

REVUE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ANTIQUITÉ

faisant suite à

Archives d'histoire
du droit oriental

et

Revue internationale
des droits de l'antiquité

FONDEES PAR
J. PIRENNE et F. DE VISSCHER

DIRECTEURS
H. JONES, J.-H. MICHEL et R. VIGNERON

3^e SÉRIE
TOME XLVI

Service des Publications
des Facultés universitaires Saint-Louis
Boulevard du Jardin botanique, 43, B-1000 BRUXELLES

1999

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

REVUE INTERNATIONALE DES DROITS DE
L'ANTIQUITÉ

DIRECTEURS

Huguette JONES
Professeur ordinaire
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, 3 - Bâtiment B. 33, bte 11
Sart - Tilman
B. 4000 LIÈGE

ADMINISTRATEUR

Gilbert HANARD
Professeur ordinaire 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 B. 33, bte 11

Sart - Tilman
B. 4000 LIÈGE

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Droits grec et hellénistique

MODRZEJEWSKI (J.), 7, allée des Mouille-Boeufs, F - 92290 Châtenay.

TRIANAPHYLLOPOULOS (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.

GAUDEMET (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.

TALAMANCA (M.), Via Marco Aurelio 3, I - 00184 Roma.

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 1.400,- FB.

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

Prière d'adresser les commandes au *Service des Publications des Facultés universitaires Saint-Louis*, Boulevard du Jardin botanique 43, B-1000 BRUXELLES - Tél. : 02/211.78.94 - Fax : 02/211.79.97 - E-mail : mfthoua@fusl.ac.be. Les librairies de l'étranger ont la faculté de transmettre les demandes d'abonnement, soit aux dépositaires de leur pays, soit au *Service des Publications des Facultés universitaires Saint-Louis*.

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://www.ulg.ac.be/vinator/rida/>

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 figurent déjà les volumes XLIII à XLV (1996-1998) de la *R.I.D.A.*

Les auteurs qui souhaitent figurer sur ce site voudront bien télécharger la police de caractère "ismini" au format Mac ou PC.

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

PREMIÈRE PARTIE

DROIT GREC

- Christian KOCH, The Athenian Syngrapheis in the Fifth Century B.C. : ad hoc Drafting Committees or Elements of an integrative approach ? 13
- F.X. RYAN, Die areopagitische Herrschaft und die Areopagiten 43
- Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, ¿ Cómo contempla la ley a la sociedad, según Platón ? 53
- Katrin SCHMIDT, The Peace of Antalcidas and the Idea of the *koine eirene*. A Panhellenic Peace Movement 81

The Athenian Syngrapheis in the Fifth Century B.C.: ad hoc Drafting Committees or Elements of an Integrative Approach? *

by Christian KOCH

*To Friederike
and Julius*

I. INTRODUCTION AND CONCEPT STATEMENT: THE MANIFESTATION AND CONCEPT OF THE SYNGRAPHEIS

Among the indications of a certain continuity in the development of Greek "public" law, several institutional starting points which served the development and maintenance of the legal ordinances of the polis stand out. Although their importance is difficult to judge in detail, the Syngrapheis in fifth century

* This is the extended and annotated version of a lecture the author delivered on the Congress XLVII of the Société Internationale pour l'Histoire des Droits d'Antiquité, at St. Catherine's College, Oxford, on September 23rd, 1993. To PATRICIA FAY, M.A., the author expresses gratitude for her generous help in translating and proof-reading.

Athens possibly assumed just such a role in the development of Athenian law.

On the one hand, well-recognized sources mention their fairly significant function as an advisory constitutional commission in connection with the constitutional revision, or rather, with the attempt to institute a constitutional and political reorganisation in 411 and 410, as well as in 404.

On the other hand, additional references in the second half of the fifth century to the *Syngrapheis* as the proposer of a few but significant and prominent Athenian decrees justify an enquiry into the adequacy of their description as "ad hoc drafting committees", or, whether they had not already exercised a fairly significant legal and social role as a mediator or an integration factor in maintaining or restoring a social consensus, and a constitutional and political consensus as well. Their function as mediators or integration factors was determined by the extent to which the main topics of these decrees gave cause to break apart the conflictual and tense relationships among the political parties and social groups and classes in Athens.

In the relevant inscriptions, two different, somewhat diversified formulas can be found which identify the *Syngrapheis* as originators or authors of the respective text proposals, i.e., γνόμει τῶν συγγραφέων on the one hand (1), and in the form

1) IG I³ 99 (410/9), l. 8; see also below sub III. 4. c).

of τὰδε οἱ χουνγραφεῖς χουνέγραψαν on the other (2). However, the meaning of the formula χουνγράφει which is found in other decrees without a specific reference to the Syngrapheis (3), remains unclear. A clarification of the terms on the part of classical authors is missing, as well as a reference to their constitution, composition and functional area in the decrees themselves (4).

Modern attempts at an interpretation of the Syngrapheis are manifold. Most analysts place emphasis on their specialized function (5). *Busolt* characterizes the Syngrapheis as a "special, singular commission beside the Council", constituted and established by elections so that all decrees in which the participation of the Syngrapheis is apparent concerned "new

2) IG I³ 21 (450/49), l. 3 (see below sub III. 3.); IG I³ 78 (c.a. 422), l. 3/4 (see below sub III. 2.).

3) IG I³ 35 (c.a. 448), l. 7/8; Andok. 1 (Myst.) 96: decree proposed by Demophantos in the year 410, concerning the restitution and safeguarding of democracy after 410; cf. C.HIGNETT, *A History of the Athenian Constitution to the End of the Fifth Century B.C.*², Oxford 1958, p.280ff.

4) The lexicographers' leading criteria taken from the speeches of Isokrates (7,58), of Androtion and Philochoros, and the description given by Thukydides; they concern only the constitutional developments up to 411/410: Harpokration 56, s.v.; Suidas 1283, s.v.; Etym.Magn. (ed. Th.Gaisford, Amsterdam 1962) 732, 42, s.v.; BEKKER, *Anecd.Graec.* 301, 13, s.v. Cf. U.KAHRSTEDT, *Untersuchungen zu athenischen Behörden*, Klio 30 (1937), p.10ff.; 31 (1938), p.1ff., here quoted according to E.BERNEKER (ed.), *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, Darmstadt 1968, p.196ff., 232 n.100; S.ALESSANDRÌ, *I dieci probuli ad Atene: aspetti giuridico-costituzionali*, in: *Symposion 1988*, ed. G.NENCI AND G.THÜR, Köln-Wien 1990, p.129ff.

5) As the most detailed study concerning the Syngrapheis cf. F.D.SMITH, *Athenian Political Commissioners*. Chicago thesis 1920.

subject matter which was not yet regulated by law (6)". HIGNETT refers to the discussion with HEADLAM and among others, HEADLAM's view that the Syngrapheis could have been "permanent officials (7)". In contrast, HIGNETT states: "They seem to have been appointed ad hoc whenever their services were required". HIGNETT sees the special importance of the Syngrapheis in relation to the pre-Periclean restitution of access to the Council (8).

RHODES emphasizes that in particular cases, the Syngrapheis were "ad hoc drafting committees ... were sometimes appointed to present proposals through the Council"; he classifies them as a committee of the Council and assigns them to the system designed to limit the powers of the Demos (9). OSTWALD stresses the importance of the Syngrapheis with regard to the comprehension and compilation of the facts of a case for presentation for resolution. He understands *συγγραφεῖν* as

6) G.BUSOLT/ H.SWOBODA, *Griechische Staatskunde*³, 1920, p.460. See further U.KAHRSTEDT, *Untersuchungen (op.cit., n.4)*, p.199 with n.98, 99; U.KAHRSTEDT, *Studien zum öffentlichen Recht Athens*, vol. 2: Magistratur, Stuttgart 1936 (reprint Aalen 1969), p.291.

7) J.W.HEADLAM, *Election by Lot at Athens*, 2nd. ed. (D.C. MCGREGOR), Cambridge 1933, p.208f.

8) HIGNETT (*op.cit.*, n.3), p.242f. Cf. ALESSANDRÌ, *probuli (op.cit., n.4)*, p.149; B.SMARCZYK, *Untersuchungen zur Religionspolitik und politischen Propaganda Athens im Delisch-Attischen Seebund*, München 1990, p.167; CHR.KOCH, *Die Herrschaft Athens im Ersten Athenischen Seebund: Rechtsvereinheitlichung im Verwaltungsverfahren*, RIDA 40 (1993), p.139ff.

9) P.J.RHODES, *The Athenian Revolution*, in: D.M.Lewis/ J.BROARDMAN/ J.K.DAVIES/ M.OSTWALD, *The Cambridge Ancient History*², Cambridge 1992, p.62ff., 78.

"composing in writing", "to collect facts and materials from various quarters and then to weld them into a coherent whole in their written report (10)".

All in all, the prevailing opinion is that the Syngrapheis were ad hoc commissions made up of experts appointed to formulate proposals concerning particularly complex subject matter and were exceptions compared to the regular procedures of the Probouleuma. Noteworthy is the view of DE LAIX according to which the Syngrapheis appeared, in particular, during the constitutional crisis of the Polis, "when a definite strain was being placed upon the machinery of government". Therefore, they should be seen as exceptions, "as essentially atypical and not as a part of the normally functioning constitution (11)".

10) M.OSTWALD, *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law*, Berkeley 1986, p.415f.

11) R.A. DE LAIX, *Probouleusis at Athens. A study of Political Decision Making*, Berkeley-Los Angeles-London 1973, p.30, 33ff. There are further distinctions needed: There are cognate or quite similar officials or functionary boards which have been charged with constitutional advisory tasks, to prepare decision-making, drafting, documentation, e.g., preemanently the Probouloi (cf. ALESSANDRÌ, *probuli*, *op.cit.*, n.4), the Nomothetai (cf. KAHRSTEDT, *Untersuchungen*, *op.cit.*, n.4, p.232ff.; OSTWALD, *Sovereignty*, *op.cit.*, n.10, p.405ff., 511f. passim; it is rather doubtful, whether they already appeared within the fifth century: CHR.KOCH, *Volksbeschlüsse in Seebundangelegenheiten. Das Verfahrensrecht Athens im Ersten Attischen Seebund*, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris 1991, p.327ff., regarding the lack of evidence in IG I³ 71, the decree proposed by Thoudippos in 426/5), the Anagrapheis (cf. OSTWALD, *Sovereignty*, *op.cit.*, n.10, p.379f. with n.156 and 159, p.415ff.).

II. THE SYNGRAPHEIS AS A CONSTITUTIONAL COMMISSION

The picture of the Syngrapheis is ambiguous. The most dependable description is that of their function as an advisory constitutional commission for the constitutional revisions in 411/410 and in 404. As the references in Thucydides and Aristotle show ⁽¹²⁾, the Syngrapheis had a general commission with regard to constitutional reform. The search for the "best possible solution to save the Polis", as their appointment instructions are described ⁽¹³⁾, points to the constitutional and political matter of reconstructing the *Patrios Politeia* ⁽¹⁴⁾ along the particularly problematic road to re-integration into the political and constitutional system.

A. The "Syngrapheis" of 411

In 411, the Oligarchic regime, which had taken over the power during the general military and economic struggles caused by the Sicilian catastrophe, carried out the election of the "Syngrapheis". The proposal of Pythodoros concerning this election referred explicitly to the above-cited formula according to which, the Syngrapheis should make recommendations for

12) Thuk.8,67; Aristot.AP 29,2; 35,1.

13) Xen.Hell.2,3,2.

14) See in extenso OSTWALD, *Sovereignty* (*op.cit.*, n.10), p.370 passim. Cf. P.J.RHODES, *The Athenian Code of Laws 410-399 B.C.*, JHS 111 (1991), p.87ff.

proposals on how to save the polis (15). The peculiar status of this "constitutional commission" is characterized by two elements: commitment by oath and being vested with a comprehensive right to make recommendations free of the bindings of the duration-defensive formulae in the decrees already in force. The sincerity of their task and their legitimization is questionable. As a matter of fact, recommendations by the Syngrapheis initiated the disregard of the duration-defensive decrees and also, with regard to the proposals originated by the Prytaneis concerning public relief, that no action against illegality (*Graphe paranomon*) should be allowed (16).

B. The Engagement of the Syngrapheis in the Restitution of Democracy in 410 and in the following years

In answering questions about the continuity or discontinuity of the Syngrapheis, it could be of some interest to clarify if there are any traces of the Syngrapheis' presence in the following years.

15) Thuk.8,67,1.4; Aristot.AP 29,2.3; 30,1; 32,1. Cf. regarding the function of Syngrapheis in this context BUSOLT/ SWOBODA, *Staatskunde* (*op.cit.*, n.6), p.461f.; KAHRSTEDT, *Untersuchungen* (*op.cit.*, n.4), p.231f.; P.J.RHODES, *The Athenian Boule*², Oxford 1985, p.216f.; DE LAIX, *Probouleusis* (*op.cit.*, n.11), p.33ff.; ALESSANDRÌ (*op.cit.*, n.4), p.131; M.CHAMBERS, *Aristoteles: Staat der Athener*, Berlin 1990, p.277f.

16) *Graphe paranomon*: See H.J.WOLFF, "*Normenkontrolle*" und *Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie*, Heidelberg 1970, p.9, n.6; cf. M.H.HANSEN, *The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B.C. and the Public Action against Unconstitutional Proposals*, Odense 1974; cf. also R.W.HARRISON, *The Law of Athens*, vol. II: Procedure, Oxford 1971, p.172ff.

1. The Decree Proposed by Demophantos

Evidence that the Syngrapheis were also influential in helping the polis out of the disorder of the years 411/410 could possibly be seen in the public resolution proposed by Demophantos where it reads in the resolution formula: τὰδε Δημόφαντος συνέγραψεν (17). The subject of this "Nomos" which was inserted into the religious speech by Andocides concerns, on one hand, the typical threat of punishment of those who work to undermine or do away with the rule by the people. On the other hand, it is related to the decree directed to all Athenians - phylai and demes - to take a sacred oath to kill those who transgress against the democratic city-state in the above-mentioned manner. The wording of the oath is set down in the text of the resolution, with a variety of typical factual variations and differentiated wordings.

The assumption that Demophantos presented the proposal as a member of the Syngrapheis council is by no means conclusive. Rather, the wording of the previously mentioned formula allows the interpretation that the petitioner has inserted the elements of the catalogue of sanctions and the formula for the oath into his (written) proposal. It is less than certain that in the strikingly detailed version of the preamble, in which the composition and election of the boule by lot is especially mentioned, references can be found to a revised resolution formula which was subsequently inserted into the speech. Even though the

17) Andok. 1 (Myst.) 96; see above n.3.

explanatory additions to the resolution formula indicate that the formula had been revised for the drafting of the court speech, on the other hand, it could also be the case that in the resolution formula of this decree, a deliberate reference to the restitution of the radical-democratic style of the boule was appropriate.

2. *The Syngrapheis between 410/409 and 405/404*

Just as the continuity of the function of the Syngrapheis as a constitutional commission established through a public resolution based on Demophantos' proposal cannot be proven beyond a doubt, evidence of the continued existence of the Syngrapheis council during the following years is totally absent. The public resolution of 410/409 concerning the repayment of certain sums of money owed to the temple of Athena remains an exception and does not adequately support the contradictory interpretation (18). Furthermore, the supposition that the public resolution which established certain areas of competence for the boule and distributed competence between the boule and the demos (IG I³ 105, around 409) (19) was initiated by the Syngrapheis must stand as unproven. Neither the inscription itself nor its context contains any reference to this.

18) See in particular III. 4. c).

19) Cf. RHODES, *Boule* (*op.cit.*, n.15), p.115f. Cf. DE LAIX, *Probouleusis* (*op.cit.*, n.11), p.37; OSTWALD, *Sovereignty* (*op.cit.*, n.10), p.419.

3. The "Syngrapheis" of 404

In observance of a decree of 404 proposed by Pythodoros(?), the Assembly commissioned thirty Athenian citizens to re-edit and publish the constitutional laws. The Assembly instituted in the form of the Probouloi a further supporting commission, vested with considerable authorities but bound on the proviso that the Assembly might decide itself (20). This decree too allowed proposals without any considerations for the legal validity of decrees already in force.

III. THE FUNCTION OF THE SYNGRAPHEIS IN THE DELIAN SEA LEAGUE

In contrast to the previously mentioned developments, the function of those committees described as Syngrapheis in some decrees of the Athenian Demos in the heyday of the Delian Sea League remains obscure(21)

20) See ALESSANDRÌ, *probuli* (*op.cit.*, n.4). Cf. RHODES, *Boule* (*op.cit.*, n.15), p.217. Sources to see how the events come to pass cf. Thuk. 8,97; Ps.Xen. Ath.Pol. 3,2; Xen. Hell. 2,3,2.11; Andok. 1 (Myst.), 84; Lys. 7,9; Demosth. 24 (in Timocr.), 27; Diod. 12,75,4.

21) ALESSANDRÌ, *probuli* (*op.cit.*, n.4), p.143 sees only small differences to the Syngrapheis of 411, at least "sul piano giuridico".

A. The Continuing Development of Laws ("Rechtsfortbildung") and the Legalization Process, the Strengthening of the Legality of Power in the Delian League ("Verrechtlichung")

The increase in tasks to which Athens exposed herself with her concept of imperial power-politics required careful dealings with the law. This was systematically expanded to an administration and a power instrument. The control through laws became - if the impression which is especially conveyed in the decrees for collecting tribute is not deceiving - the standard form of intervention in dealing with allies and to which the hegemon forthwith returned even after the military recapture and suppression of the hostile tendencies toward Athens or the Demos (22). In this area of strengthening the legality of power through laws (23), which Athens began to take up in the second

22) In reference to this, a comprehensive systematic extension and consolidation of law in this context cf. G.E.M. DE STE CROIX, *Notes on Jurisdiction in the Athenian Empire*, part I, CQ 11 (1961), p.94-112; part II, p.268-280; W.SCHULLER, *Die Herrschaft der Athener im Ersten attischen Seebund*, Berlin-New York 1974; KOCH, *Rechtsvereinheitlichung (op.cit., n.8)*, p.139ff. An impressive example of a stabilized companionship ruled by law are the relations between Athens and Samos within the last decade of the fifth century, cf. CHR.KOCH, *Integration unter Vorbehalt. Der athenische Volksbeschluß über die Samier von 404*, Tyche 8 (1993), p.63ff.

23) To the strengthening of the rule of law in modern public administration cf., e.g., the contributions in: R.VOIGT (ed.), *Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*, Königstein/ Taunus 1980, and in: R.VOIGT (ed.), *Limits of Legal Regulation - Grenzen rechtlicher Steuerung*, Pfaffenweiler 1989.

half of the fifth century, a distinctly tangible institutionalization (and instrumentalization) was found in the outward appearance of the Syngrapheis, especially in relation to the empirically-oriented legal competence.

B. The Syngrapheis in the Area of Tension between Religious and State Duties

The most reliable and best contextual reference to the Syngrapheis is found in the Athenian decree of (presumably) 422, which covers the offering of the first-fruits to the Eleusinian temple, IG I³ 78, in lines 3/4 (24): "The Syngrapheis have compiled the following in writing ...". In Lampon's additional proposal hereto, it is stated in line 48: "Agreement with the Syngrapheis in all points with reference to the Aparche ... (25)".

1. The Subject of the Decree

The subject of the decree, whose wording is the result of the work of the Syngrapheis, deals with the offerings to the Eleusinian temple. It deserves to be mentioned that the invitation

24) The Greek text runs as follows: τὰδε οἱ χσυγγραφῆς χσὸν νῆ (γρᾶφσαν. See also R.MEIGGS/ D.LEWIS, *A Selection of Greek Historical Inscriptions to the End of the Fifth Century B.C.*, Oxford 1969, no.73. A new German translation is given by K.BRODERSEN/ W.GÜNTHER/ H.H.SCHMITT, *Historische griechische Inschriften in Übersetzung, vol. 1: Die archaische und klassische Zeit*, Darmstadt 1992, no.123, p.98ff. Cf. further SMARCZYK, *Untersuchungen (op.cit., n.8)*, p.167ff.

25) The Greek text: [Λ]λάμπων εἶπε· τὰ μὲν ἄλλα κατὰπερ αἱ χσυνγραφαὶ τῆς ἀπαρχῆς ...

to take part in the contribution of the first-fruits (Aparchai ⁽²⁶⁾) was specifically extended to all Greek Poleis over and beyond the Symmachoi circle. Whereas the Symmachoi were required by the Athenian Demos to hand over the fruits of the field as an outright supplement to their duty to pay tribute and to participate in the ceremonies, the invitation to the rest of the Poleis to take part was, following an examination by the Council, absolutely voluntary ⁽²⁷⁾. Several times in this text the Syngrapheis relate to a Delphinian oracle; the context of these quotations shows that the Manteion had the function to ensure the Panhellenic orientation ⁽²⁸⁾.

The decree regulated not only the process of offering the first fruits. Above all, it also emphasized the claim of the Polis to use the cult for a definite political purpose, in particular, in relation to the Delian League, as well as in relation to the non-member Greek states. The Eleusinian cult was intended to create a sense of identity and was easily employed as an instrument of the Athenian claim to imperial power. The revival of the old cults in

26) To the Aparchai cf. MEIGGS/ LEWIS (*op.cit.*, n.24), p.220.

27) The text runs as follows (l. 30-36; translated by C.W.FORNARA, *Archaic Times to the end of the Peloponnesian War*², Cambridge 1983, no. 139, p.161): "The Boule shall also send a proclamation to the other cities, the Hellenic cities in their entirety, wherever it seems to the boule to be feasible, telling them the principles on which the Athenians and their allies are offering first-fruits, and not ordering them but urging them to offer first-fruits, if they so desire, in accordance with the ancestral custom and the oracular response from Delphi. The acceptance of any (grain) that anyone may bring from these cities as well shall be the duty of the Hieropoioi according to the same procedure."

28) See l. 5, 26 and l. 34.

the second half of the fifth century - most prominently the cult of the Delian Apoll - for the purpose of promoting a basic pan-hellenic religious-ideological orientation stands in close correlation to the ever-growing hegemonic claim on the part of Athens to leadership in the Sea League (29).

This decree, with the support of the Syngrapheis vote, could possibly have provided the tentative formula for a balance between the autonomy of the temple with its originally Panhellenic and thereby, its non-Sea League orientation (30), on the one hand, and on the other, with a stronger radical-democratic emphasis on its function.

2. The Function of the Syngrapheis in the Area of Tension between the Autonomy of the Eleusinian Temple and the Policy-Making Reservation on the part of the Polis to Organization

In this conflictual zone between the temple's area of autonomy, on the one hand, and the interest of the Polis in power, territory and finance, on the other, it is conceivable to place the Syngrapheis in the role of mediator along with the participation of temple representatives (i.e., representatives from the leading religious families and not only the sacral civil servants of the state (31)) in order to formulate a proposal. Evidence for

29) Cf. SMARCZYK, *Untersuchungen* (*op.cit.*, n.8), p.169, 253ff.

30) This could have been motivated the Syngrapheis to refer to the *Manteion* intensively.

31) Sacral civil servants are on the other hand the Hieropoioi: They were chosen from the members of the Boule, cf. RHODES, *Boule* (*op.cit.*, n.15),

this could be seen in the person of the petitioner Lampon. He was presumably a member of one of the two leading religious families (32). For this reason, it is very likely that his additional proposal did contain a careful attempt to protect the further development of the temple from possible radical tendencies and interests in the Assembly.

If one were to go further and identify Lampon with one of the Syngrapheis, the picture could be a different one: The old elites, who descended from family and clan relationships, may have been able to maintain a part of their forming influence and thereby, may have contributed to the protection of a certain autonomy and economic independence for the temple without actually wishing to withdraw completely from power-conscious Sea League politics. It could be assumed that the Syngrapheis might have represented a kind of counterpart to the radical-democratic tendencies and constitutional concepts within the second half of the fifth century B.C. This assumption would demonstrate some similarities to the constitutional functions of these Syngrapheis established in 411 and 404. Although their task was to establish guidelines leading out of the constitutional crisis of the oligarchic system, they even represented this social group on which the regimes of 412 and 404 were based.

p.127f. Cf. furthermore K.CLINTON, *Sacred Officials of the Eleusinian Mysteries*, TAPS 64, 3, Philadelphia 1974; R.S.J.GARLAND, *Religious Authority in Archaic and Classical Athens*, ABSA 79 (1984), p.75-123, 110.

32) Within this meaning runs a supposition based on Aristot. Rhet.1419 a 2. Cf. SMARCZYK, *Untersuchungen (op.cit., n.8)*, p.217 n.177.

C. The Decree Concerning the Reintegration of the Miletos into the Sea League

Due to coincidental information in the sources, the decree concerning the re-integration of Miletos into the Delian League (33) affords a further aspect to the assessment of Syngrapheis' function in the Athenian decrees of the fifth century. In this decree, according to a reliable reconstruction the title reads, "Compilation for the Milesians" and in the proposal itself, "The Syngrapheis have compiled the following for the Milesians ...". The decree contains a number of regulations, which show that Miletos should again take up the typical functions of an ally. Accordingly, the election of five Athenian archons for Miletos was proposed and decided, auxiliary military obligations were confirmed, duties of restitution were determined (and limited) and detailed regulations concerned the arrangements of organizational pre-conditions and the procedures for certain Dikai between Athenians and Milesians, as far as the Dikai related to questions concerning restitution. Besides these limited subjects, general commercial cases were also included by extension.

33) The text of the title: [Μι]λεσί[οις] χσσυ]γραφ[αι] and of 1.3: ...]ορ έπεστάτε, [τάδε τοῖς Μιλεσίοις ηοι χ]σσυγγρα[φές] χσσυέγραφσαν·

See also the versions given by S.CATALDI, *Symbola e relazioni tra le città Greche nel V secolo a.C.*, Pisa 1983, p.183-186, and J.H.OLIVER, *The Athenian Decree Concerning Miletus in 450/49 B.C.*, TAPhA 66 (1935), p.177-198; cf. furthermore KOCH, *Volksbeschlüsse (op.cit., n.11)*, p.86ff. (T 3).

The text is preserved in a very fragmentary form and has been the object of various attempts at reconstruction with varying degrees of intensity and with deviating results in detail. Even the findings on the preserved fragments show a striking accumulation of legal and especially procedural terms which do not occur in this density in any of the preserved decrees of the fifth century ⁽³⁴⁾.

1. Reorganization of Bilateral Assistance in Legal Relations

At the same time, this observation contains the first contextual starting-point for the activities of Syngrapheis, i.e., they could have had the function to re-direct bilateral assistance in legal and court relations into the right channels, and last but not least, in a legal-technical manner. Accordingly, the Syngrapheis proposed the reinstatement of those Symbolai, which had been valid before the secession from Athens (l. 40-44). They combined them with some modifications and additions which refer to guarantees regarding access to the law court for Milesians in Athens (l. 28-40), the levying and distribution of court fees (l. 29-31), the limitation period for legal actions (l. 31-33), the judicial restitution procedure (l. 51-61), the decision-making power, and penal authority of the five Athenian archons in

34) Probably one exception could be the decree about the Athenian Apoikoi in Hestiaia, IG I³ 41, which contains a lot of terms concerning the institutionalization and organization of the local courts; but the stone is heavily damaged. For the rest the noticeable structure of the regulations in this decree seems to be much more simple. Cf. KOCH, *Volksbeschlüsse* (*op.cit.*, n.11), p.135ff. (T 4).

Miletos (l. 74-77, 61/62). This required legally trained experts to prepare the suitable decree proposals.

In connection with the reintegration into the Sea League, one could also conceive an arbitral function for the Syngrapheis; they could have been a committee made up of representatives from Miletos and Athens - and perhaps representatives of a third polis. (This bold assumption will not be treated further here.)

2. The Syngrapheis as Mediator between the People's Party (Demos) in Athens and the Oligarchic Regime in Miletos

Certainly, a further possible reason for the involvement of the Syngrapheis could have been the constitutional political situation in Miletos at the time of the presentation of this decree. Despite the secession from Athens, the continued existence of the oligarchic system in Miletos was evidently possible in this exceptional case, even after the reintegration into the Delian League. Indeed, a shift in power to the government of the people's party had also taken place in Miletos; however, it is not feasible to synchronize this constitutional power shift with the possible dates for the Miletos Decree (35).

35) The survive of the former oligarchic system in Miletos beyond Stasis is thinkable, cf. MEIGGS/ LEWIS (*op.cit.*, n.24), no. 43, decree about political expulsions from Miletos (between 470 and 440 B.C.), p.106f.: a small evidence is given by the tribute lists, where Miletos does not appear in the years after 450/49, but first in 442. Moreover, there might have been concessions be made to Miletos by Athens, caused in the stronger persian influences on the old colonial poleis situated in Asia Minor. Cf. also P.HERRMANN, *Zu den Beziehungen zwischen Athen und Milet im 5. Jahrhundert*, *Klio* 52 (1970), p.163ff., 172f., and H.-J.GEHRKE, *Zur*

The Miletos Decree provides added support to the hypothesis of a definitely close membership in a particular social group among the Syngrapheis: If one follows the references to a continuation of the Oligarchic system in Miletos beyond the time of reintegration into the Sea League, one could find true Athenian friends of Miletos among the Syngrapheis, members of Miletos' influential families who lived in Athens, and Athenians who maintained hospitable contacts with Miletos, who had taken obligations upon themselves, and who had, at that stage, worked out a concept to save Miletos and, with the support of the Council, had presented it to the Assembly (36).

Moreover, it is conceivable that an emerging reorganization of the Milesian constitution (whose implementation in Miletos was entrusted to the five Athenian archons) was accompanied by Syngrapheis as a "constitutional council" in Athens, which, in contrast to the other reintegration decrees, drafted the more cautious directives of the Miletos Decree (37). This was possibly a

Geschichte Milets in der Mitte des 5. Jahrhunderts v. Chr., *Historia* 29 (1980), p.17-31, in particular p.24f., 27ff.

36) In so far a certain contradiction to the view of a growing isolation within the Greek Aristocracy and - caused by this phenomenon - her loss of bindings to the Polis and its institutions is visible, cf. E.STEIN-HÖLKESKAMP, *Adelskultur und Polisgesellschaft*, Stuttgart 1989.

37) Cf. in particular IG I³ 21, l. 78-80 (translated by FORNARA, *op.cit.*, n.33, no. 92, p.93). In my version (Volksbeschlüsse, T 3, l. 77-81, p.94), in so far following to CATALDI, *Symbolai* (*op.cit.*, n.33), no. 7, p.186, the text runs:

; ἡ δὲ οἱ χσυνγραφῆς χσυν]-ε[γραφσαν ἔσφ] ἔρεσ-τ̄ [αι ε]ς τὸν δῆμον ὑμο τῶ[ν πρυτάνεον·εἰ δέ τι δέοι Μιλε]-[σίοις. ἐφσεφ]ίσται αὐ[το] ἴς ἔτι. εἴτε ἄλλο τι δ[οκῆι ἔιτε μέ. περι τὸν δέοντα][ι ηοι

part of a comprehensive reorganization concept. An indication for this could also be the references to further decrees concerning Miletos (38).

D. Further References to Syngrapheis in Athenian Decrees

There are references to Syngrapheis in other Athenian Decrees as well, but these only give more evidence about the functions of Syngrapheis.

1. The Establishment of a Constitution for Erythrai - Task of the Syngrapheis?

The Athenian decree concerning a constitution for Erythrai, proposed probably between 453 and 445 - IG I³ 14 (39), contains

πρεσβεύοντες Μ[ιλέ]σιοι· ἐὰν δὲ σοφρονῶ[ντες διατελῶσι αὐτοὶ
τυγχά]-[νόντων ἧὸν ἀν]· δέοντ[αι];

The translation then runs as follows: "What the Syngrapheis wrote together shall be brought before the People by the Prytaneis. If there is any (further) need for the Milesioi it shall be decreed for them - either because of some other things seem to be needed in extension to that the delegation of the Milesians asked for, either not. If they are moderate, they should get what they asked for."

38) See the mention of Arnasos, l. 81, and the reference to the archonship of Euthynos, l. 86, probably in the context of another decree concerning Miletos.

39) Cf. S.CATALDI, *Le disposizioni Ateniesi per Eritre e le prime manifestazioni dell'imperialismo Ateniese*. Miscellanea di Studi Storici. Dipartimento di Storia dell'Universita della Calabria 1 (1981), p.17-50; KOCH, *Volksbeschlüsse* (op.cit., n.11), p.61ff. (T 2).

a hint at Syngrapheis only according to the textual restoration by MERITT: Λ[υσι]κ[ράτες ἐρχε· γνόμε τὸν χσυγγραφέον.⁽⁴⁰⁾ MEIGGS and LEWIS only consider this hint when referring to the more detailed Syngrapheis-formula in the Miletos decree: "It would be a little surprising to find the shortened formula so early" ⁽⁴¹⁾. But also in substance there is no convincing reason to see Syngrapheis as the authors of the proposal to this decree. However, the doubts must be more fundamental and taken together, the transmission is more or less obscure ⁽⁴²⁾.

2. Proposal for Installation of a Building-Planning and Control Commission

A decree concerning the temple of Athena-Nike from about 448 - IG I³ 35 ⁽⁴³⁾ - contains a proposal of Hestiaios to establish probably a board of Syngrapheis (lines 15-17). Being proposed by Glaukos, the Assembly had decided to rebuild a temple in accordance with the designs of the Architekton Kallikrates. In an additional proposal, Hestiaios laid down the procedure how to place the contract. This procedure stipulated that three members of the Council should be elected who first should aid and assist

40) M.F.MCGREGOR/ B.D.MERITT/ H.T.WADE-GERY, *The Athenian Tribute Lists* (ATL) II, D 10, l. 2. Cf. in so far without textual reconstruction MEIGGS/ LEWIS (*op.cit.*, n.24), no. 40, l. 2, and IG I³ 14, l. 2.

41) MEIGGS/ LEWIS (*op.cit.*, n.24), p.91.

42) Cf. KOCH, *Volksbeschlüsse* (*op.cit.*, n.11), p.63.

43) See also MEIGGS/ LEWIS (*op.cit.*, n.24), no. 44; cf. for German translation BRODERSEN/ GÜNTHER/ SCHMITT (*op.cit.*, n.24), no. 75, p.52.

Kallikrates to work out the plans and then they should formulate a written recommendation on how to place and carry out the contract. Nevertheless, it is dubious whether this commission composed of three Bouleutes could be Syngrapheis in the before-mentioned sense. In the text of this decree only the verb as participle is used, i.e., *χτυγγράφσαντας* in line 17, and in line 12 the relevant meaning is shown, i.e., the drafting of an architects' plan (44). In any case, even this decree shows that at least within the Council specialized commissions were established whose members had to fulfill definite tasks and so, had been elected therefore.

3. Syngrapheis Safeguarding the Title of a Creditor against the Polis

A decree from 410/409 concerning the repayment of certain loans given by the temple of Athena - IG I³ 99 (45) -, runs (in line 8) *γνώμ]ε τῶν συνγραφέων* and contains therewith a reliable reference to the Syngrapheis. However, the inscription is badly

44) A parallel regulation is given in the decree concerning the building of a bridge across the river Rheitos and the via sacra to Eleusis, from 422/1, IG I³ 79, l. 16: there most likely in the meaning of "contract for services as an Architekton" (who is the building control commissioner of the polis), cf. BRODERSEN/ GÜNTHER/ SCHMITT (*op.cit.*, n.24), no. 124, p.101. Similar is the decree concerning a building-order addressed to the Architekton Kallikrates, from about 445, IG I³ 45, l. 6-10. OSTWALD, *Sovereignty* (*op.cit.*, n.10), p.416 notes with regard to the decree IG I³ 99, l. 3: "What other activity is ascribed to them concerns religious matters, such as drafting proposals for the repayment of sacred monies to Athena and another sacred regulation, the exact nature of which remains obscure."

45) See also OSTWALD, *Sovereignty* (*op.cit.*, n.10), p.419f.

damaged and the text breaks off entirely with line 12 ⁽⁴⁶⁾. Therefore, there is no basis for further considerations. To some extent it is only possible to reconstruct the order that the repayment should be effected by installments which are as high as possible (line 9) and that these amounts should be deposited as they were paid within the temple of Athena on the Acropolis (line 11).

If one would try to connect the engagement of the Syngrapheis with the content of this decree, it should be pointed out that the fairly complicated subject matter - *res sacrae* -, and the probably very urgent demand of repayment made the proposal of this decree a very delicate one and this might have justified delegating the task to Syngrapheis.

E. Consequences resulting from the Findings in the Decrees with Regard to the Syngrapheis

As varied as the dates of the individual decrees are, the proven temporal dispersion of the references to the Syngrapheis, which have been passed on in the decrees, do not permit their assignment to the constitutional upheaval of 411 or 404.

46) To the textual reconstruction of this inscription cf. ATL II D 9, and W.E.THOMPSON, *Class. et Mediaev.* 28 (1967, 1970), p.228f.

1. The Weakness of Evidence

The small number of decrees in which the cooperation of the Syngrapheis can be proven obviously justifies doubts about the validity of any evaluation of the findings. However, it still remains a fact that among the preserved decrees, only a few show a participation on the part of the Syngrapheis and thereby reveal that this was an exception to the principle of individual proposal. The proven references to the Syngrapheis show that they participated in formulating those decrees which can be assigned to certain typical areas of reference as Sea League problems (Miletos) and *res sacrae* (Eleusis), but apart from that, they are outside the typical context. For example, the Miletos Decree is noted for its very distinctive regulations concerning jurisdiction through the re-establishment of the formerly valid legal assistance contracts. The Eleusis resolution combines the protective duty of the Polis toward the Eleusis temple with the Sea League and, in addition to that, with a pan-hellenic attitude, and therefore reaches far beyond the typical contents of a decree.

The fact that the existence of the Syngrapheis can only be proven in a very few cases does not, in consideration of the subject-matter of the decrees, in any way indicate that this institution was insignificant. On the contrary, the political explosiveness of the intention of a regulation could be reason enough to establish Syngrapheis and to entrust them with the formulation of the text proposal. This could be even more imperative when the intention of a decree exposed the proposer to

the reproach of "traditionalistic" or "oligarchic" and therefore, Sparta-friendly activities.

2. Syngrapheis and the Integration of Old and New Elites into the Government

The aforementioned considerations allow the conclusion that the make-up of the Syngrapheis-committees could be attributed to tradition-bound and family roots. In this way, one could plausibly bring together those items which at first sight appear as different as the decree concerning Eleusis and the one concerning Miletos.

However, on the whole, the calling-in of the Syngrapheis as an integrative measure must remain, unproven. Considerations about the possible integrative functions of the Syngrapheis committees within the struggle for power respective to the competence conflict between the Council and the Demos ⁽⁴⁷⁾ can be based on the presumption that the Syngrapheis committees were not composed as selected miniature copies of the Council ⁽⁴⁸⁾, but also represented "external" interests and "external" expertise.

47) To this conflict concerning the participation in initiating or decision-making between Council and Assembly cf. M.H.HANSEN, *Initiative und Entscheidung. Überlegungen über die Gewaltenteilung im Athen des 4. Jahrhunderts. Studien zum Attischen Seebund*, Xenia 6, Konstanz 1983.

48) But so is the situation in the decrees concerning the building commissions, IG I³ 35 (c.a. 448), l. 7/8.13.17; 45 (c.a. 445), l. 6-10; 79 (442/1), l. 16/17.

3. *The Syngrapheis and their Functional Relationship to the Council and the Demos.*

In addition, due to the constitutional development in Athens, the overlapping and intertwining functions of the Syngrapheis could have allowed them to play a specific part in the new understanding of the roles of the Council and the Demos. In the discussion concerning the relationship between Council and Demos, the warning about the dangers of a "constitutional law trap (49)" were justified. Already in the first half of the fifth century, it was increasingly difficult to assign Council and Demos to a certain social context. The Council was no longer suitable as an institutional framework for the self-presentation, or at least an influencing control of the political-social elite.

To that extent, it lacked the necessary "corporate identity". Ober is right when he characterizes the constitutional reforms from 487/6 as "a significant long-term impact on the ability of the elite to control the institutional apparatus of the state (50)". At the same time, Ober refers to the consequence of this development, which is also significant to our context: "Officeholders could no longer automatically call on a cadre of politically-experienced

49) J.OBER, *Mass and Elite in Democratic Athens: Rhetoric, Ideology, and the Power of the People*², Princeton 1990, p.21f., against DE LAIX, *Probouleusis* (*op.cit.*, n.11), p.139ff., 189ff.

50) OBER, *Mass and Elite* (*op.cit.*, n.49), p.76 with n.55 (concerning Prokrisis).

friends and kinsmen for help in making and carrying out decisions (51)".

The beginning of professionalization and an altered composition of the elite is seen here. As is shown in the appointment decree, the overburdened institutions of Council and Demos, which were also handicapped by their permanent personnel changes, entrusted matters to "external" expertise and, in this way, each gave themselves the opportunity of imposing purposeful duties on the educational and influential elite. To each of these two elite groups, they gave the possibility of taking an active and creative part in politics, despite the ever-fewer remaining electoral positions and the coincidences created by the drawing of lots for the functions. However, there was still the risk that a proposal of the Syngrapheis could fail in the Council or in the Assembly.

IV. SUMMARY

First of all, it is acknowledged that the Syngrapheis are not the center of attention with regard to the constitutional development in ancient Athens. However, they form an institution or at least a formalized framework of action for certain more extensive or complicated constitutional proposals (52).

51) OBER, *Mass and Elite* (*op.cit.*, n.49), p.77.

52) Cf. as a modern access to the functions of a constitutional commission R.SCHOLZ, *Aufgaben und Grenzen einer Reform des Grundgesetzes*, in: P.BADURA/ R.SCHOLZ (ed.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, *Festschrift für Peter Lerche*, München 1993, p.69ff.

The Syngrapheis probably represented, on the one hand, a specific familiar and religious tradition (especially in the decree about first-fruits), or they provided the chance to integrate or intermediate within oligarchic and radical democratic systems (as it might have been in the case of Miletus and probably, but quite unlikely, in that of Erythrai). They could have been both an *ad hoc* working commission as well as a mediation committee, re-integrating not only some of the Athenian or Peloponnesian oligarchy-orientated political powers, but other traditional elements of the Athenian society, as well.

The Miletos Decree proves the initial assumption that the Syngrapheis could have been a specific institutional form of a specialized legal expertise. More evident are the indications in the Eleusis decree of left-over structures of an institutionalized political controlling-influence by the Oligarchic party, and by the families who supported it. If one follows the few traces of the activities of the Syngrapheis, the impression is that here the professional expertise of the traditionally-orientated elites and the modern elites, who shared a common education and a common sense of political practise (educational and influential elites: "Bildungs- und Einflußeliten"), had been integrated into the radical democratic controlling process.

Through the usurpation of such an institutional concept by a generation which operated in a power-orientated manner and which was trained in a "sophistic"-rationalistic way of dealing with institutions, it is possible that, out of this mixture - as the

events of 411 and 404 show -, considerable political explosive potential can built up against the radical rule of the people.

Out of the combination of the "expertise principle" and a traditionally-formed elite-consciousness grew a "conservative"-revolutionary dynamic to the disadvantage of the susceptible radical-democratic constitutional consensus.

Die areopagitische Herrschaft und die Areopagiten

von F. X. RYAN

(Göttingen)

Seit langem ist es umstritten, ob der Areopag zwischen 479 und 462 v. Chr. mächtig gewesen ist oder nicht ⁽¹⁾. Diejenigen Historiker, die an der Geschichtlichkeit der Quellen über diesen Zeitraum gezweifelt haben, sind sich aber nicht darüber einig, wie die diesbezügliche Überlieferung entstanden ist, ob es sich etwa um eine einem politischen Zweck dienende Erfindung bzw. eine unbeabsichtigte falsche Deutung der damaligen Zustände handele ⁽²⁾. Allerdings spricht man richtiger von Historikern, die diese Meinung haben, als von denen, die ihre Ansicht mit

Dank schulde ich der Alexander von Humboldt-Stiftung wegen eines Forschungsstipendiums und Herrn Prof. M. OSTWALD für die Durchsicht.

1) Siehe R. W. WALLACE, *The Areopagos Council, to 307 B.C.*, Baltimore 1985, S. 248 A. 35, wo die Literatur der Frage angegeben ist.

2) Vgl. P. J. RHODES, «Journ. Hell. St.» 118, 1998, S. 237, der sich unlängst in einer Rezension äußerte: «Ath. Pol.'s powerful Areopagus before the reforms of Ephialtes has been conjured up, I suspect simply to explain why Ephialtes needed to reduce its powers, not to show that the Areopagus was powerful in the golden age of the early fifth century».

Argumenten gestützt haben. So hat CHAMBERS, der die areopagitische Kontrolle als historisch unecht betrachtet, sich darüber beklagt, daß die Behandlungen NIESES und BUSOLTS in der neueren Forschung «nur selten» zur Kenntnis genommen worden seien (3). Zieht man aber die Knappheit der erwähnten Besprechungen in Betracht, die zu dem Zeitpunkt, als CHAMBERS sich beschwerte, schon beinahe ein Jahrhundert alt waren, so stellt sich vielmehr die Frage, warum keiner der so gesinnten Historiker eine hinreichende Verteidigung der These übernommen hat. Daß die bisherigen Verneinungen dem wichtigen Gegenstand nicht gerecht werden, wird niemand bestreiten, und daß es einer Begründung für die Ablehnung bedarf, ist nicht zu leugnen, denn der Angriff des Ephialtes auf den Areopag wird durch diese These fast unverständlich gemacht. Der Einwand von WALLACE, der die Herrschaft des Areopags als Tatsache hinnahm, leuchtet ein: «I find it hard to believe that Ephialtes would have initiated his reform simply because the Areopagos, quiescent since Solon, had de jure certain constitutional powers that could possibly be exercised in a way inconsistent with popular rule» (4).

Für die Untermauerung der Geschichtlichkeit der Areopagitenherrschaft reichen ebenfalls die bislang vorgebrachten

3) M. CHAMBERS, *Aristoteles: Staat der Athener*, Berlin 1990, S. 248, mit Verweis auf B. NIESE, *Über Aristoteles' Geschichte der athenischen Verfassung*, «Hist. Zeitschr.» 69, 1892, S. 65, und G. BUSOLT, *Griechische Geschichte*, Gotha 1897, III.1, S. 27 A. 2.

4) WALLACE, *op. cit.*, S. 82.

Argumente nicht aus (5). Der Anlaß zur Herrschaft des Areopags soll die erfolgreiche Besorgung des Geldes für die Bemanning der Flotte, die den Sieg bei Salamis ermöglichte, gewesen sein (*Ath. Pol.* 23,1). CHAMBERS stellte fest: «Wenn diese Geschichte gut bezeugt wäre, unterstützte sie vielleicht Aristoteles' Darstellung» (6). Diese Aussage setzt eine gegenseitige Unabhängigkeit von Ursache und Wirkung voraus, die WALLACE seinerseits angenommen und sogar betont hat: «The historicity of a period of Areopagite domination after 479 is not affected by the discredited Salamis story (which may have been invented to explain it)» (7). Dem Historiker, der an die Geschichtlichkeit des Zeitraums der Areopagitenherrschaft glaubt, steht frei, ein Ereignis abzulehnen und dessen Folge anzunehmen, doch wird er sich bemühen, wenn er seine Kollegen überzeugen will, den vermeintlichen Anlaß durch einen glaubwürdigeren zu ersetzen. OSTWALD scheint unlängst diese Geschichte zum ersten Mal verständlich gemacht zu haben: Die Empfänger des Geldes seien nicht Seeleute, die danach an der Schlacht teilnahmen, sondern zu dieser Zeit in Athen anwesende

5) Argumente für die Geschichtlichkeit des Zeitraums hat zuletzt M. OSTWALD vorgebracht: *The Areopagus in the Ἀθηναίων Πολιτεία*, in: M. PIÉRART, *Aristote et Athènes*, Paris 1993, S. 139-53. Hinsichtlich der Einstellung von einer im 4. Jahrhundert entstehenden, tendenziösen Erfindung äußert er sich (S. 141) zutreffend: "The reality of a nostalgia of this sort does not automatically make the existence of such a period and its duration for seventeen years a figment of fourth-century imagination".

6) CHAMBERS, *op. cit.*, S. 248.

7) WALLACE, *op. cit.*, S. 78.

Männer, die die Räumung der Stadt und die Rettung deren Bewohner – Frauen und Kinder – durchführten, gewesen (8).

Die bisherigen Versuche, die Geschichtlichkeit der Areopagitenherrschaft zu stützen, haben eher eine Antwort auf die Frage danach gegeben, wie der Areopag die Herrschaft des Staates ausgeübt hat, als auf die Frage danach, warum der Areopag erst im Jahre 479 an die Herrschaft gelangt ist. Der Unterschied ist nicht als eine Kleinigkeit anzusehen. Der zu untersuchende Text wirft nicht die Frage auf, ob der Areopag je an der Macht war, sondern die eindeutige Frage, ob der Areopag um 479 zur Macht gekommen ist und danach etwa siebzehn Jahre lang (*Ath. Pol.* 25,1: ἔτη...ἑπτακαίδεκα) mächtig gewesen ist. Dementsprechend hilft die Überlegung nicht weiter, daß der Areopag von «sa propre stabilité» profitiert habe bzw. die einzige Institution gewesen sei, der «ein starker und kontinuierlicher politischer Wille» zuzuschreiben sei (9). Letzten Endes ist es nicht notwendig, die Möglichkeit dieser Herrschaft zu bejahen, denn ausgerechnet diejenigen, die die Geschichtlichkeit der Areopagitenherrschaft zurückweisen, sind zur Behauptung gezwungen, daß der Areopag eigenständig durch die von Ephialtes weggenommenen Funktionen die Herrschaft hätte an sich reißen können. Diese Erklärungsversuche achten nicht auf die Chronologie und versagen, da sie nicht verständlich machen, warum ein seit 594 aus

8) OSTWALD, *op. cit.*, S. 142-43.

9) O. DE BRUYN, *La compétence de l'Aréopage en matière de procès publics*, Stuttgart 1995, S. 95; J. BLEICKEN, *Die athenische Demokratie*, Paderborn 1994², S. 43.

ehemaligen Archonten bestehender Rat erst im Jahre 479 an Gewicht gewonnen hat.

WALLACE hat richtig erkannt, daß das Problem auch unter chronologischem Aspekt zu betrachten ist, und vermutet: «If we assume that any political body, if it is to be effective, must have effective leaders, it is reasonable to attribute the Areopagos' new success to the skill of its leaders in forging consensus. This might more easily happen in a situation where an increasingly large number of Areopagites were not themselves professional politicians seeking their own power and influence»⁽¹⁰⁾. Was die Anhänger anbelangt, so ist es einzuwenden, daß laut diesem Argument der Rat mehr und dessen Mitglieder gleichzeitig weniger wichtig geworden sind. Was die Führer anbetrifft, so erhebt sich die Frage, woher plötzlich diese neuen Fähigkeiten kamen. Mit anderen Worten: Die Frage nach der Ursache der Herrschaft des Areopags ist lediglich durch die Frage nach den Gründen für die Geschicklichkeit der Areopagiten ersetzt worden. OSTWALD hat die chronologische Schwierigkeit überwinden können, indem er die Beteiligung des Areopags am Sieg von Salamis verteidigt hat: Der Areopag sei mächtig nach 479 durch "a residue of judicial powers" deswegen geworden, weil er "prestige and goodwill ... by its decisive action on the eve of Salamis" gewonnen habe⁽¹¹⁾.

10) WALLACE, *op. cit.*, S. 83.

11) OSTWALD, *op. cit.*, S. 153.

Der Verfasser dieser Zeilen hat bereits erklärt, wie seiner Auffassung nach der Rat auf dem Areopag an die Macht gebracht worden ist: Die Archonten, die gleichsam designierte Areopagiten waren, hätten durch den offenbar ihnen gehörenden Vorsitz bei Sitzungen des Rats und der Volksversammlung eine von ihren zukünftigen Kollegen im Areopag betriebene Politik verwirklichen können. Es mag wohl daher kein Zufall sein, daß die Areopagitenherrschaft zu dem Zeitpunkt aufgehört haben soll, als der Vorsitz der Archonten dem der Prytaneis gewichen zu sein scheint ⁽¹²⁾. Setzen wir einmal voraus, daß der Areopag auf diese Weise die Macht ausübte, bleibt festzustellen, wieso denn der Areopag erst im Jahre 479 an die Macht kam, denn die Archonten werden seit eh und je den Vorsitz des Rats und der Volksversammlung gehabt haben.

Keine Einigkeit herrscht in der Forschung über das durchschnittliche Alter der amtierenden Archonten ⁽¹³⁾, weswegen keine Einigkeit darüber herrscht, wie groß die Zahl der Mitglieder des Areopags war. WALLACE meinte, der Areopag werde ungefähr 225 Mitglieder gezählt haben: «If the average age of the archons was mid-30s, and if the average life expectancy (for men who reached that age) was (a total of) 60 years, 25 times 9 would yield an Areopagos consisting of somewhat

12) *Areopagite Domination and Prytanies*, «Ant. Class.» 63, 1994, S. 251-52.

13) Vgl. W. G. FORREST - D. L. STOCKTON, *The Athenian Archons: A Note*, «Historia» 36, 1987, S. 236.

more than 200 men, with an average age of c. 47.5 years» (14). Nichts zwingt uns zu glauben, daß das durchschnittliche Alter der Archonten immer dasselbe war, etwa nicht anders zu Solons Zeiten als in der Zeit des Aristoteles. Daß das Durchschnittsalter der Archonten bei ihrem Antritt im Laufe der Zeit niedriger geworden ist, nicht in einer nach und nach geschehenden, sondern zwei Stufen nehmenden Entwicklung, scheint der gesunde Menschenverstand zu erfordern. Sowohl die Entstehung des neuen Kollegiums der zehn Strategen im Jahre 501 als auch die Einführung eines neuen Wahlmodus für Archonten im Jahre 487 werden das Archontat entwertet haben (15). Es wäre nicht verwunderlich, wenn das Durchschnittsalter der neun Archonten zum ersten Mal 501 und zum zweiten Mal 487, der ursprünglichen bzw. späteren Entwertung entsprechend, gefallen wäre.

Wäre vor dem Jahre 501 die durchschnittliche Areopagiten-dienstperiode 20 Jahre lang gewesen und hätte sie nach diesem Jahre 25 Jahre lang gedauert – dank einer fünfjährigen Sinkung im Antrittsalter der Archonten –, hätte sich die Anzahl der Mitglieder des Areopags zwar vermehrt, aber die Vergrößerung wäre erst dann spürbar gewesen, nachdem 20 Jahre vergangen wären – d.h., um das Jahr 479, als die Areopagitenherrschaft begonnen haben soll. Ist wieder um das Jahr 487 das

14) WALLACE, *op. cit.*, S. 96-97.

15) Auch die zweite, hier erwähnte Reform wird die Entwertung des Archontats vorangetrieben, nicht lediglich sie widerspiegelt haben. Vgl. BLEICKEN, *op. cit.*, S. 41: «Noch in den neunziger und frühen achtziger Jahren war der Kampf um politischen Einfluß mit dem Kampf um das Archontat verbunden gewesen, und wir finden deswegen unter den Archonten dieser Zeit bekannte Namen...; nach 487/86 änderte sich das».

Durchschnittsalter der Archonten um fünf Jahre gesunken, so daß der Areopagendienstabschnitt erneut um fünf Jahre erhöht wurde – von etwa 25 bis zu 30 Jahren –, hätte sich die Anzahl der Mitglieder des Areopags noch einmal vermehrt, und diesmal wäre die Vergrößerung erst nach 25 Jahren spürbar gewesen ⁽¹⁶⁾ – d.h., um das Jahr 462, als die Areopagitenherrschaft eingestellt worden sein soll. Vielleicht hat Ephialtes die zweite Vermehrung der Zahl der Areopagosmitglieder im Keim erstickt.

Wie dem auch sei, die Areopagiten des Jahres 462 müssen so zahlreich wie nie zuvor gewesen sein, auch wenn sie ihre erwartete Maximalzahl noch nicht erreicht hatten. Hinzu kommt, daß die Areopagiten des Jahres 462 so jung wie nie zuvor gewesen sein müssen ⁽¹⁷⁾, dementsprechend wären sie so kräftig – gesund und stark – wie nie zuvor gewesen. Die Areopagiten waren in der besagten Zeitspanne in größerer Zahl vorhanden, dazu im geringeren Alter vorhanden als je zuvor. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob der Areopag der Anwesenheit seiner

16) Stellen die Archonten d. J. 487 die letzten von den 25 Jahre lang fungierenden Areopagiten dar, dürfen sie von Anfang 486 bis Ende 462 ihre Areopagitenstellen besetzt haben und gegen Ende 462 gestorben sein, so daß die Anzahl der Areopagiten erst im Jahre 461 größer geworden wäre, als die Archonten d. J. 486 – die ersten von den 30 Jahre lang fungierenden Areopagiten – jenem Tod entkommen wären, der sie erst gegen Ende 456 geholt haben wird.

17) Vielleicht waren sie sogar jünger im J. 462 als später. Wenn der damalige Areopag aus denjenigen Männern bestanden hätte, die das Archontat im J. 486 bzw. danach mit 30 Jahren angetreten hätten, wäre das Durchschnittsalter der zwischen 31 und 55 Jahren alten Areopagiten 43 Jahre alt gewesen, nachdem aber noch fünf Jahre vergangen waren, wäre das Durchschnittsalter der jetzt zwischen 31 und 60 Jahren alten Areopagiten bis zu 45,5 Jahren gestiegen.

Mitglieder an Ort und Stelle seine Macht verdankte. Die Areopagiten hätten auf den Volksversammlungen sprechen, eigene Anträge einbringen bzw. fremde Anträge unterstützen können. Sie wären nicht alle beredt gewesen, sondern bereit zu reden. Die Areopagiten hätten vor einer zahlenmäßigen Kraft gestrotzt, die ihnen das Steuer des Volkes ermöglicht hätte.

Wie der Areopag «durch keinen förmlichen Beschluß» (*Ath. Pol.* 23,1: οὐδενὶ δόγματι) mächtig geworden ist, blieb bislang unerklärt¹⁸⁾. Vielleicht hat der Areopag die politische Lage nicht durch einen einzigen Beschluß beherrscht, sondern durch beinahe einen jeden. Die hier hervorgehobene (freilich vermutete) Zunahme der Anzahl der Areopagiten und deren hier unterstrichene (allerdings nicht nachgewiesene) Gesundheit scheinen sowohl dem Problem, warum sich die Areopagitenherrschaft nicht vor dem Jahr 479 entwickelt hatte, als auch dem Problem, wieso diese Herrschaft weder die Fassung eines neuen noch die Verletzung eines alten Beschlusses verlangt hat, beikommen zu können, und somit schwerwiegende Bedenken gegen die Historizität des Zeitraums zu zerstreuen.

18) Der Text sagt nichts von einem Verstoß und der Ausdruck scheint – anders als mit τὰ ἐπιθέτα (25,2) – eher auf die Machtübernahme als auf die Machtausübung Bezug zu nehmen.

¿Cómo contempla la ley a la sociedad, según Platón?

por Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE

(Universidad Complutense)

Summary

Las propuestas de Platón (Leyes V) acerca de lo que el Legislador deba definir como lícito o ilícito, requiere conocer cómo es la mente, los intereses y las inclinaciones de la sociedad regulada.

La conducta ejemplar, la persuasión y la coacción son los métodos graduales para alcanzar las virtudes sociales.

The Platon's sentences about the Legislator ought to define as just or unjust, implies to know the Platon's thought about the mind, the interests and the psychological tendencies of the society regulated.

The exemplar behaviour, the persuasion and the compulsion are the methods for performing the social virtues.

Tal vez Platón lo ha dicho todo, y todo ha sido escrito acerca de Platón. ¿No será presuntuosa y vana la ocurrencia de investigar algo que se halle inédito entre los estudios realizados acerca del maestro?

Efectivamente hasta la casi reciente gran obra del prof. Lisi acerca de Las Leyes, son centenares las profundas investigaciones de autores como VANHOUTE, LUCCIONI, MOREAU, POHLENZ, GUTHRIE, RAEDER, RITTER, A. E. TAYLOR y tantos otros tan conocidos como los mencionados.

El horizonte de aspectos del pensamiento de Platón estudiado es también completísimo: teorías acerca de la verdad, de la realidad, de la justicia, del hombre, de la naturaleza humana, de la ciudad, del arte retórico, de la ciencia política, de las ciencias teóricas y aplicadas, de la religión y de los dioses. Pocos aspectos de conocimiento dejaron de ser apuntados teóricamente por Platón, ofreciéndose a la implacable sistemática científica de Aristóteles.

Obviamente los temas de la ley y de la sociedad también fueron objeto del escudriñamiento crítico de Platón. En torno a ellos concurren las investigaciones más importantes del maestro: la retórica, la verdad, la justicia, la política contienen por ellas solas el porcentaje mayoritario de la reflexión platónica, sin que le sean ajenos los diálogos en que la amistad, el sacrificio y el amor a la patria constituyen su objeto central. Pero, tal vez, el punto básico en que se centra la preocupación de Platón, y que pudiera ser considerado el foco inquietante de su filosofía, habría de ser la conexión entre ley y sociedad. Precisamente la necesidad de la filosofía surge por la insuficiencia paidética de la ley, y los análisis de la condición humana se proyectan sobre la índole de una sociedad que requiere prosperidad, desde la razonable

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

comprensión del equilibrio de intereses y de las pautas institucionales para la concordia entre los humanos.

La estructura misma de la ley se hace compleja en Platón, abarcando mucho más que el haz coactivo, que en el formalizado derecho contemporáneo se distiende en sus momentos de coercibilidad y de ejecutoriedad; incluyendo también consideraciones fideístas y carismáticas, prolegómenos persuasores, amplísima cooperación de asambleas, expertos y jueces, complementariedad entre los razonamientos de los hombres más conscientes y las razones últimas de la supervivencia del grupo humano en su conjunto.

En todo ello, las expresiones de Platón parecen buscar posiciones abstractas y universales, pero siempre se conducen desde su experiencia concreta y localizada: cuando escribe su Carta VII; cuando elige los protagonistas para desarrollar las ideas en Gorgias; cuando lamenta la imposibilidad de una Atenas vuelta sobre sí y que habría que reconstruir en un ámbito nuevo; cuando detalla las cualidades que debe reunir un político; cuando plantea no sólo la constitución política, sino la regulación de las instituciones básicas (República, Político, Leyes, respectivamente).

La noción básica será la de “bien”. Pero un bien que, como más tarde puntualizará Aristóteles, no será solamente su idea, pues entonces toda elucidación quedaría en la inutilidad (Ética N. I, 6, 1096 b, 19-20). Pero tampoco se trataría sólo de un bien real, sino que también habrá de ser bien común, algo realmente conforme con el bienestar común, no con una idea aislada (Ética

N. I, 6, 1069 b, 24-25). En esa proyección donde Aristóteles buscaba prácticamente valores personales de cada uno, los logros más perfectos para los humanos como son la felicidad, el dominio de sí, la humanización a través de la propia empresa (τὸ ἔργον τοῦ ἀνθρώπου, Ética N. I, 7, 1098 a, 16-17); Platón se movía en un plano más amplio, que ahora calificaríamos de “social”, donde toda actividad del alma conforme a virtud alcanzaba ya una dimensión colectiva, no sólo individual.

Esa perspectiva platónica es la que permite entender qué entendía Platón por “sociedad”, y por ello cómo su proceso de realización podría ser encauzado mediante lo que el propio Platón entendía por “ley”. Pues los caracteres de ésta sólo podrían entenderse mediante la inteligencia de su misión en la colectividad existente, caracterizada histórica y concretamente por encima de regímenes, constituciones y momentos históricos.

Es en este plano donde la justicia puede ser tratada científicamente, como el mencionado Aristóteles exigía en su Retórica, no en previsión de casos aislados, sino en los casos comunes, y ello en los contextos (τόποι) análogamente comunes a todos (κοινοὶ ὁμοίως πάντων, 1355 a, 24). Por lo cual las leyes deben dictar reglas comunes, y no sólo para el tiempo presente sino también para el futuro (como resumirá el mismo Aristóteles, Retórica I, 1, 1354 a, 22).

Pero es ya momento de volver nuestra mirada hacia Platón.

Lo primero es examinar la naturaleza del territorio y el orden que las leyes deben establecer en el mismo. Pero la población estará dividida entre dos pretensiones: la de una existencia

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

meramente segura, y la de una existencia orientada hacia un vivir conforme a lo más honroso de que sea capaz (1). Mas la dificultad surge de que los primeros son más numerosos que los segundos. Si todos estuvieran de acuerdo en convivir según tradiciones comunes y valores coincidentes la ley tendría que fijarse en otro tipo de problemas (2). Lo que sucede es que la gente no participa del mismo espíritu ni se siente inclinada en esforzarse hacia objetivos comunes. Por ello el aspecto de la sociedad que la ley contempla es el de los valores preferenciales aunque sólo sean asumidos por una minoría (3).

Además la ley no alcanza a conocer la realidad social misma en cuanto que ésta es imprevisible: violencias, guerras, pobreza, insalubridad, falta de alimentos, sucesión de malas cosechas, el azar, hacen que la ley, cuya fuerza ya es de por sí insuficiente en circunstancias normales, se convierte en inadecuada y contradictoria con cualquier objetivo razonable si se la aplica desde su presunción racional propia (4). Sólo cierta capacidad de

1) Leyes IV, 707 d: ἀλλὰ γὰρ ἀποβλέποντες νῦν πρὸς πολιτείας ἀρετὴν, καὶ χώρας φύσιν σκοπούμεθα καὶ νόμων τάξιν, οὐ τὸ σῶζεσθαι τε καὶ εἶναι μόνον ἀνθρώποις τιμιώτατον ἡγούμενοι, καθάπερ οἱ πολλοί, τὸ δ' ὡς βελτίστους γίγνεσθαι τε καὶ εἶναι τοσοῦτον χρόνον ὅσον ἂν ὦσιν.

2) Leyes IV, 708 c: ταῦτ' οὖν πάντ' ἐστὶ τῇ μὲν ῥᾷ κατοικίζεσθαί τε καὶ νομοθετεῖσθαι, τῇ δὲ χαλεπώτερα. τὸ μὲν γὰρ εἶναι γένος ὁμόφρονον καὶ ὁμόνομον ἔχει τινὰ φιλίαν, κοινωνὸν ἱερῶν ὄν καὶ τῶν τοιούτων πάντων.

3) Leyes IV, 708 d: ἀλλ' ὄντως ἐστὶν νομοθεσία καὶ πόλεων οἰκισμοὶ πάντων τελεωτάτων πρὸς ἀρετὴν ἀνδρῶν.

4) Por ejemplo: μὴ θαυμάσωμεν δὲ εἰ πολλάκις ἤδη πορθυέμενοι ἄττα, εἰρήκαμεν ὅτι πρὸς ταῦτα δεῖ νομοθετεῖν βλέποντα τὸν νομοθέτην, τὰ δὲ προτεθέντα οὐ ταῦτ' ἡμῖν φαίνεται ἐκάστοτε.

entender esta complejidad permite que la ley sea útil: es el arte legislativo (5).

Por ello la ley tendrá que reconocer la complejidad de la realidad social, para que su rectitud capte lo preferible entre lo múltiple, apunte al acierto en la decisión, y se asiente proyectando sobre la totalidad real la común conveniencia en que los restantes bienes resulten integrados (6). La proyección efectiva habrá de consistir en habituaciones comunes, pero animadas por una ejemplaridad egregia (7) cuyos elementos aparecen en los ejemplos de los mejores.

La sociedad busca inconscientemente la salvación, y ello caracteriza las mentes de la mayoría de la gente. Pero observa Platón que sólo se puede alcanzar tal objetivo si se mantienen modos de vivir que esa misma gente no entiende que puedan ser necesarias para salvarse. Cómo esa misma gente se convenza de aquellas prácticas y de tal conexión necesaria, será el principal obstáculo que una ley deba superar (8).

5) Leyes IV, 709 c: Ὡς θεὸς μὲν πάντα, καὶ μετὰ θεοῦ τύχη καὶ καιρὸς, τὰνθρώπινα διακυβερνῶσι σύμπαντα. ἡμερώτερον μὴν τρίτον συγχωρῆσαι τούτοις δεῖν ἔπεσθαι τέχνην.

6) Leyes IV, 706 a: τοῦτον γὰρ δὴ τίθεσθαι τὸν νόμον ὀρθῶς ὑποτίθεμαι μόνον, ὃς ἂν δίκην τοξότου ἐκάστοτε στοχάζηται τούτου ὅτῳ ἂν συνεχῶς τούτων ἀεὶ καλόν τι συνέπηται μόνῳ, τὰ δὲ ἄλλα σύμπαντα παραλείπη, ἕαντε τις πλοῦτος ἕαντε ἄρα τι τῶν ἄλλων τῶν τοιούτων ὃν τυγχάνη ἄνευ τῶν προειρημένων.

7) Leyes IV, 706 d: ἔθη γὰρ πονηρὰ οὐδέποτε ἐθίξειν δεῖ, καὶ ταῦτα τὸ τῶν πολιτῶν βέλτιστον μέρος.

8) Este asunto viene desentrañado por Platón en varios lugares, entre los cuales tal vez sea el más significativo el de Leyes 713-714, cuyo texto viene ampliamente comentado en A. SÁNCHEZ DE LA TORRE *Un derecho sin violencia, el mito de Crono en "Leyes" de Platón*, sep. 1983.

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

Y en esa misma empresa aparece otra dificultad adicional: la que atrae lo más difícil y extenso del pensamiento platónico, y que origina el tipo de reflexiones en que consiste la filosofía política: la responsabilidad de los dirigentes sociales y de los legisladores y autoridades públicas, lo cual lleva consigo la dificultad para señalar a éstas dentro de la sociedad, y las perplejidades que presentan las diferentes maneras en que una sociedad llegue a organizarse a tal fin. Es el problema de los regímenes políticos y, por tanto, el núcleo de los temas objeto de la ciencia política.

Pero nuestro asunto permanece en el horizonte que hemos diseñado: la realidad social, sus componentes humanos en toda su complejidad, y cómo esta realidad pueda ser contemplada desde la estructura de la ley capaz de regularla de tal modo que la convivencia, la paz y la felicidad puedan ser objetivos asequibles o, al menos, imaginados, por quienes componen y se integran en esa realidad, magmática pero con sentido, que es la sociedad. El razonamiento de la ley debe “llevar consigo” las apetencias de cada uno (eso significa “lo conveniente”, τὸ συμφέρον), de tal modo que la justicia de la ley, enérgicamente establecida merced a la organización política y sus instituciones, esté marcada por su adecuación para la salvación común (σωφροσύνη, de σάος, o sea “salvo” y de φρήν, “mente”). En su último lugar Platón estimaba que los magistrados y legisladores deberían ser servidores de la

ley, precisamente porque esa actividad sería la que en última instancia permitiría a la ley realizar su objetivo: determinar la salvación de la ciudad si era la adecuada, o de su perdición en otro caso (9). La ley es “mente perspicaz”, a quien se aplicaría el epíteto de ἐμφρων.

