci confirme l'idée que se fait le droit romain du caractère perpétuel de la propriété.

A côté de l'usucaption se sont développées deux prescriptions qui, elles non plus, ne sont pas vraiment des exceptions à la perpétuité du droit de propriété.

La *praescriptio longi temporis*, au départ, n'est pas une prescription au sens où nous l'entendons aujourd'hui, car elle n'a ni effet extinctif, ni effet acquisitif. C'est un simple moyen de défense accordé au possesseur (33), fondé sur l'inaction du

33) Il s'agit au départ de protéger les possesseurs qui ne peuvent invoquer l'usucaption, soit parce qu'ils ne sont pas citoyens romains, soit parce que le bien en cause est une terre provinciale, sur laquelle on ne peut avoir le *dominium ex iure Quiritium*. Fondée sur l'inaction prolongée du propriétaire pendant dix ou vingt ans selon que le possesseur et le propriétaire habitent ou non la même cité, la *praescriptio* permet au défendeur de bonne foi, s'il a un juste titre, de paralyser l'action du propriétaire. Il semble bien que la *praescriptio longi temporis* devienne acquisitive, mais à partir du IV^{ème} siècle P.C. seulement.

propriétaire. Ici aussi, il y a conflit entre un objectif pratique et une vue théorique. Puisqu'il faut protéger le possesseur sans mettre en cause le caractère perpétuel du droit, les juristes romains font de la *praescriptio* une simple technique de procédure (34).

La *praescriptio longissimi temporis*, à l'origine de notre prescription trentenaire, est, il faut le souligner, étrangère au droit classique. Elle apparaît seulement sous Constantin, en n'ayant pour effet que de paralyser l'action en revendication du propriétaire négligent depuis trente ans (35). Même si la solution n'est pas des plus pratiques, les juristes romains ne conçoivent pas que le possesseur de mauvaise foi ou sans juste titre puisse devenir propriétaire. De plus, son délai fort long la rend d'un usage peu fréquent. Il faut attendre 528 P.C. pour que Justinien en fasse une prescription acquisitive (36).

34) C'est de la technique utilisée dans la procédure formulaire que la prescription tire son nom. Il y a *praescriptio* lorsque le préteur ajoute, en tête de la formule (*prae-scribere*), une clause demandant au juge de ne pas condamner le défendeur si le litige remonte au-delà d'une certaine date. Cette abstention du juge, formellement, ne signifie pas que le demandeur a perdu son droit de propriété.

35) En fait le principe remonte à Constantin; le délai est fixé à quarante ans en 365 P.C. (C., 7,39,2), et ramené à trente ans en 424 P.C. (C., 7,39,3 = CTh., 4,14,1).

36) C., 7,39,8,1. Mais Justinien soumet cet effet acquisitif à des conditions strictes. Si le possesseur ne doit pas disposer d'un juste titre, il faut néanmoins qu'il ait acquis le bien de bonne foi et que la dépossession du propriétaire ait eu lieu sans violence.

Le troisième indice du caractère perpétuel de la propriété est offert par le droit des successions. A la mort du *paterfamilias*, ses héritiers, *heredes sui*, viennent à la succession comme copropriétaires. On y a parfois vu la preuve qu’au départ la propriété était familiale et collective. En réalité, le rôle dévolu aux héritiers est logique si l’on tient compte du caractère perpétuel de la propriété, qui impose de considérer l’héritier, non comme titulaire d’un nouveau droit de propriété, mais comme le continuateur du droit de son auteur. Au sens propre, l’héritier n’acquiert rien, il ne fait que continuer la propriété de son auteur (37). Justinien, avec sans doute un peu d’emphase, considère que les personnes du défunt et du successeur ne sont pour ainsi dire qu’une seule et même personne (38). Justinien consacre ainsi le caractère personneliste du droit successoral romain, qui renforce le caractère perpétuel du patrimoine, prolongement de l’individu.

6. Alors que les autres droits réels sont considérés sous l’angle de leur utilité, donc dans la perspective du rapport aux tiers, la propriété, en conclusion, est d’abord un pouvoir

37) Cette idée est exprimée par Gaius (*Inst.*, II, 157) et par Paul (D., 27,2,11). Pour cette raison, on considère, logiquement, que l’héritier, continuateur de la personnalité du défunt, est son successeur à titre universel et ne doit pas être de bonne foi pour prolonger la possession de ce dernier en vue de bénéficier des prescriptions (voir Paul, D., 41,4,6).

38) *Novelle* 48.

indéterminé sur un espace déterminé. Ce caractère particulièrement original de la propriété explique sans doute pourquoi les Romains ne se sont pas hasardés à la distinguer formellement des autres droits réels.

Si l'on écarte la propriété, il est par contre assez facile de définir les droits réels en les distinguant des droits personnels. Les premiers mettent en présence deux personnes en raison d'une chose, les seconds mettent en présence deux personnes en raison d'un lien dû à un événement ou un acte (39). La propriété, par contre, ne se réduit pas à une relation entre deux personnes, précisément parce qu'elle est un pouvoir incarné dans l'espace. L'intérêt de retirer la propriété de la catégorie des droits réels réside en ceci qu'ainsi réduite, cette catégorie rassemble des droits qui, définis par leur utilité, ont en commun d'être limités dans le temps et de subir la prescription extinctive, ce qui n'est pas le cas de la propriété.

Espace fini, temps infini. Dans la conception que les Romains se font de la propriété, l'espace et le temps opèrent une forme de compensation. Obligés de segmenter l'espace pour y incarner le pouvoir sur les choses, qui est l'essence même de la propriété, les juristes romains se consolent en inscrivant cette propriété dans l'infini du temps, comme s'ils espéraient par là échapper à la condition humaine.

39) En ce sens, voir J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, Bruxelles, 1990, pp. 70-71.

Gaius and Pomponius

Notes on David Pugsley

by Obrad STANOJEVIĆ (*)

«Any discussion on Gaius' life and work must begin with one text of the Digest... This is D. 45.3.39: Pomponius book 22

*) When I was offered to write a contribution for *Studi Hans Ankum* in 1993, I was going through an unusual period of my life. I have resigned from my second term of the deanship. I was invited to teach in the US and a day before my departure I had a fire in my apartment which destroyed all my books, manuscripts and my computer. So at that time I could not "recycle" some of the material. Teaching in America (I have taught Roman Law, Comparative Law, Property, Public International Law, and Persons, which means: Family Law), does not leave much time for the research and writing. So, much to my regret, I did not send the contribution.

For our Hans I have always felt an admiration and, by time, friendship and gratitude. Admiratio for his energy, his ability to answer promptly all correspondence by handwriting (not always legible, though). For his skills to teach young romanists how to survive within the Ocean of the literature and how to use the Digest. Friendship and gratitude for his extrovert and kind nature and for his readiness to help. He has not only offered me to publish my book on Gaius, but he has personally corrected my French (minus quam perfect) and has asked another noble character of our Society, Jacques MICHEL to give me a hand in that respect. His club *Forum Romanum* was an inspiration to organize a similar club in Belgrade, which has shown nice results in the last 30 years of existence. Hans has visited our club in many occasions and has spoken about Hugo Grotius, *commodatum*, praetorian ownership and other topics.

This paper, which is a discussion with our dear colleague David PUGSLEY, who had the kindness to correct my English, I am dedicating to Hans ANKUM, to HANS NOSTER.

*ad Quintum Mucium» writes Tony HONORÉ (¹). Almost everyone who has paid some attention to Gaius could not avoid Pomponius. Both have been underestimated by Romanists (²). Not only do they belong to the same period, to the second century AD, they share the same taste for history, the same pedagogical qualities, even the two of them have books with the same titles (³). The compilers of the Digest have united Gaius and Pomponius under the title *De origine iuris et omnium magistratuum et successione prudentium* by taking one large fragment from Gaius' work on the Twelve tables and an enormous fragment from the *Liber singularis enchyridii* written by Pomponius (⁴). They both wrote commentaries on the praetorian edicts, books with the title *Ad Quintum Mucium*. In the Digest as a whole there are some 5.000 lines taken from Gaius and Pomponius respectively (⁵). Some authors have held that Pomponius was an inspiration for Gaius (⁶), others the opposite:*

1) Tony HONORÉ, *Gaius*, Oxford, 1962, p. 1.

2) For Gaius it is a well known fact to which we will return later. For Pomponius see: Hans ANKUM, *Towards a rehabilitation of Pomponius, Daube noster*, p. 1 sqq.

3) They both wrote *Regulae, libri ad Quintum Mucium*, commentaries on praetorian edicts.

4) D. 1.2.

5) More precisely: 5.064 lines from Pomponius and 4.494 from Gaius. See: Tony HONORÉ, *Word Frequency in the Study of Roman Law, Cambridge Law journal*, 30, 1972, p. 291.

6) KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur der römischen Juristen*, Leipzig, 1912, p. 201, 204; ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 6th ed., p. 287. Similar ideas: WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius – ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, Zutphen, 1978, p. 241; KNIEP thinks that Gaius was a disciple of Pomponius (*Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena, 1910, p. 7-9).

that Pomponius wrote after Gaius on the same topics, but more copious books⁽⁷⁾.

In his paper presented at the Oxford Conference of SIHDA in 1993 (*Gaio e Pomponio, una ricostruzione radicale*)⁽⁸⁾ David PUGSLEY has suggested a really radical reconstruction. The old dilemma of the relationship between Gaius and Pomponius could be resolved in a rather simple way – works attributed to the two classics are written by the same person, by Pomponius. «The Institutes were written by Pomponius and were presumably published in Rome under his own name, but... a version circulated in the eastern half of the empire, where we find the earliest evidence of them, under the name of Gaius»⁽⁹⁾. Not only the Institutes, but other works of Pomponius were published by the same eastern lawyer. It is not clear whether PUGSLEY thinks that this lawyer was Gaius or some anonymous lawyer published Pomponius' works under the invented name of Gaius. In any case it is an example of “intellectual piracy and plagiarism”⁽¹⁰⁾.

7) DERNBURG, *Die Institutionen des Gaius, ein Collegienheft*, Halle, 1869, pp. 104-107; Peter STEIN, *Regulae iuris*, 1966, p. 83; Tony HONORÉ, *Gaius, op. cit.*, p. 69; ROBLEDA, *Atti del simposio romanistico, Gaio nel suo tempo*, p. 142.

8) An expanded version has been published in *Justinian's Digest and the Compilers*, Exeter, 1995, pp. 83-97. There is an Italian version of the article: *Gaio o Sesto Pomponio*, trad. di Stefania PERTOLDI, 1997.

9) *Op. cit.*, p. 87.

10) *Ibidem*, p. 94.

I.

No Roman lawyer has inspired so many controversial hypotheses. His Roman origin, his originality, even his sex has been contested. A century ago SAMTER gathered some evidence showing that Gaius was the male pseudonym of a female lawyer (11). Max KASER had doubts about his classicism (12). HUSCHKE has qualified Gaius' Institutes as “the most admirable work ever written on the *ius civile*” (13). For VIPER Gaius is the greatest reformer of the roman law (14). HONORÉ considers Gaius the spiritual father of the Justinian codification (15) and Donald KELLY has traced the influence of Gaius through Middle ages up to modern times, concluding that the “gaianism” is one of the pivots of the “Substructure of Western Social Thought” (16). Jacques MICHEL finds “qu'il y a indiscutablement des idées neuves chez Gaius” (17).

11) SAMTER, *War Gaius das männliche pseudonym einer Frau?*, *Deutsche Juristenzeitung*, 13, 1908, pp. 1386-1391.

12) Max KASER, *Gaius und die Klassiker*, ZSSt, 70, 1953, pp. 127-178.

13) HUSCHKE, *Iurisprudentia antieustiniana, praefatio Institutionum*.

14) VIPER, *Prosvetitelnij vek Rimskoj imperii* [= The enlightenment Century of the Roman Empire], *Vestnik Drevnej Istorii* [= Journal of Ancient History], 1947, p. 47.

15) Tony HONORÉ, *Tribonian*, London, 1978, p. 130.

16) Donald KELLY, *Gaius noster – Substructure of Western Social Thought*, *The American Historical Review*, vol. 84, n° 3, 1979, pp. 609-648.

17) Jacques MICHEL, *Du neuf sur Gaius?*, RIDA, 1991, XXXVIII, p. 215.

Quite the opposite is the evaluation of Gaius given by some eminent names denying any quality of Gaius, placing him on the lower level among the classics – “a third rank star in the sky of the roman jurisprudence” which shines more brightly only because it stays more close to us due to the fact that we are possessing a book written by him (18). In a way the opinion of PUGSLEY is not quite new. Several authors have accused Gaius of plagiarism. Not only “a typical teacher (*typische Schulmeister*)” whose Institutes are nothing else than “rough lecture-notes” (19), “not endowed with some outstanding talents (*privi di doti eminenti*)” “without scientific qualities (*privi di valore scientifico*)” (20), Gaius is an author without originality. He has borrowed his system of Institutes (famous *personae – res – actiones*) from another jurisprudent, possibly from Pomponius (21). ROBBE thinks that the Institutes are nothing else than the re-elaboration of a textbook used by the Sabinians for a long time (22). Anna Maria GIOMARO even has some doubts about the very

18) KUNTZE, *Der Provinzialjurist Gaius, wissenschaftliche Abgeschätzt*, 1883; KRÜGER, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, 2nd ed., Leipzig, 1912, p. 204 sqq.

19) SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, pp. 163-164.

20) ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 1966, 287-288.

21) KRÜGER, *op. cit.*, p. 201 sqq.

22) ROBBE, *Atti del simposio romanistico, Gaio nel suo tempo*, Napoli, 1966, pp. 114-115.

existence of Gaius (23). For PUGSLEY it is not a doubt, it is an elaborated construction. So – Gaius is not only deprived of originality, of eminent gifts or scientific value, he is deprived of his very existence. There is no Gaius, there is only Pomponius.

I am not entering here into reasons for which, I believe, the existence of that “phantom book” of “Proto-Gaius” has to be rejected, because I did that some six years ago (24). I will try here to emphasize the weakness of PUGSLEY’s hypothesis, to give some arguments proving that Gaius and Pomponius could not be the same person.

1. First of all there is an objection to the method used by David PUGSLEY. Sometimes he is starting from his theory as a proven thing und using that presumption as a given fact.

Example number one. In the Institutes (I.188) Gaius tells the reader that he will not enter in details into the problem «since we have dealt with this field quite thoroughly, both in our interpretation of the Edict and in those books which we wrote on Quintus Mucius». PUGSLEY rejects the possible existence of such a work written by Gaius: «...but of the work by him on Quintus Mucius there is not a slightest trace. No such work was known

23) Anna Maria GIOMARO, *Spunti per una lettura critica di Gaio Institutiones*, II, 1995, p. 11: “...quando si acceda all’opinione della sua reale esistenza”. Maybe she was influenced by PUGSLEY.

24) See my study, *Gaius noster, le plaidoyer pour Gaius*, *Studia amstelodamensis*, Amsterdam, 1989, chapters IV, VI and XII.

to Justinian's compilers» (25). In other words, believing that Institutes were written by Pomponius *quod est probandum*, PUGSLEY rejects the one proof from the Institutes. The fact that Justinian's compilers did not mention the books does not prove much. Does anyone think that the *Index Florentinus* covers the whole body of classical literature? Maybe the compilers were satisfied with the book of the same title, written by Pomponius or they did not possess a copy of it. Is it the only book for whose existence there is only one proof? On the other hand it is strange that PUGSLEY pays so much attention to that detail of the Index, and ignores many others which contradict his thesis such as the long list of works attributed to Gaius, different from the list which compilers considered to have been written by Pomponius.

Example number two. In his calculation of the number of books written by both (or by Pomponius alone – according to PUGSLEY) he reduces the number of commentaries by deducting from the total number those which Gaius presumably took from Pomponius (26). So, once again PUGSLEY proves his theses by taking as a given fact something which has to be proven.

2. Let us pay some attention to the size of the works of the two jurists. Pomponius wrote, according to the *Index Florentinus*, 129 commentaries. With the addition which comes

25) David PUGSLEY, *op. cit.*, p. 84.

26) *Ibid.*, p. 89.

from other evidence the total would be between 300 and 350 (27). For Gaius PUGSLEY's estimate is 93 books, but, as we have seen, he deducts from that number books that Gaius presumably took from Pomponius, reducing in that way the total to 80 commentaries. So, by squeezing the number of *volumina* PUGSLEY comes to the conclusion that the overall total for both would be 400 books. It could be written by one person, «it is a lot, but not impossible» because that is the number of *volumina* written by Labeo (28).

Labeo lived a century before Gaius and Pomponius. If it is true what Pomponius tells us about his work – most likely it is a rounded figure – Labeo is a champion of productivity among lawyers of the first and second century. For Servius Sulpicius Pomponius gives 180 and all other numbers are much more modest (from 3 to 18 commentaries). There are authors whose opinion about the number of books written by Gaius is much higher, varying between 120 and 150 (29). If we apply those estimates the total number is from 440 to 490 volumes. It is a lot and probably impossible for one person to write. Even with books traditionally attributed to each one of them respectively (Gaius between 93 and 150, Pomponius between 320 and 350), those two are the most fertile authors of their time.

27) Tony HONORÉ: up to 300 (*Gaius*, p. 91); LIEBS: between 300 and 350 (*Gaio nel suo tempo*, p. 65).

28) *Op. cit.*, p. 90.

29) *Ibidem*, p. 91; LIEBS, *Atti del simposio, Gaio nel suo tempo*, p. 65.

3. It is true that Gaius and Pomponius have much in common. They both belong to the academic circle of *iurisdocentes* and not *iurisprudentes*. For Gaius it is almost certain that he did not have the *ius publice respondendi*, for Pomponius it is a probability. They share the same interest for the *ius civile*, for the praetorian edict, for legal history. Still there are some major differences. One excels in productivity, the other in diversity. Pomponius produced more commentaries, but Gaius had more titles. One of the striking differences is their destiny in legal history. Gaius is ignored by his contemporaries, except maybe, by Pomponius himself, and by lawyers of the two centuries that followed. Pomponius' work met immediate recognition. He was cited by such great names as Julian and he is one of the favorite authors of Ulpian, who cites his works on more than 300 occasions. Ulpian wrote his commentary on the *ius civile* by using as a model Pomponius' work *Libri ad Sabinum*.

Later the situation has changed dramatically. The *Lex citationis* included Gaius in the restricted circle of five paramount authorities. Pomponius appears nowhere, even among the jurists of the second rank, such as Scaevola, Sabinus, Julian and Marcellus.

It would be strange that the drafters of the *Lex citationis* and Justinian's compilers did not know the truth about the alleged plagiarism. Even in case of their ignorance, it is hard to explain the success of the plagiarist and such a modest achievement of the original author. The mere fact that the two were treated so

differently demonstrates that there are considerable differences in the nature of their works.

4. Pomponius is more within the framework of the basic task of the literature of his time: *da mihi facta, dabo tibi ius*. Gaius work has more scientific flavour, in this respect he is really not a “classic”. According to KASER that explains why contemporaries, all pragmatic minded, did not care about Gaius, but they did pay attention to Pomponius (30).

Gaius' contribution to the theory of law, to classifications and definitions is more important than that of any other Roman jurist. The first system in the history of law, the system *personae–res–actiones* has survived for centuries and can be detected in almost any of modern codifications. Even in a land so remoted of Rome and Europe, such as Louisiana, the strange place for the Law of Succession (as a method of the acquisition of the ownership *per universitatem*) could be explained by Gaius' influence. For HONORÉ Gaius is the spiritual father of Justinian's codification (31). Although the work of Pomponius is at least twice as voluminous as that of Gaius, in the title *De verborum significatione* there are twice as many definitions taken from Gaius as from Pomponius. The impression is the same if we look at the number of legal maxims or etymologies. Peter STEIN says

30) Max KASER, *Atti del simposio romanistico, Gaio nel suo tempo*, p. 44 sqq.

31) Tony HONORÉ, *Tribonian*, London, 1978, p. 130.

of his *regulae*: “The two examples of Gaius’ Regulae are sufficient to show that they were broader in scope, more general and more academic than, say, those of Neratius or Cervidius Scaevola” (32). STEIN concludes: “In this respect Gaius was ahead of his time. He anticipated the third century jurists’ tendency towards consolidation and classification. Consequently his idea of Regulae was broader than that of his contemporaries” (33). Including Pomponius, of course. In the number of etymologies Gaius exceeds all the Roman jurists (34). According to SCHULZ: “Gaius’ broad conception of *contractus* was foreign to the classical lawyers both before and after him... This conception was probably an audacious creation of Gaius like his conception of *obligatio*” (35). He has invented both classifications of obligations which are considered classic: twofold (*contracts-delicta*) and threefold (*contracts-delicta-variae causarum figurae*). He even had some ideas which announced the categories of quasicontracts and quasidelicts (36). Different classifications of actions, *plus petitio, legati, interdicts, capitis deminutio* are found

32) Peter STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966, p. 83.

33) *Ibidem*.