Representa Platón a la sociedad de tal modo que cada uno de sus componentes estuviera pidiendo al legislador que les imparta su deber (10). Pero la estructura de la ley le impide contentar a todos: pues cada deber es incompatible con su contrario, y la ley debe seleccionar una de las alternativas relegando todas las demás que se hubieran imaginado (11).

Y ello se realizaría tratando a cada individuo miembro de la sociedad como persona enteramente libre, tan respetable y atendible como los demás. Pues se trataría de que la sociedad se considerase compuesta por libres, desde la libertad de todos. Por ello no puede la ley negar ni anular tal libertad. Ésta será la función de la razón que la ley contendrá en su propia

9) Leyes IV, 715 d: τὸς δ' ἄρχοντας λεγομένους νῦν ὑπέρετας τοῖς νόμοις ἐκάλεσα οὐτι καινοτομίας ὀνομάτων ἕνεκα, ἀλλ' ἡγοῦμαι παντὸς μᾶλλον εἶναι παρὰ τοῦτο σωτηρίαν τε πόλει καὶ τούναντίον.

10) Leyes IV, 719 a: Λέγωμεν δὴ τῷ νομοθέτῃ διαλεγόμενοι τόδε· «Εἰπέ ἡμῖν, ὦ νομοθέτα· εἶπερ ὅτι χρὴ πράττειν ἡμᾶς καὶ λέγειν εἰδείης, ἄρα οὐ δῆλον ὅτι καὶ ἂν εἴποις.»

11) Leyes IV, 719 d: τῷ δὲ νομοθέτῃ τοῦτο οὐκ ἔστι ποιεῖν ἐν τῷ νόμῳ δύο περὶ ἑνός, ἀλλὰ ἓνα περὶ ἑνός ἀεὶ δεῖ λόγον ἀποφαίνεσθαι.

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

metodología, y no solamente en sus presupuestos. Ambas dimensiones son acogidas en la ley platónica (12).

La ley, por tanto, deberá ser entendida desde sus fundamentos naturales (κατὰ φύσιν). Tan “natural” es la esperanza de salvaguarda de la ciudad, como la libertad de cada individuo. Ambos datos han de ser albergados en su conexión. Y ésta es la racionalidad de la ley resultante de aquellos (13), cuando se los considera como factores básicos a partir de los cuales (κατὰ ἀρχήν), y en su estructura propia (κατὰ φύσιν, 720 d), pueden ser aprendidos por la gente libre.

Esta aproximación racional tiene índole legal, aunque de manera distinta. Los prolegómenos que el instrumento tañe de la melodía que va a ser entonada pertenecen al νόμος tanto como la propia ejecución incoada por aquellos. El νόμος de la ciudad puede darse también incluyendo esas notas ilustrativas de donde fluirá espontáneamente, y casi como secuencia necesaria, el argumento de la imposición legal. Este “proemio” no había sido estimado por ningún legislador que Platón hubiera conocido, y por ello se lo hubiera considerado como ajeno a la naturaleza de la ley, pero su complementación al dictado legal le resulta ser prácticamente necesario, dado que suscita la reflexión racional

12) Leyes IV, 720 b: καὶ θεωρίαν καὶ κατὰ ἐμπειρίαν τὴν τέχνην κτῶναι, κατὰ φύσιν ... καθάπερ οἱ ἐλεύθεροι αὐτοὶ τε μεμαθήκασιν οὕτω τοὺς τε αὐτῶν διδάσκουσι παίδας.

13) Esta construcción platónica debería ser tenida en cuenta cuando se trate de entender las *rationes seminales*: características del pensamiento de la *Stoa*, como la doctrina tomista de los *prima praecepta legis naturalis*. La mención que Platón realiza, Leyes 721 a, a la familia como célula primordial de la realidad social, acredita estas conexiones.

integrada desde la libertad del pensamiento de cada ciudadano, respecto a la cual adquiriera función suasoria. Gracias a ello la conminación del texto legal dejará de ser mera violencia.

Pero la cualidad más importante que debe contener la proyección de los deberes que la ley impone habrá de ser la exactitud con que la ley enfoque la realidad social regulada por ella, y su negación radical sería por ello el desconocimiento de los asuntos humanos (14). Estos, a su vez, vienen condicionados por el orden natural de los bienes humanos, que para Platón se integran a partir de sus cualidades espirituales, o sea, del alma. Pues el alma se engrandece por el bien hacer cuya ganancia es el honor, cualidad que acerca la realidad humana a la divina, y que consigue fermentar lo mejor que hay en la naturaleza humana transformándola hacia el bien (15).

Promover esta incitación hacia lo mejor será la tarea de la ley, pero haberlo entendido será previa tarea del legislador. Éste requiere dos modalidades o dimensiones del conocimiento, tal como se pregunta en Apología (20 a-b): “¿Quién hay entendido en la ciencia humana y ciudadana? Pues la realidad social ostenta ambos caracteres: el de la naturaleza humana y el de su contexto

14) Leyes IV, 688 c-d: τῆ λοιπῇ δὲ πάσῃ κακία διεφθαρμένα, καὶ μάλιστα τῆ περὶ τὰ μέγιστα τῶν ἀνθρωπίνων πραγμάτων ἀμαθία. ταῦτ' οὖν ὡς οὕτω γέγονε περὶ τὰ τότε, καὶ νῦν, εἴ που, γίγνεται, καὶ ἐς τὸν ἔπειτα χρόνον οὐκ ἄλλως συμβήσεται, εἰάν βούλησθε, πειράσομαι ἰῶν κατὰ τὸν ἔξης λόγον ἀνευρίσκειν τε καὶ ὑμῖν δηλοῦν κατὰ δύναμιν ὡς οὖσιν φίλοις.

15) Leyes V, 726 a: Θεῖον γὰρ ἀγαθὸν που τιμῆ, τῶν δὲ κακῶν οὐδὲν τίμιον, ὃ δ' ἡγούμενος ἢ τισι λόγοις ἢ δώροις αὐτὴν αὔξειν ἢ τισιν ὑπείξεσιν μηδὲν βελτίω δὲ ἐκ χείρονος αὐτὴν ἀπεργαζόμενος, τιμῶν μὲν δοκεῖ, δρᾶ δὲ τοῦτο οὐδαμῶς.

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

organizado donde tenga algún sentido una previsión cualquiera. De aquí la grandiosa construcción platónica en República, cuando establece que la filosofía lleva a conocimiento racional la verdadera ciencia del político: la justicia como criterio instrumental, y la prosperidad de la ciudad como criterio finalista. Ciencia que, por cierto, es inasequible para el pueblo en su conjunto (República VI, 494 a). De ahí que para Platón sea la Aristocracia la mejor forma de gobierno entre las usuales (República VIII, 544 c), mientras que la Democracia tenga en su contra una imposibilidad real de que pueda alcanzar tanto justicia como bienestar comunes (República III, 430 e), y por ello la situación angustiosa y casi desesperada de la sociedad civil requiere la búsqueda de nuevos recursos que permitan restaurar su salud (República V, 473 b), de tal modo que el hombre del común pueda ser regenerado mediante el cultivo de los instrumentos cívicos del “honor” (16).

Aparece así una cierta continuidad entre la impulsión superior hacia el bien civil, y las imposiciones legales de los magistrados y legisladores. Se da también, como en el propio individuo humano donde se jerarquizan los bienes espirituales y los corporales, y ambos sobre los externos, una gradación de bienes colectivos, donde los fundamentos necesarios requieren también reconocimiento: pues no han de ser sustituidos ni anulados, sino promovidos y sublimados. Las “leyes propias de la ciudad” son,

¹⁶⁾ Esta regeneración ciudadana (República VIII, 559 e ss.) conduciría a un sistema de gobierno inspirado por el honor (República VIII, 574 e- 548 a, o sea, la τιμοκρατία).

en este aspecto, “añadidos”, ἐπίθετα (expresión del Fragmento de Antifonte que menciona Platón) a las leyes naturales del “estado de naturaleza”, sin las cuales la moral ciudadana y las instituciones políticas se derrumbarían. Desde el modo en que la gente común imagina las normas a que se atiene (momento de la εἰκασία) y en que cree (πίστις), se configuran diversas opiniones sobre el modo de generalizar conductas beneficiosas (δόξαι), cuya fundamentación en razones es examinada aguda y críticamente (ἐπιστήμη) por la mente más lúcida posible (νοῦς, νόησις). Este proceso es el que ha de seguir la ley que quiera acertar: conocer la realidad que intenta regular (República 511 d), cubriendo los requisitos que en su teoría de la ciencia detalla, precisamente con este objetivo, el maestro Platón.

Desde la verdad se plantea la posibilidad pragmática del bien (República VI, 509 a) cuya contemplación no es asequible por todos (República VI, 519 c ss.), pero sí su imitación (República III, 395 c). Por ello no es la voluntad de los gobernantes lo que puede determinar la esencia de la ley, aunque ésta tenga caracteres decididos por ellos (τι βουλευτικόν), sino el hecho de que los gobernantes sean “perfectos”, “guardianes perfectos” (República III, 414 b, y IV, 428 d), cuya cualidad esencial debe ser la de distinguir entre los amigos y los enemigos del bienestar común, así como la de comunicar a las gentes comunes los fundamentos y conclusiones de su saber (República VI, 509 d ss., y 514 ss.), sin sustituirlos ni falsearlos mediante el uso de grandes consignas verbales: “justicia”, “bien”, “verdad”, antes bien, ofreciendo abiertamente los elementos reales que pueden ser entendidos para

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

confrontarlos y conectarlos entre sí (República VII, 538 d-e, y 539 a ss.) mediante el arte dialéctico.

Sin embargo, la actitud dolida e inconforme de Platón respecto a la eficacia de la ciencia aplicada a la justicia, es que la mayor parte de las gentes sólo alcanza a asentir a imitaciones. No sólo en cuanto a la justicia, sino en el orden de cualquier otra virtud; donde la ciencia y el auténtico saber no alcanzan deberá alcanzar la “imitación”. Pero lo insatisfactorio de esta solución conduce a la insistencia platónica en el proceso educativo respecto a las virtudes mismas, o sea, a la παιδεία, en cuanto método de transformación de la vanidad y autocomplacencia de las mentes inmaduras de los niños y de los tentados por goces inmediatos, en mentes maduras, capaces de obtener buen conocimiento sobre el sentido de la experiencia propia, y de alentar propósitos de mejoramiento propio y colectivo, hasta convertir la convivencia en relación grata, concorde, amistosa y tranquilamente segura (República III, 410 c ss.), en una sociedad satisfecha.

La posición recíproca entre “niño” y “gobernante” se sustituye por la que habría entre “niño” y “educador”. Misión ésta que en República consiste en el “filósofo”, en Político en el “científico del arte de gobernar”, y en Leyes en la “constitución política”. Pero no es ésta quien asume las actitudes y virtudes del filósofo o del político, sino al revés: es la “ley” quien ofrece su modelo pragmático tanto al filósofo para conocer la verdadera justicia, como al político para buscar la auténtica felicidad

colectiva (17). Por ello es la “ley-razón” quien conoce a la “ciudad-sociedad”.

Dentro de esta conexión posicional: sabio-aprendiz, el saber acerca de la ciudad (Político 258 c) alcanza diversas denominaciones: “ciencia regia”, “ciencia primordial” (βασιλική, ἀρχῶν Político 259 a, 260 e). “Mandar sobre seres vivos” (Político, 261 e). “Ciencia de alimentar a los comunes” (Político 261 e, κοινοτροφική). “Ciencia de alimentar a los hombres” (Político 262, ἀνθρώπων...τροφή). “Pastor” (νομεύς, Político 267 e). “Pastor divino” (Político 275 c). Gobernante “impuesto por fuerza” o “aceptado voluntariamente” (Político 276 d, βίαιος, ἐκούσιος); y, dentro del Rey-gobernante aceptado por el común, el elegido con razones para ello (Político 276 e y 277 c, λέξει καὶ λόγῳ). Este último modelo de gobernante es quien resultaría capacitado para alcanzar una posición óptima en su relación

17) Leyes III, 693 b: εἶπομεν, ὡς ἄρα οὐ δεῖ μεγάλας ἀρχὰς οὐδ' αὖ ἀμείκτους νομοθετεῖν, διανοηθέντας τὸ τοιόνδε, ὅτι πόλιν ἐλευθέραν τε εἶναι δεῖ καὶ ἔμφρονα καὶ ἑαυτῇ φίλην, καὶ τὸν νομοθετοῦντα πρὸς ταῦτα βλέποντα δεῖ νομοθετεῖν.

El conocedor de los procesos sociales, incluyendo sus situaciones y sus transformaciones, por ser testigo de los acontecimientos, ἵστωρ es el hombre de la justicia, o sea, el “juez”. La metáfora del “tribunal de la historia” da aún cuenta de aquella remota implicación semántica. Lo mismo sucede con la actividad reflexiva del μέδων, “el que delibera”, “el que diagnostica”, cuyo significado original parece ser el de “determinar”, o sea, “mandar”. De la misma manera el λέγειν, o el λόγος del “razonar” se deriva de la previa actitud de “escoger”, cuya noción habrá de apoyarse en unos conocimientos previos, que son la capacidad de distinguir entre lo bueno y lo malo, categoría que, en el terreno en que se establece la actividad reguladora de la existencia colectiva, vendrá proporcionado por la categoría que anteriormente hemos visto que señalaba Platón como la alternativa básica del saber político: la de amigo-enemigo.

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

cooperadora con sus voluntarios subordinados. Pues se sentiría parecido por sus dotes naturales a los demás, y podría convertir su actividad productora de bienes colectivos en método de enseñanza para que pudieran entenderlo los propios gobernados (Político 275 c). Y el esfuerzo del gobernante por dar y recibir las razones de toda cosa (λόγον ἐκάστου δύνατον) se concretaría en el “arte de tejer”, metáfora paradigmática en que la complejidad social impone su ley, gracias al “arte de medir” alcanzado por la reflexión del gobernante-legislador (Político, 286 a; 283, πλεκτικῆς; 284, μετρητικῆς).

Imaginemos que estamos refiriéndonos, no ya al “legislador razonable”, sino a la “razón legislativa”. Se trata de una simple inflexión mediante la cual personificamos la ley, en lugar de abstraer al legislador. Se tratará de la “razón gobernante” (λόγος βασιλικός, Político 292 e), y la consideramos como “razón correcta entendida como gobernante unipersonal” (ὀρθή ἀρχή περὶ ἕνα τινα, Político 293 a), que los gobernantes aplicarán conforme a su arte, que los instala en la verdad indicada por la ley, y no sólo fiados en apariencias legalizadas (τούς ἄρχοντας ἀληθῶς ἐπιστήμονας, Político 293 d), capaces, mediante leyes, de hacer lo mejor para la ciudad (Político 293 d-e). Mas la propia ley tiene su propia superación en la mente que ella misma ha formado en los gobernantes. Hechos a su finalidad, pueden aplicar su sabiduría a mejorarlas (Político 294 a).

Por otro lado, la ley tiene límites propios. Si bien, añadida a sus fundamentos permanentes mediante consiguientes indicaciones, la ley jamás podrá entender la totalidad del contexto

en que actuará. En una posición que refleja ya las advertencias de la relatividad del conocimiento que modernamente ha sido aplicada por Bohr y Heisenberg, “la ley jamás podría comprender (περιλαβών) exactamente lo mejor y lo más justo, juntamente para todos, y establecer un imperio óptimo (το βέλτιστον ἐπιτάττειν, Político 294 b). Pues las diferencias entre unos hombres y otros, y entre unas actividades y otras, y el hecho de que nada tiene estabilidad entre las cosas humanas, no permiten que aparezca claramente en ninguna cosa un tratamiento válido para cualquier cosa en cualquier tiempo. Por ello una ley positiva, o sea “impuesta”, sin el previo arraigo en los fundamentos de la costumbre y en los valores preferenciales en el orden de la libertad humana solidaria con las demás, incurre en el grave defecto que Platón describe así: “Vemos a la ley como un hombre engreído e ignorante, que a nadie consiente hacer nada fuera de su ordenanza, ni que se le pregunte, ni aun cuando haya surgido alguna novedad sin precedente” (Político 294 c).

Esta puesta en su punto de la ley, atendiendo a su estructura como órgano racional, no impide a Platón contemplar la imposibilidad de un gobernante tan perfecto que fuera capaz de introducir permanentemente modificaciones o de sustituir o suplantar a la ley. Esa “constitución perfecta correcta” (Político 301 c-d) se personalizaría en un gobernante perfecto: digno de un gobierno tal, que quiere y puede actuar con virtud y ciencia, distribuyendo la justicia humana y la divina exactamente a todos y a cada uno: todo lo opuesto a ultrajar, matar, molestar a cada instante a quien aborrezca. Precisamente porque sería milagroso hallar un gobernante así, es preciso instalar una constitución

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

aplicable, imitadora de la óptima pero imposible, que acoja la concordancia de los intereses comunes y la ejemplifique en leyes escritas, capaces de recoger el aliento que aquella constitución imaginada como auténticamente verdadera no llegaba a instalar en la práctica (Político 301 e). Dentro de esta imperfección que el sistema legal representa se hallan los diversos regímenes a que se refiere Platón (en Político 302 ss.): monarquía, dividida en realeza y tiranía; aristocracia, bien la entendida como gobierno de los mejores o como oligarquía; democracia, en diversas modalidades. Algunos de estos regímenes asumen la supremacía de las leyes, y otros carecen de ellas o las manejan dependiendo de otros criterios.

¿Cómo llega, entonces, Platón, a enmarcar y situar el tipo de realidad jurídica que de suyo es la “ley”? Pues llega a un punto en que la perplejidad y la mera clasificación formal de diferentes situaciones de la ley dentro de cada régimen político, y de cada nivel de competencia de los gobernantes, vacía a la noción de “ley” de sustantividad y razón propia. Parecería tener razón el personaje Calicles cuando (Gorgias 986 c) acusa: “el filósofo habita en una casa vacía”.

Veamos cómo hace frente Platón a este desafío, en cuanto al problema de la “ley”.

En primer lugar, Platón encaja el fenómeno de regulación legal en un ámbito menos radical que la identificación poder-ley, para situarlo en una funcionalidad más cercana a la sociedad regulada, en lugar de ser un instrumento unilateral del gobernante. “La ley no debería establecer poderes grandes ni

tampoco absolutos" (18). Pues la ciudad tiene que estar libre, consciente de sí, amistosa consigo misma, de tal modo que el legislador tenga su mirada puesta en todas estas condiciones.

En segundo lugar, los fines que la ley tiene que atender no permanecen siempre idénticos en muchos de sus aspectos, y han de apreciar la plasticidad y los aspectos en que los objetivos permanentes se manifiestan (19).

En tercer lugar la legalidad ha de permitir el juego recíproco de una libertad razonable y de una solidaridad también razonable, dentro de la organización establecida (20). Mas también advierte seguidamente Platón que en ninguna ciudad conocida se ha alcanzado nunca la justa medida recíproca de estos dos valores.

La solución posible ha de venir, por tanto, del incremento del factor racional contenido en la propia ley, de tal modo que sea capaz de infundir esa conciencia de libertad y solidaridad recíprocas: de tal modo que los ciudadanos vayan quedando libres de inconsciencia. Mas la manera de que la ley se adapte ella misma a tal función ha de provenir de que los sectores más lúcidos de la población vayan delante y sean principio activo de transformación (τὸν δε φρονούντα ἡγεῖσθαι καὶ ἄρχειν, Leyes III 690 b-c), de tal modo que sea la propia naturaleza de

18) V. n. 17.

19) Leyes III, 693 c: ἀλλὰ ἀναλογίζεσθαι χρή, ὅταν πρὸς τὸ σωφρονεῖν φῶμεν δεῖν βλέπειν, ἢ πρὸς φρόνησιν ἢ φιλίαν, ὡς ἔσθ' οὗτος ὁ σκοπὸς οὐχ ἕτερος ἀλλ' ὁ αὐτός, καὶ ἄλλα δὴ πολλὰ ἡμᾶς τοιαῦτα ἂν γίγνηται ῥήματα μὴ διαταραπέτω.

20) Leyes III, 693 d: δεῖ δὴ οὖν καὶ ἀναγκαῖον μεταλαβεῖν ἀμφοῖν τούτοις, εἴπερ ἐλευθερία τ' ἔσται καὶ φιλία φρονήσεως.

¿cómo contempla la ley a la sociedad, según Platón?

los humanos la que permita aceptar la ley sin violencia, al ser entendida en la experiencia de su racionalidad.

Más ¿cómo se impediría que surgieran también otros estímulos de la naturaleza humana, contrarios a esta racionalidad, como son los del odio hacia los mejores, que tantas veces alienta en el ánimo de los mezquinos?. Platón asigna esta capacidad de previsión de tales situaciones a la “medida” en que pueda haber superioridad política de unos sobre otros. Esta cualidad sólo se la reconoce a “grandes legisladores” cuyo nombre, sin embargo, no se atreve a mencionar (¡nunca ha habido tales!).

La virtud que albergaría tal capacidad de medida previsor de rupturas internas en la ciudad habría de ser la σωφροσύνη, o sea, la mentalización desde la perspectiva de la supervivencia de la ciudad (en castellano “templanza”, “automoderación”; en latín, temperantia, o sea, “auscultación sobre los signos de los tiempos”, “adaptación al curso de las cosas”, en una noción muy semejante, a su vez, al griego καιρός, “oportunidad”, “aprovechamiento de los vientos favorables y maniobra frente a los desfavorables”).

Sin σωφροσύνη no puede haber δίκη, “justicia”. Pues ésta “nace naturalmente” de aquella (21). Y si no se tomara como objeto de regulación al propio poder, sino a las condiciones de

21) Leyes III, 696 c- 700 a: Ἄλλὰ μὴν τό γε δίκαιον οὐ φύεται χωρὶς τοῦ σωφρονεῖν.

Ἔσται ταῦτα. οὐκ ἦν, ὦ φίλοι, ἡμῖν ἐπὶ τῶν παλαιῶν νόμων ὁ δῆμος τινῶν κύριος, ἀλλὰ τρόπον τινὰ ἐκὼν ἐδούλευε τοῖς νόμοις.

libertad y concordia de la ciudad entera, se estaría construyendo una convivencia basada en la estimación de sí mismo y de los demás (αἰδώς, “pudor”) y consiguientemente en el reconocimiento de la dignidad de las leyes comunes (Leyes III 698 b), y dentro de este sentimiento surgirá la solidaridad más amistosa. Incluso la angustia aparecida en circunstancias extremas suscitará una esperanza (ἐλπίς) capaz de superar las situaciones más adversas, suscitando nuevos recursos de fortaleza que defenderá la libertad común (Leyes III 699 c). Esta mentalidad presidió en el pasado la resistencia a la opresión y la conquista de la libertad (Leyes III 699 e). Para ser libre el pueblo ha de respetar el señorío de las leyes que reconocen el señorío del pueblo (22).

Mas ello implica ya gran desarrollo de la sabiduría racional de la gente. Y las multitudes están inducidas a gran cantidad de errores y falsedades que impiden llevar a término este aprendizaje de la sabiduría.

Véanse algunos de estos defectos (Leyes III 701 a ss.):

Transgresión del buen gusto en las manifestaciones artísticas;

Osadía de pensar que el capricho equivale a capacidad de valorar;

Manifestación vocinglera de aprobación o desaprobación en cuanto ve;

22) V. n.21

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

Sustitución de las acciones valiosas por el gusto de lo espectacular;

Opinión de que cualquiera lo sabe todo y puede decidir sobre todo;

Sustitución del ateniimiento a reglas por la total irresponsabilidad;

Pérdida del sentido del ridículo y del temor a la opinión entendida;

Desvergüenza desatada a partir del capricho propio de ignorantes;

Desvinculación de cualquier consideración hacia sí mismo y hacia los otros;

A partir de esta desvinculación (ἐλευθερία) no respetar jerarquías;

Despreciar cualquier advertencia o consejo de quienes más se preocupan por uno mismo (como son los propios padres y amigos);

El sentirse desvinculado de toda ley;

No atenerse a los juramentos y promesas prestados voluntariamente;

No pensar jamás que haya dioses (sobre cuyas rodillas está el destino...).

Tales son las características de la mayor parte de los habitantes de cada ciudad. Ésta es la sociedad cuya estructura y

condiciones debe conocer la ley, antes de imaginar el modo de conducirla hacia la virtud racional en que se asienten libertad y concordia. Sobre estas deficiencias habrá que “poner los cimientos de la ciudad”, mediante la razón de la ley (κατοικίξειν), o sea, mediante la primacía de la palabra (23).

Esas múltiples creencias de la multitud, acerca de las cosas y de sus valores, parecen girar en torno de lo real y de lo irreal, entre el ser y el no ser (24), entre lo opinable y lo no conocible.

Incluso pueden verse cosas que efectivamente son justas; pero no lo justo en sí, y por tanto no aparecen las razones por las cuales algo pueda parecer justo o injusto.

Cuando se trate de los jueces que hayan de aplicar leyes, éstas denotan ciertos moldes o tipos (τύποι) que enmarcan las decisiones (Leyes IX, 876 e). Esta aplicación sería justa. Pero la justicia misma como prototipo o paradigma se establece más allá aún de las leyes, puesto que se concretará en la forma de la acción que condense en sí misma la realización de todas las virtudes: la justicia junto con la sabiduría, la prudencia, la fuerza y la medida, tal como Teognis pensaba –y recoge Platón, Leyes I, 630 c-: la lealtad cuando peligra la supervivencia de la ciudad (πιστότης ἐν τοῖς δεινοῖς). Es toda la amplitud de la virtud la que tiene que ser considerada, y no sólo los niveles inferiores, ni los

23) Leyes III, 702 d: Κάλλιστ' εἰρήκατον. ἀτὰρ πειρώμεθα λόγῳ πρῶτον κατοικίξειν τὴν πόλιν.

24) República V, 479 d: Ἡπήκαμεν ἄρα, ὡς ἔοικεν, ὅτι τὰ τῶν πολλῶν πολλὰ νόμιμα καλοῦ τε περί καὶ τῶν ἄλλων μεταξύ που κυλινδεῖται τοῦ τε μὴ ὄντος καὶ τοῦ ὄντος εἰλικρινῶς.

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

aspectos aislados de la misma, ni los determinados por la influencia prevalente en un momento determinado o desde la hegemonía de una institución concreta. Sólo la idea del “bien” parece capaz, según Platón, de constituirse como referencia del contenido paradigmático de la “ley” (República VI, 508 d). Es cuando escribe que sólo al buen orden y concierto del alma se le da el nombre de normal y legal, para que nazca la justicia en las almas y salga de ellas la injusticia (Gorgias 504 d), y, al admitir la moderación y la justicia, la ciudad deje de estar hinchada y corrompida (Gorgias 518 e).

Ello requiere que la órbita de la ley esté vibrante de autenticidad, veracidad y claridad, dejando fuera falsificaciones, mentiras y trampas (κιβδηλεία, ψεῦδος, ἀπάτης. Leyes XI, 916 d).

Dentro de esa órbita de la ley están las leyes tradicionales no escritas, que son la vinculación de toda construcción civil ya implantada con lo que se haya de establecer en el futuro, protegiendo la convivencia de tal modo que sin ellas el edificio carecería de sustentación. Ninguna de estas modalidades de leyes podrían tenerse sin las otras (Leyes VII, 793 a-d), y constituyen la referencia, no sólo para las penas que han de sufrir los transgresores, sino también de los valores que han de orientar a quienes pretendan el bien (Leyes VII, 823 a).

Pero en el centro de esa órbita han de aparecer principios bien claros. El primero que otorgue sentido a todos los demás, será que nadie podrá estar bien, si hace injusticia a otros, o es

maltratado por otros (25). Tanto para un objetivo como para el otro requerirá fortaleza, prudencia y sentido de la medida, pero también la referencia de leyes que determinen paradigmas atentos a las cosas en general aunque no alcancen en particular a cada una de ellas: porque los actos son incontables y enteramente diferentes unos de otros, y su valoración como justos o injustos es tan difícil que habrá que recurrir a los jueces que tengan criterios para ello, de tal modo que ninguna ley ni ordenación sea superior al conocimiento del bien, pues la inteligencia no ha de estar sometida a otros, dado que es libre por naturaleza (Leyes IX). La persuasión es un procedimiento en que se propone conocer algo que el otro podrá aceptar o no. Por ello las leyes que se ofrecen instrumentadas por mecanismos de persuasión no niegan la inteligencia ni la libertad de nadie, sino que la confirman, una vez que ambos pretendan descubrir cuál será el mayor bien para la ciudad (26). Hacer las cosas conformes a reglas y leyes será el mejor procedimiento para actuar bien, mientras que no atenerse a modelos produce más discordancias y perjuicios que bienes (Leyes VI, 780 d), pues sin organización se

25) Leyes VIII, 829 a: τοῖς δὲ εὐδαιμόνως ζῶσιν ὑπάρχειν ἀνάγκη πρῶτον τὸ μὴθ' ἑαυτοὺς ἀδικεῖν μήτε ὑφ' ἑτέρων αὐτοὺς ἀδικεῖσθαι. τοῦτοι δὲ τὸ μὲν οὐ πάνυ χαλεπὸν, τοῦ δὲ μὴ ἀδικεῖσθαι κτήσασθαι δύναμιν παγχάλεπον, καὶ οὐκ ἔστιν αὐτὸ τελέως σχεῖν ἄλλως ἢ τελέως γενόμενον ἀγαθόν·

26) Leyes II, 664 a: καίτοι μέγα γ' ἔστι νομοθέτη παράδειγμα τοῦ πείσειν ὅτι ἂν ἐπιχειρῇ τις πείθειν τὰς τῶν νέων ψυχὰς ὥστε οὐδὲν ἄλλο αὐτὸν δεῖ σκοποῦντα ἀνευρίσκειν ἢ τί πείσας μέγιστον ἀγαθὸν ἐργάσαιτο ἂν πόλιν, τούτου δὲ περὶ πᾶσαν μηχανὴν εὕρισκειν ὄντινά ποτε τρόπον ἢ τοιαύτη συνοικία πᾶσα περὶ τούτων ἔν καὶ ταῦτόν ὅτι μάλιστα φθέγγοιτ' αἰεὶ διὰ βίου παντὸς ἔν τε ὤδαις καὶ μύθοις καὶ λόγοις.

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

frustran muchas actividades. La ley ha de inspirar, por ello, confianza para seguirla, pero también temor de infringirla. El ánimo de los hombres se ve tentado por muchos hilos que tiran de él, en direcciones opuestas. Es preciso que la conducción del raciocinio venga representada por la ley general de la ciudad (27).

Sentir miedo a quebrantar la ley no es vergonzoso ni indigno de quien reconoce en la ley una manera de obrar bien (*αἰσχύνη*, “miedo a la ley”), por ello en nada daña a la libertad ni al honor. Por el contrario, ayuda a vencer al mayor enemigo que tiene dentro de sí el hombre, que es la tendencia a quererle a sí mismo hasta el punto de perdonarse todo y de permitirse cualquier cosa, despreciando el saber verdadero y a los demás humanos (Leyes V, 731 e), e incapacitándose para mejorar en nada de lo referente al honor (28). ¿Cómo una persona así va a evitar la tentación de la codicia respecto lo ajeno, o del exceso respecto a lo propio (29)?

27) Leyes I, 644 e- 645 a: μιᾷ γάρ φησιν ὁ λόγος δεῖν τῶν ἔλξεων συνεπόμενον αἰεὶ καὶ μηδαμῆ ἀπολεπόμενον ἐκείνης, ἀνθέλκειν τοῖς ἄλλοις νεύροις ἕκαστον, ταύτην δ' εἶναι τὴν τοῦ λογισμοῦ ἀγωγὴν χρυσὴν καὶ ἱεράν, τῆς πόλεως κοινὸν νόμον ἐπικαλουμένην.

28) Leyes V, 734 c: τιμὴ δ' ἐστὶν ἡμῖν, ὡς τὸ ὅλον εἰπεῖν, τοῖς μὲν ἀμείνοσιν ἔπεσθαι, τὰ δὲ χείρονα, γενέσθαι δὲ βελτίω δυνατά, τοῦτ' αὐτὸ ὡς ἄριστα ἀποτελεῖν.

29) Leyes V, 736 d-e: τῶν κινούτων αἰεὶ κεκτημένων μὲν αὐτῶν γῆν ἄφθορον ὑπάρχειν, κεκτημένων δὲ καὶ ὀφειλέτας αὐτοῖς πολλοὺς ἐθελόντων τε τούτων πῆ τοῖς ἀπορουμένοις δι' ἐπιείκειαν κοινωεῖν, τὰ μὲν ἀφιέντας, τὰ δὲ νεμομένους, ἀμῆ γέ πῃ τῆς μετριότητος ἐχομένους καὶ πενίαν ἠγομένους εἶναι μὴ τὸ τὴν οὐσίαν ἐλάττω ποιεῖν ἀλλὰ τὸ τὴν ἀπληστίαν πλείω. Σωτηρίας τε γὰρ ἀρχὴ μεγίστη πόλεως αὕτη γίγνεται, καὶ ἐπὶ ταύτης οἶον κρηπίδος μονίμου ἐποικοδομεῖν δυνατὸν ὄντινα ὅτινα ἂν ὕστερον ἐποικοδομῆ τις κόσμον πολιτικὸν προσήκοντα τῇ τοιαύτῃ καταστάσει.

El talento del legislador consistirá en mostrar el sentido común que cada ley necesita, suscitando la inteligencia sensible de los ciudadanos. Le sugiere Platón que actualice esta mentalidad preguntándose a sí mismo: “¿Qué es lo que pretendo?”; y luego examinar la mejor estrategia para alcanzar atinadamente su objetivo (Leyes V, 744 a), siempre entendiendo hacer a la ciudad lo más dichosa y mejor posible (Leyes V, 742 d). De este modo llegará a ser la ley ejemplo vivo de razonamiento profundo y convincente, al servicio del bien (Leyes I, 645 a). Ajustándose al ideal platónico sobre los ciudadanos atenienses, de ser buenos sin coacción, espontáneamente, como si les hubiera sido dado una gracia divina (Leyes I, 642 c-d).

Lo que sucede, sin embargo, es que los humanos están desde su nacimiento sujetos por toda suerte de reglas que los suelen tener atados de tal modo que no pueden ni andar por sí mismos ni volver su atención a la totalidad del horizonte que los rodea: sólo hacia delante siguiendo el dedo de sus maestros y dueños, para que contemplen frente a sí sombras de movimientos y de cosas que les son proyectadas sin que adviertan su origen y realidad. Sólo ven las imágenes que las leyes les configuran: tipos de conducta, paradigmas para la acción. No tendrán noción de que haya otra realidad sino sólo los garabatos y perfiles legales que les ponen delante que no son más que mera apariencia sin que conozcan los objetivos, autores, procedimientos y forma de proyectarles el texto legal, ni que se les permita preguntarse a sí mismos sobre tales cosas.

¿ cómo contempla la ley a la sociedad, según platón ?

Es más: acostumbrados a percibir los relieves y cambios en las imágenes legales, la gente llega a acostumbrarse a ellas y a no inquirir jamás su razón, ni si sería mejor conocer las causas de todas ellas. Han adaptado su mente al juego inmediato, y rehusan saber más, ni lo necesitan.

Frente a la comodidad inmediata, Platón recurre al estímulo del saber.

A partir de las sombras y apariencias que está acostumbrado a manejar, habría de distinguir los perfiles de los actores, identificar sus actos, determinar el perfil de las cosas que hacen y de los intereses que manejan. Luego podría uno acostumbrarse a fijar la vista en algunas de las realidades de su entorno a que las leyes existentes ponen límites y sentido. Por último podría atreverse a examinar cara a cara cualquier norma refiriéndola a su objetivo, al bien que se sigue de ella, a la concordia que establece entre aquellos a quienes afecta, al bienestar que su acción proporciona a distintos hombres y al conjunto de sus conciudadanos. Ello sería, nada menos, que aplicar la filosofía a todo el mundo en que se halla presente la legalidad de la ciudad (República VII, 514-517).

En definitiva, la ley contempla a la sociedad como un conjunto de agrupaciones humanas, cuyos miembros son capaces de llegar a adquirir una libertad satisfactoria, susceptible de orientación y de acierto para quienes sean capaces de entender los mensajes de la realidad, con tal de afirmar su propia dignidad, discreción para atraer la cooperación de otros, justicia para ganar

ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE

su propia seguridad mediante el respeto a la libertad de los demás.

The Peace of Antalcidas and the Idea of the *koine eirene*.

A Panhellenic Peace Movement

by Katrin SCHMIDT
(*Universität Wien*)

I. PROLOGUE

A reflection on peace through historical review is not at all a new one. The historian Ferdinand NOLTE's preliminary remarks to the Peace of Antalcidas (1), written in 1923, are of immediate interest: "In this treatise", he says, "I am going to inquire into matters of peace in Greek history especially since the current development of European affairs has raised the question of a peaceful readjustment of the continent."

1) NOLTE F., *Die historisch - politischen Voraussetzungen des Königsfriedens von 386 v. Chr.*, Frankfurt 1936.

The first “multilateral” common peace treaty in history (2), between “all Greeks” and the Persian Greatking, has been recorded in bibliography as the King’s Peace or the Peace of Antalcidas (3), in honour of the Spartan intermediary. The treaty of 386 was not fully appreciated by contemporary authors (4) or by modern ones. Nevertheless, the very new Panhellenic philosophy of peace, the *koine eirene*, became an autonomous ideal via the treaty of the King’s Peace. The revolutionary new product of that era, cherished throughout Greek history, still merits our interest nowadays.

The term *koine eirene* (5) in the sense of a fixed and sustained status was intended to be valid for all Greeks and therefore indivisible in order to ensure that there was no choice but to live in peace. This movement was incited by the idealistic concept that everybody’s autonomy could also induce equality as regards power and danger potential.

2) RYDER T.T.B., *Koine eirene*, University of Hull 1965; QUASS F., *Der Königsfriede aus dem Jahre 387/6 v. Chr.*, *Historische Zeitschrift* 252 (1991) 40.

3) Xen., *Hell.* V 1, 36 “ ... τῆς ἐπ’ Ἀντιαλκίδου εἰρήνης καλουμένης...”

4) Plut., *Artox.* 21, 2 “ ... εἰ δεῖ τὴν τῆς Ἑλλάδος ὕβριν καὶ προδοσίαν εἰρήνην καλεῖν, ...”; “... if it’s possible to call this Greek arrogance and betrayal a peace ...”; Demosth. against Aristokrates XXIII 140 describes the Spartan conduct as “... αἰσχρὸν ...”; “ ... causing shame...”, and in his speech about the freedom of the Rhodians XV 29 he compares the “good“ treaty which his home city made with the Greatking to the “bad“ Spartan one.

5) κοινὴ εἰρήνη is translated as a general, common peace, which should be joined by everybody; And., *περὶ εἰρήνης* III. 17, 34 cf. the inscription of the Common Hellenic Peace of the year 362, IG IV 556 in Argos.

The idea of a common and general peace may seem commonplace today. But being the first in history it must be considered an epochmaking event within the scale of the antique world. Besides, the Peace of Antalcidas was the incentive for a wide range of peace treaties (6) in the years to come - as it was for a comprehensive common peace movement; unfortunately it found an obstacle in the then current circumstances, to quote words of Hermann BENGTON (7).

The main tasks of Ancient Greece in the 4th pre-Christian century bear a remarkable resemblance to those of contemporary European and International Law. Modern scholars tend to consider Ancient Greece a federal state rather than a confederation of states or, for want of a better definition, they paraphrase it as "federal sympolity (8)" without particularising. Thus they do not allow a direct comparison with the modern European question.

However, this apparent distinction between federal states and confederation of states is now becoming unsettled, not only in bibliography. Both concepts, when taken to their extremes, lead to similar sets of problems and, thus, to similar solutions. Any

6) The general Peace between all Greeks of 371 Xen., Hell. VI 3, 18. The general Hellenic Peace of 362/61 or the general Peace of Greece at the suggestion of the Delphic Amphictyons of the year 346 Diod., XVI 60, 3-4. Moreover several agreements refer back to the Peace of Antalcidas; the alliance of Athens und Chios of 384 "... ὤμοσεν βασιλεὺς καὶ Ἀθηναῖοι καὶ Λακεδαιμόνιοι καὶ οἱ ἄλλοι Ἕλληνας...".

7) BENGTON H., *Griechische Geschichte*, Handbuch der Altertumswissenschaften, III. 4, München 1977, 229.

8) SWOBODA H., *Die Griechischen Bünde und der Moderne Bundesstaat*, Prag 1915, 4 sq.

uniting faces the problem that a total is mostly nothing but the sum of its parts and cannot easily become a separate entity to form and define the total's interests independently of the interests of the parts.

II. SOURCES

Xenophon's Hellenika (V 1, 25 sqq) are the main source for inquiries into the peace of 386.

If we look closely at the parties to the King's Peace's our attention is inevitably drawn to the treaty's peculiarities. Although according autonomy and equality, the treaty belongs beyond any doubt to the category of unequal international treaties. Consequently, several scholars, considering it as unilateral, define it as a decree⁽⁹⁾ or rescript⁽¹⁰⁾ (without further detailing their respective legal nature and consequences) or they maintain that the treaty in question is no treaty at all. Don NOLTE already stressed the fact that from the Persian point of view a peace treaty requires the existence of a party other than any of the King's subjects.

9) SCALA v. R., *Staatsverträge des Alterthums* I, Leipzig 1898, 110.

10) JEHNE M., *Koine eirene*, Hermes 63 Stuttgart 1994, 37; cf. RYDER, *Koine eirene* 2; WILCKEN U. *Über Entstehung und Zweck des Königsfriedens* 16, Abhandlung der Preußischen Akad. d. Wiss., Phil.-hist. Klasse Nr. 15, Berlin 1942, comes to a compromise: The text referred by Xenophon formally represents a decree of the Persian Greatking but substantially corresponds to a condition of the Peace treaty. cf. SCALA, 114.

The possibility that the passage in the Hellenika concerning the peace treaty might refer to only an element of it gives rise to another problem. For instance, they might purely report its preamble, yet might neglect to mention more detailed material provisions; or they might present nothing but a basic or skeleton contract, which was to be followed by another to add material conditions ⁽¹¹⁾.

Though, for a sufficient contractual fixing of the parties' objectives there was no need for any further specification. In the historical context such a concise strategy of the Persian sovereign might seem probable; for the Spartan party the short wording of the treaty, deliberately restricted to the given text, might have been more convenient.

In comparison with modern international treaties the phrases reported in the Hellenika, may seem nothing but a preliminary decoration, and therefore, some argue ⁽¹²⁾, can not contain the material contents. But what are the characteristics of a peace treaty? It is not simply a matter of the material conditions, which aim to create peaceful circumstances. It is important to consider those points which are essential for a peace treaty, *id est* which declare the very intention to establish peace. For this purpose a rather simple wording would be sufficient.

11) RYDER, *Koine eirene*, 35.

12) cf. 9 and 10.

In fact, the historian Curtius' (13) judgement that this document is a landmark of diplomacy is perfectly true: although clear-cut, it left all in suspense. Diplomacy once more is exemplified as the art of saying what people expect to hear.

III. CONTRACTING PARTIES AND THEIR FORMER RELATIONS

In the decades preceding the King's Peace, the spheres of influence in Ancient Hellas were extremely fragile. The Persian empire grew more and more embarrassed by the strained situation in Egypt and Cyprus. Athens and Sparta in turn defected to its current enemies ignoring any agreement with the Greatking and, moreover, on the Greatking's side Greek mercenaries contributed to his successes.

Regarding the Persian-Greek relations of the time, Simon HORNBLLOWER (14) in the Ancient Cambridge History eloquently poses the question, whether Persians' aims had been fundamentally aggressive or whether Persia had been merely drawn involuntarily into Greek affairs.

In the course of history the *poleis* of Asia Minor had increasingly come into the sphere of Persian influence which, in

13) CURTIUS E., *Griechische Geschichte* III, Berlin 1889, 198.

14) HORNBLLOWER S., *Persia*, The Cambridge Ancient History, 1994, VI, 3, 51.

comparison to others, seemed quite acceptable. Once subjected and paying tributes to the Persian empire, there were no further inconvenient alterations to face ⁽¹⁵⁾.

Xerxes' attack against the Greek continent fomented for the first time the so-called "Asiatic question" in the Greek world. It was Spartan expertise to use the situation of her brothers in Asia as a pretext for her power policy. The fact that Sparta did not hesitate to betray the freedom of her Ionic brothers shortly afterwards proves that they were of no crucial interest to her.

Here, of course, it is difficult to perceive any comprehensive conception or Panhellenic ⁽¹⁶⁾ solidarity. But before casting judgement we should perhaps recall the separatistic tendencies and guerrilla policy in present and future Europe. The Panhellenic idea of the 4th pre-Christian century was probably confronted with very similar difficulties.

15) Herod., *Hist.* III, 89, confirming the quite good circumstances of living for the Greek inhabitants of Asia Minor.

16) DOBESCH G., *Der Panhellenische Gedanke im 4. Jh. v. Chr. und der "Philippos" des Isokrates*, Wien 1968, describes the term "panhellenic" as the all embracing, standing above all and therefore uniting aspects of "Being Greek", regarding language, religion, art and lifestyle.

IV. MAKING OF THE PEACE OF ANTALCIDAS

Sparta, once more trying to dictate history, sent her best man, the ambassador Antalcidas ⁽¹⁷⁾, who offered the Persians – lo and behold – land for peace by promising that Sparta would renounce her claim to Greek Asia.

According to Ralf URBAN ⁽¹⁸⁾, a German legal historian, a bilateral peace treaty between Sparta and the Greatking was the primary goal of the first negotiations to take place in 392 in Susa. It was only through later inclusion of the Corinthian War's ⁽¹⁹⁾ settlement into the contractual conditions, that the Persian requirements were satisfied by a Hellenic world which looked peaceful at first sight. Thus, formally the Peace of Antalcidas was supposed to settle the inner-Greek Corinthian War, whereby Artaxerxes II was enabled to secure both his retreat and free access to the Aegean sea.

Three generations after the legendary Salamis and Plataeae, Isocrates, the national political head of Athens, finally considered

17) Plut., *Vita Artox.* 22, 1, 7. Antalcidas had already been concerned with the negotiation of the year 392.

18) URBAN R., *Der Königsfriede von 387/6 v. Chr.*, Historia 68, Stuttgart 1991, 95 sqq.

19) A coalition of Thebes, Corinth, Argos und Athens which fought for supremacy mainly in the Corinthian area.

the Persian King the ruler of Greece (20). He did not hesitate to denominate the Peace of Antalcidas frankly as *prostagmata* and not *syntheke* (21). Consequently he fell into the trap of confusing the institute of equal and unequal international treaties, both of which were well-known in Antiquity.

V. THE PEACE

1. Condition Concerning the Asian Greek *poleis*

One major point of the treaty is the attribution of the Greek cities in Asia Minor to the Persian empire.

Ἄρταξέρξης βασιλεὺς νομίζει δίκαιον τὰς μὲν ἐν τῇ Ἀσίᾳ πόλεις, ἑαυτοῦ εἶναι... (22)

Studying these conditions we are confronted with a paradox: The establishment of the principle of freedom and equality for all Greek *poleis* outside Asia is highly inconsistent - but established side by side - with the acknowledgement of the fact that certain Greeks, those in Asia, were not free.

20) Isokr., *Panath.* XII 59 " ... Βάρβαροι (...) ἀλλὰ καὶ δεσπότηται πολλῶν Ἑλληνίδων πόλεων κατέστησαν".

21) Isokr., *Paneg.* §§ 176 sqq., *Panath.* XII 59.

22) Xen., *Hell.* V 1, 31 "Artaxerxes the King thinks it just that the cities of Asia shall be his ..." (Translation by LEWIS D.M., *Sparta and Persia, Cincinnati Classical Studies*, I 1977).

2. Autonomy Clause

The most decisive point in this treaty, concerning the movement of the *koine eirene* is the following autonomy clause.

... τὰς δὲ ἄλλας Ἑλληνίδας πόλεις καὶ μικρὰς καὶ μεγάλας αὐτονόμους ἀφείναι ... (23)

The Persian king may well have considered less the Greek's autonomy and freedom than the consequences of their synergy on his own position. Nevertheless the wording *tas de allas* should probably comprehend all Hellenic *poleis* of that period. *kai mikras kai megalas* was a commonly used formula (24) where *mikros* can truly be considered equivalent to weak, powerless or poor (25); to stress the all embracing nature of the wording without being influenced by any quality or dimension of the *polis* concerned (26).

The clause of autonomy allowed all Greek *poleis* to participate and thus confirmed the “multilateral” conception of the treaty. So, contrary to the prevailing custom, the treaty named no longer any particular *polis* as party to the treaty, but only those *poleis* to be excepted.

23) “... and the other cities, small and great, shall be autonomous ...“ (Translation by LEWIS).

24) cf. Thuk., V 77, 3.

25) Accordingly *μεγάλας* could be translated as powerful and mighty.

26) Contrary to Roman Law the Greek does not know a kind of hierarchy concerning the political independence of a state.

We may not easily grasp the meaning of autonomy in the thoughts of Antiquity. One should avoid jumping to conclusion about its notion, for the Ancients were the inventors of autonomy. The *polis* in question might have got closer to the ideal of political independence than certain modern sovereign states.

Being governed according to one's own laws does not exclude *ex definitione* an alliance with another *polis*. Thus self-determination could have led, in theory, to a union of all *poleis* and therefore simultaneously to a voluntary abandonment of the particular *polis*' autonomy. As we learn from later history such an interpretation of autonomy was certainly not intended. The separation of the historic Union Argos-Corinth (27) forced by Sparta with reference to the King's Peace illustrates that autonomy could easily be misused to cut off any alliance endeavours; and thereby drive the Greeks to political standstill by break up.

The right to remain autonomous soon turned out to be also the duty to do so, which a Viennese professor pointedly called the merciless freedom of all against all (28). The clause of autonomy was *de facto* the undermining of any powerful filiation in Greece, and thus was to eliminate both Athens and Sparta as potential menaces to the Greatking.

27) Thebes was also forced to cut down her alliance with Orchomenos; in contrast Sparta thought her Peloponnesian league consistent with the treaty.

28) DOBESCH, *Friedenskonferenzen*, Wiener Humanistische Blätter, 14, Wien 1972.

As a consequence, the Greatking himself renounced any other claims going beyond the treaty, which should be regarded as an essential aspect of the accorded autonomy. Therefore the Aegean archipelago was actually to remain autonomous and peaceful and free from any external power. The Persian regent was in fact the one who implemented the autonomy of each Greek *polis* and accordingly was called the warrantor of Greek freedom and peace (29) with good reason.

That principle of autonomy was constituted for the first time in the Peace of Antalcidas, although, it was inherent in the unwritten international customary law of ancient Greece's *poleis* system. Despite the negative connotation due to the Persian initiative it favoured an irreversible performance of the idea of autonomy in each single *polis*.

The evident imperfections of the antique autonomy conception resemble those of antique International Law as a whole. There was no supra-national authority which could have been invoked in such controversies and thus could have set a compulsory framework of interpretation for the notion of autonomy. Although Sparta felt called upon to be a superior interpreter (30) her proceeding in the further course of history can hardly be considered consistent with any notion of autonomy. As

29) Isokr., *Paneg.* 175 "fuvlax th" eijrhvnh"; Xen., *Hell.* V 1, 35, 8.

30) Xen., *Hell.* V 1, 35, 8 "Προστάται γὰρ γενόμενοι τῆς βασιλέως καταπεμφθείσης εἰρήνης ;"; HEUSS A., *Hellas*, Propyläen Weltgeschichte, III, Frankfurt/Main, 1986, 351, refers to former use of the term "prostavth" ; cf. QUASS, *Der Königsfriede* 35.

current discussions, initiated by the Kosovo conflict, show, the question of a generally accepted definition of international legal institutions and procedures still seems unsolved.

3. Mention of *eirene*

The term peace is, for the one and only time, expressly mentioned at the end of the treaty in the stipulation of sanctions.

Ἐπιότεροι δὲ ταύτην τὴν εἰρήνην μὴ δέχονται, τούτοις ἐγὼ πολέμησω. (31)

There is no unequivocal *expressis verbis* statement that the parties should from that point on make peace and that peaceful circumstances should be established. The Greatking considering a certain status to be peaceful, simply decreed sanctions against those who would not accept this status. Although the peace idea of the *koine eirene* was an absolute *novum*, the document does not contain any allusions to its revolutionary unprecedentedness (32).

It is not difficult to realise that the acceptance of the peace had in view its permanent existence as well. Still it does remain contestable whether the threat of military intervention on the Persians' part should cover the period before or after the conclusion of the treaty; and following that, if the proposed

31) "Whichever side does not accept this peace, I shall make war on them" (Translation by LEWIS).

32) FISCH J., *Krieg und Frieden im Friedensvertrag*, Sprache und Geschichte III, Stuttgart 1979, 287.

sanction should only be inflicted in the event of refusal of the acceptance of the conditions or if the Greatking actually felt called upon *phylax tes eirenes* (33).

Therefore we should distinguish between the contractual conditions, mainly the territorial claims, on the one hand and the establishment of autonomy on the other. Regarding the peace of the Greek *poleis*, Artaxerxes II planned to paralyse at a blow all of Hellas. As he did not claim any territorial rights over the Greek continent, it would be rather astonishing considering the historical context if he had felt solely responsible for particular inner-Greek controversies.

The Peace of Antalcidas did not state a Panhellenic peace and did not even mention the *koine eirene* as such (34). The wording of the King's Peace treaty employed a much more subtle way of providing inner-Greek peace. The treaty aspired to establish an improved quality in system and relations between the Greek city-states combined with adequate rules of conduct. According to the latter, major controversies were not to be. The King's Peace formed the unchangeable basis and the canon of further interstate proceeding without any active interference. This constitutes its excellence.

According to the philosopher Max WEBER, fraternisation is not a matter of simply arranging a mutual give and take between

33) Isokr., *Paneg.* § 175.

34) QUASS, *Der Königsfriede* 35.

parties but of achieving an authentic quality, for otherwise this desired new action would not be practically enforceable at all.

VI. EPILOGUE

However, only a few years later Sparta broke the King's Peace by attacking Mantinea (35). Just as in the controversies regarding Argos and Corinth it was a matter of autonomy and its interpretation.

The main defect of the idea of a *koine eirene* was the lack of any superior authority providing its stability. Modern people's hopes are founded on an independent international body with full authority. The existence and the competencies of such might be considered an achievement of modern International Law. Notwithstanding, the most sophisticated international authorities cannot act without being invoked.

Martin JEHNE (36) appropriately states that there had never been peace in antique Hellas everywhere at the same time. Thus, the quality of these endeavours cannot be measured only by this simple fact. During the recent Kosovo war the person in the street in Stockholm or Paris if asked whether there was peace in Europe

35) Xen., *Hell.* V 1, 35 sqq. The polis Mantinea was a member of the Peloponnesian league but did not follow its military actions one hundred percent; therefore Sparta decided to put an end to her political independence.

36) JEHNE, *Koine eirene* 9.

would have given a positive answer. And the antique Greeks would probably have judged their situation similarly.

The Peace of Antalcidas can be justly considered a milestone in the development of international relations and brought about a brave new ideal of peace and stability and an essential new concept for the achievement of these invaluable objectives.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ROMAIN

- José Luis ALONSO, Algunas consideraciones en torno a la "*condictio scripturae*" 99
- Zika BUJUKLIĆ, Ancient and Modern Concepts of Lawfulness 123
- Alfonso CASTRO SÁENZ, Aproximación a la *usucapio pro herede*. Una hipótesis 165
- Wojciech DAJCZAK, Erklärungen römischer Juristen zur Funktion der Wendung *ex fide bona* in Klageformeln ... 219
- Georg KLINGENBERG, "*Constitutum est*" in D.47,2,14,4 243
- Marcel MEULDER, Une trifonctionnalité indo-européenne dans Valère Maxime 315
- Jacques-Henri MICHEL, La satire 2, 1 à Trébatius ou la consultation du juriste 369
- Pascal PICHONNAZ, L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt 393
- Elena QUINTANA ORIVE, Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de *mora creditoris* 427

José-Domingo RODRÍGUEZ MARTÍN, A Handbook for Alaric's Codification	451
Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO, La carta de Seya : problemática jurídica de una epístola peculiar	465
William TURPIN, <i>Formula, cognitio</i> , and proceedings <i>extra ordinem</i>	499

Algunas consideraciones en torno a la “*condictio scripturae*”

por José Luis ALONSO

(Universidad del País Vasco)

I. La “*condictio scripturae*” (1)

1) Acerca de la *condictio scripturae*, y de su confluencia con la *condictio liberationis*, vid.: HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen* (Stuttgart 1882) p.107 s., p.117, p.144; RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, en *SZ.35*(1914) 217 s. y n.1; TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians* [(Krakow 1919-20) =] *Opera minora I* (Warszawa 1959) p.169 s.; RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano (Schluß)*, en *SZ.43*(1922) 319 s.; DE VILLA, *Actio incerti* (Sassari 1932) p.73 ss.; SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel Diritto romano I²* (Napoli 1935) p.127 ss.; DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati* (Firenze 1935) p.213 ss.; KRELLER, *Zur Geschichte der "exceptio non numeratae pecuniae"*, en *Studi Riccobono II* (Palermo 1936) p.320 ss.; ARCHI, *Studi sulla "stipulatio" I. La "querella non numeratae pecuniae"* [(Milano 1938) =] *Scritti di Diritto romano I* (Milano 1981) p.555 ss.; KRÜGER, *Querela non numeratae pecuniae*, en *SZ.58*(1938) 11 s.; BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, en *SDHI.10*(1944) 125 ss.; SEGRÉ (A.), *L'obbligazione letterale nel diritto greco e romano*, en *Aegyptus* 25(1945) 83 s.; SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln 1952) p.270 s.; SCHÖNBAUER, *Ein wichtiges Beispiel der nachklassischen Rechtsliteratur*, en *Studi Arangio-Ruiz III* (Napoli 1953) p.510 s.; LEVY, *Die querela non numeratae pecuniae*, en

La llamada (2) "*condictio scripturae*" [c.s.] aparece en el s.III d.C. como un medio procesal a disposición de quien figura como deudor en un documento crediticio, para recuperarlo cuando no se corresponde con la realidad: bien porque la obligación documentada no existe o ha sido cancelada, bien porque es impugnada por falta de *numeratio*. El empleo para este supuesto de los términos "*condicere*" y "*condictio*" (3) se justifica fácilmente, no tanto por el significado genérico de "*condicere*" como "reclamar lo debido" (4), cuanto por analogía con la *condictio* del Derecho clásico. En efecto, del mismo modo que la *condictio* ordinaria, también la c.s. puede considerarse fundada

SZ.70(1953) 217 y n.9, 232 ss.; COLLINET, *La nature des "querelae", des origines à Justinien*, en *SDHI*.19(1953) 283, 293 ss., 303; WESENER, v. *Querela*, en *RE*.XXIV (Stuttgart 1963) col.867; TALAMANCA, v. *Documento (Diritto romano)*, en *ED*.XIII (Milano 1964) p.559 y nn.89-90; KASER, *Das römische Privatrecht I*² (München 1971) p.596 n.31; ID., *Das römische Privatrecht II*² (München 1975) p.380 n.45, p.424 n.23, p.442 n.20; CIMMA, *De non numerata pecunia* (Milano 1984) p.147 ss.; TROFIMOFF, *Querela non numeratae pecuniae*, en *RIDA*.33(1986) 209 ss. = *SZ*.103(1986) 378 ss. [sobre el cual, vid. la recensión de TALAMANCA, *BIDR*.90(1987) 640 ss.]; LITEWSKI, *rec. a Cimma (de non numerata pecunia)*, en *SZ*.103(1986) 554; ID., *Non numerata pecunia im klassischen römischen Recht*, en *SDHI*.60(1994) 426 s., 431 s., 443 ss., 453 s.

2) La expresión "*condictio scripturae*" no es empleada en las fuentes como término técnico, pero tampoco es totalmente extraña a las mismas: vid. *Diocl.C.4,5,3*.

3) *Gord.C.2,6,3 (cautionem interpositam...condicere)*; *Diocl.C.8,42,25 (chirographum condicere)*; *Diocl.C.4,9,2 (instrumentum...per conditionem reddi)*; *Diocl.C.4,5,3-4 (interpositae scripturae condictio)*.

4) *Gai.4,5*.

en una retención sin causa (5): la causa para retener el documento, siendo su función únicamente servir como prueba de la obligación documentada, falta si esta obligación decae. La *c.s.* aparece, por tanto, como una aplicación -pronto, si no ya inicialmente, cognitoria- de la misma *condictio* clásica, cuando lo reclamado es un documento (*scriptura, instrumentum, cautio, chirographum*) que un acreedor retiene sin causa (6).

El nacimiento de esta acción suele situarse en tiempos de Diocleciano, sobre la base de una serie de rescriptos de los años 293 y 294 en los que, por vez primera, se reconocería el derecho del deudor a recuperar el documento. Sin embargo, tal vez esta datación sea demasiado tardía: dejando al margen un texto de Ulpiano, en el que podría verse ya un indicio de la obligación del acreedor de devolver el documento (7), hay que tener en cuenta

5) En este sentido, HUSCHKE, *Darlehen* p.117, y, sobre todo, SCHWARZ, *Condictio* p.271.

6) Hay que advertir, no obstante, que la analogía con la *condictio* clásica puede flojear en un aspecto. Desde el punto de vista clásico, la *condictio* no se fundamentaba en cualquier retención sin causa, sino únicamente -prescindiendo del caso discutido de la *condictio "furtiva"*- en la que derivaba de una previa *datio*. Y, si bien es cierto que la propia jurisprudencia clásica fue bastante flexible a la hora de interpretar el requisito de la *datio*, no parece que algunos supuestos de otorgamiento del documento puedan fácilmente configurarse como daciones procedentes del deudor: así, cuando el documento no recoge una declaración suya sino que viene redactado en estilo objetivo, y él no ha aportado ni el soporte ni la escritura.

7) El texto es Ulp.41 *ad Sab.-D.47,2,27pr.*, en torno al hurto de las *tabulae* crediticias; el acreedor a quien se le hurtaron tiene una *actio furti, non tantum pretii ipsarum tabularum, verum eius quod interfuit*. En la segunda mitad del texto, se propone la hipótesis de que las *tabulae* hurtadas al acreedor fuesen inanes, como referidas a un crédito ya cobrado (el mismo supuesto, en Ulp.6 *opin.-D.10,4,18*); a pesar de ello, el acreedor tiene igualmente la *actio furti* por el *duplum*, no ya del precio de las *tabulae*, sino del *interesse*. Ahora bien, ¿cuál puede ser el *interesse* del acreedor respecto de esas *tabulae*? El

Gord.C.2,6,3: en este rescripto, del 240, el giro *cautionem condicere* parece referirse precisamente a la *c. s.* (8); por otra parte, el texto no presenta este recurso como una novedad, sino como algo ya conocido, que cabe ejercitar "como de costumbre" (*usitato more*). A pesar de ello, no cabría, a mi juicio, retrotraer el origen de la *c.s.* más allá del s.III d.C., siendo así que en ningún jurista anterior encontramos rastro de una acción semejante.

Resulta difícil sustraerse a la impresión de que el reconocimiento, precisamente en esta época "epiclásica", del derecho del deudor a recuperar el documento está relacionado con

texto ofrece dos respuestas: a) poder restituir el documento al deudor, *quia nonnumquam debitores tabulas sibi restitui petant*; y b) conservar una prueba de la existencia de la deuda para el caso de que el deudor plantee una *condictio indebiti*, *quia nonnumquam calumniantur debitores quasi indebitum soluto*. Parece claro -y aquí reside el interés del texto para nosotros- que si de "a" surge un *interesse* que debe ser tenido en cuenta a efectos de la *litis aestimatio* en la *actio furti*, es porque al acreedor se le considera obligado a restituir las *tabulae* al deudor. Sin embargo, el texto resulta sospechoso: no sólo por la extraña duplicación de *quia nonnumquam* -que MOMMSEN, *ad leg.* resuelve eliminando, en su segunda aparición, *quia* y *debitores*- y el cambio de modo del subjuntivo *petant* al indicativo *calumniantur*, sino, sobre todo, por razones de fondo: no parece muy razonable basar la *litis aestimatio* en un perjuicio que no se ha producido todavía y que probablemente (sobre todo por lo que se refiere a "b") no se produzca; ni se ve por qué ha de hacerse repercutir sobre el *fur* un riesgo -el de no poder defenderse frente a la *condictio indebiti*- en el que también se encontraría el acreedor que, cumpliendo el deber implícito en "a", hubiese devuelto el documento al deudor; en fin, ¿cuál ha de ser el criterio empleado en la estimación, si los dos que se proponen, basados ambos en una incierta eventualidad futura, conducen a resultados distintos? (Hay que tener en cuenta, en efecto, que el acreedor que no pudiese devolver el documento difícilmente sería condenado -al contrario que el demandado por *indebitum solutum*- a reembolsar el valor íntegro del crédito documentado.)

8) Vid. *infra sub "b"* y n.21.

la creciente presión sobre el Derecho imperial de la praxis del documento helenístico. No es éste el lugar para entrar en la viva discusión acerca de la naturaleza jurídica del documento en el mundo griego. Pero, a pesar del debate doctrinal, no parece haber dudas de la existencia de documentos con fuerza probatoria reforzada (9), e incluso con eficacia, en línea de principio, directamente ejecutiva (10); por otra parte, aunque la cuestión sea más polémica, debían de ser también frecuentes en el ámbito helenístico los documentos de carácter constitutivo y abstracto, verdaderas formas escritas de obligarse, de los que hablan Gayo y el Pseudo-Asconio (11); en fin, conocemos incluso algún supuesto conspicuo de documento dispositivo (12).

9) Es el caso -frecuente- de la *syngrapha* en la que se ha incluido la llamada cláusula-*kyria*. Esta cláusula refuerza de tal modo el valor probatorio del documento que sólo cabe discutir su autenticidad, de ningún modo su contenido: vid. WOLFF, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, en SZ.74(1957) 37; HÄSSLER, *Die Bedeutung der Kyria-Klausel in den Papyrusurkunden* (Berlin 1960), y la rec. de AMELOTTI, en IVRA 12(1961) 364 ss.

10) En efecto, el acreedor provisto de una *syngrapha* podía ser exonerado del proceso declarativo: en detalle, SEGRÉ (A.), art. cit., en *Aegyptus* 25(1945) 98 ss. Vid. también: TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri*² (Warszawa 1955) p.531 ss.; WOLFF, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Aegypten* (Weimar 1961) p.111 ss. Más lit., en KASER, *RPR.II*² p.329 s. y nn.4 y 5.

11) Cuando Gai.3,134 menciona el *chirographum* y la *syngrapha* como modos de obligarse *litteris* propios de los peregrinos, parece estar pensando en el mismo tipo de documento al que se refiere Ps.-Ascon. in *Verr.*2,1,36,91: un documento con causa ficticia de préstamo (*davneion*), que funcionaría como constitutivo y abstracto. De este tipo de documentos no faltan ejemplos en inscripciones y papiros: vid. KUNKEL, v. *syngrapha*, en *RE*. IV A,2 (München 1932) col.1383 s.; RUPPRECHT, *Untersuchung zum Darlehen*

La familiaridad con documentos crediticios de estas características hace que, en la mentalidad de las provincias orientales, aparezca como peligrosa para el deudor la retención por el acreedor de un documento que no se corresponde con la realidad. Por otra parte, la convicción extendida de que el documento es -a modo de título dispositivo- el único medio para hacer valer el derecho en él recogido lleva a considerar la recuperación del mismo suficiente para impedir cualquier reclamación futura. De esta idea provincial de que la recuperación del documento es necesaria y suficiente para evitar problemas tenemos múltiples testimonios en rescriptos imperiales ⁽¹³⁾. Para

im Recht der graeco-ägyptischen Papyri der Ptolomäerzeit (Stuttgart 1967) p.120 ss. Más lit., en KASER, *RPR*.II² p.374 nn.4 y 5.

12) Entendemos por documento constitutivo el que es necesario, como forma escrita, para la conclusión del negocio; dispositivo es el que resulta, además, necesario para hacer valer los derechos surgidos del mismo. Pues bien, la *syngrapha* propia del préstamo marítimo griego era un documento no ya constitutivo, sino dispositivo, en cuanto imprescindible para poder reclamar ante los tribunales comerciales atenienses: PAOLI, *Studi di Diritto Attico* (Firenze 1930) p.121 ss.

13) Que en el mundo helenístico la recuperación del documento se veía como necesaria lo revela la preocupación manifestada por los consultantes en rescriptos como: Sev.CGreg.4,11,1 y Val.CGreg.4,11,2, que muestran el temor de los deudores que han permitido que, tras el pago, el documento de crédito permanezca en manos del acreedor; Gord.C.8,42,4, donde el consultante parece temer que una obligación ya pagada resurja por haber muerto el acreedor *priusquam instrumenta redderet*; Diocl.C.4,65,26, donde a los arrendatarios consultantes se les tranquiliza -si han cumplido el contrato- respecto del documento retenido por el arrendador; también en Diocl.C.8,42,19 el deudor consultante parece temer un perjuicio por haber pagado sin recuperar el *instrumentum*; la misma preocupación del deudor en Diocl.C.8,42,22, frente a un quirógrafo pagado y no cancelado. ----- Otros rescriptos muestran la tendencia de los consultantes a considerar que la recuperación del documento es suficiente para enervar el derecho del acreedor:

el Derecho oficial, sin embargo, el valor del documento crediticio sigue siendo, todavía en tiempos de Diocleciano, puramente probatorio: la cancellería subraya una y otra vez -frente a las concepciones provinciales que subyacen a la inquietud de los consultantes- que el documento relativo a una obligación ya cumplida (y, por tanto, también el referido a una inexistente) es inane y no puede causar perjuicio alguno al que figura en él como deudor (14). Así las cosas, desde el punto de vista de la cancellería, el aparente deudor no necesita protección especial: en particular, no necesita una acción para recuperar el documento (15). Pero la resistencia de la cancellería quiebra aquí: si, a pesar de la tranquilizadora doctrina oficial, los atribulados "deudores" desean reclamar el documento, podrán hacerlo, y precisamente mediante nuestra *c.s.*

así, Diocl.C.8,42,14, donde se advierte a un deudor que la simple recuperación del documento no tiene la fuerza de un recibo; o Diocl.C.8,42,15, que tranquiliza a un acreedor preocupado porque, contra su voluntad, el quirógrafo fue recuperado por el deudor.

14) Sev.CGreg.4,11,1: *nihil obest veritati, quod cautio integra maneat apud creditorem*; Gord.C.8,42,4: *nec enim ex eo evacuatae obligationis vires reparari queunt*; Val.C.4,34,5: *ipsis solutionibus tutus es*; Val.CGreg.4,11,2: *cautio tua, quae apud heredem eius remansit, inanis est*; Diocl.C.8,42,19: *instrumentum inane solutione celebrata nihil tibi nocere potest*; Diocl.C.8,42,22: *Inductum ... nec ne sit chirographum vestrum solutionem semel debiti factam nihil interest*; Diocl.C.4,65,26: *Si conductionis impletis fidem, eius rei gratia factum instrumentum evanuit...*

15) Es cierto que en la hipótesis de *pecunia non numerata* el documento puede ser más peligroso, por cuanto su impugnación está sometida a un plazo preclusivo; pero, cabiendo para evitar la preclusión el recurso a la *querella non numeratae pecuniae* (que convierte la *exceptio non numeratae pecuniae* en perpetua: vid. *infra sub "b"* y nn.24 y 25), no se ve tampoco la necesidad de una acción recuperatoria.

A mi juicio, por lo tanto, la aparición de la *c.s.* en el Derecho romano es consecuencia de una parcial claudicación frente a la presión de las concepciones dominantes en las provincias orientales en torno al valor del documento (16). La cancillería sigue rechazando que el documento tenga más valor que el de una simple prueba, refutable eventualmente por otros medios probatorios; pero accede (y aquí está la claudicación), a pesar de que desde su punto de vista no sería necesario, a conceder un medio para calmar la inquietud de los consultantes (17): ese medio es -aparte la *actio ad exhibendum* de algunos rescriptos (18)- nuestra *c.s.*, que aparece en las fuentes para tres supuestos distintos:

16) No puede decirse, en cambio, que la *c.s.* haya surgido a imitación del Derecho griego, en el que, de hecho, no conocemos ninguna institución parecida, aunque sí ejemplos puntuales de reclamación de un documento que no se corresponde con la realidad: uno de los más notables, en Pap.Magd.14 [221/220 a.C.], para el cual, vid. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde* II 2 (Leipzig 1912) p.224. En cuanto a la praxis de restituir al deudor el documento de las obligaciones ya cumplidas, suele negarse que sea más griega que romana; sobre esta cuestión, vid.: SEGRÉ (A.), *Note sul documento nel Diritto greco-egizio*, en *BIDR.*34(1925) 93 ss., y art. cit., en *Aegyptus* 25(1945) 84; ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.564 s.

17) La hipótesis que propongo, de claudicación parcial frente a una presión externa, representa una alternativa frente a las que postulan, como única justificación plausible para el nacimiento de la *c.s.*, un cambio en la valoración del documento crediticio por parte del propio Derecho oficial romano: a) bien en el sentido de reconocerle una fuerza probatoria cualificada: así, ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.572 ss.; b) bien en el sentido de admitir su carácter dispositivo; naturalmente, los partidarios de esta última opción, que vincula la *c.s.* al reconocimiento del documento dispositivo, se ven obligados a declarar interpoladas todas las menciones de esta acción en rescriptos dioclecianos o pre-dioclecianos: así, RICCOBONO, art. cit., en *SZ.*43(1922) 319; BRASIELLO, art. cit., en *SDHI.*10(1944) 128 ss.

18) Val.CGreg.4,11,2 y Diocl.C.3,42,9, referidos ambos al documento de una obligación cancelada por pago (*infra sub "a"*).

a) El deudor que paga una deuda documentada puede exigir al acreedor que le devuelva el documento. La acción aparece bajo los términos *condictio* y *condicere* en dos rescriptos de Diocleciano y Maximiano, recogidos en C.4,9,2 [a. 293] y C.8,42,25 [a. 294].

b) Quien haya extendido un documento de mutuo y no haya llegado a recibir la cantidad mutuada, puede exigir del mutuante la devolución del documento. Aquí nos movemos, como se ve, en el ámbito de actuación de la *exceptio* y la *querella non numeratae pecuniae*: un ámbito, en general, muy problemático, y en el que también los testimonios de una *c.s.* son particularmente dudosos. Con la necesaria prudencia, cabría mencionar dos rescriptos. En primer lugar, Gord.C.2,6,3 [a. 240]:

Si sub specie honorarii, quod advocato usque ad certum modum deberi potuisset, eam quantitatem, quam desiderio complecteris, te daturum cavisti et, quasi mutuam pecuniam accepisses, eam te redditurum promisisti nec temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem accommodasti, competenti exceptione non numeratae pecuniae tutus es et ex hac causa cautionem interpositam usitato more potes condicere.

Se trata de un texto problemático, incluso en cuanto a la simple reconstrucción del supuesto de hecho (19). Prescindo aquí de una discusión más detallada del mismo, para ceñirme

19) Vid., por último, LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 431 ss., con lit.

únicamente al significado del giro *cautionem condicere*. Lo más habitual ha sido interpretarlo en clave de *condictio liberationis* (20), pero tal interpretación resulta, a mi juicio, injustificada. Es cierto que *cautio* puede emplearse como sinónimo de *stipulatio*, pero *condicere stipulationem* -que vendría a significar "exigir una promesa"- es algo muy distinto de *condicere liberationem*. Además, también la acepción de "exigir una promesa" debe ser descartada, porque la *condictio* se refiere en este texto a una *cautio* ya interpuesta. Parece, por tanto, que *cautio* designa aquí al documento: ése es, de hecho, el significado del primer "cavisti" del texto, a no ser que se lo quiera redundante respecto del inmediato "promisisti". Todo ello basta, en mi opinión, para incluir el rescripto de Gordiano entre los posibles testimonios de la *c.s.* (21)

Un segundo texto posible es Diocl.C.4,9,4 [a. 294], que se refiere a un procedimiento extraordinario de repetición ante el tribunal del *praeses provinciae*:

20) Así: HEIMBACH, *Die Lehre von dem creditum nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechten* (Leipzig 1849) p.660 s.; V. SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht* (Berlin 1864) p.318; GOLDSCHMIDT, *Die querella non numeratae pecuniae und die Rechtsprozessgesetzgebung*, en *JJB*.24(1886) 88 s.; SUMAN, *De non numerata pecunia: note critiche*, en *AIV*.78,2(1918-19) 257; DE SARLO, *Documento* p.218; KRELLER, art. cit., en *Studi Riccobono* II pp.320 y 322; ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.578; BRASIELLO, art. cit., en *SDHI*.10(1944) 128; LEVY, art. cit., en *SZ*.70(1953) 238 (resolviendo la posible ambigüedad de p.236); CIMMA, *Pecunia* p.149; BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, en *Iura* 36(1985) 65.

21) Así: SOLAZZI, *Estinzione* I² p.127; LEVY, (J.PH.), *A quels faits la "querela non numeratae pecuniae" tendait-elle à remédier?*, en *Studi Sanfilippo* IV (Milano 1983) p.352; LITEWSKI, art. cit., en *SZ*.103(1986) 554, y art. cit., en *SDHI*.60(1994) 432.

Si non est numeratum, quod velut acceptum te sumpsisse mutuo scripsisti, et necdum transisse tempus statutum vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando reddi cautionem praesidali notione postulare potes.

El giro *reddere cautionem* basta para excluir que aquí se trate de una *condictio liberationis*: es claro que estamos ante una acción que persigue la devolución del documento (22). Como se habla únicamente de *reddere* y no también de *exhibere*, lo más probable es que la acción sea precisamente la *c.s.*: de hecho, este texto se encuentra en el Codex en sede “*de condictio ex lege et sine causa vel iniusta causa*”. El rescripto nos interesa todavía en otro aspecto. Si aceptamos la opinión mayoritaria (23), que identifica *contestatio* con *querella non numeratae pecuniae*, aquí está el testimonio de que la *c.s.* y la *querella* (en el texto, *contestatio*) son dos recursos distintos. A tenor del rescripto, para exigir la devolución del documento -es decir, para ejercitar la *c.s.*- era necesario respetar un plazo máximo (seguramente el mismo plazo de cinco años fijado por Diocleciano para la *exceptio non numeratae pecuniae*) o probar que durante ese plazo se interpuso la *querella* (*contestatio*). En otros textos (24), el ejercicio en plazo de la *querella-contestatio* aparece como requisito para interponer fuera de plazo la *exceptio non numeratae pecuniae*. Así, pues, la

22) Esta es la interpretación de la mayor parte de la doctrina: vid. CIMMA, *Pecunia* p.157 y nn.88-89, con lit.; en el mismo sentido, LITEWSKI, art. cit., en *SDHI.60*(1994) 444.

23) Vid., por último, LITEWSKI, art. cit., en *SDHI.60*(1994) 454 ss., con lit. (especialmente en n.441).

24) Alex.C.4,30,8; Diocl.C.4,30,9; Diocl.C.4,30,10; Diocl.C.4,2,5.

función de la *querella* o *contestatio* era perpetuar tanto la *exceptio non numeratae pecuniae* como la *c.s.* (25)

c) Quien haya extendido un documento por un *indebitum*, puede igualmente recuperarlo, mediante una acción que en Diocl.C.4,5,3 [a. 293] aparece como *condictio*:

Cum et soluta indebita quantitas ab ignorante repeti possit, multo facilius quantitatis indebitae interpositae scripturae condictio competit vel doli exceptio agenti opponitur.

Como en el rescripto de Gordiano, de nuevo aquí se piensa normalmente -aunque, a mi juicio, con argumentos poco concluyentes- en una *condictio liberationis* (26). Sea como sea, la *condictio* vuelve a aparecer en Diocl.C.4,5,4, fechado sólo cinco días después del anterior:

Ea, quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est, sed et si cautio indebitae pecuniae ex eadem causa interponatur, conditioni locum non esse constat.

Este texto completa nuestra revisión de los tres ámbitos en los que aparece la *c.s.* De todos ellos, el único indiscutido es el relativo al deudor que cancela la obligación mediante el pago (*sub "a"*: es la llamada "*condictio scripturae debito persoluto*"). Sin embargo, también en los dos ámbitos restantes existen, como hemos comprobado, testimonios suficientes. A partir de ahora,

25) Así, LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 454.

26) Para una refutación de tal hipótesis, vid. *infra* n.45.

me centraré particularmente en el supuesto "b", de *pecunia non numerata*: el caso de quien ha extendido un documento de mutuo, pero no ha llegado a recibir la cantidad mutuada. No pretendo, desde luego, esclarecer todos los problemas que plantea este supuesto. Mi intención es simplemente hacer algunas observaciones -no tanto sobre los textos mismos cuanto previas al estudio de los textos- acerca de la delimitación de los ámbitos respectivos de la *c.s.* y la *condictio liberationi*

II. La delimitación entre *c.s.* y *condictio liberationis* (27)

27) La llamada *condictio "liberationis"* es, como se sabe, una acción con la que se pretende no ya recuperar un documento crediticio, sino liberarse de la obligación, en principio, mediante *acceptilatio*. La discusión en torno a la clasicidad de la *condictio liberationis* es parte de la -más general- acerca del origen de la llamada *condictio "incerti"*. Hoy día, puede considerarse mayoritaria la opinión de quienes admiten que ya en el Derecho clásico existía una fórmula de *condictio* con *intentio incerta*, referida al *quidquid paret Nm Nm Ao Ao dare facere oportere*: WOLF, *Causa stipulationis* (Köln-Wien 1970) p.190 ss.; KASER, *RPR.I*² p.598 s.; KUNKEL-HONSELL, *Römisches Recht*⁴ (Berlin-Heidelberg 1987) p.132. Por otra parte, la opinión tradicional, según la cual la *condictio* se referiría siempre a un *certum*, no es incompatible con la clasicidad de la *condictio liberationis*, que sería entonces la misma *condictio "certi"* ordinaria, empleada "zu mittelbarem Zwang", como modo de coacción para obtener del demandado la *acceptilatio*: así, PFLÜGER, *Condictio und kein Ende*, en *Festgabe für P. Krüger* (Berlin 1911) p.74 ss.; KASER, *RPR.I*¹ (München 1955) p.500 s.; D'ORS, *La llamada "condictio liberationis"*, en *Estudos Merêa e Braga da Cruz I (=BUCO.1982)* p.356 s. En este sentido, conviene tener en cuenta: a) que a partir de Juliano se admite con carácter general la absolución del demandado que cumpla *apud iudicem* ("*omnia iudicia sunt absolutoria*"); b) que una obligación de *dare certum* puede cumplirse mediante *acceptilatio*, en la medida en que ésta produce una *datio* en favor del deudor liberado (la equiparación de la *acceptilatio* a una *datio* es constante entre los clásicos: baste como ejemplo *Iav.1 ex Plaut.-D.12,4,10*).

Este es, en efecto, uno de los problemas centrales que plantean los rescriptos que hemos ido revisando: como ya hemos visto, muchos de ellos han sido con frecuencia interpretados en clave de *condictio liberationis*. Y ello no sorprende, porque en otros textos, referidos a supuestos semejantes, de *pecunia non numerata* ⁽²⁸⁾, la acción parece precisamente ésa: es el caso de Alex.C.4,30,7 (*per conditionem obligationem repetere* ⁽²⁹⁾), Val.C.4,6,4 (*ut libereris obligatione per conditionem consequeris*), y quizá también Diocl.C.8,39,3 (*obligationem remitti* ⁽³⁰⁾).

Para delimitar los ámbitos de aplicación de ambos medios procesales -siempre en el caso de *pecunia non numerata*-, la hipótesis más extendida, aunque no siempre explícita, parte de la diferencia entre caución estipulatoria (*i.e.*, el documento que recoge una promesa de pago estipulatoria) y caución simple (*i.e.*, el documento que se limita a dar fe de la recepción de una cantidad en mutuo). Según esta doctrina, la *c.s.*, disponible para recuperar las cauciones simples, sería improcedente, en cambio,

28) Para el caso "c", de simple *indebitum*, vid. Gord.C.8,40,15 (*condicere, ut obligatio tibi accepto feratur*). Dentro del ámbito de la *pecunia non numerata*, CIMMA, *Pecunia* p.150 s., menciona también P.Ber.Inv.16977, pero no cabe afirmar con certeza que la *condictio* aludida en el mismo sea la "*liberationis*". Sobre este papiro, vid. SCHÖNBAUER, art. cit., en *Studi Arancio-Ruiz* III p.501 ss., con lit. en p.502 n.4.

29) La doctrina más antigua, sin embargo, pensaba aquí en una *c.s.* dirigida simultáneamente a la recuperación del documento y a la liberación del deudor: lit. en CIMMA, *Pecunia* p.68 n.188, p.147 n.52. Tampoco faltan autores que declaren interpolada esta parte del texto: un elenco, en LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 426 n.187. Pero la mayor parte de la doctrina se inclina con razón por la *condictio liberationis*: cfr. LITEWSKI, *ibíd.* y n.190.

30) Cfr. LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 445 y n.351.

respecto de las estipulatorias, frente a las cuales el recurso adecuado sería la *condictio liberationis* (31). La razón es sencilla y a primera vista plausible, y se puede desarrollar así: como ya hemos visto, en esta época "epiclásica" el documento de crédito sigue siendo, para la cancillería imperial, puramente probatorio; por eso, cuando existe obligación, la mera recuperación del documento no basta para liberarse, y se hace necesaria la *condictio liberationis*. Ahora bien, en nuestro supuesto de *pecunia non numerata*, la obligación existe cuando medió *stipulatio*, es decir, si la caución crediticia es estipulatoria; no existe si es una caución simple (32). Por eso, según la doctrina dominante:

31) TAUBENSCHLAG, art. cit., en *Opera minora* I p.169 s., asume implícitamente esta opinión cuando, para rechazar C.4,5,3 como testimonio de la *c.s.*, alega, como única razón, que el texto contenía originariamente un caso de *stipulatio*: de lo que se deduce que, para Taubenschlag, la *c.s.* sólo era posible frente a una *cautio* simple. ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.554 n.80, pone de manifiesto que comparte esa opinión, cuando escribe, refiriéndose a C.4,9,4: "Se, infatti, vi fosse stata una *stipulatio*, la pretesa di Alessandro non altro potrebbe essere che una *condictio liberationis*". En el mismo sentido, también en relación con C.4,9,4, KRÜGER, art. cit., en SZ.58(1938) 11: "Nimmt man die gut begründete Annahme Krellers an, daß die Parteien eine *stipulatio* auf Rückzahlung der Darlehenssumme abgeschlossen hatten, so stünde dem Schuldner die *condictio liberationis* zu". Más explícitamente, CIMMA, *Pecunia* p.159 s.: "Ciò detto io non credo che lo strumento in questione fosse concesso anche contro cauzioni stipulatorie".

32) Claro está que, transcurrido (sin *contestatio*) el plazo preclusivo de la *exceptio* -y la *querella non numeratae pecuniae*, los dos casos quedan equiparados: la caución simple se hace tan inimpugnable como la estipulatoria [en efecto, tampoco la *exceptio doli* es ya posible frente a ellas: concluyente, LEVY, art. cit., en SZ.70(1953) 231 s.], de modo que, aunque no haya habido *numeratio* ni *stipulatio*, quien figure como deudor en el documento será condenado igualmente. Así, la caución simple inimpugnada funciona ella misma como fuente abstracta de la obligación.

a) La *c.s.* sirve en los casos de caución simple, en los cuales hay documento pero no obligación, y precisamente para recuperar ese documento que no se corresponde con la realidad.

b) En los casos de caución estipulatoria, por el contrario, es precisa la *condictio liberationis*: recuperar el documento no basta para quien está efectivamente -en virtud de la *stipulatio*- obligado (aunque se trate de una obligación enervable mediante la *exceptio non numeratae pecuniae*).

De esta hipótesis hay que aceptar, sin duda, la limitación de la *condictio liberationis* a los casos en los que hay *obligatio*: en efecto, si no ha llegado a surgir obligación alguna, es absurdo exigir la liberación. Lo que, a mi juicio, no está tan claro es que la *c.s.* deba, por su parte, reducirse al caso contrario ⁽³³⁾: el supuesto de la caución simple, en el que, a falta de *numeratio*, no existe obligación. Y ello por varias razones, que cabe sintetizar en cinco puntos ⁽³⁴⁾:

1) Tras la *Constitutio Antoniniana*, la caución simple debió de convertirse en un fenómeno marginal. Ante todo, por la generalización de la cláusula estipulatoria: la inclusión sistemática de esta cláusula de estilo *-et interrogatus spondit o kai eperotetheis homólogosen-* en todo tipo de documentos tiende a

³³) En este sentido, contra Cimma, LITEWSKI, art. cit., en SZ.103(1986) 554.

³⁴) Dejamos al margen una objeción de carácter previo que cabría hacer a esta doctrina: la extrema dificultad de distinguir con certeza en los textos entre los supuestos de caución simple y los supuestos de caución estipulatoria: sobre este problema, ARCHI, art. cit. en *Scritti* I p.633 (ss.) n.20.

convertir toda caución en estipulatoria. Pero, además, aun cuando no se incluyera la cláusula estipulatoria, operaba la presunción de que a la promesa de pago contenida en el documento había precedido la oportuna pregunta estipulatoria. De la clasicidad de esta doctrina, recogida en Paul.D.45,1,134,2 y Sev.C.8,37,1, se ha dudado, a mi juicio, injustificadamente ⁽³⁵⁾. Hay que advertir que lo que estos textos sientan es una simple presunción (*...intelligendum...praecessisse verba stipulationis; ...credendum est praecedentem stipulationem vocem spondentis secutam*), y al respecto es muy ilustrativo el contraste con PS.5,7,2, donde esa presunción se ha convertido ya en ficción ⁽³⁶⁾ (*...perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit*). En fin: como resultado de la confluencia de ambos factores (cláusula estipulatoria y presunción), la caución simple deviene extremadamente improbable; no se comprende, entonces, que la cancellería se moleste en introducir un nuevo instrumento procesal exclusivamente para semejante rareza.

2) La correspondencia entre caución estipulatoria y existencia de obligación (aunque impugnabile), que está en la base de la doctrina dominante, no parece del todo correcta. Hay que tener en cuenta que la caución estipulatoria podía ser titulada:

35) Sobre el tema, vid. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, en *Scritti Ferrini Pavia* (Milano 1946) p.689 n.2, y SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio* (Camerino 1989) p.169 ss., ambos con lit.

36) Así, PRINGSHEIM, *Stipulations-Klausel*, en *Gesammelte Abhandlungen II* (Heidelberg 1961) p.218; KASER, *RPR.II*² p.376 y nn.15-18. Esta de la ficción es también la construcción adoptada por el Derecho justiniano: Inst.3,19,17.

frecuentemente haría referencia a la causa de la estipulación, esto es, a la cuantía que el deudor ha recibido o va a recibir como mutuario (37). Aunque, teóricamente, en esta época la caución (como documento escrito) y la estipulación (como acto oral) eran dos realidades diferenciadas, resulta improbable que una estipulación recogida en una caución titulada pudiera funcionar como abstracta. Más razonable parece pensar que, en tal caso, el régimen causal de la caución tendería a extenderse también a la estipulación: lo cual significa que, a falta de *numeratio*, no estaríamos ante un negocio impugnabile por falta de causa, sino -desde el punto de vista del Derecho romano- directamente ineficaz: la obligación estipulatoria no llegaría a surgir. En consecuencia, aun aceptando el punto de partida mayoritario (esto es, que la *c.s.* procede sólo cuando no hay obligación), la acción sería aplicable en muchos casos de caución estipulatoria: todos aquellos en los que la misma fuese titulada (38).

3) La contraposición en que se apoya esta doctrina -obligación inexistente *versus* obligación impugnabile *ope exceptionis* (mediante la *exceptio non numeratae pecuniae*)- es un eco de la distinción clásica entre *indebitum civil* e *indebitum pretorio*. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto es

37) En este sentido debió de operar decisivamente el modelo documental del "*dáneion*" helenístico.

38) Un ejemplo de caución estipulatoria titulada se contiene, a mi juicio, en Gord.C.2,6,3 -*quasi mutuam pecuniam accepisses eam te redditurum promisisti*-, que precisamente parece conceder una *c.s.* Vid. también, sin embargo, Val.C.4,6,4, donde, a pesar del aparente carácter titulado de la *cautio* -*longe maiorem te accepisse cavisti*-, la acción se presenta como *condictio liberationis*.

legítimo transportar esta distinción civil / pretorio a un período y a un ámbito, el del *ius novum* de los rescriptos imperiales, que precisamente tienden a superarla. Hay que tener en cuenta -ya que nos movemos en el ámbito de la *pecunia non numerata*- que la *exceptio non numeratae pecuniae* es un recurso no edictal, introducido como tal probablemente mediante rescriptos ⁽³⁹⁾, por lo que cabe decir que no descansa en la potestad del Pretor sino en la *auctoritas* imperial. Que el *ius novum* fundado en esta *auctoritas* prescinde ya de la contraposición entre *indebitum* civil e *indebitum* pretorio lo prueba el propio ámbito de aplicación de la *exceptio non numeratae pecuniae*: desde el punto de vista de los clásicos, la oposición de una *exceptio* frente a una acción civil sólo procedía cuando el hecho alegado era irrelevante desde el punto de vista del *ius civile*; sin embargo, según se reconoce

39) Se trata, como es sabido, de una cuestión discutida: contra el origen imperial, vid., por último, LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 450. Todo depende de la interpretación de Ulp.7 *disput.*-D.17,1,29pr. y Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,4,16. En mi opinión, estos textos no sirven como prueba del origen jurisprudencial de la *exceptio*. El primero es claramente -contra LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 411 s.- sospechoso de interpolación: ni Ulpiano ni nadie en su sano juicio comenzaría a abordar el caso de un *fideiussor ignorans* escribiendo "*et si quidem sciens ...*". En cuanto al segundo, la *exceptio* mencionada no es todavía la técnica *exceptio non numeratae pecuniae*: vid. ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.536 s. Así las cosas, el primer texto en el que aparece el régimen característico de la *exceptio non numeratae pecuniae*, es Ant.C.4,30,3. Inadmisible, en todo caso, BUSCA, *Ancora in tema di "exceptio non numeratae pecuniae"*, en *SDHI*.51(1985) 477 ss., según el cual la *exceptio* fue introducida por el Pretor ya en los s.I o II d.C: a pesar de los esfuerzos del autor, su hipótesis choca con textos como Sev.C.8,32,1, Ant.C.4,30,2 y Ant.C.4,7,1, en los que la carga de la prueba pesa claramente sobre el deudor, de modo que sólo se explican como anteriores a la aparición de la *exceptio non numeratae pecuniae* en sentido técnico.

mayoritariamente ⁽⁴⁰⁾, la *exceptio non numeratae pecuniae* fue pronto aplicable incluso en casos -como los de caución simple o estipulatoria titulada- en los que la *non numeratio* impediría *ipso iure* la existencia de obligación; casos que, por tanto, no se distinguían ya de aquéllos (como el de caución estipulatoria abstracta) en los que la *non numeratio* sería, para un clásico, civilmente irrelevante ⁽⁴¹⁾.

Todo esto es consecuencia, a mi juicio, del paso del procedimiento formulario al cognitorio, donde el concepto “*exceptio*” adquiere un nuevo significado: la *exceptio* ya no es el medio con el que el Pretor desvirtúa una pretensión válida para el *ius civile*, sino simplemente cualquier alegación de hechos nuevos por parte del demandado ⁽⁴²⁾. De este modo, queda rota la correlación entre *exceptio* y *ius honorarium* y, con ella, se desvanece, como hemos visto, la distinción entre *indebitum* civil e *indebitum* pretorio. Y es en este mismo contexto donde se consolida la *c.s.*: la mayoría de los rescriptos donde aparece proceden de la cancillería de Diocleciano y Maximiano, de los años 293 y 294; no es necesario ya, por tanto, buscar en cada

40) Vid. ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.535; LEVY, art. cit., en *SZ.70*(1953) 217 s.; CIMMA, *Pecunia* p.92; LITEWSKI, art. cit., en *SDHI.60*(1994) 450.

41) De este modo, la situación en caso de *non numeratio* es idéntica para quien en Derecho clásico no estaba obligado como deudor y para quien sí lo estaba, aunque sin causa: ambos tienen igualmente a su disposición la *exceptio non numeratae pecuniae*, y ambos quedan igualmente indefensos si dejan transcurrir el plazo preclusivo de la *querella*.

42) Sobre esto: KOLLITSCH, *Praescriptio und exceptio außerhalb des Formularverfahrens*, en *SZ.76*(1959) 287 ss.; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (München 1996) p.582 s., con lit.

texto pruebas especiales de que el procedimiento previsto es el cognitorio, sino que cabe presumirlo sin más ⁽⁴³⁾, con las consecuencias que acabamos de ver. Todo lo cual hace, en mi opinión, razonable dudar de que la *c.s.* pudiera haber surgido en esta época exclusivamente para los casos de *indebitum* "civil", como quiere la opinión dominante ⁽⁴⁴⁾.

4) Contra la tesis aquí defendida no cabe, a mi juicio, argumentar que la *c.s.* carecería de utilidad práctica fuera de los supuestos de *indebitum* "civil", porque, siendo la eficacia del documento -desde el punto de vista oficial- meramente probatoria, y no dispositiva, su simple recuperación no bastaría para privar al acreedor que lo fuera realmente de la posibilidad de reclamar. Este argumento no resulta concluyente porque parece posible que, con el ejercicio de la *c.s.*, el deudor consiguiera no sólo eliminar la prueba principal del crédito, sino también (debido a la eficacia prejudicial de la sentencia, reconocida con amplitud en el procedimiento cognitorio) privar al acreedor documental de la posibilidad de reclamar en el futuro: una sentencia condenatoria

43) Así es, por varias razones: en primer lugar, porque la mayor parte de los rescriptos se dirigen a provinciales, y en provincias el procedimiento formulario había desaparecido como tal probablemente ya al final del s. II d. C.; pero incluso en Roma, en tiempos de Diocleciano, debía haberse consumado ya el progresivo vaciamiento de atribuciones del pretor urbano en favor del *praefectus urbi*, lo que equivale a la práctica defunción del procedimiento formulario. Sobre esto, vid., por todos, KASER/HACKL, *ZPR.*² p.168 ss., p.517 ss. Que alguno de nuestros rescriptos, así las cosas, deba incardinarse en el ámbito de este procedimiento es poco menos que imposible.

44) Precisamente para apoyar esta afirmación y rebatir las posibles objeciones, en los puntos 4 y 5 tendré que seguir empleando -a pesar de mi crítica- los términos *indebitum* "civil" e *indebitum* "pretorio".

en la *c.s.* presupone la falta de *numeratio*, por lo que constituiría probablemente un precedente vinculante para una eventual reclamación del crédito.

5) Las reservas frente a la doctrina tradicional aumentan todavía a la vista de las fuentes. Si, como parece razonable, se admite que el *cautionem condicere* de Gord.C.2,6,3 se refiere a la *c.s.*, este rescripto, con sus explícitas referencias a la existencia de *stipulatio* (*te daturum cavisti, te redditurum promisisti*), bastaría para descartar la limitación de la *c.s.* a los supuestos de caución simple. En fin, un indicio textual de que la *c.s.* no se limitaba siquiera a los supuestos de *indebitum* "civil", lo encontramos -fuera del ámbito de la *pecunia non numerata*-, en Diocl.C.4,5,3: pese a los esfuerzos de la doctrina para reconducir el texto a la *condictio liberationis* ⁽⁴⁵⁾, la acción es claramente una

45) Vid., por todos, CIMMA, *Pecunia* p.156 y n.85, con lit. El razonamiento que lleva a la doctrina a concluir que el texto se refería en realidad a una *condictio liberationis* consta de dos pasos: a) Como la *exceptio doli* presupone la existencia de obligación, de su mención en este texto deduce la doctrina que la caución fue estipulatoria. Ya en este primer paso se incurre, a mi parecer, en un error (que proviene quizá de que se piensa en términos de *pecunia non numerata*, cuando en el texto no hay nada que lo justifique): el que haya *debitum* civil no implica necesariamente que la caución haya sido estipulatoria; cabe también pensar en una caución simple que recoja una obligación civil preexistente, ya impugnabile mediante *exceptio doli*. b) El segundo paso en el razonamiento es el siguiente: puesto que tenemos una caución estipulatoria, la *condictio* mencionada tiene que ser la *condictio liberationis* (contra esto, los cuatro argumentos expuestos *supra* en el texto). Como el texto se obstina en hablar de una *c.s.*, la doctrina no tiene reparos en proponer la sustitución de *scripturae* por *stipulationis*. Sorprende la facilidad con la que se ha aceptado esta enmienda, tanto más cuanto que el giro *condictio stipulationis* es absolutamente ajeno a nuestras fuentes (donde encontramos únicamente *stipulationem condicere*, y ello sólo en [itp?] Ulp.79 *ad ed.*-D.7,9,7pr., que, por lo demás, no se refiere a la *condictio liberationis*, sino a una acción dirigida a exigir el otorgamiento de la *cautio usufructuaria*).

c.s. (*interpositae scripturae condictio*), que se concede respecto de una obligación impugnable *ope doli exceptionis*: un caso, por tanto, de *indebitum* "pretorio".

III. Hipótesis conclusivas

Como resultados de esta breve reflexión, cabe proponer dos hipótesis acerca de la *c.s.*:

a) La introducción de la *c.s.*, en el período que va de Gordiano a Diocleciano, no obedece a un cambio en la valoración del documento por parte de la cancellería: el documento crediticio sigue siendo, para el Derecho oficial, puramente probatorio, y, por tanto, inane frente a quien pueda probar que no se corresponde con la realidad. Accediendo a conceder una acción para recuperar un tal documento, la cancellería claudica frente a las presiones de una concepción que no comparte: la dominante en las provincias orientales, según la cual la recuperación del documento es necesaria y suficiente para evitar problemas futuros.

b) No parece probable que la *c.s.* se introdujese exclusivamente para los casos de caución simple; ni siquiera sólo para los de *indebitum* "civil". Esto significa que su ámbito de aplicación coincidía parcialmente con el de la *condictio liberationis*, de modo que resurge el problema -insatisfactoriamente resuelto hasta el momento- de la delimitación entre ambos recursos. Tal vez sería útil ensayar una delimitación en términos no excluyentes, desde una perspectiva

no sincrónica, sino diacrónica ⁽⁴⁶⁾: la de una paulatina sustitución en este ámbito de la *condictio liberationis* por la *c.s.*, que se abre paso rotundamente con Diocleciano.

46) Vid. KASER, *RPR.II*² p.424 n.23.

Ancient and Modern Concepts of Lawfulness

by Žika BUJUKLIĆ

(University of Belgrade)

The legal system, in the broadest sense of the term, should ensure a community's basic cohesion, prevent severe forms of discord hazardous to its existence, and establish an effective social structure. That the community of Ancient Rome successfully accomplished these objectives was best proven by its longerrity. On the hills above the Tiber river the Latins established their *urbs*, which saw tremendous growth and fundamental transformations: *regnum – res publica – Imperium Romanum*. For centuries, the Roman community served as a model of government for other nations (1). The Romans' strength

1) DE VISSHER, *L'espansione della civitas romana e la diffusione del diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, 181 ss. SESTON,

lay not only in their deep reverence for their own gods, customs and traditions, in their fighting spirit and their military prowess, but also in a marked adherence to the norms they had established. The greatest difference between the Romans and other ancient peoples, however, lay in the manner they looked upon the nature of these norms and on the origin of their binding force.

Heraclitus, for example, warned his contemporaries that the *polis* had to care as much about its laws as about its city ramparts (2). In *Crito* Plato describes how Socrates was condemned to death by certain laws. The following message still stands, engraved in the rocks of Thermopylae: “*Traveller, tell Sparta that we died here in obeisance to its laws*”. The Roman respect for the law derives from the fact that they were considered to be of divine origin and, as Plato said, obeisance to laws meant obeisance to the gods. Hence, the Lacedaemonians believed Apollo and not Lycurgus to be their supreme legislator; the Cretans did not attribute their laws to Minos but to Zeus; it was believed that a divine apparition has communicated a code of laws to Aristides of Theos in his dreams, while Zaleucus, the legislator of Locris, was similarly instructed by the goddess Athens; the Etruscans received their laws from the god Taghes, etc (3).

Le droit au service de l'impérialisme romain, in *Scripta varia*, École française de Rome, Palais Farnése, 1980, 53ss.

2) DIELS, 44.

3) WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law*, III/1, London-Copenhagen, 1939, 50ss. The author notes corresponding beliefs in other civilizations: the reformer Zarathustra acted under the divine inspiration of

Even Titus Livius claimed that king Numa Pompilius had written laws upon to the advice of the river nymph Egeria and "established that which was most acceptable to the gods". (Liv. 1,19,5). It can be assumed, however, that the earliest Roman laws did not have this aura of divine origin. Livius, for instance, was convinced that Numa had "invented" (*simulat*) the story of this divine guidance, since "fear could not be instilled in men's hearts without the aid of miracles". Furthermore, Livius' reference to this legend remains unique in the Roman tradition, as other writers make no mention of it (4). As a rule, analysts and ancient historians attribute the creation of *leges regiae* to the king, and even allow for popular participation in their making (5). Religion undoubtedly played an important part in the lives of the inhabitants of ancient Rome, but the application of *ius* and *fas* cannot entirely be likened to the legal customs of other nations in that era. Despite the tendency of many Romanists to describe the origin of early Roman law as divine, theocratic, religious, etc., it is by no means certain that the ancient *ius civile* embodied concepts indicating the existence of a rigid and permanent system

Ormuzd, Hammurabi received laws from the sun god Shamash, Moses from Jehova (Yahweh), Mohammed from God, etc. Cfr. DE COULANGES, *La cité antique*, Paris, 1864, 147. PRINGSHEIM, *Some Causes of Codification*, RIDA 4(1957), 301ss.

4) ORESTANO, *Dal ius al fas*, BIDR 46(1939), 265ss. In reference to the mythological basis of *Numa-Egeria*, cfr. FRAZER, *The Golden Bough*, London, 1922, 186ss.

5) Liv. 1,8; 1,26. Dion. Hal. 4,13. Cfr. BUJUKLIC, *Leges regiae: pro et contra*, RIDA 45(1998), 133ss.

established by the gods and only promulgated by men (6). The Romans' religious concepts regarding the law never included ideas that specific norms or even entire normative codes were made known to man in the form of "revelations", as was the case in the Greek, Semitic, or Indian legal tradition in which laws were the products of divine will "revealed" through the prophets or individuals who were ascribed divine attributes (7). In fact, one of the main characteristics of the Roman tradition was the belief that divine will is never manifested as an absolute and unchangeable command, but that it must always be determined anew in reference to each specific case (8). The magistrate was obliged to say an appropriate prayer (*solemne precatiois carmen*) and to offer a ritual sacrifice prior to reading any proposed law and on the night before the *comitia* gathered he was required to find out the will of the gods with the aid of *auspicium*. (9). As a result, life in the earliest Latin society was determined by divine will but in a rather different form from that of other ancient civilizations. The legend regarding the advice Numa received

6) SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, 8. Speaking about the Romans he concludes: "The idea that the law is a gift of God was entirely absent". A somewhat different approach: BOTSFORD, *The Roman Assemblies*, New York, 1909, 177, 230. WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law*, V/2, London-Copenhagen, 1954, 61.

7) ORESTANO, *op. cit.*, 265, spec. n. 207b.

8) ORESTANO, *loc. cit.* Also KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, 39. Cfr. KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, Ann. Catania, 3 (1948-49), 77ss.

9) ROTONDI, *Leges publicae*, 139.

from the nymph Egeria was obviously intended to imply divine *inspiration* rather than *revelation* ⁽¹⁰⁾.

The two forms of obligatory norms existent in the earliest Roman society were embodied in the terms *ius* and *fas*, which indicates that even at this early stage the Romans made a clear distinction between norms of behavior established by man and those determined by gods or supernatural powers. As a logical consequence of this, they eventually came to consider the law as a secular phenomenon, and as the product of human rather than divine activity. Their *rationalistic approach*, based on the conviction that the making of laws requires rational thought and not obeisance to norms set by mystical forces, also affected the way in which Romans viewed the question of adherence to these rules. This is reflected in Cicero's criticism of the view that a legal directive must be evident in every established norm: "*If the law were to be based on the will of the people, on the decrees of rulers, and the sentences passed by judges, then robbery, forgery, and adultery could also be considered legal actions if such acts were confirmed by voting or by the will of the masses*" ⁽¹¹⁾.

10) ORESTANO calls the earliest Roman Law "*diritto ispirato alla divinità*", and concludes thus: "La norma consuetudinaria... pure non creata ed emanata dalla divinità, poteva considerarsi d'origine divina, traendo ispirazione da ripetute manifestazioni costanti dalla volontà divina ed essendo considerata dalla coscienza popolare conforme alla volontà degli Dei". *Op. cit.*, 266.

11) Cic. *de leg. 1*, 43-44: "*Quodsi populorum iussis, si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituerentur, ius esset latrocinari, ius adulterare, ius testamenta falsa supponere, si haec suffragis aut scitis multitudinis probarentur*".

The Romans and the Greeks had different approaches to the concept of *legal positivism*. Plato considered respect for the law to be the absolute moral obligation of every citizen (*Apol. 32b*) and defined justice as that which the State defined as such (*Theatetos 67c*). In *Crito* (50a-50c) Socrates asserts the notion that even an unjust verdict must be respected and applied, otherwise all laws would become useless: “*virtue and righteousness are man’s greatest qualities, but law and order are equally important*”. True to his belief, Socrates refused to take advantage of the plan for escape, which Crito had prepared for him (12). Romans, on the other hand, did not accept the notion of absolute respect of laws even when they are unjust, nor did they feel obliged to endure injustice on the part of the state. It would be difficult to find in ancient Rome an instance of such an extreme and abstract approach to legal positivism as was practiced by the Greeks. The pragmatic Roman spirit narrowed these categories down to reasonable proportions and adjusted them to the requirements of everyday life.

Cicero, evidently inspired by Plato’s teaching, pointed out in his rhetorical works that we are all slaves to the law, because that is the only way we can be free: “*Legum idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*” (*pro Cluent. 53,146*) (13). He, however, also thinks that senseless points contained in laws

12) HONSELL, *Das Gesetzesverständnis in der römischen Antike*, in *Festschrift H. Coing*, I, München, 1982, 145. WOLFF, ‘*Normenkontrolle und Gesetzbegriff in der attischen Demokratie*’, München, 1970, 68ss.

13) Plato, however, used the term “servants of the law” only in respect to those who administered the state. *Nomoi, IV 715/d*.

should not be tolerated, since they are not an end unto themselves: “*nemo enim leges legum causa salva esse vult*” (*de inv. 1,38*), and says that it would be preposterous to believe that all laws are just: “*iam vero illud stultissimus existimare omnia iusta esse, quae scita sint in populorum instituis aut legibus*” (*de leg. 1,42*). But even he, with his rhetorical liberty of expression will not forget to emphasize the point that judges must respect the *leges* (*de inv. 2,127*), as well as the magistrates: “*magistratum esse legem loquentem, legem autem mutuum magistratum*” (*de leg. 3,2*). Although this figure of speech cannot be taken in the sense which Montesquieu attributed to it, namely that the judge was “*bouche de la loi*”, legal norms were undoubtedly considered to be an important source of the law (14).

There are obvious contradictions in Cicero’s ideas and views, certainly also affected by the character of his writings depending on whether they were written for the purpose of philosophical elaboration or with the desire to justify the rhetorical practice, which in some law suits was used to defend the principle that the text of the law (*scriptum*) should be literally adhered to, while in others it served the contrary purpose of evading it (*contra scriptum, interpretatio ex voluntate*) (15). It is important to note, furthermore, that an overly pedantic interpretation of the law and an exaggerated adherence to it was

14) HONSELL, *op. cit.* 68.

15) On the technique of legal interpretation VONGLIS, *La lettre et l’esprit de loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris, 1968, *passim*. SERRAO, *L’interpretazione della legge (Diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXII, Milano, 1972, 239ss.

precisely that which often made its evasion possible: “*summum ius, summa iniuria*” (Cic. *de off.* 1,33) (16). The same ingenuity was employed by the priests in interpreting pontifical law, the use of which became widespread and less formal only with the introduction of the legal fiction. These rhetorical statements do serve to show that quite contradictory arguments could be advanced in regard to these questions, and especially that the adherence to *leges romanae* and the principle of “lawfulness” were topics open for discussion. Experts in law did not allow for such a liberal approach to its interpretation. The famous maxim: “*dura lex, sed lex*” (17) was taken from Ulpian’s writings, but in *Scriptores Historiae Augustae* this lawyer is described as having “an exceptional sense for justice”. (*Alex. Sev.* 31,2) (18).

Likewise, when Livius speaks of the “*deaf and pitiless law*”, which shows “*neither mercy, nor laxity*” (19), one must consider the context in which this is said to understand that this statement did not contain the severity usually ascribed to it. It refers to the view of young aristocrats who had been granted certain privileges by the kings and for whom the introduction of the *Twelve Tablets* and the principle of equality before the law

16) STROUX, *Summum ius, summa iniuria*, Ann. Palermo, 12(1929), 639ss. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982, 204.

17) This legal maxim (*paroemia iuris*) derives from the following text: “*quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*” (D.40,9,12,1).

18) Cfr. *Lives of the Later Caesars* (transl. BIRLEY), Penguin Books, 1976, 201 ss.

19) Liv. 2,3,4: “*leges rem surdam et inexorabilem esse... nihil laxamenti nec veniae habere*”.

signified the loss of former favors and positions. Hence, the citation refers not to strict adherence to the law but, on the contrary, to an unwillingness to accept it. In this context legal *objectivity* is taken to be a defect, while the *subjectivity* of the kings is seen as a virtue.

Roman history has many instances of ruthless disciplinary judgements and measures, which were justified as being “in the interest of the state” (*utilitas publica*). There is no doubt that fear was considered an efficient instrument for ensuring discipline, so that mass executions were quite common as a form of prevention. A sufficient reminder is the practice known as *decimatio*, used to punish instances of military cowardice in the face of the enemy, or the multitude of crosses permanently posted on the Esquiline for the execution of slaves. But Romans did not need abstract, anonymous laws as an excuse for such punishments because orders to perform them were given according to measures issued by the higher magistrates on the basis of their *imperium* ⁽²⁰⁾. This does not, obviously, mean that extreme severity or ruthlessness cannot acquire the form of a general norm, as shown by *S.C. Silanianum*, which was applied in practice despite its excessive harshness ⁽²¹⁾. Nevertheless, adherence to Roman law as a whole was inspired rather by respect for its quality and value, than by awe of the forces which imposed it.

20) HONSELL, *op.cit.*, 148.

21) Tac. *Ann.* 14,43ss.

The radical reorganization of the Roman legal system, from one answering the needs of a simple village community to that regulating the life of a civilized and large empire based on trade and commerce, was not accomplished, as often assumed, through legislature. This fallacy is due to a lack of understanding of the specific Roman perception of the legal system, which can be thoroughly grasped only if we are able to put aside concepts typical of the modern legal reasoning. Namely, Roman law, and particularly private law, was never the closed system known to us today, weighed down by cumbersome codes based on a pyramid of highly determined notions, which were intended to regulate all legal matters in greatest detail. The Romans had an “open” legal system, whose flexibility ensured its quick adjustment to the needs of everyday life. So, the Roman *lex* did not bind the lawyer to “the spirit of the law”, by forcing him to adapt the life’s specific requirements to the guiding lines of the law itself, as modern codes do.

Plato’s idea presented in *The Laws*, which envisaged a comprehensive legal system in the *polis*, did serve as a model for Cicero’s *De legibus* (22) but Roman lawyers had too much practical sense ever to be tempted into taking the law as the only basis of the legal system as a whole. Plans for a systematic

22) In his writings Cicero envisioned a legal science that would not be based on praetorial edicts or on the *Twelve Tablets*, but on the hidden secrets of philosophy: “*ex intima philosophia hauriendam disciplina iuris*” (*de leg. 1,5,17*). Cfr. RAWSON, *The Interpretation of Cicero’s ‘De legibus’*, ANRW, I, 1973, 340ss. TROIANI, *Per un’interpretazione delle ‘leggi’ ciceroniane*, Athenaeum, 70(1982) 315ss. CANCELLI, *Per l’interpretazione del ‘De legibus’ di Cicerone*, RCCM, 15(1975), 185ss.

codification of the existing *leges romanae* was as far from them as Plotinus' idea to found the city *Platonopolis* in the heart of Campania, in which the entire administration would be organized according to Plato's laws and philosophical concepts (23). Julius Caesar, inspired most probably by Hellenistic ideals, did in fact, towards the end of his life, attempt to codify the existing legislature, but his death put an end to the realization of this idea (24). From the time of the *Twelve Tablets* to Justinian's time this seems to have been the only undertaking of the kind (25).

23) HONSELL, *op. cit.*, 134.

24) Suet. *Caesar* 44: "*ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa difusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimus conferre libros*".

25) It is true that St. Isidore (*San Isidoro de Sevilla*) claims that before Caesar, Pompey wanted to codify the existing laws, but he abandoned the idea for fear of slanderers (*etym.* 5,1,5): "*Leges autem redigere in libris primus consul Pompeius instituere voluit, sed non perseveravit obtreptatorum metu...Deinde Ceasar coepit id facere, sed ante interfectus erat*". PÓLAY, *Der Kodifikationsplan des Pompeius*, *Acta antiqua Hungarica*, 13(1965), 85-95. Tacitus mentions that in Vespasian's time, the Senate appointed a committee "to put up again, publically, the bronze tablets containing laws, which had fallen off with time". (*Tac. Hist.* 4,40), while Suetonius wrote that this emperor ordered, after the fire on the Capitoline, the restoration, on the basis of preserved copies, of 3000 bronze tablets containing laws, and adds that this was the "most beautiful and the oldest collection of documents, containing decisions made by the Senate and the people regarding various alliances, contracts and privileges, practically from the time Rome was founded". (*Suet. Vesp.* 8). It is clear that these were not attempts at codifying laws but represented instead the official *restoration* of damaged and destroyed texts of legal character. An unsuccessful plan for a comprehensive codification existed during the time of Theodosius II. His *Codex Theodosianus* (the year 438) contained only constitutions issued by emperors during and after the time of Constantine. Cfr. ROTONDI, *Leges publicae*, 173. Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford, 1936, 7. DUCOS, *Les Romains et la loi*, 182ss.

Not even the *corpus* of the decemviral legislature offered, however, a complete system of legal regulations but, on the contrary, only made possible the precise stating of specific debatable questions from the sphere of private, criminal, and sacral law, and procedure law. The *Twelve Tablets* apparently supposed the existence of an earlier, established system of norms, which was based on an unwritten customary law and on the principles set by the *pontifices*, then the only experts in and interpreters of law. The decemvirs did not consider giving a legal form to all the rules and institutions which the priests had studied and collected for generations. This legal matter was already imperative, and the proclamation of its binding character in the form of a law would have been quite superfluous. The bronze tablets would contain only rules which regulated relations under dispute or those which established entirely new relations. When Livius says of the *Twelve Tablets* that they represent “*fons omnis publici privatique iuris*” (3,34,6), we could in fact be led to believe that this legal undertaking was aimed at ensuring a comprehensive presentation of the entire legal system. But if we bear in mind the historical context and the circumstances in which it was made, as well as its scope and content, it becomes clear that such an endeavor could not have been achieved with the spiritual resources of that time (26). On the other hand, the

26) ROTONDI, *Scritti giuridici*, I, 29 thinks that this was a disorganized, almost “barbarian” conglomeration of disconnected, individual rules. But WIEACKER, *Vom römischen Recht*, Stuttgart, 1961, 56, does discern in the text of the *Twelve Tablets* “a monumental inner unity”, particularly in the regulations whose purpose was to protect the economically and socially underprivileged. Other see in them “la carta costituzionale della *civitas*”.

Corpus iuris civilis did not represent an attempt at a fundamental reorganization of the existing legal regulations either. It was primarily aimed (apart from many reforms referring to particulars) at reducing the huge mass of legal sources to relatively tolerable proportions, facilitating thereby their application (27). Nor can this codification, therefore, be taken as the counterpart of the modern meaning of that term.

The Romans were evidently more familiar with the concept by which laws were considered as restrictive; they were used only in exceptional cases, as a reaction to grave conflicts. The number of laws especially increases in times of crisis and in periods of intense political conflicts, as was the case in the late republic, about which Tacitus says: “*corruptissima res publica plurimae leges*” (*Ann.* 3,27). In such times laws were often imposed by force (*leges per vim latae*), without considering basic principles of democracy (28). An extensive legislative activity is connected to the period of Augustus’ rule. But even his thorough reconstruction of government administration and desire for a more extensive social reform did not receive an adequate legislative support. The laws concerned referred mainly to the regulation of specific issues in the sphere of the judiciary (*leges*

COLI, *Il testamento nella legge delle XII tavole*, IVRA 7(1956), 26. SERRAO, *Classi, partiti e legge*, cit., 113.

27) BRETONE/TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Bari, 1981, 115.

28) SMITH, *The Use of Force in Passing Legislation in the Late Republic*, Athenaeum, 55(1977), 150ss.

Iuliae iudiciariae), family relations (*lex Papia Poppaea*, *lex Iulia de maritandis ordinibus*), and communal issues (*lex Quinctia de aquaeductibus*, *lex Iulia de modo aedificorum*), etc. (29).

Since the creation of laws was usually prompted by some specific occasion, a certain disparity existed between the reaction and the motive for making the law, as if Roman legislature had been incapable of bringing the cause and the countermeasure into proportion. This was particularly evident in the sphere of private law where sometimes the intervention entirely failed to address the reason for which the law had been made in the first place, so that there was no balance between the means and the end, or between the motive and the result (30). The reason for this discrepancy should be sought in the social environment in which the laws were made. The incongruity could be provoked by momentary relations between political forces, since it was quite customary to make use of legal forms in achieving specific political ends. A particular instrument of the “legislative technique” was the inciting of scandalous cases and the raising of public confrontation, in which political conflicts were presented as a clash of democratic and reactionary demagogy, while the agitation created around a certain law was used for the skillful manipulation of public opinion. It is impossible to perceive the true proportions of such actions without knowing their true historical background and solely on the basis of the contents of specific laws and the motivation expressed in them or in regard to

29) ARANGIO-RUIZ, *La legislazione di Augusto*, Roma, 1938.

30) Illustrative examples of this are given by Wieacker, *op. cit.*, 70ss.

them. This game is more than evident in the constitutional and agrarian law in the time of the Gracchus brothers, because of the large political interests reflected in them. These demagogical features of Roman legislature were noted in literature long ago (Mommsen), sometimes they were even overstated (Jhering) ⁽³¹⁾.

These defects lead to another specific trait of the Roman concept of law. Namely, the inability to form a general norm from clearly determined causes in some conflict, which would serve as an efficient and proportionate measure for the issue at hand, indicates the inability of creating a long-term legal policy, because the law was used only as an instrument of daily politics. Blaicken is right in concluding that even generally formulated laws in the Roman republic were not based on a common, or (as he calls it) “normative” idea: “it is not based on the abstract idea of a presupposed system, but always on a concrete situation” ⁽³²⁾. Wieacker sees the constitutional development of the Roman state as “a constant *muddle through* – an improvisation, constant improvement and elaboration, which is not guided by a unique spiritual outlook, but by freedom of contradictions in proceedings caused by the requirements of everyday life” ⁽³³⁾. Michèle Ducos reaches at a similar conclusion: “Roman legislature represents rather an improvisation than the realization of some set program; (...) It is the response to a scandal, the solution to a particular crisis and does not in any way represent a formula with which to

31) WIEACKER, *op. cit.*, 73.

32) BLAICKEN, *Lex publica*, 186.

33) WIEACKER, *op. cit.*, 59.

determine the *ius*, but a simple political measure, the satisfaction made to suit the public opinion” (34). This is obviously another example of the Romans’ limited ability for generalization. Furthermore, this view of the law excludes the possibility that this source of law could be given a general educational function, a requirement so dear to the Greek philosophers (35).

The *lex*, therefore, does not serve to ensure general and abstract regulation, whose function would be deliberate planning or the establishment of a uniform legal system (36). Roman traditionalism was not a good basis for creating a comprehensive reformative legislature directed towards the future. The reluctance toward novelty is evident even in the linguistic form used to express the rejection of a law at popular assemblies: *antiquo legem (antiquo probo)* is the technical, legal term meaning “*I reject the law*” - but originally the word *antiquare* meant “*remain as before*” (37). Reformative laws were usually aimed at unsettling the existing regime and were faced with resistance on the part of the magistrates and the Senate. In this situation, those who proposed such laws (as a rule plebeian tribunes) endeavored to protect the future laws in various ways by introducing into

34) DUCOS, *Les Romains et la loi*, Paris, 1984, 31, 34.

35) DUCOS, *Les Romains et la loi*, 452ss. BEHRENDTS, *Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie*, in: *Nomos und Gesetz, Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzdenkes*, Göttingen, 1995, 135ss.

36) ROBINSON, *The Sources of Roman Law*, London-New York, 1997, 31: “Legislation generally was reactive, providing a solution for a particular problem or injustice, not creating social policy”.

37) HONSELL, *op. cit.*, 136. See Rotondi, *Scritti giuridici*, I, 1922, 388.

their basic stipulations numerous clauses, sometimes useless and exaggerated, whose purpose was to guarantee the law's implementation (38).

The Roman legal system did not start with legislature, it existed before: *ius (antiquum)* represented a previously established system, sporadically referred to in the *leges*. The *ius* was not a system in the modern sense of the word, but it did represent a set of norms of diverse origin which, as a whole, formed an active legal system, subject to change and adjustment. In this system, when considered necessary, the *leges* determined some relations individually or regulated the current practice in a different way in itself (39). The *lex* was a new creation, added to the existing "legal system", but at the moment of its application it already had become an integral part of that system. The *lex* was incorporated into this system after being elaborated and formulated by lawyers into a more or less organic element of the *ius*. This mutual connection is best shown by the binomial term *ius lexque* (40).

In Roman legislative practice, as in that of other ancient peoples, in the beginning new laws did not abolish the old ones, so that the *XII Tablets* did not automatically invalidate the *leges regiae*, just as Solon's legislature did not nullify Draco's law.

38) For details see SERRAO, *Classi, partiti e legge*, cit., 83ss.

39) KASER, *Das altrömische Ius*, 69.

40) BROGGINI, *Ius lexque esto*, in *Ius et lex, Fests. Gutzwiller*, 1959, 23. Cfr. WIEACKER, *Ius e lex in Roma arcaica*, Sodalitas, 1984, 3105ss. BIONDI, *Lex e ius*, RIDA 13(1965), 169ss.

This principle caused considerable confusion characteristic of the ancient law. As a result, the law simultaneously contained regulations of a contradictory nature and stemming from different periods, but which were all equally binding ⁽⁴¹⁾. Hence, an old law is preserved in *Manu's Code* which establishes the right of the firstborn son, and contains at the same time another prescribing equal division of patrimony among brothers; for the same reason, we can see, in a speech made by Isaeus, of two men in dispute over an inheritance, in which each of them cites a law in his own favor, and the laws are quite opposed in what they prescribe ⁽⁴²⁾. The more flexible approach to the concept of law evident in ancient Greece, derives from the fact that it did not encompass the whole law, but represented rather the feeling for or the interpretation of what was "just" (*dike*) in controversial cases, and this usually in the way in which the majority of citizens in the *polis* would have interpreted it. Furthermore, wishing to establish a certain amount of *equality (to ison)* and to attain *justice (gnome dikaiotate)*, the jury-members never rigidly adhered to the law, but used it only as another piece of evidence ⁽⁴³⁾. This calls into question the category of legal security, the

41) Only later would the Romans arrive at the principle: *posteriores leges plus valent quam quae ante eas fuerunt* (D.1,4,4).

42) Cit. according to DE COULANGE, *op. cit.*, 148.

43) For details see AVRAMOVIC, *Isaeo e il diritto Attico*, Napoli, 1997, 17ss. The difference between the terms *psephisma* and *nomos* is debatable. According to Avramovic it could be narrowed down to the notion that *psephisma* represented a specific legal norm of limited duration (for example, decisions referring to foreign politics, international agreements, various administrative acts), and that *nomos* signified a general legal act, a regulation deriving from the traditional system, and one which is not limited in terms of

guarantee of which is the ultimate goal of the modern normative system. Rome had a legal system in which some laws remained in vigour for centuries, a system characterized by an aversion towards the abrogation of laws and which, as a rule, did not explicitly annul that which was old, but simply added new *leges* to the existing ones (44).

One must keep in mind, however, that after a certain *lex* had not been applied for a long time awareness of its binding force waned, and the *norme* itself gradually sank into oblivion. That this happened fairly frequently is demonstrated by the fact that Romans made many laws whose purpose was to reinforce the ones made earlier. This was the practice of *desuetudo*, which practically abolished such *leges* on the basis of the “tacit consent of the community” (*D.I,2,32,1*) (45). The will of the people, therefore, was needed not only to create laws, but the people’s consent (even if not formal) was also required to invalidate an

time. In the fifth century B.C. and earlier, however, there was no difference between these two terms, and they were used concurrently, as synonyms with the shared meaning of *law*. AVRAMOVIC, *Elementi pravne drzave i individualna prava u Atini (The Elements of the ‘Rechtsstaat’ in Ancient Athens)*, in *Pravna drzava – pro et contra*, Beograd, 1998, 14, n.23. Cfr. also FREZZA, *Lex e nomos*, *BIDR* 71(1968), 1ss. OSWALD, *Nomos and the begining of the Athenian Democracy*, Oxford, 1969, 20 ss. BRETONE/TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, 51ss. GAGARIN, *Early Greek Law*, Los Angeles, 1986, 51ss.

44) ELSTER, *Studien zur Gesetzgebung der frühen römischen Republik. Gesetzanhäufungen und wiederholungen*, Bern-Frankfurt 1976, *passim*.

45) SOLAZZI, *La desuetudine della legge*, *Archivio Giuridico*, 102(1929), 3ss. THOMAS, *Desuetudo*, *RIDA* 12(1965), 469ss. BISCARDI, *Aperçu historique du problème de l’abrogatio legis*, *RIDA* 18(1971), 449ss.

existing regulation. Few romanists today would question the existence of *desuetudo* even in the later period of Roman history. With the gradual growth of praetorial freedom in creating the law and a more liberal interpretation of rules (gaining ground with the spreading of Greek philosophy and rhetoric), this practice became an increasing threat to “legal security” and to “the binding force of the law” (46).

The question of the law, justice, equality, which for centuries had concerned Greek philosophers, were not as important to the Romans. They were familiar with the concept of *iustum (iniustum)*, but only used it occasionally, in an extremely pragmatic sense. Paulus pointed out the following: “*in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est*” (D.50,17,90), and Celsus said: “*ius est ars boni et aequi*” (D.1,1,1,1), but the actual significance of the term “*aequus*” is not defined further.

The Romans nurtured a certain, it could be said, benevolent despise for philosophy. It was the orators, not the jurists that made the first attempts at formulating the Roman theory of the state and the law (47). Generally speaking,

46) The *desuetudo* abolished the majority of the regulations on *XII Tablets* (e.g. the right to kill a thief at night, talio, etc.), and some other laws became void through disuse (*obsolet*): some agrarian law, *lex Voconia*, the law on luxury, and many others lost their significance even without formal abrogation. See HONSELL, *op. cit.*, 137ss, 143. BEHREND, *Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie, cit.*, 135ss.

47) Gaius’ *Institutions* in the 2nd century were an isolated attempt at incorporate the entire matter of private law into a single system, which would be based on certain principles and objective criteria. But not even this

they were more susceptible to Greek influence since they were dealing with a discipline whose origins lay in the Greek *polis*.⁽⁴⁸⁾ In rhetoric references to *aequitas* were frequent because it could be used for a more liberal interpretation of the law ⁽⁴⁹⁾. Someone who is not a lawyer would rather base his arguments on justice than on legal security; and it would also be a more familiar concept to the ordinary citizen who attended the Forum. As a result, the “letter of the law” (*verba legis*) would carry less weight than the “spirit of the law” (*sententia legis*). The Romans reserved the term “*leguleius*” for those lawyers who

systematic approach allowed any specific formal conclusions to be drawn. In any case, this attempt was made successful through Justinian’s *Institutions*, since modern civil codes are strongly influenced by this “tripartite” (or “institutional”) system. Cfr. KASER, *Über Gesetz und Recht in der privatsgeschichtlichen Erfahrung*, in *Gedächtnisschrift für Rolf Dietz*, 1973, 6.

48) It is no wonder then that Cicero would call philosophy the greatest gift of mankind: “*philosophia... qua nihil a dis immortalibus uberius, nihil florentius, nihil praestabilius hominum vitae datum est*” (*de leg. 1,58*), while Tacitus sought the reason for the decline of Roman rhetoric in the neglect of broader education, primarily of philosophy. Still, this influence should not be overstated, as in DUCOS work, *Les Romains et la loi, passim*. The Greeks themselves did not apply the fruit of their theoretical thought to legal matters. KASER, *Über Gesetz und Recht*, cit., 5.

49) Cicero even includes it among the sources of law: “*ius civile id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitatae consistat*” (*Topica, 5,28*); “*ius civile est aequitas constituta iis, qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas optinendas; eius autem aequitatis utilis congitio est; utilis ergo iuris civilis scientia...*” (*Topica 2,9*). More extensively, ROBINSON, *The Sources of Roman Law*, 26, Stein, *The Sources of Law in Cicero*, Ciceroniana, 3(1978), 19ss. SCHULTZ, *Principles of Roman Law*, 15-16, n.6, however, points out that the citation of the sources of law in rhetorical writings represent “directions for the pleadings, not for the judicial decisions”.

could be reproached of “*nimis callida, sed militiosa iuris interpretatio*” (*de off. 1,33*). Even Gaius (4,30) was of the opinion that the *veteres*, with their exaggerated pedantry (*nimia subtilitas*), caused ancient Roman institutions to become hated (*in odium venerunt*). The practice, however, of expressing formal respect for the law while acting contrary to its purpose would inevitably lead to the formulation of the term “evasion of the law”. This would distinguish practices which were “*contra legem*” from those that were “*facere in fraudem legis*”⁽⁵⁰⁾.

The general binding force of norms, or the equality of the citizens before the law, was expressed in Greek law by the term “*isonomia*”, and was a particular subject of interest for the school of Stoics. Cicero, in his treatise *De republica* has Scipio saying, quite in keeping with the teaching of the Stoics, that he does not refer to equality in terms of property or intellectual ability, but that the rights of all citizens must be equal: “*iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem re publica*” (1,32,49). According to Cicero, the law is what keeps citizens in a single community, and to make it a stable one, the law must be equal for all: “*cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale*” (1,32,49). It was well perceived that this equality before the law is identical to the one prohibiting both the rich and

50) D.1,3,29 (Paul. *lib. sing.*): “*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*”. Similarly, in D.1,3,30 (Ulp. *lib., 3 ad edict.*): “*Fraus enim legit fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat dictum a sententia, hoc distat fraus ab eo, quo contra legem fit*”. Cfr. Rotondi, *Gli atti in frode della legge*, Torino, 1911, *passim*. Ducos, *Les Romains et la loi*, 312ss.

the poor from sleeping under bridges, begging or stealing bread (Anatole France) (51). How formally this proclaimed equality conceived is best illustrated by Cicero when he emphasizes that "aequalitas" must consider distinctions in social ranks (*gradus dignitatis*) and that different practice is inequitable (*iniquissima*), even though people exercise it with justice and moderation. Speaking of the defects of democracy, he states that this form of government is the worst and most unjust if in granting equal rights to everyone it does not match powers and honors to the merit and capabilities of each individual (*de rep. I, 27, 43*). Needless to say, Cicero, a member of the ruling oligarchy and a *pater patriae*, could not be expected to speak of political equality, nor did either he or the Stoics even consider the abolition of slavery.

Legal security was no more guaranteed in Roman criminal law, where it would be most logical to expect it. Laws in this sphere of legislature dealt primarily with various aspects of legal procedure, rather than establishing the true essence of the criminal act. The general principle by which the perpetrator of a crime is punished according to the regulations prescribed by law, i.e. the principle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* was quite foreign to Roman criminal law (52).

51) HONSELL, *op. cit.*, 133.

52) SCHULZ, *Principles of Roman Law*, 173, 176, 247, and lit. cited there. A different opinion, but unsupported by a broad argumentation and referring only to the text of the *XII Tablets*, is expressed by KASER, *Die Beziehung von lex und ius und die XII Tafeln*, 535. Cfr. STRACHMAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, I-II Oxford, 1912, *passim*.

An analysis of the procedure for passing the Roman *lex rogata* shows that it did not reflect ideas of direct democracy, as it is perceived today (53):

- only the higher magistrate could call a meeting of the assembly, since he had *ius agendi cum populo*, and he could only do this on fixed days of the year (*dies comitiales*);

- none of the existing assemblies included women, foreigners or slaves, and much time would pass before freed slaves (*libertini*) would acquire an equal status where *ius suffragii* was concerned. Their right to vote was regulated by several laws, the oldest of which was *lex Terentia* from 189 B.C.;

- legislative initiative was not in the hands of the ordinary citizens but belonged to the magistrates exclusively;

- voting by groups, and not *per capita*, in the assemblies ensured the majority vote to the wealthy classes (*nobili* and enriched plebeians);

- the work of the assembly could be interrupted by the magistrate (either by the one presiding or by another) if he judged that the preparatory auspices were unsatisfactory (*obnuntiatio*);

- legal proposals could refer to a variety of matters, so that voting in favor of certain regulations sometimes entailed the

53) MOMMSEN, *Droit public romain*, *passim*. WILLEMS, *Droit public romain*, *passim*. ROTONDI, *Leges publicae*, *passim*. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*³, 1935, Torino, 83ss. SCHULZ, *Principles of Roman Law*, 170ss. STAVALEY, *Greek and Roman Voting and Elections*, London, 1972, 121ss. HANARD, *Droit romain*, I, Bruxelles, 1997, 23ss.

adoption of some which might not have been acceptable alone. It would not be until *lex Caecilia Didia* was passed in 98 B.C., that the practice of the so-called *rogatio per saturam* was stopped;

- between the time when the draft of a law was made public (*promulgatio*) to the call for a meeting of the assembly, the magistrates organized preliminary, informal popular gatherings (*contiones*), which presented the citizens with the only opportunity of speaking publicly in favor (*suasiones*) or against (*dissuasiones*) the passing of the proposed law. Even this public address depended on the magistrate's discretionary right to let an individual speak (*contionem dare*);

- a draft once promulgated could not be changed, and for any subsequent modifications the proposal had to be revoked and could not be submitted again (*ex novo*) until the following year. *Lex Licinia Iunia*, passed in 62 B.C., introduced the obligation of submitting a copy of the proposal to the state treasury (*aerarium*);

- assemblies gathered for the sole purpose of voting, and no one was allowed to deliver public speeches there;

- the voting was public and done in verbal form until 131 B.C. when *lex Papiria tabellaria* introduced the secret vote in written form (*tabellae, teserae*);

- the presiding magistrate could stop the voting procedure at any moment, especially if he got the impression that the voting would produce an undesired result;

- the voting served only to accept or reject a proposed draft and there was no way that an ordinary citizen could propose

an amendment to the draft of a law submitted by the magistrate. The same principle applied when the magistrate proposed a verdict to the assembly in criminal cases or a list of candidates for election to public office;

- at the conclusion of the voting the magistrate could accept the results of voting and officially proclaim that the decision had been passed (*renuntiatio legis*), but he could also refuse to do so;

- the will of the people could also be got around by the Senate if it refused to ratify (*auctoritas patrum*) a law which had been approved by voting; in addition to this, the Senate could revoke the law without any particular formalities.

Knowing this, it is easy to understand the extent of Cicero's partiality demonstrated in his famous speech *pro Flacco*, where he praised Roman democracy as opposed to that practiced in the Greek *polis*: while members of Greek popular assemblies sat, as if in a theatre, enjoying an exchange of opinions between wise men and making decisions under the sway of emotions, those present at Roman assemblies, on the other hand, stood in silence and voted without any discussion, under the presiding authority of the magistrate whom they had elected and whose authority ensured a disciplined adherence to the procedure; this system guaranteed that Roman citizens would never be tyrannized by the majority, as was sometimes the case in Greek democracy;

nothing – concludes Cicero – shows as clearly as this example that Roman discipline is the key to Roman freedom (54).

It is noteworthy to say that the Roman *comitia* never had an exclusively legislative authority, since elections and trials were also in their jurisdiction (55). Even when the legislative competence was centralized in the hands of the *princeps*, this was more a manifestation of the emperor's absolute power than a truly autonomous function.