34) CECI, *Le etimologie dei giureconsulti romani*, Torino, 1892, pp. 123-144. We must have in mind that CECI wrote his study before the papyri from Antinopolis have been found, in which there are some more etymologies given by Gaius: *erctum non citum, ciere, secare, condicere*.

35) SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1954, pp. 467-468.

36) See: D. 44.7.1 pr. DIÓSDI, *Contracts in Roman Law*, Budapest, 1981, p. 114.

for the first time in commentaries written by Gaius (37). Pomponius' contribution of that kind is much more modest. Even Hans ANKUM in his essay of rehabilitation of Pomponius admits that Pomponius is a jurist of eminent rank, but not a Julian or Celsus (38).

5. There are some similarities in their style, which is clear, simple, with some pedagogic flavor (39). But in that respect there are some differences, as well.

For one thing Gaius is famous and unique among the lawyers of his time – on many occasions he does not refer to individual jurists, but to the opinion of the Sabinian of Proculian school (40). There is not a single case of such citation by Pomponius, he is referring exclusively to names. It is obvious that Gaius belongs to the Sabinian school and that he is proud of it. For

37) I tried to summarize Gaius' achievements in *Gaius noster*, pp. 154-156.

38) Hans ANKUM, *op. cit.*, p. 11. Peter STEIN has an impression that Pomponius lacks the notion of specific 'sources' of the kind. Otherwise he could not have included the *legis actiones* in the scheme (in his review of BRETONE's book *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, *Index 3*, 1972, p. 548).

39) KRÜGER, *op. cit.*, p. 201; LIEBS, *Gaius und Pomponius, Atti del simposio romanistico, Gaio nel suo tempo*, p. 65, Max KASER, *Atti del simposio..., op. cit.*, p. 49.

40) *Inst.* I.90, 196 (twice); II.15, 37, 79, 123 (three times), 195, 200 (twice), 220 (three times), 221, 231, 244; III.87, 98, 103, 141, 167a, 168, 178; IV.29, 78, 79, 153.

Pomponius we are not sure. HONORÉ thinks that he is a Proculian (41).

They have different tastes for the authorities. The favorite of Pomponius is by far Labeo, with 52 citations, then comes Aristo with 27, closely followed by Quintus Mucius (26) and Julian (20). Gaius has Julian as no. 1, with 41 citations, Sabinus is next (24), then Cassius Longinus (22) and Proculus (17). It is not surprising that Gaius has an appreciation for Sabinus and Cassius, the two heads of his school. There is only one name, that of Julian, as common to both lists, but even in this respect there is a major difference: for Gaius Julian is the supreme authority, for Pomponius it is the fourth, coming after Labeo, Aristo and Quintus Mucius, which are rather marginal for Gaius: Labeo is mentioned 9 times, Quintus Mucius only three times, Aristo not at all.

6. Even those who do not accept Gaius as an original and first rank authority, admit that his Latin is excellent and his lucidity unsurpassed (42). Although an innovative spirit in the field of classifications, definitions, when he comes to some legal problem, Gaius becomes more cautious. Pomponius does not have the self-confidence of a Julian, but certainly more than

41) Tony HONORÉ, *op. cit.*, p. 26 sqq. HONORÉ thinks that Pomponius, although a Proculian, later taught at the Sabinian school, but that is highly hypothetical.

42) BONFANTE, *Histoire du droit romain* (version française), 1928, pp. 441-442.

Gaius (43). The usual way of expressing his or others' view for Gaius is *puto*, *placet*, *placuit*. Pomponius, too, uses *puto*, *placebat*, but also *scribit*, *scripsit* (ca 30 times) or *respondit* (15 times), forms which Gaius is using only occasionally. The forms *aiebat* can be found in more than 80 fragments of Pomponius. Gaius uses *ait* four times only (44).

With all these differences in taste, in the authorities they quote, in style – could it be one person who wrote both the *corpus Gaianum* and *corpus Pomponianum*? I doubt it.

7. PUGSLEY presumes that the Institutes and other books usually attributed to Gaius were written by Pomponius and published in Rome, but a version of the Institutes circulated in the eastern part of the empire, where we find the earliest evidence, under the name of Gaius (45).

There is something strange in the way the late classical lawyers used Pomponius' commentary of the edict: *Libri ad edictum praetoris urbani*. This commentary is the largest of all works written by classical jurists. The compilers of the Digest did not have that book of Pomponius, it was known to them through the works of Ulpian, Paul, and (only through one fragment in each) from Marcian and Scaevola. In the Digest we could find fragments from the first part only. After the commentary 85 there

43) Tony HONORÉ, *Gaius*, *op. cit.*, p. 81.

44) Tony HONORÉ, *Gaius*, Tabula laudatoria no. III, IV, V and XI.

45) David PUGSLEY, *op. cit.*, p. 85.

is a gap. There should be a section *De Testamentis*, *De Legatis* which are missing entirely. All three appear in Gaius *Libri ad edictum praetoris urbani*, which the compilers did possess. The two works are complementary. «It would not be surprising if they were one work written by one man» concludes PUGSLEY (46). And that man is Pomponius. The explanation of PUGSLEY is that those books of Pomponius had been removed, published under the name of Gaius. This hypothesis is acceptable under some presumptions: that there was only one copy of the work of Pomponius, that Gaius (or someone else) has stolen physically a part of it and that compilers did have access only to that stolen part of Pomponius's commentary on the praetorian edict. There is an additional reason for the scepticism: in fragments attributed to Gaius no other jurist is cited, whereas Pomponius cites Labeo (5 times), Aristo (twice) and Julian (once). «There may... have been change in style, which would not be surprising in so large work. Perhaps the second half was written away from a law library» says PUGSLEY (47).

The explanation for that gap could be that compilers liked better what Gaius wrote in his commentaries about those topics. It is not unusual practice for them to use only a part of the work, omitting everything which they considered obsolete or of lesser quality. That is the possible explanation for the fact that from Gaius' book *Res cottidiana* they took fragments from the first three commentaries only. Perhaps they considered the additional

46) *Ibidem*, pp. 86-87.

47) *Ibidem*, p. 87.

four commentaries, treating probably succession and procedure, outdated (⁴⁸).

We must bear in mind that plagiarism usually is not ordinary theft. It means stealing ideas, not the original work. Even if we take as possible the physical removal of the part of the manuscript, it is hard to believe that there was only one copy of the manuscript. If we take PUGSLEY's theory as true, it means that an oriental has published under his name part of the works of Pomponius. But in Rome and other western provinces the original books of Pomponius most likely also existed. If the original was in Rome and a copy circulated in the eastern part of the empire under some other name, it is hard to believe that jurisprudents from the capital did not know who was the true creator of the Institutes. Textbooks are usually edited (or transcribed) in many copies (that is one of the possible explanations for the survival of the Institutes), and not only in one version. The main manuscript was found in the western part of the empire, in Verona, and all other fragments, except that of Antinopolis, are also from western locations. Of course one could argue that on the manuscript we do not have the name of the author and the title of the work. But from other sources, especially from the Digest and from some western barbaric codifications ("Visigothic Gaius"), it is obvious that these are the Institutes and it was Gaius who wrote them.

48) Obrad STANOJEVIĆ, *op. cit.*, p. 84 sqq.

8. The well established opinion is that Gaius was not cited by his contemporaries, except, perhaps, by Pomponius once. Of course, we could not be sure of that. The only conclusion we can come to is that in the existing literature from the second, third and fourth century we are not able to find Gaius' name. We must bear in mind that we have access only to a small portion of that literature, mostly through Justinian's Digest. Who can guarantee that some jurist did not quote Gaius in some of his works?

There is a high probability that Gaius cited Pomponius and a possibility that Pomponius cited Gaius. If it is true, PUGSLEY's theory is unacceptable for obvious reasons.

In one fragment of his book *Ad Quintum Mucium*, Pomponius says: ... *et non sine ratione, quod Gaius noster dixit* (D. 45 3.39). PUGSLEY, of course, thinks that the words *Gaius noster* are interpolated (49).

Let me summarize the reasons supporting the genuineness of the text.

First of all, we are out of the period when all troubles in the interpretation of a text of the Digest were resolved by the theory of interpolation. Why should compilers, having an enormous task in front of them bother with a fairly clear opinion of Pomponius by inserting some thought of Gaius which does not change the essence of the text? Pomponius cites Longinus on ten

49) *Op. cit.*, pp. 92-93.

occasions, always using his nomen: Cassius (⁵⁰); he never uses his praenomen – Gaius. *Gaius noster* is the usual way of referring to “our Gaius” and it suits better the modest figure of professor, of colleague, than that of Gaius Cassius Longinus, a member of the social and political elite of the time. One additional argument is that Pomponius cites *Gaius noster* in his commentary *Ad Quintum Mucium*. As we have tried to show above, there is some evidence that Gaius wrote the book with that title and there is not the slightest evidence that Longinus ever wrote such a work. One additional argument is suggested by Theo MAYER-MALY. The opinion which Pomponius gives in this fragment is in accordance with the idea of Gaius in *Inst. II.91-92*. This idea Gaius probably repeated in his work *Ad Quintum Mucium* (⁵¹).

Gaius, too, cites Sextus:

Sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum (⁵²).

Sextus Pomponius or some other Sextus, e.g. Sextus Africanus? It is true that this could be Sextus Africanus, because there is one fragment in the Digest where Africanus is referred to as Sextus (⁵³). There are some reasons to believe that it is

50) D. 4.8.40; D. 22.6.3.1; D. 29.2.99; D. 30.26.2; D. 34.2.21.2; D. 35.1.6.1; D. 35.2.31; D. 41.1.27.2; D. 46 3 17.

51) Theo MAYER-MALY, *Gaius noster*, *Roczniky Teologiczno-kanoniczne*, 10, 1963, pp. 55-63.

52) *Inst. II.218*.

53) In D. 30.32 pr. we find: “...ita verum esse tam Sextus quam Pomponius putant”, which means that this Sextus can not be Sextus Pomponius. David PUGSLEY was kind to bring this fragment to my attention.

Pomponius that Gaius had in mind (54). Why? The use of the *praenomen* is a more familiar way, appropriate for a colleague, which probably Pomponius was. Gaius uses *nomen* for Julian, but when he comes to Pomponius, he refers to him in a less formal way, by *praenomen*. But this, of course, is only a possibility.

9. If we accept David PUGSLEY's hypothesis, it would be the only known case of "intellectual piracy" in the history of Roman legal science. The whole atmosphere of the relationship among the lawyers does not fit the idea of plagiarism. Among themselves they behave, as SCHULZ points out, "like gentlemen" (55). The jurists of that time were not under the pressure "to publish or perish", their authority was based predominantly on their knowledge of law, on the value of their opinions, not so much on the books they published. The phrasing of the *Liber Enchiridii* of Pomponius suggests that the books were written mostly for the posterity or for pedagogical purposes: "He left such and such number of books". For many names, such as Aquilius Gallus, Balbus Lucilius, Capito, Massurius Sabinus, Proculus, Caelius Sabinus, Pegasus, Javolenus, Celsus, Aburnius Valens, Tuscianus, Pomponius is not giving the

54) Theo MAYER-MALY, *op. cit.*; Tony HONORÉ, *Gaius*, p. 3 sqq.

55) SCHULZ, *op. cit.*, p. 125.

number of books they wrote. On some occasions he tells us what public service they exercised, did they have *ius publice respondendi*, what was their attitude toward the *princeps*, what was their importance in the school they belonged (⁵⁶). To steal a book from someone in a society which paid a lot of attention to morals, would not be so attractive, would be a “combination of high risk and low pleasure” (⁵⁷).

The drafters of the *Lex citationis* and Justinian’s compilers, having more original manuscripts than we do, more “on the spot evidence” were in a better position to decide whether Gaius existed and wrote the *Institutiones*, *Res cottidiana* and other books. And they gave him the whole credit for the system *personae – res – actiones*, for so many classifications, etymologies and definitions.

II.

Why have so many authors shown so much distrust, even animosity towards Gaius? They do not accept the evaluation given to him by the *Lex citationis*, they do not believe the compilers of Justinian’s Institutes telling us that they were inspired by Gaius (*Gaius noster*), or Digest considering him, and no other jurist, the creator of the first real system in the history of

56) D. 1.2.47-53.

57) In the series of jokes in the time of the USSR, called Radio Erevan answers questions, the question: Is it possible to criticize the Central Committee? The answer was: Yes, but (the usual way of answering) it is like kissing a tiger – low pleasure, but high risk.

law. For them each Gaius, even *Gaius noster* is not that Gaius but some other. They don't believe that he is the one who invented so many novelties we find for the first time in the *Corpus gaianum* and nowhere else. For more than a century Romanists are chasing a ghost, a book which served as a model for Gaius. The mere plurality of those hypotheses is a clear sign of their weakness. I agree with SCHULZ that the existence of that "proto-Gaius book" is only "the shadow of a dream" (58).

The attitude of Max KASER is typical. During the symposium in Naples he said: "*Per ricordare un solo merito di Gaio; se è vero che è stato lui che ha creato il famoso sistema delle istituzioni, questo basta per lodarlo oltre ogni misura*" (59). There is some restriction, a condition for that possible "praise above all measure"; if it is true. Maybe it is not true. But in his course of Roman legal history KASER admits that Gaius created the "famous system of the Institutes". One would expect "praise above all measure". Nothing of the kind, there is not even modest recognition. On the contrary KASER has more compliments for Pomponius, repeating that old phrase – the only merit of Gaius is that we have a complete work of him, his text-book, which could not be compared with other classical works, being much inferior. So in the same book where he accepts Gaius as the true creator of that famous system, KASER concludes that he is a third rank star on the sky of classical Roman jurisprudence (60).

58) SCHULZ, *Classical Roman law*, op. cit., p. 467.

59) Max KASER, *Atti...*, op. cit., p. 43.

60) Max KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, 1950, pp. 172-173.

I will try to set out some possible reasons for that attitude towards Gaius, that kind of conspiracy against him.

First of all, Gaius is a strange person, full of contradictions. Is he alone with that feature among the strong and innovative spirits? Over the years KADEN from Geneva has collected proofs showing that Gaius was a weird person, *ein Sonderling* (⁶¹). Even those who are aware of some merits of Gaius, label him “*ein Klassiker besonderer Art*” (⁶²), “*fuori della corrente dei classici*” (⁶³). Speaking about his attitudes, they use “*ganz anders Gaius*” (⁶⁴). HONORÉ, in his biography of Gaius writes: “At bottom Gaius is very much a Roman, tough, lawyerly and independent” (⁶⁵). For Jacques MICHEL Gaius is not only a Roman citizen, but he was a magistrate, which explains his interest and his knowledge of edicts (⁶⁶). But, in HONORÉ’s study dedicated to Tribonian, he insists on the hellenistic environment in which Gaius lived (⁶⁷). He is at the same time very critical when he is describing some aspects of the new regime, even ironical, and at the same time, servile towards

61) According to KASER, *op. cit.* (*Gaius und die Klassiker*), p. 136. See also his discussion in *Atti...*, *op. cit.*, p. 48.

62) WAGNER, *op. cit.*, p. 270; KASER speaks about *Sondermeinungen des Außenseiters Gaius* (*op. cit.*, p. 136).

63) CASAVOLA, *Atti del simposio, Gaio nel suo tempo*, p. 5.

64) LIEBS, *op. cit.*, p. 71.

65) Tony HONORÉ, *Gaius*, *op. cit.*, p. 97.

66) Jacques MICHEL, *op. cit.*, pp. 186-199.

67) Tony HONORÉ, *Tribonian*, *op. cit.*, pp. 36, 247.

emperors (68). He is one of the rare jurists, together with Pomponius, which is paying some attention to history, but in several occasions he criticizes old rules compared to the new law (69).

This could be one reason, but it is not the most important.

The discovery of the Verona palimpsest is simultaneous with the birth and the rise of the Historical School. SAVIGNY and his followers have provoked two consequences: the mistrust for everything “byzantine” or “postclassical”, forgetting that *Corpus iuris civilis* is a byzantine product, and the myth of classicism, founded on the belief that a classic could not use a bad argument or write a phrase which is not perfect. For the texts which they found in the Digest they had a simple solution – everything which does not fit their idea of “perfect classicism”, which was a product of their imagination, has been spoiled by decadent Justinian’s compilers. It was a “green light”, a starting whistle for “la chasse aux interpolations” which lasted for hundred years and has given mediocre results (at the best) or a distorted picture (as a general rule).

What happened when NIEBUHR found the manuscript of Verona? The followers of SAVIGNY dreamed about that book. But usually it is hard to match reality with the dream.

68) One well-known example of criticism is given in *Inst. II.21*, of irony: *Inst. I.81*, 94; and *D. 38.17.9*.

69) I.52-53, 144, 190; describing *perquisitio lance et licio* he adds: *quae res... ridicula est* (*Inst. III.193*).

As Byron said:

*D'you think if Laura had been Petrarch's wife
He would have written sonnets all his life.*

When the long desired and the only more or less complete book written by a classical jurist appeared, miraculously surviving the disaster which the centuries have done to the written documents of Greece and Rome, some Romanists closed their eyes to minor imperfections and felt the admiration which is appropriate for a Classical Jurist (ZIMMERN, PUCHTA, HUSCHKE). Others were disappointed. All merits attributed to Gaius by postclassical lawyers and legislators were arrogantly ignored. They saved their myth of classical perfection in style and substance by bitterly rejecting Gaius, declaring the Institutes an inferior representative of the great age, judging Gaius a «third rank star», an unoriginal “typical school teacher”. The other consequence of that clash between reality and the phantoms was “la chasse au Proto-Gaius”. The “Proto-Gaius” was supposed to serve as a bridge between the “third-rank teacher” and the seventh heaven of classicism. Whatever was original, innovative, of cardinal importance for the history of law, especially his system of “tripartition”, was considered not to be his, but borrowed from some other, “real classic”.

I think that David PUGSLEY’s attitude towards Gaius is a reflection of those attitudes and ideas.

Die *lex Rhodia de iactu*

von Herbert WAGNER

(*Marburg*)

Es ist der Mühe wert, das berühmte rhodische Seerecht, die *lex Rhodia de iactu*, und ihr fortwirken einmal näher zu betrachten. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, wie notwendig es war, daß gerade die aktiven Kräfte dieser gesegneten Insel Rhodos ein Seerecht, eine Regelung des sog. Seefalls oder Seewurfs, entwickelten. Spätestens im Jahr 200 v. Chr. beherrschte Rhodos mit seiner unvergleichlichen Flotte die Ägäis. Die rhodischen Kaufleute und Bankiers traten allezeit für die Freiheit des Meeres und für die Einheit der griechischen Welt ein, wenigstens in ihrer wirtschaftlichen, kommerziellen Sphäre. Das entsprach den Umstand, daß der Inselstaat nicht nur Mittelpunkt des griechischen Geisteslebens geworden war, sondern auch das Zentrum des internationalen Bankwesens wurde, das die Schlüsselstellung des hellenistischen Handels innehatte, der vor allem ein Seehandel im gesamten Bereich des Mittelmeers

war⁽¹⁾. Das rhodische Münzsystem breitete sich über Karien bis zum Marmarameer aus. Um 306 v. Chr. hatte Rhodos bereits einen Handelsvertrag mit Rom⁽²⁾. Wie ROSTOVTEFF⁽³⁾ berichtet, betrug der Umsatz des rhodischen Handels im 2. Jahrhundert 50.000.000 Drachmen, das brachte bei 2 % Hafenzoll jährlich die beträchtliche Summe von rund 1.000.000 Drachmen an Einnahmen dieser Art.

Beschäftigen wir uns nun mit der Entstehungsgeschichte des rhodischen Seerechts! Es begegnet uns quellenmäßig zuerst in einer Anekdote, die der Jurist Volusius Maecianus dem Kaiser Antoninus Pius oder Marcus Aurelius zuschreibt. Sie lautet:

(D. 14,2,9) ⁽⁴⁾: Ἀξίωσις Εύδαιμονος Νικομηδέως πρὸς Ἀντωνίνον βασιλέα· Κύριε βασιλεῦ Ἀντωνῖνε, ναυφράγιον πουήσαντες ἐν τῇ Ἰταλίᾳ (Ικαρίᾳ scr. Jac. Gothofredus, 1587-1652) διηρπάγημεν ὑπὸ τῶν δημοσίων τῶν τὰς Κκλάδας νήσους οἰκούντων. Ἀντωνῖος εἶπεν Εύδαιμονι· ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης. τῷ νόμῳ τῶν Ροδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ, ἐν οἷς

1) S. GRIMAL, *La civilisation romaine*, deutsch: *Römische Kulturgeschichte*, München - Zürich 1961. "Eile", ruft Horaz später dem Kaufman zu, "daß dir in den Häfen keiner zuvorkomme!" (Hor. *Epist.* I,6,32f., in *Opera Hor.* ed. WICKHAM - GARROD, 2. Aufl., Oxford Classical Texts, Oxonii 1900/1959).

2) S. GRIMAL, a. a. O., S. 45, 54.