On the other hand, laws were issued, or rather, they were imposed by the higher magistrates on the strength of their *imperium* (later by the emperor), when the status of newly conquered communities or territories was being settled (municipium, colonies, or provinces) in the occasion of their incorporation into the Roman state. Mommsen was the first to call these laws *leges datae*, although there is no reference to this term in any known source (56). As a result, the term itself and the content of the laws, as well as the legal nature of these magistrates' decisions have been the cause of much controversy

54) Cic. *pro Flacco*, 7,15-16. On Roman concepts of democracy cfr. CATALANO, *Il principio democratico in Roma*, SDHI 28(1962), 316ss.

55) The separation of the powers was not characteristic of Greek society either, but the Greeks had at least established a political organization in which combined legislative, juridical, and executive functions were divided among its various organs (*ecclesia*, *boule*, *heliaia*, *nomophylax*). One must not forget, however, that as a result of the limited number of citizens in each *polis* the same persons often performed functions in several organs. Cfr. HANSEN, *The Athenian Ecclesia*, I-II, Copenhagen, 1983, 1989. Ibid., *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Oxford, 1991.

56) MOMMSEN, *Droit public romain*, VI/1, 353ss. ROTONDI, *Leges publicae*, 14ss.

(57). The magistrates' issuance of such acts on the basis of a special decision of the *comitia* represented some sort of delegated legislative authority, while the *lex* imposed by Rome was in that case *rogata*. Here, too, the basic idea was clearly that only the people were sovereign (58).

We cannot obviously bring Roman legal concepts into immediate connection with modern categories, such as the *principle of legality*, *legal security*, *the rule of law*, etc. The statement referring to “*medieval and modern law sailing under Justinian's flag*” (59) is certainly true, but one must wonder whether the symbols on that flag had the same meaning in different ages. Each period and its legal institutions should be viewed and interpreted in the light of the specific conditions in which they evolved. Similarly, the phenomenon of law represents, like any other aspect of society, an expression of specific human needs arising in a particular social environment, which changes depending on the period under question. The modern lawyer or historian may find in the past certain features in human behavior that are constant, but he must be aware that the response to life's specific challenges came as a result of a particular tradition, mentality, spiritual maturity, moral principles, or some other characteristic of the people concerned. This is

57) TIBILETTI, *Sulle 'leges' romanae*, Studi De Fancisci, 4(1956), 604ss. Ib. *Leges datae*, in NssDI, IX, 1963, 624ss.

58) SERRAO, *Classi, partiti e legge*, 100.

59) SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1969, 4.

especially true of the law, since it is here that these social conditions are best reflected.

Generally speaking, the laws today hold the position of absolute supremacy among the sources of the law, ⁽⁶⁰⁾ as opposed to Roman times, when their position was quite different. *Lex publica*, including the later *plebiscita*, was undoubtedly the most immediate form of affirmation (for that period), of the people's legislative authority ⁽⁶¹⁾. The significance of a specific source of the law, however, is determined primarily by the relation in which it is functionally adjusted to all the other sources, and by the sphere of social life which it is meant to regulate. This should be a primary concern in any attempt to compare Roman and modern legislature. Namely, during the period of the Republic the laws issued by the assemblies represented the most powerful instrument in forming the *public law* of the Roman state. In the sphere of private law, however, laws would only occasionally be used in Rome, to introduce important social reforms or to steer existing institutions toward a different course of development. It is no wonder that out of 800

60) This refers to the so-called continental law, since the structural similarity of the Roman and Anglo-Saxon legal systems is much more pronounced: the casuistic approach in solving disputes; the secondary role attributed to legislature; the close connection between substantive law and the institutions of procedural law; the development of *equity law* simultaneously with the stable, traditional *common law*. Cfr. KASER, *Über Gesetz und Recht*, cit., 1973, 14.

61) WIEACKER, *op. cit.*, 67-68, notes that the assembly of citizens endowed with full civil rights and suffrage "only appeared to be the image of direct democracy in ancient times", and rightly concludes that democracy, in the modern meaning of the word, is not to be found in the term *lex rogata*.

issued laws, only about 30 referred to private law (62). This sphere would be left, on the one hand, to learned lawyers, and their creativeness expressed in the form of advice (the so-called cautelary jurisprudence) and the interpretation of existing norms (*interpretatio prudentium*), while on the other hand, it would be entrusted to the judiciary function of the Roman praetors (*iurisdictio*) (63). In this way the *responsa* and *edicta* assumed an extraordinary significance, while the legal system of the Roman republic acquired a very characteristic trait (64).

The analysis of preserved laws leads some authors to the conclusion that the participation of the comitial legislature in the sphere of private law, was inspired solely by reasons of “immediate interest”. In their opinion, this form of legislature was limited to ensuring the foundations of the political and social

62) ROTONDI, *Scritti giuridici*, 4. There are some theories, however, which claim that the Romans issued a far greater number of laws than are known to us. Cfr. DUCOS, *Les Romains et la loi*, 28, who arrives at that conclusion on the basis of summary remarks made by Cicero (*pro Balbo* 8,21: “*innumerabiles alieae leges de civili iure sunt latae*”) and Livius (3,34,6: “*in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo*”). It is possible that the non-existence of a formal collection of laws led to the supposition of their larger number. This is what might have induced Suetonius to speak of “*immensa diffusaque legum copia*” (*Caes.* 44,2), and Tacitus about the existence of “*multitudo infinita ac varietas legum*” (*Ann.* 3,25). If in the course of the Roman half a millenium long history 800 laws were issued, then this number in itself shows clearly enough how rarely the Romans issued such regulations. Some Romanists, such as SCHULZ, *op. cit.*, 8, resolutely oppose the theory that many Roman laws may not be known to us.

63) SERRAO, *Classi, partiti e legge*, cit., 37, 112ss.

64) SERRAO, *Dalle XII tavole all'editto del pretore*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova, 1987, 51ss.

system when these foundations were threatened in controversial cases in the sphere of private law. This set of regulations was meant to ensure society's basic safety and welfare (*Wohlfahrtsgesetzgebung*), the free functioning of a community's internal system, by establishing various obligations concerning marriage, the institution of the dowry, tutorship, purchase price maximization, the ban on usucapion on stolen goods, interest rates limitation and protection against usury, the ban on luxury, extravagant gifts, legacy limitation, etc (65). Some are even of the opinion that, parting from the division of Roman law into *ius publicum* and *ius privatum*, all laws regulating this matter must be ascribed to the first group (66). Rotondi rightly notes that this is a somewhat exaggerated view, since by insisting in the analysis of such laws only on "public interest", we are taking the risk that the term *ius privatum* might completely lose its significance. According to him, the reference of the magistrate to the legislative *comitia* in the sphere of private law was not prompted by the need to formulate any general, fundamental or systematic norm, nor was this done with the intention of advancing or accelerating the progress of private law along its traditional course; on the contrary, these instances always reflected a partial departure from the existing practice, external disturbances induced by the natural evolution of the existing law.

65) WIEACKER, *op. cit.*, 66.

66) The idea that *ius publicum* incorporates some norms that concern private law is supported by many Romanists. See ROTONDI, *Scritti giuridici*, 25, n.4.

Still, we should guard against our fascination for the skill of Roman lawyers, on the one hand, and the scarcity of preserved Roman laws, on the other, lead us to the definite conclusion that jurisprudence had the sole function of perfecting the law, while denying – as do Savigny and his followers – this role to Roman legislature (67). Franz Schulz shared the views of Savigny, and succinctly expressed this idea in a famous maxim: “*Das Volk des Rechts ist nicht das Volk des Gesetzes*” (68).

Even in the period of the *princeps*, when the *comitia populi Romani* no longer convened (the last time would be in 98 A.D., under emperor Nerva) (69), the idea that the people were the creators of the law would persist, but would receive ideological support and become an instrument of demagogy in the political conflicts of that period. The principle *summa potestas populi Romani* would, therefore, become just an empty phrase used for the purposes of propaganda (70). Nevertheless, classical lawyers would still place laws topmost when enumerating the sources of the law: “*Lex est quod populus iubet atque constituit*” (Gai. *Inst.* 1,2), despite the fact that the legislative character of the emperors’ constitutions had already been established. The

67) WIEACKER, *op. cit.*, 82.

68) SCHULTZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, 4.

69) This conclusion was reached on the basis of *argumentum ex silentio*. Namely, the last law which can safely be assumed was adopted at the assembly was *lex Cocceia agraria*, whose *rogatio* was submitted by emperor Nerva. The only information regarding this law was left by the lawyer Callistratus (D.47,21,3,1).

70) BLEICKEN, *Lex publica*, 288ss.

idea of transferring legislative authority from the people to the emperor gradually became accepted: the emperor became the embodiment of the institution *tribunica potestas*, which he fictively acquired through *lex de imperio* (but now no longer *curiata*)⁽⁷¹⁾. In this way, *iussum populi* progressively became *iussum Augusti*.⁽⁷²⁾ Although the term “*lex*” is retained in practice, it would no longer have much in common with the *law* of the previous period.

If the idea that the laws are an expression of the people’s will persisted in times when *lex* was anything but *iussum populi*, then we must assume that the origins of this idea should be sought in an earlier period, when *lex* did have this role. It would be difficult to suppose that this whole concept was only the result of skillful imagination on the part of legal experts, particularly because Roman *iurisprudentes* had little inclination for this type of generalization. Hence, the theory according to which the earliest Roman community evolved in such a way that the unlimited and centralized authority of the *rex* was gradually restricted by the participation of the *comitia curiata* in the decision-making process is hardly acceptable; it is far more

71) SESTON, *Le droit au service de l'imperialisme romain*, 63, however, says: “Auguste vient de recevoir un *imperium* tout personnel, sans doute par une *lex curiata*”. It should be stressed that Augustus and his heirs did not have legislative initiative as an authority unto itself, it came instead as the consequence of other functions they had assumed, of which the only permanent one was the office tribune. ROTONDI, *Scritti giuridici*, I, 19. BRETONNE, *Technique e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, 25ss.

72) SESTON, *Aristote et la conception de la loi romaine au temps de Cicéron, d'après la 'lex Heracleensis'*, in *Scripta varia*, 1980, 50.

logical to assume that quite the opposite occurred. This is corroborated by the fact that “immediate democracy” is more easily achieved in smaller communities, than in larger ones. The continual growth of both territory and population (with the greatest variety of social ranks) made the Roman state ever more complex while the citizens’ direct participation in government became less practicable. It is interesting to know that Augustus looked for solutions to the problem of gathering all the citizens in a single spot, without which immediate democracy of the old type could not be conceived. He allowed the procedure by which members of city councils (*decuriones*) from various colonies could send their sealed votes to the assembly in Rome (Suet. *Aug.* 46,1). Nevertheless, the true political will to change the situation most likely did not exist. From Augustus’ time the rank of *equites* established their supremacy in the Senate, after which they had no further need of the assembly, and it had never been of interest to the *nobili* in the satisfaction of their ambitions. Travelling to Rome from distant provinces presented more an obstacle than a solution, and would have reduced the realization of Augustus’ idea to a mere formality. One can, therefore, only speculate about the number of people who actually took part in the activities of the assemblies even in the period when they did exist. Cicero states that once, on the occasion of voting a law only five citizens were present: “*omitto eas (sc. leges) quae ferentur ita, vix ut quindi, et ii ex aliena tribu, qui suffragium ferant, reperiantur*” (*pro Sest.* 109). This might have been only a rhetorical exaggeration, but it is also probable that in Cicero’s time it had already become common that only a small group of

corrupt individuals would come to the assembly, which was not at all proportionate to the number of those who actually had the right to vote ⁽⁷³⁾. When assemblies were no longer places where decisions significant for the whole community were made, they would lose their political force and would cease to exist ⁽⁷⁴⁾.

The development of Roman democracy could, therefore, illustratively be compared with a *cone*, gradually narrowing towards the top, its cross-section representing decreasing surfaces. The bottom, where the segments are largest, could be compared to the wide popular participation in government characteristic of the Roman *regnum*: at that time all adult males gathered in the curiate assembly, while the most esteemed representatives of the existing *gentes* met in the Senate. During the Republic, the establishment of new forms of assembly and the collective office of magistrate with an annual mandate created the impression that the possibility of popular participation in government was being expanded, but in reality the basis of this government was considerably limited through economic census and requirements regarding descent or ethnic affiliation. At the time of the Principate the assemblies ceased to exist, and government was reduced to the figure of the *princeps* and the oligarchy of the Senate, while in the postclassical period only the

73) HONSELL, *op. cit.* 146.

74) ROTONDI, *Scritti giuridici*, I, 19, is of the opinion that in the third century B.C. plebeians already represented almost the entire Roman population and that this made the patricians lose interest in taking part in the *comitia*, where their inferior number did not allow them to exert the type of influence they could much more easily wield in the Senate, magistratures or pontifical colleges.

emperor would remain at the top of the state hierarchy (and of our *cone*), with the characteristic title: *dominus et deus*.

In that period the term “*leges*” was used to denote orders which the ruler issued at his discretion, whose legal force was based on the principle *quidquid principi placuit habet legis vigorem*.⁽⁷⁵⁾ Even the decisions made in specific cases (*decreta, rescripta*), would not only have a binding force for the parties in the dispute but would also represent ‘the law’ for the judges in these and other similar cases ⁽⁷⁶⁾. Hence, the emperor’s constitutions are divided into those that contain a general rule (*leges generales, edictales*), and those that contain a specific order (*leges speciales, personales*) ⁽⁷⁷⁾. The emperor appears as the only ‘authentic’ interpreter of existing norms, because “*only the maker of laws is capable of revealing their mystery and of relating it to others*” (CJ. 1,14,12,4) ⁽⁷⁸⁾. He himself was not obliged to respect the law: “*princeps legibus solutus est*” (D.1,3,31). Justinian points out that the emperor is above the law because of the divine character of his person and because he

75) ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, Roma, 1937, (rist. 1962), *passim*.

76) BIANCHINI, *Caso concreto e “lex specialis”*, Milano, 1979. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, Oxford, 1998², *passim*, gives a detailed analysis of over 2600 imperial *rescripta* in the attempt to prove the thesis that their creation was assisted by lawyers, and that this practice corresponds to the expression of their opinion (*responso*) on the part of jurists, acting in the capacity of private citizens, in earlier periods of Roman history.

77) BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 546; GAUDEMET, ‘*Ius*’ et ‘*leges*’, IVRA 1(1950), 223ss. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁴, 579ss.

78) CASAVOLA, *Legislatore interprete*, Labeo, 41(1995), 91.

represented “*the embodiment of the law sent unto the people*” (Nov. 105,2,4). This marks the end of the evolution of the concept of the *lex* in Roman law: its binding force is no longer even formally derived from popular sovereignty but rests solely in the absolute authority personified by the emperor. The popular assemblies became only a memory, but they would long retain the importance of fictitious legislative organs. A theoretician of the post-classical era, writing probably in late fourth century, would still speculate on the idea that “*leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod iudicio populi receptae sunt...*”, and later still St. Isidor (*etym.* 5,10-11) describes laws and plebiscite as being *constitutiones* enacted at the assemblies: “*lex est constitutio populi... scita sunt quae plebes tantum constituunt*” (79). Justinian’s compilers of laws would also persist in the deep-rooted ideological tradition according to which the binding force of laws derived from the fact that they were founded on the will of the people (D.1,3,32,1).

So, even when the last echoes and whispers of the voices in the assemblies died down, the concept of the “law” - like a chimera - would continue its existence through the ages. In this form “*l’esprit des lois*” (Montesquieu) would survive to our times, together with “*l’esprit du droit romain*” (Jhering). In continental legal systems this “Roman spirit” would generate the idea that laws are the most important source of the law, and adherence to them the basis of the modern state organisation. The

79) Cfr. D’ORS, *La ley romana, acto de magistrado*, Emerita, 37(1969), 144.

laws enjoy the highest esteem and have the strongest binding force, so that the value of other sources is measured by their authority. Inspiration for this is found in *lex publica populi Romani*, taken as “the formalized statement of the legislative will of the people” (80). Even in the Anglo-Saxon system legislature was not entirely abandoned (81).

It is obvious that no historical or modern legal system can even be exhausted in legal regulation, just as no system can do entirely without legislation. The crucial question of the law lies in the solution of specific cases, which must be resolved justly, and this cannot be changed by laws (or codes of laws), no matter how detailed or comprehensive they may be. The existence of any legal phenomenon evolves through a process of constant alternation of the *concrete* and the *abstract*. (82) In the mutual reciprocation of the *casuistic* and the *legislative* approach, regardless of their mutual relation, the values of any legal system must be confirmed in everyday practice (83). Good jurisprudence may somehow cope with bad legislature, but the reverse is far less likely.

The law (*lex, nomos*) therefore, is not just a philosophical and theoretical concept, an abstract idea or a subject for thought,

80) KASER, *Zur Problematic der römischen Rechtsquellenlehre*, Festschrift Flume 1(1978), 105ss.

81) KASER, *Über Gesetz und Recht in der privatrechtsgeschichtlichen Erfahrung*, 14ss.

82) CASAVOLA, *Legislature interprete*, 90.

83) KASER, *ult. op. cit.*, 30.

it is the immediate reflection of human existence. It expresses the spirit and the will of the people, the desire to at least partially direct their own lives. The creation of universally binding norms, which in principle should refer to all members of a particular community equally and should limit the arbitrariness of powerful individuals or groups, has made the attainment of this objective more or less possible in the course of history.

The Romans see the beginning of their legislature as a liberation from subjection to the tyrants, whose rule was unrestricted: “*immoderata, infinita potestate, qui, soluti atque effrenati ipsi, omnis metus*” (Liv. 3,9,4), and who considered their own caprices and lust the law: “*ipsos libidinem ac lecentiam suam pro lege habituros*” (Liv. 3,9,5). Supposedly, the motive behind the creation of *XII Tablets* was equality for the great and the little: “*omnibus summis infirmisque iura aequasse*” (Liv. 3,34,3), or rather equal freedom for all: “*aequandae libertatis*” (Liv. 3,31,7) (84). Roman tradition claims that *lex Valeria de provocatione*, enacted at the centuriate assembly immediately following the institution of the Republic, imposed the rule according to which “*no magistrate could execute the death penalty over a Roman citizen, nor could whip him, without allowing him the possibility of addressing the public*” (85). This law, therefore,

84) POMA, *Tra legislatori e tirani. Problemi storici e storiografici sull'età delle XII Tavole*, Bologna, 1984, *passim*. CRIFÒ, *Normazione e libertà*, in *Staat und Staatlichkeit in der frühen römischen Republik*, Stuttgart, 1990, 344ss.

85) Cic. *de rep.* 2,31,53: “(Publicola)... *legem ad populum tulit eam, quae centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret*”. See also: Liv. 2,8,2: Pomp.

restricted the power of the magistrates and confirmed the principle that an individual, as a member of the community, had a certain amount of sovereignty himself. The ordinary citizen was thus given the opportunity of seeking protection from his fellow-citizens. In addition to this, a special norm of *XII Tablets* drew the decisions concerning the death penalty from the *imperium* of the magistrates and entrusted it to the centuriate assembly (Cic. *de leg. 3,4,11*), and it seems that this question previously belonged to the domain of the *leges sacratae* (Cic. *pro Sestio 30,65*). This points to the conclusion that the people were considered since time immemorial as “the bearer of supreme authority”, and that the said norms did not establish this concept for the first time but only provided guarantees that it would be respected in the new circumstances ⁽⁸⁶⁾.

One should believe, therefore, that some time in the past – before the formation of the ‘*contrat social*’ (Rousseau) or the

D.1,2,2,16; Dion. Hal. 5,19,5. The recent discovery of the writing *Lapis Satricanus*, dating from the very end of the six century B.C., confirms the theory that *Publiae Valerie* (called *Publicola* or *Poplicola*) was a historical figure, and that the law mentioned by Cicero actually could have been enacted right after the deposition of the kings. SERRAO, *Diritto privato. Economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, 1987, 108. However, even before this discovery some Romanists did not doubt the authenticity of this law. Cfr. DEVELIN, ‘*Provocatio*’ and *Plebiscites. Early Roman Legislature and the Historical Tradition*, *Mnemosyne* 31(1978), 45ss.

86) Cicero refers to the writings of pontiffs and augurs in claiming that the institution *provocatio ad populum* already existed in the time of the kings and that this instrument could be used against their decisions. Cic. *de rep. 2,31,54*: “*Provocationem autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales...*”

'*Klassenstaat*' (Marx) – the *sovereignty of the people* was an actual reality; but even if it is a myth, it is one created by men in their desire to give their primordial need for justice and equality the form of a legal norm. As with many others, this ideal, too, would turn, in the course of history, into its antipode by the ruthless struggle for power and domination over other people (87). The Roman legal heritage best confirms this dismal conclusion - but, unfortunately, it seems to have taught us nothing. It remains a bitter lesson from the past, and will remain such until it becomes clear that laws represent the foundation of human freedom: "*Libertas in legibus consistit*" (Cic. *de leg. agr.* 2,102).

87) It is a paradox that the Italian Romanists studied the question of the Roman people's sovereignty very intensively during Mussolini's reign. Cfr. LOMBARDI, *La 'sovranità popolare' in Roma*, in *Civiltà fascista*, Roma, 1939, 1-22.

Aproximación a la *usucapio pro herede* (2). Una hipótesis

por Alfonso CASTRO SÁENZ

(Universidad Hispalense - Sevilla)

Sumario: 1. Propósito de una segunda parte. 2. *Usucapio pro herede* y “*hereditas iacet*”. 3. *Usucapio pro herede* y *suus heres*. 4. *Usucapio pro herede* y *possessio*. 5. *Usucapio pro herede* y *aditio*. 6. *Usucapio pro herede* y *derelictio*. 7. *Usucapio pro herede* y *res nullius in bonis*. 8. *Usucapio pro herede* y *traditio in incertam personam*. 9. *Usucapio pro herede* y *successio*. 10. Conclusiones: una hipótesis sobre la *usucapio pro herede* en derecho arcaico y su evolución posterior.

1. **Propósito.**- Este escrito (1), que es continuación ineludible de un extenso artículo anterior en esta misma revista publicado (2), con el que viene a formar un todo unitario, se enmarca dentro de una permanente reflexión acerca de esta institución tan genuinamente romana y que tanto nos dice acerca de la sociedad y el derecho arcaicos de Roma. Parte de un *continuum*, supone un episodio más de un acercamiento que quizás vaya estimando concluido — dentro de lo que esto puede darse en la reflexión y el conocimiento humanísticos — y que viene a sistematizarse en un trabajo de cierta amplitud en vías de conclusión (3): un *work in progress*, en definitiva, y salvando todas las distancias de materia y modos, a la joyceana manera (4). Es, de esta forma y sin lugar a dudas, la *usucapio pro herede* la cuestión que una mayor y recurrente reflexión, progresivamente madurada, ha suscitado a lo largo de los años a quien esto escribe, y quizás sea imprescindible — y espero que no subjetivamente —, siendo como es el presente el hasta ahora último eslabón de una cadena larga relativamente, detallar, siquiera sea rápidamente, los extremos de la misma con el objeto

1) Reproduce mi comunicación *Derelictio, occupatio y usucapio pro herede*, anunciada en la LIII Sesión de la SIHDA (Exeter, 20-23 de septiembre de 1999).

2) CASTRO, *Aproximación a la usucapio pro herede*, RIDA 45 (1998), pp.143-208.

3) ÍDEM, Principios informadores de la *usucapio pro herede*. Un análisis social y jurídico.

4) LITZ, *From Work in Progress*, Transatlantic review, I abril, pp.383-399; vid. ELLMANN, *James Joyce*, (Barcelona, 1991, trad. E. Castro y B. Blanco), p.898.

de situar más adecuadamente estas páginas que ahora inicio. No se vea en ello signo de autocomplacencia alguno (5), que en mi caso — como seguramente en el de cualquier otro — sería ridículo, sino afán de recapitulación y claridad expositivas; las referencias bibliográficas en verdad fundamentales han sido ya consignadas en la primera parte, ya publicada, y a sus frutos se volverá en esta segunda, cuando sea — y lo será — imprescindible hacerlo. Ésta, en cualquier caso, se detendrá especialmente en el análisis de las fuentes jurídicas, principalmente gyanas, con un pormenor con el que, hasta ahora, quizás no haya acometido la tarea.

En primer lugar, me aproximé a la institución como manifestación del fenómeno posesorio de la *usucapio* en el concreto ámbito sucesorio (6); luego, y muy ampliamente, en su relación con el supuesto de hecho de la yacencia hereditaria (7), dentro del problema del estatismo de la *hereditas* en tal período y como consecuencia de la consideración de la herencia como una *res nullius in bonis* (8); más tarde, y en una primera redacción (9),

5) Remito a *Aproximación a la usucapio pro herede*, n.1.

6) CASTRO, *Aproximación a la usucapio pro herede como fenómeno posesorio*, comunicación presentada en la L Sesión de la SIHDA (Bruxelles, 16-19 de septiembre de 1996), incluida luego en mi artículo *Aproximación a la usucapio pro herede*, *cit. supra* n.1, concretamente en pp.166ss.y en especial 179-188.

7) IDEM, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Sevilla 1998, pp.114-136.

8) IBIDEM, pp.97-139, especialmente 108-139.

9) *Aproximación a la usucapio pro herede*, publicada en su primera redacción en RIDA 45 (1998), tal y como reflejo *supra* en nn.1 y 4.

en un sentido global que pretendía aprehender las diversas vertientes y aspectos de institución tan exhaustivamente tratada por buena parte de la doctrina especializada en derecho sucesorio⁽¹⁰⁾ y derechos reales⁽¹¹⁾. Hasta aquí, los diversos acerca-

10) BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni. Parte generale*, Milano 1974 (rist.), 276ss.; FONCILLAS, *La Usucapio pro herede*, Revista Crítica del Derecho Inmobiliario 82 (1931), p.721ss.; ÍDEM, 83 (1931), p.801ss.; ÍDEM, 84 (1931), p.909ss.; ÍDEM, 85 (1932), p.45ss.; ÍDEM, 86 (1932), p.97ss.; KRÜGER, *Die "usucapio pro herede"*, ZSS 54 (1934), p.80ss.; COLLINET, *Les variations de l'usucapion "pro herede" avant Hadrien*, Studi Riccobono 4, Palermo 1936, p.131ss.; GANDOLFI, *Sull origine della "usucapio pro herede"*, BIDR 61 (1958), p.271ss.; FRANCIOSI, *"Usucapio pro herede". Contributo allo studio dell'antica "hereditas"*, Napoli 1968; THOMAS, *"Rei hereditariae furtum non fit"*, TR 36 (1968), p.489ss.; TOMULESCU, *Gaius 2, 55 e l'"usucapio pro herede"*, Studi Grosso 4, Torino 1971, p.471ss.; MACCORMACK, *"Usucapio pro herede", "res hereditariae" and "furtum"*, RIDA 25 (1978), p.293ss.; GNOLI, *Sulla sottrazione di "res hereditariae" nelle Istituzioni di Gaio*, Studi Biscardi 3, Milano 1982, p.205ss.; GÓMEZ ROYO, *Bona fides und usucapio pro herede*, en AA.VV., *Questions de responsabilité*, Miskolc 1993, p.127ss., en el volumen conjunto con motivo de la celebración de la XLV Sesión de la SIHDA (Miskolc-Eger, 14-22 de septiembre de 1991); recientemente se tuvo la oportunidad de escuchar la aportación de POOL a la XLVIII Sesión de la SIHDA (Wien, septiembre de 1994), *L'usucapio pro herede entre Hadrien et Justinien: l'évolution d'une anomalie*, de la que existe un resumen en RIDA 42 (1995), pp.484-485. Cabe añadir que anomalía sólo lo es desde el punto de vista de la época que él precisamente estudia, no desde la óptica de los orígenes de la institución, pero sobre esto vid. *infra* §4-9-10.

11) GALGANO, *I limiti subbiettivi dell'antica usucapio*, Napoli 1913; BONFANTE, *Scritti giuridici varii. II. Proprietà e servitù*, Torino 1918, pp.469ss., 552ss., 683ss., 708ss., 748ss.; ÍDEM, *Corso di diritto romano, II.1. La proprietà*, Milano 1966-1968 (rist.), p.204ss.; KASER, *Eigentum und Besitz in älteren römischen Recht*, Weimar 1943, p.293ss., con 2ª ed. (Köln-Graz 1956); LEVY, *Die nachklassische Ersitzung*, BIDR 51-52 (1948), p.352ss.; MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der "usucapio" 1*, ZSS 77 (1960), p.16ss.; ÍDEM, *Studien... 2*, ZSS 78 (1961), p.221ss.; ÍDEM, *Studien... 3*, ZSS 79 (1962), p.86ss.; ÍDEM, *Elementarliteratur über die "usucapio"*, Studi Betti 3, Milano 1962, p.453ss.; ÍDEM, *Das Putativtitelproblem bei der "usucapio"*, Köln-Graz 1962; SEIDL, *Zur Vorgeschichte der Ersitzung*, SDHI 39 (1973), p.47ss.; FABBRINI, s.v. *Usucapione (diritto romano)*, NNDI 20 (1975), p.280ss.; VACCA,

mientos, mas o menos directos o extensos, se habían desenvuelto dentro de las coordenadas de una usucapión extraordinaria vinculada a la herencia yacente ⁽¹²⁾, sin escarbar hacia terrenos en principio vedados por la generalidad de la doctrina más allá de la yacencia ⁽¹³⁾; la siguiente aproximación, en cambio, si bien tangencial fue significativa — en lo que respecta a mí, naturalmente —, al enfocar por primera vez la institución de la *usucapio pro herede* como parte del engranaje conjunto de las sucesiones romanas y de su naturaleza en los primeros tiempos ⁽¹⁴⁾ y comprobar que en ellas ya se apreciaban elementos que

Osservazioni in tema di "iusta causa" e "bona fides" in relazione all'"usucapio pro derelicto", Studi Sanfilippo 4, Milano 1983, p.773ss.; KASER, *Altrömisches Eigentum und "usucapio"*, ZSS 105 (1988), p.122ss.; VACCA, s.v. *Usucapione (diritto romano)*, ED 45 (1992), p.989ss.

12) Cabe añadir, en este sentido, a este esbozo de mis acercamientos al tema de la *usucapio pro herede* dos trabajos más, que lo trataban tangencialmente: CASTRO, *Responsabilidad en la "hereditas iacet" y su solución en el Código de Luisiana*, en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Murcia, 1-3 de febrero de 1996* (Murcia-Oviedo 1998), pp.481-493, e ÍDEM, *Los elementos personales y materiales en la herencia yacente según los textos de Paulo*, en AA.VV., *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, Reggio Calabria 1999, volumen conjunto al cuidado de Isabella Piro con motivo de la LI Sesión de la SIHDA (Crotona-Messina, 16-20 de septiembre de 1997) pp. 273-288.

13) Así vid., por ejemplo, CASTRO, *Ficción jurídica y usucapio pro herede en la yacencia hereditaria*, en *Actas de las I Jornadas Andaluzas de Derecho Romano, Jaén, 20-21 de noviembre de 1997* (Jaén 1999), pp.163-174, donde todavía no se ha dado el paso hacia un análisis de una posible *usucapio lucrativa* en caso de suceder heredero automático, pero ya se intuye la vía.

14) ÍDEM, *Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano, Orense, 16-18 de abril de 1998* (Vigo 1998), pp.209-224, en concreto 223.

permitían un planteamiento de la figura dentro de unas coordenadas diferentes ⁽¹⁵⁾: el mencionado estudio concluía, sin profundizar en exceso — no era el lugar oportuno —, con la constatación de la prueba indirecta que su misma existencia suministraba de la debilidad del *suus heres* en la época primitiva ante el poder paterno, y al tiempo se intuía la posible relación entre *usucapio lucrativa* y sucesión automática. Inmediatamente tales impresiones fueron incorporadas — pero muy levemente — a una ulterior versión, sólo relativamente ampliada ⁽¹⁶⁾, de mi estudio global sobre el tema, que ya no pudo lógicamente incluirse en el texto entonces en prensa ⁽¹⁷⁾ y que puede encontrarse en otra sede ⁽¹⁸⁾ bajo el mismo título ⁽¹⁹⁾. Tal visión, ya plenamente cuajada en todos sus elementos — incluidos los evidentemente polémicos — ha sido ya tratada con suficiente

15) El acercamiento que se pretendía renovador hacia la *usucapio pro herede* y que data de mitad del año 98 se dibujó en tres estudios y dos líneas diferentes: una que situaba la atención fundamentalmente en la ubicación de la institución dentro del esquema de las sucesiones romanas y otra que incidía especialmente en el flanco hondamente posesorio de esta modalidad de usucapión. Esta última vertiente se halla estudiada en *La posesión y los mecanismos "causales" de adquisición de la propiedad*, Apollinaris 71 (1998), pp.257-287, concretamente 283-285, y *Aproximación posesoria al concepto y estructura de la hereditas*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 91 (1998-1999), pp.111-137, en concreto 114-120 y 136; ambas se tratan en *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.160-188.

16) En sus epígrafes 2.1 y 3.

17) El correspondiente a *Aproximación a la usucapio pro herede, cit.*, pp.160ss., pero sobre todo 183ss. Por lo demás, no hubo pruebas de imprenta de este estudio.

18) *Estudios de derecho sucesorio romano*, §8, en prensa.

19) Y que se desarrollan temáticamente en estas mismas páginas complementarias a partir de §2.

atención en relación con las sucesiones en general ⁽²⁰⁾ y lo está siendo actualmente en cuanto modalidad de la *usucapio* dentro del sistema causal de adquisiciones romano ⁽²¹⁾.

Cabe realizar ahora una síntesis, y en algunos puntos concretos un auténtico desarrollo, de tales reflexiones de años ⁽²²⁾ antes de enunciar la hipótesis objeto de estas páginas complementarias ⁽²³⁾; la naturaleza efectivamente de complemento que respecto de *Aproximación a la <usucapio pro herede>* mantienen éstas que siguen obligará a la remisión constante a puntos concretos de aquel artículo, primera parte de un todo del que éste es la segunda.

2. “*Hereditas iacet*” ⁽²⁴⁾.- Suele decirse — y yo lo he dicho también ⁽²⁵⁾ — que la *usucapio pro herede* es un fenómeno

20) CASTRO, *Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos*, BIDR 98-99 (1995-1996, public. 1999), §5.b.; ÍDEM, *Contribución al estudio de la sucesión testada en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos*, §2.3, en vías de publicación en SDHI 66 (2000); pero sobre todo ídem, *Contribución al estudio de la sucesión intestada en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos*, §5, en vías de publicación en INDEX 28 (2000).

21) ÍDEM, *El sistema causal romano de adquisición de la propiedad*, en vías de publicación.

22) 1996-1999.

23) Vid. sobre ella *infra* §10.

24) *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.159.

25) CASTRO, *La herencia yacente*, *cit.*, p.120; en concreto empleo el término “*naturalmente*”.

natural de la herencia yacente ⁽²⁶⁾. Suele entenderse por ello, de igual modo, que *usucapio pro herede* y yacencia hereditaria son conceptos que se necesitan, pudiera decirse que ontológicamente; sobre esto — y hasta donde juzgo prudente extenderme — yo ya no estoy tan seguro, pese a que se trata de afirmación acogida diríase que unánimemente y por lo mejor de la doctrina ⁽²⁷⁾. En sentido estricto, la *usucapio pro herede*, sin embargo, requiere no tanto de la pendencia de los bienes en espera de la aceptación hereditaria cuanto de la producida por la espera de aprehensión posesoria; en definitiva, no depende tanto de la *aditio* jurídica como de la *aditio* “posesoria” ⁽²⁸⁾. Cabe cumplir por medio del año de posesión ininterrumpida el despojo definitivo de los bienes hereditarios más allá de la aceptación, siempre que no hayan sido aprehendidos de forma efectiva los bienes por el heredero; es algo puesto de manifiesto por solvente doctrina ⁽²⁹⁾, aunque con frecuencia se olvida por los no especialistas, y — lo

26) Sólo en Italia, y por limitarme a acercamientos institucionales de gran prestigio en las últimas décadas, vid., entre otros, GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1992, 9ª ed., p. 488; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1993, 4ª ed., p.316. Entre la antigua manualística vid., por todos, BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1952, 2ª ed., pp.616-617; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1991, 14ª ed., p.556. Cfr., en todo caso, la visión de TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.692.

27) Vid., aparte de las anteriores, las referencias bibliográficas que recojo — y hay muchas más- en CASTRO, *Contribución al estudio de la sucesión intestada*, cit., nn.98-99.

28) Esta expresión hay que emplearla con suma prudencia; vid. *infra* §4-5.

29) BIONDI, *Corso di diritto romano*, Milano 1934, p.141; por mi parte remito a CASTRO, *La herencia yacente*, cit., pp.108-111, con discusión de textos, e ÍDEM, *Aproximación posesoria*, cit., pp.116, 137.

que es más importante — encuentra inequívoco apoyo en las fuentes (30). Del mismo modo, y por idéntico motivo, resulta imposible usucapir *pro herede* contra el llamado que, sin aceptar inequívocamente, ha entrado en la posesión de los bienes, pues eso supone una *usurpatio* que rompe la cadena posesoria del usucapiente. Asunto distinto es determinar si la efectiva toma posesoria del *heres* no puede en definitiva asimilarse a una *pro herede gestio* que, sin los ostentosos ropajes de la *cretio*, cumpla también suficientemente con el fin de la *aditio* (31): habría que estar al caso concreto para determinarlo en cada momento y, además, conviene no olvidar el origen probablemente posesorio de la *gestio* mencionada (32). En este reverso, en cualquier caso, del principio posesorio que rige yacencia y *usucapio* las fuentes resultan igualmente inequívocas (33).

Lo son también para la evolución de la figura en época histórica, cuando Adriano convierte (34) la *usucapio* hereditaria en una modalidad identificada a las usucapiones ordinarias: singular ya desde antes de su intervención (35) y ahora edificable necesaria

30) Cfr. D.25.2.6.6 y especialmente D.47.19.2.1.

31) Sobre este segundo modo de *aditio* cfr., entre otras muchas referencias, la específica aproximación de TONDO, *Osservazioni intorno alla pro herede gestio*, AG 153 (1957), p.3 y ss, y los trabajos recientes y específicos de BEDUSCHI, *Hereditatis aditio* 1, Milano 1976; y COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio* 1. *La struttura originaria del gerere pro herede*, Milano 1987.

32) Vid. sobre esto *infra* nn.74 y 97.

33) Cfr. Gai.3.201; D.25.2.6.6; D.47.4.1.15.

34) A través de un senadoconsulto que nos refiere Gayo en Gai.2.57.

35) Sin duda en el siglo I, pero es posible que ya antes en el período de los Escévolas; en la primera dirección cfr. D'ORS, *Derecho romano privado*,

— y casi imposiblemente — sobre la buena fe, resulta hasta perseguible con la *hereditatis petitio*. Digo imposiblemente porque resulta materialmente difícilísimo que un individuo aprehenda posesoriamente, en el transcurso de la sucesión, un bien de la *hereditas* desconociendo, en verdad por completo, la naturaleza hereditaria del bien en cuestión. Como sobre el papel esto es factible y como cabe imaginar algún supuesto, por infrecuente que se nos antoje — tampoco es fácil el conocimiento de las pendencias posesorias en el ámbito de las sucesiones romanas —, en que tal suceda, el principio se enunció por Adriano de forma efectiva. No es difícil, por otro lado, imaginar que con tal ímproba exigencia al usucapiente *pro herede* buscaba Adriano (y su más que probable inspirador, Juliano), directa e inapelablemente como evidente objetivo, el *acorralamiento* jurídico del despojo *libre* connatural al primitivo fenómeno posesorio de la vieja modalidad extraordinaria de usucapición hereditaria.

En la hora adrianea, pues, yacencia y *usucapio* se necesitan “y esta modalidad se inicia sin excepción en el transcurso de la yacencia” (36). Pero ello es fruto de un caldo de cultivo muy concreto: el de una jurisdicción pretoria que ha comenzado desde hace tiempo a potenciar con el vehículo posesorio/procesal de la

Pamplona 1989, 7ª ed., p.229, y FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano*, Madrid 1997, 3ª ed., p.523; en la segunda vid. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede*, cit., p.133.

36) *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.159.

bonorum possessio a quien *legítimamente* merece disfrutar jurídica y posesoriamente los bienes de la herencia; el de una jurisprudencia que, de la mano juliana, ha ido tejiendo todo un sutil entramado de referencias jurídicas para *llenar de algo la yacencia* y tender un puente entre causante y heredero, el puente justo contra el que embiste por naturaleza el expolio hereditario; el de una legislación imperial que, en sintonía con este humus nutriente del renovado *ius*, tiende a reforzar cada vez más la posición del heredero. Y atiéndase al hecho no destacado de que, si lo que Adriano acomete en pos de este ideal lo culmina Marco Aurelio ⁽³⁷⁾, lo que Adriano establece en su disposición quien se lo sugiere es sin duda Juliano, precisamente el creador de una teoría, la de la *hereditas persona*, que tiende a unir inextricablemente y de forma inmediata la personalidad del causante con la persona del heredero, a través de la materialidad misma de la *hereditas*. Quien dota a la “*hereditas iacet*”, en el plano jurisprudencial, de la *personalidad* de la que adolece en el plano humano es también quien inspira la iniciativa legislativa que paraliza la mayor de las amenazas a la integridad de tal *persona*. Y que la personificación juliana se elabore sin afanes generalizadores y por los solos motivos prácticos de la supervivencia hereditaria prueba, si cabe más a las claras, la motivación y la autoría real de una iniciativa que, como la adrianea, lo que permitió es una efectiva *desvulneración* de la

37) Con la creación, en atribución polémica, del *crimen expilatae hereditatis*. Cfr. sobre él D.47.19.1 y C.9.32.6 (a. 249). Con acopio bibliográfico y de fuentes vid. CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, pp.128-134.

hereditas en el más vulnerable de los flancos de su yacencia: el posesorio.

3. *Suus heres* ⁽³⁸⁾.- Es casi seguro que, aún antes — y aún bastante antes, cabe decir — de la intervención adrianea cuya noticia Gayo nos transmite, se limitó, como el propio Gayo recoge ⁽³⁹⁾, el radio de acción de la *usucapio pro herede* al caso de la sucesión voluntaria. Tal limitación, en la forma en que Gayo nos la refiere, es de indefinida ubicación cronológica y se me antoja totalmente precipitado considerar de la literalidad del texto gayano el enunciado de una regla general, indiferenciada para todo tiempo, aplicable por tanto a lo largo de la entera evolución de la institución.

El texto es ciertamente parco.

Gai.2.58 : *Necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest.*

De la sucesión de fragmentos que en el *commentarijv secvndvs* se dedican a la *usucapio pro herede* ⁽⁴⁰⁾ se deduce, antes bien, que tal fragmento tiene una muy concreta situación temporal ⁽⁴¹⁾, dentro de una sucesión de textos que reflejan una

38) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.163-166, 203.

39) Gai.2.58.

40) Gai.2.52-59.

41) Cfr. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milano 1956, p.100.

distribución no lineal pero sí muy clara de la evolución de la figura. Paso a resumirla, tal y como la veo:

a): primer bloque de textos acerca del presente de la institución (siglo II):

-2.52: se presenta la *usucapio pro herede* como una excepción al principio general de que las usucapiones tienen que motivarse en la buena fe (42).

-2.53: se dice que el plazo de la usucapición es de un año incluso para los bienes inmuebles (43).

b): bloque de textos referidos al derecho del pasado:

- 2.54: se explica el origen de la institución y de la consideración decenviral de la herencia como una cosa no inmueble y ni siquiera corporal, por lo que cabe su usucapición en sólo un año (44).

-2.55: se habla de que los antiguos (45) deseaban con ello que la herencia fuese adida con la mayor prontitud posible.

42) Es texto que se refiere indiscutiblemente al presente de quien escribe: *quae species possessionis et usucapionis pro herede uocatur*.

43) Resulta inequívoco que se refiere al mismo tipo de usucapición del fragmento anterior: *haec usucapio*.

44) Obviamente Gayo se retrotrae en el tiempo para bucear en los orígenes — para él absolutamente nebulosos- de la institución; una diversidad de términos explicita muy a las claras esa búsqueda de lo pretérito (*olim; credebantur; scilicet*), y se llega a citar expresamente el código decenviral: *lex enim XII tabularum*.

45) Se alude expresamente a ellos (*veteres*) y genéricamente a “aquellos tiempos” (*illis temporibus*), pero Gayo se cuida mucho de aludir a las Tablas,

-2.56: se califica la usucapión dibujada en estos parámetros de *lucrativa* (46).

c): segundo bloque de textos referidos a la modalidad del presente histórico-jurídico de Gayo.

- 2.57: desde cierto senadoconsulto adrianeo (47) el heredero puede reclamar las cosas que hayan sido objeto de despojo y consiguiente usucapión y éstas no se tendrán por usucapidas.

-2.58: no cabe *en el presente de Gayo* (48) tal usucapión contra los herederos necesarios.

Un segundo texto de Gayo que se manifiesta en idéntico sentido que I.2.58 — me refiero a Gai.3.201 — lo hace también dentro de una exposición de la situación jurídica que se atiene a una distribución temporal de la misma, creo que muy clara:

quizás por su conocimiento — o, más discutiblemente, porque no esté seguro- de que lo que está explicando es una regla decenviral o simplemente algo introducido después, todavía en el marco del derecho antiguo, por la *interpretatio pontifical*.

46) Sigue refiriéndose Gayo a la modalidad del viejo derecho, como inequívocamente refiere al principio del fragmento: *haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucratiua uocatur*.

47) Desde el pasado que nos ha estado refiriendo Gayo pasa a afirmar el cambio producido en la institución por la norma adrianea: *nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum*.

48) Continúa Gayo refiriéndose a la modalidad reformada por Adriano, que es la vigente en su tiempo; son claros la forma verbal empleada (*potest*) y el empleo del “*tamen*”, que alude a lo que se ha dicho en el texto anterior.

- 3.189-191: se habla del *furtum* en las XII Tablas (49).
- 3.192: se habla de una modificación del pretor (50), para volver de inmediato al estudio de las Tablas (51).
- 3.193-194: Gayo prosigue su análisis decenviral al hilo de su última alusión a la *Lex* (52).
- 3.195: se introduce un texto que conlleva una pausa en esta vuelta a los orígenes y que, aunque de redacción neutra y por tanto extensible a cualquier fase en la evolución del hurto, sirve para introducir un análisis, ahora ya ininterrumpido, a la modernidad jurídica del *delictum*: me inclino a pensar, en cualquier caso, que el fragmento reproduce una visión jurídica más moderna del *furtum*, porque Gayo introduce una ampliación del viejo concepto de la *amotio rei* hacia el más omnicomprendivo y sutil de la *contrectatio* (53).

49) Gayo es muy explícito: *ex lege XII tabularum* (3.189); *per legem XII tabularum* (3.190); *ex lege XII tabularum* (3.191).

50) *Ex edicto praetoris introducta*.

51) *Lex autem eo nomine nullam poenam constituit*.

52) “*Quid sit autem licium, quaesitum est*” (3.193) se usa para iniciar la explicación de un término del código decenviral al que se ha aludido en el texto anterior; “*quae res ridicula est*” (3.193a) se refiere implícitamente a la Ley; “*propter hoc tamen quod lex*” (3.194) resulta inquívoco.

53) *Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*. En cualquier caso, no es éste el momento ni el lugar para debatir sobre el hurto y el itinerario histórico de flexibilización ampliadora del acto furtivo, que, seguramente, en época arcaica, incluía también la no devolución de los objetos voluntariamente entregados por el previo poseedor y no sólo los directamente desplazados por el ladrón.

-3.196-209: se habla inequívocamente del *furtum* en el derecho romano moderno, pues se alude a instituciones desconocidas en el viejo derecho decenviral, como el comodato ⁽⁵⁴⁾, la prenda ⁽⁵⁵⁾, el arrendamiento ⁽⁵⁶⁾ o el depósito ⁽⁵⁷⁾, a la figura del pretor, bien directamente ⁽⁵⁸⁾, bien a través de instrumentos que le son propios e intransferibles ⁽⁵⁹⁾, o a conceptos desarrollados plena y jurídicamente más allá del seno del *ius civile*, como el de posesión de buena fe ⁽⁶⁰⁾.

En tal contexto se sitúa el siguiente texto que nos interesa aquí:

Gai.3.201: *Rursus ex diuerso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, velut res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam*

54) Gai.3.196-197-206.

55) Gai.3.200 y 204. No es éste el lugar apropiado para tratar de la obscurísima *actio legis per pignoris capionem*; bastará con recordar para lo que aquí nos interesa que el *pignus* es protegido/creado por vez primera por el pretor con una *actio in factum* copiada del esquema crediticio de la *condictio*. Entre otras muchas referencias vid. D'ORS, *Creditum y contractus*, AHDE 23 (1953), p.186.

56) Gai.3.205.

57) Gai.3.207.

58) Gai.3.209.

59) Gai.3.202, donde se alude a la acción útil (*videbimus an utilis dari debeat*).

60) Gai.3.200.

necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse.

Ello obliga a considerarlo, de nuevo, como una referencia de Gayo a su presente jurídico y no a una pretendida realidad inmutable para una institución — la *usucapio pro herede* — sometida como pocas a los vaivenes de la evolución social, económica y jurídica romanas. Que el texto gayano mencionado se refiere, además, específicamente a la segunda modalidad (*usucapio* todavía *lucrativa* pero ya singular) y no a la más antigua (*usucapio lucrativa* global) ⁽⁶¹⁾, ni tampoco a la *usucapio pro herede* sin distingos de épocas, lo he destacado por primera vez en otro trabajo ⁽⁶²⁾ y no es necesario — creo que por evidente — detenerse más en ello; bastará con resaltar, una vez más, que en el fragmento Gayo *expresamente* habla de “*res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem*”, es decir: se individualizan las cosas de la herencia que son o no poseídas por el heredero y las que no lo son pueden ser aprehendidas y usucapidas *pro herede* por un tercero, con lo que se descarta la posibilidad de una usucapación completa de la totalidad de la herencia. Este detalle nos sitúa en el siglo I o, a lo sumo, a fines de la República ⁽⁶³⁾.

61) Cabe una diferenciación interna de esta primera modalidad de *usucapio pro herede*, pero conviene ir por partes; para ello vid. *infra* §4, con el análisis conjunto — más ahondado que en §3, porque parte de él- de Gai.2.54 y Gai.2.55-56, y también §10.

62) CASTRO, *Contribución al estudio de la sucesión intestada*, *cit.*, §5, en vías de publicación a la hora de redactar estas páginas, completado ahora aquí *infra* §4.

63) Vid. *supra* n.35.

Estas reflexiones creo que descartan que se puedan utilizar los fragmentos gayanos contenidos en I.2.58 y 3.201 como argumentaciones inequívocas de una genérica imposibilidad de usucapir *pro herede* en contra de *sui heredes*, pues ambos se refieren a momentos históricos muy concretos: el primero se centra en la usucapición reformada por un Adriano que la uniformiza despojándola de su condición de *lucrativa*; el segundo se ocupa de la segunda modalidad de *usucapio pro herede*, todavía *lucrativa*, pero ya no global. Esto significa que no hay testimonio gayano referido a la usucapición hereditaria en relación con la sucesión automática con respecto a los más antiguos tiempos jurídicos, lo que obliga, al menos, a un replanteamiento crítico de la cuestión.

4. **Possessio** (64).- Conviene ir por partes. Aún hay un — creo que aparente — escollo para sostener la interpretación de los textos de la *instituta* referidos a la *usucapio pro herede* como acaba de hacerse en estas páginas. El propio Gayo en I.2.55 había hablado de *aditio* para explicar el fundamento o al menos el objetivo de tal modalidad de *usucapio*; según su testimonio, los antiguos habían concebido una institución tan drástica como ésta para que las herencias fueran prontamente adidas:

quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri.

Ello parecería invalidar toda posibilidad de concebir una *usucapio pro herede* contra *heres* necesario en la más antigua

64) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.173-174.

época, pues Gayo, en el transcurso de su explicación de la antigua modalidad de la misma — que, como he explicado, se extiende entre los fragmentos 2.54 y 2.56, ambos inclusive — viene a referirse al objetivo de la *aditio* como fundamento último de la institución, lo que nos volvería a circunscribir — en principio — al supuesto de la yacencia y por tanto de la sucesión voluntaria, vedándonos la posibilidad misma de concebir, para los tiempos primigenios, una usucapión extraordinaria contra *suus heres*.

Esto, sin embargo, no es más que una impresión superficial. En el necesario ahondamiento que tema tan delicado conlleva creo oportuno indicar dos cosas:

- Gayo cuida mucho de no referirse en este caso a las XII Tablas y habla de los *ueteres*, lo que supone una profunda indeterminación temporal.

- el término *aditio* resulta equívoco y de más nebulosa concreción para la antigua época.

El primer dato es, a mi modo de ver, claramente indicativo de que lo que Gayo está relatando pertenece al derecho antiguo, pero no a las XII Tablas, porque en ese caso hubiese hecho la expresa mención a las mismas que hace en el fragmento inmediatamente anterior ⁽⁶⁵⁾: ello retrasa la ubicación cronológica *interna* del relato a una época posterior al código decenviral. Es, naturalmente, inverosímil pensar que a una anterior: Gayo tiene un conocimiento desequilibrado del derecho antiguo en líneas

65) Gai.2.54.

generales (aunque frecuentemente se refiere a él ⁽⁶⁶⁾), pero no sabe absolutamente nada del derecho predecenviral. El término “*ueteres*” es seguramente indicativo de que Gayo está pensando en la Jurisprudencia pontifical ⁽⁶⁷⁾ que estiró la inflexible textura decenviral hasta donde fue posible o, a lo sumo, en la Jurisprudencia laica veterana que siguió en estrecho contacto con el colegio pontifical y cuya aparición y desarrollo histórico responde a la laicización del derecho, producida por el cúmulo de factores que han venido a sintetizarse *modélicamente* en la tradicional actuación de Gneo Flavio ⁽⁶⁸⁾. Me inclino a pensar, en cualquier caso, desde un intento de rescatar el verdadero espíritu del *texto* de Gayo en el *contexto* de fragmentos que lo rodean, que el maestro antonino se refiere a una época en verdad antigua, pero posterior a las Tablas — esto por las razones que acaban de exponerse —, y ello debe situar el objeto del relato en tiempos de la interpretación pontifical, cuando aún no se han producido las grandes transformaciones sociales, económicas y jurídicas que propiciarán un cambio notabilísimo en el panorama jurídico de la

66) Sobre esto vid. MACQUERON, *Storia del diritto ed arcaismo in Gaio*, en *Gaio nel suo tempo*, Napoli 1966, pp.76-81, especialmente 77, 79-80; vid. HORVAT, *Gaio e le fonti del diritto*, *ibíd.*, p.37, sobre el concepto gayano de *ius civile*.

67) Coincido en esta datación del texto con la propuesta por BISCARDI, *Postille gaiane*, *ibíd.*, p.20.

68) Sobre esta concreta coyuntura vid., entre otros, CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid 1996 (trad. GUTIÉRREZ MASSON), p.31; BRETONI, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1991, 5ª ed., pp.153-154, 464-465; PARICIO, *Los juristas y el poder político en la antigua Roma*, Granada 1999, pp.33-39. En este último caso cito por la 1ª ed., ya agotada el año de su publicación, por lo que al dar a la imprenta estas páginas está a punto de publicarse una segunda.

Roma de mediados y fines de la República. Otra cosa conllevaría, probablemente, la ruptura lógica que parece presidir la sucesión de los textos correspondientes a un derecho antiguo que se describe — muy someramente, sin duda — en I.2.54 (*lex enim XII tabularum*) y 2.55 (*quod uoluerunt ueteres*), pues la actividad de la Jurisprudencia veterana laica no constituye, sin más, parte de la historia del derecho antiguo de Roma, sino el principio de la apertura hacia un orbe nuevo de derechos para la urbe ⁽⁶⁹⁾, por mucho que sean sobre todo Labeón — espiritualmente, *el último de los republicanos* — y, en mi opinión, Trebacio antes que él, en muchos aspectos ⁽⁷⁰⁾, los que protagonicen tal ensanchamiento de horizontes ⁽⁷¹⁾.

69) Perfectamente ejemplificado en el tránsito de Quinto Mucio Escévola a Servio Sulpicio Rufo, las dos grandes antorchas de la Jurisprudencia laica veterana: el primero todavía será *pontifex maximus*, concibe el jurisprudencial como un ejercicio aristocrático — lo que propició su célebre choque con Servio, siendo éste muy joven- y no concede atención al derecho honorario (vid. una convincente explicación del porqué en PARICIO, *op.ult. cit.*, p.46); el segundo, en cambio, mucho más joven y que le sobrevivió cuarenta años, pertenece a una generación en franco engarce con las realidades de su vertiginoso tiempo, lo que explica, entre otros motivos, su clara sintonía con Cicerón, y el nada desdeñable dato de que de él fuese el primer comentario — breve todavía, de sólo dos libros- *ad edictum*.

70) Por ejemplo, en la utilización modernísima del componente anímico en la posesión (cfr. D.41.1.5.1), en cierto sentido más avanzado que el de Labeón (cfr. D.18.6.1.2); vid. *infra* n.123 y la referencia bibliográfica allí contenida.

71) Sin duda el carácter innovador de Trebacio, en muchos aspectos autor *adelantado* a su tiempo, fue lo que, pese a su prestigio de gran jurista, provocó su consideración también de jurista minoritario, poco seguido habitualmente — incluso en ocasiones por su propio discípulo Labeón- en sus planteamientos progresistas; en más de un sentido fue una *isla* en un mar generalmente ajeno. Sobre esto sería interesante volver en otro trabajo; de

Sin duda fue posible, en el ámbito de esa *interpretación sin revoluciones* que fue tal actividad pontifical (72), restringir una hipotética *usucapio pro herede* factible en época muy temprana frente al *suus heres* que no entrase en la posesión de los bienes hereditarios (y no cumplierse, por tanto, con sus deberes de sucesor) y circunscribirla tan sólo al marco de las sucesiones voluntarias. Ello estaría en concordancia con la evolución de los tiempos y las transformaciones experimentadas por el derecho sucesorio en el ámbito todavía del *ius civile* tardío y de la legislación republicana más adelantada — como el establecimiento jurídico —privado de la sucesión legítima formal o la creación jurídico-pública de la *querella inofficiosi testamenti* (73) —, tendentes en su conjunto al fortalecimiento de la posición — estimo que muy endeble — del *suus heres* en época arcaica. Piénsese que si la *bonorum possessio* puede favorecer al heredero civil, siendo como es una creación pretoria, la Jurisprudencia veterana, asida todavía a los rudimentos jurídicos del *ius civile vetus* (y mucho más en el seno del colegio pontifical), lo haría mucho más y mucho más naturalmente.

momento, cfr., en cualquier caso, el expresivo testimonio de Pomponio en D.1.2.2.45.

72) Vid. al respecto IGLESIAS, *Derecho romano*, Barcelona 1999, 12ª ed., p.65.

73) Remito a CASTRO, *Contribución al estudio de la sucesión legítima*, cit., n.47, con bibliografía, sobre el adelantamiento en la creación de este último instrumento al año 241 a.C. aproximadamente.

Con respecto al segundo dato al que antes aludía, es evidente para mí que Gayo se refiere a la adición necesariamente como forma de aceptación, y por tanto como fenómeno propio de la sucesión voluntaria, y no a un fenómeno posesorio: *aditio* en su época tiene un inequívoco significado ⁽⁷⁴⁾, lo tenía en el mismo sentido en época (que es el que él sigue, porque no dice lo contrario) republicana y no sabemos hasta qué punto alguna vez, en los oscuros orígenes, pudo significar otra cosa: aprehensión en sentido posesorio ⁽⁷⁵⁾. Cabe argumentar que en la primigenia edad se sucediese aprehendiendo los bienes del fallecido ⁽⁷⁶⁾ y es lógico considerar que en la estructura cuasicívica que venía a constituirse lentamente por coagulación de lo jurídico se reservase

74) Aunque la doctrina se ha dividido a la hora de analizar los diversos modos en que ésta se materializa. Así, junto a los dos clásicos e indiscutibles de la *cretio* y la *pro herede gestio*, recientemente CALZADA, *La aceptación de la herencia en el derecho romano. Aditio nuda voluntate*, Zaragoza 1995, pp.13, 33, 60ss., 146ss., defiende la existencia, precisamente desde el testimonio gayano, de una tercera forma independiente de adición: la *aditio nuda voluntate*. Muestra de que en tal vertiente de la cuestión la *opinio* no es en modo alguno pacífica es PARICIO, *¿Tres modos de aceptación de la herencia?*, LABEO 45 (1999), pp.244-253, que se opone directamente a la tesis de Calzada. Hay bibliografía clásica de importancia al respecto; vid. sobre ello CALZADA, *op.cit.*, con las obras recogidas en pp.60ss., y PARICIO, *op.ult. cit.*, nn.1-2-6.

75) Sobre la perfecta distinción en época temprana entre adición y aprehensión posesoria vid. BONFANTE, *Scritti 2, cit.*, pp.484, 687; IDEM, *Corso II.2, cit.*, p.210; IDEM, *Corso VI, cit.*, pp.84ss., 230, 234; cfr. sobre esto más modernamente FRANCIOSI, “*Usucapio pro herede*”, *cit.*, p.14.

76) BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano 1954, p.236, sostiene, probablemente con razón, que originariamente el término *aditio* — que, literalmente, significa “*ir hacia*” — aludía a la efectiva toma de posesión de los bienes de la herencia. En un caldo prejurídico esto era inevitable; en los primeros desenvolvimientos de lo jurídico, muy probable. Vid. *infra* n.97.

tal facultad para los miembros de la familia del muerto. No obstante, esa levísima juridización que suponía ya la preferencia comunitaria dada a los familiares no podía sino implicar dos cosas:

- en el flanco posesorio de la sucesión — es decir, en su realidad humana más inmanente — la preferencia socialmente aceptada decae en tanto en cuanto los potenciales ocupantes preferentes — que son los familiares más cercanos — manifiestan su desinterés o impericia en la aprehensión de los mismos.

- en el flanco jurídico que ya se advierte, titubeante pero evidente, en la propia preferencia social, se introduce, en germen pero inequívocamente, una tendencia a *juridizar* plenamente lo que es, en cuanto que manifestación de lo social, fenómeno *vitalmente* jurídico: la sucesión misma.

El primero de los elementos — el posesorio — es, a mi modo de ver indiscutiblemente, el caldo biológico del que se nutre la *usucapio pro herede*, en estos tiempos magmáticos una usucapición más, que sólo será extraordinaria cuando sean perfectamente delimitados en época histórica los diversos fundamentos de la usucapición, y en concreto el de la justa causa y la buena fe (77), y quede evidente constancia de su especificidad. Sólo entonces recibirá la calificación de *lucrativa*:

77) Sobre este definitivo perfilamiento de los elementos constitutivos de la *usucapio* vid., por todos, la síntesis de TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp.424-425.

Gai.2.56: *Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur, nam sciens quisque rem alienam lucri facit.*

Este fragmento gayano pertenece al conjunto de ellos que se ocupan de la primera modalidad *histórica* de *usucapio pro herede*. Cabe ahora perfilar, en este progresivo ahondamiento, en la sistematización que hice anteriormente ⁽⁷⁸⁾ del bloque de textos que en las *Institutiones* se consagran a la *usucapio pro herede*: es casi seguro que en todos ellos, y de modo evidente en éste, Gayo no se refiere a la antiquísima usucapación hereditaria de los primitivos tiempos, sino a un segundo escalón, todavía muy antiguo, en el que ya se concebía como una modalidad extraordinaria y es casi seguro que ya no cabía el despojo ante los *sui heredes* inoperantes ⁽⁷⁹⁾. Ello arrojaría, desde un análisis lógico y filológico de los textos, el siguiente cuadro del acercamiento gayano a la institución:

1ª.- Gai.2.52-53: modalidad adrianea de usucapación hereditaria, que es ya singular ⁽⁸⁰⁾, que ha dejado de ser lucrativa ⁽⁸¹⁾ y que por supuesto — y debe de ser desde

78) Vid. *supra* §3.

79) Esto es así porque el fragmento constituye una sucesión lógica (“*haec autem species possessionis et usucapionis*” es el inicio) del anterior (Gai.2.55), en el que se habla de *aditio*. Vid. *supra* n.46 e *infra* en el texto.

80) Recuerdo que ya desde algún momento del período comprendido entre el pontificado de Publio Mucio Escévola en el 130 a.C. y el siglo I d.C., en la fase inicial del Principado; vid. *supra* n.35.

81) Por intervención del propio Adriano (Gai.2.57): *sed hoc tempore iam non est lucrativa (...) ex auctoritate Hadriani senatusconsultum*. Vid. *supra* n.47.

hace mucho tiempo, porque Gayo no sabe desde cuando — no cabe contra heredero necesario (82).

2ª.- Gai.2.54: modalidad decenviral de usucapión hereditaria, que es global, no es todavía lucrativa (porque, al no exigirse la buena fe para la usucapión en general, todas son — si se quiere *ad absurdum* — lucrativas por esencia), ni extraordinaria (83) y es muy posible que se permitiese contra los *sui heredes* que no entrasen en la posesión de la herencia, aunque sobre esto Gayo no se pronuncia; en cualquier caso, antes de las Tablas, en una más que probable usucapión predecenviral que no distinguiría entre diversas modalidades, todo hace indicar que tal posibilidad de *usucapio* en caso de sucesión automática sería perfectamente posible.

En este sentido, creo que se pueden deducir dos extremos de este mismo texto de Gayo:

- se exige un año para usucapir la herencia, no porque se considere extraordinaria tal usucapión, sino porque la *hereditas in ceteris rebus uidebatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est*.

82) Gai.2.58: *necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest*. Vid. *supra* n.48.

83) *Lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno; ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est*. El plazo de usucapión de la herencia, como se ve, no es en absoluto extraordinario, sino que deriva de la consideración de la misma como una cosa (no inmueble), sino integrable *in ceteris rebus* y usucapible, por tanto, al año.

- la usucapión antiquísima, que nada sabe de modalidades, se fundamenta en causas estrictamente posesorias ⁽⁸⁴⁾, pues falta el elenco jurídico acabado de justas causas que introducirá la Jurisprudencia pontifical ⁽⁸⁵⁾: el *consensus* inherente a toda entrega, la *derelictio*, que faculta la ocupación; en el caso concreto de usucapión de ámbito hereditario ha de ser necesariamente la segunda ⁽⁸⁶⁾.

3ª.- Gai.2.55-56: modalidad pontifical de usucapión hereditaria, que sigue siendo global — por lo menos hasta el ya muy moderno pontificado del primer Escévola ⁽⁸⁷⁾ —, es ya claramente lucrativa — pues la *interpretatio* pontifical ha perfilado desde antiguo los requisitos de la *usucapio* e introducido muy especialmente la exigencia de buena fe para las modalidades desde ahora ya ordinarias — y, como consecuencia del fortalecimiento de la posición del heredero desde otros instrumentos jurídicos

84) Por ello en las Tablas resultan excluidas a este respecto las *res furtivae*, siendo el *furtum* como es un ataque a la posesión (posteriormente la *lex Atinia* incidirá en la materia). Con respecto a lo que nos interesa aquí los bienes hereditarios no son susceptibles de hurto, porque, abandonados, carecen de poseedor y quien los aprehende no incurre en una *amotio* (ni en una *contrectatio*), sino en una *occupatio* (Gai. 3, 201). Vid. *infra* §6 y *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.179-180.

85) No existe la *emptio venditio* en derecho decenviral; a falta de esto, a falta en una palabra de una mayor delineación de los tipos jurídicos negociales, se atiende al elemento intencional que hay en toda *traditio*, aunque sea de bien mancipable, y en todo abandono, aunque sea de bien mancipable. Y eso es atender, sin más, a la causa posesoria. Vid. *supra* n.77.

86) Vid. *infra* §5. Naturalmente también, si se desea, vid. *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.179-183.

87) Vid. *supra* n.80.

(⁸⁸), es, sin discusión posible, reconducida al ámbito intrasapable de la yacencia hereditaria, como el propio Gayo anota (⁸⁹), para salvaguardar, al menos, de los despojos a los más próximos parientes del causante.

4ª.- Gai.2.57-58: modalidad adrianea de usucapión hereditaria, específicamente calificada por Gayo de no *lucratiua* (⁹⁰) y restringida a la herencia yacente (⁹¹).

Pero junto al flanco posesorio de la primigenia realidad de la sucesión y de la usucapión primitivas — cuasijurídicas, protocívicas — tenemos que vérnoslas también con el jurídico: la misma pulsión íntima que movió al cuerpo social en sus primeros desenvolvimientos jurídicos — y por ello sociales — a considerar la sucesión temprana — que dejaba de ser sólo posesoria, que comenzaba a ser ante todo jurídica — como referida al grupo familiar fue la que, probablemente muy pronto, si no de forma prácticamente inmediata, terminó por cuajar una sucesión automática para los herederos muy próximos y, siglos después, una *usucapio pro herede* imposible frente a ellos (⁹²). Cabe

88) Me refiero, naturalmente, al desarrollo de la sucesión legítima formal y a la aparición de la *querella inofficiosi testamenti*; sobre la quizás preferible datación de esta vid. *supra* n.73.

89) Gai.2.55: *quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri*.

90) Gai.2.57.

91) Gai.2.58.

92) Diferencia temporal que se explica por lo dicho *supra* aquí en §4, poco antes de reproducir Gai.2.56 y analizarlo: la sucesión es un fenómeno potencialmente más jurídico que la usucapión, muy adherida, en sus primeros desenvolvimientos sobre todo, al tronco posesorio. Por ello una llega cuajada

concluir, creo, por todo ello, que no es dato revelador el testimonio gayano contra la posibilidad de *usucapio pro herede* en caso de sucesión automática si pretendemos referirlo al período primitivo: simplemente Gayo se refiere a una época posterior, cuando la *usucapio pro herede* es reglamentada por los pontífices según principios distintos a los que rigieron en época antiquísima el magma posesorio del más antiguo mundo jurídico quiritarario.

5. *Aditio* ⁽⁹³⁾.- No obstante, quizás sea útil incidir más en el asunto de la *aditio* a que Gayo se refiere en su texto y que acabo de esbozar levemente líneas arriba ⁽⁹⁴⁾. Aunque resulta arriesgado — y yo no lo hago sin prudencia — secundar puntualmente la visión de que adición es en época temprana un concepto simplemente posesorio ⁽⁹⁵⁾, no deja de ser evidente que la propia acogida, en la práctica preferente ⁽⁹⁶⁾, por el derecho de época histórica de la *pro herede gestio* como contrapartida de la formalísima *cretio* y, dando un paso más, la probable prelación cronológica de aquélla sobre ésta en la génesis protohistórica de

jurídicamente al código decenviral y la otra ha de esperar a la actividad *interpretativa* producida en la República más plena.

93) *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.169.

94) Vid. *supra* §4, sobre todo *ab initio*, y n.76, e *infra* n.97.

95) Remito para esta cuestión concreta a CASTRO, *Contribución al estudio de la sucesión intestada*, *cit.*, n.101. Vid. *supra* n.76 y la porción de texto a que se adjunta.

96) CALZADA, *op.cit.*, p.31.

los derechos ⁽⁹⁷⁾ suponía la constatación de que, en la vida práctica, se producían aprehensiones puramente fácticas de los bienes por parte del heredero que manifestaban la voluntad de éste de utilizarlos en su calidad de tal, y esto se producía con independencia del tipo de delación — testamentaria o legal — y sucesión — voluntaria o automática — que hubiese tenido lugar. Naturalmente, en caso de sucesión forzosa, el *heres* lo era desde el momento de la muerte del *de cuius* y sus actos simplemente demostraban su diligencia en hacerse cargo de la herencia paterna — la importancia de lo cual no debe, en todo caso, minimizarse —; en el de sucesión por extraño tales actos, dada la incerteza jurídica connatural a la yacencia, contribuían inequívocamente a los ojos de la comunidad a establecer la certeza de que el llamado era el propietario/heredero del patrimonio, pues como tal se comportaba, lo que naturalmente era de una importancia cualificadamente mayor. Pero la incerteza, que es jurídica y posesoria en caso de sucesión voluntaria, es posesoria en el de la sucesión automática, y es en el concreto ámbito posesorio de la *successio* donde la *usucapio lucrativa* desarrolla su específica

97) Siguiendo una teoría que he puesto de manifiesto en CASTRO, *Posesión y proceso, acto y rito, en la génesis de los derechos*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 3 (1999), pp. 163-189, la *pro herede gestio* respondería al elemento genético posesorio y la *cretio* al ritual. No es de extrañar que ambos sean antiquísimos y seguramente predecenvirales; el primero es, sin duda, también prejurídico; el segundo suscita más cautelas en este sentido, aunque no puede descartarse del todo una primera manifestación, en los albores de la configuración de la *civitas*, tan antigua como ella. Todos los productos específicamente jurídicos — es decir, no jurídico-posesorios- de la Roma primigenia son de corte ritual: *testamentum*, *mancipatio*, *sponsio*, *actio per sacramentum*; a este núcleo pertenece seguramente la sin duda antiquísima *cretio*.

función. Ello quiere decir que, ontológicamente, no es en modo alguno imposible — sino más bien lo contrario — una usucapión hereditaria frente a *sui heredes* desde el punto de vista de su fundamento posesorio.

Por otra parte, ¿no es cierto que la gestión de los *sacra familiaria* subyace en la creación de la *usucapio lucrativa* (98)? ¿No es igualmente cierto — aunque no se destaque — que el *suus heres* puede descuidar igual que el *extraneus* dicha gestión trascendental para la *familia*? Desde esta perspectiva, la *usucapio pro herede* propende a encontrar, por vía posesoria — es decir, fáctica — alguien que se encargue de lo que nadie se encarga — fácticamente — con independencia de que *nadie haya* — yacencia hereditaria — o de que quien haya *no esté* — sucesión automática — y haga dejación flagrante de sus funciones. Esto que quizás puede parecer raro — y que no lo es — se entiende perfectamente si imaginamos herencias con pasivos superiores a sus activos y por tanto perjudiciales a los *sui*, que prefieren obviar la *hereditas*. Esto mantendría el problema de los *sacra* y obligaría, con mayor urgencia si cabe, a encontrar por la drástica vía de lo fáctico alguien que se encargase de los cultos familiares: naturalmente, en principio, alguien obviado en la sucesión dentro de la familia (99). Sólo *en principio*, porque la propia dinámica posesoria de la

98) Vid. por todos sobre esto el pormenorizado análisis de FRANCIOSI, *Usucapio pro herede*, cit., pp.74-130.

99) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.163-164. Allí explicaba el factor social — preponderancia del *paterfamilias*- que imbuía la sucesión automática, de un lado, y la usucapión hereditaria, de otro, sin querer extraer en esas páginas mayores consecuencias de tal circunstancia — que es lo que

ocupación permitía la posibilidad de un *auténtico* despojo, esto es, del expolio por parte de un individuo ajeno al grupo familiar.

Que se pueda pensar en la dificultad anímica o incluso espiritual para la inoperancia por parte del *suus heres* en época antiqusísima, *atado* como está por vínculos de trascendencia al recuerdo paterno, no invalida el argumento: primero, porque no lo excluye; segundo, porque en un paralelo perfecto, aquí en modo alguno gratuito, la indisoluble propensión del *pater* a disponer en favor de sus *fili* — propensión muy fuerte, pero moral, no jurídica — en nada le impide en la primera época la desheredación — o incluso la implícita manifestación de ella que supone la simple preterición — *por razones moralmente — ad intra — que no jurídicamente — ad extra- fundamentadas* (100); tercero, porque muchas son las razones que podrían impedir al *suus* ocuparse de y ocupar la *hereditas* y los *sacra* y no todas, naturalmente, debidas a su deseo, sino a su imposibilidad. Ello obliga a buscar a alguien y el puro desenvolverse del fenómeno posesorio, del acto ocupatorio y de la usucapión no conoce limitaciones en época primigenia que no sean estrictamente posesorias.

hago aquí- y centrándome a continuación en el caso paradigmático de *usucapio pro herede* en la herencia yacente.

100) He defendido con vehemencia — y espero que con cierto acierto- la prelación — probable- de la sucesión testamentaria sobre la legal también en la época temprana; vid., entre otros, CASTRO, *Sobre la naturaleza, cit.*, y el tríptico de estudios mucho más amplios recogido *supra* en n.20.

Una concepción así, por otra parte, reconocida para la época arcaica, se correspondería perfecta, y casi me atrevería a decir que idóneamente, con la evolución posterior del derecho todo de sucesiones. Mediante ésta:

- se tiende a superar la *usucapio pro herede* por el grave perjuicio que causa al *heres*.

- se tiende a facilitar al *suus heres* la posibilidad de *huir* de una sucesión a la que se debe pero que, en ocasiones, puede resultarle gravosa.

Cámbiese la perspectiva para aprehender una realidad quizás más oculta de la primitiva *successio*; la *usucapio pro herede*, concebida en época tempranísima como posible contra todo aquél que no posea la herencia, viene a servir de primitivo instrumento que permite al heredero automático lo que el *ius abstinendi* ⁽¹⁰¹⁾ en el marco del derecho pretorio, bastando con no entrar adrede en la *hereditas* y permitir el despojo: la posibilidad de eludir las cargas de la herencia es, en este aspecto concreto, el común objetivo.

6. ***Derelictio*** ⁽¹⁰²⁾.- Pero ante la adición/aprehensión posesoria, que depende del heredero, cabe situar el abandono de los bienes, que deriva de la muerte del causante. Es por lo tanto una ocupación fundamentada en un previo abandono — el

101) Gai.2.158.

102) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.155, 179, 204.

abandono más indubitable que existe: la muerte — lo que se produce, en el ámbito posesorio, y no una tradición en la que el causante, “en cierto modo, “entrega”, no sólo su alma, sino también sus bienes” (103). Se ha destacado, desde la mejor óptica civilista, que esto no “es completamente exacto ni, en todo caso, es lo importante” (104); analicémoslo, en todo caso, desde la perspectiva romanística, necesariamente más apegada a la vertiente posesoria. Cabría, de entrada, sostener que hay una suerte de entrega del causante al heredero en caso de testamento válido y, por analogía, que la hay en cierta forma de la ley al heredero si el llamamiento es legal (aunque aquí la ficción de entrega ya se hace mucho más insostenible, al no “entregar” un sujeto humano), pero ello sería en todo caso en un planteamiento desvirtuado, desde el punto de vista jurídico — o más bien *pseudojurídico* — y en virtud de un procedimiento de ficción no muy ortodoxo, en ningún caso en el ámbito de lo posesorio, en el que no cabe fingir tradiciones donde efectivamente no las hay (105). Con independencia de que naturalmente yo sostenga la clara diferenciación entre *aditio* y toma posesoria en época histórica analizable *caso por caso* — con las matizaciones hechas para la época más primitiva — es evidente que las dos perspectivas — la del *heres* y la del *de cuius* — derivan, antes que nada, de su

103) Así lo recoge Lacruz — para criticarlo- en LACRUZ & SANCHO REBULLIDA, *Elementos de derecho civil, V. Derecho de sucesiones* (Barcelona, 1988, reimpr. 1991), p.12, diferenciando *intuitivamente* sucesión a causa de muerte y adquisición *inter vivos*.

104) IBÍDEM.

105) Esto nos sitúa ante el debatido problema en la Jurisprudencia clásica de la *traditio ad incertam personam*; sobre él vid. *infra* §8.

propia substancia posesoria y que en la vertiente posesoria lo que hay en la *successio* es una *derelictio* y no una entrega.

He seguido en este mismo trabajo ⁽¹⁰⁶⁾ la idea de que el flanco vulnerable de la *hereditas* es el posesorio. Cabe añadir que tal vulnerabilidad es idéntica con independencia de que exista *suus heres* o no: infinitamente más sólida es la sucesión en la que un heredero voluntario, que no ha aceptado, ha aprehendido en cambio los bienes de la herencia, que aquélla en la que el heredero automático no manifiesta la menor actitud fáctica de gestión hereditaria; el ejemplo del cuidado de los *sacra* es de nuevo meridianamente expresivo en este caso. ¿De qué fundamento último depende tal vulnerabilidad que nada sabe de distinciones — que son sólo jurídicas — entre diversos tipos de sucesiones? Naturalmente, se trata de un fenómeno de naturaleza posesoria.

El devenir de los tiempos hace que, en el propio ámbito posesorio y desde los instrumentos procesales pretorios, la *usucapio pro herede*, tal y como fue concebida desde antiguo, comience a verse arrinconada por la *bonorum possessio* ⁽¹⁰⁷⁾. Mucho antes ha sido circunscrita al supuesto de yacencia hereditaria, por la misma época se convierte en usucapión de los singulares bienes aprehendidos y algo después es convertida en

106) Vid. *supra* §4. Vid. con anterioridad CASTRO, *Aproximación posesoria*, *cit.*, pp. 112, 118, 135-137 y *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.179, especialmente n.44.

107) Remito a *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.170-176, donde están minuciosamente tratadas las relaciones entre ambas figuras.

una *usucapio* uniformizada ⁽¹⁰⁸⁾. Pero todo ello es fruto de una evolución jurídica que no puede ocultar la esencia natural de la herencia, su *itinerario* inevitablemente posesorio: los bienes hereditarios han sido abandonados por el causante — precisamente por el ontológico y jurídico hecho de su muerte — y eso los hace natural y límpidamente ocupables.

7. ***Res nullius in bonis*** ⁽¹⁰⁹⁾.- Tal vulnerabilidad de la *hereditas* reside, pues, en la ausencia de poseedor en la misma, en la *derelictio maxima* que viene a suponer la *mors* del *de cuius* y en su consiguiente consideración, más que de *res nullius* — que lo es: las fuentes son inequívocas ⁽¹¹⁰⁾ —, de *res nullius in bonis* y, por tanto, de la naturaleza de cosas ocupables inherente a las cosas hereditarias. Esta naturaleza es común a la sucesión voluntaria y automática, pero — salvo en la época más temprana — la ocupación sólo permite el complemento del transcurso del tiempo para el cumplimiento de la usucapición en el caso de yacencia hereditaria, pues la *interpretatio* pontifical ha limitado la institución, ahora plenamente delimitada y desgajada del tronco posesorio germinal, a los supuestos en que se espera la *aditio* ⁽¹¹¹⁾ (naturalmente, de heredero voluntario). Esto, en definitiva, no es más que una manifestación, desde luego consecuente con

108) Vid. *infra* §9.

109) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.180-184.

110) Hay terminología al respecto seleccionada en *Aproximación a la usucapio pro herede*, nn.47-53. Vid. también Gai.2.9.

111) Gai.2.55. Vid. mi lectura *supra* §4.

las peculiaridades del ámbito sucesorio y de su evolución, de la intromisión del derecho en el marco puramente posesorio y del dibujo sistematizador que el ordenamiento hace de *occupatio* posesoria, *occupatio* cualificada y usucapión. Exactamente igual que se exige jurídicamente para la adquisición ordinaria de la propiedad por *derelictio/occupatio/usucapio pro derelicto* que no exista previo propietario (es decir, que el que había *abandone*) (112), se llega a exigir, desde la Jurisprudencia veterana, que para la adquisición extraordinaria por *derelictio maxima/occupatio/usucapio pro herede* no exista propietario desde el instante mismo en que la *successio* abre la posibilidad de despojo, esto es, que no exista heredero inmediato (113). Pero ello es una conquista de la completa juridización que experimenta el sistema romano y es casi seguro que se materializó después de la promulgación de las XII Tablas, si hemos de atender al testimonio gayano (114), tal y como lo he interpretado (115).

Obsérvense, en cualquier caso, dos cosas: la primera es que un bien abandonado es una *res nullius*, una *res nullius* coincide con una *res nullius in bonis* si hay expectativa de aprehensión (116) y una *res nullius/res nullius in bonis* es un bien ocupable

112) Vid. *infra* nn.123 y 132.

113) Esto no es más que la plasmación, en el ámbito sucesorio, del intento equilibrador del sistema de adquisiciones romano, tan perceptible en otros ámbitos. Pero vid. *infra* n.132.

114) De nuevo Gai.2.55.

115) Vid. *supra* §4.

116) Vid., por todos, ROBBE, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marciana che non ha né*

(¹¹⁷), pese a ciertas objeciones que al respecto se han formulado (¹¹⁸) y que, en su indudable interés, no terminan de convencerme (¹¹⁹); la segunda, que, en términos posesorios — que son los que aquí importan —, tan *res nullius in bonis* son las *res hereditariae* no aprehendidas por el heredero en la sucesión voluntaria como en la automática.

8. *Traditio in incertam personam* (¹²⁰).- Bastantes páginas — y todavía no sé si son suficientes o demasiadas — he dedicado al tema de la *derelictio maxima* vista desde la óptica de la controversia que enfrentó a sabinianos y proculeyanos en torno al momento en que el abandono se produce técnicamente. Paulo

capo né coda, Milano 1979, pp.1-35; con anterioridad, y mucho más brevemente, cfr. BONFANTE, *Corso VI, cit.*, pp.274-275.

117) Vid. por todos VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1954, 3ª ed., p.217.

118) FRANCIOSI, *Res nullius e occupatio*, en *Atti Acad. Napoli 75* (1964), p.2ss.

119) No siendo éste el lugar y el momento oportunos para extenderme en esta cuestión me permito remitir a CASTRO, *El sistema causal romano, cit.*, donde es puntualmente desarrollada. Naturalmente hay bibliografía anterior de suma importancia; vid. en especial WEISS, *Das Willensmoment bei der "occupatio" des römischen Rechts*, Marburg 1955, p.273ss.; HESS, "Occupatio", *ZSS* 84 (1967), p.355ss.; FRANCIOSI, *s.v. Occupazione (storia)*, *ED* 29 (1979), p.610ss.; VACCA, "Derelictio" e acquisto delle "res pro derelicto habitae". *Lettura delle fonti e tradizione sistematica*, Milano 1984; sobre su relación con el otro mecanismo adquisitivo de la posesión que puede servir para adquirir la propiedad, vid. DAUBE, "Derelictio", "occupatio" and "traditio", *LQR* 77 (1961), p.382ss.Cfr., de todos modos, I.J.2.1.12-17; D.41.1.3pr.; D.41.7.

120) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.183-188.

(121) es quien nos sitúa en el ámbito de una polémica jurisprudencial de tiempos augusteos, afirmando a continuación el triunfo de la postura sostenida por los sabinianos (122). Para éstos, la pérdida de la propiedad coincide con el instante mismo en que el bien es abandonado por su previo propietario, mientras que para los proculeyanos es necesario el complemento del acto ocupatorio por parte de otro individuo. Ello conduce a la aplicación en el campo hereditario de la visión de la *derelictio/occupatio* como una *traditio in incertam personam* (123) y a la constatación, una vez más, de que no es coincidente la doctrina en la apreciación de lo que es ésta y de si su paternidad es sabiniana o proculeyana. Dos son, pues, las posturas de la crítica:

- se defiende, desde una posición doctrinal mayoritaria (124), su carácter proculeyano y a ello coadyuvan, en mi opinión, la vertiente temporal o dinámica del fenómeno del abandono/ocupación y la dinámica de una ficción en la que, al dilatar el momento en que se produce la pérdida de la propiedad

121) 54 *ad adictum*, D.41.7.2.1.

122) *Et recte*. En concreto cita la opinión del último jefe de éstos, Juliano, y la del primero en sentido estricto de los proculeyanos, Próculo.

123) He consagrado al tema, pero en el ámbito del sistema causal de adquisición de la propiedad y no en el sucesorio, un artículo extenso y reciente en CASTRO, D. 41, 7, 2: *reflexiones sobre la traditio in incertam personam y otras precisiones sobre la occupatio*, en *Actas de las II Jornadas Andaluzas de Derecho Romano, Huelva, 24-25 de marzo de 1999* (Huelva, 2000).

124) ARANGIO-RUIZ, *op.cit.*, p.190; TALAMANCA, *Istituzioni, cit.*, pp.415-416; en España FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos, cit.*, p.234.

hasta la aprehensión posesoria del ocupante, se aprecia una especie de tradición a persona desconocida en el instante de la *derelictio*.

- se defiende, muy minoritariamente ⁽¹²⁵⁾, su carácter sabiniano, a lo que contribuye, a mi modo de ver, la vertiente espacial o estática del fenómeno del abandono/ocupación y la conjunción, por una parte, de una específica visión doctrinal de lo que es el abandono y, por otra, del hecho histórico del triunfo sabiniano en esta materia; es decir, y por decirlo con palabras más específicas, que pueda postularse que las *res derelictae* son adquiridas por *traditio* y no por *occupatio* en un derecho clásico que en este aspecto se nos dice que fue regido por la óptica sabiniana.

En mi acercamiento a la cuestión de 1996-1998 ⁽¹²⁶⁾ seguí la segunda visión por su mayor correspondencia con la actividad general de la escuela sabiniana en materia de sucesiones y, en

125) BEHRENDTS, *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il ius gentium del diritto classico*, Seminarios Complutenses 9-10 (1997-1998), pp.133-169, en concreto n.42. En España IGLESIAS, *op.cit.*, p.167, basándose, quizás (en cualquier caso, creo que es el precedente indirecto), en una lectura de BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1987, reimpr. de la 10ª ed.), pp.210, 230, y *Corso II.1, cit.*, pp.87ss., 257ss., en la que se defiende que las *res hereditariae* se adquieren por *traditio* y no por *occupatio* en un derecho romano clásico donde la óptica triunfante era la sabiniana, y debe deducirse que ése por tanto es el punto de vista casiano. En cualquier caso, esta interpretación — conviene aclararlo- no está *explícitamente* declarada en Iglesias, aunque es muy posible que subyazca en su lectura, evidentemente minoritaria, de que la visión de la *derelictio/occupatio* como una *traditio ad incertam personam* es formulada por los sabinianos y no por los proculeyanos, como mayoritariamente se sostiene.

126) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.183-188.

concreto, en materia de yacencia hereditaria ⁽¹²⁷⁾. Aunque conceptualmente sostenible ⁽¹²⁸⁾, es preferible, desde la óptica del propio fenómeno ocupatorio, la primera percepción y así lo he hecho en mi estudio directo sobre el tema ⁽¹²⁹⁾; será la que seguiré en esta nueva aproximación complementaria a la primera, de nuevo en el contexto de lo sucesorio, para demostrar que, se siga la óptica doctrinal que se prefiera al respecto de la *derelictio/occupatio* y la controversia jurisprudencial entre escuelas, la visión de la muerte como *derelictio maxima* mantiene su misma e invariable utilidad, dentro además del contexto jurisprudencial del sistema tejido en torno a los problemas estático y dinámico de la yacencia hereditaria.

Adviértase, además, que atribuir la calificación del fenómeno como *traditio in incertam personam* a la tesis proculeyana —

127) *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.183. Levemente también en CASTRO, *La posesión y los mecanismos "causales"*, cit., p.270.

128) Escribe BEHRENDTS, *op.cit.*, n.42: "I Sabiniani costruivano la derelictio come una "voluntas domini rem suam in incertam personam transferre" (Pomp.32 ad Sab.D.41.7.5.1)". A su vez, en España, IGLESIAS, *op.cit.*, p.167, escribe, creo que con destreza: "según los proculeyanos, la pérdida de la propiedad coincide con el acto de aprehensión por parte de otro; los sabinianos, por el contrario, entienden que la propiedad se pierde en el instante mismo en que el titular se despoja de la cosa". Enfocado de esta forma, y puesto el punto de interés en el instante del despojo sólo en la visión de los sabinianos puede resultar convincente la visión de que son éstos los que conciben la *derelictio* como una *traditio in incertam personam*, como específicamente hace IGLESIAS, *ibídem*, a continuación: "Esta última opinión, que concibe la *derelictio* como una transmisión a persona incierta — *traditio in incertam personam*-, fue acogida por la jurisprudencia más tardía y por la legislación de Justiniano". No obstante, creo ahora que no es ésta la visión más acondicionada a la que los clásicos tuvieron, pero sobre esto vid. *infra* inmediateamente en texto.

129) CASTRO, *D. 41, 7, 2: reflexiones*, cit.

como hago ahora e hice recientemente — o a la sabiniana es, en cualquier caso, decisión moderna y no romana, y que la apreciación de los contenidos de las teorías de una y otra escuela no varía un ápice con independencia de que se considere — o no — lo que en ellas se defiende como *traditiones ad incertam personam* — o no —: es una simple cuestión de terminologías (y de terminologías doctrinales y no jurisprudenciales) ⁽¹³⁰⁾, que no de esencias, aunque proporciona mucho juego en la elaboración jurídica de los conceptos al investigador moderno decantarse por una u otra opción.

En dicho anterior acercamiento, dije lo que, muy sintéticamente, ahora resumo al respecto:

- los sabinianos conciben la *derelictio/occupatio* como un ámbito en el que, interviniendo una suerte de *incerta persona*, se produce una especie de *traditio*.

- los sabinianos elaboran las dos teorías que tienden a dotar de un referente *fingido* de personalidad a un ámbito que *físicamente* no lo tiene: la herencia.

130) Es muy posible que por ello se omita toda referencia al término de *traditio in incertam personam* en algunos acercamientos institucionales referenciales; vid. por todos BIONDI, *Istituzioni, cit.*, pp.210-211; VOCI, *Istituzioni, cit.*, p.217; GUARINO, *op.cit.*, pp.673-674, cuando habla de D.41.7.2.1 y D.47.2.43.5. Modernamente tampoco lo hacen BURDESE, *op.cit.*, p.319, que brevísimamente alude a los proculeyanos como excepción al principio general impuesto en época clásica, sin utilizar — creo que afortunadamente — la terminología de *traditio ad incertam personam*, o FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano 1*, Torino 1995, p.190, que no trata el asunto.

- los sabinianos coinciden, en virtud del carácter más sistemático de su método, en aportar las visiones más acertadas y a la postre triunfantes en el ámbito de la yacencia: en lo posesorio (y, lógicamente, en las consecuencias que tal vertiente conlleva para el estatismo de la herencia) sabemos que su visión triunfó, porque nos lo dice Paulo; en lo jurídico fueron sus teorías, y particularmente la juliana de la personalidad, las que solventaron el problema dinámico de la *hereditas* ⁽¹³¹⁾.

- los sabinianos, que ven la *derelictio/occupatio* como una *traditio ad incertam personam*, es lógico que lleven a cabo la elaboración de unas teorías que, a la postre, incorporan en lo jurídico una *persona* a dichos bienes abandonados, y como tal ocupables, de la herencia, para la que desde el principio, y por su misma esencia, vienen encaminados: “*entregados*”.

Hechas estas acotaciones, cabe incidir un poco más en la cuestión y en la interpretación que ahora quiero darle: la diferencia fundamental entre una y otra visión jurisprudencial es que mientras que los sabinianos distinguen dos momentos en la pérdida y adquisición de la propiedad, los proculeyanos, al dilatar en el tiempo el del abandono, unen los instantes en que se producen pérdida y adquisición del título, lo que conduce a la constatación de una especie de *traditio*, que se hace a una suerte de *incertam personam* ⁽¹³²⁾. Reitero que es ésta, seguramente, la

131) Sobre dinamismo y estatismo hereditarios remito a CASTRO, *Los elementos personales y materiales, cit.*, pp.275-277, 286-288.

132) Ello conduce a que los sabinianos consideren innecesario el complemento de la usucapión en caso alguno de ocupación y que los proculeyanos lo entiendan imprescindible si el bien ocupado es

visión moderna más apropiada al verdadero sentido de la *opinio iuris* romana. Nada cambia esta consideración más ajustada las conclusiones sobre la *derelictio maxima* a que había llegado anteriormente ⁽¹³³⁾ utilizando la visión de la *traditio in incertam personam* como de paternidad sabiniana.

De entrada, la visión proculeyana fracasó por dos motivos, se la llame modernamente como se la llame: el absurdo de confundir en el *tiempo jurídico* lo que el *espacio posesorio* presencia separados en el *tiempo real*; el absurdo de considerar que no se pierde la propiedad abandonada hasta que otro la ocupa. Es esa *fungida* entrega la que conllevó, a la postre, el fracaso de la visión proculeyana: dos *animus* separados por el tiempo, como *el animus delerinquendi* del que abandona y el *animus occupandi* del que aprehende, no constituyen *consensus* alguno, porque el

mancipable/inmueble (depende de la época), exigiéndose por ello el transcurso de dos años en la posesión ininterrumpida del bien para la adquisición de la propiedad. Sin embargo, esta polémica — resuelta según nos dice Paulo en D.41.7.2 a favor de los primeros— debe completarse, a mi juicio, con una debida atención al *si sciamus* que preside el texto. Remito a la interpretación que sobre él y los diversos extremos del asunto he realizado recientemente en CASTRO, *D. 41, 7, 2: reflexiones*, *cit.*: adelanto aquí que, en mi opinión, tal polémica se centra en el caso de que *se conozca a ciencia cierta el abandono de la cosa*, más allá de la sola apariencia de bien abandonado. Es decir: prevalece la naturaleza *subjetiva* de la *derelictio/occupatio*, al menos por lo que hace a este concreto supuesto. Si el ocupante *sabe* que el bien ha sido abandonado por el dueño anterior no es necesario para los sabinianos el complemento de la usucapición, pero nada se opondrá, desde la literalidad del texto pauliano, a que sí la considerasen necesaria en caso de que sólo existiese la constatación — *objetiva*, porque se trata de un hecho— del carácter en principio abandonado del objeto, pero no la certeza — *subjetiva*, porque interviene el *animus*— del efectivo abandono.

133) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.183-188.

consentimiento no puede fingirse, y tal realidad revela la artificiosidad de la construcción por ficción de la *traditio ad incertam personam* proculeyana (134).

En puridad, la existencia *gravitatoria* de una incierta persona en el ámbito de la ocupación se da siempre, ineludiblemente, por la misma naturaleza del abandono: en la visión proculeyana de la *derelictio* como el primer momento de una especie de *traditio* esto es obvio; en el planteamiento de unos juristas sabinianos que observan la *derelictio/occupatio* no como una fingida tradición, también, inevitablemente. Lo que ocurre es que tal *incerta persona viene como a estar presente en virtud de la ficción de entrega* en el pensamiento proculeyano, y, en cambio, en la concepción sabiniana, que distingue los dos momentos del abandono y de la ocupación, la persona incierta es *realmente incerta*, porque no se la quiere presente en ese presente, diríamos que ideal, que supone siempre toda definición o conceptualización jurídica (también, y muy especialmente, el de esa conceptualización que es la *derelictio/occupatio* como una *traditio in incertam personam*).

¿Qué significa todo esto?

a) es *en esencia* indiferente que califiquemos la visión sabiniana, a la postre triunfante en el ámbito de la ocupación, como una *traditio ad incertam personam* o no; hagamos una u otra cosa, para ellos el instante de pérdida de la propiedad coincide

134) Sobre todas estas cuestiones vid. *ídem*, D. 41, 7, 2: *reflexiones, cit., in fine* sobre todo.

con el del abandono, la adquisición de la propiedad coincide con la ocupación y existe, pues, un lapso de tiempo en el que la cosa no tiene propietario.

b) es *en esencia* indiferente que califiquemos la visión sabiniana como una *traditio ad incertam personam* o no, porque el jurista sabiniano cuenta también en la conceptualización del fenómeno posesorio/jurídico del abandono con la presencia, en el horizonte de la cosa, de una *incerta persona* a la que, si bien no se le hace entrega — fingidamente — del objeto abandonado, en cualquier caso podrá ocupar en el futuro lo que una *certa persona* abandonó en el pasado (en el presente del abandono).

c) es *en esencia* indiferente, a la postre, que califiquemos la visión sabiniana como una *traditio ad incertam personam* o no, porque, de hecho, si bien es menos indiferente su presencia que en la óptica proculeyana, termina por ser más contundente, porque es más real, la persona incierta que el jurista sabiniano vislumbra en su incertidumbre, *tal cual es*, y sin recurso alguno a ficciones, en el ámbito de la ocupación desde el momento del abandono.

Resumo en una frase (en un párrafo): para la óptica proculeyana, la *incertam personam* ⁽¹³⁵⁾ a la que va *traditada* la cosa abandonada está incorporada a la visión de la *derelictio/occupatio* en cuanto que abandono y en cuanto que ocupación, pues ambos momentos se funden en el tiempo jurídico en virtud de la *traditio* fingida; para la óptica sabiniana,

135) Aquí sí en acusativo.

en cambio, la *incerta persona* que inevitablemente gravita sobre la cosa abandonada, se percibe donde físicamente es perceptible: en el acto del abandono. Sólo entonces es en verdad *incerta*; en el instante, sabinianamente diferenciado en el tiempo como diferenciado está en el espacio, de la ocupación, la persona incierta es ahora perfectamente determinable.

Perfectamente cierta.

9. *Successio* ⁽¹³⁶⁾.- Indiscutiblemente, la *usucapio pro herede*, desde sus orígenes predecenvirales hasta su completa desvirtuación justiniana, supone un perfecto termómetro de las tensiones juridico-económicas y sociales del ámbito del derecho de sucesiones. Éste, que sirve hacia arriba para — pudiera decirse — atisbar la temperatura del entero sistema jurídico romano a lo largo de la historia, es también, hacia abajo, muestra transparente de las inquietudes y vaivenes del cambiante tejido social de la *civitas*. En el hilo que de un tiempo a otro lo conduce se observa una evolución *bifronte*: de más a menos evoluciona el causante, de menos a más el heredero. En esa cuerda tensada de *status* variables con el tiempo se sitúa la usucapición hereditaria extraordinaria: precisamente, la *juridización* del acto posesorio ⁽¹³⁷⁾ es la que pulsa la tecla en verdad fundamental que impulsa, como ninguna otra, la tendencia irresistible, desde la propia

136) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.190-202.

137) Vid. en general sobre esto CASTRO, *Posesión y proceso, acto y rito*, cit, pp.174-175 y en concreto sobre el fundamento posesorio de la figura *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.179-183.

estructura de la *usucapio pro herede* (y no sólo desde ella), hacia el fortalecimiento de la posición del *heres*. No es el único elemento que a ello contribuye, pues también inciden el resto de los fundamentos de la institución ⁽¹³⁸⁾, pero es, si cabe, el primario, el más espontáneamente esencial, el indiscutible. Por todo ello, por lo hasta aquí expuesto y por la irrelevancia de los testimonios gayanos con respecto a los más antiguos tiempos genéticos en que se gestó el nacimiento de la usucapión hereditaria, es por lo que puede postularse, como hipótesis, pero como hipótesis creo que difícilmente rechazable — si es que es posible hacerlo con rotundidad, que sinceramente lo dudo — la existencia de una *Ur-usucapio*, en la que sería factible, más que probablemente, la usucapión de los bienes de la herencia en caso de sucesor automático, siempre que éste no hubiese entrado en la posesión de los bienes antes del transcurso de un año desde que el ocupante tomó tales bienes. Para mí se hace evidente, en el seno de esta contextura, que la *usucapio pro herede* se remonta a los primeros tiempos de la evolución jurídica romana ⁽¹³⁹⁾ y no a la actividad de la Jurisprudencia postdecenviral ⁽¹⁴⁰⁾ — la llamada

138) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.160-166 y 166-179.

139) Es algo señalado ya — aunque sin extraer las mismas consecuencias que aquí se depuran— por la autoridad de BONFANTE, *Scritti 2, cit.*, pp.492 y 693, y *Corso VI, cit.*, p.276ss., para quien la *usucapio pro herede* es una institución primitiva y originaria.

140) Cfr. en el sentido opuesto al de Bonfante o al que yo sostengo la autoridad de dos opiniones tan sólidas como la bonfantiana: VOICI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, p.200 y *Diritto ereditario romano I. Introduzione. Parte generale*, Milano 1967, p.109, y GUARINO, *op.cit.*, p.488, que defiende, desde luego, el *probable* origen pontifical de la institución.

veterana —, por mucho que sea ésta la que le da su primera conocida, *histórica* y dibujable trayectoria — ya indiscutiblemente dentro de la yacencia hereditaria —, entre otras razones porque es ella misma la que delinea con precisión la usucapión decenviral a secas y, más aún, creo que es obvio que nunca fue una usucapión *más ordinaria* que cuando nació fundamentada en la *derelictio maxima*, al darse en el contexto de una usucapión magmática y por ello homogénea.

Cabe defender, creo, una *Ur-usucapio* en el contexto de una *Ur-successio*, de corte biológicamente posesorio, sólo tímidamente juridizada. La *successio*, no obstante, incorpora una mayor y más rápida potencialidad jurídica, por lo que en su desenvolvimiento hay inevitable un componente posesorio enorme, pero no tan perceptible como en la *usucapio*, que es fenómeno posesorio de raíces y jurídico por desgajamiento del tronco nutricional de la posesión, como le ocurre, a la postre, a la propiedad, *el más posesorio de los derechos*. Mientras en las XII Tablas, la sucesión aparece plenamente configurada como fenómeno jurídico, la usucapión llega en estado mucho más magmático y requiere de un dibujo más preciso, que, en el marco del propio *ius civile*, realizarán los pontífices. Sabemos, desde luego, el tejido que de ella tramaron los *veteres* ¿Qué hicieron con ella previamente los decenviros? Advirtiendo de antemano que nos faltan datos para emitir un juicio insoslayable, no es de extrañar que en esta indiferenciada usucapión decenviral la *usucapio* del ámbito hereditario vibrase uniformada con las de los otros terrenos jurídicos, cupiese en caso de sucesión automática y

no aprehensión de los bienes por el *suus* en el año siguiente al despojo y fuese naturalmente global.

10. Conclusiones: una hipótesis. Un recorrido, tal como ha sido realizado en este díptico de trabajos que conforman mi *Aproximación a la <usucapio pro herede>. Certezas e hipótesis*, arrojaría una evolución para la institución que podría sustentarse en las siguientes fases:

1ª) una *usucapio pro herede* — la *Ur-usucapio* — que, como manifestación del magma jurídico-posesorio del incipiente derecho arcaico, cabe contra cualquier sucesor que no aprehenda posesoriamente los bienes en el plazo de un año; tal usucapión funciona como instrumento de compensación dentro de la célula familiar ⁽¹⁴¹⁾ y busca la readecuación por la vía de los hechos de una sucesión jurídicamente mal enfocada, precisamente a tenor de los hechos: mal enfocada, en una palabra, porque el *successor* resulta ser socialmente indigno por fácticamente inoperante. Multitud de textos jurisprudenciales rescatan esta fragilidad posesoria inherente por naturaleza a la *hereditas* ⁽¹⁴²⁾ y es lógico presumir que ello era especialmente palpable en la época primitiva, cuando el edificio jurídico apenas se ha desgajado del tronco posesorio; por todo ello, la *Ur-usucapio* en las sucesiones no es, en puridad, lucrativa ni extraordinaria, pues el plazo de un año deriva de su consideración como cosa, no ya no inmueble,

141) *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.163-166.

142) D.25.2.6.6; D.47.19.2.1, por encima de todos.

sino ni siquiera corporal ⁽¹⁴³⁾ —lo que la incluye dentro de todas las cosas que no son mancipables y reduce el proceso de adquisición — y la causa posesoria que justifica la ocupación y posterior usucapión es la *derelictio*.

2ª) el carácter de desviación de la sucesión lo mantiene la institución a lo largo de la historia, pero la *interpretatio* veterana la limita a la sucesión voluntaria ⁽¹⁴⁴⁾, dentro de un general movimiento jurídico de potenciación de la frágil posición del *suus heres* en época arcaica: ello es consecuente con la todavía frágil imposición al *pater* de la necesidad de nombrar a los herederos legítimos en el testamento y con la temprana aparición de la *querella* a dilucidar en el tribunal de los *centumviri*, y permite identificar desde entonces posibilidad de *usucapio pro herede* con yacencia hereditaria “sin excepción” ⁽¹⁴⁵⁾. La modalidad, que sigue siendo global pues afecta al conjunto hereditario, se convierte en general en extraordinaria, pues la patrimonialización experimentada por la vieja *hereditas* ⁽¹⁴⁶⁾ no provoca la extensión del plazo a dos años — no tenía *forzosamente* por qué hacerlo —, y en concreto en lucrativa, pues los pontífices han dibujado ya una usucapión general desde la base de una buena fe, que en el ámbito hereditario de la usucapión no se da ⁽¹⁴⁷⁾.

143) Gai.2.54. Vid. *supra* §4.

144) Nos lo dice implícitamente Gayo en Gai.2.55.

145) *Aproximación a la usucapio pro herede*, p.159.

146) Cicero, *Top.*6.29: *Hereditas est pecunia*.

147) Sí en la modalidad gratuita de *usucapio pro herede*, que no suele llamarse así y que en realidad es una *successio in possessionem*. Sobre ella

3ª) bajo un ordenamiento presidido por las actuaciones creadoras del pretor y el vanguardista comentario edictal de Labeón ⁽¹⁴⁸⁾ — que, no por casualidad, intuye la teoría de la retroactividad de la aceptación ⁽¹⁴⁹⁾ —, momento en el que se inicia a gran escala la estrecha — y no siempre fácil ⁽¹⁵⁰⁾ — simbiosis *iurisdictio-iurisprudencia*, la *usucapio pro herede* es limitada a las cosas singulares efectivamente aprehendidas por el ocupante, lo que es paralelo en el tiempo al fortalecimiento del instrumento pretorio de la *bonorum possessio*, que viene a convertirse en *cum re*: no es pues ya una usucapación global, pero sigue siendo lucrativa y extraordinaria.

4ª) en el caldo cultural de máximo florecimiento de la Jurisprudencia imperial y del esplendor también máximo de las instituciones del Principado, Adriano uniformiza la *usucapio pro herede*, que deja de ser *lucrativa* al exigirse la buena fe y ser perseguible por la *hereditatis petitio* el expolio aun cumplida la usucapación ⁽¹⁵¹⁾, en una decisión que es paralela en el tiempo — y probablemente deudora — de la creación de la teoría de la

vid. CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, pp.115-117 y *Aproximación a la usucapio pro herede*, pp.144-158, especialmente 155-158.

148) Hay unas páginas memorables sobre este tema en BRETONE, *Labeone e l'editto*, Seminarios Complutenses 5 (1993), pp.17-39.

149) D.22.2.9. Vid., en cualquier caso, CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, pp.183-195.

150) PARICIO, *Los juristas y el poder político, cit.*, pp.45-46.

151) Gai.2.57.

hereditas persona por Juliano ⁽¹⁵²⁾, el personificador de la herencia y, por tanto, el más hábil fortalecedor por vía jurisprudencial de la posición del heredero durante la yacencia ⁽¹⁵³⁾.

5ª) el despojo, que era legítima *occupatio*, se vuelve expolio, en la época final de los Antoninos ⁽¹⁵⁴⁾, más o menos cuando Gayo — nuestra máxima fuente en la materia — escribe su manualito sobre instituciones: su visión de la *usucapio pro herede* ⁽¹⁵⁵⁾ está por todo ello muy alejada de la primitiva y magmática modalidad, apenas juridizada, en la que aún no se han producido limitaciones jurídicas de ningún tipo a la ocupación hereditaria, de la que él no sabe nada y sobre la que sus breves y concisos escritos nada nos pueden decir.

6ª) Justiniano desvirtúa enteramente la *usucapio pro herede*, que ya ni siquiera es extraordinaria al exigir incluso dos años para la usucapión de los inmuebles hereditarios ⁽¹⁵⁶⁾: es la época de la exageración de la vieja y triunfante teoría de la personalidad *congelada* de Juliano, cuando la *hereditas* es personificada — por los solos motivos prácticos — sin alusión siquiera a la figura del

152) Sobre su método vid. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, con literatura, especialmente pp.39ss., 185ss., 295ss.

153) D.41.1.33.2. Vid., en cualquier caso, CASTRO, *La herencia yacente*, cit., pp.159-181.

154) Cfr., entre otros, sobre tal *crimen* D.47.18.1.1; D.47.19; C.9.32. Vid., si se desea, ÍDEM, *La herencia yacente*, cit., pp.128-134.

155) Que se extiende entre Gai.2.52 y 2.58 y se recoge, en la perspectiva del *furtum* — del no *furtum*-, también en Gai 3.201.

156) Vid. un resumen en IGLESIAS, *op.cit.*, p.384.

causante ⁽¹⁵⁷⁾, en una tendencia iniciada con seguridad en el colofón de la época clásica, pero ahora generalizada.

Creo que, con las dudas que pueden suscitar siempre las aproximaciones a los más tempranos desarrollos jurídicos de una sociedad — máxime como la romana: tan pétrea —, dada la escasez de fuentes y su relativa *maleabilidad interpretativa*, y dentro de la prudencia que he intentado que presida mi acercamiento al tema, una evolución como la que acaba de describirse es perfectamente posible y, si se me permite, más que probable, desde la substancia de la propia contextura social y posesoria que nutre la *usucapio pro herede* extraordinaria.

157) Cfr. D.41.1.22; D.41.1.61pr., entre otros. Vid. CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, pp.229-249.

Erklärungen römischer Juristen zur Funktion der Wendung *ex fide bona* in Klageformeln ⁽¹⁾

voaan Wojciech DAJCZAK

(Poznań/Toruń)

Unter den Rechtstexten der späten Republik und des Prinzipats weisen insbesondere Juristenschriften die Wendung *bona fides* auf, daneben Klagenformeln im prätorischen Edikt ⁽²⁾,

1) Für die sprachliche Verbesserung des Textes bin ich meinem Freund Dr. Martin AVENARIUS sehr dankbar.

2) Vgl. EP, S. 154; Tit. XIV *De iudiciis*, par. 56 *In bonae fidei iudiciis quando praescribatur?*; Vgl. jedoch: F. PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*, [in:] *Conferenze per il XIV centenario delle pandette 15 dicembre 530 - 15 dicembre 1930*, Milano 1930, S. 204; Tit. XV *De his quae cuiusque in bonis sunt*, par. 60 (59) *De Publiciana in rem actione*; EP, S. 288 ff; Tit. XIX *De bonae fidei iudiciis*; EP, S. 386; Tit. XXXI *De liberali causa*, par. 181 *Si quis ei, cui bona fide serviebat, damnum dedisse dicitur*. In der Wissenschaft gibt es Divergenzen bezüglich der Frage, in wessen Edikt eine Verweisung auf die *bona fides* früher erschien. Dazu vgl.: F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, ZSS 80 (1963), S. 9 ff., nach dem es in der Praxis des Stadtprätors geschah. Anders: M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, ZSS 59 (1939), S. 67 ff; W. KUNKEL, *Fides als*

die *lex Rubria de Gallia Cisalpina* ⁽³⁾ und etliche Konstitutionen vom Ende der klassischen Periode ⁽⁴⁾. Der Prätor erklärte nicht

schöpfendes Element im römischen Schuldrecht, [in:] *Festschrift Paul Koschaker*, Bd. 2, Weimar 1939, S. 8 ff. Weitere Meinungsverschiedenheiten betreffen das Problem, was der Ursprung der in die prätorische Praxis eingeflossenen Wendung *bona fides* war, ob die altrömische *fides*, so bei: F. PRINGSHEIM, *Aequitas...*, S. 193 ff, oder ob es aus fremden Recht entlehnt wurde, wie E. FERENCZY meint, *Fremde Einflüsse auf die Rechtsentwicklung der klassischen Republik*, R.I.D.A. 18 (1971), S. 522 ff. Dieser Meinung steht G. GROSSO, *Spunti e riflessioni su Cic. pro Q. Roscio Com. 5,15, sui Iudicia legitima da Cicerone e Gaio, e sull'origine dei bonae fidei iudicia*, [in:] *Studi in onore di Antonio Segni*, Bd. 2, Milano 1967, S. 495, skeptisch gegenüber und meint, die Diskussion, ob der Ursprung der *bona fides* beim Prätor oder in den Gewohnheiten zu finden sei, scheine eine reine Denkübung zu sein.

3) Vgl. BRUNS, S. 97 ff; O. GRADENWITZ, *Versuch einer Dekomposition des Rubrischen Fragmentes*, Heidelberg 1915. Dieses Gesetz, erhalten in den Fragmenten einer Bronzetafel, die 1760 in der Gegend von Piacenza gefunden wurde, stammt aus der Zeit zw. 49 u. 42 v. Chr., A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, S. 559; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, S. 373; F. SERRAO, *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Milano 1954, S. 89 ff. Darin sind zwei Formeln mit der Wendung *oportet ex fide bona* enthalten. In der Romanistik herrscht tiefe Uneinigkeit bezüglich der Frage, ob die genannte Wendung als Bezeichnung der Grundlage für ein Schuldverhältnis verwendet wurde, so bei: O. LENEL, EP, S. 4, Anm. 1; W. KUNKEL, *Fides...*, S. 2 u. *passim*; IDEM, *Epigraphik und Geschichte des römischen Privatrechts*, [in:] *Akten des VI. Internationalen Kongresses für Griechische und Lateinische Epigraphik München 1972*, München 1973, S. 201; M. HORVAT, *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb 1939, S. 79 ff. Eine andere Meinung, nach der die Wendung ein Hinweis auf das Bewertungskriterium war, vertreten: B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, [in:] *Annali del seminario giuridico della R. Università di Palermo*, Vol. 7, Palermo 1918, 253 ff; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1954, S. 307 ff; L. LOMBARDI, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961, S. 207 ff; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, S. 60 ff. B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozeß*, [in:] *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin 1980, S. 366 ff.

4) Vgl. C. 4,65,8 (231); C. 8,29,4 (240).

die Bedeutung der Wendung *ex bona fide* oder *bona fides*, die er in einer Klageformel verwendete, sondern überließ dem Richter die Feststellung der verfahrensrechtlichen Konsequenzen dieser Formulierung. Die Untersuchungen zu den Tätigkeiten der Juristen der Zeit der Republik und des Prinzipats lassen erkennen, daß sie als Berater des Richters oder der Parteien den Sinn der Worte *bona fides* ⁽⁵⁾ auslegten. Die Quellen bestätigen dies. Derartige Spuren juristischer Tätigkeit sind dagegen nicht zu finden bezüglich der *lex Rubria de Gallia Cisalpina* ⁽⁶⁾ und der spätklassischen kaiserlichen Konstitutionen ⁽⁷⁾.

Die Quellen begründen daher die Notwendigkeit die verschiedenartigen und umfangreichen romanistischen Untersuchungen zur römischen *bona fides* um die Darstellung dessen zu ergänzen, wie die römischen Juristen den Zweck der Klausel *ex fide bona* in Klageformeln des XIX. Titels des Edikts ⁽⁸⁾ auslegten.

5) Vgl. F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 57-63 u. 130-139.

6) Wenn man bedenkt, daß die Geltung des Gesetzes auf die Provinz Gallia Cisalpina sowie zeitlich begrenzt war, weil im J. 42 v. Chr. die Gallia Cisalpina für einen integralen Teil Italiens gehalten wurde (vgl. M. CARY, H. H. SCULLARD, *Dzieje Rzymu*, Bd. 1, Warszawa 1992, poln. Übers. J. SCHWAKOPF, S. 569), dann wird die Tatsache verständlich, daß keine Quellen vorhanden sind, die auf den Einfluß des Gesetzes auf die Praxis der römischen Jurisprudenz erkennen ließen.

7) M. E. wäre es sinnvoll, die Spuren des Einflusses der Juristenpraxis auf die Verwendung der Formel *bona fides* in diesen Konstitutionen zu suchen.

8) Vgl. EP, S. 288 ff, Tit. XIX *De bonae fidei iudiciis*.

Nicht später als im 2. Jh. v. Chr. traten in der römischen Gerichtspraxis Klagen auf, die zugunsten des Gläubigers entschieden wurden, und die die Klausel *ex fide bona* ⁽⁹⁾ enthielten.

Nach der von O. LENEL durchgeführten Rekonstruktion des *edictum perpetuum* erschien die Wendung *oportet ex fide bona* in Klageformeln des XIX. Titels: *depositi [vel contra]* ⁽¹⁰⁾, *mandati [vel contra]* ⁽¹¹⁾, *pro socio* ⁽¹²⁾, *empti venditi* ⁽¹³⁾, *locati conducti* ⁽¹⁴⁾. Wie man sieht, wurden in einem Titel des Edikts Klagen aufgeführt, die aus Schuldverhältnissen von verschiedenem Inhalt und unterschiedlicher praktischer Funktion herrührten. Ähnliches ist in der juristischen Praxis zu beobachten. Cicero nannte im Werk *De officiis* nebeneinander verschiedene Rechtsverhältnisse, deren Gemeinsamkeit darin bestand, daß die

9) Vgl. W. KUNKEL, *Fides...*, S. 12, ist der Ansicht, daß derartige Klagen bereits in der Plautus-Zeit bekannt waren; M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, [in:] *Studi Arangio-Ruiz*, Bd. 1, Napoli 1953, S. 437 ff, zeigt, daß die Anfänge dieser Klagen mindestens in das 3. Jh. v. Chr. zurückreichen; F. WIEACKER, *Zum Ursprung...*, S. 34, datiert die Entstehung der *bonae fidei iudicia* in die Mitte des 2. Jh. v. Chr. Vgl. auch G. GROSSO, *Spunti...*, S. 491 ff; E. FERENCZY, *op. cit.*, S. 522.

10) EP, S. 288 ff.

11) EP, S. 295 ff.

12) EP, S. 297 ff.

13) EP, S. 299.

14) EP, S. 299 ff.

mit ihnen zusammenhängenden Klagen die Berufung auf die *bona fides* ⁽¹⁵⁾ enthielten.

...summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur "ex fide bona", fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur;...

Die Juristen der klassischen Zeit gebrauchten Bezeichnungen wie: *in omnibus bonae fidei iudiciis...*⁽¹⁶⁾; *In haec actione, sicut in ceteris bonae fidei iudiciis...*⁽¹⁷⁾; *...in bonae fidei iudiciis...*⁽¹⁸⁾. Sie begriffen daher die verfahrensrechtliche Funktion der in der Formel auftretenden Wendung *ex fide bona* einheitlich, unabhängig davon, welches Schuldverhältnis der Klage ⁽¹⁹⁾ zugrunde lag.

Der Text, in dem die älteste Erklärung eines Juristen zur verfahrensrechtlichen Rolle der Klausel *ex fide bona* präsentiert wird, stammt aus Ciceros Werk *De officiis*. Er wird von der

15) Cic., *De off.* 3,17,70. L. LOMBARDI, *Dalla fides...*, S. 168, macht darauf aufmerksam, daß die in dem Text überlieferte Liste der Klagen auch in ähnlicher Form im von O. LENEL rekonstruierten XIX. Titel des Ediktes zu finden sei. Die Andersartigkeit in G. 4,62 und I. 4,6,28 soll nach L. LOMBARDI durch didaktische Gründe bedingt gewesen sein.

16) D. 5,1,41 (Pap.).

17) D. 13,6,3,2 (Ulp.).

18) D. 21,1,31,20 (Ulp.).

19) Vgl. A. BECK, *Zu den Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrecht*, [in:] *Aequitas und bona fides. Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius*, Basel 1955, S. 17; B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn...*, S. 33 ff.

Feststellung begleitet, daß die Bekämpfung der Unehrllichkeit mit Rechtsvorschriften ⁽²⁰⁾ schwierig und unvollkommen sei, obwohl es für einen Philosophen plausibel sei, daß nichts arglistig, heuchlerisch und unaufrichtig getan werden sollte.

Der erwähnte Text lautet im Zusammenhang ⁽²¹⁾:

Nam quanti verba illa: “uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim!” quam illa aurea: “ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione!” Sed qui sint boni, et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur “ex fide bona”, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

Nachdem Cicero gezeigt hat, wie schwer die Frage zu beantworten sei, welche Menschen aufrichtig handelten und ehrlich seien, führt er eine Aussage des Quintus Mucius Scaevola an, die die Klagen betrifft, denen die Wendung *ex fide bona* ⁽²²⁾ hinzugefügt wurde.

20) Cic. *De off.* 3,17,68.

21) Cic. *De off.* 3,17,70.

22) Vgl. Cic. *Ad Att.* VI,1,15; Cicero informiert über die Verwendung der Klausel *ex fide bona* im afrikanischen Edikt. Zahlreiche Romanisten waren der Ansicht, die Wendung *ex fide bona* sei in dem Fall eine Bezeichnung einer

Sie beginnt mit der Feststellung, daß Klagen mit dem Zusatz *ex fide bona* eine *summa vis* hätten. Wenn man diese Bezeichnung wörtlich wiedergibt, dann kann man sagen, daß die genannten Klagen von höchstem Gewicht sind.

Marian HORVAT war der Ansicht, daß sie verwendet wurde, um zu veranschaulichen, daß in der Zeit von Cicero und Scaevola die Klausel *ex fide bona* einen neuen Sinn erhielt⁽²³⁾. Antonio CARCATERRA meinte, man solle die wörtliche Übersetzung verwerfen und die Tatsache berücksichtigen, daß die Bezeichnung von einem Juristen verwendet wurde. Deswegen sei anzunehmen, daß die Wendung *summam vim* den Geist und den Bestimmungszweck der Formel mit dem Zusatz *ex fide bona*⁽²⁴⁾ präge. Die Interpretation von A. CARCATERRA lag seiner Polemik gegen C. HERRMANN zugrunde, die sich für die wörtliche Übersetzung der Worte *summam vim*⁽²⁵⁾ aussprach. Pasquale VOCI hielt die Übersetzung von A. CARCATERRA für nicht richtig und stellte fest, daß der römische Jurist klar den

exceptio doli gewesen; so z.B.: H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, ZSS 11 (1890), S. 172; A. PERNICE, *Labeo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Bd. 2, Halle 1895, S. 198; M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München 1966, S. 194, Anm. 30. Anders A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 67.

23) M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 84 "...zaporka u to doba pocela dobivati neki novi smisao..."

24) A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 19 ff.

25) C. HERRMANN, Rez.: A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Latomus 25 (1966), S. 185. Bezugnehmend auf die Rezension: A. CARCATERRA, *Ancora sulla fides e sui bonae fidei iudicia*, SDHI 33 (1967), S. 95 ff.

Umfang der Formel *bona fides* durch die Aufzählung der *iudicia bonae fidei* abstecke, indem er sie mit großem Pathos beschreibe; die Auslegung ihres Inhaltes habe er dagegen dem Richter überlassen. Er betont dabei, daß dieser, begabter er sei, ein desto besseres Ergebnis erziele ⁽²⁶⁾.

Meines Erachtens muß man beim Versuch, die genannten Worte Scaevolas zu erklären, berücksichtigen, daß seine Aussage, die Cicero zitiert, einen Ausschnitt von *summam vim* bis zum Ende des besprochenen Textes umfaßt. Wenn man das abgetrennte Fragment analysiert, so kann man darin drei Teile unterscheiden:

- 1) die Feststellung, daß Klagen mit dem Zusatz *ex fide bona* eine *summa vis* haben,
- 2) die Aufzählung derartiger Klagen und
- 3) die Mitteilung, daß zur Entscheidung dieser Klagen *magni iudices* nötig seien.

Im 1. und 3. Teil sind Elemente der Charakteristik der besprochenen Klagen enthalten. Die Verwendung von Adjektiven wie *summus*, *magnus* sollte m. E. betonen, daß diese Klagen strikt von anderen zu unterscheiden seien. Eine weitergehende Interpretation würde über den Quellentext hinausgehen. Der dritte Teil der Aussage weist – als Effekt der hervorgehobenen Besonderheit – darauf hin, daß ein *magnus iudex* zur Feststellung dessen notwendig sei, was der eine gegenüber dem anderen leisten solle.

26) P. VOCI, *Le obbligazioni romane (corso di pandette). Il contenuto dell' obligatio*, Bd. 1, Teil 1., Milano 1969, S. 65 ff.

Scaevola brachte also deutlich zum Ausdruck, daß die Wendung *ex fide bona* ein Einschätzungskriterium des Leistungsumfangs sei. Es ist P. VOCI darin zuzustimmen, daß der Jurist es bei der Erklärung des Verwendungsbereichs der Formel belassen habe, wobei er betont habe, daß dazu ein hervorragender Richter vonnöten sei. Dies erlaubt die Schlußfolgerung, daß es nach Scaevola schwierig ist, in positiver Weise die Richtlinien aufzuzeigen, die aus der Klausel *ex fide bona* abzuleiten wären. Diese Schwierigkeit ist darauf zurückzuführen, daß – wie anzunehmen ist – Scaevola selbst sich weigerte, solche Richtlinien zu formulieren. Ein Schüler von ihm, Cicero, bereicherte als Philosoph und aktiver Jurist den Kommentar seines Lehrers. In einem früheren Teil des Werkes *De officiis* meinte Cicero zum Problem der Beseitigung von Heuchelei und Unaufrichtigkeit aus dem menschlichen Leben (27):

...Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria, et sine lege iudiciis, in quibus additur “ex fide bona”...

Cicero teilt mit, daß die *leges* nur in manchen Fällen die Bekämpfung der Arglist geleistet hätten. In Fällen dagegen, die gesetzlich nicht geregelt seien, sei es anhand der Klage möglich, in deren Formel die Wendung *ex fide bona* hinzugefügt werde. Cicero erklärt also in positiver Weise, daß die Funktion der Klausel *ex fide bona* darin bestehe, nicht zuzulassen, daß der

27) Cic., *De off.* 3,15,61.

dolus in der Rechtspraxis (28) Gewinn bringen könne. Es ist die älteste nachweisbare positive Richtlinie bezüglich der Klausel *ex fide bona*. Marijan HORVAT meinte, daß Auszüge aus Ciceros Werken darauf hinwiesen, daß die Wendung *ex fide bona* im Recht eine neue Funktion gewonnen hätte, und die Anweisung, die Arglist zu bekämpfen, der Ausgangspunkt der Entwicklung der Klausel gewesen sei (29). Bezugnehmend auf diese Ansicht denke ich, daß eine Unterscheidung nötig ist zwischen der Funktion der Klausel, deren Definition nach Scaevola einem hervorragenden Richter *ad casum* überlassen werden sollte, und Erklärung dieser Funktion durch die Jurisprudenz. Wenn man diese Unterscheidung vor Augen hat, kann man erkennen, daß der Text die Anfänge dieses Erklärungsprozesses reflektiert. Dieser Gesichtspunkt wird durch folgenden Text aus Ciceros *Topica*, bereichert (30):

In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus “ex fide bona” est additum, ubi [vero] etiam “inter bonos bene agier” [...] parati eis esse debent....

28) Vgl. F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin 1912, S. 47, meinte, der Text betreffe die *actio auctoritatis* wegen der Verheimlichung des Bestimmungszweckes, woraus die *actio empti ex fide bona* resultierte. Anders M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 89; er ist der Meinung, es sei wahrscheinlicher, daß Cicero eine *actio empti ex fide bona* gemeint habe.

29) M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 91; IDEM, *Osservazioni...*, S. 426. Nach M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 85, ist die Bekämpfung der Arglist die Hauptaufgabe der Klausel *ex fide bona* gewesen.

30) Cic. *Top.* XVII,66.

Cicero führt darin einen Gedanken von Scaevola weiter, der bereits im Werke *De officiis* dargestellt wurde, daß nämlich bei der Entscheidung einer Klage mit dem Zusatz *ex fide bona* eine wesentliche Bedeutung der juristischen Kompetenz zukomme, später fügt er hinzu, daß die Verhaltensweise ehrlicher Menschen⁽³¹⁾ den Maßstab der Bewertung bei der Verwendung der besagten Klausel liefere. Der Hinweis auf das “*inter bonos bene agier*” als Bewertungsstandard aufgrund der Klausel *ex fide bona* ist daher eine zweite, in den Schriften Ciceros enthaltene Erklärung. Wenn man bedenkt, daß Cicero aktiver Jurist war, kann man folgern, daß die von ihm gefundenen Erklärungen mit Erfahrungen aus der Rechtspraxis⁽³²⁾ verbunden waren.

Aus der Zeit der Wende von der Republik zum Prinzipat ist noch ein Juristenfragment erhalten geblieben, das eine allgemeine Erklärung zur Klausel *ex fide bona* enthält. Im 5. Buch der *epistulae* des Proculus ist zu lesen:

D. 17,2,78 (Proculus *libro quinto epistularum*). ...*in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

Bezugnehmend auf einen Streit zwischen Gesellschaftern, stellt der Jurist fest, daß die Beurteilung durch einen *bonus vir* erfolgen solle, weil die Klage *pro socio bonae fidei* sei. Proculus erklärte – ähnlich wie Cicero –, daß bei der Anwendung der

31) B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn...*, S. 360 ff.

32) Vgl. M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 91.

Klausel *ex bona fide* der richtige Bewertungsstandard der des *bonus vir* ⁽³³⁾ sei.

Die dargestellten Auszüge, die Aussagen von Juristen aus der Periode zwischen dem 2. Jh. v. Chr. und der Hälfte des 1. Jh. enthalten, zeigen, daß sie die wesentliche Funktion der Klausel *ex fide bona* als Kriterium der Bewertung bei Streitigkeiten zwischen Schuldner und Gläubigern ansahen. Erkennbar ist jedoch, daß eine "Umsetzung" dieser Vorstellung auf positive Richtlinien bezüglich der Funktion der Klausel nicht einfach war. Scaevola übertrug das gesamte Gewicht dieses Problems auf den Richter, der der hohen Anforderung gerecht werden mußte. Cicero und Proculus, die einige Jahrzehnte jünger waren, wiesen allgemein darauf hin, daß das richtige Beurteilungskriterium für die Klausel *ex fide bona* die Handlungsweise eines *bonus vir* sei. Darin lag jedoch in Wirklichkeit die Ersetzung eines Kriteriums der Bewertung durch ein anderes, das deutlicher auf die in der Gesellschaft herrschenden Vorstellungen ⁽³⁴⁾ zurückgriff, und m. E. dadurch besser verständlich für den Richter war ⁽³⁵⁾. Die einzige nachweisbare, aus der Zeit der Republik überlieferte

33) So auch D. 50,17,22 (Ulp.).

34) P. BONFANTE, *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore*, BIDR 6 (1893), S. 97 ff, meint, "buona fede è un concetto etico e sociale". Anders A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 17 ff und S. 81: er leugnet einen Zusammenhang zwischen gesellschaftlichen Vorstellungen und dem Verständnis von der Wendung *bona fides* in Klageformeln. Diese Meinung von A. CARCATERRA wird kritisiert in der Rezension von M. KASER, ZSS 82 (1965), S. 423 ff.

35) L. LOMBARDI, *Dalla fides...*, S. 181. Er bemerkt, daß in der Prozeßpraxis auf die *bonae fidei* zurückgegriffen wurde, weil *fides* "tout court" als *fides boni viri* ersetzt wurde.

genaue Richtlinie für denjenigen, der die Klausel *ex fide bona* anwendete, war der Grundsatz, daß die Arglist keinen Gewinn bringen dürfe. Dieser wurde von Juristen aus der Zeit des Prinzipats aufrechterhalten⁽³⁶⁾.

Sehen wir, wie die Juristen der klassischen Zeit zur Erklärung der Funktion der Klausel *ex fide bona* beitrugen. Hinweise auf die Obliegenheiten des Richters bei der Anwendung einer *bonae fidei*-Klage enthalten zwei Auszüge aus den *Institutionen* des Gaius:

G. 4,63. *Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere, nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.*

G. 4,114. *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare,[...]. Et hoc est, quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. [...] de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis....*

Im ersten Text erklärt der Jurist, daß der Richters bei *bona-fides*-Klagen, den Einwand der Aufrechnung berücksichtigen müsse, obwohl es nicht eindeutig (*aperte*) in der Formel geboten wird

36) Vgl. D. 24,3,21 (Ulp.); D. 27,17,8,1 (Paul.); D. 30,84,5 (Iul.). In diesem Text betont A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 150, die Stelle: "... *hoc iudicium fidei bonae est, et continet in se doli mali exceptionem*"; D. 50,17,23 (Cel. u. Ulp.); D. 50,17,116 pr. (Ulp.)

(³⁷). Im zweiten angeführten Text meint Gaius, daß allgemein anerkannt sei, daß im Falle der Befriedigung des Klägers im Laufe des Prozesses die *bona-fides*-Klage abgewiesen werde (³⁸). Der Jurist liefert eine Erklärung dieser Lösung, indem er darauf hinweist, daß bei derartigen Klagen der Richter bei der Entscheidung ungebunden sei (*liberum est officium iudicis*) (³⁹).

37) A. BECK, *op. cit.*, S. 22, sieht die Aufrechnung als eine typische prozessuale Erscheinung des *iudicium bonae fidei* an. Der angeführte Text wurde mehrmals in Aufsätzen zur *compensatio* besprochen: S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli 1950, S. 13; W. OSUCHOWSKI, *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim*, Warszawa - Kraków 1970, S. 123 ff; W. ROZWADOWSKI, *Studi sulla compensazione nel diritto romano*, BIDR 81 (1978), S. 73.

38) Der Text wurde mehrmals angeführt in Ausführungen zur *litis contestatio*, vgl. z.B. M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht...*, S. 226; IDEM, *Nuovi studi sul processo civile romano*, Labeo 15 (1969), S. 194; W. LITEWSKI, *L'effet libératoire de la "litis contestatio" dans les obligations solidaires actives en droit de Justinien*, Labeo 24 (1978), S. 313. Der allgemeine Gedanke des Gaiustextes, daß bei den *bona-fides*-Klagen der Richter sich nicht darauf beschränke, was in der Formel steht, weil er nicht an ihren Wortlaut gebunden sei, wird von Ulpian weitergeführt. In der Erklärung zum *commodatum* meint er, bei den *bona-fides*-Klagen sollen die Begründung der Forderung und der Wert des Prozeßgegenstandes zum Zeitpunkt des Urteilens erwogen werden (D. 13,6,3,2). Angesichts vieler durch Quellenbefunde begründeter Zweifel bezüglich dessen, ob in der Formel der *actio commodati* die Klausel *ex fide bona* vorhanden war, erscheint es zweifelhaft, daß es der authentische Aussage Ulpians war. Zur Diskussion zu dem Thema vgl.: M. KASER, *Oportere und ius civile*, ZSS 83 (1966), S. 30, Anm. 139, und letztens R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town - Wetton - Johannesburg 1990, S. 190, Anm. 22. In der Konsequenz kann man den durch Quellen begründeten Verdacht schöpfen, daß die angeführten Erklärungen von Ulpian zur Entscheidungsgrundlage in der nachklassischen Zeit formuliert worden sein könnten, wenn auch aufgrund der Erfahrungen der klassischen Jurisprudenz.

39) Vgl. A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 89, nach dem Gaius über die Freiheit von der formalen Ordnung der *litis contestatio* spricht.

Wenn von den Folgen der Bezahlung im Laufe des Prozesses sowie von der Pflicht, den Einwand der Aufrechnung zu berücksichtigen, die Rede ist, so meint Gaius zur Begründung der Lösungen, daß die in die Formel eingeführte Wendung *ex fide bona* die Abtrennung des *officium iudicis* vom Wortlaut der Formel bewirkt habe.

Der Jurist formulierte somit bei der Erörterung einzelner Fragen den allgemeinen Gedanken, daß sich der Richter bei der Entscheidung einer *bona-fides*-Klage nicht zur Beurteilung auf den Inhalt der Formel ⁽⁴⁰⁾ allein beschränken dürfe. Aus praktischer Sicht seien für den Richter Richtlinien besonders wertvoll, die die Folgen der Abtrennung der Bewertung vom Wortlaut der Formel präzisieren.

Dem Buch 33. Buch von Paulus' Ediktkommentar ist zu entnehmen, daß eine solche Konsequenz durch einen Zeitgenossen des Gaius, Salvius Julianus genannt wurde:

D. 18,5,3 (Paulus *libro trigensimo tertio ad edictum*).
Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si [...] venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: ...

40) Vgl. *ibid.*, S. 91. CARCATERRA meinte aufgrund der Stelle G. 4,63, der Richter habe das gesamte Verhältnis berücksichtigen sollen, d.h. Forderungen und gegenseitige Forderungen *ex eadem causa*.

Paulus stellt folgendes fest: Wenn der Kaufvertrag *consensu* abgeschlossen wird, so kann derselbe vor der Erfüllung durch eine Übereinstimmung wieder aufgehoben werden. Dann bespricht er u.a. einen Fall, in dem die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen hatten und eine Stipulation von Seiten des Verkäufers erfolgt ist, später aber vor der Erfüllung der Vertrag einvernehmlich aufgelöst wurde. Der Jurist erklärt, daß dem Käufer keine *actio empti* zustehe. Paulus beruft sich auf die Worte Julians, daß bei den *bona-fides*-Klagen *exceptiones*, die aus dem *pactum* herrühren, mit einzubeziehen sind. Nach Renato QUADRATO hätte die Anführung der Ansicht Julians zugehört, die Unannehmbarkeit der Folge zu bestätigen, daß der Käufer eine Klage ⁽⁴¹⁾ einlegen könnte. Die Aussage Julians stellte daher für den Richter einen Hinweis dar, das *pactum* achten zu müssen ⁽⁴²⁾.

Die Pflicht, den Inhalt des *pactum* berücksichtigen zu müssen, ist daher eine zweite besondere Richtlinie, formuliert von Juristen bei der Auslegung der Klausel *ex fide bona* ⁽⁴³⁾.

41) R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, S. 35. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Graz 1968, S. 102 ff, führt aus, der besprochene Text zeige, daß es zwischen klassischen Juristen, hier vertreten durch Iulian und Paulus Divergenzen bezüglich der Frage gegeben habe, ob der *contrarius consensus* die Folge eines *pactum* hatte, und eine *exceptio* gab, oder ob der *actus contrarius* "ipso iure" zum Erlöschen des Schuldverhältnisses führte.