3) *Gesellschafts- und Wirtschaftsgeschichte der hellenistischen Welt*, Band II, Darmstadt 1995, S. 538; Band III, Darmstadt 1956, S. 1254 Anm 96.

4) Ed. MOMMSEN - KRUEGER, I ed. alt., Berolini 1962, S. 421.

μήτις τῶν ἡμετέρων αὐτῷ νόμος ἐναντιοῦται. τοῦτο δὲ αὐτὸ καὶ ὁ θειότατος Αὔγουστος ἔκρινεν.

Man spricht von der Bittschrift des Eudaimonos aus Nicomedia (in Bithynien).

An den Kaiser Antoninus:

Kaiserlicher Herr Antoninus, wir haben Schiffbruch erlitten in Italien (richtiger nach Gothofredus: in Ikarien), und wir wurden sodann von Zollpächtern ausgeraubt, die auf den Kykladen-Inseln sitzen.

Antoninus antwortete: Ich bin wohl Herr der Erde, Herr über das Meer aber ist das Gesetz. Nach diesem rhodischen Gesetz über nautische Angelegenheiten soll die Sache entschieden werden, soweit nicht eine unserer Bestimmungen dem entgegensteht. Und in diesem Sinn hat auch bereits der göttlichste Augustus entschieden.

Es wird vermutet, daß das Fragment aus einer griechischen Paraphrase stammt. Es dürfte also jedenfalls mindestens vor der Mitte des 2. Jahrhunderts christlicher Zeitrechnung entstanden sein. Bereits im 1. Jahrhundert berichtete der Arzt Scribonius Largus, daß die Bewohner der Kykladen das Strandsrecht ausübten; sie verkauften die Schiffbrüchigen sogar als Sklaven. Das gab es übrigens auch im Mittelalter und wurde auf die ursprüngliche Rechtlosigkeit der Fremden zurückgeführt.

Die Paulus-Sentenzen, das wahrscheinlich um 300 überarbeitete Elementarbuch, kennen einen Titel (VII.) „*ad legem Rhodiam*“, der in den Digesten Justinians (14,2), anknüpfend an die Mietklagen (*actio locati* und *actio conducti*), erweitert ist zu „*De lege Rhodia de iactu*“⁽⁵⁾. Demnach sind Rechtssätze des einst seebeherrschenden Rhodos, vielleicht kodifiziertes Gewohnheitsrecht, zu anerkanntem subsidiären Reichsrecht des klassischen römischen und Justinianischen Rechts geworden.

KRELLER⁽⁶⁾ sprach von einem Standesbrauch der Seehandel treibenden Bevölkerung der Mittelmerländer, welcher Spuren eines gemeingriechischen Seerechts trage, in klassischer Zeit „eine im Handelsverkehr des Mittelmeeres anerkannte Usance, die zum regelmäßigen Inhalt der Seefrachtverträge wurde“⁽⁷⁾.

Die *lex Rhodia de iactu* galt übrigens auch für Flusschiffe. Die Rezeption ins römische Recht wird nach einer ansprechenden Meinung nich nur dem Mittelmeerhandel, sondern auch der

5) SCHWIND, *Römisches Recht* I, Wien 1950, S. 322, mit Bezug auf KRELLER, *Zeitschrift für Handels- und Konkursrecht*, 85 (1921) 257 bis 347; *Lex Rhodia, Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechts*.

6) *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Tübingen 1948, S. 153, und ob. Anm. 5.

7) Vgl. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, S. 698; RONGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, Paris 1966, S. 397-409. WIEACKER (*Studi Albertario*, I, 1953, S. 513-517) hat wahrscheinlich gemacht, daß diese „Usancen des hellenistischen Seeschiffahrtsrechts“ betreffend Seewurf und Große Haverei (D. 14,2,2 pr. und eod. 2,3) spätestens zur Zeit des Servius von der spätrepublikanischen Jurisprudenz in das römische Recht rezipiert worden sind (vgl. WESENER, *Von der Lex Rhodia de iactu zum § 1043 ABGB*, FS Bärmann, 1975, S. 35).

griechisch-römischen Rhetorik zu danken sein, wie man sie in Rhodos studierte.

WESENER (8) zählt die *lex Rhodia* zu den “Handelsrechtsinstituten”, die in adjektizischen Klagen zum Ausdruck kommen (D. 14,1 *de exercitoria actione*; 14,3 *de institoria actione*; 14,4 *de tributoria actione*).

In der Spätzeit, zwischen 600 und 800, entstand schließlich eine kompilative private Rechtssammlung mit dem Titel

Νόμος ῥοδίων ναυτικὸς περὶ ναυκλήρων καὶ πιστικῶν καὶ ναυτῶν καὶ πανδοχέων καὶ τῆς κατ’ αὐτῶν καὶ ὑπὲρ αὐτῶν ἀγωγῆς,

ein Rechtsbuch, dessen Inhalt sich aus Justinianischem Recht und lokalen Gewohnheiten zusammensetzte (9). Nach verbreiteter literarischer Übung nannte das Werk zur Stärkung seiner Autorität als Gesetzgeber verschiedene Kaiser, so Augustus, Tiberius, Nero, Trajan, Hadrian, Septimius Severus, Pertinax. Diese Sammlung blieb auf See-Unfälle beschränkt; sie erlebte bis zum 18. Jahrhundert nicht zuletzt auch in Frankreich etliche Auflagen. Bereits im 13. Jahrhundert finden sich Einflüsse der *lex Rhodia de iactu* Justinianischer Fassung in den Stadtrechten der hanseatischen Seestädte Hamburg und Lübeck.

8) A. a. O., S. 34.

9) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, 3. Aufl. (Neudruck), Aalen 1955, S. 314 Anm. 70.

Mit dem *iactus*, dem Seefall, ist der wesentliche Teil des rhodischen Seerechts als “große Haverei” schließlich 1897 ins deutsche Handelsgesetzbuch (VII. Abschnitt) und ins Handelsrecht anderer Staaten eingegangen.

Im Eingangsfragment des Digestentitels *De lege Rhodia de iactu* wird das Grundprinzip der Regelung vorangestellt: Wenn zur Erleichterung eines Schiffes, das sich in Seenot befindet (*laborante nave*), Waren über Bord geworfen worden sind, so ist dieser Verlust, den der Seewurf verursacht hat, durch den Beitrag aller zu ersetzen, was für alle, *pro omnibus*, gegeben worden ist. Dies ist der klassische Fall einer Gefahrengemeinschaft, eine Regelung, die in byzantinischer Zeit (D. 14,2,2 pr. itp.) ausdrücklich für höchst billig (*aequissimum*) angesehen wurde. Die Gefahrengemeinschaft bei Seesturm rechtfertigt den Zugriff auf fremdes Eigentum, verlangt aber auch die gegenseitige Schadensausgleichung (GIERKE) (10).

Wer sind nun die eventuell ersatzpflichtigen Gefahrengemeinschafter? Es sind alle diejenigen, denen der Seewurf einen Vorteil brachte, d. h. deren Güter infolge der Entlastung des Schiffes erhalten blieben, und der Schiffer selbst, dessen Seefahrzeug vorm Untergang bewahrt wurde.

Das deutsche Handelsgesetzbuch (§ 700) sagt dazu:

10) S. dazu etwa DERNBURG, *Pandekten*, 2. Band, Berlin 1886, S. 117-119. Zur modernen versicherungsrechtlichen Gefahrengemeinschaft s. HOFMANN, *Privatversicherungsrecht*, 2. Aufl., München 1983, S. 8.

Alle Schäden, die dem Schiffe oder der Ladung oder beiden zum Zwecke der Errettung beider aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich zugefügt werden, sowie auch die durch solche Maßregeln ferner verursachten Schäden, ingleichen die Kosten, die zu demselben Zwecke aufgewendet werden, sind große Haverei.

Die große Haverei wird vom Schiff, Fracht und Ladung gemeinsam getragen.

Das *principium*, d. h. das erste statement des Digestenfragments (14,2,2) führt bereits in die rechtliche Behandlung des Geschehens hinein. Man geht davon aus, daß die Eigentümer der aufgeopferten, in Verlust gegangenen Waren einen Seefrachtvertrag geschlossen hatten. Das ist ein Unterfall der viele vertragliche Möglichkeiten umfassenden, auf *bona fides*, den guten Glauben, gestellten *locatio conductio*. In dieser Bezeichnung ist die Rechtsbeziehung von Seiten beider Vertragschließenden betrachtet: *Locator* ist, wer etwas bestellt, indem er eine faktische Verfügungsmacht über etwas “einräumt”. Beim Frachtvertrag, der eine Art des Werkvertrags ist, überläßt der *locator* dem anderen Gegenstände, die Waren, die dieser in bestimmter Weise behandeln, nämlich befördern soll. *Conductor*, Unternehmer ist, wer das Objekt “mit sich führt” oder in seine tatsächliche Verfügungsgewalt nimmt, in unserem Fall eben, um es zu transportieren.

Die Eigentümer der ins Meer geworfenen Handelswaren können mit der Klage des Bestellers, *ex locato*, gegen den Schiffer, den *magister navis* vorgehen, der den *iactus* angeordnet hatte. Der Schiffer seinerseits kann sodann diejenigen Befrachter, deren Waren erhalten geblieben sind, mit der Klage des Frachtführers, *ex conducto*, belangen, damit die Einbuße verhältnismäßig, *pro portione*, getragen werde. Servius Sulpicius, ein Zeitgenosse Ciceros, der das Verfahren bereits kannte, befand praktisch, man müsse *ex locato* von dem *magister navis* verlangen, daß er die Waren der übrigen *vectores*, der übrigen Schiffspassagiere zurückhalte, deren Gut vom Seewurf nicht betroffen war, bis sie ihren Anteil zur Entschädigung (*damni*) leisten. Wir haben also hier ein Zurückbehaltungsrecht, ein Retentionsrecht zur Anspruchssicherung vor uns (¹¹). Die Seereisenden waren durchweg die Kaufleute, die ihr zu beförderndes Handelsgut über die Meere begleiten oder von eigenen Sklaven begleiten lassen (TREITSCHKE), wobei dann die Frage entsteht, ob wohl ein Zurückbehaltungsrecht auch an den Kaufmannssklaven gegeben ist. Der Unternehmerklage gegen die Reisenden könnte man jedenfalls nich entraten, man könnte sich nicht mit der Zurückbehaltung begnügen, soweit die Reisenden keine *sarcinae*, kein Gepäck, keine beschlagfähigen Lasten an Bord hatten. Ein gepäckloser Reisender haftet auf eine Quote des Werts der Sachen, die er am Leib hat, also meist gar nicht

11) Zum *ius retentionis* s. allgemein LEAGE - PRICHARD, *Roman Private Law*, 3. ed., London 1961, S. 182 f.

(D. 14,2,2,2)(¹²). Dann hilft nur die *actio ex conducto*, die zu einer Geldkondemnation führte. Im übrigen braucht der Kapitän für die insolventen Reisenden nicht einzustehen; denn er muß nicht das Vermögen, die Glücksgüter, *fortuna* eines jeden untersuchen.

Wenn aber zur Erhaltung der Waren das Schiff beschädigt worden oder vom Takelwerk etwas verloren gegangen ist, so muß kein Beitrag (*collatio*) geleistet werden, weil es sich mit den Sachen, die für das Schiff angeschafft werden, ganz anders verhalte als mit dem, wofür Fracht (*merces*) bezahlt worden ist; denn, so argumentiert Paulus § 1 *eod.*, wenn ein Schmied (*faber*) seinen Amboß (*incus*) oder seinen Hammer (*malleus*) zerschlägt, könne das auch nicht seinem Auftraggeber angerechnet werden. Anders wäre das nur, wenn der Schaden am Schiff mit dem Willen der Reisenden oder unter ihrem Zwang verursacht wurde, vielleicht weil sie die Gefahr fürchteten; in diesem Fall muß dem Schiffer Ersatz geleistet werden.

Der Digestentitel 4,9 gilt dem Programm des Gerichtsherrn, dem prätorischen Edikt “*Nautae caupones stabularii ut recepta restituant*” (daß Schiffsreeder, Gastwirte, Stallwirte die aufgenommenen Sachen zurückgeben sollen) (¹³). Diese vom Gerichtsherrn aufgestellte Musterformel ging auf die *nautae* und wurde dann auf die Wirte erstreckt. Dabei ist für uns die Definition des *nauta* interessant. Das ist im Rahmen des Edikts

12) BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4. Heft, Tübingen 1920, S. 130.

13) S. ANKUM, *Elementen van Romeins recht*, Zwolle 1976, S. 64 f.

derjenige, welcher mit einem Schiff gewerbliche Geschäfte treibt, also Gewinn erzielen will. In anderem Zusammenhang ist *nauta* jeder, der sich *navis navigandae causa*, also der Schiffahrt wegen auf dem Schiff befindet, vom Kapitän bis zum letzten Matrosen.

Der *nauta* im Sinn des Reeders haftet auf Rückgabe aller Sachen, die in das Schiff gebracht worden sind, seien es nun Waren oder andere Dinge, z. B. Gegenstände zum täglichen Gebrauch. Diese Verpflichtung kann auch durch den *magister navis*, den Kapitän, begründet werden.

Auf besondere Weisung kann generell *vocati maris* (Schiffskustoden) oder *diaetarii* (Kajütenaufsehern) mit der Aufsicht über fremde Sachen ein *officium*, ein Geschäftskreis anvertraut werden. Auch einfachen Matrosen kann die Sachverwahrung übertragen sein. In allen diesen Fällen haftet – in faktischer Ausdehnung des prätorischen Edikts – der *nauta* für die von seinen Leuten verursachte Unmöglichkeit der Rückgabe aufgenommener Sachen, womit das Rechtsprinzip des Einstehenmüssens für den Gehilfen zum Durchbruch gelangte.

Übrigens soll es nur in Rhodos Vereinigungen der Männer gegeben haben, die auf demselben Schiff gedient hatten (¹⁴).

Von dem Problembewußtsein der römischen Juristen sprechen die Lösungsempfehlungen etlicher Fallgestaltungen, die

14) Zur rhodischen Geschichte, s. FINA, *Rodos 2.400 Chronia (408 p. Ch. - 1992 m. Ch.)*, Rodos 1992.

den *iuris consulti* in der Praxis begegneten oder von ihnen konstruiert wurden. So etwa:

Mehrere Kaufleute hatten verschiedene Arten von Waren verladen. Außerdem fuhren viele Passagiere, Sklaven und Freie mit. Bei einem schweren Sturm mußten nun mit Notwendigkeit Waren in die See geworfen werden. Gefragt wurde, ob alle den Seewurfschaden tragen müßten, auch diejenigen Kaufleute, die nicht belastende Waren in das Schiff gebracht hatten, sondern z. B. Gemmen und Perlen. Mit welchem Anteil sollten sie wohl haften? Ob auch für die freien *personae* etwas gegeben werden müsse, die als Reisende ja auch Gewicht haben? In der Beantwortung dieser Fragen hat man auf den Vorteil abgestellt, den der Seewurf dem einzelnen gebracht habe; wer von dem *iactus* profitierte, sollte zum Schadensausgleich beitragen, weil die *mercatores* wegen Rettung ihrer *res*, ihrer Sachen zu einem Beitrag (*tributum*) verbunden seien. Deshalb sei auch der Eigentümer des Schiffs anteilig verpflichtet.

Es müsse der Verlust nach dem Preis der geretteten Sachen aufgeteilt werden. Danach hätten also die Eigentümer leichtgewichtiger Edelsteine unter Umständen Höheren Ersatz zu leisten als die Befrachter mit schwerem Metallgerät oder Bausteinen. Freie Menschen⁽¹⁵⁾ dagegen sind kein Handelsgut. Sie haben keinen Preis, ihre Körper (*corpora*) unterliegen keiner *aestimatio*. Andererseits wurde angeregt, auch die Kleidungsstücke (*vestimenta*) und die Fingerringe (*anuli*) mit zu

15) S. WAGNER, *Einführung in das Recht*, 3. Aufl., Neuwied - Kriftel - Berlin, Kap. 8: Der Mensch – das Maß aller Dinge.

berechnen. Lediglich Konsumgüter, vornehmlich Lebensmittel (*cibaria*) sollten von der Berechnung des Seewurfschadens frei bleiben; denn wenn es auf der Fahrt einmal an Essen mangelte, trüge jeder mit dem Seinigen, *in commune*, zum gemeinsamen Verbrauch bei.

Auch mit einem der größten nicht naturgegebenen Probleme der Handelsschiffahrt im Mittelmeer mußte sich das Seerecht beschäftigen, nämlich mit der Piraterie. Zu dieser äußerten sich die bedeutenden Juristen Servius, Ofilius und Labeo (D. 14,2,2,3). Die beiden zuerst Genannten waren Zeitgenossen des Gnäus Pompeius Magnus, der im Jahr 67 v. Chr. die Seeräuber in ihren Schlupfwinkeln an der Südküste Kleinasiens vernichtete. Nicht nur Einzelpersonen fielen den Freibeutern in die Hände, die dann gegen Lösegeld freigelassen wurden, wie es Iulius Caesar erging. Auch ganze Schiffe wurden gekapert, wovon auch die Gesetzestafeln von Gortyn auf Kreta zu berichten wissen (¹⁶). Zum Loskauf eines Schiffes mußten alle (*omnes*) beitragen, gemeint sind offenbar die reisenden Kaufleute und der Schiffseigner. Was aber die *praedones*, die Seeräuber sonst weggenommen hätten – gedacht ist an die Seefracht –, das verliere nur der Eigentümer. Dieser könne zwar seine eigenen Waren loskaufen, aber keine Zuschüsse der anderen Beteiligten verlangen.

Einige weitere Zeugnisse sind von Interesse.

¹⁶) Col. VII, 10 f., ed. WILLETS, *The Law Code of Gortyn*, Berlin 1967, S. 70.

So wird nach dem spätklassiker Paulus (D. 14,2,2,4) die *portio*, der Anteil an der Ersatzleistung beim Seewurf in der Regel nach dem Schätzwert der geretteten, salvierten Waren und der verloren gegangenen geleistet – ein Verrechnungsmodus, der ein wenig schwierig zu konkretisieren sein wird. Es macht übrigens nichts aus, tut nichts zur Sache, wenn die verlorenen, geopferten Sachen nach dem Einkaufspreis vergütet werden, obgleich sie teurer hätten verkauft werden können, weil ja nur das *detrimentum*, der Schaden ersetzt werde, nicht aber der entgangene Gewinn, das *lucrum*, das nach heutigem deutschen Recht Teil des zu ersetzenen Schadens ist (§ 252 BGB). Mit Recht tilgt KRELLER (17) textkritisch den widersprechenden Satz, daß die Sachen, deretwegen beizutragen sei, nicht wie eingekauft geschätzt würden, sondern wie sie zu verkaufen sind. Das wäre in der Tat eine Einbeziehung des entgangenen Gewinns in den Schadenersatz, und in der Tat waren die geretteten Handelsgüter nach dem Wert, der für sie erzielt werden könnte, zu veranschlagen (DERNBURG), was sich zugunsten der zu entschädigenden Befrachter auswirken möchte. Gemeinschaftlich zu tragen ist auch der Schaden, der dadurch entsteht, daß der Mast (*arbor*, daher “Mastbaum”) gekappt oder Schiffsgerät (*instrumentum*) über Bord geworfen wird, um gemeinsamen Gefahr zu beseitigen (Pap. D. 14,2,3; Herm. *eod.* 5,1).

17) KRELLER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Tübingen 1948, S. 153 f.; DE MARTINO, *Lex Rhodia, Rivista del diritto della navigazione*, III 3 / IV 1.2, 1938.

Eine zur Entlastung eines Schiffs über Bord geworfene Sache bleibt im Eigentum ihres Herrn und gehört nicht dem Ergreifer, weil sie nicht als dereliquiert, als herrenlose Sache erachtet wird; denn der Eigentümer hat nicht die Absicht, *mentem*, sie aufzugeben, vielmehr würde er sie, wenn er sie wiederfände, mitnehmen, und wenn er vermutete, wohin sie versunken wären, *eiectae*, würde er die Sachen suchen; so daß es dasselbe ist, als wenn jemand, von einer Last gedrückt, etwas auf den Weg wirft, um mit anderen Leuten zurückzukehren und das Weggeworfene mitzunehmen (D. 14,2,2,8).

Callistrat (D. 14,2,4 pr.) erörtert eine Reihe interessanter Konstellationen. Zur Entlastung eines Schiffs werden Waren in ein Boot (*scapha*) gebracht, weil das Schiff mit der Ladung nicht in einen Fluß oder Hafen einlaufen könnte und weil außerhalb des Flusses, in der Mündung oder im Hafen selbst Gefahr bestände. Geht nun das Boot unter, so müssen diejenigen, deren Waren auf dem Schiff geborgen sind, mit denen, deren Güter im Boot verloren gingen, ebenso einen Ausgleich herbeiführen, als ob die Waren, die aufs Boot gekommen waren, aus dem Schiff über Bord geworfen worden wären.

Wenn dagegen das Boot mit einem Teil der Waren in Sicherheit, das Schiff aber untergegangen ist, so können die Leute, die im Schiff etwas verloren haben, nichts berechnen, weil vom Seewurf nur dann gesprochen wird, wenn das Schiff gerettet ist.

Ein dritter Fall (§ 1 *eod*): Ein Schiff ist durch das Auswerfen der Waren eines Kaufmanns erleichtert worden. An einem

anderen Ort geht das Schiff unter. Die Waren einiger Kaufleute werden durch Taucher (*urinatores*) gegen Lohn geborgen. Nur die Waren des erstgenannten Kaufmanns sind Gegenstand eines Seewurfs und müssen von der Gefahrengemeinschaft ersetzt werden. Dagegen braucht der, dem auf der Fahrt der Seewurf widerfahren ist, den anderen zur Taucherlohn nichts beizutragen; denn deren Waren können nicht als zur Rettung des Schiffs geworfen gelten, weil dieses untergegangen ist. Hier ist klar ausgesprochen: Zweck des Handelns darf allein die Rettung des Schiffs der Waren wegen sein, wenn man für einen Seewurf die Gefahrengemeinschaft in Anspruch nehmen will.

So sagt denn auch Hermogenian (D. 14,2,5): Der Verlust des Schiffs wird von denen, die ihre Waren aus dem Schiffbruch geborgen haben, nicht durch gemeinschaftliche Beiträge ersetzt; denn diese werden nur dann für gerecht erachtet, wenn der Seewurf – ein solcher muß stattgefunden haben – in gemeinsamer Gefahr, bei gerettetem Schiff, den übrigen genutzt hat.

§ 703 des deutschen Handelsgesetzbuchs behandelt die wirkliche Rettung als Tatbestandsstück. Die Havereiverteilung tritt nur ein, wenn sowohl das Schiff als auch die Ladung und zwar jeder dieser Gegenstände entweder ganz oder teilweise wirklich gerettet worden ist.

D. 14,2,4,2 behandelt eine andere Situation: Nach einem Seewurf sind jemandes Waren, die im Schiff geblieben sind, beschädigt worden. Es ist zu untersuchen, ob er einen Ausgleichsbetrag zu leisten hat, obwohl er bereits durch Verschlechterung seiner eigenen Waren geschädigt ist. Callistrat

meint, daß dieser Geschädigte nach dem gegenwärtigen Wert der Waren beitragen müsse. Seien also zwei Ersatzpflichtige vorhanden, deren Waren je 20 *aurei* wert wären, sind aber die Waren des einen infolge Bespülung durch die Wogen auf den Wert von 10 gesunken, so müsse jener, dessen Waren unversehrt blieben, nach dem Verhältnis von 20 beitragen, der mit den durchnäßten Waren aber nach dem Wert 10. Man könne jedoch auch zugrunde legen, durch welche Ursache, welche *causa* die Waren beschädigt worden sind, d. h., ob der Schaden entstanden ist, weil die Sachen durch die Wegnahme der ausgeworfenen bloßgelegt worden sind, oder aus einer anderen Ursache, z. B. wenn sie anderswo in einem Winkel lagen und das Wasser dort eingedrungen ist. Im ersten Fall bleibt der Wareneigentümer von der Beitragslast frei, weil der Seewurf auch ihm geschadet hat. Papirius Fronto prüft, ob ihm nicht selbst eine Entschädigung gebühre; denn was ist für ein Unterschied, ob ich das Meine durch den Wurf verloren oder, weil es bloßgelegt worden, an Wert eingebüßt habe? Wie dem, der das Seine ganz eingebüßt hat, Hilfe kommt, so muß auch dem geholfen werden, dessen Waren wegen des Wurfs schlechter geworden sind.

D. 14,2,6 erörtert folgenden Fall: Ein Schiff war, nachdem er in Sturm geraten war und ihm durch Blitzschlag Taue, Mast uns Segelstangen verbrannt waren, zu Hippo in Numidien eingelaufen; dort mit notdürftigem Takelwerk versehen, steuerte er nach Ostia und brachte seine ganze Ladung mit. Nun werde gefragt, ob die, denen die Ladung gehörte, dem Schiffer seines Schadens wegen beitragen müßten? Iulian antwortete: Nein; denn

dieser Aufwand (*sumptus*) sei mehr zur Ausrüstung des Schiffs (*instruendae navis*) als zur Erhaltung der Güter gemacht worden.

Wenn ein Schiff untergegangen oder gestrandet ist, so rettet daraus jeder das Seinige, wie aus einer Feuerbrunst (D. 14,2,7).

Labeo meinte (D. 14,2,10): Wenn du dein Schiff zu Sklavenfracht verdungen hast (*vehenda mancipia conduxisti*), so gebührt dir für einen Sklaven, der auf dem Schiff stirbt, kein Frachtlohn (keine *vectura*). Paulus präzisiert: Es kommt darauf an, wie vereinbart worden ist; ob die Fracht (*merces*) für die Sklaven, welche eingeschifft werden sollten, oder für diejenigen, welche am Zielort ankommen würden, bezahlt werden sollte. Wenn dies nicht ermittelt werden kann, so ist es nach Paulus – im Gegensatz zu Labeo – für den Schiffer genügend, wenn er beweist (*probaverit*), daß der Sklave eingeschifft worden ist; so daß also für den unterwegs gestorbenen Fracht gezahlt werden muß.

Labeo erörtert (in § 1 *eod.*) noch folgenden Geschehensablauf: Du hast ein Schiff unter der Bedingung gemietet (*conduxisti*), daß deine Waren damit verschifft werden sollten, der Schiffer hat aber diese Waren, ohne dazu genötigt zu sein und gegen deinen Willen auf ein schlechteres Schiff umgeladen; deine Waren sind mit diesem Schiff untergegangen. Dann hast du gegen den ersten Schiffer die Klage (*actio*) *ex locato*. Die verschuldete Umladung ist *causa* des Untergangs der Sachen, auf die sich der Vertrag bezieht. Paulus meint dazu: Das Gegenteil gilt, wenn beide Schiffe auf dieser Fahrt (*navigatio*) untergegangen sind, sofern dies ohne bösen Willen (*dolo et culpa*) und

ohne Fahrlässigkeit des Schiffsvolks (*nautarum*) geschehen ist. Dann kommt nämlich ein Schadenersatz nicht in Frage. Heute könnte man den Gesichtspunkt der überholenden Kausalität heranziehen.

Ein Schadenersatz kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der Schiffer von Amts wegen (*publice*) zurückgehalten und deine Waren zu verschiffen verhindert worden ist. Dasselbe wird auch rechtens sein, wenn er die Fracht unter der Bedingung von dir übernommen hat, daß er dir eine gewisse Strafe (*poena*) zu zahlen habe, wenn er bis zum bestimmten Tag (*constitutum diem*) deine Waren (*merces*) an dem Ort ausgeschifft haben werde, wohin du sie verladen hast, er aber ohne seine Schuld glaubte, es sei ihm diese Strafe erlassen (*remissa*)... Dasselbe wird auch zu beachten sein, wenn bewiesen wird, daß der Schiffer durch Krankheit (*morbo*) an der Fahrt behindert worden sei, und dasselbe wird zu sagen sein, wenn ohne Schiffers Verschulden das Schiff schadhaft wird.

In § 2 *eod.* lehrt Labeo: Wenn du ein Schiff von 2000 Amphoren Fassungsvermögen gemietet und einige Amphoren darauf gebracht hast, so bist du die Fracht für 2000 Amphoren schuldig. Paulus ist genauer: Wenn das Schiff im Ganzen gemietet ist, gebührt allerdings die Fracht für 2000 dem Schiffer; wenn aber der Frachtlohn nach der Zahl der Amphoren bedungen ist, so gilt, daß du dann für soviel Amphoren schuldest, als du in das Schiff hineingebracht hast.

Am Rande sei erinnert, wie angesehen die rhodischen Amphoren im Mittelmeergebiet waren, vor allem wenn sie die Stempel von Lindos trugen.

Aus griechischem Seerecht entlehnt ist auch das Seedarlehen (*foenus nauticum*), bei dem der Darlehensgeber die Gefahr bei Schiffsuntergang gegen Zinsen in unbegrenzter Höhe als Risikoprämie übernimmt, eine frühe Stufe von Versicherungsrecht (¹⁸).

Der Νόμος ῥοδίων ναυτικὸς (¹⁹) kennt im Gegensatz zum Justinianischen Recht nur Schiffer (ναυκλήροι) und Schiffsleute (ναύται), Kaufleute odere Befrachter (ἕμποροι) und Mitreisende (ἐπιβάται). Die Befrachtung erfolgt gewöhnlich in Form eines Kompaniegeschäfts, bei dem sich Befrachter und Schiffer Gewinn und Verlust teilen. Auch eine Gemeinschaft von zwei Schiffen kommt vor. Häufig ist wahrscheinlich eine Art Gesellschaft, bei der Schiffer und Schiffsleute verhältnismäßige Anteile am Gewinn erhielten. Ein ναύτης, der statt bestimmten Lohns einen solchen Anteil erhält, heißt μερίτης, im Gegensatz zu einem ἀποτακτάρις, d. h. einem solchen, der auf einen

18) S. DERNBURG, a. a. O., S. 232.

19) S. dazu WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, S. 697 f.; ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, 3. Aufl., Neudruck, Aalen 1955, § 72.

Gewinnanteil verzichtet hat und festen Lohn erhält (nach ZACHARIÄ VON LINGENTHAL).

BETTI meint zu D. 14,2,10 pr.: Wenn eine zur Seebeförderung gegebene Sache, bevor der Schiffer den Bestimmungsort erreicht, untergeht, so nimmt ihr Verlust einen verschiedenen Charakter an, je nachdem ein Beförderungsvertrag oder eine Miete des Schiffs (Vollcharter) abgeschlossen worden war, d. h. je nachdem es sich um eine *locatio operis faciendi* oder um eine *locatio rei* gehandelt hatte. Im ersten Fall war das Ergebnis der Beförderung mit Rückgabe der Sache am Bestimmungsort geschuldet, ist also mit dem Untergang der Sache die Schulderefüllung unmöglich. Falls der Untergang unverschuldet ist, wird den Transportunternehmer keine Haftung treffen, wohl aber die Gefahr des Verlusts des erhofften Vorteils, weil ihm nun keine Gegenleistung geschuldet wird. Dagegen wird im zweiten Fall nur die Benutzung des gemieteten Schiffsraums geschuldet; also wird mit dem Untergang der Sache keineswegs die geschuldete Leistung des Schiffers unmöglich, sondern nur der vom Absender erhoffte Vorteil vereitelt; dieser ist trotzdem gehalten, die Gegenleistung zu erbringen; also trifft ihn die Gefahr. Wiederum anders fiele die Lösung aus, wenn der Beförderer das Risiko des Untergangs auf sich genommen hätte, indem er die Unversehrtheit der Sache durch Garantie-Abrede (*receptum*) gewährleistet hätte; dann hätten die Vertragsparteien das Maß der Vertragshaftung auf dieses Risiko erstreckt.

In Buch 47 Titel 9 der Digesten Justinians lernen wir einen weiteren Abschnitt des prätorischen Edikts kennen. Der Gerichtsmagistrat sagt: Gegen denjenigen, der von einer Feuersbrunst, einem Einsturz, Schiffbruch oder erstürmtem Floß oder Schiff etwas geraubt, arglistig an sich genommen oder einen Schaden dabei angerichtet haben soll, werde ich... eine Klage aus das Vierfache, nach Jahresfrist auf das Einfache erteilen. Fr. 1 § 5 sagt, daß als Sachen aus einem Schiffbruch auch diejenigen bezeichnet werden, die nach dem Schiffbruch an der Küste liegen. Nur wer zu der Zeit und an der Stelle (fr. 2), wo der Schiffbruch geschieht oder geschehen ist, etwas raubt, fällt unter dieses Edikt. Wer aber eine am Ufer liegende Sache fortgetragen hat, nachdem der Schiffbruch sich ereignet hat, der ist eher ein Dieb (fr. 3 pr.). Die Hehler (*receptores*) begehen so gut ein Verbrechen wie die Räuber (*adgressores*). Wer etwas an sich genommen hat, ohne davon zu wissen, oder es an sich genommen hat, um es zu bewachen und dem zu erhalten, der es verloren hat, der haftet keinesfalls (fr. 3 § 3). Durch das Edikt haftet auch, wer etwas aus einem gescheiterten Schiff geraubt hat (§ 6). Unter Kaiser Claudius erging ein Senatsschluß, daß derjenige, der von einem gescheiterten Schiff die beiden Steuerruder oder eines fortgeschleppt habe, wegen aller auf dem Schiff befindlichen Sachen hafte. Ein anderer Senatsschluß bestimmt, daß diejenigen, durch deren List oder Anschläge Schiffbrüchige gewaltsam festgehalten worden sind, damit sie dem Schiff oder den darauf Bedrohten nicht helfen sollten, mit den Strafen der *lex Cornelia de sicariis*, des Mordgesetzes, zu belegen seien. Diejenigen aber, die von den schiffbrüchigen

Gütern etwas geraubt und arglistig genommen haben, sollten dem Fiskus soviel zu geben schuldig sein, wie die Klage nach dem Edikt des Prätors gewähren würde (§ 8).

(Fr. 4 § 1): Kaiser Antoninus (gemeint ist wohl Marc Aurel) hat über diejenigen, die Beute aus einem Schiff geraubt haben, reskribiert, die Strafe lasse sich nicht leicht finden; denn es sei ein großer Unterschied, ob sie etwas eingesammelt haben, was verloren gegangen wäre, oder sich schändlich dessen bemächtigt haben, was noch erhalten werden könnte. Wurde eine bedeutende Beute gewaltsam gemacht, so wirst du die Freien, nachdem sie mit körperlicher Züchtigung durch Prügeln belegt werden, auf drei Jahre verbannen, wenn es aber Menschen der ärmeren Klasse sind, auf ebenso lange Zeit öffentliche Arbeiten verrichten lassen, Sklaven aber nach vorheriger Auspeitschung zur Bergwerksarbeit verurteilen, und wenn der Gegenstand von unbedeutendem Wert gewesen ist, so kannst du die Freien ausprügeln und die Sklaven auspeitschen und dann laufen lassen. Wie überhaupt in allen anderen, so auch in Fällen dieser Art wird nach den Verhältnissen der Personen und den Umständen die Strafe sorgsam abgewogen, damit sie nicht härter oder milder festgesetzt werde, als es die Sache erfordert.

Gegen Erben kann nur dann geklagt werden, sofern etwas an sie gelangt ist (D. 47,9,4,2).

Fr. 6 *eod.* sagt: Ein Schiff wird dann erstürmt, wenn es ausgeplündert oder versenkt oder auseinandergenommen oder leck gemacht oder seine Taue gekappt, seine Segel zerrissen oder seine Anker weggenommen werden.

In fr. 7 *eod.* hat Hadrian ediziert, daß die Grundbesitzer längs der Seeküste wissen sollen, daß sie Gut aus einem Schiffbruch nicht rauben dürfen, wenn das Schiff innerhalb der Grenzen ihres Grundstücks gestrandet oder untergegangen ist. Die Besitzer können auf Rückgewähr verklagt werden.

Etwas anders Ant. C. 11,6(5),1: Der Senat kann nicht gutheißen, wenn Soldaten, Privatleute, Freigelassene oder Sklaven des Kaisers Güter Schiffbrüchiger sammeln (20).

D. 47,9,10: Der Provinzpräsident wird mit gewissenhaftester Sorgfalt darauf achten, daß die Fischer nicht bei Nacht durch Aufstecken von Lichtern, als wollten sie den Hafen anzeigen, die Schiffer betrügen und dadurch Schiffe und Mannschaft in Gefahr stürzen, um eine fluchwürdige Beute zu machen. Das berichtet Dio Chrysostomus von der Ostküste Euböas.

Solche Praktiken kannte man auch an deutschen Küsten vom Mittelalter bis weit in die Neuzeit hinein!

Fr. 12 *eod.*: Die Antonine reskribierten, jedem stehe frei, sein Schiffbrüchiges Gut ungestraft wieder zu sammeln.

20) Zum Vergleich: Seit dem 13. Jh. besaßen die Landesherren des Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation mit dem Strandregal das Recht, Schiffbrüchige mit Schiff, Leib und Gut an sich zu nehmen. Das preußische ALR leitete das Strand- oder Wrackrecht aus dem Eigentum des Staats an den Meeresufern ab; doch mußten gestrandete Sachen den Eigentümern gegen Bezahlung der Bergungskosten zurückgegeben werden. S. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. I. Frühzeit und Mittelalter, 2. Aufl., Karlsruhe 1962, S. 277 Nr. 9.

Im 11. Buch des Codex Iustinianus finden sich mehrere Titel zum Seerecht aus dem 4./5. Jahrhundert.

C. 11,2(1) handelt von Schiffseignern (*naucleri*), die fiskalische Güter, vornehmlich zur Getreideversorgung (*annona*) transportieren. Eine Weisung aus dem Jahr 409 (*l. 5(7)*) droht die Todesstrafe für Unterschlagung der Ladung zu anderweitigem Verkauf an, ein Jahr später (*l. 6(8)*) wird der Betrug (*fraus*) der *naucleri* unter die Strafe der Deportation gestellt.

C. 11,3(2) hat Grundeigentum der Schiffer, das an deren Funktion gebunden ist, zum Gegenstand.

C. 11,4(3) enthält Reskripte an Präfekten, in denen über die Kapazität von Schiffen und ihre öffentliche Nutzung, wenn sie notwendig ist, gesprochen wird.

C. 11,6(5) schließlich ist den Schiffbrüchen gewidmet. Es geht im wesentlichen über richterliche Untersuchung und Beweissicherung des *naupragium* unter Zeugen.

TROISIÈME PARTIE

CHRONIQUE

La 51^e Session de la Société internationale
Fernand De Visscher pour l'histoire des droits
de l'antiquité
(Crotone et Messine du 16 au 20 septembre 1997)
par Hans ANKUM et Jacques-Henri MICHEL 383

La 51^e Session de la Société internationale Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité

(Crotone et Messine du 16 au 20 septembre 1997)

par Hans ANKUM et Jacques-Henri MICHEL

Quelque deux cents historiens des droits de l'antiquité (deux cent neuf exactement, d'après la liste officielle), pour la plupart des romanistes, venant d'une vingtaine de pays différents, ont répondu à l'aimable invitation de nos collègues Alessandro CORBINO et Antonino METRO de participer à la 51^e session de notre Société qui avait lieu en Calabre et en Sicile du 16 au 20 septembre dernier. Ces deux romanistes, – le premier, doyen honoraire de la Faculté de droit de Catanzaro; le second, doyen de celle de Messine –, ont une grande expérience des réunions internationales, ayant présidé à huit reprises le *Convegno romanistico internazionale* de Copanello. Pour la circonstance, ils s'étaient entourés d'un comité organisateur rassemblant tous les professeurs des droits de l'antiquité des deux universités qui nous accueillaient et ils s'étaient, en outre, assuré les services

d'un secrétariat dirigé par Mme Leyla CAFARI qui, elle aussi, apportait son expérience de Copanello.

Le thème de la session, choisi dès l'année précédente à Bruxelles, était: *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*. Il était assez large pour inspirer la très grande majorité des communications qu'ont présentées les participants.

Du 16 au 19 septembre, la session se tenait dans un endroit de rêve, Le Castellà, à quelque vingt kilomètres au sud-ouest de Crotone. Imaginez, au bord de la Méditerranée, en face d'un château médiéval battu par les flots, un immense parc, planté d'arbres et de massifs de fleurs, abritant pavillons et bâtiments d'un étage, capables de loger tous les congressistes et leurs accompagnants, et qui offre en outre les salles pour accueillir les séances de travail. C'est là que s'est déployée l'hospitalité inépuisable de nos collègues, notamment au cours de repas raffinés d'une variété sans cesse renouvelée.

Le mardi 16, la réception d'accueil, sur les terrasses de l'hôtel, s'est agrémentée, d'une manière inattendue sans doute pour la plupart d'entre nous, d'une éclipse totale de lune dont le spectacle, à la faveur d'un ciel sans nuage, s'est prolongé durant toute la soirée. Les journées du mercredi 17 et du jeudi 18 septembre se sont consacrées aux réunions de travail, non sans, pour certains, l'une ou l'autre excursion, qui joignait les souvenirs historiques aux agréments de la découverte, en direction de Crotone, pleine du souvenir des Grecs et d'Hannibal, ou de Squillace, qui abrite aujourd'hui encore

nombre d'artisans potiers. Au cours de la matinée du jeudi 18, Mario AMELOTTI sut trouver des mots choisis pour évoquer, avec émotion, la mémoire de notre éminent collègue Gian Gualberto ARCHI, décédé le jour précédent et qui, durant tant d'années, avait assidûment fréquenté les sessions de notre Société. Sans doute chacun de nous se souviendra-t-il de sa manière, qui n'était qu'à lui, de rendre l'italien intelligible même à ceux qui l'entendent le moins.