42) M. HORVAT, *Bona fides...*, S. 131, hat auf die Pflicht hingewiesen, den Einwand aus dem *pactum* neben der Bekämpfung der Arglist als eine zweite Funktion der Wendung *ex fide bona* zu berücksichtigen. Vgl. auch B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1939, S. 503.

43) Die Regel ist auch zu finden in D. 2,14,7,5-6 (Ulp.).

Weitere präzise Hinweise für den Richter, der eine Klage mit der Klausel *ex fide bona* entscheiden sollte, sind in den Werken der spätklassischen Juristen anzutreffen. Im 7. Buch der Quaestionen von Papinian ist zu lesen:

D. 17,1,54 pr. (Papinianus *libro vicesimo septimo quaestionum*). *Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agatur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam) ...*

Der Jurist erklärt, wenn der Verkäufer dem Käufer die Freilassung des erworbenen Sklaven auftrage, dann stehe ihm im Falle der Nichterfüllung des Auftrages die Erstattung des Preises sowie eine Klage mit Rücksicht auf die *affectus ratio* zu. Im weiteren Textteil erklärt Papinian zusätzlich, die *affectus ratio* sei Bestandteil der *bonae fidei iudicia* ⁽⁴⁴⁾. Zur Analyse des vorliegenden Textes stellte Heinrich HONSELL fest, daß der einzige Zweck der *actio mandati* der Schadenersatz gewesen sei, der sich auf die Berücksichtigung des *affectus* ⁽⁴⁵⁾ gestützt habe.

44) Der klassische Ursprung dieser allgemeinen Aussage war Gegenstand eines Streites in der Romanistik. F. RABER, *Zum "pretium affectionis"*, [in:] *Festgabe für Arnold Herdliczka*, München 1972, S. 205, Anm. 43, meint zum Verlauf dieser Diskussion, daß die meisten Kritiker des Textes Argumente verwendeten, die in der heutigen Interpolationskritik als veraltet gälten.

45) H. HONSELL, *Quod interest in bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München 1969, S. 154. Vgl. auch F. M. DE

Fritz RABER stimmte dem zu und baute die Interpretation aus, indem er meinte, daß *affectus* keinen besonderen Wert des Verkaufsgegenstandes (*premium affectionis*) bedeute, sondern lediglich dazu diene, die Sympathie des Kontrahenten gegenüber dem verkauften Sklaven zum Ausdruck zu bringen, die durch Freundschaft oder Verwandtschaft bedingt war ⁽⁴⁶⁾.

Meines Erachtens führt zum richtigen Verständnis des im Text enthaltenen Wortes *affectus* die Berücksichtigung seiner Verwendung am Ende des Textes, wo ein Prinzip enthalten ist, das über den besonderen Fall hinausgeht und daher einen allgemeineren Sinn des besprochenen Wortes nahelegt. Dies erlaubt meiner Meinung nach, die Interpretation von F. RABER weiterzuführen und festzustellen, daß Papinian die Zuerkennung der Auftragsklage aufgrund *affectus ratio* für die Anwendung einer Richtlinie hielt, nach der bei einer Entscheidung *ex fide bona* eine Absicht, ein Vorhaben oder eine Neigung des Kontrahenten zu berücksichtigen sei. Eine wertvolle Vertiefung und Ergänzung der dargestellten Erklärung von Papinian bietet ein Auszug aus dem 32. Buch des Ediktcommentars Ulpianus:

D. 19,1,11,1 (Ulpianus *libro trigesimo secundo ad edictum*). *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit*

ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Bari, Reihe III Vol. 1. (1965-1966), S. 505.

46) F. RABER, *op. cit.*, S. 206.

bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est; quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.

Im ersten Teil des erörterten Textes brachte der Jurist eine ähnliche Ansicht zum Ausdruck, wie die im Kommentar Papinians auftretende, d.h., daß bei der Anwendung der *bona-fides*-Klagen die Entscheidung in Einklang mit dem stehen sollte, was die Parteien vereinbart hatten (*quod inter contrahentes actum est*). Weiter erklärt Ulpian, daß in dem Falle, daß die Vertragsparteien irgend etwas nicht vereinbart hatten, die Leistung so bestimmt werden sollte, wie sie naturgemäß diesem *iudicium* innewohnen könne⁽⁴⁷⁾. Der Jurist stellt somit fest, daß bei der Beurteilung einer Klage mit der Klausel *ex fide bona* auch die Begleitumstände des Schuldverhältnisses zu berücksichtigen seien, die nicht in den Willenserklärungen der Parteien enthalten waren⁽⁴⁸⁾. Was bei der Bewertung solcher Begleitumstände entscheidend sein sollte, konnte der Richter in anderen Texten der Werke Ulpians und seiner Zeitgenossen finden. Im 10. Buch des Kommentars Ulpians zum Edikt ist zu lesen:

47) C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, IURA 44 (1993), S. 35.

48) So: A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. Geschichte des Kaufes im römischen Recht*, Erlangen 1876, S. 667 ff; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 22; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, S. 360 ff; P. FREZZA, *Fides bona*, [in:] *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, S. 29 ff.

D. 22,1,37 (Ulpianus *libro decimo ad edictum*). *Et in contraria negotiorum gestorum actione usurae veniunt, si mutuatus sum pecuniam, ut creditorem tuum absolvam, quia aut in possessionem mittendus erat bonorum tuorum, aut pignora venditurus. quid si domi habens propter eandem causam solvi? puto verum, si liberavi ex magno incommodo, debere dici usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei iudiciis constitutum ...*

Der Jurist bespricht einen Fall, in dem ein Geschäftsführer ohne Auftrag mit seinem eigenen Geld einen Gläubiger des *dominus negotii* (49) befriedigte. Das erörterte Problem besteht darin, in welcher Höhe dem Geschäftsführer Zinsen von der Summe zustehen, mit der er die Schuld beglich. Wenn es eine *negotiorum gestio* ist, dann existiert freilich, besonders bezüglich dieser Frage, keine Vereinbarung zwischen den Parteien. Ulpian erklärt, die Zinsen seien in der Höhe fällig, die in der Gegend üblich sei (*quae in regione frequentatur*) (50) und fügt hinzu, daß dies für die *bona-fides*-Klagen (51) gelte. Ulpian zeigt somit bei der Entscheidung eines besonderen Falls, daß die Klausel *ex fide bona* erforderte, beim Urteilen entsprechende örtliche

49) G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle "usurae" c.d. legali*, Milano 1969, S. 104, Anm. 167, folgert bei der Darstellung der Diskussion zur Authentizität des Textes, daß keine Gründe dafür sprächen, seine Klassizität anzuzweifeln.

50) Vgl.: G. BILLETTER, *Geschichte des Zinsfußes*, Leipzig 1898 (Neudruck Stuttgart 1970), S. 179.

51) Ähnlich: D. 21,1,31,20 (Ulp.).

Gewohnheiten zu berücksichtigen⁽⁵²⁾. Der Fall der Bemessung der Zinsen, die von den Parteien nicht vereinbart wurden, wird auch im 5. Buch der *responsa* des Paulus behandelt:

D. 19,2,54 pr. (Paulus *libro quinto responsorum*). *Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur nec prosint ei constitutiones quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis, etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes? vel ita: indemnem me praestabis?*

Der Jurist erörtert die Frage, ob ein Bürge, der bei einer *locatio conductio* für die ganze vertragliche Schuld berufen wurde (*in omnem causam*) auch für die Zinsen, die wegen der Verzögerung der Mietzahlung geschuldet werden, einzustehen habe. Paulus

52) A. CARCATERRA, *Ancora sulla fides...*, S. 87, beruft sich auf die Wendung aus dem Textauszug *in bonae fidei iudiciis constitutum* und meint, es handele sich nicht um eine Bezugnahme auf das gesellschaftliche Empfinden, sondern um das Aufzeigen des eigentlichen Zweckes der Klage. Eine solche Interpretation hielt M. KASER in der Rezension der Monographie von A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, ZSS 82 (1965), S. 417, für nicht zufriedenstellend.

meinte, der Bürge müsse die Zinsen bezahlen. Zur Erläuterung seiner Antwort erklärt er, daß die Verpflichtung des Bürgen gegenüber der gesamten aus der *locatio conductio* hervorgehenden Schuld bedeute, daß er sich in dem Ausmaß verpflichtet habe, das *ex fide bona* begründet wurde, und daß bei den *bona fides*-Klagen Zinsen nicht die Folge des Schuldverhältnisses selbst seien, sondern eine Entscheidung, die dem *officium iudicis* unterliege. Paulus zeigt somit, daß die Klausel *ex fide bona* die volle Zweckverwirklichung des durch die Parteien vorgenommenen Rechtsgeschäftes garantieren sollte, auch in Fällen, die im verabredeten Inhalt des Schuldverhältnisses nicht vorgesehen waren (⁵³). Die dargestellten Richtlinien zur Klausel *ex fide bona* werden durch zwei ähnliche Auszüge aus Buch 2. und 28. der *quaestiones* Papinians ergänzt:

D. 22,1,1 pr. (Papinianus *libro secundo quaestionum*).
Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat.

D. 22,1,5 (Papinianus *libro vicesimo octavo quaestionum*).
Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.

⁵³ Vgl. auch D. 16,3,24 (Pap.); D. 16,3,28 (Scaev.); D. 16,3,29 (Paul.).

Im ersten der Texte stellt Papinian fest, daß im Falle der Beurteilung des *iudicium bonae fidei* der Richter bei der Festlegung der Zinsen die Gewohnheiten des Ortes des Vertragsschlusses beachten sollte⁽⁵⁴⁾, ohne jedoch dabei gegen das geltende Recht zu verstoßen⁽⁵⁵⁾. Im 28. Buch der *quaestiones* meint der Jurist in der für die Spätclassiker typischen Praxis der Berufung auf die *boni mores*⁽⁵⁶⁾, daß ein *bona-fides*-Kläger kein Erfolg erreichen dürfe, der die guten Sitten verletzte⁽⁵⁷⁾. Den dargestellten Texten Papinians ist somit zu entnehmen, daß der Urteilende das Prinzip befolgen sollte, daß die Klausel *ex fide bona* Lösungen erforderte, die nicht gegen das Recht oder die guten Sitten verstießen.

Zum Abschluß sollte betont werden, daß – wenn Scaevola von der *summa vis*⁽⁵⁸⁾ solcher Klagen sprach und Ulpian die

54) A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei...*, S. 143, meint, der Text könne nicht anders verstanden werden, als daß der Richter die Berechtigung zur Beurteilung der Interessen (*arbitrium*) *ex more regionis* habe.

55) Vgl. M. KASER, *Mores...*, S. 81; B. SCHMIEDEL, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*, Graz - Köln 1966, S. 38. G. CERVENCA, *Contributo...*, S. 252, betont, die Authentizität des Textes sei unzweifelhaft.

56) Th. MAYER-MALY, *Contra bonos mores*, [in:] *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien - Köln - Graz 1986, S. 160.

57) I. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Uwzględnienie przez sedziego zwyczajów obrotu w prawie klasycznym rzymskim*, [in:] *Księga pamiątkowa ku czci Leona Pinńskiego*, Bd. 2, Lwów 1936, S. 4 ff, führt aus, daß Papinian im analysierten Text die Geltungskraft der Gewohnheiten des Verkehrs in Frage gestellt hätte, weil nach dem Juristen der Richter sie kontrollieren und überprüfen sollte, ob sie die guten Sitten nicht verletzten. Vgl. auch D. 27,3,1,2 (Ulp.).

58) Cic. *De off.* 3,17,70.

potestas huius iudicii (59) erwähnte – dies bedeutet, daß die Juristen von der Zeit der späten Republik bis zum Ende der klassischen Periode die praktische Bedeutsamkeit der Klausel *ex fide bona* in Klageformeln eingesehen hätten. Quintus Mucius Scaevola überließ jedoch die Ermittlung ihrer Funktion dem Richter. Einige Jahrzehnte später ist bei Cicero und Proculus die Erklärung zu finden, daß der für diese Klausel richtige Bewertungsstandard der des *bonus vir* sei. Dagegen erfolgte die “Umsetzung” der allgemeinen Klausel *ex fide bona* auf positive Richtlinien für den Richter, worin die Funktion der Wendung *ex fide bona* in einer Klage bestehen sollte, erst allmählich. Eine erste Nachweise dafür – man solle die Arglist bekämpfen –, ist bereits bei Cicero zu finden, aber die meisten davon befinden sich in den Werken der spätclassischen Juristen. Wenn also die Formulierung der Richtlinien bezüglich der Funktion der Klausel *ex fide bona* im Laufe eines einige Jahrhunderte dauernden Prozesses erfolgte, dann liegt die Vermutung nahe, daß dies eng mit der kasuistischen Praxis der römischen Jurisprudenz zusammenhing und eine teilweise Synthese der Erfahrungen von Juristen in der Anwendung der Formel *bona fides ad casum* (60) darstellte.

59) D. 19,1,11,1 (Ulp.).

60) Dazu vgl.: W. DAJCZAK, *Zwrot bona fides w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego* (Die Wendung *bona fides* in Entscheidungen zu Kontrakten bei klassischen römischen Juristen), Toruń 1998, S. 125 ff.

“*Constitutum est*” in D. 47,2,14,4

von Georg KLINGENBERG

(Linz)

Zu den vielen Detailproblemen, die mit der Aktivlegitimation zur *actio furti* verbunden sind, gehört auch die Frage, ob eine Person, die selbst ein *furtum* begangen hat, ihrerseits die *actio furti* erheben kann, wenn ihr die Sache entwendet wird. Zu dieser Frage wird uns in der folgenden Stelle mit den Worten “*constitutum est*” eine ablehnende Regelung geschildert:

D. 47,2,14,3-4 (*Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum*) (1).

(3) *Is autem, apud quem res deposita est, videamus, an habeat furti actionem. et cum dolum dumtaxat praestet,*

1) Dazu C. FERRINI, *Opere* III (Milano 1929) 136 ff; F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 35; G. LONGO, *Il deposito (Corso 1933)* 21 ff; F. DE ROBERTIS, *Scritti vari di diritto romano* III (Bari 1987) 313 ff; J. ROSENTHAL, *SZ* 68 (1951) 247; H. T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen* (Helsinki 1969) 219; F. SITZIA, *BIDR* 74 (1971) 213; C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano* (Catania 1996) 68.

merito placet non habere eum furti actionem: quid enim eius interest, si dolo careat? quod si dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem.

(4) Iulianus quoque libro vicensimo secundo digestorum scribit: quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt, non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius esse res coeperit qui eam contrectavit.

Das 29. Buch des Ulpianischen Sabinus-Kommentars beschäftigt sich zwar zunächst mit dem Kaufrecht: Die *custodia*-Haftung des Verkäufers bietet dann den Anlaß, an dieser Stelle generell auf die Aktivlegitimation bei der *actio furti* einzugehen⁽²⁾, während das *furtum* selbst erst später (im 40. Buch) behandelt wird. Nach der generellen Feststellung *cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet* (D. 47,2,10) behandelt Ulpian im folgenden (fr. 12,14 und 17 h.t.) im einzelnen verschiedene Rechtsverhältnisse. In unserer Stelle fr. 14, 3-4 befaßt sich Ulpian mit dem *depositum*: Da der Verwahrer nur für *dolus* haftet, hat er kein Interesse und ist daher grundsätzlich nicht zur *actio furti* aktivlegitimiert⁽³⁾. Ulpian stellt sich dann die

2) Ähnliches findet sich, wie LENEL gezeigt hat, in den Sabinus-Kommentaren des Pomponius (LENEL, *Pal. Pomp.* Nr. 567-569) und des Paulus (LENEL, *Pal. Paul.* Nr. 1723-1726).

3) Vgl. Gai.Inst. 3, 207; allerdings ist der Verwahrer trotz Entfalls der *actio furti* zur *actio vi bonorum raptorum* aktivlegitimiert: Ulp.

Frage, wie sich ein *dolo facere* durch den Verwahrer auswirkt: Sowohl er selbst als auch der von ihm zitierte Julian gehen davon aus, daß dadurch die Sache beginnt *periculo suo esse*: Diese Ausdrucksweise zeigt, daß das *dolo facere* nicht im Sinn einer dolosen Beteiligung am oder einer dolosen Herbeiführung des *furtum* zu verstehen ist ⁽⁴⁾, sondern einen zeitlich davor liegenden Akt darstellt ⁽⁵⁾, der eine Verschärfung der Haftung mit sich bringt und insbesondere dem Verwahrer ab nun das Diebstahlsrisiko aufbürdet. Diesem Akt zuzuordnen ist sicher das in der Formel der *actio depositi* genannte *dolo malo redditam non esse*, also etwa die bewußt verzögerte Nichtrückgabe. Unserer Problematik näher steht freilich das in § 4 erwähnte *contrectare* durch den Verwahrer, welches selbst als *furtum* zu qualifizieren ist: Diese Qualifikation kommt immer dann zum Tragen, wenn der Verwahrer nicht bloß einen *animus infitiandi* bildet ⁽⁶⁾, sondern einen nach außen tretenden Akt wie eben *contrectare* ⁽⁷⁾, *intercipiendi causa occultare* ⁽⁸⁾, *apiscere possessionem*

D. 47,8,2,23-24; dazu ausführlich H. T. KLAMI, *Mutua magis videtur* 219 ff.

4) So jedoch M. PAMPALONI, *Scritti giuridici I* (Pisa 1941) 707.

5) So auch J. ROSENTHAL, *SZ* 68 (1951) 249; G. MACCORMACK, *SZ* 96 (1979) 155 FN 125.

6) Cels. D. 47,2,68 pr; Paul. D. 41,2,3,18; D. 47,2,1,2; dazu J. A. C. THOMAS, *Studi Volterra 2* (1971) 762 ff.

7) Paul. D. 16,3,29 pr = PS 2,12,5.

8) Paul. D. 47,2,1,2.

intervertendi causa ⁽⁹⁾ oder ein unbefugtes *uti* ⁽¹⁰⁾ setzt. Die Entscheidungen in § 3 und in § 4 sind identisch: Wird in der Folge die Sache beim Verwahrer gestohlen, so ist dieser trotz des Umstandes, daß die Sache zum Diebstahlszeitpunkt *periculo suo* war, nicht zur *actio furti* gegen den Dieb aktivlegitimiert, die Klage bleibt wie zuvor beim *dominus*. Zur Begründung stützt sich Ulpian in § 3 auf das Prinzip, daß der Verwahrer nicht durch seinen *dolus* die *actio* erlangen soll ⁽¹¹⁾, § 4 hat für Ulpian die Funktion, diese Entscheidung durch ein Julian-Zitat (*Iulianus quoque ... scribit*) abzustützen. Julian seinerseits beruft sich auf einen Satz, wonach ein *fur* bezüglich der Sache, an der er das *furtum* begangen hat, keine *actio furti* haben soll: Darauf stützt er in logisch-deduktiver Weise seine ablehnende Entscheidung in dem konkreten Fall, in dem zunächst eine *contrectatio* durch den Verwahrer und daraufhin ein *furtum* durch einen Dritten erfolgt ist. Für Julian ist es ausreichend, sich ausschließlich auf die von ihm geschilderte Regelung als alleinige Entscheidungsgrundlage zu berufen.

9) Cels. D. 47,2,68 pr.

10) Mucius in Gell. 6,15,1-2; Gai.Inst. 3,196; Pomp. D. 13,1,16; D. 47,2,77 pr; C. FERRINI, *Opere* V (Milano 1930) 114 ff; G. GARRIDO, *El furtum usus del depositario y del comodatario*, in: *Atti Accad.Const.* IV (1981) 841ff; P. ZANNINI, *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana*, in: *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* 1987 (Milano 1990) 173 ff.

11) Vgl. auch Ulp. D. 47,2,12,1: *sed nemo de improbitate sua consequitur actionem*; D. 17,2,63,7: *nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare*; G. MACCORMACK, *SZ* 100 (1983) 521 f.

Es gab somit eine “*constitutio*”, die in allgemeiner Weise die *fures* von der *actio furti* hinsichtlich desselben Objektes ausschloß. Die Klassizität dieser allgemeinen Regelung hat allerdings DE ROBERTIS in einer ausführlichen Studie ⁽¹²⁾ bestritten und dazu folgende These entwickelt: Die generelle Regelung beruhe auf einem autoritativen Akt Justinians; die Klassiker hingegen hätten sich nicht an einer festen Regelung orientiert, sondern die Frage als Problem der Auslegung des *cuius interest rem salvam esse* behandelt und seien deswegen zu jeweils verschiedenen Ergebnissen gelangt. Daß trotz des Eingreifens Justinians das Erscheinungsbild in den Digesten widersprüchlich sei, erkläre sich aus der Schlampigkeit der Kompilatoren. In D. 47,2,14,4 ist nach DE ROBERTIS die gesamte Passage [*quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt*] interpoliert, da es eine klassische Kaiserkonstitution, welche die *fures* von der *actio furti* ausschloß, nicht gegeben hat.

Demgegenüber glaube ich, daß sich das Bild in den Digesten besser und ohne Interpolationsannahme erklären läßt, wenn man in der Passage *quia in omnium furum persona constitutum est ...* nicht einen Verweis auf eine kaiserrechtliche Normierung, sondern auf Juristenrecht sieht. Ich gliedere meine Ausführungen dazu wie folgt: Zunächst wird die Frage untersucht, ob und wie sich die anderen Juristen an einer Regelung orientiert haben, die

12) F. DE ROBERTIS, *La Legittimazione attiva nell'actio furti. I: Sulla quaestione "an fur furti agere potest"* in: *Ann.Univ.Bari* 10 (1949) 55-92 = *Scritti varii di diritto romano* III (Bari 1987) 307-344.

den zur *actio furti* Passivlegitimierten von der Aktivlegitimation bezüglich derselben Sache ausschloß (I). Nach einem Exkurs zur Inkompatibilitätsregel von aktiver und passiver *a. furti noxalis* (II) wird noch der Sonderfall eines *furtum* durch den gestohlenen Sklaven an einer Sache des *fur* behandelt (III). Es folgen Betrachtungen zur Bedeutung des Passus “*constitutum est*” im Sprachgebrauch der klassischen Juristen im allgemeinen (IV). Daraus werden dann Folgerungen für das Verständnis der in D. 47,2,14,4 zitierten *constitutio* gezogen (V).

I. Die Behandlung des Problems durch die klassischen Juristen

1) An den Beginn stellen wir folgenden Bericht des Pomponius:

D. 47,2,77,1 (*Pomponius libro trigensimo octavo ad Quintum Mucium*) (13).

Si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, ideo quod domini interfuit, non

13) Dazu P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* I (Lyon - Paris 1915) 338 ff (zu Mucius); 493 ff (zu Servius); F. BOSSOWSKI, *APal* 13 (1927) 417 f; F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 325 ff; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford 1965) 228; P. STEIN, *Regulae iuris* (Edinburgh 1966) 46 f; E. SEIDL, *Gedächtnisschrift für R. Schmidt* (Berlin 1966) 366 f (zu Mucius); D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht* (Göttingen 1972) 133 ff; O. BEHREND, *Index* 12 (1983) 204; T. GIARO, *BIDR* 90 (1987) 79 ff; W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht* (Berlin 1988) 36 f.

prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset. haec Quintus Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem salvam esse, quia conditione tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest. nec utimur Servii sententia, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo exstaret nec exstaturus esset, furem habere furti actionem: non magis enim tunc eius esse intellegitur, qui lucrum facturum sit. dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilo minus duret: sed et conditionem, quia ex diversis factis tenentur.

Eine Sache wird zunächst dem Eigentümer E vom *fur prior*, in der Folge diesem vom *fur posterior* gestohlen. Es geht um die Frage, wem die *actio furti* gegen den *fur posterior* zusteht.

Dazu begegnen die Ansichten dreier Juristen:

a) Nach Quintus Mucius, dessen Ansicht in der Einleitung bis *salvum esset* wiedergegeben wird ⁽¹⁴⁾, steht die *actio furti* ausschließlich dem E zu, weil nur er, nicht aber der *fur prior* ein Interesse am Unterbleiben der *subreptio* hat ⁽¹⁵⁾. Dieser Satz wird

14) Vgl. O. LENEL, *Palingenesia*, Mucius Nr. 9; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar 1961) 253 FN 7 (der allerdings eine Verwischung zwischen Lemma und Kommentar beanstandet); D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 133; zweifelnd D. NÖRR, *ANRW* II 15 (Berlin - New York 1976) 548 FN 225.

15) Für G. LA PIRA, *SDHI* 1 (1935) 346 f ist dies ein Beispiel einer deduktiven Entscheidungsfindung aus einem allgemeinen Prinzip; kritisch dazu F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren Juristen bis Labeo* (Innsbruck 1969) 69.

zwar von PAMPALONI verdächtigt¹⁶⁾, doch hat HUVELIN die Echtheit und Zuordnung zu Mucius vor allem damit untermauert, daß die gesamte Einleitung des Fragments und insbesondere die Passage *id quod subreptum est* sich stark an die Terminologie der *lex Atinia* anlehnt¹⁷⁾. Mucius verneint jedenfalls überhaupt ein Interesse des *prior fur*: Das kann damit zusammenhängen, daß es zur Zeit des Mucius noch keine *condictio ex causa furtiva* gegeben hat¹⁸⁾ und damit ein Haftungsinteresse des *prior fur* nicht bestand, kann aber auch auf einer engen Auslegung des *cuius interest rem salvam esse* schon durch Mucius beruhen, die als Basis für ein Eigeninteresse nur ein *damnum*, nicht aber ein *lucrum cessans* akzeptiert¹⁹⁾. Aus der bloß negativen Stellungnahme des Mucius läßt sich letztlich nicht entnehmen, ob er beim *prior fur* ein Eigeninteresse aus Besitz oder ein Haftungsinteresse verneinte. Etwas anders sieht BEHREND²⁰⁾ hinter der Entscheidung des Mucius die stoische Orientierung des *utile* am *honestum*²¹⁾. Diese moralisierende Argumentation mit dem

16) M. PAMPALONI, *Scritti giuridici* I 711.

17) So P. HUVELIN, *Furtum* I 337 f.

18) Zur historischen Entwicklung der *condictio ex causa furtiva* W. PIKA, *Condicere* (oben FN 13) 21 ff: Aus Tryph. D. 13,1,20 ergibt sich, daß die "veteres" bereits die *condictio* gegen den Dieb kannten: Das läßt freilich offen, ob sie schon zur Zeit des Mucius bestand: dagegen jedenfalls P. HUVELIN, *Furtum* I 340; T. GIARO, *BIDR* 90 (1987) 82.

19) Dieser in der Stelle erst später formulierte und auch bei Javolenus D. 47,2,72,1 (unten FN 30) auftretende Gedanke wird von P. HUVELIN, *Furtum* I 340 und P. STEIN, *Regulae iuris* 47 bereits dem Mucius zugeschrieben.

20) O. BEHREND^s, *Index* 12 (1983) 204.

21) Vgl. Cic. *de off.* III,3,11.

Hinweis auf die *honestia causa* stammt in der Stelle freilich erst aus der Feder des Pomponius (dazu unten c).

b) Auch Servius diskutiert nicht über die Frage, ob das Interesse auf einer *honestia causa* beruht, sondern ebenso wie Mucius die Frage, ob es überhaupt ein Interesse des *prior fur* gibt: Servius hält den *prior fur* dann für aktivlegitimiert, wenn niemand als Eigentümer auftritt oder mit seinem Auftreten nicht zu rechnen ist, etwa weil der *dominus* ohne Rechtsnachfolger gestorben ist⁽²²⁾. Basis des Interesses des *fur* ist nach Servius, wie aus der ablehnenden Stellungnahme des Pomponius zu erschließen ist, ein *lucrum cessans*: Worin das *lucrum* des *fur prior* bestand, wird zwar nicht erwähnt, es kann aber wohl nur in den Besitzvorteilen liegen, die gerade in den geschilderten Situationen (Nichtauftreten eines *dominus*) zum Tragen kommen⁽²³⁾; zu diesen Besitzvorteilen gehört wegen der eingetretenen Furtivität der Sache freilich nicht die Ersitzungsmöglichkeit⁽²⁴⁾. Daß Servius nicht auf ein Haftungsinteresse abstellte (für seine Zeit ist wohl schon mit einer *condictio* zu rechnen), ergibt sich aus dem von ihm gewählten Beispiel, denn bei Nichtauftreten des *dominus* war auch nicht mit einer *condictio* durch diesen zu rechnen. Klar ist freilich, daß nach Servius der *prior fur* nicht

22) So F. BOSSOWSKI, *APal* 13 (1927) 418.

23) O. BEHRENDT, *Index* 12 (1983) 204 spricht von einem “semplice e naturale interesse patrimoniale” des *prior fur*.

24) So auch F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 97 und F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 326.

generell ⁽²⁵⁾, sondern nur in den Ausnahmesituationen aktivlegitimiert ist ⁽²⁶⁾. Servius ging es in dieser Diskussion wohl in erster Linie darum zu zeigen, daß die Lösung des Mucius nicht in allen Fällen anzuwenden ist: Würde man mit Mucius nämlich auch in den geschilderten Fällen (*dominus nemo exstaret nec exstaturus esset*) ein Interesse des *fur prior* verneinen und ihm die *actio furti* versagen, so würde dies dazu führen, daß der *fur posterior* straflos bleibt: Auch wenn Servius generell eine kritische Haltung gegenüber Mucius hatte, so glaube ich nicht, daß er hier eine “*deductio ad absurdum*” vornehmen wollte, welche die Lösung des Mucius grundsätzlich ablehnte; vielmehr spricht er sich für eine subsidiäre Aktivlegitimation des *prior fur* aus, wenn der *dominus* ausfällt.

c) Pomponius schließt sich mit den Worten *et vera sunt* der Meinung des Quintus Mucius an und lehnt jedwede Aktivlegitimation des *prior fur* (wohl auch eine subsidiäre) ab. Von ihm stammt auch eine weitere Begründung: Zwar hat der *prior fur* dadurch, daß er der *condictio* des E ausgesetzt ist, ein Haftungsinteresse, doch dieses beruht nicht auf einer *honesta causa*. Wie GIARO deutlich dargetan hat, stimmt Pomponius damit zwar in der Entscheidung des Falles, nicht aber in der

25) Das wäre nur anzunehmen, wenn man Servius unterstellt, er sehe das *furtum* als Delikt gegenüber dem Besitz schlechthin an: So H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII,2 De furtis* (Cambridge 1940) 113; dagegen mit Recht A. WATSON, *Law of Obligations* 228.

26) Den Ausnahmecharakter betonen mit Recht P. HUVELIN, *Furtum* I 493 (“cas exceptionnel”) und F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 327 (“caso particolare”).

Begründung mit Mucius überein ⁽²⁷⁾: Eine geänderte Begründung war wohl deswegen erforderlich, weil zur Zeit des Pomponius die *fures* der *condictio* unterlagen und daher das Argument des Mucius, der *prior fur* habe kein Interesse, bezüglich des Haftungsinteresses nicht mehr zutraf. Pomponius fühlt sich freilich auch bemüßigt, das von Servius gebrachte Eigeninteresse aus den Besitzvorteilen als nicht ausreichend zu qualifizieren und die *sententia Servii* abzulehnen: Er argumentiert damit, daß der *fur*, der zu einem *lucrum* gelangen könnte, deswegen nicht wie ein Eigentümer anzusehen ist ⁽²⁸⁾: *non magis enim tunc eius esse intellegitur, qui lucrum facturum sit*: Statt *esse* findet sich freilich aufgrund einiger Handschriften auch die Lesung *interesse* ⁽²⁹⁾: Diese erinnert an den schon bei Javolen formulierten Gedanken, wonach nur ein *damnum emergens*, nicht aber ein *lucrum cessans* ein Interesse begründet, auf welches die Aktivlegitimation zur *actio furti* gestützt werden kann ⁽³⁰⁾. Auch wenn die Lesung *esse* eine platte Selbstverständlichkeit ausdrückt, so spricht für diese Lesung der Umstand, daß auch die Byzantiner den Gedanken des fehlenden Eigentums überliefern, und zwar nicht bei der Wiedergabe dieser Stelle, wo die entsprechende Passage

27) T. GIARO, *BIDR* 90 (1987) 79; *Labeo* 36 (1990) 207 FN 103.

28) So verstanden auch von M. PAMPALONI, *Scritti giuridici* I 712 und D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 134.

29) Th. MOMMSEN, *Ed. mai.* 756, 36.

30) D. 47,2,72,1: *...interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturum esset.*

überhaupt fehlt ⁽³¹⁾, sondern bei der Wiedergabe von D. 47,2,14,3-4: Als Entscheidungsbegründung wird dabei nicht die von Julian erwähnte *constitutio* ⁽³²⁾, sondern folgender kanwvn erwähnt: klevpth" to; klopimai'on e[cwn oujk ejxousiavzei ⁽³³⁾. Da dieser von den Byzantinern übernommene Satz ein Vorbild im klassischen Schrifttum gehabt haben muß, ist es sehr wahrscheinlich, daß sie ihn aus D. 47,2,77,1 entnommen haben.

Außerhalb unserer Problematik liegt das Ende der Stelle: Hier geht Pomponius noch auf das Konkurrenzproblem ein und spricht sich für die Kumulation der *actiones furti* gegen den *prior fur* und gegen den *posterior fur* in der Hand des E aus ⁽³⁴⁾.

31) Bas. 60,12,77,1 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL A VIII 2848 = Hb V 526).

32) Sie ist freilich in Schol. 15 überliefert (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL B VIII 3346 = Schol. 16 Hb V 459).

33) Bas. 60,12,14, 3-4 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL A VIII 2821 = Hb V 459). Vgl. auch das zugehörige Schol. 16 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL B VIII 3346 = Schol. 17 Hb V 459) i{na duvnhtai w|" despovth" kinei'n.

34) E. LEVY, *Konkurrenz* I 481; D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 133 ff. Umstritten ist freilich die Echtheit des hier nicht näher interessierenden Schlußsatzes, der durch seine Anknüpfung mit *et ideo* zum selben Ergebnis auch für die *condictio* kommt: Für Unechtheit insbesondere E. LEVY, *Konkurrenz* I 481 ff, F. BOSSOWSKI, *APal* 13 (1927) 418; H. F. JOLOWICZ, *Digest XVII,2 De furtis* 113; dagegen freilich D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 135 f; wieder anders W. PIKA, *Condicere* 38, der darin nur eine Klarstellung des Pomponius sieht, "daß die *condictio* aus dem ersten *furtum* durch den zweiten Diebstahl weder übergegangen (auf den ersten Dieb) noch untergegangen ist".

2) Eine ähnliche Situation wie in D. 47,2,77,1 – nämlich die *subreptio* der gestohlenen Sache durch einen Dritten – begegnet auch in folgendem Celsus-Fragment ⁽³⁵⁾:

D. 47,2,68,2 (*Celsus libro duodecimo digestorum*).

Infans apud furem adolevit: tam adolescentis furtum fecit ille quam infantis, et unum tamen furtum est: ideoque dupli tenetur, quanti umquam apud eum plurimi fuit. nam quod semel dumtaxat furti agi cum eo potest, quid refert propositae quaestioni? quippe, si subreptus furi foret ac rursus a fure altero eum recuperasset, etiam si duo furta fecisset, non amplius quam semel cum eo furti agi posset. nec dubitaverim, quin adolescentis potius quam infantis aestimationem fieri oporteret. et quid tam ridiculum est quam meliorem furis condicionem esse propter continuationem furti existimare?

Ein *servus infans* wurde gestohlen und erreichte beim *fur* die Adoleszenz, wodurch er an Wert gewann. Celsus spricht sich dafür aus, daß der (nur einmal zu gewährenden) *actio furti* der Höchstwert und nicht der Wert des *infans* zugrunde gelegt wird, wie dies von Sabinus vertreten wurde ⁽³⁶⁾, gegen den das

35) Zur Stelle E. KALINKA, SZ 47 (1927) 334; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* (Milano 1939) 80; H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII,2 De furtis* 105; D. DAUBE, SZ 76 (1959) 161; F. WIEACKER, *Iura* 13 (1962) 9 ff; SZ 94 (1977) 345; H. HAUSMANINGER, ANRW II/15 (Berlin - New York 1976) 396 ff; B. SANTALUCIA, *BIDR* 72 (1969) 131 f; D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 126; J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen* (Berlin 1999) 35 f.

36) Pomp. D. 47,2,9 pr.

polemische *ridiculum est* wohl gerichtet ist⁽³⁷⁾. Zur Stützung seiner Ansicht, daß die *actio furti* nur einmal zu gewähren ist, verwendet Celsus aber zunächst einen Vergleichsfall. Wäre der *servus infans* nicht beim *fur* verblieben, sondern wäre er diesem von einem anderen gestohlen und dann wiederbeschafft worden, so würden zwar zwei *furta* vorliegen, aber ebenfalls nur einmal die *actio furti* gewährt werden, und zwar wieder unter Zugrundelegung des höheren Wertes beim zweiten *furtum*: Was für zwei Diebstähle gelte, müsse umso eher für eine fortgesetzte Verwirklichung des *furtum*-Tatbestandes gelten. Zu Recht wurde darauf hingewiesen, daß Celsus sich nicht nur auf die “*deductio ad absurdum*”⁽³⁸⁾ stützt, sondern einer “Ähnlichkeitsrelation”⁽³⁹⁾ bzw eines “*argumentum a maiore ad minus*”⁽⁴⁰⁾ bedient. Es ist daher von der Echtheit des Vergleichsfall auszugehen⁽⁴¹⁾.

37) P. VOICI, *Risarcimento e pena* 80; B. SANTALUCIA, *BIDR* 72 (1969) 132.

38) Vgl. V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella storia giuridica fra Nerva e Adriano* (Napoli 1979) 147 f; M. BRETONE, *Techniche ed ideologie dei giuristi romani*² (Napoli 1982) 205; H. HAUSMANINGER, *ANRW* II/15, 398.

39) H. HAUSMANINGER, *ANRW* II/15, 398.

40) J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana* 36.

41) Selbst G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV (Tübingen 1920) 230 beläßt trotz seiner sonstigen Verdächtigungen den *duo-furta*-Fall. Verdächtig wurde er vor allem von WIEACKER, der es zunächst für “undenkbar” hielt, den Fall Celsus zuzuschreiben (*Iura* 13 [1962] 11), unter dem Eindruck der Ausführungen HAUSMANINGERS (*ANRW* II 15, 396 ff) für die Interpolationsannahme aber “nicht mehr auf die Barrikade” gehen will (*SZ* 94 [1977] 345); für die Echtheit des Vergleichsfalls auch D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 126, für die Echtheit des Fragments insgesamt schon zuvor

Genau genommen sind im Vergleichsfall insgesamt drei *furta* erfolgt, nämlich zunächst durch den ersten Dieb, dann durch den zweiten Dieb (*si subreptus furi foret*) und schließlich noch einmal durch den ersten Dieb (*ac rursus ab eo recuperasset*). Celsus interessieren für seine Argumentation freilich nur das erste und das dritte *furtum*: Daher können wir der Stelle auch keine Informationen zur *actio furti* gegen den zweiten *fur* abgewinnen.

3) Von besonderem Interesse ist die Haltung der Spätklassiker: Im Fall eines diebischen *nauta* folgt Paulus ganz offensichtlich unserer *constitutio*:

D. 4,9,4 pr (*Paulus libro tertio decimo ad edictum*).

Sed et ipsi nautae furti actio competit, cuius sit periculo, nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur, aut alio subripiante ipse nauta solvendo non sit.

Am Ende des vorangehenden Ulpian-Fragments D. 4,9,3,5 wird eine elektive Konkurrenz zwischen der *actio de recepto* und der *actio furti* in der Hand des Befrachters bejaht und damit eine Aktivlegitimation des Befrachters und Eigentümers vorausgesetzt. In 4 pr soll das einleitende *sed et ipsi* den Eindruck erwecken, der *nauta* sei neben dem Befrachter zur *actio furti* aktivlegitimiert. Für die Unechtheit der Konkurrenz in

D. 4,9,3,5⁽⁴²⁾ und der Einleitungsworte in fr. 4 pr⁽⁴³⁾ wurde auf Ulp. D. 47,5,1,4 verwiesen, wo die Aktivlegitimation dem Eigentümer ausdrücklich versagt und wegen des *periculum custodiae* ausschließlich dem *nauta* zugestanden wird. Dagegen haben aber VOCI⁽⁴⁴⁾ und LIEBS⁽⁴⁵⁾ darauf hingewiesen, daß bei Diebstählen durch den *nauta* selbst oder einen seiner Gewaltunterworfenen die Aktivlegitimation der zivilen oder honorarrechtlichen *actio furti* beim Eigentümer liegt.

Daß der *nauta* aufgrund seiner strengen Haftung⁽⁴⁶⁾ ein Interesse hat *rem non subripi*, ist unbestritten; daher ist er bei Diebstählen durch einen Dritten zur *actio furti* gegen diesen

KALINKA, SZ 47 (1927) 345. Keine Einwände finden sich bei P. VOCI, *Risarcimento e pena* 80 und J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana* 35 f.

42) Für den kompilatorischen Ursprung dieser Konkurrenz F. SCHULZ, SZ 32 (1911) 69 ff; *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 50 (1911) 32; E. LEVY, *Konkurrenz* II/1 85 ff; G. BESELER, SZ 44 (1924) 366.

43) L. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia* I (Modena 1902) 39; F. SCHULZ, SZ 32 (1911) 71; *Krit. Vierteljahresschrift* 50 (1911) 33; E. LEVY, *Konkurrenz* II/1 86.

44) P. VOCI, *Risarcimento e pena* 130 f.

45) D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 108 f.

46) J. PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain* (Paris 1926) 13; G. I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limiti alla responsabilità contrattuale* I (Milano 1938) 157-178; F. DE ROBERTIS, *Annali Bari* 12 (1952) 5 ff; *Rivista dir. navigazione* 24 (1958) 241 ff; *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* II (Bari 1982) 1001 ff; M. SARGENTI, *SDHI* 20 (1954) 148 ff; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (Napoli 1958) 103 ff; L. R. MÉNAGER, *RH* 38 (1960) 385 ff; R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain* (Bruxelles 1987) 66 ff.

aktivlegitimiert. Und nur an Diebstähle durch Dritte und nicht seiner Gewalt unterworfenen Personen kann in fr. 4 pr gedacht sein. Für uns von Interesse ist der von Paulus gemachte erste Vorbehalt *nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur*: In dieser Situation – zuerst unterschlägt der *nauta* die Sache und in der Folge wird sie ihm von einem Dritten ⁽⁴⁷⁾ gestohlen – kommt die Aktivlegitimation gegenüber dem zweiten *fur* – genauso wie im Fall der Insolvenz des *nauta* – nicht dem *nauta*, sondern dem Befrachter zu. Zwar wurden gegen die von Paulus gemachten Vorbehalte textkritische Verdächtigungen ausgesprochen ⁽⁴⁸⁾, doch kann gegen die sachliche Echtheit und Klassizität kein Einwand erhoben werden: Die Rückkehr der Aktivlegitimation zum Eigentümer im Fall der Insolvenz des Haftungsinteressenten ist vielfach gesichert ⁽⁴⁹⁾, und der Fall des *nauta subripiens* entspricht ja nicht nur dem Inhalt unserer *constitutio*, sondern paßt auch zur rechtspolitischen Motivation, die hinter dem *receptum*-Edikt steht, nämlich der Bekämpfung der *improbitas* dieser Leute ⁽⁵⁰⁾ und deren häufiger Kooperation mit Dieben ⁽⁵¹⁾.

47) Vgl. auch Bas. 53,1,17 (SCHELTEMA -VAN DER WAL A VII 2437) h] aujtou' klevyanto" e{tero" e[kleyen.

48) Den ganzen Vorbehalt, also beide Fälle – *furtum* durch den *nauta* und dessen Insolvenz – tilgt M. PAMPALONI, *Scritti giuridici* I 749; speziell die Passage [*nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur*] wird von F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 71 und E. LEVY, *Konkurrenz* II/1 86 FN 1 verdächtigt. F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 342 spricht generell von einem “testo di evidente fattura giustiniana”.

49) Gai.Inst. 3,205; Ulp. D. 47,2,12 pr.

50) Ulp.-Pomp. D. 4,9,3,1.

51) Ulp. D. 4,9,1,1.

4) Eine von unserer *constitutio* abweichende Entscheidung finden wir in

D. 47,2,48,4 (*Ulpianus libro quadragensimo secundo ad Sabinum*) (52).

Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus, quo fur furti agere possit.

Ego hat an den *fullo* Tu ein Kleidungsstück zur Reinigung gegeben, *fullo* Tu hat dieses Kleidungsstück ohne Wissen oder Willen des Ego an Titius verliehen; bei Titius wird es vom *fur* D gestohlen. Dadurch wird zweimal der *furtum*-Tatbestand verwirklicht, was einerseits zu einer *actio furti* des Ego gegen Tu, andererseits zu einer *actio furti* des Tu gegen D führt.

Die Zielrichtung der in der Stelle gegebenen Begründungen ist verschieden: Begründungsbedürftig ist für Ulpian beim zeitlich ersten *furtum* die Verwirklichung des Tatbestandes (*quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris*)

52) Dazu M. PAMPALONI, *Scritti giuridici* I 706; L. LUSIGNANI, *Responsabilità* I 46 f; F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 39 ff; F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 329 ff; J. ROSENTHAL, *SZ* 68 (1951) 261; F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius* III (Jena 1917) 509 ff; V. POLACEK, *Labeo* 19 (1973) 178 f; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* 184.

(⁵³), nicht die Aktivlegitimation; für das zeitlich zweite *furtum* ist es umgekehrt: Daß der *furtum*-Tatbestand verwirklicht ist, bedarf keiner besonderen Ausführung, wohl aber wird die Aktivlegitimation des Tu ausdrücklich begründet: *quia custodia rei ad te pertinet* (⁵⁴). Damit ist auch klargestellt, daß das der Aktivlegitimation zugrunde liegende Haftungsinteresse des Tu nicht erst durch sein *furtum usus* begründet wird, sondern sich schon aus der *locatio conductio* ableitet. Daher ist es nicht richtig, wenn die Stelle von den Vertretern der subjektiven *custodia* als Beleg dafür reklamiert wird, daß die Haftung des Tu erst durch sein Fehlverhalten begründet wird (⁵⁵): Die Passage *quia non debueras commodare* hat nur die Funktion, das *furtum* des Tu zu begründen (⁵⁶).

Die Pointe der Stelle liegt für Ulpian freilich im zusammenfassenden Schlußsatz: *ita erit casus, quo fur furti agere possit*. Die vorangegangenen Erläuterungen haben die Funktion, auf diesen geradezu mit dramaturgischem Geschick an den Schluß gestellten Satz vorzubereiten: Damit zeigt die gesamte Gedankenführung einen klaren Aufbau und ist zu Recht gegen

53) Vgl. auch Gai. D. 47,2,55,1, wo das Weiterverleihen einer geliehenen Sache als *furtum* qualifiziert wird.

54) Nicht überzeugend ist die Interpolationsannahme von J. ROSENTHAL, SZ 68 (1951) 261, der die Entscheidung auf die *custodia* des Kommodatars Titius stützen will: *quia custodia rei ad [te]<Titium> pertinet*.

55) C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain* (Paris 1966) 55 FN 288; G. MACCORMACK, SZ 89 (1972) 169; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* 184.

56) So auch W. LITEWSKI, SDHI 54 (1988) 392.

die vorgebrachte Interpolationskritik⁽⁵⁷⁾ verteidigt worden⁽⁵⁸⁾. Ulpian ist sich hier also offensichtlich der ihm bekannten⁽⁵⁹⁾ *constitutio* durchaus bewußt und fühlt sich bemüßigt darauf hinzuweisen, daß sie in diesem speziellen Fall nicht zum Tragen kommt; und zwar nicht etwa deswegen, weil die *constitutio* Fälle des *furtum usus* von vornherein nicht erfaßt⁽⁶⁰⁾, sondern weil die nach Ulpian hinter der *constitutio* stehende *ratio* nicht vorliegt: Ulpian hat, wie wir oben gesehen haben, diese *constitutio* mit dem Prinzip verbunden, daß eine *actio* nicht durch *improbitas* oder *dolus* erworben werden soll⁽⁶¹⁾. Dieses Prinzip ist hier deswegen nicht betroffen, weil die Aktivlegitimation zur (zunächst noch potentiellen) *actio furti* eben gerade nicht durch *dolus* oder *improbitas* erworben wird, sondern dem *fullo* schon zuvor aufgrund seiner vertraglichen *custodia*-Haftung zukommt⁽⁶²⁾. Sein doloses vertragswidriges Verhalten nimmt ihm diese potentielle Aktivlegitimation nicht mehr, sondern schafft durch sein damit verwirklichtes *furtum usus* auch seine Passivlegitimation gegenüber Ego. Mit dem dann tatsächlich

57) C. FERRINI, *Opere* III (Milano 1929) 137; L. LUSIGNANI, *Responsabilità* I 46.

58) F. SCHULZ, *Kritische Vierteljahresschrift* 50 (1911) 38.

59) Ulp. D. 47,2,14,4.

60) So Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Berlin 1899, Nachdruck Graz 1955) 744 FN 4.

61) Ulp. D. 47,2,12,1: *nemo de improbitate sua consequitur actionem; eod.* 14,3: *non debet ex dolo suo furti quaerere actionem*; Ulp. D. 50,17,134,1: *Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*. Vgl. Paul. D. 47,2,11.

62) So schon F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 39.

erfolgten *furtum* durch D wird seine potentielle Aktivlegitimation nun aktuell und führt zu der Situation, daß passive und aktive Zuständigkeit in ein und derselben Person zusammenfallen.

Zu fragen ist freilich noch, warum Ulpian nicht auf eine *actio furti* des Kommodatars Titius gegen den *fur* D eingeht, ist doch der Kommodatar regelmäßig aufgrund seiner *custodia*-Haftung zur *actio furti* legitimiert ⁽⁶³⁾: Wäre es daher in unserem Fall nicht eher zu erwarten, daß gar nicht der *fullo*, sondern der Kommodatar die *actio furti* hat? Es gab in der Literatur mehrere Ansätze, diesem von SCHULZ als folgerichtig ⁽⁶⁴⁾ bezeichneten Ergebnis zu entgehen: Zum einen wird die *actio furti* des Kommodatars deswegen ausgeschlossen, weil er die Sache nicht *voluntate domini* ⁽⁶⁵⁾ innehabe ⁽⁶⁶⁾. Weiters gibt es Argumentationen, in casu die *custodia*-Haftung des Titius zu beseitigen: Man kann dazu an der Wurzel beginnen und von der Nichtigkeit des Leihvertrages ausgehen ⁽⁶⁷⁾ bzw dem *fullo* die *actio commodati directa* absprechen, weil sie *ex improbitate* erworben wäre ⁽⁶⁸⁾. Freilich befriedigt diese Erklärung vor allem

63) Gai.Inst. 3,206; Ulp. D. 47,2,14,16; Coll. 10,2,6; F. SCHULZ, SZ 32 (1911) 37 ff.

64) F. SCHULZ, SZ 32 (1911) 40.

65) Vgl. Paul. D. 47,2,86 pr: *Is, cuius interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, ...*

66) BRÜCKNER, *Die custodia und ihre Beziehung zur vis maior im römischen Recht* (München 1889) 139; P. VOGLI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* (Milano 1939) 28 FN 1; F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 329 FN 2.

67) So offensichtlich D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 134 FN 12.

68) So F. SCHULZ, SZ 32 (1911) 40.

deswegen nicht, weil in den Quellen eindeutig ausgedrückt ist, daß nach der von Marcellus entwickelten und auch von Ulpian geteilten Auffassung der *praedo* und der *fur* die *actio commodati* und *depositi* erlangen⁽⁶⁹⁾. Auch SCHULZ hat das gesehen und mußte daher eine Haltungsänderung Ulpians annehmen: Dieser habe sich in seinem Sabinus-Kommentar – zu dem auch fr. 48,4 gehört – der vormarcellianischen Lehre angeschlossen, welche dem *fur* eine Vertragsklage versagte, im Ediktskommentar⁽⁷⁰⁾ und in den *disputationes*⁽⁷¹⁾ aber die Meinung Marcells übernommen und die Vertragsklage gewährt⁽⁷²⁾. Eine andere Lösung besteht darin, zwar nicht den Leihvertrag und die *actio*, wohl aber die *custodia*-Haftung des Titius in Abrede zu stellen⁽⁷³⁾.

Die Nichterwähnung der *a. furti* des Kommodatars läßt sich freilich auch damit erklären, daß dieser Aspekt für Ulpian nicht im Zentrum des Interesses stand. Es ging ihm – wie bereits

69) Paul. D. 13,6,15; Marcell. *eod.* 16; Ulp.-Marcell. D. 16,3,1,39; Tryph. D. 16,3,31; Ulp. D. 5,1,64 pr.

70) Ulp. D. 16,3,1,39.

71) Ulp. D. 5,1,64 pr.

72) Dagegen schon kritisch F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 329 FN 2 (S. 330).

73) So F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius* III (Jena 1917) 510 f einerseits mit dem Argument, schon die Übertragung des Diebstahlsrisikos und der Aktivlegitimation vom Eigentümer auf den *fullo* sei ein Sonderrecht, dessen weitere Ausdehnung (im Verhältnis Tu – Titius) nicht selbstverständlich sei; andererseits mit der Sachverhaltsannahme, der Kommodatar Titius sei ein “armer Schlucker” (darauf deute schon das Ausleihen von Kleidern hin), was die Haftungsübertragung auf ihn unzulässig mache. Letzteres ist wenig überzeugend.

erwähnt – darum, einen Fall aufzuzeigen, in dem ein *fur furti agere possit*, nicht um eine erschöpfende rechtliche Behandlung aller durch den Sachverhalt aufgeworfenen Fragen. Es ist daher müßig darüber Spekulationen anzustellen, ob er eine *actio furti* des Kommodatars überhaupt a priori ausschließt oder, was auch denkbar ist, beide, nämlich den Tu und den Titius für konkurrierend aktivlegitimiert hält und der zuerst angestellten Klage eine Ausschlußwirkung zuordnet, damit der Dieb D nicht zweimal *ex eadem causa poenal* in Anspruch genommen wird (74). Ulpian hat jedenfalls die mit der Gewährung der *actio furti* an Tu verbundenen Auswirkungen – einerseits im Verhältnis zu Titius, andererseits zum Dieb D – als lösbar vorausgesetzt.

5) Zu prüfen ist schließlich, ob die vielbehandelte Stelle D. 47,2,12,2 (75) etwas mit unserem Problem zu tun hat. Ich folge hier der Gliederung in Sinnabschnitte, wie sie ANKUM vorgenommen hat:

74) Vgl. Ulp. D. 13,6,5,15; Pomp. D. 13,6,6; E. LEVY, *Konkurrenz I* 393 f; D. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* 127 f.

75) F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 52 f; J. A. C. THOMAS, *TR* 38 (1970) 136 f; A. L. OLDE KALTER, *TR* 38 (1970) 118; C. RASCON, *Pignus y custodia en el derecho romano clasico* (Oviedo 1976) 161 ff; M. KASER, *SZ* 96 (1979) 102; *SDHI* 45 (1979) 65 ff = *Studien zum römisches Pfandrecht* (Neapel 1982) 191 ff; H. ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 141 ff; *RIDA* 27 (1980) 103 ff; M. KASER, *SZ* 99 (1982) 262 ff; *Studien zum röm. Pfandrecht* 243 f; J. A. C. THOMAS, *Studi Sanfilippo I* (Milano 1982) 591 ff; H. ANKUM, *BIDR* 90 (1987) 169 ff; D. SCHANBACHER, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht* (Berlin 1987) 46 ff; P. VOGLI, *SDHI* 56 (1990) 71 ff.

D. 47,2,12,2 (*Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum*).

(a) *Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: (b) quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. (c) nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur furti et agat. ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. (d) sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit.*

Lange wurde wegen des *res pignori data* davon ausgegangen, daß es zunächst um ein Besitzpfand geht, welches dem Gläubiger entwendet wird. Die Passage (b) wurde auf ein *furtum possessionis* durch den Schuldner/Eigentümer (den Falltypus 1b im Sinn der von ANKUM entwickelten Typologie ⁽⁷⁶⁾) bezogen und demgemäß wurde für Passage (c) ein zweites *furtum* angenommen: Nachdem der Schuldner/Eigentümer die Sache dem Gläubiger entzogen hat, wird sie nun bei ihm von einem Dritten gestohlen ⁽⁷⁷⁾.

76) H. ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 127 f; *RIDA* 27 (1980) 97 f; *BIDR* 90 (1987) 173 ff.

77) F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 52; H. ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 143 ff; M. KASER, *SZ* 99 (1982) 262 f.

Schließlich aber hat ANKUM⁽⁷⁸⁾ eine Neuinterpretation vorgenommen und dazu in (a) eine Interpolation *res pignori [data] <obligata>* angenommen und diese Passage für Ulpian auf das *furtum* an einer besitzlos verpfändeten Sache durch einen Dritten bezogen (Falltypus 2a) und daraus die mit dem einleitenden Wort *quoque* indizierte Teilung der *a. furti* – undenkbar bei Falltypus 1a – erklärt. Die Passage (b) bezog sich bei Ulpian nach der nunmehrigen Interpretation ANKUMS auf den Falltypus 2b (unerlaubte Veräußerung der besitzlos verpfändeten Sache durch den Eigentümer/Schuldner), wofür auch die Berufung auf Julian spricht, der in diesem Fall erstmalig die *actio furti* vertreten hat⁽⁷⁹⁾, während sie im Fall 2a schon lange vorher gesichert war.

In Passage (c) kann sich die beginnende Feststellung *nec non et ipsi domino dari placet* freilich nicht auf (b) beziehen – in (b) ist der *dominus* notwendigerweise ausschließlich der Beklagte –, sondern nimmt den in (a) behandelten Fall wieder auf und betont die geteilte Aktivlegitimation, die auch im Schlußteil von (c) mit den Worten *ideo autem datur utrique, quia utriusque interest* begründet wird.

Für unsere Untersuchung von Interesse ist die Aussage *et sic fit ut [non] teneatur furti et agat*. Daß das *[non]* keinen Sinn ergibt und auf einem Abschreiberversehen beruht, wird schon seit

78) H. ANKUM, *BIDR* 90 (1987) 183 ff.

79) Ulp.-Iul. D. 47,2,19,6; Paul.-Iul. D. 47,2,67 pr.

langem ⁽⁸⁰⁾ unter Berufung auf folgendes Scholion angenommen, wo die entsprechende Passage lautet:

Schol. 1 zu Bas. 60,12,10 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL B VIII 3342 = HEIMBACH V 555):

kai; ou{tw sumbaivnei, to;n aujto;n a[nqrwpon ejnavgein kai; ejnavgesqai th' fouvrti.

Gehalten wird das *non* nur von wenigen ⁽⁸¹⁾. An verbesserten Lesungen gibt es mehrere Vorschläge:

et sic fit ut nonnumquam teneatur furti et agat ⁽⁸²⁾

et sic fit ut idem teneatur furti et agat ⁽⁸³⁾

80) Die Verdächtigung als Kopistenfehler geht schon auf Cuias (unten FN 84) und F. Zoanettus (unten FN 83) zurück; ebenso W. BUCKLAND, *Nouv. Rev. de droit franç. et étrang.* 40 (1917) 40; F. HAYMANN, *SZ* 40 (1919) 215; 305; F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 334 FN 2; J. A. C. THOMAS, *TR* 38 (1970) 136; *Studi Sanfilippo* I (1982) 592; H. ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 142 f; *RIDA* 27 (1980) 103 FN 30; *BIDR* 90 (1987) 175 FN 29; M. KASER, *SDHI* 45 (1979) 66 FN 230 = *Studien zum röm. Pfandrecht* 192 FN 230; *SZ* 99 (1982) 262 FN 62; P. VOCI, *SDHI* 56 (1990) 72. Nicht für einen Schreibfehler, sondern für eine bewußte, aber ungeschickte Interpolation der Kompilatoren spricht sich hingegen F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 53 aus.

81) So etwa F. KNIEP, *Gai* III 474 mit der Annahme, daß sich der Satz auf den Pfandgläubiger beziehe (dagegen zu Recht schon HAYMANN, *SZ* 40 [1919] 305 FN 1), weiters (mit Bezug auf den *dominus*) G. I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limiti alla responsabilità contrattuale* I (Milano 1938) 245 FN 1; J. ROSENTHAL, *SZ* 68 (1951) 255 f; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* 224.

82) So Th. MOMMSEN *ad h.l.*; ebenso M. PAMPALONI, *Scritti giuridici* I 716 und J. A. C. THOMAS, *TR* 38 (1970) 136.

83) So im Anschluß an das im Text wiedergegebene Scholion F. ZOANETTUS, *Restitutionum liber* tom. IV, Cap. XII in *Thesaurus iuris romani* (Trajectum ad Rhenum 1733) 655, und ihm folgend ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 143 f; *RIDA* 27 (1980) 103 FN 30; *BIDR* 90 (1987) 175 FN 29.

et sic fit ut teneatur furti et agat ⁽⁸⁴⁾.

Inhaltlich unterscheiden sie sich nicht und ergeben prima vista zunächst die Aussage, daß der Schuldner und Eigentümer zur *actio furti* sowohl passiv- wie auch aktivlegitimiert ist. Geht man von dem unterstellten Sachverhalt zweier sukzessive erfolgter *furta* aus, wäre die Stelle eine Ausnahme zu unserer *constitutio*; dafür könnte vielleicht auch das einleitende, leichtes Erstaunen suggerierende *et sic fit, ut* sprechen. Doch ist diese Auslegung deswegen nicht überzeugend, weil sich das *et sic fit, ut* auf die vorherigen Fallbeispiele bezieht und dort jedenfalls nicht zwei sukzessive, sondern zwei verschiedene Fälle eines *furtum* vorgeführt werden. Auch die Reihenfolge *et teneatur et agat* entspricht der Abfolge der vorherigen Textteile, nämlich der Passivlegitimation des Eigentümers in (b) und der (mit dem Gläubiger geteilten) Aktivlegitimation am Beginn von (c). Daher ist in diesem Satz nur an eine Zusammenfassung der bisher erzielten Ergebnisse ⁽⁸⁵⁾, nicht aber – wie insbesondere THOMAS und VOCI klargestellt haben ⁽⁸⁶⁾ – an die Erörterung eines neuen Falles mit einem zusätzlichen Diebstahl im Anschluß an den in (b)

84) So CUIACIUS, *Opera omnia* I (Parisiis 1658) 233; *Observationes et Emendationes* XI (ed. HEINECCIUS, Halae 1737) cap. XI p. 357; M. KASER, *SZ* 99 (1982) 262.

85) H. ANKUM, *BIDR* 90 (1987) 189 denkt an eine “glose explicative”; P. VOCI, *SDHI* 56 (1990) 72 an eine (freilich den Byzantinern zuzuschreibende) Generalisierung.

86) J. A. C. THOMAS, *Studi Sanfilippo* I (1982) 592 f und ihm folgend nunmehr H. ANKUM, *BIDR* 90 (1987) 182; ebenso D. SCHANBACHER, *Konvaleszenz* 47 FN 139; P. VOCI, *SDHI* 56 (1990) 72.

behandelten zu denken. Die Stelle kann daher nicht als Beleg für die Durchbrechung unserer *constitutio* gesehen werden.

6) Etwas anders verhält es sich mit

Paul.Sent. 2,31,19.

Rem pignori datam debitor creditori subtrahendo furtum facit; quam si et ipse similiter amiserit, suo nomine persequi potest.

Der erste Teil der Stelle ist unproblematisch und entspricht dem auch anderweitig überlieferten klassischen Rechtszustand, wonach der Schuldner durch Entwendung des *pignus datum* den Tatbestand des *furtum possessionis* gegenüber dem Gläubiger verwirklicht und daher dessen *actio furti* ausgesetzt ist⁽⁸⁷⁾. Soweit überhaupt der Blick auch auf den zweiten Teil der Stelle geworfen wurde, wurde die Stelle bisher dazu verwendet, sie als Parallelfall zum eben behandelten Fragment Ulp. D. 47,2,12,2 zu zitieren⁽⁸⁸⁾. Aufgrund der neuen Interpretation von D. 47,2,12,2 durch ANKUM ist dieser Parallelisierung nun freilich der Boden entzogen. Für die Sentenzen-Stelle ist weiterhin von einem Besitzpfand und wohl auch von zwei

87) Vgl. Lab.-Pomp. D. 13,7,3; Gai. *Inst.* 3,200; 204; Ulp. D. 47,2, 19,5; Paul. D. 41,3,4,21; D. 47,2,20 pr; *eod.* 88; P. HUVELIN II 557 f, 792; J. ROSENTHAL, *SZ* 68 (1951) 256; M. KASER, *TR* 44 (1976) 272 = *Studien zum röm. Pfandrecht* 40; *SDHI* 45 (1979) 77 = *Studien zum röm. Pfandrecht* 203; H. ANKUM, *RIDA* 26 (1979) 127/8; 137 ff; *RIDA* 27 (1980) 97; 119; *BIDR* 90 (1987) 174; J. A. C. THOMAS, *TR* 38 (1970) 136 f.

88) CUIACIUS, *Opera omnia* I (oben FN 84) 233; F. SCHULZ, *SZ* 32 (1911) 52; H. ANKUM, *BIDR* 90 (1987) 182 FN 54.

hintereinander erfolgten *furta* auszugehen: An die Hauptaussage im ersten Satz – die Entwendung des Pfandobjekts durch den Schuldner stellt ein *furtum* dar – wird eine Zusatzbemerkung angehängt, wobei der Sachverhalt mit “*quam si et ipse similiter amiserit*” geschildert wird. Ein *amittere* der Sache durch den Schuldner (*ipse*) setzt voraus, daß er die Sache zuvor bei sich hatte, wobei aus dem Zusammenhang ganz klar ist, daß dies aufgrund des zuvor erfolgten *creditori subtrahere* durch ihn selbst erfolgt ist: Hier wird der Ausgangssachverhalt nicht variiert, sondern fortgesetzt. Das *similiter* zeigt an, daß wieder ein *furtum* erfolgt, diesmal aber durch das *subtrahere* seitens einer dritten Person. In Paul.Sent. 2,31,19 haben wir es daher unzweifelhaft – anders als in D. 47,2,12,2 – mit zwei aufeinanderfolgenden *furta* zu tun.

Zu wenig Gewicht wurde bisher freilich darauf gelegt, wie die Rechtsfolge umschrieben ist, welche an das *similiter amittere* geknüpft ist. Denn der Sentenzenverfasser sagt nicht ausdrücklich, daß der Schuldner die *actio furti* hat, sondern nur, daß er *suo nomine persequi potest*. Unmittelbar vor dem *persequi* fehlt zwar ein Objekt, aufgrund der Einleitung *quam (scil. rem pignori datam) si et ipse similiter amiserit* ist klar, daß das Objekt des *persequi* die Pfandsache ist. Das *suo nomine persequi* meint daher in erster Linie die Sachverfolgung durch den Schuldner, nicht unbedingt die *actio furti*. Ich halte es daher nicht für zwingend, in Paul.Sent. 2,31,19 eine Durchbrechung unserer *constitutio* zu sehen.

Interpretiert man hingegen – wie es bisher getan wurde, was freilich nicht zwingend, aber immerhin vertretbar ist – in das *suo nomine persequi* die *actio furti* hinein, so wäre diese Entscheidung zweifellos eine Abweichung von der *constitutio*. Dann bedarf es freilich noch einer Erklärung, wieso Paulus – vorausgesetzt diese Sentenzen-Stelle geht auf ihn zurück – in dem oben behandelten Fragment D. 4,9,4 pr auf die *constitutio* Rücksicht nimmt und dem *fur* die *actio furti* abspricht, in der Sentenzen-Stelle hingegen einem *fur* die *actio furti* gewährt: Die Verschiedenheit zwischen den beiden Fällen liegt darin, daß es im *nauta*-Fall um die Aktivlegitimation eines Haftungsinteressenten, in Paul.Sent. 2,31,19 um die eines Eigentümers geht: Paulus hätte dann die *constitutio* auf erstere Kategorie eingeschränkt und jedenfalls nicht auf den Eigentümer selbst angewandt. Der Stelle selbst können wir jedenfalls, wie bereits DE ROBERTIS gesehen hat⁽⁸⁹⁾, keine Information zur Begründung entnehmen.

II. Exkurs: Die Inkompatibilität von aktiver und passiver *actio furti noxalis*

In der Konstitution C. 6,2,21⁽⁹⁰⁾ entscheidet Justinian eine klassische Kontroverse, die zunächst im *pr* vorgestellt wird:

89) F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 338 FN 3.

90) Dazu A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff* I (Uppsala - Leipzig 1927) 58; F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*

Apud antiquos quaerebatur, si servus, quem aliquis bona fide possidebat, furtum commiserit alienarum rerum vel ipsius apud quem constitutus est, si ipse qui bona fide eum detinet noxalem furti actionem adversus verum dominum habet, vel ipse ab eo qui furtum passus est praedicta convenitur actione.

Ein Sklave des E befindet sich beim gutgläubigen Besitzer B. Der Sklave hat Sachen des B oder eines Dritten A gestohlen. Die Kontroverse, die hier vorgestellt wird, betrifft die sehr enge und spezielle Frage, ob der *b.f. possessor*, der die *actio furti noxalis* gegen den *dominus* E hat, seinerseits mit dieser *actio* von A in Anspruch genommen werden kann. Es geht also um die Frage der Kompatibilität von Aktiv- und Passivlegitimation in der Person des B. Eine alte *generalis regula* ging von der Inkompatibilität aus:

(1) Cumque generalis regula ab antiqua prudentia exposita est huiusmodi hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere aliquis compellitur, adversus alium furti actionem habere non concedens, quidam ita eam per coniecturam interpretati sunt, adversus bona fide quidem possessorem nullo modo furti actionem extendi, ipsi autem,

(Bruxelles 1947) 262 ff; 283 ff; K. H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik* (Köln - Graz 1966) 164 ff; P. STEIN, *Regulae iuris* 121; W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908, reprinted 1970) 337 ff; G. L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali* (Milano 1976) 127 ff; 133 ff; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (Pamplona 1981) 317 ff.

si furtum fuerit passus, adversus verum dominum furti actionem noxalem recte decerni: tunc autem bona fide possessorem furti nomine, quod passus est, noxalem actionem contra dominum habere posse, quando servus sub domini sui fuerit constitutus possessione: et pro his rebus posse eum adversus dominum habere actionem, non solum quas servus subtraxerit iam apud eum constitutus, sed et pro his quas furatus est, quando fugit quidem a bona fide possessore, adhuc autem nondum sub domini sui manibus fuerit constitutus.