La matinée du vendredi 19 se passa dans les autocars qui devaient nous transporter à Messine pourachever la session en Sicile. Les travaux s'y déroulèrent à l'*Aula polifunzionale* de la Faculté des sciences et à l'*Aula magna* de l'Université, y compris les réceptions offertes par les autorités académiques et les représentants de la municipalité.

À la fin de la matinée du samedi 20, après la séance de clôture, avait lieu, sous la présidence de Hans ANKUM, l'assemblée générale de notre Société. Il fut décidé, d'abord, d'adresser des télégrammes de sympathie à deux collègues que leur état de santé retenait loin de nos travaux, à savoir Cesare SANFILIPPO et Arnaldo BISCARDI – lequel vient malheureusement de nous quitter le 13 janvier 1998. Après quoi l'assemblée confirma qu'elle acceptait l'invitation de notre collègue Javier PARICIO pour la 52^e session de 1998 qui aura lieu à l'Université Complutense de Madrid, du 27 au 30 septembre prochain, avec le thème suivant: "Acte juridique et document (*negotium et instrumentum*) dans les droits de l'antiquité". Pour l'année suivante, notre collègue David PUGSLEY a d'ores et déjà

transmis son invitation à nous réunir, en Angleterre, à Exeter. Conformément à nos usages, Keith VETTER, notre hôte à la Nouvelle-Orléans en 1995, quitte le comité de notre Société, composé désormais de Jacques-Henri MICHEL (Bruxelles), Alessandro CORBINO (Catanzaro) et Javier PARICIO (Universidad Complutense).

Le dîner de clôture de la session se donnait à Taormine, dans le somptueux hôtel San Domenico qu'abrite un couvent historique, d'où se découvre dans son incomparable splendeur le détroit de Messine. Notre collègue Fritz STURM, de Lausanne, se fit l'interprète de tous les congressistes pour exprimer leur infinie gratitude à ceux qu'il appela nos Dioscures, désignant ainsi Alessandro CORBINO et Antonino METRO, pour leur sens de l'organisation et leur généreuse hospitalité qui, – notre porte-parole ne manqua pas de le souligner – avait aussi permis d'associer à nos travaux des collègues des pays de l'Europe orientale dont l'évolution récente a rendu au droit romain une importance renouvelée.

Enfin, il est à peine besoin d'ajouter que nombre de congressistes ont mis à profit la journée du dimanche 21 septembre pour prolonger leur séjour en Sicile par l'une ou l'autre des excursions proposées par les organisateurs.

RÈGLE ET PRATIQUE DU DROIT DANS LES RÉALITÉS JURIDIQUES DE L'ANTIQUITÉ

Résumés des communications

Angelo FALZEA (Messine), *La pratique dans la réalité du droit.*

Mario TALAMANCA (Rome), *Droit et pratique dans le monde antique.*

Shafik ALLAM (Tübingen), *La propriété collective d'un esclave dans l'Égypte ancienne.*

Textes provenant d'El-Lahoun, dans le Fayoum (archives de Moïse: *Pap. Berlin* 9784-85 et *Pap. Gourob II*, 1-2) et de la colonie ouvrière de Deir-el-Médineh, au voisinage de Thèbes.

Vladimir HANGA (Cluj), Règles et pratiques du droit chez les Hittites.

Comme source formelle, le droit hittite, à la fois patriarcal et royal, connaît dans une première phase la coutume et, dans la suite, les lois écrites. Très probablement, ces dernières contenaient des règles établies par la pratique plutôt que des normes édictées par le pouvoir central.

Le droit public réside dans les prérogatives royales, parfois limitées ou complétées par les assemblées de la noblesse (*pankus*). En l'absence du roi, la pratique confiait à la reine le soin de l'État à condition qu'elle fût son épouse légitime (*sakwasar*). La propriété collective devient progressivement individuelle, mais soumise à des corvées (*luzzi*) dont le roi pouvait exempter les propriétaires. Le mariage, qui donne au mari un pouvoir illimité dans la famille, est conclu par rapt ou par achat. Dans ce cas, le prix (*kusata*) est payé par le fiancé à la jeune fille ou à ses parents.

Le droit pénal conserve encore des éléments patriarcaux: ainsi la responsabilité collective, admise seulement en cas de refus d'accomplir les décisions du roi et pour les crimes commis par des esclaves, et la vengeance privée, de plus en plus limitée par la pratique du droit. Celle-ci, d'autre part, introduit la composition légale dont le montant est insignifiant pour les infractions commises contre les gens du peuple et les esclaves. Mais les peines n'étaient pas sévères et leur justification découlait non de la vengeance, mais de l'idée que la victime doit être dédommagée et aussi que la sanction tend à amender le coupable.

Wolfgang WODKE (Marburg), Oikos, synoikismos, polis.

Oikos en grec, *bet(h)* en hébreu, *per* en égyptien (*per-[e]lo*, “grande maison”, d'où pharaon), la maison inspire le modèle dynastique depuis les Ptolémées jusqu'aux familles royales des temps modernes. Comment le concept de la maison – et de son chef (*kyrios, dominus*) -- s'est-il développé?

1) La femme, comme mère, “bâtit la maison”; 2) Les fils sont en même temps enfants et serviteurs du père (*paides*); puis viennent de l'extérieur: 3) domestiques et servantes; 4) ceux qui sont “achetés par l'argent” (*argyrônèteis*), les esclaves, et 5) “par le glaive”, les prisonniers de guerre; 6) enfin, des libres qui s'agrègent plus ou moins volontairement à la maison. Aux êtres s'ajoutent les choses, y compris la terre, et les dieux protecteurs, sans compter que la maison rassemble à la fois les ancêtres et les vivants.

C'est évidemment une pluralité de maisons qui va donner lieu au synécisme, qui en réunit un certain nombre, bientôt à l'intérieur d'une enceinte (Romulus), laquelle peut d'ailleurs les isoler du pays environnant. L'unité institutionnelle sera, non point le territoire, mais la *polis*, qui suppose la collectivité des citoyens, toujours cependant en-deçà d'un nombre limité: ainsi 10 000 chez Platon. C'est la *polis* qui a fait des Grecs des hommes libres, les barbares naissant esclaves. [Résumé J.-H. M.].

Edward M. HARRIS (New York), *Solon a-t-il aboli la contrainte par corps?*

La *Constitution d'Athènes* (2, 2; 4, 5 et 9, 1) précise que Solon a aboli la pratique de “contracter des dettes sur le corps [du débiteur]” (9, 1 *daneizein epi tois sômasi*). Mants chercheurs modernes, tels FINLEY (*Economy and Society in Ancient Greece*, p. 166) et STE. CROIX (*The Class Struggle*, pp. 28-32), y ont vu l'abolition de la contrainte par corps. On voudrait montrer ici que Solon a seulement interdit l'esclavage pour dettes, non la contrainte par corps.

Il est essentiel de distinguer d'abord clairement esclavage pour dettes et contrainte par corps. Dans l'esclavage pour dettes, le débiteur devient l'esclave du créancier ou lui livre un membre de sa famille en cette qualité. La contrainte par corps, en revanche, est l'engagement du débiteur, – ou de ses services, ou de ceux d'une personne dépendant de lui –, comme sûreté d'une dette. À la différence de l'esclavage, la contrainte par corps ne dure que jusqu'au payement et ne constitue donc, en principe, qu'un statut temporaire. Comme le dit Varron (*De ling. Lat.* 7, 105), citant Mucius à propos du *nexum*, qui est la forme romaine de la contrainte par corps, le *nexus* est “un homme libre qui a engagé ses services en esclavage pour l'argent dû” (*liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat < neciebat >*).

Il faut d'abord examiner le sens de l'expression *daneizein epi tois sômasi*. Elle désigne un prêt assorti d'une sûreté réelle. Ici, le débiteur donne en gage un objet personnel comme sûreté du prêt. À défaut de payement, le créancier a le droit de saisir le gage, dont il acquiert la propriété, laquelle comporte le droit de le vendre (DÉM. 35, 12 et 37, 4-6). L'expression citée indique que Solon doit avoir aboli l'esclavage pour dettes, ce que confirment les témoignages des V^e et IV^e siècles établissant que la réduction en servitude des personnes libres était illégale (*Const. d'Ath.* 52, 1; DÉM. 25, 55 et DIN. 1, 23).

Au surplus, il est prouvé que la contrainte par corps est restée en pratique dans l'Attique du V^e et du IV^e siècle. Dans l'*Hérôs* de Ménandre (vv. 18-44), Gorgias et sa soeur Plangon sont les débiteurs du maître de Daos et travaillent pour payer la dette (v. 36 *to chreos apergazomenos*). Ils sont décrits comme esclaves “d'une certaine manière” (v. 20). La même expression, pour désigner la contrainte par corps, se trouve également dans

un fragment d'Isée conservé par Harpocration (v° *aperga-zomenos*), qui l'explique par “rembourser une dette par le travail de quelqu'un”. L'institution se retrouve avec le verbe *thèteuein* dans le prologue de l'*Alceste* d'Euripide (vv. 1-8). Ceci suggère fortement que le *pelatès* de l'*Euthyphron* de Platon (4c *ethèteuen*) subit aussi la contrainte par corps. Son statut entre esclavage et liberté expliquerait pourquoi le père d'Euthyphron ne sait comment agir contre lui pour le meurtre de son esclave. Autres allusions à cette pratique chez Aristophane, peut-être (*Plout.* vv. 147-148), chez Isocrate (14, 48) et chez Térence (*Heaut.* vv. 600-611 et 790-796), qui doit suivre son modèle grec puisque la contrainte par corps a été abolie à Rome par la *lex Poetelia* de 326 avant notre ère.

En fin de compte, décrivant les effets de sa réforme, Solon (frg. 37 WEST, lignes 9-16) parle d'hommes qui avaient été vendus comme esclaves à l'étranger. Puisque les débiteurs placés sous contrainte par corps n'étaient pas mis en vente et vivaient chez leurs créanciers jusqu'au payement de la dette, ces esclaves vendus à l'étranger doivent être ceux qui ont été réduits en esclavage pour dettes. Il faut en tirer certaines conclusions pour les vues de FINLEY sur l'apparition de l'esclavage en Grèce. [Trad. J-H. M.].

Gerhard THÜR (Graz), *Règles juridiques et application du droit dans la Grèce antique*.

Textes: ANDOC. 1, 83-84 et 87; LYSIAS 30, 2; DÉM. 24, 20-21.

Leonid KOFANOV (Moscou), *La divinatio augurum dans le procès pénal de la Rome archaïque.*

La littérature scientifique attribue traditionnellement, pour l'essentiel, l'élaboration du droit romain archaïque au collège des pontifes, alors que le rôle des augures est d'ordinaire passé sous silence. Les sources s'accordent pourtant à signaler leur intervention plus spécialement dans le cadre du procès. Le symbole du pouvoir des augures, leur sceptre appelé *lituus*, identique à celui du roi à date ancienne, témoigne de leurs pouvoirs judiciaires (SERV., *in Aen.* 7, 187).

Ce fait trouve sa confirmation dans l'étude des sources relatives à la divination qui n'était autre que la recherche des divers signes ou indices (*signa*) de la volonté des dieux sur telle ou telle affaire. La nature en était fort variée. Ils étaient interprétés par les Romains de l'époque archaïque comme une sorte de témoignage de la divinité elle-même. L'exemple le plus caractéristique en ce sens est celui du procès d'Horace (T.-L. 1, 26, 5-8) où l'intervention des augures est décisive en faveur de l'acquittement que vote le peuple. Très significatif aussi le procès de 493 avant notre ère contre le propriétaire d'un esclave, où les prêtres qui interprètent le témoignage divin transmis par un songe sont clairement à identifier comme les augures et leurs subordonnés (PLUT., *Marc.* 24-25).

Enfin, les témoignages des sources sur les *responsa* et *decreta* des augures et sur leur *consilium agendi*, comme sur les origines de la divination judiciaire (AULU-GELLE 2, 4, 1-5; Ps. ASCON. p. 99), confirment le rôle essentiel des augures et de leur savoir (*disciplina*) dans l'élaboration du procès judiciaire fondé non seulement sur les actions et sur les lois écrites conservées par les pontifes, mais aussi sur l'esprit de la justice divine reconnue dans les signes du ciel interprétés par les augures. En ce sens, on peut dire que *responsa* et *decreta* des augures, qui s'appuyaient directement sur la volonté des dieux, c'est-à-dire non sur la lettre, mais sur l'esprit de la loi, ont servi, à beaucoup d'égards, à former les principes bien connus de l'activité des préteurs, grâce auxquels le *ius honorarium* s'affirmera à son tour comme le droit du précédent. [Trad. J.-H. M.].

Janos ZLINSZKY (Budapest), *L'émancipation des XII Tables (4, 2b), de la sanction pénale à la nullité civile.*

L'émancipation, telle qu'elle figure dans les XII Tables, ne pouvait résulter du pur arbitraire du *pater familias*, soumise qu'elle était au contrôle social. Alors qu'elle était au départ conçue comme une pénalité, l'objectif qu'elle poursuivait s'est transformé au cours du temps: elle a pu, de la sorte, servir par exemple à tourner les lois liciniennes (T.-L. 7, 16, 9 et 8, 6, 3). Dans de telles hypothèses, la fraude à la loi est punie d'une amende, sans que la validité de l'acte incriminé soit mise en cause. [Résumé J.-H. M.].

Carlo VENTURINI (Pise), *Cette année fatidique de 300 avant notre ère.*

La référence habituelle à l'année 300 avant notre ère pour le couronnement des institutions républicaines trouve son origine dans la convergence d'exigences historiographiques reliées aux différentes théories en matière de *provocatio*. Elle se traduit en tout cas par l'adoption d'une thèse nettement en rapport avec l'idéologie qui parcourt la reconstruction de MOMMSEN. Textes: CIC., *De leg.* 3, 6; T.-L. 10, 9, 3-6. [Trad. J.-H. M.].

Milena POLOJAC (Belgrade), *Actio de pauperie. Idées primitives et idées modernes.*

L'*actio de pauperie* s'applique-t-elle seulement aux animaux domestiques ou s'étend-elle également aux animaux sauvages? Les sources sont contradictoires et les opinions des modernes, par conséquent, divisées. On penche ici en faveur de l'interprétation qui limite l'*actio de pauperie* aux animaux domestiques, pour les raisons suivantes.

Le terme de *quadrupes*, au sens étroit, désigne un quadrupède domestique. Les animaux sauvages sont désignés par *fera*, *fera bestia* ou, simplement, *bestia*. *Quadrupes*, dans les XII Tables, présente même une signification plus étroite encore, s'appliquant seulement aux *quadrupedes pecudes*, et non à tous les quadrupèdes domestiques. Plus tard sans doute est-ce l'interprétation qui a étendu le mot au chien, qui est un quadrupède domestique, mais sans vivre en troupeau. Telle est la conclusion fondée sur un texte d'Ulprien (*Dig.* 9, 1, 1 [1]) et sur les mots *omnes quadrupedes* qui soulignent que l'action s'applique non seulement aux *quadrupedes pecudes*, mais aussi aux *quadrupedes quae pecudum numero non sunt*.

L'introduction de l'*actio utilis*, qui étend l'*actio de pauperie* à un *aliud animal, non quadrupes* (*Dig.* 9, 1, 4) ne couvre pas le cas du dommage causé par un animal sauvage. L'extension vaut uniquement pour les animaux domestiques qui n'ont pas quatre pattes. Les arguments essentiels sont les suivants.

D'abord, le fragment d'Ulprien énonce la règle générale qui exclut clairement de l'*actio de pauperie* le dommage causé par un animal sauvage. Ensuite, les cas évoqués sont conformes à cette

règle générale, à part une unique exception, à savoir l'ours, mais la phrase qui le mentionne contredit le principe formulé juste avant (*Dig.* 9, 1, 1 [1]). Cette contradiction ne peut disparaître que si nous supposons, avec HONORÉ, une lacune qui fournirait le lien logique entre les deux phrases conservées. Dans le passage manquant, il est permis d'imaginer qu'Ulpien citait une hypothèse de plus où l'*actio de pauperie* était exclue, et c'est la perte de la propriété. Enfin, le troisième argument, et le plus fort, se tire du fameux principe *contra naturam*, qui ne peut s'appliquer aux animaux sauvages dont le comportement féroce, lorsqu'ils infligent un dommage, est conforme à leur nature.

Au lieu du terme habituel de *quadrupes*, les sources usent, à deux reprises, du mot *fera*. À la suite d'HONORÉ encore, on admettra que le texte original comportait *feritate*, au lieu de *fera*, ce qui donne, chez Ulpien, la même formulation que chez son prédécesseur Servius. [(Trad. J.-H. M.)].

Autres textes: GAIUS 3, 217; ULP., *Reg.* 19, 1; *Dig.* 9, 1 et 9, 2, 2 [2]; *Inst.* 4, 9 pr.

Orsolya Márta PÉTER (Miskolc), *Idéal juridique et réalité sociale du mariage dans la Rome antique*.

Nombre de textes de nature diverse utilisent l'expression *uxorem ducere liberorum quaerendorum causa* pour désigner le mariage légitime *more Romano* ou pour évoquer le fait que le mariage existe afin de s'assurer une descendance légitime. Cette préoccupation apparaît dans des situations fort éloignées l'une de l'autre et à des époques différentes, mais elle s'exprime toujours par la même expression qui, d'autre part, s'insère aussi dans la langue du droit.

Pour identifier le phénomène fondamental qui permettrait de relier ces textes entre eux, il faut poser le problème dans une vision plus large. La lecture des sources datant de différentes périodes révèle que la pensée romaine se forme une image à la fois idéalisée et fort stable du mariage comme lien durable entre l'homme et la femme aux fins de procréer une descendance légitime, de préférence nombreuse, grâce à laquelle le citoyen obéit non seulement à l'instinct de la nature, mais aussi au devoir que lui impose l'État.

C'est pourquoi, chez les auteurs latins, le mariage durable et fécond – qui, aux yeux des modernes, constitue un modèle sociologique et non juridique – n'est pas une affaire privée, mais suppose également la protection du droit. Le pouvoir politique semble partir des temps légendaires de la fondation de la Ville pour réaliser cet idéal dans la vie quotidienne, au besoin grâce à des instruments juridiques. La première manifestation en ce sens revient aux censeurs.

Les interventions législatives d'Auguste dans la matière du mariage ont pu étonner parce que l'empereur fut le premier à appliquer des moyens tirés du droit privé pour contraindre les citoyens à respecter cet idéal traditionnel. Le bon citoyen doit *uxorem ducere liberorum quaerendorum causa*, écrit Pomponius (*Dig.* 24, 3, 1), *cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendantque liberis civitatem maxime sit necessarium*.

Après Auguste apparaissent, toujours dans le domaine du droit privé, les premières tentatives d'encourager les Romains à obéir à ce modèle traditionnel: ce furent les *alimenta*, destinés à aider les familles dans le besoin. Mais le fil conducteur semble être toujours resté le même: favoriser la réalisation d'un idéal qui fut permanent dans la pensée romaine comme dans la vie quotidienne de la Rome antique. [Trad. J.-H. M.].

Textes cités: PLAUTE, *Capt.* v. 889; SUÉT., *Caes.* 52; MACR., *Sat.* 1, 16, 18; VAL.-MAX. 7, 7, 4; F.I.R.A. 3, n° 17; *Dig.* 50, 16, 220 [3]. Sur les censeurs: DEN. D'HAL. 20, 13, 2-3; PLUT., *Cato Maior* 16 et *Cam.* 2, 2; VAL.-MAX. 2, 9, 1.

Reinhard SELINGER (Vienne), *L'exécution des femmes en droit pénal. Idéologie et réalité.*

Envisagé dans les institutions fondamentales du droit privé, le droit romain apparaît comme un tout harmonieux et qui se suffit. Mais le domaine pénal révèle, au contraire, que la réalité juridique n'y était pas déterminée exclusivement par les règles et par la pratique: il faut tenir compte également de facteurs externes.

1. Le droit pénal romain est défini par l'activité législative et cette situation est restée inchangée au cours de ses

développements ultérieurs. La jurisprudence ne s'en est guère préoccupée.

2. Les sources du droit pénal romain se limitent à énoncer des principes de base: par exemple, le rapport entre le fait et l'évaluation facultative de la peine. Nous savons peu de choses, en revanche, de l'exécution effective de la peine. D'autres sources, étrangères au domaine propre du droit, permettent de reconstruire une typologie des peines déterminées par des intérêts économiques et soumises à une constante évolution. La fixation de la peine se fondait sur des considérations liées au statut, au sexe et à l'âge du coupable, mais qui laissaient une ample marge de liberté pour l'exécution de la peine elle-même.

3. Divers textes établissent l'existence de sanctions de type sexuel dans le domaine pénal, pour la procédure comme pour l'exécution. Au centre d'une tradition littéraire s'affirme la figure idéale de la femme décidée à défendre à tout prix sa vertu (*pudicitia*), jusque par le suicide. Mais une tradition réaliste présente, comme fin ultime de l'exécution pénale, l'anéantissement social de l'individu à travers l'attentat public à sa pudeur (*pudicitia* encore). Le respect de la pudeur était une condition nécessaire pour le citoyen romain et, dans une moindre mesure, pour l'affranchi. Mais on la déniait à l'esclave et on en dépouillait par force le grand criminel. [Trad. J.-H. M.].

Textes: TERT., *Apol.* 50, 12; DAMASE, *Elogium Agnis*.

Amparo GONZALEZ SANCHEZ (Madrid), *Réflexions sur la conductio furtiva*.

Eva JAKAB (Szeged), *De la pratique à la règle dans le droit de la vente*.

L. SIVIANES FERRERA DE CASTRO (Séville), *Sur la transaction*.

Dimitri DOJDEV (Moscou), *Le consortium ercto non cito chez Quintus Mucius.*

Textes: XII Tables, 5, 4-5; GAIUS 3, 154 a-b; *Dig.* 7, 8, 19; 16, 25, 1; 29, 2, 78; 38, 16, 12; 44, 7, 57 et 50, 16, 25 [1].

Antonio GUARINO (Naples), *Labéon et Auguste.*

Contre l'opinion, émise récemment, que Labéon se serait opposé victorieusement au projet d'Auguste de procéder à une codification du *ius civile*, on objectera d'abord qu'une telle intention n'est attestée par aucune source; qu'Auguste, tout au contraire, s'est appuyé sur l'interprétation des jurisconsultes en instituant le *ius publice respondendi*; que Labéon, loin de remporter une victoire imaginaire contre le *princeps*, s'est contenté de partager l'aversion des juristes contemporains pour les codes et pour les lois. [Trad. J.-H. M.].

Christoph KRAMPE (Mannheim), *La maxime de Celse: Ambiguitas contra stipulatorem est (Dig. 34, 5, 26).*

Parce qu'elle est privée de contexte, la maxime de Celse, reprise dans les codes modernes (C. civ., art. 1162; C. civ. ital., art. 1370), doit se comprendre à la lumière d'autres fragments du jurisconsulte, notamment *Dig.* 45, 1, 99, qui indique clairement (*fere* = "généralement") qu'elle concerne l'interprétation du contrat en faveur du débiteur.

La maxime de Celse est tirée du livre 26 de ses *Digesta* (donc de la *pars edictalis*), alors que les autres fragments relatifs à la stipulation viennent de la *pars legalis*, soit à son début (*Dig.* 1, 3, 17, livre 27), soit en rapport avec les lois sur le cautionnement (*Dig.* 45, 1, 99, livre 38). Elle doit donc s'appliquer à l'interprétation, non de la loi, mais du contrat conformément à la volonté des parties. [Résumé J.-H. M.].

J. Michael RAINER (Salzbourg), *Celse et Nératius.*

Helena LYAPUSTINA (Moscou), GAIUS 1, 25 et 2, 285:
l'évolution historique du fidéicommis.

Autres textes: *Gnomon de l'Idiologue* 18; PAUSANIAS 8, 43, 5.

Verena Tiziana HALBWACHS (Vienne), *Ipsae sibi negotia tractant* (GAIUS 1, 190). *La femme dans les sources du droit romain.*

Quel est le type de source le mieux en mesure de nous renseigner sur la position juridique de la femme en droit romain? Le *Digeste* (50, 16, 1 ULP.), qui précise que le masculin, en général, vaut aussi pour le féminin, ne signale guère, pour le reste, que les cas où se manifeste l'infériorité de la situation faite à la femme.

Plus significatives sont, en revanche, les constitutions impériales réunies dans le Code de Justinien. La mention explicite du destinataire, du lieu et de la date en fait une source historique qui nous informe avec précision sur les actes impliquant les femmes et sur le rôle qu'elles y jouent. L'impression générale qui s'en dégage est plutôt celle de l'égalité.

La législation impériale est largement représentative de la situation au II^e et au III^e siècle dans la mesure où près d'un quart des quelque 2500 constitutions du Code de Justinien adressées à des particuliers ont pour destinataires des femmes et qu'au surplus même les autres évoquent souvent l'intervention de femmes. À titre d'exemple, on citera les constitutions touchant la participation des femmes au commerce maritime (*C. Just.* 4, 25, 4; 4, 33, 3 et 4).

Il est clair que les femmes, au II^e et au III^e siècle, n'hésitent pas à soumettre directement à l'empereur leurs problèmes juridiques, qui prouvent à leur tour qu'elles interviennent dans tous les domaines de l'activité économique au même titre que les hommes. Seule particularité sans doute: le sénatusconsulte Velléien. Pour le reste, l'infériorité de la condition féminine qui transparaît dans les fragments du Digeste ne se retrouve pas dans les constitutions du Code de Justinien. [Trad. J.-H. M.].

José María BLANCH NOUGUÉS (Univ. Autónoma de Madrid), *La certissima iuris regula de Gaius.*

Il s'agit du texte bien connu de GAIUS 4, 112: *Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuria. (Il est fidèlement reproduit par Justinien dans les Inst. 4, 12 [1].) Il faut y voir une civilis iuris regula énoncée par la doctrine classique et pourvue d'une authentique valeur normative, et non une des règles issues de la casuistique des jurisconsultes et qui, avec les définitions, constituent, au II^e et au III^e siècle, la matière des *libri regularum* à partir de Nératius et sans doute sur le modèle des *Pithana* de Labéon.*

La valeur relative des *regulae iuris* et leur éventuelle hiérarchisation ont fait l'objet de maintes discussions depuis une génération (SCHMIDLIN, NÖRR, STEIN, KASER). Le superlatif *certissima*, isolé chez Gaius, ne reparaît dans la suite que dans des constitutions tardives, ce qui, pour l'origine de la présente règle, pourrait orienter vers la chancellerie impériale. D'autre part se pose la question de savoir si la règle énoncée par Gaius se limite aux actions du droit civil ou s'étend aux délits prétoriens. La const. *C. Just.* 4, 17, 1 de Dioclétien (sans doute interpolée), admet de manière générale le recours contre les héritiers du coupable, mais à concurrence de leur enrichissement. Les Institutes pourraient donc n'avoir repris la *regula certissima* de Gaius que par respect pour le prestige du vieux *ius civile*. [Résumé J.-H. M.].

[Voir plus haut, pp. 45-70].

Jan HALLEBEEK (Amsterdam), *La maxime Dig. 1, 3, 24 et sa signification dans la pratique du droit.*

Dig. 50, 17, 1 Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Ce texte est parfois compris comme hostile aux maximes générales. Pour rendre leurs avis, les jurisconsultes romains partaient du cas et non de la règle. Mais pour la doctrine médiévale, le principe est que *regula facit ius*.

Il n'empêche que le Digeste conserve un texte de Celse qui paraît soutenir l'interprétation moderne: *Dig. 1, 3, 24 Incivile est*

nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere. Il semble bien que Celse, dans son raisonnement, ne prenait pas le cas pour unique point de départ, mais que ce fragment avait effectivement une portée pratique.

Cependant, pour les glossateurs, ce second texte prend un autre sens. Les mots “toute la loi” (*tota lege*) se réfèrent seulement au fragment lui-même ou à son contexte immédiat dans le *Corpus iuris*. Il ne convient pas de fonder une décision sur le début de la loi parce qu'il arrive que la fin de cette loi, voire la suivante, corrige l'affirmation initiale.

Cette opinion, exprimée dans nombre de gloses anciennes, l'a emporté. Odofredus et Accurse l'ont adoptée, même si, à l'origine, le terme de loi (*lex*) ne peut avoir désigné un fragment du *Corpus iuris* ni le lien entre deux d'entre eux. Cet usage du terme de *lex* est postérieur, comme d'ailleurs la compilation du *Corpus iuris* elle-même. [Trad. J.-H. M.].

**A. D. MANFREDINI (Ferrare), “Multis personis
grassantibus exemplo opus sit” (*Dig. 48, 19, 16 [10]*).**

Ce texte de Saturninus ne concerne pas la fréquence d'un délit, mais celui qui est accompli par une multitude de personnes. Il s'agit, notamment, de phénomènes délictueux à dimension régionale. [Trad. J.-H. M.].

Textes: CIC., *Pro Cluent.* 128; SÉN., *De ira* 2, 10, 3-4; PAUL, *Sent.* 5, 3; *Dig.* 47, 14, 1; 48, 19, 28 [15]; *Nov.* 154; *Bas.* 60, 51, 15 (Heimbach 5, p. 822).

José Luis ALONSO (Orense), *La responsabilité du pater familias dans l'actio rei uxoriae pour la dot constituée en faveur de son fils.*

Textes: *Fr. Vat.* 102; *Dig.* 15, 1, 36 et 24, 3, 22 [12].

Aldo CENDERELLI (Milan), *L'actio negotiorum gestorum directa et contraria dans la pensée classique et chez Justinien.*

La distinction entre *actio directa* et *actio contraria*, que Justinien (*Inst.* 3, 27, 1) présente comme fondamentale par rapport aux diverses positions de l'intéressé et du gérant, ne paraît pas avoir suscité l'intérêt des juristes classiques. En effet, elle ne revêt une valeur technique que dans un unique fragment du commentaire d'Ulprien (*Dig.* 3, 5, 19), mais une exégèse attentive permet de conclure que le texte a été interpolé en fonction de l'intention, propre à Justinien, de faire de cette distinction un des éléments constitutifs de la gestion d'affaires. [Trad. J.-H. M.].

Autres textes: PAUL, *Sent.* 1, 4, 9-10 = *Dig.* 3, 5, 46; 3, 5, 3 et 7; *Bas.* 17, 1, 20.

Juan MIQUEL GONZALEZ (Barcelone), *La règle “Pater is est quem nuptiae demonstrant”: essai d'une typologie des problèmes juridiques.*

A.R. MARTIN MINGUIJON (Madrid), *L'actio sine noxae deditio devant l'impossibilité d'appliquer le principe “noxa caput sequitur”.*

Textes: GAIUS 4, 77; *Inst.* 4, 8, 5; *Dig.* 9, 4; 2, 9, 2; 47, 2, 42 et 50, 16, 215.

M. Milagros BENITEZ LOPEZ (Cadix), *Considérations sur la responsabilité pour mora.*

Textes: *Dig.* 22, 1, 24 et 32; 45, 1, 127; 50, 17, 39, ainsi que 63, 88 et 173.

Georg KLINGENBERG (Linz), *La licitation dans le procès en partage.*

Dans les actions en partage, la licitation est un moyen de déterminer l'adjudicataire. En même temps, l'offre la plus élevée fournit une base de calcul pour le montant de la condamnation.

La licitation la plus fréquente est celle qui a lieu entre les parties au procès. Mais on examine ici les sources relatives à la licitation de tierces personnes. Les textes ne datent que de la fin de l'époque classique et la licitation interne, suivie de l'*adiudicatio*, passe encore avant l'*addictio* à un tiers extérieur. Le tiers enchérisseur n'est admis, d'après Tryphonin (*Dig.* 23, 3, 78 [4]), que si aucune partie au procès n'est intéressée par l'achat de la *res tota*, ou bien, aux termes de la décision, motivée par des considérations sociales, du *C. Just.* 3, 37, 3, si les enchères entre les parties sont limitées par leurs ressources insuffisantes. [Trad. J.-H. M.].

Autres textes principaux: *Dig.* 10, 3, 7 [13]; 19, 1, 13 [17]; *C. Just.* 3, 37, 1.

Jacques-Henri MICHEL (Bruxelles), *Les constitutions impériales adressées à des femmes*.

L'étude des constitutions impériales adressées à des femmes doit commencer par une enquête onomastique. Certains noms, en effet, spécialement dans le domaine grec, peuvent prêter à confusion. Une fois ce tri opéré, on relève plus de 600 constitutions dans le Code de Justinien, soit le quart environ de l'ensemble. Elles se répartissent inégalement dans les douze livres, pour des raisons parfaitement compréhensibles, mais, chronologiquement, la proportion paraît rester constante, d'Antonin le Pieux à Dioclétien.

Quant aux problèmes juridiques qui sont évoqués, ils concernent évidemment au premier chef les situations propres aux femmes, mais les autres montrent clairement la place que les femmes occupent dans la vie économique et sociale, du milieu du II^e siècle au règne de Dioclétien. Enfin, le fait que les femmes s'adressent directement à l'empereur, en dehors de toute intervention masculine, vient confirmer la désuétude de la tutelle qui s'exerçait sur la femme *sui iuris* et dont Gaius déjà (1, 190) n'hésitait pas à contester la justification traditionnelle.

Textes principaux: *Fr. Vat.* 326; *C. Just.* 4, 33, 4; 5, 3, 5; 5, 17, 1; 6, 25, 5 et 8, 47, 5.

Victor Manuel AMAYA GARCIA (Madrid), *Les règles de droit dans les constitutions impériales.*

Konstantin TANEV (Sofia), *Fenus nauticum.*

Textes: *Dig.* 22, 2, 1; *Commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681*, livre III, titre 5.

Marta Natalia LOPEZ GALVEZ (Madrid), *La salubrité d'un immeuble* (*Dig.* 8, 5, 8 [5]): *ius abutendi ou exercice légitime d'un droit?*

Autres textes: *Dig.* 6, 2, 11 [1]; 43, 18, 1 [3]; 43, 23, 1; 50, 16, 86; 50, 17, 55 et 74.

Federico F. DE BUJÀN (Madrid), *Periculum. Régime en droit romain, en droit espagnol et en droit international.*

En matière de responsabilité contractuelle, les jurisconsultes romains ont constitué la notion de *periculum* par une démarche casuistique qui laisse subsister des nuances entre les différents contrats concernés. Ainsi dans la vente: *periculum emptoris* et *custodia* du vendeur (*Dig.* 19, 1, 31 pr.), choses de genre (*Dig.* 18, 6, 1 pr.-[2]), fruits et accessoires (*Dig.* 19, 1, 13 [19-20]). De même dans le louage: *vis maior* (*Dig.* 19, 2, 15 [2]) et *remissio mercedis* (même frg. [3]-[5]), conservées en droit civil français et allemand.

Quant au droit international des contrats, la clause *rebus sic stantibus*, qui détermine la notion moderne de *hardship*, les clauses d'exonération et le concept de force majeure constituent autant de souvenirs du *periculum* romain. [Trad. J.-H. M.].

András FÖLDI (Budapest), *Caupones et stabularii dans les sources du droit romain.*

Les études particulières, comme les manuels modernes de droit romain – à la différence d'autres ouvrages savants (ainsi T. KLEEBERG, *Hôtels, restaurants et cabarets dans l'antiquité*

romaine, Uppsala, 1957) –, transmettent aveuglément, depuis le XVI^e siècle en tout cas, une conception erronée du *caupo* et du *stabularius* tels qu’ils apparaissent dans les sources antiques. En réalité, l’un et l’autre sont des aubergistes, et non point seulement des exploitants de tavernes ou d’écuries. (La terminologie française d’autrefois parlait de “loger à pied, à cheval ou en voiture”. [Note du trad.]) Pour le *stabularius*, on ajoutera, d’une part, que le voyageur romain séjournait volontiers chez un ami, qui ne disposait pas nécessairement d’une écurie, et, d’autre part, que la réglementation fort stricte du trafic des véhicules dans la ville obligeait les voyageurs à quitter leur attelage avant d’y entrer.

Au surplus, l’identification exacte du *caupo* et du *stabularius* n’est pas simple affaire de philologie, étant donné que les textes romains qui les concernent ont influencé directement la responsabilité des hôteliers dans nos droits modernes. [Trad. J.-H. M.].

Hans ANKUM (Amsterdam), *La forme de l’acceptilatio dans la réalité du droit classique.*

Aux textes, habituellement cités, de Gaius (3, 169), Pomponius (*Dig.* 46, 4, 15), Florentin (frg. 18), Paul (frg. 14), et Ulprien (frg. 6-7), ainsi que des Institutes (3, 29 [1]), notre collègue en ajoute trois: *C. Just.* 8, 43, 1 de Caracalla (212) et 2, 20, 5 de Dioclétien et Maximien (293), de même que la *Paraphrase* de Théophile (3, 29 [1]), qui précisent encore que l’*acceptilatio* est *sollemniter* ou *sollemnibus verbis facta* et qui, par là, paraissent bien exclure l’hypothèse d’Alan WATSON qu’il se serait agi d’un acte informel dès l’époque classique (*RIDA* 8 [1961]). Nuançant également l’opinion dominante des romnistes, notre collègue propose le système suivant, qui resterait valable jusqu’à la fin du III^e siècle.

L’acte est oral – la question du débiteur (*Quod ego tibi promisi acceptumne habes?*) devant être suivie aussitôt de la réponse adéquate du créancier (*Habeo*) – et suppose la présence des deux parties. À partir du I^{er} siècle de notre ère au moins, une langue autre que le latin est autorisée, fût-ce à l’intérieur de la même *acceptilatio*, à la seule condition d’être comprise des deux contractants, la mention du grec chez Ulprien (*Dig.* 46, 8, 4 [4]) n’apparaissant qu’à titre d’exemple. Jusqu’à l’époque de Gaius,

l'*acceptilatio* devait mentionner le paiement fictif, mais à la fin du II^e siècle, la clause *Acceptumne facis? – Facio* permet de s'en dispenser. [Résumé J.-H. M.].

Marta BUENO SALINAS (Barcelone), *La fraude à la loi et l'interprétation.*

Initialement, l'interprétation, en droit romain, s'attache à la lettre (*verba*). Il faut attendre le début du principat et même le II^e siècle pour voir prendre en ligne de compte *sententia* ou *voluntas*. La recherche a porté spécialement sur deux fragments de Paul (*Dig. 1, 3, 29-30*), de portée générale, et, ensuite, sur un troisième (*Dig. 23, 2, 60*), relatif à la constitution de Marc-Aurèle et Commode (*C. Just. 5, 62, 4*), qui interdit au tuteur d'épouser sa pupille.

On en conclut que la fraude à la loi constitue une catégorie autonome. Mais, provisoirement, on ne saurait généraliser avant d'avoir procédé à une analyse minutieuse de la méthode d'interprétation non seulement de Paul, mais aussi d'autres jurisconsultes classiques. [Résumé J.-H. M.].

Michaela ZIDLICKA (Brno), *Negotiorum gestio et pietas* (*Dig. 3, 5, 34*).

L'espèce décrite par le frg. *Dig. 3, 5, 34* (33) fournit une contribution intéressante à la discussion sur l'importance de la volonté du gérant. Le *dominus* est, dans ce cas, le petit-fils et, selon les circonstances dans lesquelles le gérant (la grand-mère) manifeste sa volonté d'agir pour le compte d'une autre personne, on considère qu'il s'agit, ou non, du rapport juridique de la gestion d'affaires.

Paul répond à la question de Nessenius Apollinaris. L'objet de la consultation est de trancher le litige entre les héritiers de la grand-mère et ceux du petit-fils dont la grand-mère a géré les affaires. Il s'agit de la possibilité de déduire de l'héritage, dans le cadre des dépenses du gérant, les sommes versées pour entretenir le petit-fils.

Dans sa réponse, le jurisconsulte fait remarquer que l'entretien d'un proche est une obligation, étant donné l'amour des parents (*pietas*). Cette notion morale relève de la coutume et elle a été confirmée par les constitutions impériales comme principe de droit. En tant que telle, la *pietas* exclut les prétentions qui pourraient être portées devant la justice en vue d'obtenir l'indemnisation des dépenses de l'entretien. En revanche, le jurisconsulte cite un rescrit d'Antonin le Pieux qui confère, même à une mère, l'action en gestion d'affaires contre les tuteurs de son enfant.

Paul présente deux situations qui, à première vue, se ressemblent. Toutefois, dans le cas où c'est la *pietas* qui motive le gérant à agir, l'intention de donner est présente dans la manifestation de sa volonté, ce qui exclut l'obligation née de la gestion d'affaires. Dans l'autre cas, c'est même la mère qui peut agir en qualité de gérant des affaires de son enfant (*dominus*). Dans l'exercice de la gestion, il faut cependant constater, vu la volonté manifestée par la mère en tant que gérant, son intention évidente de se faire rembourser les dépenses de l'entretien. Ce cas-ci montre l'importance que Paul attache à la volonté du gérant, qui apparaît comme l'élément décisif pour envisager les prétentions fondées sur la gestion d'affaires.

La prise en compte des circonstances particulières, possible grâce aux mécanismes créatifs du droit romain, a permis le développement de la gestion d'affaires jusque dans les nuances les plus subtiles, alors que, dans l'actuel droit continental, le juge est lié par la règle générale qui ne peut pas, en elle-même, saisir tout le spectre des situations concrètes. Ainsi dans la réminiscence de ce texte du *Dig.* 3, 5, 34 à l'*art.* 685, al. 2 du B.G.B. qui prévoit expressément que, pour l'entretien d'un descendant, s'il y a doute, l'entretenant est censé agir dans l'intention de donner (*Schenkungsabsicht*). [Trad. J.-H. M.].