Die *quidam* lösten den Fall auf dem Hintergrund der Inkompatibilität in der Weise, daß A gegen B keine *actio noxalis* hat, wohl aber B gegen E. Die *coniectura* der *quidam* besteht nach Justinians Bericht darin, daß sie die Passivlegitimation des B verneinten (*adversus bona fide quidem possessorem nullo modo furti actionem extendi*) und damit das Kompatibilitätsproblem beseitigten; daher kann B gegen E die *actio furti noxalis* haben (*ipsi autem, si furtum fuerit passus, adversus verum dominum furti actionem noxalem recte decerni*): Das war nach Justinians Bericht dann von Bedeutung, wenn Diebstähle gegenüber dem *bonae fidei possessor* nach der *fuga* des *servus* begangen werden.

Justinian benötigt für dieses Ergebnis keine *coniectura*, sondern leitet es aus dem tieferen und richtigen Verständnis der *regula* ab ⁽⁹¹⁾:

91) F. PRINGSHEIM, *Gesammelte Abhandlungen* 2 (Heidelberg 1961) 28.

(2) *Quam interpretationem prisca quidem iura per coniecturam introducebant: nos autem altius et verius ad eam respicientes generalem regulam sic ab initio esse prolatam accipimus.*

(3) *Cum igitur bona fide possessor domini cogitatione furem possidet, merito, donec apud eum constitutus est, et aliis tenetur noxali actione, si extranei furtum a servo fuerint passi, et ipse adversus verum dominum non habet actionem secundum regulam dicentem: qui habet adversus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest. Sin autem desinat in servi retentione et ille apud verum dominum fuerit inventus, tunc ipse quidem noxali furti actione minime potest teneri, adversus verum autem dominum habet ipse furti noxalem actionem, id est pro rebus, quas vel nunc furatus est, cum est apud verum dominum, vel antea, postquam bona fide possessoris retentionem excesserit necdum apud verum dominum factus.*

Die Justinianische Lösung stellt sich wie folgt dar: Solange der *bonae fidei possessor* den Sklaven *domini cogitatione* besitzt, ist er der Noxalklage aus *furta* gegenüber dritten Personen ausgesetzt, kann aber nach der *regula* selbst nicht wegen der ihm gegenüber begangenen *furta* gegen den E vorgehen. Sobald aber die “*retentio servi*” beendet ist und letzterer sich wieder beim *dominus* befindet, hat er gegen diesen die Noxalklage aus jenen Diebstählen, die nach Beendigung der *retentio* ihm gegenüber begangen worden sind.

Justinian kann daher in § 4 ausführen, daß durch die zeitliche Differenzierung der “*casus*” im Sinne der Inkompatibilitätsregel gelöst werden kann:

et sic iterum regulae generali casus evenit consentaneus: qui enim habet tunc furti actionem adversus dominum, ipse aliis teneri furti actione non potest. Sic ex tempore omnibus discretis vetustissima dubitatio nostro foedere conquiescat et bona fide possessor in parte certa temporis et habeat actionem et non teneatur, et ipse dominus in alio tempore non teneatur actione et in alio sub actione constituitur.

Wie vor allem GIMÉNEZ-CANDELA erkannt hat, geht es Justinian nicht um die Schlichtung eines prinzipiellen Streits zur Frage der Passivlegitimation des *bonae fidei possessor* (92), sondern um die Lösung eines praktischen Fallproblems (93): Es geht um Diebstähle durch einen *servus*, der sich bei einem *bonae fidei possessor* befindet, wobei zunächst offengelassen wird, wann diese *furta* erfolgen; behandelt werden Diebstähle gegenüber *extranei* und gegenüber dem *bonae fidei possessor* selbst. Wie bereits FALCHI (94) sehr scharf gesehen hat, sind im Codex die beiden *furta* mit “*vel*” verbunden (*furtum commiserit*

92) So G. BESELER, *SZ* 46 (1926) 125; F. DE VISSCHER, *Noxalité* 288 ff; G. PUGLIESE, *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti* 2 (Padova 1950) 149 f = *Scritti giuridici scelti* I (Napoli 1985) 485 f; G. L. FALCHI, *Legittimazione passiva* 133 ff; K. H. SCHINDLER, *Justinians Haltung* 164; A. WACKE, *Festschrift für E. Seidl* (Köln 1975) 201; M. SARGENTI, *Labeo* 23 (1977) 337 f.

93) T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* 321.

94) G. L. FALCHI, *Legittimazione passiva* 137 FN 3.

alienarum rerum vel ipsius apud quem constitutum est): Noch deutlicher in diese Richtung geht das Scholion des Theodorus, welches die beiden Fälle überhaupt getrennt schildert ⁽⁹⁵⁾. Anders hingegen sind in den Basiliken und im Scholion des Thalelaeus die beiden *furta* mit *kaiv* verbunden ⁽⁹⁶⁾, was dafür spricht, daß die Inkompatibilitätsdiskussion der *antiqui* an einen solchen Fall angeknüpft hat; die von Justinian geschilderte Diskussion und seine eigene Lösung setzen hingegen nicht denknötwendig voraus, daß beide Diebstähle kumulativ geschehen sind, sondern bringen nur die zeitliche Differenzierung, wann *furta* gegenüber dem *bonae fidei possessor* zu einer aktiven Noxalklage und wann *furta* gegenüber Dritten zu einer passiven Noxalklage führen. Da insbesondere das Scholion des Thalelaeus auch sonst in der Schilderung der klassischen Kontroverse genauer und vollständiger ist als Justinians Schilderung im Codex ⁽⁹⁷⁾, glaube ich, daß der in der Klassik diskutierte konkrete Fall wirklich der

95) Schol. 1 zu Bas. 60,6,38 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL B VIII 3267 = Hb V 402) Qeodwvrou. JO nemovmeno" bonafivdei> dou'lon ajlllovtrion katevcetai th' noxaliva/ fouvrti uJpe;r aujtu' klevyanto" ejxwtikovn. jEan de; aujto;" klaph' uJp jaujtu' tou' oijkevtou, ouj kinei' th;n noxalivan kata; tou' ajlhqou'" aujtu' despovtu, eij mh; a[ra meta; to; ejkpesei'n aujto;n th'" nomh'" ejklavph uJp j aujtu'.

96) Bas. 60,6,38 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL A VIII 2797 f = Hb V 402): jEavn ti" nevmhtai dou'lon ajlllovtrion kalh/' pivstei, sumbh/' de; to;n dou'lon tou'ton klevyai tina; para; ejxwtikw'n **kai**; para; aujtu' tou' kalh/' pivstei nomevw" Schol. 3 (SCHELTEMA - HOLWERDA-VAN DER WAL B VIII 3267 = Hb V 402) Qalelaivou a[ra ejavn ti" nevmhtai dou'lon ajlllovtrion pivstei ajgaqh/', sumbh/' de; tou'ton to;n dou'lon klevyai tina; **kai**; para; ejxwtikw'n **kai**; para; tou aujtu' bonafivdei> nomevw".

97) So erwähnt Thalelaeus etwa, daß die *quidam* die Mehrheit bildeten (kai; e[legon tw'n nomikw'n oiJ pleivou"), was Justinian nicht berichtet: K. H. SCHINDLER, *Justinians Haltung* 164.

des in beiden Richtungen verübten *furtum* war, was zweifellos zur Diskussion um die Vereinbarkeit mit der *regula* geführt haben muß. Auffällig ist freilich, daß die *regula* in verschiedenem Wortlaut geschildert wird:

§ 1 *Cumque generalis regula ab antiqua prudentia exposita est huiusmodi hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere aliquis compellitur, adversus alium furti actionem habere non concedens*

§ 3 *....secundum regulam dicentem: qui habet adversus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest.*

Beim Vergleich fällt allerdings sofort auf, daß die Formulierungen in folgenden Punkten nicht übereinstimmen:

1) In § 1 wird aus der bestehenden Passivlegitimation zur Noxalklage (*suscipere aliquis compellitur*) abgeleitet, daß dieselbe Person aus einem *furtum* dieses Sklaven (*huiusmodi hominis gratia*) selbst keine *actio* hat; dh. aus der bestehenden Passivlegitimation folgt die fehlende Aktivlegitimation zur *actio noxalis*. In § 3 ist die Richtung umgekehrt: Wer selbst die *actio furti* hat, kann aus ihr nicht haften, dh. aus der bestehenden Aktivlegitimation folgt die fehlende Passivlegitimation. Nach dem Wortlaut würde daher die Inkompatibilität der Aktiv- und Passivklage nach der Fassung des § 1 und des § 3 jeweils verschieden zu lösen sein.

2) In der Fassung des § 1 ist klar erkennbar, daß sich die *regula* auf die aktive und passive *a. furti noxalis* bezieht; die in § 3 zitierte Fassung erwähnt die *a. furti* schlechthin, ohne den Charakter als Noxalklage zu erwähnen.

Formal fällt zwar auf, daß Justinian in § 1 den Inhalt der Regel paraphrasierend, in § 3 hingegen in direkter Rede wiedergibt. Das könnte *prima vista* dafür sprechen, daß die in § 3 überlieferte Fassung die authentische ist⁽⁹⁸⁾. Dafür könnte auch sprechen, daß die Fassung des § 3 an die von Julian erwähnte *constitutio* erinnert: *in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt*⁽⁹⁹⁾. Doch gelten auch hier dieselben Einwände wie oben: Die Richtung in der *constitutio* ist umgekehrt: Aus dem eigenen *furtum* und der damit begründeten Passivlegitimation folgt die Verweigerung der Aktivlegitimation gegenüber anderen; zudem ist der Zusammenhang zwischen den beiden *furta*, der zur Inkompatibilität führt, genau angegeben, nämlich die Identität des Diebstahlobjekts (*eius rei nomine*). In der Kontroverse, die in C. 6,2,21 geschildert wird, ist der Zusammenhang hingegen durch den gleichen Täter gegeben. Aus diesem Grund halte ich die Fassung des § 3 nur für eine verkürzte und ungenaue Wiedergabe⁽¹⁰⁰⁾, während diejenige des § 1 mit dem angegebenen Zusammenhang (*huiusmodi hominis gratia*)

98) So F. DE VISSCHER, *Noxalité* 262 FN 26.

99) Ulp.-Iul. D. 47,2,14,4.

100) Noch weiter geht B. BIONDI, *APal* (1920) 110 FN 1 (112), der Justinian eine fälschliche Zuschreibung dieser Regel an die *antiqui* unterstellt.

jedenfalls genau zur geschilderten Kontroverse paßt. Das Ergebnis wird auch bestätigt durch das Scholion des Thalelaeus, der in der Wiedergabe der Inkompatibilitätsregel ebenfalls die Täteridentität überliefert ⁽¹⁰¹⁾. Der Hintergrund dieser Regel wurde darin erblickt, daß ein Sklave sich nicht gleichzeitig in der *potestas* zweier Personen befinden kann ⁽¹⁰²⁾. Sie läßt sich aber auch aus dem Bestreben erklären, die Noxalhaftung nicht auszuhöhlen: Dies wäre der Fall, wenn der aus der Noxalhaftung Beklagte, nachdem er etwa den *servus* an den Geschädigten ausgeliefert hat, nun seinerseits den Empfänger aus früheren Delikten ihm gegenüber in Anspruch nehmen könnte. Ein solches Risiko besteht freilich dann ohnedies nicht, wenn von vornherein *nulla actio nascitur*, etwa weil der Sklave seinen eigenen Herrn bestohlen hat ⁽¹⁰³⁾: Die *regula* gewinnt aber dort einen Sinn, wo das Entstehen einer *actio* nicht von vornherein ausgeschlossen ist, etwa weil der Beklagte als *defensor alieni servi* bei der *interrogatio in iure* sein Eigentum bejaht hat ⁽¹⁰⁴⁾ oder als Usufruktuar in Anspruch genommen worden ist. Hier ist das

101) Schol. 3 zu Bas. 60,6,38 (SCHELTEMA - HOLWERDA - VAN DER WAL B VIII 3267 = Hb V 402): ... oJ kanw;n oj boulovmenoß mhdevpote ejnavgein kai; ejnavgesqai to;n aujto;n uJpe;r tou' aujtou' oijkevtou. ...

102) F. DE VISSCHER, *Noxalité* 286; P. STEIN, *Regulae iuris* 121.

103) Gai.Inst. 4,78. P. KIESS, *Die confusio im klassischen römischen Recht* (Berlin 1995) 80 ff.

104) In diesem Fall ist die *noxae deditio* zwar nicht zivilrechtlich, wohl aber nach prätorischem Recht wirksam: Ulp. D. 9,4,11; Gai. D. 9,4,27,1. Vgl. T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* 228; A. WACKE, *FS Seidl* (Köln 1975) 213 f; H.-D. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in iure* (München 1994) 112.

Entstehen noxaler *actiones* – zunächst gegen den *dominus* (105), in der Folge gegen den *noxae accipiens* als neuen Gewalthaber – nicht denkunmöglich. Ein Zusammenhang mit unserer *constitutio* ist trotz einer gewissen formalen Ähnlichkeit nicht gegeben.

III. Das *furtum* durch den gestohlenen Sklaven an einer Sache des *fur*

D. 47,2,68,4 (*Celsus libro duodecimo digestorum*).

Quod furi ipsi furtum fecerit furtivus servus, eo nomine actionem cum domino furem habiturum placet, ne facionora talium servorum non solum ipsis impunitatem, sed dominis quoque eorum quaestui erunt: plerumque enim eius generis servorum furtis peculia eorundem augentur.

Der Dieb D stiehlt dem Eigentümer E einen Sklaven; dieser begeht in der Folge bei D einen Diebstahl. Nach Celsus erlangt D gegen E, – freilich wohl erst, wenn E den Sklaven wiedererlangt hat – die *actio furti noxalis*. Begründet wird dies einerseits mit dem Strafbedürfnis gegenüber dem *servus*, andererseits mit der Erwägung, daß ansonsten auf diesem Weg sich das *peculium* vergrößern und so ein Erwerb für den *dominus* herbeigeführt werden könnte. Obwohl die Art der Argumentation an eine “*deductio ad absurdum*” erinnert und zum celsinischen Argu-

105) Pomp. D. 9,4,18.

mentationsstil passen könnte, so bleibt doch anzumerken, daß die zweite Erwägung dem klassischen Recht widerspricht, welches einen deliktischen Pekuliarerwerb durch Gewaltunterworfenen ausschließt⁽¹⁰⁶⁾. Verdächtigungen wurden daher gegen die Begründung [*ne facinora ... fin*]⁽¹⁰⁷⁾, nicht aber gegen die Entscheidung selbst ausgesprochen, wiewohl diese bei den modernen Interpreten Erstaunen hervorgerufen hat⁽¹⁰⁸⁾.

BUCKLAND und HÄGERSTRÖM haben in der Entscheidung einen Widerspruch zu der in C. 6,2,21,1 überlieferten *regula* gesehen⁽¹⁰⁹⁾, die eine Inkompatibilität von Aktiv- und Passivlegitimation bei der *actio furti noxalis* ausspricht⁽¹¹⁰⁾. Dieser Widerspruch ist mE nicht gegeben: Denn die *actio furti*, welche E gegen D anstellen kann, ist nicht die *actio noxalis*, sondern die *actio directa*: D haftet nicht aus einem Diebstahl durch den *servus*, sondern aus seinem eigenen Diebstahl am *servus*, es handelt sich nicht um einen Fall der Inkompatibilität von aktiver und passiver *a. furti noxalis*.

Andererseits ist zu fragen, wie sich die celsinische Entscheidung zu der in D. 47,2,14,4 überlieferten generellen

106) Iav. D. 41,2,24.

107) E. LEVY, *Konkurrenz* I 442 FN 4; A. HÄGERSTRÖM, *Obligationsbegriff* I 57.

108) A. HÄGERSTRÖM, *Obligationsbegriff* I 56 bezeichnet sie als "bemerkenswert"; W. BUCKLAND, *Law of Slavery* als "surprising" (S. 354) bzw. "absurd-looking" (S. 106 FN 11).

109) W. BUCKLAND, *Law of Slavery* 106 FN 11; A. HÄGERSTRÖM, *Obligationsbegriff* I 57.

110) Dazu oben II.

constitutio verhält: Celsus hat jedoch offensichtlich keine Bedenken, hier einem *fur* die *actio furti noxalis* zu gewähren. Einen Widerspruch zur *constitutio* hat er wohl nicht gesehen, was sich aus deren Reichweite erklären läßt: Ausgeschlossen sind die *fures* von der *actio furti* bezüglich des Diebsobjektes selbst (*eius rei nomine ... , cuius ipsi fures sunt*). Nach dem überlieferten Wortlaut greift die *constitutio* daher nur ein, wenn der Zusammenhang zwischen den beiden *furta* in der Identität des Objekts liegt, die hier aber gerade nicht vorliegt: Diebstahlsubjekt beim ersten *furtum* ist der *servus*; Diebstahlsubjekt beim zweiten *furtum* eine eigene Sache des *fur*.

Der Fall liegt gewissermaßen in der Mitte zwischen den beiden überlieferten Regelungen, wird aber eben von keiner der beiden erfaßt: Jene von C. 6,2,21,1 knüpft die Inkompatibilität von Aktiv- und Passivlegitimation an die Täteridentität (*huiusmodi hominis gratia*), die von D. 47,2,14,4 an die Objektsidentität (*eius rei nomine*).

IV. “*Constitutum est*” im Sprachgebrauch der klassischen Juristen

Die verschiedenen Bedeutungen des Wortes “*constituere*” wurden von V. GIODICE-SABBATELLI analysiert ⁽¹¹¹⁾: Für die

111) V. GIODICE-SABBATELLI, *Labeo* 27 (1981) 338 ff.

spätrepublikanische und kaiserzeitliche Rechtssprache hat sie an Bedeutungen ein “decidere o stabilire insieme”, ein diskretionales “stabilire” und ein “porre in essere” herausgearbeitet ⁽¹¹²⁾. Insbesondere wird *constituere* für alle Formen der Rechtserzeugung ⁽¹¹³⁾ verwendet, und zwar sowohl generisch ⁽¹¹⁴⁾ als auch mit bezug auf die einzelnen Rechtsquellenkategorien wie zB *leges* ⁽¹¹⁵⁾, *plebiscita* ⁽¹¹⁶⁾, *edicta magistratum* ⁽¹¹⁷⁾, *senatus consulta* ⁽¹¹⁸⁾ und Kaiserkonstitutionen ⁽¹¹⁹⁾: Die einhellige Rechtsschöpfung der Juristen, die zu nicht mehr bestrittenen Sätzen des *ius civile* führt, wird von Gaius mit *condere* ⁽¹²⁰⁾ bezeichnet; *constituere* findet sich für die Rechtsschöpfung der

112) V. GIODICE-SABBATELLI, *Labeo* 27 (1981) 345.

113) Dazu V. GIODICE-SABBATELLI, *Labeo* 27 (1981) 346 ff; vgl. auch U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali I. L'aspetto innovativo-interpretativo*, *Studi De Francisci* IV (Milano 1955) 500 und F. CASAVOLA, *Iura* 27 (1976) 28, der speziell für das 2. Jh n.Chr. Juristen und Kaiser als Autoren des *constituere* sieht.

114) ZB. Pomp. D. 1,2,2, 8: *ut inter plebis scita et legem species constituendi interesset*; D. 1,2,2,11: *ad pauciores iuris constituendi vias*; Neraz D. 1,3,21: *et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur*; Paul. D. 50,17 85,1: *Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt*. Iul. D. 1,3,11; 15 und 20 (unten S. 65).

115) Gai.Inst. 1,3; Pomp. D. 1,2,2,12.

116) Gai.Inst. 1,3; Pomp. D. 1,2,2,8.

117) Pomp. D. 1,2,2,10.

118) Gai.Inst. 1,4; Pomp. D. 1,2,2,9.

119) Gai.Inst. 1,5; Pomp. D. 1,2,2,11.

120) Gai.Inst. 1,7. Zu *condere* F. CASAVOLA, *Iura* 27 (1976) 17 ff.

Juristen insgesamt ⁽¹²¹⁾ wie auch für die Entscheidungen eines einzelnen Juristen⁽¹²²⁾.

Untersucht man speziell den Gebrauch der Phrase *constitutum est*, so zeigt eine Durchmusterung der Quellen, daß damit am häufigsten auf einschlägige kaiserliche Konstitutionen hingewiesen wird. Das ist eindeutig, wenn ein Kaiser angegeben ist (*constitutum est ab imperatore*)⁽¹²³⁾, ergibt sich aber bei Fehlen einer solchen Angabe auch aus Beifügungen wie *saepe* ⁽¹²⁴⁾, *saepissime* ⁽¹²⁵⁾ oder *plurifariam* ⁽¹²⁶⁾.

Steht *constitutum est* öä. allein, so läßt sich vielfach aus formalen oder materiellen Indizien leicht erkennen, daß es sich um kaiserliche Rechtssetzung handelt.

1) Besonders klar ist aus formalen Gründen die Bezugnahme von *constitutum est* auf das Kaiserrecht auch dann, wenn eine

121) ZB Pomp. D. 50,16,120; Paul. D. 45,1,91,3; Marcell. D. 11, 7,35.

122) ZB Ulp. D. 4,9,1,4; Iul. D. 9,2,51,2; Afr. D. 9,4,28; Maec. D. 36,1,67,3; Frag. Vat. 197; interpoliert ist wegen des *pluralis maiestatis* wahrscheinlich Cels. D. 6,1,38.

123) ZB Pomp. D. 32,85; Tryph. D. 3,5,37; D. 49,15,12,17; Ulp. D. 13,7,11,6; D. 16,2,11; D. 26,7,1,1; D. 27,3,1,13; D. 38,17,2,2; D. 40,5,26,1; D. 42,1,15,4; D. 43,4,3,1; D. 48,1,5,1; D. 49,14,25; Paul. D. 29,5,10,1; D. 41,4,2,8; D. 42,1,38 pr; Marci. D. 47,22,1,2; D. 48,15, 3 pr.

124) Ulp. D. 14,6,3,1; Macer D. 42,1,63; Hermog. D. 40,1,24,1; D. 49,14,46,5.

125) Ulp. D. 4,1,6; D. 4,6,26,9; D. 11,7,6 pr; D. 28,3,6,8; D. 29,7,1; D. 40,5,24,21; D. 42,8,10 §13; § 14; Marci. D. 48,15,3 pr.

126) Call. D. 50,6,6,12.

unmittelbare Gegenüberstellung mit Juristenrecht vorgenommen wird. Als Beispiele mögen dienen:

Ulp. D. 3,2,13,7 (zur Infamiefolge bei überhöhter Verurteilung): *ut et constitutum est et responsum.*

Ulp. D. 4,4,3,1 (Entfall der *restitutio propter minorem aetatem* bei nachträglicher *comprobatio* als *maior*) *et placet, ut est et constitutum.*

Ulp. D. 11,7,6 pr (zur aktiven und passiven Grabberechtigung von *liberti*) *et ita Papinianus respondit et saepissime idem constitutum est.*

Iul.-Marcell.-Paul. D. 39,6,15: *Marcellus notat:....; Paulus notat: hoc et constitutum est.*

Ulp. D. 49,14,28 (Fiskalrecht) *sciendum est in re postea adquisita fiscum potiore esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est.*

Ulp. D. 50,12,3 pr (zur *pollicitatio*): *et est constitutum.*

2) Die Bezugnahme von *constitutum est* öä. auf das Kaiserrecht liegt aber auch dann vor, wenn es sich um eine kaiserrechtlich geregelte Materie handelt. Das ergibt sich oft schon formal daraus, daß sich diese Passage in einem Fragment befindet, in dem vorwiegend kaiserliche Konstitutionen

dargestellt werden ⁽¹²⁷⁾, aber auch ohne solche formalen Anhaltspunkte aus dem Umstand, daß die im Fragment behandelte Rechtsmaterie ⁽¹²⁸⁾ oder das Rechtsinstitut ⁽¹²⁹⁾ als solches eindeutig dem Kaiserrecht zuzuordnen ist.

3) Ein Verweis auf das Kaiserrecht liegt dem *constitutum est* auch dann zugrunde, wenn anderweitig einschlägige Konstitutionen überliefert sind.

a) Ein mehrfach überliefertes Beispiel ist die im *officium iudicis* bei *bona-fides*-Klagen enthaltene Möglichkeit des Zinsenzuspruches:

Pap. D. 16,3,24:....*et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad*

127) ZB Ulp. D. 28,3,6,10; D. 40,5,26 pr; D. 46,3,5,2 (Zitat aus einem Reskript zur Anrechnung von geleisteten Zahlungen auf die Zinsen: *Quod generaliter constitutum est prius in usuris nummum solutum accepto ferendum*, dazu A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio* [Torino 1955] 133; P. CORNIOLEY, *Naturalis Obligatio* [Genève 1964] 251 ff); Ulp. D. 48,8,4,2; D. 48,18,1,9; D. 48,22,7,15; Marci. D. 40,5,53 pr; Arcad. D. 48,18,10,2; Macer D. 49,1,4,4; Marci. D. 49,14,18,9.

128) Auf das Fiskalrecht beziehen sich zB: Ulp. D. 16,2,12 (Kompensation von verzinslichen mit unverzinslichen Forderungen) *verum etiam in causa fisci constitutum*; Mod. D. 41,3,18 (zur Ersitzung gegen den Fiskus): *idque constitutum est*; Hermog. D. 44,3,13 (*longi temporis praescriptio* gegen den Fiskus) *in quibus minora tempora servari specialiter constitutum est*; Ulp. D. 49,14,29 pr: *nam in fiscalibus causis id constitutum est*.

129) ZB Ulp. D. 49,7,1,4 (Novationsverbot bei Appellation) *cum hoc sit constitutum et sit iuris, ne quid pendente appellatione novetur*.

usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio. ⁽¹³⁰⁾.

Ulp. D. 17,1,12,9: ... *non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur.* ⁽¹³¹⁾.

Ulp. D. 22,1,37: ... *debere dici usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei iudiciis constitutum:* ⁽¹³²⁾.

130) Die zitierte Passage wurde für Pap. D. 16,3,24 (mit)verdächtigt von G. LONGO, *BIDR* 18 (1906) 131; G. ROTONDI, *Scritti giuridici* II (Milano 1922) 247 f; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano* VI (Milano 1953) 156/7; F. SCHULZ, *Scritti in onore di C. Ferrini* IV (Milano 1949) 263; J. DE CHURRUCA, *SZ* 108 (1991) 318 FN 107. Für Echtheit dieser Passage hingegen E. COSTA, *Papiniano* I (Bologna 1894, Nachdr. Roma 1964) 330; G. SEGRÈ, *Scritti varii di diritto romano* (Torino 1952) 221 f; F. BONIFACIO, *BIDR* 49/50 (1947) 144 f; U. BRASIELLO, *Studi De Francisci* IV (Milano 1956) 500; J. MICHEL, *Gratuité en Droit romain* (Bruxelles 1962) 83; K. GEIGER, *Das depositum irregulare als Kreditgeschäft* (Freiburg 1964) 35; H. T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen* (Helsinki 1969) 132; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle "usurae" c.d. legali nel diritto romano* (Milano 1969) 111; W. LITEWSKI, *RIDA* 21 (1974) 257/8. Keine Beanstandung auch bei C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali* (Milano 1973) 396.

131) Die Verdächtigungen von H. SIBER, *SZ* 45 (1925) 168; F. PRINGSHEIM, *SZ* 52 (1932) 133; F. SCHWARZ, *SZ* 71 (1954) 175 wurden zurückgewiesen von V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano* (Napoli 1965) 166 und G. CERVENCA, "Usurae" c.d. legali 80; 255; keine Beanstandung auch bei G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei Iudicia contraria* (Torino 1951) 61.

132) Mitverdächtigt wird unsere Passage von F. SCHWARZ, *SZ* 71 (1954) 182; unbeanstandet hingegen von H. SIBER, *SZ* 45 (1925) 169; H. KRELLER, *Festschrift Koschaker* II (Weimar 1939) 217 f; G. PROVERA, *Iudicia contraria*

Die drei Stellen sind insgesamt stark verdächtigt worden; dabei sind Verdächtigungen gegen die Passagen, die das *est constitutum* enthalten, allerdings seltener ausgesprochen worden als gegen andere Teile dieser Stellen⁽¹³³⁾; für die Echtheit von *constitutum est* spricht jedoch insbesondere der Umstand, daß als Parallelbelege Kaiserkonstitutionen überliefert sind, welche für *bonae fidei iudicia* die Möglichkeit des Zinsenzuspruches betonen⁽¹³⁴⁾:

C. 4,35,1 (*Imp. Severus et Antoninus AA. Leonidae*).

Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri: (s.a).

C. 4,65,2 (*Imp. Antoninus A. Epidio Epicteto*).

Adversus eos, a quibus extruenda aedificia conduxisti, ex conducto actione consistens eo iudicio quod est bonae fidei debitum cum usuris solitis consequeris. (a. 213).

C. 4,32,13 (*Imp. Alexander Eustathiae et aliis*).

71 und B. SCHMIEDEL, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht* (Graz-Köln 1966) 38.

133) Siehe *Ind.Itp.*

134) Vgl. U. BRASIELLO, *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati* (Bologna 1954) 68 ff; G. CERVENCA, “*Usurae*” *c.d. legali* 235.

In bonae fidei iudiciis, quale est etiam negotiorum gestorum, usurarum rationem haberi certum est. (s.a).

C. 4,34,2 (*Imp. Gordianus A. Celsino militi*).

Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent. (a. 238) (135).

Wenn auch das letzte Beispiel zeitlich schon nach Papinian und Ulpian liegt, so zeigen die Belege in ihrer Gesamtheit deutlich, daß es in der Spätclassik diesbezüglich eine gefestigte Reskriptspraxis gab. Das *constitutum est* in den obigen Stellen verweist daher nicht auf eine bestimmte Konstitution, sondern wohl generisch auf das einschlägige Kaiserrecht⁽¹³⁶⁾.

b) Dieselbe Beobachtung können wir etwa beim Ausschluß der Erstattung von *pietatis nomine* gewährtem Unterhalt machen. In den Quästionen des Paulus wird uns ein Fall geschildert, in dem von einer Partei folgendes vorgebracht wird:

D. 3,5,33: *praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. (137).*

135) Vgl. auch Gord. *eod.* 3 und 4.

136) G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* I (Milano 1963) 269; 271; G. CERVENCA, "Usurae" *c.d. legali* 238 ff; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano 1976) 49 f.

137) Verdächtig wurde in der zitierten Passage nur *dicebatur, ut* und *posset*: E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano* I (Milano 1933) 255;

Eine Konstitution mit nahezu gleichem Inhalt ist uns überliefert in

C. 2,18,11 (*Imp. Alexander A. Herenniae*).

Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris.(a. 227).

Allerdings kann angesichts der Unsicherheit über den genauen Zeitpunkt der Abfassung der Quaestionen ⁽¹³⁸⁾ nicht zweifelsfrei davon ausgegangen werden, daß Paulus dieses im Jahr 227 ergangene Reskript im Auge hatte; daß im Kaiserrecht aber häufig vergleichbare Fälle entschieden wurden, zeigen weitere überlieferte Reskripte ⁽¹³⁹⁾. Der Prozeßpartei in fr. 33 lag jedenfalls ein einschlägiges Reskript vor ⁽¹⁴⁰⁾, auch Paulus selbst

E. RABEL, *Studi in onore di P. Bonfante* IV (Milano 1930) 297 FN 53; S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano* III (Napoli 1960) 590 FN 7; E. SACHERS, *FS Fritz Schulz* I (Weimar 1951) 336 FN 6. Vgl dagegen L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii* (Napoli 1962) 173 FN 79.

138) J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätclassischen Juristenschrift* (Berlin 1993) 15. Zu den Lebensdaten von Paulus – sein Tod erfolgte wahrscheinlich nach 230 – jüngst H. T. KLAMI, *Sodalitas. Scritti in on. di A. Guarino* IV (Napoli 1984) 1841.

139) Sev.Ant. 2,18,1 vJ 196; *eod.* 2 vJ 197; Alex. *eod.* 12 vJ 230; Gord. *eod.* 15 vJ 239; Ulp. D. 3,5,43 (“*secundum divi Severi constitutionem*”); H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht* (Köln - Graz 1968) 42 f betont den quantitativen Umfang der einschlägigen Reskripte.

140) So auch E. SACHERS, *FS Fritz Schulz* I 336 FN 6; L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii* 173; H. H. SEILER, *Negotiorum gestio* 46; J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* 108.

nimmt in der Folge mit *divus Pius Antoninus constituit* auf ein anderes Reskript Bezug.

c) Auch für die *culpa*-Haftung bei entgeltlicher Aufbewahrung finden wir einen solchen Verweis; er befindet sich allerdings in einem insgesamt schwer überarbeiteten ⁽¹⁴¹⁾ Fragment:

D. 13,6,5,2 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*).
... et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur.

Vor allem wegen der sachlichen Ungereimtheit, daß bei Entgeltlichkeit nicht mehr von *depositum* gesprochen werden kann, wurde die Passage [*nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur*] verdächtigt ⁽¹⁴²⁾, doch selbst EISELE, auf den die

141) W. KUNKEL, *SZ* 45 (1925) 312; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (Napoli 1958) 97 ff; D. NÖRR, *SZ* 73 (1956) 104; W. KUNKEL - Th. MAYER-MALY, *Römisches Recht*⁴ (Berlin - Heidelberg - New York 1987) 237 FN 40.

142) F. EISELE, *SZ* 11 (1890) 26; F. KNIEP, *Präscriptio und Pactum* (Jena 1891) 81 FN 4; C. LONGO, *BIDR* 17 (1905) 69 ff; G. SEGRÈ, *BIDR* 19 (1907) 266 FN 2; C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (Milano 1969) 266 FN 1; *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano* (Catania 1996) 160; C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali* (Milano 1973) 311; 375 f;

Kritik an der *nisi-forte*-Passage zurückgeht, bezweifelt nicht, “daß eine Kaiserverordnung des angegebenen Inhalts existierte” (143). Gegen die Verdächtigung des *nisi-forte*-Satzes sind vor allem MICHEL, ROBAYE und TAFARO aufgetreten (144), sie schreiben daher auch die Berufung auf kaiserliche Rechtssetzung dem Ulpian zu (145). Daß damit konkret C. 4,65,1 = Coll. 10,9 gemeint ist (146), möchte ich aber bezweifeln: Diese Konstitution trifft sich zwar insoferne mit dem *nisi-forte*-Satz, als auch dort die *depositum*-Terminologie begegnet (*rebus depositis, rerum depositarum*), obwohl es sich um *locatio conductio* handelt, doch ist die Aussagerichtung eine andere als in fr. 5,2: Es geht nicht um die Haftungserhöhung durch Entgeltlichkeit, sondern um die Herausnahme der *vis maior* und der *effractio* aus der Haftung des Lagerhalters (147). Zuzustimmen ist aber der vorsichtigeren Auffassung, daß es offensichtlich eine kaiserliche Rechtspolitik in dieser Materie gab.

vorsichtiger B. KÜBLER, *Festgabe Gierke II* (Breslau 1910, Nachdruck Frankfurt/M 1969) 238 FN 1, der nur die erste Alternative verdächtigt.

143) F. EISELE, *SZ* 11 (1890) 26.

144) J. MICHEL, *Gratuité en droit romain* (Bruxelles 1962) 64; R. ROBAYE, *L’obligation de garde* 39 FN 27; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50,17,23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale I* (Bari 1984) 262 FN 99.

145) So auch W. LITEWSKI, *SZ* 105 (1988) 873.

146) So erwogen von J. MICHEL, *Gratuité* 64 und S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* 262 FN 99 (264).

147) Dazu F. WUBBE, *SZ* 76 (1959) 508 ff; A. WACKE, *Labeo* 26 (1980) 302 f; R. ROBAYE, *L’obligation de garde* 128 ff.

d) Verdächtigt wurde auch folgende Stelle:

D. 3,6,5 pr (*Ulpianus libro decimo ad edictum*).
*in heredem autem competit in id quod ad eum pervenit. nam
 e s t c o n s t i t u t u m turpia lucra heredibus quoque
 extorqueri, licet crimina extinguantur: ut puta*

Die Aussage bezieht sich auf die Kalumnienklage. Für kompilatorisch wurde der Begründungssatz gehalten⁽¹⁴⁸⁾, wobei ALBERTARIO gerade die Passage *constitutum est* als Unechtheitsindiz ansah⁽¹⁴⁹⁾; dem ist aber mit LEVY⁽¹⁵⁰⁾ und WLASSAK⁽¹⁵¹⁾ entgegenzuhalten, daß sich zur *actio quod metus causa* eine ähnliche Aussage mit Berufung auf ein Reskript findet⁽¹⁵²⁾.

Die Bezugnahme von *constitutum est* zum Kaiserrecht ist daher auch in diesen Stellen als echt anzusehen und nicht erst einem späteren Eingriff zuzuschreiben.

148) P. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intransmissibilità passiva* (Milano 1912) 75 f; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano VI* (Milano 1953) 156/7; G. LONGO, *Delictum e crimen* (Milano 1976) 164; 177. P. VOCI, *Diritto ereditario romano I²: Parte generale* (Milano 1967) 309 spricht hingegen nur von einem "riassunto compilatorio" eines an sich klassischen Prinzips.

149) E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano VI* 156 f; G. LONGO, *Delictum e crimen* 164; 177.

150) E. LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht* (Berlin 1915) 112 FN 7 (113).

151) M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung* (Wien 1917) 137.

152) Ulp. D. 4,2,16,2: *licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere*. Vgl. auch Pap. D. 48,10,12 (zur *lex Cornelia de falsis*).

4) Insgesamt ist jedenfalls gesichert, daß die überwiegende Mehrheit der Stellen mit *constitutum est* auf die kaiserliche Rechtssetzung verweist und dieser Befund vor allem für die Spätclassik zutrifft, in der die Konstitutionen eine große Bedeutung für die Rechtsfortbildung gewinnen⁽¹⁵³⁾. Doch gibt es auch einige wenige Äußerungen, in denen das nicht der Fall ist.

a) D. 28,2,13,1 (*Iulianus libro vicesimo nono digestorum*):

Regula est iuris civilis, qua constitutum est hereditatem adimi non posse:⁽¹⁵⁴⁾.

Die in einem Testament erfolgte Erbeinsetzung kann im selben Testament nicht wirksam widerrufen werden. Alter und Hintergrund dieser *regula iuris civilis* sind zwar umstritten: VOCI sieht ihn im *favor testamenti*⁽¹⁵⁵⁾, STEIN in der Sicherung der Erbfolge und des Familienkults⁽¹⁵⁶⁾, SCHMIDLIN hingegen in den Besonderheiten des alten Manzipationstestaments⁽¹⁵⁷⁾. Der

153) Dazu jüngst umfassend J.-P. CORIAT, *Le prince législateur* (Paris 1997).

154) M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) 61; P. VOCI, *Diritto ereditario romano II: Parte speciale* (Milano 1963) 490; P. STEIN, *Regulae iuris* 95 ff; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln* (Köln - Wien 1970) 24 ff; 66 ff; D. NÖRR, *SZ* 89 (1972) 52 f.

155) P. VOCI, *Diritto ereditario* II 490.

156) P. STEIN, *Regulae iuris* 95.

157) B. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 66; *BIDR* 78 (1975) 81 f.

Ausdruck *constitutum est* hat hier einfach die Funktion, den Inhalt der *regula* ⁽¹⁵⁸⁾ darzustellen.

b) D. 46,3,53 (*Gaius libro quinto ad edictum provinciale*):

Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere ⁽¹⁵⁹⁾.

Die Möglichkeit der schuldbefreienden Drittleistung ⁽¹⁶⁰⁾ – sogar gegen den Willen des Schuldners – wird historisch aus der alten Haftungslösung durch einen Dritten erklärt ⁽¹⁶¹⁾. In einer Parallelstelle wird von Gaius darauf hingewiesen, daß dieses Prinzip sowohl von der *naturalis* wie auch von der *civilis ratio* – die ansonsten oft gegeneinander ausgespielt werden ⁽¹⁶²⁾ – getragen wird:

D. 3,5,38 (*Gaius libro tertio de verborum obligationibus*).

158) Dementsprechend wird der Satz in den Basiliken als **kanwvn** bezeichnet: Bas. 35,8,13 (SCHELTEMA - VAN DER WAL A V 1580): **Kanwvn** ejstin oJ levgnwv 'klhronomiva ajfaireqh'nai ouj duvnatai'.

159) Gai. D. 46,3,53: Der Charakter einer *regula* ergibt sich auch aus Bas. 26,5,53 (SCHELTEMA - VAN DER WAL A IV 1279): **kekanovnistai** gar <ejxei'nai> kai; tou' ajgnou'ntoß kai; tou' a[kontoß kreivttona poiei'n th;n ai{resin.

160) Quellen und Literatur bei M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage* (Köln - Weimar - Wien 1998) 54 f.

161) P. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung. Erster Teil: Historische und dogmatische Grundlagen* (Leipzig 1906) 26; H. STEINER, *Datio in solutum* (München 1914) 30; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano I²* (Napoli 1935) 30.

162) Vgl. D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* (München 1974) 99.

... naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse.

Die Bedeutung des Gegensatzpaares *naturalis* und *civilis ratio* ist umstritten: Nach GORIA ist hinter den beiden Begriffen der Gegensatz von *ius naturale* und *ius civile* zu sehen⁽¹⁶³⁾, nach SCAPINI⁽¹⁶⁴⁾ und CASAVOLA⁽¹⁶⁵⁾ derjenige von *ius gentium* (im Sinn der allen Völkern gemeinsamen Rechtseinrichtungen) und römischem *ius civile*: Im Zusammenhang mit D. 3,5,38 hat STEIN aus der ähnlichen Problemlage wie bei der *datio in solutum*⁽¹⁶⁶⁾ aufgezeigt, daß die *naturalis ratio* zur sabinianischen, die *civilis ratio* zur prokulianischen Rechtsschule paßt⁽¹⁶⁷⁾. Trotz all dieser Unklarheiten bleibt der Befund, daß es sich um einen offensichtlich völlig unbestrittenen Satz handelt; die in D. 46,3,53 gewählte Ausdrucksweise *cum sit iure civili constitutum* deutet daher auf eine generalisierende Festlegung im Rahmen des Juristenrechts hin, die allgemein anerkannt war.

163) F. GORIA, *Prospettive comparatistiche in Gaio*, in: *Il modello di Gaio nella formazione del Giurista. Atti del Convegno Torinese 4-5 maggio 1978 in onore di S. Romano* (Milano 1981) 229 FN 26.

164) N. SCAPINI, *La ratio nelle istituzioni di Gaio*, in: *Il modello ...* (siehe vorangehende FN) 328.

165) F. CASAVOLA, *ANRW* II 15 (Berlin - New York 1976) 166 f = *Giuristi Adrianei* (Napoli 1980) 58 f; dagegen freilich M. TALAMANCA, *BIDR* 80 (1977) 194 ff.

166) *Gai.Inst.* 3,168.

167) P. STEIN, *The Cambridge Law Journal* 31 (1972) 8 ff; *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube* (Edinburgh - London 1974)

c) Ulpian gebraucht schließlich den Ausdruck *civilis constitutio* im Zusammenhang mit der passiven Unvererblichkeit von Strafklagen (¹⁶⁸)

D. 47,1,1 pr: (*Ulpianus libro quadragesimo primo ad Sabinum*).

Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores: idcirco nec furti conveniri possunt..... (¹⁶⁹).

Der Ausdruck *civilis constitutio* wurde zwar verdächtigt (¹⁷⁰), doch kann gegen die gerügte formale Anstößigkeit gerade die zuvor behandelte Stelle D. 46,3,53 mit ihrem *cum sit iure civili constitutum* angeführt werden. Hinzu kommt, daß dasselbe Prinzip bei Gaius als *certissima iuris regula* geschildert wird (¹⁷¹):

Gai.Inst. 4,112.

311 ff; Zustimmung bei G. G. ARCHI, *Festschrift Flume* (Köln 1978) 15 FN 39 und O. BEHREND, *SZ* 97 (1980) 464 f.

168) Dazu jüngst J. M. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano* (Madrid 1997).

169) Ulp. D. 47,1,1 pr; P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I² 54 f weist freilich darauf hin, daß damit nur die Zugehörigkeit des Rechtsinstituts zum *ius civile* (im Gegensatz zum *ius gentium*), nicht seine Schöpfung durch Juristen gemeint ist.

170) G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1 (Tübingen 1910) 43; F. PRINGSHEIM, *Festschrift Lenel* (Leipzig 1921, Nachdr. Frankfurt/M 1987) 268; M. KASER, *RIDA* 1 (1952) 509; U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno* (Milano 1957) 92; M. MARRONE, *APal* 26 (1957) 534; J BURILLO, *SDHI* 26 (1960) 272.

171) J. M. BLANCH NOUGUÉS, *RIDA* 44 (1997) 45 ff.

... est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, ...

Die Charakterisierung der Regel als *certissima* deutet darauf hin, daß es sich um einen völlig unstrittigen Satz handelt, der wohl schon sehr alt ist und den Charakter einer Spruchregel angenommen hat⁽¹⁷²⁾. Nicht ganz einig ist sich die Forschung darüber, ob Ulpian mit seiner Formulierung *civilis constitutio* bloß auf die Zugehörigkeit zum *ius civile* (im Gegensatz zum *ius gentium*)⁽¹⁷³⁾ oder auch auf die Herkunft aus dem Juristenrecht⁽¹⁷⁴⁾ betonen wollte. Die Übereinstimmung mit Gai.Inst. 4,112 spricht mE für die zweite These.

d) Schließlich finden wir im Zusammenhang mit der *successio in possessionem*⁽¹⁷⁵⁾ folgenden Satz:

D. 41,3,40 (*Neratius libro quinto regularum*).

Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est⁽¹⁷⁶⁾.

172) P. STEIN, *Regulae iuris* 93; B. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 33; D. NÖRR, SZ 89 (1972) 39 FN 72; 41 FN 87.

173) So P. VOCI, *Diritto ereditario romano I²: Parte generale* (Milano 1967) 54 f; A. PALMA, *Index* 12 (1983-1984) 271; J. M. BLANCH NOUGUÈS, *Intransmisibilidad* 71.

174) So F. CANCELLI, *BIDR* 90 (1987) 557.

175) Dazu P. P. ZANZUCCHI, *AG* 72 (1904) 177 ff; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (Milano 1952) 170 f; *Diritto ereditario romano I²* 220; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano II/2: La proprietà²* (Milano 1968) 294 ff; Th. MAYER-MALY, *RE IX A* 1112.

176) Ner. D. 41,3,40.

Dazu gibt es von späteren Juristen einige Parallelentscheidungen⁽¹⁷⁷⁾; am aufschlußreichsten für uns ist dabei die von Papinian in D. 41,3,44,3 gebrauchte Formulierung:*sed haec iure singulari recepta sunt*⁽¹⁷⁸⁾. In der bekannten Definition des *ius singulare* durch Paulus D. 1,3,16⁽¹⁷⁹⁾ wird dessen Erzeugung ebenfalls mit dem Verb *constituere* umschrieben. WUBBE hat dazu klargestellt, daß damit alle Arten der Rechtssetzung und nicht bloß die Kaiserkonstitutionen gemeint sind⁽¹⁸⁰⁾. Mit *recepta sunt* spielt Papinian wohl auf eine gefestigte und übernommene Rechtsmeinung der Juristen⁽¹⁸¹⁾ an. Die Passage bei Neraz zeigt uns, daß dieser Rechtszustand jedenfalls schon unter den frühklassischen Juristen erreicht worden war, und ich glaube daher, daß das *constitutum est* hier nicht auf eine Kaiserkonstitution⁽¹⁸²⁾ bezogen werden kann.

177) Pomp. D. 41,4,6,2; Paul. (Pomp.?) D. 41,3,31,5; Paul. D. 4,6,30 pr *i.f.*; Pap. D. 41,3,44,3.

178) Dazu H.-P. BENÖHR, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht* (Berlin 1972) 104 ff; F. WUBBE, *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein* (Stuttgart 1993) 462 f.

179) Paul. D. 1,3,16: *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

180) F. WUBBE, *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein* (Stuttgart 1993) 467.

181) Vgl. Pap. D. 40,5,23,3; D. 41,2,44,1; F. WUBBE 459 ff; Ulp. D. 12,1,15: *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam.*

182) So aber G. GUALANDI, *Legislazione imperiale* I 408, II 14; P. STEIN, *Regulae iuris* 82: Er verwendet die Stelle zur Stützung seiner These, die Abfassung der *libri regularum* hänge mit einer Tätigkeit der Juristen an der kaiserlichen Verwaltungsspitze zusammen; dagegen freilich B. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 128 f.

Selbst noch Justinian gebraucht im Zusammenhang mit der Ersitzung die Ausdrucksweise *iure civili constitutum fuerat* (183).

e) Nur der Vollständigkeit halber zu erwähnen sind die sog. *constitutiones veterum* (184): Das berühmteste Beispiel ist die *constitutio veterum* zur *perpetuatio obligationis*, wie sie uns von Paulus überliefert wird: *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit* (185). Dieser auch in der Folge ausdrücklich als *constitutio* (186) bezeichnete Satz war nach dem Bericht des Paulus Gegenstand der Erörterung durch spätere Juristen. Den *maiores* zugeschrieben wird mit *omnes constituerunt* eine Ausnahme von der Trauerpflicht gegenüber einem Angehörigen, *qui ad patriam delendam et parentes et liberos interficiendos venerit* (187). Auch der spätrepublikanische Jurist Alfenus Varus übermittelte uns zu seiner Zeit bereits anerkannte Sätze unter Verwendung von *constitutum (esse)*. Einer betrifft die Auslegung

183) Inst. 2,6 pr.

184) Zu diesen F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* 1 (München 1988) 571; 590; T. GIARO, *BIDR* 90 (1987) 35 FN 112. Zur Frage, wer mit dem Begriff “*veteres*” gemeint ist, F. HORAK, *Festschrift für G. Wesener* (Graz 1992) 201 ff.

185) Paul. D. 45,1,91,3.

186) Frg. 91,3: *expeditum intellectum habet constitutio*; § 4: *Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat*; § 6: *effectus huius constitutionis*.

187) Marcell. D. 11,7,35.

eines *legatum penoris* ⁽¹⁸⁸⁾, ein anderer die Definition des Wohnsitzes ⁽¹⁸⁹⁾. Von manchen *constitutiones* werden die Urheber namentlich genannt: Zum Aufgabenkreis eines *tutor dativus* bei fehlender Angabe durch das Mündel heißt es: *et ait Celsus Servium constituisse in omnes res datum videri* ⁽¹⁹⁰⁾. Ein weiteres, freilich nicht ganz unumstrittenes Beispiel ist die in frag.Vat. 1 ⁽¹⁹¹⁾ erwähnte *constitutio Rutiliana*: Sie trägt ihren Namen nach dem im zweiten vorchristlichen Jahrhundert wirkenden Juristen P. Rutilius Rufus, der zur Nachfolgegeneration des Mucius, Brutus und Manlius gehört ⁽¹⁹²⁾ und auch die Prätur bekleidete. Die ältere Lehre hat in der *constitutio Rutiliana* einen Akt des Senats ⁽¹⁹³⁾ oder auch ein ediktales Prinzip ⁽¹⁹⁴⁾ erblickt bzw überhaupt auf eine Erklärung verzichtet

188) Alf.-Paul. D. 32,60,2: .. *sed cum probaretur eum qui testamentum fecisset partem penus vendere solitum esse, c o n s t i t u t u m e s s e , ut ex eo, quod ad annum opus esset, heredes legatario darent.*; U. JOHN, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo* (Karlsruhe 1970) 52 f; H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta* (Berlin 1998) 40.

189) Alf. D. 50,16,203.

190) Ulp. D. 26,1,3,4; eine Urheberschaft des Servius wird auch für die beiden vorgenannten *constitutiones* angenommen: Vgl. etwa M. BREONE, *Labeo* 16 (1970) 8; unentschieden für D. 32,60,2 U. JOHN, *Auslegung* 53. Gegenüber der herrschenden Auffassung, daß Alfenus regelmäßig Entscheidungen des Servius wiedergebe, hat sich jüngst H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta* 23 ff zugunsten einer Eigenständigkeit des Alfenus ausgesprochen.

191) Frag.Vat. 1: *Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.*

192) Pomp. D. 1,2,2,40.

193) O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II (Leipzig 1901) 405.

194) P. BONFANTE, *Scritti giuridici* II (Torino 1926) 203.

(¹⁹⁵), während die jüngere Auffassung darin eine von Rutilius ausgebildete Rechtsregel sieht (¹⁹⁶). Gegen alle bisherigen Auffassungen ist K. BAUER mit der Annahme eines Abschreibeversehens aufgetreten (¹⁹⁷).

V. Folgerungen für D. 47,2,14,4

Auf diesem Hintergrund ist nun zu fragen, wie das *constitutum est* in unserer Stelle D. 47,2,14,4 zu verstehen ist.

Zunächst ist auf die These einer Justinianischen Interpolation der genannten Passage *quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt* einzugehen. Während BESELER die Passage als “paraphrasierendes Rankenwerk” (¹⁹⁸) abgetan hat, hat DE ROBERTIS (¹⁹⁹) einen bewußten autoritären Eingriff angenommen.

195) A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht I* (1876, Nachdruck Aalen 1965) 625 FN 3; S. SOLAZZI, *BIDR* 38 (1930) 3 FN 2; P. VOGLI, *Modi di acquisto della proprietà* (1952) 197 FN 2.

196) M. KASER, *Labeo* 7 (1961) 291 ff; 302; H. HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht* (1964) 19 FN 33; M. BRETONI, *Storia del diritto romano*⁶ (Roma 1992) 224.

197) K. BAUER, *Die Rutiliana constitutio des Julian*, *TR* 54 (1986) 97 ff; dagegen M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo* (Bari 1997) 104 FN 45.

198) G. BESELER, *TR* 8 (1928) 310.

199) F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 314 ff.

Gerade die Verwendung von *constitutum est* ist nach DE ROBERTIS⁽²⁰⁰⁾ ein Unechtheitsindiz; denn von einer klassischen Konstitution mit diesem Inhalt gäbe es keine Spur, und wenn es eine solche Konstitution gegeben hätte, dann hätte es wohl keine divergierenden Entscheidungen der spätklassischen Juristen gegeben, sondern diese hätten sich einfach auf eine solche Konstitution berufen, statt selbst nach Lösungen und Begründungen zu suchen. Die abweichenden Entscheidungen in den Digesten erklärt DE ROBERTIS mit einer schlampigen Arbeitsweise der Kompilatoren.

Zunächst ist DE ROBERTIS zuzugestehen, daß die Divergenzen im Erscheinungsbild der Digesten zweifellos gegeben sind. Sie finden sich auch am *sedes materiae* im Titel D. 47,2, wobei Fragment 14,4 mit der generellen *constitutio* und 48,4 mit der abweichenden Entscheidung im *fullo*-Fall derselben Masse angehören. Doch wäre bei Annahme eines bewußten Eingriffes in fr. 14,4 mit einer Sensibilisierung der Kommission zu rechnen, die wohl nicht an dem auffälligen Schlußsatz von fr. 48,4 (*ita erit casus quo fur furti agere possit*) achtlos vorbeigegangen wäre. Schon aus diesem Grund erscheint mir die Interpolationsannahme unwahrscheinlich.

Ebenso ist es richtig, daß es im Codex keine Spuren einer klassischen Konstitution mit diesem Inhalt gibt. Bereits NIEDERLÄNDER hat darauf hingewiesen, daß DE ROBERTIS

200) F. DE ROBERTIS, *Scritti vari* III 314 f.

constituere zu eng versteht⁽²⁰¹⁾: *Constituere* meint hier nicht eine (klassische oder justinianische) Kaiserkonstitution, sondern muß einen anderen Sinn haben. NIEDERLÄNDER dachte an “Recht schöpfen – herausarbeiten” durch den Prätor oder die Juristen und hat damit zweifellos den richtigen Weg gewiesen.

Dazu ist zunächst kurz auf die These von ALBERTARIO einzugehen, daß überall dort, wo mit *constitutum est* nicht auf eine Kaiserkonstitution angespielt ist, Interpolationsverdacht indiziert ist⁽²⁰²⁾. Von den vier Stellen, die ALBERTARIO anführt, entsprechen zwei überhaupt nicht seiner Prämisse: Zu Ulp. D. 13,6,5,2 und Pap. D. 16,3,24 haben wir bereits oben gezeigt, daß mit *constitutum est* auf Kaiserrecht verwiesen ist. Die in Ulp. D. 40,5,24,10⁽²⁰³⁾ gebrauchte Formulierung *nec enim ignotum est, quod multa contra iuris rigorem pro libertate sint constituta* denkt wohl an Juristen- und kaiserliche Entscheidungen und beschreibt damit durchaus adäquat die maßgeblichen Faktoren im Bereich des *favor libertatis*⁽²⁰⁴⁾, weswegen den vorgebrachten Verdächtigungen⁽²⁰⁵⁾ jedenfalls für diese Passage nicht gefolgt werden kann⁽²⁰⁶⁾. Wirklich

201) H. NIEDERLÄNDER, *SZ* 70 (1953) 492.

202) E. ALBERTARIO, *SZ* 32 (1911) 319 = *Studi di diritto romano* VI (Milano 1953) 156 f.

203) H. HAUSMANINGER, *Iuris Professio. Festgabe Kaser* (Wien - Köln - Graz 1986) 68 f.

204) Dazu G. HÄRTEL, *Index* 5 (1974/75) 281 ff.

205) Siehe *Ind.Itp.*; G. G. ARCHI, *SZ* 87 (1970) 39 FN 54.

206) Für Echtheit der Stelle insgesamt G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* (Padova 1936) 163; H. WIELING, *Testamentsauslegung*

kaum auszuräumen ist lediglich der Verdacht gegen den Schluß der vierten von ALBERTARIO herangezogenen Stelle, Pomp. D. 18,1, 67 (207), wo es im Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung *cum sua causa* heißt: *...idque toto iure civili ita se habet, [praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum]* (208). Unsere Stelle D. 47,2,14,4 befindet sich jedenfalls nicht unter den von ALBERTARIO als verdächtig eingestuften *constitutum est*-Passagen.

Kein Unechtheitsindiz kann hingegen in der Wendung *in omnium furum persona* gesehen werden (209), die ja nicht ein wörtliches Zitat aus der *constitutio* ist, sondern von Julian zur Betonung des generellen Anwendungsbereiches verwendet wird. *Persona* mit Genetiv findet sich auch sonst sehr häufig bei Julian, wenn es ihm darum geht, eine bestimmte Person oder einen

im römischen Recht (München 1972) 169; H. HAUSMANINGER, *Iuris Professio. Festgabe Kaser* (Wien - Köln - Graz 1986) 68 f.

207) Dazu P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà* (Padova 1924) 169 ff; M. LAURIA, *Ius Romanum* I,1 (Napoli 1963) 162; G. SCHLICHTING, *Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht* (Karlsruhe 1973) 112; F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano* (Torino 1955) 121 f.

208) Der Verdacht geht schon auf FABER zurück, vgl *Ind.Itp.* und F. GALLO, *Trasferimento* 122. Schon F. EISELE, *SZ* 10 (1889) 307 hat erkannt, daß man die Passage auch nicht dadurch retten kann, daß man *nominatim constituere* nicht auf einen Parteivorbehalt (der ja zu Lasten des Dritten ginge) bezieht; nach EISELE hatten die Kompilatoren vielleicht die zeitgenössische Konstitution C. 7,37,2,3 im Auge.

209) So wohl F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 314 unter Berufung auf PAMPALONI: Dieser (*Scritti giuridici* I 707) verdächtigt von der Stelle freilich nur den Schluß [*qui eam contrectavit*].

Personenkreis zu erfassen, etwa im Zusammenhang mit der Beschreibung von Stipulationsformularen ⁽²¹⁰⁾, bei der Verwirklichung von Tatbestandselementen bei einer Personenmehrheit ⁽²¹¹⁾ oder bei Personenwechsel ⁽²¹²⁾, zur Zuordnung von subjektiven Rechtspositionen ⁽²¹³⁾ oder zum Vergleich von Rechtslagen bei verschiedenen Personen ⁽²¹⁴⁾, zur Bestimmung der für ein bestimmtes Kriterium maßgeblichen Person ⁽²¹⁵⁾, zur Beschreibung von Vertretungsverhältnissen und -wirkungen ⁽²¹⁶⁾, zur Ableitung einer *actio* oder einer *exceptio* ⁽²¹⁷⁾, zur Reduktion des Umkreises von Haftungssubjekten ⁽²¹⁸⁾ oder beim Auftreten nur eines von mehreren Kuratoren ⁽²¹⁹⁾, ebenso zur interpretativen Darlegung des Anwendungsbereiches einer Regelung ⁽²²⁰⁾. Die Phrase ist daher vom Sprachstil durchaus

210) Iul. D. 45,1,56 § 1; § 2; § 3; D. 45,3,14; D. 46,8,22 § 7; § 9; § 10.

211) Iul. D. 40,7,13,2; D. 42,8,15; D. 45,2, 6 pr.

212) Iul. D. 47,2,57 pr.

213) Iul. D. 28,5,16; D. 30,89; D. 30,91,2; D. 36,2,17; D. 45,3,1,4; Ulp.-Iul. D. 46,1,5.

214) Iul. D. 9,2,51,2.

215) Iul. D. 36,1,26 pr; D. 38,1,25 pr; Ulp.-Iul. D. 7,2,1,1; D. 7,3,1,2; Clem.-Iul. D. 35,1,62,1.

216) Iul. D. 23,3,46 pr; D. 39,1,13 pr; D. 47,2,57,4; Ulp.-Iul. D. 41,1,33,2.

217) Paul.-Iul. D. 13,1,19; Ulp.-Iul. D. 17,1,10,12; D. 44,2,9,2; D. 44,4,4,22.

218) Iul. D. 16,1,14.

219) Iul. D. 27,10,7,3.

220) Iul. D. 14,6,14; D. 41,3,33,1; Pomp.-Iul. D. 40,5,20.

Julian zuzuschreiben, zumal auch die Kombination von *persona* mit *fur* anderweitig überliefert ist (221).

Zum richtigen Verständnis von *constitutum est* ist zunächst davon auszugehen, daß sich die Passage zwar in einer Ulpian-Stelle, aber in einem Julian-Zitat findet: Der für die Spätklassik geltende Befund, daß mit *constitutum est* regelmäßig auf die kaiserliche Rechtssetzung verwiesen wird, muß nicht unbedingt für Julian zutreffen: In seinen berühmten Äußerungen “*quae primo constituuntur*” (D. 1,3,11) (222), “*quae a maioribus constituta sunt*” (D. 1,3,20) (223) und “*contra rationem iuris constituta*” (D. 1,3,15) (224) spricht Julian die Rechtserzeugung schlechthin an, wenn auch die Ausführungen in einem bestimmten sachlichen Zusammenhang und unter bezug auf eine bestimmte Rechtsquelle gemacht worden sind (225). Diese Fragmente können daher weder für noch gegen die hier vertretene Auffassung in Anspruch genommen werden.

221) Iul. D. 45,3,14.

222) Iul. D. 1,3,11: *Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est*; dazu M. BRETONE, *Iura* 24 (1973) 208 ff.

223) Iul. D. 1,3,20: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*; vgl. Neraz D. 1,3,21; F. CASAVOLA, *ANRW* II 15 (1976) 162 f; *Iura* 27 (1976) 28 f.

224) Iul. D. 1,3,15: *In his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*. Dazu B. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 34 f.

225) Palingenetisch bezieht sich frg. 11 auf die *lex Publilia de sponsu* (LENEL, *Pal.* Iul. Nr. 842); frg. 20 auf die Prozeßkautionen (LENEL, *Pal.* Iul. Nr. 730) und frg. 15 auf die Sondervorschriften für die Soldatentestamente und damit kaiserliche Rechtssetzung.

Hinzuweisen ist jedoch auf den Umstand, daß von den wenigen Belegen, bei denen *constitutio* bzw *constitutum est* mit dem Kaiserrecht nicht in Verbindung zu bringen ist, zwei gerade auf Julian zurückgehen: Dabei ist die Zuordnung der *constitutio Rutiliana* freilich sehr umstritten (²²⁶), klarer ist folgende Entscheidung, welche formal den gleichen Aufbau zeigt wie unser Fragment D. 47,2,14,4:

D. 28,2,13,1 (*Iulianus libro vicesimo nono digestorum*).
Regula est iuris civilis, qua constitutum est hereditatem adimi non posse: propter quam liber et heres esse iussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilo minus et libertatem et hereditatem habebit.

An die Vorführung der *regula* (²²⁷) knüpft sich die Entscheidung eines konkreten Falles (²²⁸): Ein Erblasser hatte in seinem Testament seinen Sklaven freigelassen und zum Erben eingesetzt; an späterer Stelle im Testament findet sich eine *ademptio libertatis*. Julian entscheidet, daß der eingesetzte Sklave die Freiheit und die Erbschaft erlangt. Es ist durchwegs gesehen worden, daß Julian hier logisch-deduktiv vorgeht (²²⁹) und die

226) Oben S. 59.

227) Zu ihrer Herkunft und Funktion oben S. 52.

228) Anwendungen dieser *regula* finden sich zB bei Scaev. D. 36,1,78; Mod. D. 28,7,27,1; nicht anwendbar war sie auf das *testamentum militis* (Gai. D. 29,1,17,2); im Fall von D. 28,4,1,4 weicht Ulpian der *regula* dadurch aus, daß er *nec dare* von *adimere* unterscheidet.

229) P. STEIN, *Regulae iuris* 95; R. MARTINI, *Labeo* 14 (1968) 308 FN 15; V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano* (Milano 1987) 135.

regula als alleinige Entscheidungsgrundlage verwendet⁽²³⁰⁾. Auch in unserem Fragment D. 47,2,14,4 wird, wie bereits oben gezeigt, zuerst der Inhalt des *constitutum est* geschildert und damit eine daran anschließende konkrete Fallentscheidung begründet⁽²³¹⁾. Für Julian hat daher der Satz vom Ausschluß der *fures* von der *actio furti* die gleiche Funktion wie die *regula iuris civilis* in D. 28,2,13,1, deren inhaltliche Wiedergabe ebenfalls mit *constitutum est* eingeleitet wird.

Wenn wir den unter I erhobenen Befund zum Umgang der Juristen mit der Fallgruppe des *furtum* gegenüber dem *fur* zusammenfassen, so zeigt sich folgendes Bild: Mucius schließt den *fur* von der *actio furti* im Hinblick auf dessen fehlendes Interesse aus; Servius gesteht ihm eine subsidiäre Aktivlegitimation bei Nichtauftreten des *dominus* zu. Die Meinung des Servius hat sich nicht durchgesetzt, und wir finden bei Pomponius unter Berufung auf das Fehlen der *honestas causa*⁽²³²⁾ einen Rechtszustand mitgeteilt, der der *constitutio* in D. 47,2,14,4 durchaus entspricht. In der Spätclassik fällt bei Paulus auf, daß er sich im *nauta*-Fall D. 4,9,5 pr an der *constitutio* orientiert, im *pignus*-Fall Paul.Sent. 2,31,19 – sofern die

230) B. SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 25.

231) Auf die bei Julian anzutreffende Tendenz, die Rechtsfindung rational aus allgemeinen Sätzen herzuleiten, haben insbesondere P. STEIN, *Regulae iuris* 95 und V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza* 138 hingewiesen. Zur Ausbildung von Regelsätzen vgl. auch M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen 1962) 60 f.

232) Ähnlich wird in Ulp. D. 47,2,12,1 den *malae fidei possessores* die Aktivlegitimation zur *actio furti* abgesprochen, weil durch *improbitas* keine *actio* erworben werden soll.

Passage von ihm selbst stammt – hingegen dem furtiven Eigentümer nach einem weiteren *furtum* die *actio furti* gewährt; Ulpian ist sich im *fullo*-Fall des Ausnahmecharakters der Entscheidung durchaus bewußt. Eine gemeinsame Struktur der beiden Ausnahmefälle besteht darin, daß die Aktivlegitimation zur *actio furti* nicht auf dem *furtum* beruht, sondern schon aus einem anderen Grund gegeben ist, nämlich in D. 47,2,48,4 aus der schon zuvor bestehenden *custodia*-Haftung ⁽²³³⁾, in Paul.Sent. 2,31,19 aus dem Eigentum.

Nichts zu tun mit der *constitutio* haben die Fälle der Inkompatibilität von aktiver und passiver *actio furti noxalis*. Auf den Grenzfall des *furtum* durch einen gestohlenen Sklaven gegenüber dem Dieb war die *constitutio* von ihrem Wortlaut her nicht anwendbar, daher konnte Celsus D. 47,2,68,4 dem *fur* eines *servus* die *actio furti noxalis* gewähren.

Die Spätclassiker Paulus und Ulpian haben jedenfalls Ausnahmen von der *constitutio* zugelassen. Ulpian – von dem wir aus D. 47,2,14,4 wissen, daß ihm die *constitutio* bekannt war – ist sich dabei in D. 47,2,48,4 durchaus der Abweichung von eben dieser *constitutio* bewußt, wie sein pointierter Schluß zeigt: *ita erit casus, quo fur furti agere possit*. Für Juristen, die führend in der kaiserlichen Bürokratie tätig waren, ist es unvorstellbar, daß sie gegen eine Kaiserkonstitution entschieden haben sollen. Darin erblicke ich ein entscheidendes Argument

233) So F. DE ROBERTIS, *Scritti varii* III 341.

dagegen, die Passage *constitutum est* in D. 47,2,14,4 als Verweis auf eine kaiserrechtliche Regelung zu sehen.

Aufgrund der generalisierenden Fassung *in omnium furum persona constitutum est* könnte man freilich an eine Herkunft aus dem Edikt denken. Palingenetisch stammt unsere Stelle aus dem 22. Buch der julianischen *digesta*, deren erster Teil sich im Aufbau am Edikt anlehnt. Der Werkcharakter der *digesta Juliani* ist insgesamt umstritten⁽²³⁴⁾, wobei zum ersten Teil auch teilweise die Ansicht vertreten wurde, daß es sich um einen Ediktskommentar handelt⁽²³⁵⁾, bzw Julian schon zuvor einen Ediktskommentar verfaßt hatte⁽²³⁶⁾; doch wurde dagegen vorgebracht, daß sich keine Fragmente finden, die dem Kommentarstil entsprechen⁽²³⁷⁾. Unsere Stelle – die freilich nur ein Julian-Zitat durch Ulpian ist – wurde jedenfalls selbst von den Anhängern der Ediktskommentar-Theorie nicht in ihre Belegstellen-Sammlungen⁽²³⁸⁾ aufgenommen. Gegen die Herkunft aus dem Edikt spricht insbesondere der Umstand, daß nach unserem Überlieferungsstand auch aus den Edikts-

234) Übersichten bei A. GUARINO, *Labeo* 10 (1964) 398 ff; E. BUND, *ANRW* II/15 (Berlin - New York 1976) 432.