Romen TCHOLOV (Sofia), *Quelques considérations sur la délégation en droit romain.*

Jean-François GERKENS (Liège), *Règles et pratiques en cas d'état de nécessité à l'époque classique.*

Trois textes du *Digeste* (43, 24, 7 [4]; 9, 2, 49 [1] et 47, 9, 3 [7]) abordent la question du *damnum incendii arcendi causa datum*. Il s'agit du cas de celui qui abat la maison de son voisin dans le but de protéger la sienne propre contre un incendie. Les trois fragments sont d'Ulprien, mais chacun d'eux aborde la question sous un angle différent et, en particulier, dans le cadre d'un moyen de procédure différent. Il y a l'*actio legis Aquiliae*, l'interdit *quod vi aut clam* et l'action *de incendio ruina naufragiorum nave expugnata*.

L'examen de ces textes permet de confirmer que les Romains ne connaissaient pas l'état de nécessité au sens où nous l'entendons aujourd'hui. En effet, le simple fait d'avoir agi dans le but de se protéger contre un incendie n'évitait pas nécessairement d'être tenu du dommage causé. Il fallait pour cela que le moyen procédural utilisé permit de tenir compte de l'absence de faute qui caractérise le *damnum incendii arcendi causa datum*. Or, en droit romain, l'absence de faute n'a jamais permis d'éviter la condamnation sur base de l'interdit *quod vi aut clam*. Mais on a cependant tenté aussi de montrer que la position de la jurisprudence classique semble avoir été globalement de tendre vers une plus grande prise en compte de la situation particulière de celui qui a agi *incendii arcendi causa*.

[Voir plus haut, pp. 121-153].

Michel HUMBERT (Paris), *La clause pénale, entre pratique et règle juridique.*

Michal ŠKREPJEK (Prague), *Officia Palatina peu connus durant le principat.*

Il s'agit ici des organes administratifs du principat que la littérature nomme chancelleries, non point des départements les plus importants (tels *ab epistulis*, *a libellis* ou *a rationibus*), mais les bureaux auxquels l'empereur confiait des tâches techniques ou qui assistaient les premiers dans leur travail, à savoir: *ab actis*

traitant les *acta militaria*; *ab admissionibus* organisant les audiences de l'empereur; *a censibus* recueillant les données relatives aux sénateurs et aux chevaliers; *a codicillis* rédigeant les lettres de nomination pour les fonctionnaires impériaux; *a commentariis*, constituant les archives de l'empereur; *a copiis militaribus*, conservant le double des nominations des commandants de l'armée et autres documents militaires; *a diplomatibus* pour les permissions d'user de la poste impériale; *ab instrumento auxiliario* chargé de l'expédition des documents issus d'autres services; *a mandatis*, instructions (*mandata*) de nature générale ou adressées à des fonctionnaires à titre individuel; *a pactionibus* en relation avec les traités; *a voluptatibus* réglant les divertissements des empereurs.

L'*a memoria* était d'un type différent, mais il a joué un rôle important dans l'évolution des bureaux qui ont été mentionnés. La tâche principale du chef de ce service était à l'origine de tenir l'agenda de l'empereur, mais il a graduellement repris différentes fonctions des autres bureaux. Toutes relevaient de l'exécution, mais en se concentrant entre les mains d'un seul fonctionnaire, elles ont permis à celui-ci de contrôler, dans une certaine mesure, l'activité du reste de l'administration.

La plupart de ces bureaux apparaissent au tournant du I^{er} et du II^e siècle. C'est alors qu'eut lieu la décentralisation du plus gros département impérial, celui de l'*ab epistulis*. L'existence de ces bureaux auxiliaires fut plutôt brève puisque, dès le III^e siècle, ou bien ils furent rattachés à l'*a memoria*, ou bien leurs chefs furent subordonnés au titulaire de ce département. De la sorte, l'*a memoria* prit la même importance que l'*ab epistulis* depuis la fin du I^{er} siècle de notre ère. [Trad. J.-H. M.].

Mariko IGIMI (Ehime), Revocatio mandati.

La question est de savoir si la révocation du mandat n'est possible qu'aussi longtemps qu'il y a *res integra*.

Textes: GAIUS 3, 159; *Dig.* 17, 1, 15 et 26 pr.; 17, 2, 65 [10].

Richard GAMAUF (Vienne), *La protection des esclaves et la doctrine des jurisconsultes.*

Touchant la portée des rescrits d'Antonin le Pieux sur la protection des esclaves (*Coll. 3, 3 [2-3] et [5-6]; Dig. 1, 6, 2 et Inst. 1, 8 [2]*) et leur efficacité existent, dans la recherche contemporaine, les hypothèses les plus variées. Faute de données relatives à l'application qui en aurait été faite, on en est réduit aux conjectures. C'est pourquoi l'opinion des jurisconsultes à ce sujet est riche d'enseignements.

Alors que les rescrits évoquent mauvais traitements (*saevitia*) et abus sexuels en imposant au maître de pourvoir aux besoins des esclaves, les juristes qui en discutent (GAIUS 1, 53; ULP., *Dig. 1, 6, 1 [2]*) se bornent à la seule *saevitia*. Les autres témoignages relatifs à la manière de traiter les esclaves concernent des questions de droit privé (droits réels ou obligations): *saevitia* en rapport avec l'*actio rei uxoriae* (*Dig. 24, 3, 24 ULP. [5]*); le soin dont on entoure, ou non, l'esclave est évoqué à propos de la *negotiorum gestio* (*Dig. 3, 5, 9 ULP. [1]; C. Just. 2, 18, 10, de 222*) ou de la vente (*Dig. 19, 1, 21 PAUL. [3]*). Jamais les textes ne paraissent se référer aux rescrits. Quelques décisions s'y conforment, mais d'autres paraissent admettre, sans les critiquer, des comportements qui leur sont contraires.

Aux yeux des juristes paraissent l'emporter la protection des intérêts du maître et le droit de disposer librement de l'esclave. Les rescrits s'interprètent restrictivement: ils ne paraissent s'appliquer qu'à l'esclave qui cherche asile *ad statuam principis*. Alors seulement un fonctionnaire vérifie les griefs envisagés par les rescrits pour contraindre le maître, le cas échéant, à vendre son esclave.

La réserve des jurisconsultes s'explique par diverses raisons. Ils ne séparent pas les rescrits de leur cadre administratif. La protection des esclaves, sous le principat, provenant avant tout de l'initiative de l'empereur, est assurée par son administration, mais négligée par les jurisconsultes, qui s'intéressent plus à l'aspect patrimonial de l'esclave qu'aux quelques droits que lui reconnaît la législation impériale. Le système romain ne fait aucune place à l'esclave envisagé comme *persona* au-delà de la *res*.

Au surplus, les réticences des juristes à l'égard des rescrits en faveur des esclaves tiennent aussi à leur manque d'intérêt pour les esclaves. La doctrine ne s'est pas préoccupée d'élargir le champ d'application de ces textes, au contraire: la réflexion et les raisonnements des juristes s'opposent plutôt à la teneur de ces rescrits.

L'indifférence, voire l'hostilité des jurisconsultes aux rescrits en faveur des esclaves a empêché qu'ils entraînent une amélioration du sort de ces derniers ou une transformation structurelle de l'esclavage. [Trad. J.-H. M.].

Filippo GALLO (Turin), *Le ius praetorium dans la réflexion de Papinien.*

On se propose de faire la synthèse de la réflexion qui a mené Papinien à répartir le droit romain entre le *ius civile* et le *ius praetorium*, dans la définition du *Dig. 1, 1, 7*. Le *ius praetorium* apparaît déjà aux côtés du *ius civile* chez Cicéron (*Pro Caec. 12, 34*). Cependant, chez Cicéron lui-même (*Top. 5, 28*) et dans les sources juridiques postérieures qui nous sont parvenues (GAIUS 1, 2-7; Pomponius, *Dig. 1, 2, 2* [5] et [9-12]), le *ius civile* est tenu pour un *totum* ou un *genus* dont, respectivement, une *pars* ou une *species* est constituée par les édits de magistrats, Pomponius ajoutant que ces édits ont produit le *ius honorarium*.

La réflexion de Papinien se rattache à la distinction, qui apparaît spécialement chez Gaius (4, 116 et 118; *Dig. 33, 2, 29*), entre la loi et les sources qui lui sont assimilées (également réunies sous le terme de *ius civile*), d'un côté et, de l'autre, la *iurisdictio*. Les premières servaient à énoncer des normes générales et abstraites, la seconde se consacrait à les appliquer, en en éliminant en même temps les imperfections et les maladresses. Le juriste des Sévères énonçait les effets produits en ce sens par les trois verbes *adiuvare, supplere et corriger*, cherchant en outre dans l'*utilitas publica* (l'intérêt général du peuple romain) le but poursuivi par les interventions des préteurs, grâce auxquelles le *ius civile*, tel qu'il le définissait, était “renforcé, complété et corrigé”.

Le fragment *Dig. 1, 1, 7*, en revanche, ne mentionne pas le critère du but visé. Mais il est sûr, comme le montrent les sources en matière de *iurisdictio* (voir GAIUS 4, 116), qu'il s'agissait de

l'*aequum*, défini par Celse le Jeune comme le *bonum et aequum*. Les éléments présents dans la réflexion de Papinien, en vertu desquels le préteur et les édiles complètent et corrigent le droit en vigueur en “disant le droit” applicable aux cas concrets et en insérant dans l’édit des clauses générales et abstraites, sont les mêmes que ceux qui avaient permis à Celse le Jeune de définir le droit comme l’*ars boni et aequi*. [Trad. J.-H. M.].

Alfonso CASTRO SAENZ (Séville), *L’hérité jacente dans les textes de Paul.*

Franz-Stefan MEISSEL (Vienne), Continuo communicantur (*Dig. 17, 2, 1*). Un cas de *transitus legalis*?

Au début du titre 17, 2 du Digeste apparaît la célèbre affirmation de Paul (*liber 32 ad ed.*) touchant la mise en commun de tous les avoirs des associés dans la société universelle de tous biens: *Omnis res quae coeuntur sunt continuo communicantur*. L’interprétation de ce texte pose au moins deux problèmes: 1) Comment comprendre *communicantur*? 2) Comment traduire *continuo*?

La doctrine dominante, qui voit dans la *communicatio* la constitution d’un régime de copropriété entre les associés par un unique acte collectif, a été contestée par Pierre CORNIOLEY et Antonio GUARINO il y a quelques années. Pour eux, la *communicatio* n’est qu’une opération comptable qui a lieu à la fin de la société dans le cadre de l’*actio pro socio*. Mais cette théorie récente ne réussit pas expliquer le fragment suivant de Paul (même livre, *Dig. 17, 2, 3 pr.*) où il oppose, au régime des droits réels, celui des obligations: *ea vero quae in nominibus sunt manent in suo statu, sed actiones invicem praestare debent*. À la différence des choses corporelles, les obligations ne sont pas modifiées par la conclusion d’une *societas omnium bonorum*, mais celle-ci entraîne néanmoins pour les associés l’obligation de se céder entre eux réciproquement leurs actions (entendez: *pro parte*). Par cette cession d’actions, consécutive au contrat de société, il y a mise en commun même pour les obligations, alors que, pour les biens, la mise en commun semble être immédiate. Et, en effet, la tradition des Basiliques et d’autres considérations

confirment que *continuo*, dans ce texte, doit se traduire par “immédiatement” (et non “à la suite”).

Pour la construction juridique de l’acte par lequel s’opère la *communicatio bonorum*, la palingénésie – grâce à *Dig. 17, 2, 68 GAIUS lib. 10 ad ed. prov.* – du fragment *Dig. 17, 2, 2 GAIUS* (même livre) démontre qu’il est probable que ce juriste a commenté effectivement le mécanisme de la *communicatio omnium bonorum*. Alors, l’affirmation de Gaius qu’il s’agit d’une *traditio tacita* peut indiquer que, pour les juristes classiques, la *communicatio omnium bonorum* ne s’expliquerait pas par une règle exorbitante du régime normal de l’acquisition de la propriété – ce qui est la thèse de Franz WIEACKER et d’autres –, mais plutôt dans le cadre de l’acquisition de la propriété par *traditio*.

Néanmoins, il y a là une certaine irrégularité parce qu’il s’y trouve une exception à la règle générale du principe de spécialité (cf. Gaius, *Dig. 17, 2, 2 licet specialiter traditio non interveniat*), selon lequel la chose acquise doit être déterminée et nommée spécifiquement lors du transfert. En outre, on ne peut guère concevoir cet unique acte collectif d’acquisition de la copropriété par les associés sans faire référence à une sorte de constitut possessoire, sans qu’il y ait pourtant une preuve directe du fait que les juristes classiques se seraient aperçus sciemment de cette construction dans le cas présent. [Trad. J.-H. M.].

Felice MERCOLIANO (Camerino), *Les regulae iuris du liber singularis d’Ulpien.*

On reprend ici l’examen des vues originales que H.L.W. NELSON a développées (pour la dernière fois en 1992) sur ce petit ouvrage conservé par un unique manuscrit du Vatican (*Reginensis 1128*). L’attribution à Ulpien en a été contestée sur des critères de langue et de style qui ne tiennent pas compte de la spécificité du genre des *regulae iuris*. L’opuscule d’Ulpien ne résulte pas non plus d’un remaniement du manuel de Gaius (celui-ci ayant d’ailleurs aussi rédigé des recueils de *regulae*). Au surplus, le genre littéraire des *Regulae* paraît caractéristique de la bureaucratisation progressive des jurisconsultes au cours du II^e siècle de notre ère. [Résumé J.-H. M.].

Shigeo NISHIMURA (Fukuoka), *Les critiques d'Ulpien relatives à la pratique prétorienne de la restitutio in integrum des mineurs.*

Textes discutés: *Dig.* 4, 4, 7 [6-8] et 49 ULP., 35 HERM., 24 PAUL. [1]; *C. Just.* 10, 3, 1, de 213; *Bas.* 10, 4, 7.

Dans la mesure où la pratique du préteur accorde au mineur la *restitutio in integrum* même pour le *lucrum* dont il aurait été privé (frg. 7 [8]), en matière de *licitatio* et pour ses biens les plus précieux, Ulpien fait observer que nul ne voudrait désormais rien acheter à un mineur, situation qui finirait par nuire au mineur lui-même.

Les sources étudiées permettent de supposer que la pratique prétorienne, à la fin de l'époque, s'oriente dans une direction autonome. Le préteur ne consulte plus toujours les juristes titulaires du *ius respondendi*. C'est ce qui offre à Ulpien l'occasion de formuler, dans son commentaire de l'édit, ses objections à l'endroit de la pratique prétorienne dans le cas de la *licitatio* et des *res quae ei servari debent*. Mais nous ignorons dans quelle mesure Ulpien a pu, de la sorte, influencer la pratique prétorienne qui avait déjà sa tradition et dont les origines nous restent inconnues. [Résumé J.-H. M.].

Laurens WINKEL (Rotterdam), *La litis contestatio après la procédure formulaire.*

1. La *litis contestatio* semble rester importante dans la *cognitio extraordinaria* malgré le fait que cette procédure ne connaît qu'une seule phase. Une explication de ce phénomène se trouverait dans une certaine influence de la rhétorique qui prend un nouvel essor au deuxième siècle de notre ère. La *litis contestatio* pourrait correspondre à la *translatio* de la théorie rhétorique.

2. Généralement, on accepte l'opinion selon laquelle l'effet novateur n'est plus lié à la *litis contestatio* dans la *cognitio*. C'est ce qui résulte du texte des *Inst.* (4, 13 [5]).

3. Néanmoins, dans la législation de Justinien, c'est la *litis contestatio* qui a servi comme un des points de départ de la doctrine de la *novatio* dans le droit savant du moyen âge.

Textes: *C. Just.* 3, 9, 1, de 202; VICTORINUS *in CIC.*, *De orat.* 2, 18-19 [C. HALM, *Rhet. Lat. minores*, Leipzig, 1863, p 276, 10-16].

Gábor HAMZA (Budapest), *Usucapio et praescriptio longi temporis au II^e siècle.*

On se propose d'analyser la naissance et le développement, comme mode d'acquisition de la propriété, de la *longi temporis possessio* qui présente à la fois les traits de l'*usucapio* et de la *praescriptio longi temporis*.

La *longi temporis possessio* apparaît en Italie à la fin du II^e siècle apr. J.-C. Cette notion a pour fonction de conférer protection judiciaire et propriété au possesseur de bonne foi d'un fonds italien. À cet égard est particulièrement instructif un fragment de Tryphonin (*Dig.* 23, 5, 16). La bonne foi, en plus du *longum tempus*, est mentionnée comme la condition nécessaire de l'acquisition de la propriété par la *longi temporis possessio*. D'autre part, d'après un rescrit de Dioclétien, datant de 293 (*C. Just.* 7, 33, 7), mais fort discuté, la *iusta causa* n'est pas exigée dans cette hypothèse.

La *longi temporis possessio* ressemble à l'*usucapio* dans la mesure où l'ayant-droit acquiert la propriété après l'écoulement du délai, ce qui le libère de l'obligation de prouver l'acquisition régulière. Mais la *longi temporis possessio* n'échoit qu'aux citoyens romains et, comme pour la *praescriptio longi temporis*, l'intervalle de dix ans, *inter praesentes*, ou de vingt, *inter absentes*, est déterminant comme *longum tempus* de la *possessio*. [Trad. J.-H. M.].

**Emilija KARAOVIĆ-STANCOVIĆ (Kragujevac),
*L'application de l'Édit du Maximum.***

Publié en 305 apr. J.-C., l'édit de Dioclétien est l'oeuvre d'un des plus grands empereurs romains et il devait arrêter l'inflation, une énorme augmentation des prix et, par là, contribuer à la stabilité politique. L'application de cet édit pose deux problèmes: 1) Sur quel territoire s'étendait-elle? 2) Les prix mentionnés dans l'édit furent-ils respectés?

Touchant le territoire visé, les discussions abondent, mais l'empereur lui-même, dans la préface de l'édit, précise que les prix indiqués valent pour l'ensemble de l'Empire. Reste à savoir si marchands, artisans, avocats, sans compter les autres, ont respecté l'édit quand ils faisaient payer leurs produits et leurs services.

Quoique l'empereur prévoie la peine de mort pour les contrevenants, la majorité des modernes est d'avis que l'édit est resté sans effet, ou à peu près. Certains observent, d'une manière générale, que l'édit n'envisage pas la qualité variable des biens, les différences de prix d'un endroit à un autre, ni les frais de transport. De telles critiques ne sont pas acceptables.

D'abord, Dioclétien ne donne pas le prix effectif de chaque article ou de chaque prestation. Il s'agit du prix maximal, non d'un prix imposé. Un prix inférieur est admis si les approvisionnements ou l'intérêt le permettent. En outre, pour maint produit, l'édit prend en compte les différences de qualité: ainsi pour le vin, l'huile, la viande, les sauces, le miel, les olives et les pommes, les choux, le lin...

Il va évidemment de soi que nous manquons d'éléments pour décider si l'édit a été respecté en pratique. Il n'existe pas d'étude détaillée sur la formation des prix et la fixation, dans l'édit, en a été administrative, ce qui ne saurait nous étonner. L'édit a été fait au moment où il était nécessaire dans un but d'urgence et d'efficacité, et Dioclétien était d'avis que la taxation des prix résoudrait le problème.

Il est vrai que les successeurs de Dioclétien ne mentionnent plus l'édit. Mais celui-ci a dû avoir certains résultats appréciables. À côté d'autres mesures, telles qu'un nouveau système fiscal, une armée et une administration efficaces, l'édit du maximum a contribué à contenir des prix excessifs et à améliorer les conditions du marché. [Trad. J.-H. M.].

Wolfgang WAGNER (Francfort), *Règles et pratique du droit germanique dans les provinces militaires de l'empire.*

Pour celui qui entreprend de reconstruire le droit germanique commun à l'aube de l'histoire, les sources sont de

nature non normative. Les descriptions ethnographiques des Germains, comme celle de Tacite, les textes hagiographiques de la fin de l'antiquité et les monuments figurés, à la lumière de la comparaison avec d'autres droits archaïques, peuvent donner une idée de la pratique du droit avant et pendant les grandes invasions.

L'institution centrale, dans l'ordre politique, religieux et juridique, est l'assemblée: le *ting*, au niveau local comme à l'échelle de la tribu. C'est dans les vies de saints que le caractère primordial du *ting* est le mieux reconnaissable par la pratique du banquet et du sacrifice qui fonde la communauté et la rassemble. Au domaine du sacrifice appartient aussi la peine de mort par noyade.

Les conflits entre personnes, entre familles ou entre tribus se règlent, comme dans nombre de sociétés archaïques jusqu'au cœur du XX^e siècle, par la justice privée ou la vengeance. Avec le temps, le retour à la paix est de plus en plus assuré par le payement de la composition ou du *wergeld*. Pareil règlement d'un conflit est attesté à Rome par une scène de la colonne de Marc-Aurèle érigée en 193 pour commémorer la guerre de l'empereur contre les Marcomans. Progressivement, le montant de la composition ou du *wergeld* n'est plus laissé à l'initiative des parties, mais déterminé par l'arbitre ou le juge, en attendant d'être fixé forfaitairement par la loi sous forme d'un tarif d'amendes ou de compositions.

Le plus ancien exemple purement germanique d'un tel catalogue sans addition de clauses supplémentaires se trouve dans le domaine anglo-saxon avec la collection des 90 *domas* d'Aethelbert, roi du Kent, mais les prémisses d'un tel développement remontent loin dans le passé et il est permis de supposer que, dans l'histoire du droit germanique, le passage de la composition privée à la procédure devant le juge doit avoir eu lieu sous l'influence romaine dans les confins militaires. C'est là que les Germains et leurs chefs sont pour la première fois entrés en contact avec le droit romain, particulièrement sous sa forme militaire quand, soit à titre individuel, soit au sein des escortes, ils se sont engagés au service des Romains. Ils se trouvaient alors, dans les provinces, sous la juridiction militaire des commandants romains, puis, surtout au Bas-Empire, des généraux germains. On peut également penser à des tribunaux

appliquant le droit de la tribu dès lors que Visigoths, Burgondes, Vandales ou Alains se voient confier, à titre durable, tout ou partie de provinces en qualité de fédérés. Ces territoires sont désormais soustraits à l'empire et donnés en propriété aux notables germaniques ou aux rois. En cas de litige, ce sont aussi les rois qui jugent, non point selon le droit romain, mais de manière autonome, conformément à l'usage de la tribu. Plus tard, quand les rois germaniques seront devenus les maîtres de leurs royaumes, ces coutumes donneront les *leges barbarorum*. L'exemple précoce d'un tel droit coutumier, qui rassemble d'ailleurs des éléments celtiques, romains et germaniques, se trouve dans les *Canones Wallici* de la Bretagne armoricaine en Gaule. [Trad. J.-H. M.].

José Luis MURGA (Séville), *L'assujettissement politique et social des obnoxii.*

1. L'assujettissement par la naissance. L'*obnoxietas* suppose le contrôle absolu sur les charges des décurions, des *navicularii* et des boulanger (*pistores*), qui sont attachés aux *corpora* des ouvriers et des artisans de Rome. Une constitution de Valentinien et Valens l'impose explicitement aux fils des boulanger (*C. Theod.* 14, 3, 5, de 366).

2. L'*obnoxietas* est perpétuelle. Tous les artisans sont attachés pour toujours à leurs *corpora* respectifs comme si c'était un véritable service militaire (*C. Theod.* 10, 20, 11, de 384).

3. Le recrutement des ouvriers pour les *corpora*. Avec la fin de la liberté d'association au Bas-Empire, les corporations se recrutent désormais par levées forcées, comme pour l'armée, sans travailleurs libres, en leur imposant la fonction obligatoire (*C. Theod.* 12, 16, 1, de 389).

4. Le rattachement à un *corpus* comme sanction pénale. La situation des artisans et des ouvriers, au sein des *corpora*, est très sévère, comportant des sanctions pénales, comme dans l'esclavage antique, et leur infligeant un travail-sanction comparable à la *damnatio ad metalla*. On punit certains d'entre eux en les intégrant à un *corpus* qui, au jugement de l'autorité, pouvait servir de sanction pénale en assimilant les *pistores* aux *ergastuli*, les esclaves emprisonnés (*C. Theod.* 9, 40, 3, de 319).

5. Le mariage des *corporati*. Valentinien, Valens et Gratien assimilent les *corporati* aux esclaves et, se souvenant que le sénatusconsulte Claudien réduisait en esclavage la femme de

condition libre qui vivait avec un esclave, frappent de la même peine la femme de la noblesse qui s'unit à un *monetarius* (*C. Theod.* 10, 20, 10, de 380). [Trad. J.-H. M.].

Olivia F. ROBINSON (Glasgow), *Crimes sans pardon.*

En droit criminel, la règle est, naturellement, le châtiment du coupable. Néanmoins, dans la plupart des sociétés, sinon toutes, la pratique requiert de temps à autre l'abandon des sanctions. À l'époque contemporaine, on songera, par exemple, à l'immunité accordée par le ministère public en échange d'informations importantes. De même, en droit romain, les mariages incestueux ont souvent fait l'objet d'un traitement particulier. Nous trouvons aussi des mesures d'amnistie portant soit sur les poursuites, soit sur les condamnations, ou encore des pardons individuels.

Le concept de crimes excluant tout pardon n'apparaît, curieusement, que sous l'Empire chrétien. Précédemment, le pardon semble avoir été possible même pour les crimes les plus inexpiables. Textes: *C. Theod.* 9, 38, 2, de 354, et 9, 46, 9, de 382. [Trad. J.-H. M.].

J. DE CHURRUCA (Bilbao), *La formation des normes dans les lettres canoniques des Pères de Cappadoce.*

Evangelos KARABELIAS (Paris), *L'oeuvre normative de Grégoire de Néocésarée et de Basile de Césarée: le droit romain et l'institutionnalisation de la discipline ecclésiastique en Orient.*

Reuven YARON (Jérusalem), *Les regulae iuris dans les sources orientales.*

David PUGSLEY (Exeter), *Le Digeste et Franz Hofmann, pour le centième anniversaire de sa mort.*

Décédé le 25 octobre 1897, Franz HOFMANN a fait l'objet des jugements les plus contradictoires pour ses vues sur le Digeste: "un savant illustre et très apprécié" (SCIALOJA, 1898), "un homme à juste titre fort critiqué" (Alan RODGER, 1983). Son ouvrage posthume (publié en 1900) a donné lieu à un compte rendu féroce de MOMMSEN. HOFMANN s'était heurté à celui-ci dès 1870 et il avait contre-attaqué. La sévérité de MOMMSEN paraît justifiée, mais les idées d'HOFMANN n'étaient pas toutes fausses. [Trad. J.-H. M.].

Manuel GARCÍA GARRIDO (Madrid), *Géminations et masses du système de Bluhme.*

On entreprend la révision de la thèse bien connue de BLUHME sur les trois masses que révèle la rédaction du Digeste: édictale, sabinienne et papinienne. (C'est HUGO qui a achevé l'*Appendix*.) La critique la plus importante est venue de HOFMANN. En dépit de l'intrépidité avec laquelle MOMMSEN a défendu la thèse de BLUHME, les positions soutenues par HOFMANN conservent, un siècle après sa mort, toute leur actualité.

L'un des principaux obstacles qui s'opposent à la théorie des masses est l'existence de géminations et de coïncidences entre des textes situés dans le même titre du Digeste et voisins les uns des autres, ce qui rend fort improbable le fait qu'ils aient été sélectionnés par le même compilateur. Dans bien des cas n'existe pas la séquence des textes défendue par BLUHME et ses partisans. À titre d'exemple, on se réfère à l'œuvre de Javolénus, les *Libri ex posterioribus Labeonis*, que BLUHME et KRÜGER incorporent à la masse sabinienne. Sans doute se rencontrent-ils à la suite d'autres textes de l'*Appendix* et doivent-ils être inclus dans cette dernière masse. Il en est de même d'autres ouvrages classiques.

Comme rares sont les œuvres qui ne présentent pas de problèmes en rapport avec les citations du Digeste, il s'impose de procéder à la révision de la thèse de BLUHME en partant de la critique fondée de HOFMANN. [Trad. J.-H. M.].

Bernard H. STOLTE (Groningue), *Les scholies des Basiliques et la pratique au temps de Justinien.*

Les plus anciennes scholies des Basiliques remontent à l'enseignement contemporain de la législation de Justinien. Quand elles évoquent les réformes de l'empereur, il arrive exceptionnellement qu'elles fassent allusion à la pratique des tribunaux. En voici trois exemples.

I. La const. *C. Just.* 2, 4, 9 est de Gordien (en 241). Elle concerne la possession acquise par le mari et contestée par le frère de l'épouse. Thalélée (*B.* 11, 2, 26; *Sch.* 401, 10), négligeant la teneur du texte à l'origine, constate que le cas ne peut plus se présenter à son époque puisque les biens maternels ne vont pas à l'époux.

II. Expliquant la const. *C. Just.* 2, 4, 40 de 381 (*B.* 11, 2, 57), le scholiaste écrit (*Sch.* 427, 20): "...Rappelez-vous ceci chaque fois que vous devez plaider comme avocats...". Ici, il faut bien supposer que le scholiaste donne à ses étudiants un conseil adapté à la réalité du barreau.

III. Gehard THÜR, dans un article publié en 1972 (*Savigny-Zeitschr.* 89, pp. 362-375), montre, à propos de la revendication et de l'action publicienne à l'époque de Justinien, que la catégorie de l'action *in rem* a été inventée dans les écoles pour n'avoir pas à modifier la procédure intentée par le propriétaire. En d'autres termes, la pratique judiciaire n'était pas supposée s'adapter à la nouvelle législation, mais, au contraire, on attendait de l'explication des textes classiques qu'elle se conformât à la réalité du sixième siècle.

À cet égard, les papyrus du VI^e et du VII^e siècle méritent une attention spéciale. Il faut les étudier en rapport avec les plus anciennes scholies des Basiliques. Ils permettent de vérifier de quelle façon la législation de Justinien était interprétée puisque ces échos de l'enseignement établissent un lien avec les documents judiciaires. [Trad. J.-H. M.].

Jan H.A. LOKIN (Groningue), *En lisant les Basiliques.*

F. BRANDSMA (Groningue), *Quelques scholies des Basi-
liques.*

Textes: BS 2250-14, 2757-18, 2804-23, 3133-24 et 3752-3.

Giorgio BARONE ADESSI (Trieste), *Le rattachement cano-
nique de l'Italie méridionale au patriarcat de Constantinople.*

**Nevenka BOGOJEVIĆ -GLUSCEVIĆ (Podgorica), *Statuts
et pratique à Kotor au XIV^e siècle.***

Comme les autres villes méditerranéennes du moyen âge, la cité de Kotor (en italien Cattaro), sur la côte de l'Adriatique, qui se développe au XIV^e siècle, était une ville autonome avec son propre système juridique. La principale source du droit résidait dans le statut, conçu généralement pour modifier la coutume existante. Les statuts s'inspirent du droit romain avec diverses manifestations des spécificités locales.

Pourtant, la véritable image de la vie juridique à Kotor, au XIV^e siècle, se tire non des statuts de la cité, mais des livres des notaires qui conservent les documents du droit public et du droit privé permettant de vérifier l'application effective des règles juridiques dans la pratique. On constate qu'elles y étaient respectées et que les organes municipaux y veillaient. Mais, surtout au début de ce siècle, les règles étaient parfois transgressées sous l'influence d'une pratique coutumière profondément enracinée. On ne négligera pas le fait que les juges civils invoquent la coutume, ce qui suppose qu'ils consultaient les experts en droit coutumier. Cette possibilité est d'ailleurs expressément prescrite par les statuts en cas de lacune de la loi.

Il est donc compréhensible que, souvent, les législateurs de Kotor, en l'absence de normes adéquates en certaines matières, modifiaient ou complétaient les lois anciennes. Rien d'étonnant, donc, si les règles et la pratique, au début et à la fin du XIV^e siècle, présentent des différences, ce qui n'exclut pas que fussent sévèrement punies et la violation des statuts et l'application erronée de la loi par les organes compétents. [Trad. J.-H. M.].

Nikolai SEMIDERKIN (Moscou), *Le droit de la famille dans les "Cent chapitres"* (Stoglav, 1551).

Margarita FUENTESECA (Vigo), *Romanisme et germanisme dans le droit visigothique et possession des meubles en droit espagnol.*

Au siècle dernier, des historiens allemands, suivis par tel savant espagnol (HINOJOSA), ont soutenu la persistance, dans le droit visigothique, d'éléments coutumiers d'origine germanique en dépit de la *lex Romana Visigothorum*. La récente édition du Code d'Euric, qu'on doit à Alvaro D'ORS, a ranimé les polémiques sur le sujet. Elles portent à la fois sur l'opposition entre personnalité et territorialité du droit et sur la portée du Bréviaire d'Alaric par rapport au Code d'Euric. Enfin, l'existence désormais reconnue d'un droit romain vulgaire, entre le droit romain et le droit germanique, a contribué à renouveler l'état de ces questions.

Un aspect particulier de cette problématique concerne l'art. 464 du Code civil espagnol relatif à la possession des meubles. La doctrine des civilistes n'a pas prouvé, sur ce point, la persistance d'éléments germaniques d'origine coutumière. Les racines romaines sont plus évidentes que les visigothiques dans le Code d'Euric, même s'il faut faire la part du droit romain vulgaire. [Résumé J.-H. M.].

B. Keith VETTER (La Nouvelle-Orléans), *Le rôle surprenant du droit romain dans la création du jazz.*

Le droit romain et le jazz forment une combinaison étrange, voire bizarre. À tout le moins le lien entre les deux n'est-il pas immédiatement apparent. Pourtant, je vais soutenir dans cette communication qu'une étonnante addition d'événements historiques a fait jouer au droit romain un rôle important, voire essentiel, dans la création du genre musical connu sous le nom de jazz.

La démonstration de ce lien entre eux se fonde sur deux préalables. Le premier est que, dans les années précédant la guerre de Sécession, un sous-groupe d'esclaves affranchis s'est

constitué, principalement à la Nouvelle-Orléans, par la seule application du régime relativement libéral que le droit romain connaissait en matière d'affranchissement alors qu'une réglementation plus rude de l'émancipation s'appliquait, en vertu de la *common law*, dans les autres régions des États-Unis qui pratiquaient l'esclavage. Le second préalable de la démonstration réside dans le fait que les descendants de ce sous-groupe culturel, connu sous le nom de Créoles ou d'hommes libres de couleur, fut déterminant dans la formation du jazz et qu'ils peuvent, en effet, en avoir été les créateurs. Si ces deux préalables sont établis, la conclusion s'en impose inéluctablement: le droit romain de l'affranchissement a joué un rôle-clé dans la création du jazz. Sans le régime romain de l'affranchissement, remplaçant en Louisiane le droit de la *common law*, il n'y aurait pas eu de Créoles de couleur; sans les Créoles de couleur, il n'y aurait pas eu le jazz, à tout le moins sous la forme que nous lui connaissons aujourd'hui.

Quand l'immense territoire de la Louisiane fut rattaché aux États-Unis en 1803, il existait là une population assez considérable de langue romane, qui avait sa propre culture, y compris le droit civil (entendez romain), mais seulement à la Nouvelle-Orléans et dans l'extrême sud du territoire. Cette région fait maintenant partie de l'État de Louisiane. Elle avait été régie par le droit français de 1682 à 1762, par le droit espagnol, de 1762 à 1803, y compris un bref intermède français entre 1800 et 1803. Après 1803, la Louisiane constitua d'abord un territoire et, ensuite, un État au sein des États-Unis. Même après l'acquisition de la Louisiane en 1803, le droit espagnol continua à s'appliquer comme élément constitutif des anciens codes civils de l'actuel État de Louisiane.

Dans le domaine de l'affranchissement, la loi espagnole appliquée en Louisiane se fondait dans une large mesure sur le droit romain. Il en résultait qu'elle était plus libérale que la *common law* en matière d'émancipation, qui prévalait dans les autres parties des États-Unis qui pratiquaient l'esclavage. D'où, en Louisiane le nombre assez considérable d'esclaves affranchis qui rendit possible la formation d'un sous-groupe

culturel. Si la Louisiane avait été régie par la stricte émancipation de la *common law*, il semble évident que ce sous-groupe ne se serait pas constitué, pour la simple raison qu'il n'y aurait pas eu assez d'affranchis pour rassembler le noyau d'un véritable sous-groupe culturel. L'application, à la Louisiane, du droit romain de l'affranchissement, au lieu de la *common law*, a donc été essentielle pour l'apparition du groupe des affranchis connus sous le nom de Créoles de couleur.

Ces Créoles de couleur, dont la majorité parlait le français, formaient un monde fascinant. Dans la Louisiane d'avant la guerre de Sécession, ils jouissaient d'un statut privilégié qui leur permettait d'exercer nombre de professions et d'activités spécialisées. L'une d'entre elles était la musique, parce que les orchestres créoles animaient traditionnellement les bals et les fêtes de la Louisiane française, puis espagnole. Cette tradition musicale explique qu'à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, lorsque se constitua le jazz, il y avait un nombre significatif de musiciens accomplis parmi les descendants des anciens Créoles de couleur.

Il n'est pas étonnant que le jazz soit né des efforts des Créoles de la Louisiane. On a décrit le jazz essentiellement comme la synthèse des harmonies de l'Europe occidentale et du modèle des rythmes africains. Dans cette perspective, la genèse du jazz suppose un groupe humain à qui étaient familiers l'un et l'autre de ces éléments constitutifs. Les Créoles de la Nouvelle-Orléans répondraient idéalement à ces conditions. Durant des générations, ils avaient bénéficié d'un statut spécial et avaient longuement pratiqué la musique occidentale. Dans la Louisiane d'après la guerre de Sécession, cependant, ils se confondirent avec les esclaves récemment émancipés pour partager ensemble les humiliations du statut inférieur imposé à toute personne mêlée de sang africain. De la sorte, ils furent davantage exposés aux traditions rythmiques, d'origine africaine, propres aux esclaves nouvellement libérés. Il en résulta, pour eux, une grande familiarité avec les harmonies occidentales et les rythmes africains, qui leur permit d'être le premier groupe à les réunir et à créer le mélange aujourd'hui connu sous le nom de jazz.

Nombre d'historiens affirment que le droit romain constitue la contribution la plus remarquable de la civilisation de Rome. Il semble qu'il y en ait encore une autre, inattendue et jusqu'à présent ignorée, du droit romain à notre culture occidentale. Dans un continent inconnu des Romains, quelque mille cinq cents ans plus tard, il paraît bien que le droit romain ait joué un rôle décisif dans la formation d'un nouveau type de musique, qui se nomme

le jazz et dont on peut dire qu'il est l'unique apport original, à l'art de l'Occident, de la toute jeune civilisation américaine. L'histoire réserve décidément bien des surprises. [Trad. J.-H. M.].

Juan MIQUEL-GONZALEZ (Barcelone), *Un métasystème: l'établissement de la filiation en droit moderne.*

Textes: *Dig.* 1, 5, 12; 1, 6, 6; 2, 4, 5; 22, 3, 29 et 38, 16, 3;
Code suisse, art. 302.

Francisco EUGENIO Y DIAZ (Madrid), *Société de l'information digitale et droit romain: implications réciproques.*

ANKUM	403	KRAMPE	396
BLANCH NOUGUÉS	398	MANFREDINI	399
BOGOJEVIĆ-GLUSCEVIĆ	420	MEISSEL	410
BUENO SALINAS	404	MERCOGLIANO	411
CENDERELLI	400	MICHEL	401
DE BUJÀN	402	MURGA	416
FÖLDI	402	NISHIMURA	412
FUENTESECA	421	PÉTER	393
GALLO	409	POLOJAC	392
GAMAUF	408	PUGSLEY	418
GARCÍA GARRIDO	418	ROBINSON	417
GERKENS	406	SELINGER	394
GUARINO	396	ŠKREPJEK	406
HALBWACHS	397	STOLTE	419
HALLEBEEK	398	VENTURINI	392
HAMZA	413	VETTER	421
HANGA	387	WAGNER	414
HARRIS	389	WINKEL	412
IGIMI	407	WODKE	388
KARAJOVIĆ-STANCOVIĆ	413	ZIDLICKA	404
KLINGENBERG	400	ZLINSZKY	391
KOFANOV	390		

Vient de paraître

Jacques-Henri MICHEL, *Éléments de droit romain à l'usage des juristes, des latinistes et des historiens*, Bruxelles, Centre de droit comparé et d'histoire du droit de l'U.L.B., 1998, 537 pp. in-4°.

Extrait de l'avant-propos

"...Je souhaiterais toucher un triple public. D'abord, les étudiants de droit qui, en première candidature, demandent au droit romain une première initiation à la terminologie juridique et aux rudiments de la science du droit. Ensuite, et peut-être surtout, je voudrais intéresser au droit romain les latinistes et les historiens de l'antiquité qui, depuis toujours, le négligent simplement parce qu'il n'est inscrit au programme que des Facultés de Droit. Enfin, je serais infiniment heureux de pouvoir trouver quelque lecteur cultivé qui consentirait à s'ouvrir à une branche apparemment limitée à un cercle de spécialistes - hormis ses clients obligés que sont les étudiants en droit."

L'ouvrage est en vente ou peut être commandé aux Presses Universitaires de Bruxelles (U.L.B.), 42, avenue Paul Héger, 1050 BRUXELLES (tél. 649 97 80; fax 647 79 62), au prix de 650 Fr, plus 200 Fr de port - C.C.P. 000-0057261-31.