235) A. PERNICE, *Miscellanea zur Rechtsgeschichte und Textkritik* (1870) 84; H. BUHL, *Salvius Julianus I: Einleitung. Personenrecht* (Heidelberg 1886) 86 ff.

236) A. GUARINO, *Labeo* 10 (1964) 400.

237) E. BUND, *ANRW* II/15 432.

238) Vgl. H. BUHL, *Salvius Julianus* I 94; A. GUARINO, *Labeo* 10 (1964) 400.

kommentaren des Gaius, Paulus und Ulpian⁽²³⁹⁾ keine Fragmente erhalten sind, die sich mit einer derartigen Ediktsbestimmung befassen würden. Und auch Ulpian von der *constitutio* abweichende Entscheidung⁽²⁴⁰⁾ findet sich im Sabinuskommentar und nicht mit den typischen Worten “*edictum cessat*” bzw. “*edictum cessare*” in seinem Ediktskommentar, wie es zu erwarten wäre, wenn es um die Nichtanwendung einer ediktalen Regelung ginge.

Vor allem aufgrund von D. 47,2,77,1, wo zunächst eine Diskussion des Sachproblems und eine Festigung des Ausschlusses ausschließlich durch die Juristen überliefert wird, liegt es nahe, die anonyme Wendung *constitutum est* in D. 47,2,14,4 auf das Ergebnis dieses Prozesses zu beziehen und damit den mitgeteilten Inhalt als Rechtsschöpfung der *iuris prudentes*⁽²⁴¹⁾ zu sehen. Wir können freilich nicht behaupten, daß der Satz die feste Form einer Spruchregel erlangt hat, zweifellos führt Julian aber eine generalisierende Beschreibung eines gesicherten Rechtszustandes vor. Daß von regelartigen Fixierungen in Einzelfällen zuweilen abgewichen wird, gehört zu ihrem Wesenszug und erklärt am besten die kontrastierenden Entscheidungen der Spätclassiker Ulpian und Paulus. Bei der Frage, wann diese Fixierung erfolgt ist, ist natürlich zu beachten,

239) O. LENEL, *Palingenesia*, Gai. Nr. 269-272; Paul. Nr. 563-568; Ulp. Nr. 1039-1060.

240) Ulp. D. 47,2,48,4 (oben S. 17).

241) Zu Recht hat T. GIARO, *BIDR* 90 (1987) 35 FN 112 darauf hingewiesen, daß damit eine kollektive Leistung der Jurisprudenz angesprochen ist.

daß die inhaltliche Entstehung und die generalisierende Beschreibung eines Rechtszustandes zeitlich durchaus auseinanderfallen können ⁽²⁴²⁾, es kann aber zumindest eine Eingrenzung vorgenommen werden. Den Satz schon als *constitutio veterum* zu sehen, erscheint mir unangebracht, da aufgrund der Haltung des Servius in dieser Periode noch nicht von einem unstreitigen Rechtszustand die Rede sein kann, andererseits muß der Prozeß, der zur Ausbildung der *constitutio* geführt hat, bereits vor Julian abgeschlossen gewesen sein. Auch Pomponius bestätigt indirekt dieses Ergebnis durch den Hinweis auf die einhellige Ablehnung (*“nec utimur”*) der *sententia Servii* durch die späteren Juristen.

242) So für die Regelbildung D. NÖRR, SZ 89 (1972) 43; 47.

Une trifonctionnalité indo-européenne dans Valère Maxime

par Marcel MEULDER

(Université libre de Bruxelles)

Relisant les *Faits et Dits Mémorables* de Valère Maxime ⁽¹⁾, nous avons eu l'attention attirée par le chapitre VI du livre I où sont narrés des prodiges favorables et défavorables à certains généraux romains ; ainsi, à la suite de ceux qui arrivèrent à ce guerrier impie qu'était Caius Flaminius, le vaincu de la bataille de Trasimène ⁽²⁾, l'écrivain latin enchaîne sur ceux qui se

1) J. BELLEMORE, *When did Valerius Maximus write the Dicta et Facta Memorabilia*, dans *Antichthon* 23, 1989, p. 67 – 80, situe l'œuvre tout au début du règne du successeur d'Auguste.

2) Fr. BLAIVE, *Impius Bellator. Le Mythe indo-européen du Guerrier impie*, Arras, 1996, p. 121 – 126.

manifestèrent lors de la guerre de Numance ⁽³⁾ à Caius Hostilius Mancinus (I, 6, 7) :

“ Il était consul (en 137 av. J.-C.) et il allait partir en Espagne, quand les prodiges suivants eurent lieu. Au moment où, à Lavinium, il voulait accomplir un sacrifice, les poulets qu’on venait de lâcher de leur cage s’enfuirent dans un bois voisin et, malgré la grande application qu’on mit à les chercher, on ne put les retrouver. Au moment où, au Port d’Hercule, qu’il avait atteint à pied, il montait à bord d’un bateau, une voix parvint à ses oreilles sans qu’il y eût personne pour prononcer ces paroles : “ Mancinus, un moment ! ”. Effrayé par elle, il fit demi-tour ⁽⁴⁾, gagna Gênes et là, il était à peine entré dans une barque qu’un serpent d’une taille extraordinaire se fit voir et disparut. Ainsi il égala le nombre de prodiges qu’il connut à celui des désastres qu’il subit : combat malheureux, traité honteux, funeste reddition ” (trad. R.Combès, C.U.F.).

Ce texte présente tout-à-fait explicitement une triade de calamités, en relation avec trois présages qui se produisent en trois lieux différents ; nous voyons, dans ces triples prodiges et échecs, la concrétisation politico-religieuse des trois fonctions

3) MÜNZER, *Hostilius* 18, *RE* 8, col. 2508 – 2511 ; sur la guerre autour de Numance, H. SIMON, *Roms Kriege in Spanien*, Frankfurt, 1962, p. 145 – 159, et J.S. RICHARDSON, *The Romans in Spain*, Oxford..., 1996, p. 62 – 69.

4) Ou “changea de direction”, selon le sens donné au verbe latin *conuertor*, voir *infra* p. 8 et n. 38 - 39.

indo-européennes, encore si vivantes à Rome (5) ; voilà ce que démontrera notre recherche, en un premier temps.

Ainsi pour nous, au combat malheureux face aux Numantins, au traité honteux conclu avec ceux-ci et à la reddition funeste faite à ceux-ci correspondent respectivement la fuite des poulets du territoire sacré de Lavinium (2e fonction, celle de la guerre), une voix surnaturelle qui se fait entendre à Portus Herculis (1e fonction, celle du domaine magico-religieux), et l'apparition furtive d'un serpent (de mer ? (6)) dans une petite embarcation à Gênes (3e fonction, celle de la sphère de la santé et de la vie (7)). Notre interprétation s'oppose totalement à celle de D. Wardle (8), pour qui la correspondance entre les présages et les *calamitates* est “ a rhetorical flourish which requires the unnatural division of Hostilius' fate. The equation owes nothing to religious reflection or doctrine (nous soulignons) ”. Pour établir notre équation, analysons chacun des trois prodiges.

5) Nous renvoyons aux travaux de G. DUMÉZIL et de Dom. BRIQUEL e. a.

6) Cf. P.H.DAMSTE, *Lectiones Valerianae*, dans *Mnemosyne* 41, 1913, p. 139.

7) Pour l'aspect “fécondité” du serpent, voir e. a. G.DUMÉZIL, *Iuno S.M.R.*, dans *Eranos* 52, 1954, p. 114 et n.4 ; L.BODSON, *IERA ZWIA...*, Bruxelles, 1975, p. 68 – 92.

8) *Valerius Maximus. Memorable Deeds and Sayings*, book 1, Oxford, 1998, p. 198.

1. Les poulets.

Le présage d'une victoire ou d'une défaite qu'annoncent les poulets, selon qu'ils mangent ou refusent la nourriture, est bien connu des Romains, puisqu'il est échu à deux généraux romains malheureux, l'un étant Publius Claudius Pulcher, le second Caius Flaminius déjà évoqué au début de cet article. Laissons Cicéron nous parler de ces deux personnages qui ont connu, l'un, la première guerre punique ⁽⁹⁾, l'autre, la deuxième ⁽¹⁰⁾. D'abord dans le *De Natura Deorum* (II, 7), il écrit :

“ La légèreté de P. Claudius ne nous intriguera-t-elle pas ? Lui qui se moquait des dieux même en se jouant ; comme les poulets sortis de leur cage ne touchaient pas à la nourriture, il les fit jeter à l'eau, pour les faire boire puisqu'ils ne voulaient pas manger. Cette farce, avec la défaite de la flotte, lui valut à lui-même beaucoup de larmes et au peuple romain une grande affliction. Or voyez. Son collègue Iunius n'a-t-il pas, dans la même guerre, perdu sa flotte dans la tempête parce qu'il n'avait pas tenu compte des auspices ? Aussi Clodius fut-il condamné par le peuple ; Iunius, lui, se donna la mort. Coelius écrit que C. Flaminius, pour avoir négligé les prescrits religieux, a perdu la face au Lac Trasimène,

9) POL., I, 49, 3 – 51, 12 ; MÜNZER, *Claudius* 304, *RE* 3, col. 2857 - 2858.

10) MÜNZER, *Flaminius* 2, *RE* 6, col. 2496 – 2502.

causant ainsi un grand préjudice à la république. La fin de ces hommes peut faire comprendre que la république a été bien servie par les commandements de ceux qui avaient respecté la religion ” (trad. M. van den Bruwaene, Bruxelles, 1978) (11).

Et dans le *De Divinatione* (I, 77 – 78), il éclaire davantage le comportement irrégulier de Flaminius :

“ Voyons encore. Pendant la deuxième guerre punique, le mépris qu’affecta Caius Flaminius, consul pour la deuxième fois, pour les présages n’eut-il pas pour suite un grand désastre national ? Après la lustration de l’armée, il avait levé le camp et conduisait les légions contre Hannibal dans la direction d’Arretium quand son cheval et lui-même s’abattirent brusquement et sans cause devant la statue de Jupiter Stator ; il ne voulut pas avoir égard à ce signe malgré les experts qui le considéraient comme interdisant d’engager le combat. On prit les auspices par le procédé du *tripudium* et l’augure observant les poulets déclara qu’il fallait ajourner la bataille. Flaminius alors demanda ce qu’il faudrait faire si, même plus tard, les poulets refusaient la nourriture et, quand l’augure eut répondu qu’il faudrait attendre encore, le consul s’exclama : “ La belle chose en vérité que ces auspices : si les poulets ont faim, on peut marcher, s’ils sont rassasiés, rien à faire ! ”. Après quoi il donna l’ordre d’enlever les

11) Sur Lucius Iunius Pullus, voir MÜNZER, *Iunius* 133, *RE* 10, col. 1081 – 1082.

enseignes et de le suivre. Alors le porte-enseigne du premier manipule se trouva dans l'impossibilité de retirer la sienne du sol, même avec le concours de plusieurs autres légionnaires, on rapporta le fait à Flaminius qui, toujours animé du même esprit, n'en tint nul compte. Trois heures après l'armée était taillée en pièces et lui-même était tué..." (trad. Ch. Appuhn, Paris, Garnier, 1937).

Le souvenir de ce double et cuisant échec dû au mépris des présages est resté vivace dans l'esprit des Romains, puisque Tite-Live le rappelle dans le comportement des futurs vaincus de Cannes (en 216 av. J.-C.), à savoir les consuls Lucius Aemilius Paullus et Caius Terentius Varro ⁽¹²⁾ (XXII, 42, 8 – 10) :

“ Varron donna sur-le-champ le signal du départ. Mais l'opposition de Paul Émile ayant été confirmée par l'auspice des poulets sacrés, il le fit annoncer à son collègue au moment où les enseignes sortaient du camp. Bien que Varron fût vivement contrarié, le désastre récent de Flaminius et la célèbre défaite navale du consul Claudius, dans la première guerre punique, réveillèrent des scrupules dans son esprit. Les dieux eux-mêmes, ce semble, différèrent ce jour-là, plutôt qu'ils ne détournèrent le malheur qui menaçait les Romains, car, à l'instant même où les soldats refusaient d'obéir au consul qui leur ordonnait de reporter les enseignes, deux esclaves (...)

12) POL., III, 107 – 117 ; LIV., XXII, 38 – 50 ; pour C. Terentius Varro, voir F. MÜNZER, *Terentius* 83, *RE* 2e s. 5,1, col. 680 – 690.

vinrent ce jour-là retrouver leurs maîtres. Conduits aussitôt devant les consuls, ils leur apprirent que l'armée d'Hannibal était en embuscade derrière les montagnes voisines ” (trad. M.Nisard).

En respectant les présages des poulets, Paul Émile, le père du futur vainqueur de la bataille de Pydna, préserve momentanément l'armée romaine d'un désastre, et comme le rappelle, selon Tite-Live (VI, 41, 4), le très conservateur Appius Claudius lors de la réforme entreprise en 368 av. J.-C. par les tribuns de la plèbe G.Licinius Stolon et Lucius Sextius ⁽¹³⁾ (cf. VI, 35 sqq.) :

“ Notre ville a été fondée par auspices, par auspices nous agissons en toute occasion, en guerre comme en paix, chez nous comme à l'armée ; qui l'ignore ? Et qui donc a le dépôt des auspices, selon la tradition des ancêtres ? Eh bien, les patriciens (...). Libre aux consuls plébéiens, maintenant de se rire de nos prescriptions religieuses. “ Quelle importance, en effet, que les poulets sacrés ne mangent pas ? qu'ils aient tardé de sortir de leur cage ? qu'un oiseau ait émis un chant de mauvais augure ? ” Petites choses, bien sûr : mais c'est en ne méprisant pas ces petites choses que nos ancêtres ont porté si haut notre puissance... ” (trad. J.Bayet, C.U.F.).

Pour nous convaincre de l'importance du présage des poulets lors de l'engagement d'une bataille, référons-nous à un autre

13) MÜNZER, *Licinius* 131, *RE* 13, col. 464 – 469, et *Sextius* 36, *RE* 2e s. 2, col. 2051.

texte livien, extrait du livre X (chap. 40), qui concerne la guerre menée par Rome en 293 av. J.-C. contre les Samnites :

“ Quand il eut révélé tous ces détails qu’il tenait des transfuges, en présence de soldats déjà assez irrités par eux-mêmes contre l’ennemi, ceux-ci, pleins de confiance et dans les dieux et dans eux-mêmes, demandent le combat d’un cri unanime ; ils regrettent qu’on ait différé jusqu’au lendemain, et ils ne peuvent supporter le retard d’un jour et d’une nuit. A la troisième veille de la nuit, la réponse de son collègue lui étant parvenue, Papirius se lève sans bruit et envoie le pullaire prendre les auspices. Il n’y avait personne au camp, à quelque classe qu’il appartînt, qui ne partageât cette ardeur pour le combat ; les premiers officiers, les derniers soldats avaient la même impatience. Le général comptait sur ses soldats, les soldats sur leur général. Cette ardeur de tous les esprits avait gagné jusqu’aux ministres des auspices. Car, bien que les poulets eussent refusé de manger, le pullaire, osant hasarder une imposture, annonça aux consuls que les auspices étaient favorables. Le consul, ravi d’une si heureuse nouvelle, annonce aux soldats qu’ils auront pour eux les dieux ; et il donne le signal du combat (...). Pendant que le général était occupé de ces dispositions, il s’éleva entre les pullaires, au sujet de l’auspice de ce jour, une altercation qui fut entendue par des cavaliers romains. Ceux-ci, persuadés que ce n’était point une chose à mépriser, prévinrent Sp. Papirius, fils du frère du consul, qu’il se manifestait des doutes sur l’auspice. Le jeune

homme, né avant la doctrine qui apprend à mépriser les dieux, vérifie le fait pour ne rien avancer sans preuves, et fait son rapport au consul. Celui-ci répond : “ Montre toujours la même exactitude et le même zèle ; mais celui qui procède à l’auspice, s’il fait un faux rapport, attire l’anathème sur sa tête. Quant à moi, on m’a annoncé le *tripudium*, ce qui est un excellent présage pour le peuple romain et pour l’armée. ” Il commanda ensuite aux centurions de placer les pullaires au premier rang. Les Samnites, de leur côté, font avancer les étendards, suivis d’une armée qui, par ses riches vêtements et ses armes, était pour les ennemis mêmes un spectacle magnifique. Avant qu’on eût poussé le cri de charge et qu’on en fût venu aux mains, le pullaire, frappé d’un javelot lancé au hasard, tomba en avant des enseignes. Quand on l’eut annoncé au consul : “Les dieux assistent au combat, dit-il ; le coupable a reçu son châtement”. Comme il disait ces mots, un corbeau passant devant lui jeta un cri perçant : enchanté de cet augure, le consul, affirmant que jamais les dieux n’ont manifesté plus visiblement leur intervention dans les choses humaines, donne le signal aux trompettes et commande la charge ” (trad. M.Nisard) (14).

14) Le javelot qui lancé par hasard tue le pullaire fait penser à celui qui cause la mort de Julien l’Apostat selon Ammien Marcellin ; le trait viendrait de Mars, dieu de la guerre dont la lance est le symbole (Cf. M.MEULDER, *Julien l’Apostat contre les Parthes, un guerrier impie*, dans *Byzantion* 61, 1991, p. 458 - 495).

L'ensemble de ces textes liviens et cicéroniens prouvent à suffisance que le présage des poulets est en relation avec le déroulement d'une bataille (navale ou terrestre) ⁽¹⁵⁾; ainsi donc la fuite des gallinacés annonce à Mancinus l'*infelix pugna* que lui infligeront les Numantins.

2. La voix.

La voix qui tente de dissuader Mancinus de partir pour l'Espagne, ne peut être que d'origine divine ⁽¹⁶⁾. D'ailleurs, d'autres écrivains, des historiens comme Tite-Live, font mention de paroles prononcées par on ne sait qui. Ainsi, des envoyés du roi Tullus Hostilius et du sénat romain, venus vérifier le prodige d'une pluie de pierres qui s'était abattue sur le Mont Albain – et ils en subirent une !- “ crurent même entendre une grande voix s'élever dans le bois qui couronne le sommet et ordonner aux Albains de sacrifier selon leurs rites nationaux (...). Les Romains, eux aussi, à la suite de ce prodige, firent officiellement une neuvaine, soit que la voix céleste du Mont Albain l'eût prescrite (certains récits ajoutent, en effet, ce détail), soit sur le

15) L'envol des poulets sacrés au moment de prendre les auspices reçoit chez Suétone une signification quelque peu différente, puisqu'il fait partie des présages frappants et multiples qui annonçaient à l'empereur Galba, dès le début de son principat, quelle devait être sa mort (*Galba*, 18, 7).

16) VIRG., *Aen.* III, 93 ; VAL.-MAX., II, 4, 5 ; APP., *Syr.* 58 ; PAUS., IV, 9, 3 et IX, 117 ; ARSTD., Vol. I, p. 507, 15. Le Moyen Age a aussi connu des voix qui avertissent (cf. Ed. STEPLINGER, *Antiker Aberglaube in modernen Ausstrahlungen*, Leipzig, 1922, p. 25).

conseil des haruspices ; en tout cas, ce fut un usage établi, et, à chaque nouvelle d'un prodige analogue, on faisait une fête de neuf jours " (I, 31, 3 – 4 ; trad. G.Baillet, C.U.F.). Dans ce passage, la voix céleste demande le rétablissement des rites et donc cautionne le bon fonctionnement de la religion (Cf. I, 12, 7). D'ailleurs, la voix ne peut que provenir d'un dieu, comme l'anecdote racontée au livre II (7, 2) lors de la guerre de libération de Rome des Etrusques en 509 / 503 :

“ On mêle du merveilleux à ce combat : dans le silence de la nuit suivante, on aurait entendu sortir de la forêt Arsia une grande voix, qu'on crut être celle du dieu Silvain, et elle aurait dit “ qu'un Etrusque de plus était tombé dans la bataille ; que la victoire était aux Romains ” (trad. G.Baillet, C.U.F.) (17).

Mais une des voix les plus célèbres se signala en 391 / 386, quand un plébéien du nom de Marcus Caedicius (18) “annonça aux tribuns que, dans la rue Neuve (à l'endroit où il y a aujourd'hui une chapelle, au-dessus du temple de Vesta), il avait entendu une voix plus qu'humaine lui ordonner d'annoncer aux magistrats l'approche des Gaulois. Naturellement, on ne tint aucun compte de cet avis émanant d'un homme de basse extraction, et puis il s'agissait d'une nation lointaine et, par suite,

17) Voir à ce propos P.F.DORCEY, *The Cult of Silvanus. A Study in Roman Folk Religion*, Leiden, 1992, p. 7 n.3 et 33 – 39.

18) V.BASANOFF, *M. Caedicius de plebe...et...Q. Caedicius centurio*, dans *Latomus* 9, 1950, p. 13 – 26.

assez peu connue ” (19). Cette voix du ciel, les Romains l’appelèrent Aius Locutus (ou Loquens) et lui bâtirent un temple (20). Nous constatons que la voix céleste annonce un danger presque imminent et mortel. Il semble en être de même lors de la prise de la ville de Satricum par les Latins ; ceux-ci avaient complètement détruit la ville par le feu, “sauf le temple de Mater Matuta. Ce n’est point qu’un scrupule religieux ou le respect des dieux les en eût éloignés, écrit Tite-Live (VI, 33, 4 – 5 ; trad. J.Bayet), “mais une voix effrayante sortit du temple, chargée de menaces sinistres, s’ils n’écartaient pas du sanctuaire leurs feux sacrilèges ”. Peu après, les Latins furent tous tués sur place jusqu’au dernier par les Romains (Cf. VI, 33, 12) : était-ce, malgré tout, une punition divine (21) ? La voix est donc l’expression, parmi d’autres, de la divinité ; c’est pourquoi il nous paraît naturel de la mettre en rapport avec le traité honteux conclu par Mancinus, puisque tout traité fait appel à la caution des divinités (22).

19) V, 32, 6 – 7, trad. G.Baillet, C.U.F. Cf. V, 51, 7 : *Quid haec tandem urbis nostrae clades noua ? Num ante exorta est quam spreta uox caelo emissa de aduentu Gallorum...*

20) LIV., V, 50, 5 et 52, 11 ; CIC., *Diu.*, I, 101 et II, 69 ; PLUT., *Cam.*, 14 et 30, 4, ainsi que *M.*, 319a ; GELL., XVI, 17, 2... Voir Fr. BADER, *Héraklès, Ogmios et les Sirènes*, dans *Etudes de philosophie, d’archéologie et d’histoire ancienne*, 31, 1995, p. 145 – 185, et *Voix divines : Réflexions métalinguistiques indo-européennes*, dans *Studies in honor of Jaan Puhvel* (ed. by J.Greppin & E.C.Palomé), Washington, 1997, p. 38 – 40.

21) Cf. LIV., XXIX, 18, 15 – 20.

22) LIV., VI, 29,2 ; VII, 31, 2 ; VIII, 7, 5 ; IX, 1, 3 et 7, et 9, 4 ; XXI, 10, 6 et 40, 11 ; XXII, 14, 7 ; XXVIII, 44, 7 ; XXXII, 21, 9 ; POL., III,

3. Le serpent

Le *Thesaurus linguae Latinae* (*s. u. anguis*, coll. 53 – 54) donne une liste impressionnante d’emplois de serpents comme *animal portentosum, religiosum* ; il peut être de bon augure ou de mauvais augure. Dans le cas de Mancinus qui nous préoccupe, il est un signe funeste (23), comme pour Tibérius Gracchus selon Cicéron (*De Divinatione*, II, 62) :

“ C. Gracchus, dans une lettre à Pomponius, a parlé des haruspices mandés par son père à l’occasion de deux serpents trouvés chez lui. Pourquoi les consulter pour les serpents plutôt que pour les lézards ou les souris ? Parce que l’on voit tous les jours des lézards et des souris, tandis qu’on ne voit pas tous les jours des serpents (...) Mais la mort de Gracchus a suivi de près. Oui, sans doute à cause, à ce que je crois, de quelque maladie grave dont il était atteint, non du tout parce qu’un serpent avait recouvert la liberté” (trad. Ch. Appuhn).

25, 6 ; GELL., I, 21, 4 et FEST., p. 115 M. Aussi NEUMANN, *Foedus*, RE 6, col. 2818 – 2827.

23) TER., *Phorm.*, 707 ; OV., *F.*, II, 711 ; PLIN., *N.H.*, XXIX, 4 et 22.

Tite-Live ⁽²⁴⁾ (XXV, 16, 1 – 4) raconte une anecdote qui touche l’arrière-grand-père du même Gracchus :

“ Gracchus, avant de quitter la Lucanie, fit un sacrifice qui fut pour lui d’un triste présage : à la fin de la cérémonie, deux serpents, sortis d’une demeure souterraine, rongèrent le foie des victimes, disparurent sitôt qu’on les eut aperçus, et devinrent tout à coup invisibles. D’après le conseil des haruspices, le sacrifice fut recommencé ; mais, malgré le soin avec lequel on mit à part les entrailles, les reptiles revinrent, dit-on, à deux reprises, goûtèrent le foie et s’éloignèrent sains et saufs sans qu’on eût pu les atteindre. Les haruspices déclarèrent que ce prodige regardait le général et cherchèrent à le prémunir contre les trames de quelques faux amis, mais aucune précaution ne put détourner le coup fatal qui le menaçait ” (trad. F.Nicolet-Croizat, C.U.F.).

Le serpent annonce encore la mort p. ex. chez Julius Obsequens. Ainsi traitant des événements de 129 av. J.-C., année où sont discutées les lois de M. Fulvius Flaccus, il écrit :

“ Deux serpents noirs s’étant glissés dans le temple de Minerve furent le présage d’un massacre de citoyens (*Angues duo nigri in cella Mineruae allapsi ciuilem caedem portenderunt*) ” ⁽²⁵⁾.

24) XXV, 16, 1- 4 ; cf. *infra*, p. 15 et 17.

25) OBS., 28 ; LIV., *Periochae* 59 ; MÜNZER, *Fulvius* 58, *RE* 7, col. 241 – 243.

À la narration de Granius Licinianus (XXXIII, 21, p. 13 Flemisch) (26) d'un incident qui se produisit en 105 av. J.-C. :

“ Et le jour où (...) les jeux sacrés allaient se dérouler, alors que les trompettes jouaient ensemble près de l'autel, des serpents noirs apparurent subitement et ne cessèrent de se rencontrer devant l'autel et d'attaquer de nombreuses personnes de leurs morsures, jusqu'à ce que les musiciens se fussent tus ; et ils ne réapparurent nulle part ailleurs aussi soudainement (*Et die quo...ludi sacri futuri erant, cum tubicines apud aram concinerent, angues nigri subito apparuerunt neque ante aram concurrere et morsibus multos inuadere desiuerunt quam tubicines conticuissent, nec usquam derepente apparuerunt.*) ”, Obsequens (42) ajoute le lieu où cela s'est produit (à Trebula Mutusca), mais aussi ses suites : “ Le lendemain, les serpents qui étaient sortis furent tués à coups de pierres par le peuple. Une statue en bois du dieu Mars, dont les portes du temple avaient été ouvertes, fut trouvée debout sur la tête ; les Lusitaniens taillèrent en pièces une armée romaine (*Postero die exorti a populo lapidibus enecati. Foribus templi adaperitis simulacrum Martis ligneum capite stans inuentum. A Lusitanis exercitus Romanus caesus*) ”. Lors de la guerre contre Sertorius, il écrit (58) : “ Au lieutenant de Pompée, Décimus Lélius, arriva à Rome le prodige de voir dans le

26) Pour cet historien du deuxième siècle apr. J.-C., voir P.L.SCHMIDT, *G.Licinianus*, dans *Der Neue Pauly* 4, col. 1206.

lit de son épouse deux serpents, lesquels s'étaient glissés dans des directions opposées ; le même homme qui, assis tout près de Pompée, avait vu un faucon s'approcher de sa tête, fut tué en Espagne lors de la guerre contre Sertorius, pendant qu'il allait au fourrage. (*D. Laelius legatus Pompei (cui prodigium Romae erat factum in lecto uxoris duo angues conspecti in diuersumque lapsi, proxime Pompeio in castris sedenti accipiter super caput accesserat) in Hispania aduersus Sertorium inter pabulationes occisus*)” (27).

L'on pourrait se demander pourquoi nous nous efforçons de mettre le mauvais augure du reptile en liaison avec la *deditio* de C. Hostilius Mancinus. Un contemporain de Valère Maxime, Velleius Paterculus, dit de la guerre de Numance :

“ (Numance) n'eut jamais plus de dix mille de ses propres citoyens sous les armes ; mais en raison, soit de leur caractère indomptable, soit de l'incapacité de nos chefs, soit de la faveur de la fortune, elle amena non seulement les autres généraux, mais même Pompée, un homme de grande renommée – le premier des Pompées qui parvint au

27) Cf. FRONT., *Strat.*, I, 5, 31 et fr. 19 ; SALL., *H.*, II, 31 Maurenbrecher. Mais en Julius Obsequens 47, ce ne semble pas être le cas : “ Près du temple d'Apollon, une victime que sacrifiaient les décemvirs n'avait pas de tête à son foie, et pendant la cérémonie un serpent fut trouvé près de l'autel. De plus un être bisexué fut jeté dans la mer. Au cirque le feu se répandit sur les javelots des soldats. Les Espagnols furent défaits en de nombreux combats (*Apud aedem Apollinis decemviris immolantibus caput iocineris non fuit, sacrificantibus anguis ad aram inuentus. Item androgynus in mare deportatus. In circo inter pila militum ignis fusus. Hispani pluribus proeliis deuicti*) ”.

consulat – à conclure des traités absolument déshonorants ; elle en imposa de non moins déshonorants et abominables au consul Hostilius Mancinus. Mais, grâce au crédit dont il jouissait, Pompée resta impuni, tandis que la honte qu’il éprouvait conduisit Mancinus à ne pas se dérober et à se livrer, nu et les mains liées derrière le dos, par les fétiaux aux ennemis. Ces derniers refusèrent de le recevoir, comme l’avaient fait jadis les habitants de Caudium, en affirmant que la violation publique de la parole donnée ne devait pas être lavée dans le sang d’un seul homme ” (II, 1, 4 – 5 ; trad. J.Hellegouarc’h).

Par la *deditio*, Mancinus livre sa personne, sa vie aux Numantins ; sa mort éventuelle rejoint le symbole de mort qu’est ici le serpent (28).

4. Lavinium.

Cette ville, où la légende fait aborder Enée venant de Troie, est un centre religieux qui voit les magistrats supérieurs romains

28) G.FREYBURGER, *Fides. Etude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu’à l’époque augustéenne*, Paris, 1986, p. 108 – 112 rappelle, à la suite d’A.HEUSS (*Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*, s.d., p. 62 sq.) que “la *deditio* donne juridiquement au vainqueur des droits absolus sur la personne et les biens du vaincu ”. Sur le serpent annonciateur de la mort, PORPH., *Vit. Plotin.*, 2, et dans la culture celte, TREVELYAN, *Folk-Lore and Folk-Stories of Wales*, p. 165.

sacrifier avant leur entrée en fonction (29). Si ce lieu ne nous paraît pas être déterminant pour la destinée d'un homme politique (30), comme le serait, pensons-nous, Antioche par exemple (31), cependant le fait qu'un magistrat prenant sa fonction voie son premier sacrifice échouer, est mentionné quelquefois (32), comme c'est le cas avec C. Vibius Pansa dont nous avons étudié les *omina mortis* (33). Caton l'Ancien, dans ses *Origines* (cf. II, 25 Chassignet), signale “*Lauini boues immolatos, priusquam caederentur, profugisse in siluam*” (34) !

29) MACR., *Sat.*, III, 4, 11 ; SERV., *Ad Aen.*, VIII, 644 ; Veron. Schol. *Aen.*, I, 259.

30) Il l'aurait été pour la ville d'Albe-la-Longue, puisque trente gorets blancs seraient nés à Lavinium et auraient annoncé la création d'Albe trente ans après.

31) M.MEULDER, *art. cit.* {n.14}, p. 482 – 483 et n. 118 ; deux autres villes d'Asie mineure semblent aussi jouer ce rôle prophétique, à savoir Tralles et Cyzique (H. A., A. P., 3, 3 – 5, à la suite de PLINE l'Ancien, *Histoire Naturelle*, XVII, 244 ; cf. Th. PEKARY, *Statuen in der Historia Augusta*, dans *B.H.A.C.*, 1968 – 1969, Bonn, 1970, p. 161 – 163.

32) OBS., 9 (année 176) : *cum immolassent uictimas consules, iecur extabuit. Cornelius ex monte Albano rediens membris captus ad aquas Cumanas mortuus, Petillius contra Ligures dimicans occisus est* ; 17 (année 154) : *In prouinciam proficiscens Postumius consul cum immolaret, in plurimis uictimis caput in iocinere non inuenit ; profectusque post diem septimum aeger Romam relatus expirauit. Compsae arma in caelo uolare uisa. Fulmine pleraque decussa. A Gallis et a Lusitanis Romani per arma grauiter uexati.* 35 (année 118) : *Catone consule immolante exta tabuerunt, caput iocineris inuentum non est. Lacte pluit. Terra cum mugitu tremuit. Examen apum in foro consedit. Sacrificium ex Sibyllinis.*

33) M.MEULDER, *C.Vibius Pansa, un guerrier impie selon Auguste*, dans *DHA* 21, 1995, p. 247 – 273.

34) Le général néronien L. Caesennius Paetus vit aussi le cheval servant au sacrifice s'échapper (voir M.MEULDER, *L.Caesennius Paetus, un avatar du guerrier impie chez Tacite* (*Ann.* XV, 7 – 8), dans *Latomus* 52, 1993, p. 98 – 104).

5. *Portus Herculis.*

Remarquons d'abord que la voix divine nous paraît faire un jeu de mots para-étymologique sur le *cognomen* de *Mancinus* (celui qui doit rester ou à qui l'on chante – *canere* – de rester ?) et le verbe *manere* “rester”. Il y aurait un *nomen* – *omen*, comme le fameux *Cauneas* à l'adresse de Crassus en partance pour la guerre contre les Parthes (35).

Ensuite, l'on peut hésiter sur la localisation de ce port d'Hercule : est-ce Cosa, au nord de l'Etrurie, comme le propose O.Wikander (36) ? ou une baie de la Côte d'Azur, Monaco ou Villefranche-sur-Mer (près de Nice) (37) ? La différence de localisation dépend du sens que l'on donne à l'expression *itinere conuerso* du texte de Valère Maxime : cet ablatif absolu signifie soit un changement de route (38), soit un retour en arrière (39).

35) CIC., *Diu.*, II, 84 ; O.WIKANDER, *Caius Hostilius Mancinus and the Foedus Numantinum*, dans *Opuscula Romana* 11,7, 1976, p. 86.

36) *Art. cit.*, p. 86 ; aussi G.RADKE, *Herculis portus*, *KP* 2, col. 1057.

37) PTOLEMÉE (III, 1, 2) distingue Villefranche près de Nice, de Monaco où légendairement Hercule aurait accosté à son retour du pays de Géryon .

38) CES., *B. C.*, II, 20, 6 ; CIC., *Cat.* II, 14 ; *ad Att.*, III, 3, 4 ; LIV., XXI, 61, 2 et XXXVIII, 4, 10.

39) CES., *B. G.*, I, 23, 3 et VII, 56, 2 ; TAC., *Hist.*, II, 68, 3 et IV, 57, 3.

Avec le premier sens, il ne pourrait s'agir que de Cosa, port en grande activité à la fin de la République ⁽⁴⁰⁾, d'autant plus que Plutarque fait passer Tibérius Gracchus, le questeur de Mancinus, par l'Etrurie où se trouve le port de Cosa ⁽⁴¹⁾ ; ce port se trouve juste en face de la Corse et de la Sardaigne, et nous savons que la navigation hauturière partait d'Etrurie vers les Baléares et la côte du Levant, par le détroit corse de Bonifacio, qu'elle se limitait à quelques mois par an et qu'elle était soumise à une grande fortune de la mer, la piraterie menaçant ce genre de navigation tout comme d'ailleurs le cabotage ⁽⁴²⁾.

Avec le second sens, celui de revenir sur ses pas, il s'agirait de Villefranche ou de Monaco. Selon qu'il a changé de route ou fait marche arrière, le consul de 137 soit n'aurait tenu aucun compte des présages, soit aurait renoncé à partir de Monaco ou de Villefranche. D'aucuns pourraient nous objecter qu'il était plus facile d'atteindre Cosa que Monaco, puisque, dès 241 av. J.-C., la *Via Aurelia* menait à la première ville. Mais existait-il vraiment une route reliant par la côte Gênes à Monaco ?

Pour répondre à cette question controversée, nous pourrions alléguer un texte de Tite-Live relatant des événements de l'année 189 av. J.-C. ; l'historien raconte que “ des envoyés de Marseille annoncèrent que le préteur L. Baebius, qui partait pour

40) A.-M. McCANN, *The Portus Cosanus, a Center of Trade in the Late Republic*, dans *RCRF* 25/26, 1987, p. 21 – 70.

41) PLUT., *Tib.Gr.*, 8, 9.

42) *Rome et la conquête du monde méditerranéen*, sous la dir. de Cl. NICOLET, Paris, 1978, t. 2, p. 671.

sa province d'Espagne, avait été cerné par les Ligures, qu'une grande partie de son escorte avait été massacrée, qu'il avait été blessé, qu'il s'était réfugié avec quelques hommes, mais sans licteurs, à Marseille, et qu'il avait expiré le surlendemain ” (43); cette narration imprécise suppose soit l'existence d'une route, à moins que l'historien augustéen n'ait commis un anachronisme, soit la venue et la fuite en bateau des autorités romaines (44). D'autre part, en 155 – 154 av. J.-C., une armée romaine sous le commandement peut-être de L. Postumius Albinus (45) et certainement de Q. Opimius (46), vint de Plaisance aux rives de l'Apron en traversant l'Apennin, pour aider les Massaliotes contre les attaques des Ligures et aussi pour venger la mort d'un envoyé du Sénat romain, Flaminius, blessé mortellement à Aigitna (47) par ces mêmes Ligures (48) ; du fait que des envoyés

43) XXXVII, 57, 1 – 2 ; trad. J.-M.Engel, C.U.F.

44) La Ligurie n'étant pas encore romanisée et les Ligures fort hostiles à Rome, Baebius ne pouvait se déplacer qu'en bateau. Sur la conquête romaine de l'Italie du Nord, et notamment de la Ligurie, voir L.CALDERAZZO, *Arbitrati romani in Cisalpina (197-89 a.C.) : problemi e status quaestionis*, dans *Rivista di Studi Liguri* 62, 1996, p. 25 – 46.

45) Sur ce consul, MÜNZER, *Postumius* 42, *RE* 22, col. 918 – 920.

46) Sur ce consul, MÜNZER, *Opimius* 10, *RE* 18, 1, col. 678 – 679.

47) Sur la localisation de l'Apron et d'Aigitna, voir G.BARRUOL, *Les peuples préromains du Sud-Est de la Gaule. Etude de géographie historique*, Paris, 1969, p. 212 – 215, qui identifie l'un à la rivière Siagne, l'autre à la ville de La Napoule (?), ainsi que W.H.HALL, *The Romans on the Riviera and the Rhone. A Sketch of the Conquest of Liguria and the Roman Provence*, Chicago, 1974, p. 69 – 86 et plus spécialement 80 – 81, pour qui le site de Cannes correspond à merveille à celui dont parle Polybe.

48) POL., XXXIII, 8 – 10 . Ce texte polybien met à mal, selon nous, la thèse défendue par R.DION (*La voie héracléenne et l'itinéraire transalpin d'Hannibal*, dans *Hommages à Alb.Grenier*, Bruxelles, 1962, p. 527 – 543),

du Sénat romain accompagnés par des représentants de Marseille abordent à Aigitna, nous pourrions déduire qu'il n'existait pas de route reliant Aigitna à l'Italie. Mais que des troupes romaines soient venues à pied depuis Plaisance jusque, semble-t-il, dans l'Estérel, constitue un argument en faveur de l'existence d'une route entre l'Italie et cette partie de la Provence-Côte d'Azur. D'ailleurs dans un article récent, Yves Roman pense que les Romains obtinrent avant 150 av. J.-C. l'usage de la voie dite héracléenne, grâce notamment à l'action militaire de Q. Opimius (49). Qui plus est, les fouilles archéologiques entreprises dans les localités de la Riviera italienne ont montré que des villes comme Vintimille, à la frontière actuelle de l'Italie et de la France, étaient romanisées entre 180 et 120 av. J.-C. (50) ; qui dit romanisation, dit construction de routes, notamment d'une voie reliant *Album Intimilium* (Vintimille) à Gênes. Bien que ce ne soit qu'à partir de 109 av. J.-C. que la *Via Aemilia Scauri* a conduit directement de Rome jusqu'à Gênes, via Pise (51), celle-ci avait été précédée

selon laquelle il n'y aurait pas eu de route terrestre entre Marseille et Monaco ; l'auteur allègue à cet effet des textes de Diodore de Sicile (IV, 19), Strabon (IV, 6, 3) et Polybe (III, 31, 4 et 41, 4 – 5), mais nullement notre texte.

49) *L'intervention romaine de 154 avant J.-C. en Gaule transalpine : essai d'analyse*, dans *RAN* 24, 1991, p. 35 – 38.

50) N.LAMBOGLIA – F.PALLARES, *Ventimiglia romana* (Itinerari Liguri, 7), Bordighera, 1985, *passim*, et Fr.PALLARES, *Le tecniche murarie di Albintimilium*, dans *Revue des Etudes Ligures*, 52, 1986, p. 10 – 14 ; R.MONCHO, *Notes sur les voies romaines dans les Alpes méridionales*, dans *Les Alpes Unies* 4, 1963, p. 3.

51) G.RADKE, *s.u. Aurelia via*, *KP* 1, col. 761 et H.G.GUNDEL, *s.u. Aemilius* 28, *Ibid.*, col. 93 – 94.

par la *Via Postumia* ⁽⁵²⁾ qui desservait Gênes depuis 149 – 146 av. J.-C. Quant au bout de chemin que devait faire Mancinus pour rejoindre Monaco, il se trouvait dans le territoire des *Intemelii* d'*Album Intimilium* qui s'étendait jusqu'à la partie orientale de la baie de Monaco ⁽⁵³⁾, et passait par la Turbie ⁽⁵⁴⁾. Là habitait le peuple ligure des *Vediantii*, allié des Marseillais et de ce fait des Romains ; G.Barruol avance comme preuve le fait que, lors de l'intervention romaine au profit de *Massalia*, ce peuple n'a pas été dépouillé de son territoire et que leur chef-lieu, *Cemenelum*, la moderne Cimiez, sera choisi comme préfecture des Alpes Maritimes. Les *Vedantii* étaient les voisins pacifiques du port de Monaco. De cette route parle Strabon (IV, 6, 2) :

“tout le littoral, du port de Monoecus à la mer Tyrrhénienne (...) est dominé par les escarpements exceptionnellement élevés des montagnes, qui ne laissent entre elles et la mer qu'un étroit passage”, et “après quatre-vingt ans de guerre (contre les Celtes transalpins que sont les Salyens, et contre les Ligyens (= Ligures) qui exerçaient leur brigandage sur terre et sur mer et se montraient si puissants que la route était à peine praticable

52) V. W. VON HAGEN, *Les voies romaines*, Paris, 1967, p. 281 ; Th.PEKARY, *Untersuchungen zu den Römischen Reichsstrassen*, Bonn, 1968, p. 154 – 155 ; R.CHEVALLIER, *La romanisation de la Celtique du Pô*, Rome, 1983, p. 9 ; M.-G. ANGELI-BERTINELLI, *Genua*, dans *Der Neue Pauly* 4, col. 923 – 924 renvoyant à C.I.L., V, 8045 ; aussi C.I.L., I², 624 = DESSAU 5868.

53) G.BARRUOL, *op. cit.* {n. 47}, p. 365 – 366.

54) G.BARRUOL, *op. cit.* {n. 47}, p. 59.

même à de grandes armées), les Romains obtinrent à grand-peine que le passage (menant en Ibérie par le littoral) fût laissé libre sur une largeur de 12 stades aux voyageurs en mission officielle ” (comme Mancinus) ; pour la navigation, le géographe d’Amasée ajoute que “le nom du port (de Monaco) paraît attester que le cabotage massaliote arrivait jusque là ” (*ibid.*, 3 ; trad. Fr.Lasserre, C.U.F.).

Peut-être, cette route allant jusqu’à Gênes et Monaco ⁽⁵⁵⁾ était-elle un embranchement de la vieille route “mythique ” appelée \wedge Hracleiva o;dovi, “ la route d’Hercule ” reliant l’Italie à l’Espagne (via Turin, le Mont-Genèvre, la vallée de la Durance, les bouches du Rhône et le littoral du golfe du Lion) ⁽⁵⁶⁾ ? Aussi pensons-nous que C. Mancinus Hostilius a pu venir à pied jusqu’à Monaco en traversant une région récemment pacifiée, et nous croyons pouvoir préciser le lieu grâce à l’emploi politique de la légende d’Hercule.

55) G.BARRUOL, *op.cit.*{n. 47}, p. 64, envisage plusieurs routes “héracléennes ” dans le Piémont et la Haute Provence dont une longeant le littoral et passant par la Turbie.

56) (ARSTT.), *Mirab.Ausc.*, 85 - 86, p. 837 - 838 ; L.R. FARNELL, *Greek Hero Cults and Ideas of Immortality*, Oxford, 1921, p. 138 - 139 ; selon R.DION, *art. cit.* {n. 48}, p. 527, le texte pseudo-aristotélicien proviendrait de Timée ; même avis chez G.A.DUCH, *La voie héracléenne, voie du mercure et du cinabre*, dans *R.A.E.* 15, 1964, p. 125 - 131. Pour M.-G. ANGELI-BERTINELLI, *art. cit.*{n.52}, la *Via Aemilia Scauri* ne traversait pas Gênes (cf. STRABON,V,1,11). Sur les embranchements vers Monaco et Menton-Cap Martin, voir N.LAMBOGLIA, *Mentone Intemelia*, dans *Rivista di Studi Liguri* 6, 1942, p. 13 - 15, et R.MONCHO, *art. cit.* {n. 50}, p. 4 - 5.

Le dixième travail d'Hercule, qui consiste à voler les bœufs du géant à trois corps du nom de Géryon, se déroule précisément en Espagne où Mancinus doit aller guerroyer ⁽⁵⁷⁾ ; en outre, le personnage d'Hercule, fort populaire dans la religion et la pensée romaines ⁽⁵⁸⁾, est mobilisé, après le sac de Corinthe en 146 av. J.-C., d'un côté, par le consul Mummius, et, de l'autre, par Scipion Emilien, fils de Paul Emile (vainqueur à Pydna) et petit-fils adoptif du premier Africain ⁽⁵⁹⁾. Le second Africain a peut-être élevé un temple à Hercule ⁽⁶⁰⁾ et se voulait l'imitateur de ses deux illustres parents, lesquels entretenaient des liens avec la figure du vainqueur du "celto-ibère" Géryon ⁽⁶¹⁾. Aussi le port où serait arrivé Hercule à son retour de chez Géryon ⁽⁶²⁾ et où se

57) STESICH., PMG 6 et 7 Page ; HDT., IV, 8 ; EPHOR., FGrH 70 F 40 = PLIN., *N H.*, IV, 119 ; STRAB., III, 2, 11 ; D.H., *Ant. Rom.*, I, 34 sq. ; D.S., IV, 17 – 18 ; *Bibliothèque d'Apollodore*, II, 106 – 110 ; PAUS., I, 35, 7 sq. et IV, 36, 3.

58) J.BAYET, *Les origines de l'Hercule Romain*, Paris, 1926, notamment p. 214 – 225.

59) A.E. ASTIN, *Scipio Aemilianus*, Oxford, 1967, p. 115 (et n.3) et 121 ; N.BERTI, *Scipione Emiliano, Caio Gracco e l'euocatio di "Giunone" da Cartagine*, dans *Aevum* 64, 1990, p. 72 – 73 ; A.MASTROCINQUE, *P.Cornelio Scipione Africano e la campagna d'Asia*, dans *CISA* 8, 1982, p. 101 - 122.

60) En 142, selon N.BERTI, *loc. cit.* {n. 59} se basant sur FEST., 282 L et LIV., X, 23, 3 (cf. J.E.STEMBAUGH, *The Functions of Roman Temples*, dans *ANRW*, II, 16, 1 (1978), p. 554 – 608).

61) C.K.GALINSKY, *Scipionic Themes in Plautus' Amphitruo*, dans *TAPhA* 97, 1966, p. 203 – 235, et N.BERTI, *loc. cit.*

62) Pour le port de Monaco, lieu d'arrivée d'Hercule, AMM.MARC., XV, 10, 9 et SERV., *ad Aen.*, VI, 830. La figure de Géryon était fort présente en Italie, et notamment dans la partie septentrionale et celtique (J.BAYET, *op. cit.* {n. 58}, p. 98 – 99 et 145 - 149 ; A.MASTROCINQUE, *Hercules*, dans *Der*

serait fait le (faux) départ de Mancinus, semble être Monaco. Qui plus est, Monaco et sa région (p.ex. le Trophée d'Auguste à la Turbie dans le département français des Alpes-Maritimes) se trouvaient dans l'Antiquité, à la frontière de l'Italie et de la Gaule (63), Lucain dira même de l'Italie et de l'Espagne (64) ; s'embarquer en cet endroit signifiait quitter le territoire romain, et l'avertissement divin pousse Mancinus à rebrousser provisoirement chemin, comme l'indique la traduction de R. Combès. Mais à Gênes, il outrepassera ou interprétera mal le prodige du serpent (65). En le faisant revenir, Valère Maxime atténuait, sans le savoir, la *temeritas* de Mancinus. Notre conteur d'historiettes édifiantes (ou sa source) a peut-être (volontairement ?) confondu Cosa avec Monaco, le second port étant plus célèbre que le premier grâce aux exploits d'Hercule, et

Neue Pauly, 5, col. 403 ; G.SUSINI, *Gerione atestino*, dans *Gerion* 3, 1985, p. 9 – 17).

63) Le Trophée d'Auguste forme au même titre que le Var (P.GOESSLER, *Varus*, *RE* 2e s. 8A1, col. 420 – 425) la frontière entre l'Italie et la Gaule, au témoignage de Ptolémée (III, 1, 2 ; aussi Th. PEKARY, *op. cit.* {n. 52}, p. 100).

64) *Phars.*, I, 404 – 408 semble indiquer le Var (coulant dans la région de Nice et de Monaco) comme fleuve frontalier.

65) Celui-ci symbolise soit la fécondité, soit la mort. Sur l'ambivalence du serpent, V.ROSENBERGER, *Gezähmte Götter. Das Prodigienwesen der römischen Republik*, Stuttgart, 1998, p. 115, et G.E.R. LLOYD, *Science, Folklore and Ideology*, Cambridge..., 1983, p. 10 – 11. Sur le lien entre vie et mort dans la 3e fonction, voir notre article *Notes de lecture sur une légende alsacienne* (à paraître).

aurait accru, de la sorte, le désaveu de la conduite de Mancinus par ce demi-dieu ⁽⁶⁶⁾.

6. Genua.

Cette ville portuaire semble n'avoir rien de particulier dans le *fatum* d'un homme politique romain ; mais elle est une étape importante sur la route de la Gaule et de l'Espagne ⁽⁶⁷⁾. Signalons cependant qu'en 218 Publius Cornelius Scipion, le futur premier Africain, y aurait débarqué en provenance de Marseille ⁽⁶⁸⁾.

7. Les trois éléments.

Si nous regardons quels sont les éléments mis en jeu dans le texte de Valère Maxime, nous trouvons qu'avec les poulets il y a d'abord la terre, qu'avec la voix il y a le ciel et l'air, et qu'avec le

66) En I, 1, 17, Valère Maxime parle de la punition qu'Hercule exigea pour le mépris manifesté à l'égard de son culte : pour avoir confié celui-ci à des esclaves, la famille des Potitii qui avait reçu du dieu à titre héréditaire la garde des rites qui lui étaient dus, vit ses membres adultes décéder dans l'année, et le censeur Appius Claudius qui avait approuvé ce changement, devenir aveugle.

67) PROCOP., *Bellum Gothicum*, II, 12.

68) LIV., XXI, 32 et XXII, 11, 6 (prise par les Carthaginois d'une flotte romaine ayant appareillé de Gènes en direction de l'Espagne); AMM. MARC., XV, 10, 10. Cependant, selon Polybe (III, 56, 5) et Appien (*Iber.*, 14), Scipion se serait rendu à Pise (cf. LIV., XXI, 39, 3) .

serpent dans la barque, il y a la mer et l'eau. D'une certaine façon, avec la fuite des poulets, la terre se dérobe, comme la conquête de Numance échappe à Mancinus ; le ciel désapprouve son départ de l'Italie, de même que le Sénat de Rome réproouve son accord avec les Numantins ; l'eau pourrait indiquer une forme de peine capitale, proche de la noyade (?) (69). Nous savons que la noyade est un châtement réservé à la troisième fonction (70), notamment à ceux qui sont inaptes à la guerre (71). Aussi, le serpent qui apparaît à Gênes est un serpent d'eau, donc un serpent de mer, comme l'envisageait une très vieille hypothèse (72).

8. L'origine de Valère Maxime I, 6, 7.

Ayant établi la trifonctionnalité des présages mentionnés par le texte de Valère Maxime, ainsi que les lieux précis où ils se produisent, nous devons tenter de cerner en un deuxième temps

69) Voir p. ex. D.WARD, *The Threefold Death : an Indo-European Trifunctional Sacrifice*, dans *Myth and Law among the Indo-Europeans* (ed. J.Puhvel), Berkeley, 1970, p. 123 – 142.

70) Voir notre article *Le feu et la source à Rome*, à paraître dans *Latomus* 59, 2000, n. 19.

71) Cf. TAC., *Germ.*, 12, 1.

72) Cf. n. 5. Signalons que Typhée ou Typhon apparaît d'abord comme un serpent crachant du feu (B.SERGENT, *Les trois fonctions indo-européennes en Grèce ancienne*, Paris, 1998, p. 217 – 218 et n. 390) ; lien supplémentaire entre le feu et l'eau, les Vestales, prêtresses du feu, jetaient, du haut du pont Sublicius, dans le Tibre, donc l'eau fluviale, des mannequins lors de la fête des Argées (OVIDE, *Fastes*, V, 621 – 622).

son origine précise ; l'anecdote rapportée par Valère Maxime se retrouve amplifiée chez Julius Obsequens (24) (73), puisque ce dernier ajoute : “ *Praeneste fax ardens in caelo uisa, sereno intonuit. Terracinae M. Claudius praetor in naue fulmine conflagrauit. Lacus Fucinus per milia passuum quinque quoquo uersum inundauit. In Graecostasi et comitio sanguine fluxit. Esquiliis equuleus cum quinque pedibus natus. Fulmine pleraque decussa* ”. Mais il n'indique pas expressément que Mancinus prend les auspices à Lavinium. Julius Obsequens a incontestablement extrait des 142 livres de Tite-Live, les prodiges que nous lisons aujourd'hui (74) ; précisément, cet historien augustéen peut être une des sources de Valère Maxime (75), comme il l'est de Velleius Paterculus, qu'on se plaît à rapprocher de notre auteur. Mais que Valère Maxime procède de Tite-Live ou d'une autre source contemporaine, il importe pour nous que sa relation soit en fait tributaire, directement ou non, de témoignages de l'époque de Mancinus. C'est pourquoi nous tenterons de découvrir, dans ce huitième paragraphe, d'abord les sources contemporaines de l'événement narré par Valère Maxime, ensuite les historiens des II^e et I^{er} siècles av. J.-C. qui l'auraient inséré dans leurs écrits et transmis ainsi à Tite-Live, et de là à notre auteur.

73) Aussi remarqué par O.WIKANDER, *art. cit.* {n. 35}, p. 86. Dans les *Periochae* de Tite-Live (55) manque le présage du serpent.

74) P.L. SCHMIDT, *Iulius Obsequens und das Problem der Livius-Epitome*, Wiesbaden, 1968.

75) LIV., *Periochae* LV.

Les témoins contemporains de Mancinus condamnent le consul de 137 : à leurs yeux, il n'a pas tenu compte des *signa ex tripudiis* (poulets de Lavinium), *ex caelo* (voix du Port d'Hercule), *ex diris* (serpent de Gênes), alors qu'il était vraisemblablement accompagné de son questeur Tibérius Gracchus ⁽⁷⁶⁾ ; comme celui-ci, au sortir de l'enfance, fit partie du collège des augures ⁽⁷⁷⁾, il aurait pu mettre son supérieur en garde contre les mauvais débuts de son entreprise guerrière. Ou bien il ne le fit pas ⁽⁷⁸⁾, ou bien Mancinus négligea les présages. Ces témoins pouvaient tenir le même langage, quand Mancinus alléguait devant le Sénat que la guerre menée en Espagne était en fait un povlemoi ajvpaivsiol ⁽⁷⁹⁾, puisqu'il avait outrepassé – et Tibérius avec lui (?) – les présages. Qui plus est, ces témoins, et Valère Maxime après eux, devaient rejeter la double accusation que Mancinus lançait contre Q. Pompée, l'un de ses prédécesseurs en Espagne, d'avoir laissé une armée indisciplinée - Scipion Émilien redressera la discipline militaire - et d'avoir secrètement traité avec les Numantins ⁽⁸⁰⁾. Mais Valère Maxime réserve-t-il l'opprobre au seul Mancinus ? La réponse dépend de la source première utilisée.

76) PLUT., *Tib.Gr.*, 8, 9 ; O.WIKANDER, *art. cit.*, p. 86.

77) PLUT., *Tib.Gr.*, 4, 1.

78) Voir l'influence des sophistes et des Grecs, comme Blossius de Cumes, sur l'aîné des Gracques (*Ibid.*, 7, 6 ; 8, 6 et surtout 17, 1 – 7) ; Ammien Marcellin dénonce la même influence "pernicieuse" des philosophes grecs sur l'empereur païen Julien l'Apostat (voir notre article cité n. 14).

79) APP., *Iber.*, 83.

80) *Ibid.*, 79 et 83 ; VAL. MAX., II, 7, 1.

S'il ne vise que Mancinus, ses renseignements pourraient provenir soit de Caius Gracchus, soit de Publius Mucius Scaeuola ⁽⁸¹⁾, soit de Scipion le second Africain. Le premier a relaté, vraisemblablement dans son *Liber ad Pomponium*, des événements de la vie de son frère aîné Tibérius ; aussi aurait-il pu parler des incidents survenus à Mancinus ⁽⁸²⁾. Mais la négligence de Tibérius, à l'égard des présages qui concerneront sa propre mort ⁽⁸³⁾, nous fait penser qu'il n'a mentionné aucun présage (cf. *supra* et n. 78).

Quant à Publius Mucius Scaeuola, il semble en effet s'être opposé à la *gens* Hostilia, d'abord en attaquant en justice, en qualité de tribun de la plèbe, en 141 le préteur L. Hostilius Tubulus ⁽⁸⁴⁾, puis en refusant, en qualité de préteur, en 136 la restitution de la citoyenneté romaine à C. Mancinus Hostilius ; de plus, devenu *pontifex maximus*, il avait à veiller sur les archives pontificales dont une tradition erronée lui prête soit la rédaction, soit la publication sous le nom d'*Annales Maximi* ⁽⁸⁵⁾. Ces Grandes Annales qui mentionnaient e. a. les présages qui se produisaient lors de chaque année ⁽⁸⁶⁾, auraient en fait été

81) D.MEDICUS, *Mucius* 7, *KP* 3, col. 1442 – 1443 et B.KÜBLER, *Mucius* 17, *RE* 16, 1, col. 425 – 428 avec les sources.

82) PLUT., *Tib.Gr.*, 8, 9.

83) *Ibid.*, 17, 1 – 6.

84) MÜNZER, *Hostilius* 26, *RE* 8, col. 2514 – 2515.

85) B.WOODWARD FRIER, *Libri Annales Pontificum Maximorum. The Origins of the Annalistic Tradition*, Rome, 1979, p. 179 – 200.

86) J.-M.ANDRE & A.HUS, *L'histoire à Rome*, Paris, 1974, p. 9 - 10.

publiées sous Auguste par Verrius Flaccus ⁽⁸⁷⁾ ; aussi Valère Maxime pouvait-il les consulter ⁽⁸⁸⁾. Ce Publius Mucius Scaeuola fut aussi l'adversaire de Scipion Émilien et soutint Tibérius Gracchus dans ses réformes politiques (cf. n. 72) ; c'est pourquoi, il est plausible que les Annales tenues sous son pontificat disculpasent l'aîné des Gracques. Ce dernier, questeur de Mancinus en Espagne, a négocié la reddition romaine face aux troupes numantines, si bien que le Sénat de Rome voulut livrer à la cité espagnole le général, mais aussi son lieutenant ; le Sénat échoua en ce dernier point ⁽⁸⁹⁾.

La troisième provenance du récit de Valère Maxime, dans la mesure où il ne s'en prendrait qu'à Mancinus, pourrait être en fait Scipion Émilien et son cercle. Comme beaucoup d'historiens modernes, nous pensons que l'histoire des trois prodiges non respectés par Mancinus a été inventée par des adversaires politiques, et notamment par Scipion Émilien et son cercle ; le vainqueur de la celtibère Numance, nous le savons, était respectueux de la vieille religion romaine ⁽⁹⁰⁾, dont fit partie très

87) B.WOODWARD FRIER, *op. cit.* {n.85} , *passim*. Scepticisme de la part de M.CHASSIGNET, dans l'introduction à *L'Annalistique Romaine*, Paris (C.U.F.), 1996, t. I, p. xxiii – xxxviii ; toutefois G.D'ANNA, *La testimonianza di Cicero sugli Annales Maximi*, dans *Ciceroniana* 7, 1990, p. 223 – 230.

88) Cf. R.COMBÈS, introduction à VALÈRE MAXIME, *Faits et Dits mémorables*, Paris, 1995, t. I, p. 21.

89) PLUT., *Tib. Gr.*, 7, 1 – 5.

90) E.RAWSON, *Scipio, Laelius, Furius and the Ancestral Religion*, dans *JRS* 63, 1973, p. 164 – 172.

tôt Hercule ⁽⁹¹⁾, et dès lors de ses antiques schèmes de pensée qu'était la trifonctionnalité indo-européenne. De plus, en mettant la défaite de Mancinus sur le plan religieux, Scipion Émilien et / ou son cercle – y compris les historiens ultérieurs – ont dépossédé, ou du moins tenté de le faire par après, Tibérius Gracchus de son heureuse initiative de sauver de la captivité 40.000 soldats romains et italiens ⁽⁹²⁾, au profit de la religion traditionnelle ; en effet, dans l'affaire du honteux traité avec Numance, “ il semble que Scipion (...) lui vint en aide ” ⁽⁹³⁾, mais ne put réitérer son action lors du tribunat de Tibérius Gracchus, en raison de sa présence devant Numance ⁽⁹⁴⁾ et aussi de son opposition à des réformes agraires aussi radicales ⁽⁹⁵⁾ ; c'était une façon pour le second Africain de combattre l'influence des Gracques. Car les Scipions s'étaient battus en Espagne lors de la deuxième guerre punique ⁽⁹⁶⁾, et le père même de Scipion le second Africain, à savoir Paul Émile, le futur vainqueur du roi Persée à Pydna, exerça divers commandements dans la péninsule ibérique ⁽⁹⁷⁾, alors que le père de Tibérius avait provisoirement

91) G.DUMÉZIL, *La Religion romaine archaïque*, Paris, 1966, p. 420 – 425.

92) LIV., *Periochae* LV.

93) PLUT., *Tib.Gr.*, 7, 5 (trad. R.Flacelière – Em.Chambry, C.U.F.).

94) *Ibid.*, 7, 7.

95) A.E.ASTIN, *op. cit.* {n.59}., p. 196 – 201 et 309 – 310.

96) LIV., XXIII, 28 sqq. ; XXV, 34, 11 ; XXVIII, 14 sqq.

97) Préteur doté du pouvoir consulaire en Espagne ultérieure de 191 à 189, et chargé d'une mission exceptionnelle en 171 (H.G.GUNDEL, art. *Aemilius* 22, *KP* 1, col. 92 – 93).

soumis les Celtibères jusqu'à nouer des liens d'amitié avec eux ⁽⁹⁸⁾ ; et d'autre part, quand les Romains, jeunes et vieux, renâclèrent à partir combattre les effrayants Celtibères vers 151 av. J.-C., Scipion Émilien se proposa, même au titre de tribun militaire ou de questeur, à faire campagne en Espagne ⁽⁹⁹⁾ ; de même, alors qu'en 138 av. J.-C. plus d'un plébéien désertait face aux Celtibères, Tibérius Gracchus fut élu questeur et désigné par le sort pour l'armée d'Espagne ⁽¹⁰⁰⁾. Aussi, ce ne sont pas les écrits du frère de Tibérius, Caius Gracchus, mais les anecdotes circulant dans le cercle de Scipion Émilien qui furent les sources des historiens, et, pour notre sujet, de Valère Maxime.

Un précédent milite en faveur de l'attribution à Scipion du dénigrement de Mancinus ; nous savons en effet que le futur destructeur de Numance s'en prit à Claudius Marcellus, qui, en 152, opéra en Espagne septentrionale ; celui-ci “ voulait que la guerre prît fin sous son commandement ” et “ incitait le Sénat romain à chercher un accommodement ”, peut-être un retour à la situation sanctionnée par le traité de Tibérius Gracchus, le père de notre célèbre tribun ⁽¹⁰¹⁾. Mais “ le Sénat rejeta le projet de paix ”, vraisemblablement sous l'impulsion de Scipion, lequel se proposa d'accompagner la nouvelle armée levée pour une

98) LIV., *Periochae*, 41 : *Tib. Sempronius Gracchus pro consule Celtiberos uictos in deditionem accepit, monumentumque operum suorum Gracchurim, oppidum in Hispania, constituit*. D.STOCKTON, *The Gracchi*, Oxford, 1979, p. 29 – 30.

99) POL., XXXV, 4.

100) PLUT., *Tib.Gr.*, 5, 1.

101) APP., *Ib.*, 49, 206 et 48, 205 (trad. P.Goukowsky, C.U.F.).

nouvelle “ guerre d’Espagne ”, en qualité de légat du consul Licinius Lucullus ⁽¹⁰²⁾ ; il est vraisemblable que le futur vainqueur de Carthage s’est violemment opposé à Marcellus et qu’il l’a dénigré.

Ces anecdotes ont donc pu être reprises et même déformées soit par le *pontifex maximus* Publius Cornelius Scipion Nasica Sérapion ⁽¹⁰³⁾, soit par des historiens ou des mémorialistes du temps qui ont pu imputer au bouillant tribun de la plèbe que sera Tibérius Gracchus, une part de responsabilité dans la mauvaise conduite de Mancinus. Ainsi, Scipion Nasica Sérapion fut un adversaire acharné de Tibérius Gracchus, au point de l’assassiner ⁽¹⁰⁴⁾ ; il rédigea pour les années 141 à 132 av. J.-C. des *Annales Pontificum*.

De même, Valère Maxime a pu trouver dans des écrits (ou des narrations) hostiles aux Gracques ⁽¹⁰⁵⁾, soit du dernier tiers du deuxième siècle, soit du premier siècle av. J.-C., la source de cette tranche de vie de Mancinus, d’autant plus que, dans l’anecdote suivante, il enchaîne avec un présage funeste arrivé en 213 à Tibérius Sempronius Gracchus:

102) APP., *Ib.*, 48, 208 – 209 ; H. SIMON, *op. cit.* {n.3}, p. 38 – 39, et A.E. ASTIN, *Scipio Aemilianus*, Oxford, 1967, p. 42 ; sur la tradition scipionienne hostile à Marcellus, Z.W.RUBINSOHN, *The Viriatic War and its Roman Repercussions*, dans *RSA* 11, 1981, p. 185 et n. 126.

103) Souvent cité par Valère Maxime (I, 4, 2 ; II, 8, 7 ; III, 2, 17 et 7, 3 ; V, 3, 2 ; VII, 4, ext. 2, 5, et 5, 2).

104) MÜNZER, *Cornelius* 354, *RE* 7, col. 1501 – 1504.

105) Hostilité de Valère Maxime envers les Gracques : III, 2, 17 ; V, 3, 2e ; VI, 3, 1d.

“ Il était consul et il procédait à un sacrifice dans le pays des Lucaniens quand deux serpents sortirent soudain on ne sait d’où, dévorèrent le foie de la victime qu’il venait d’immoler et se retirèrent dans le même trou invisible. Le phénomène fit ensuite renouveler le sacrifice et le même genre de prodige se produisit. Une troisième victime fut encore abattue et ses entrailles plus soigneusement surveillées sans qu’on pût empêcher l’arrivée des serpents ni arrêter leur fuite. Les haruspices eurent beau dire que cela concernait la sécurité du chef de l’armée, Gracchus ne chercha pas à éviter le piège que lui tendait son hôte qui l’avait trahi, Flavius, et qui l’amena à l’embuscade où le général carthaginois Magon s’était caché avec un détachement et où Gracchus fut tué sans pouvoir se défendre" (trad. R.Combès, C.U.F.).

Le serpent annonciateur de la mort réapparaît dans la biographie de notre Tibérius Sempronius Gracchus, arrière-petit-fils du précédent ⁽¹⁰⁶⁾, écrite par Plutarque. Mais ce dernier ajoute d’autres présages funestes comme le refus des poulets de sortir de leur cage pour se nourrir, comme le fait de se heurter le pied au seuil de sa maison au point d’en être blessé, comme la pierre poussée par des corbeaux qui se battaient, et tombant juste à ses pieds (17, 1 – 5). Nous retrouvons donc pour l’annonce de la

106) MÜNZER, *Sempronius* 50 et 54, *RE* 2e s., 2, col. 1400 - 1403 et 1409 - 1426.

mort civile ⁽¹⁰⁷⁾ de Mancinus et réelle de Gracchus, au moins deux présages semblables : le(s) serpent(s) et les poulets.

Nous pensons que les informations de Plutarque, de Valère Maxime, de Tite-Live et de Cicéron remontent à des historiens et / ou des polémistes opposés aux Gracques et influencés, bon gré, mal gré, par Scipion Émilien et ses amis : serait-ce Coelius Antipater, auteur d'une monographie sur la deuxième guerre punique, mais qui descendait jusqu'à la mort de Caius Gracchus en 121, puisque certains fragments que nous avons de son œuvre ⁽¹⁰⁸⁾, révèlent son intérêt pour le merveilleux ? Serait-ce Lucius Calpurnius Piso Frugi dont les sept livres d'*Annales* couvrent l'histoire romaine depuis les origines jusque vraisemblablement à la répression de la révolte des esclaves en Sicile, lors de son consulat en 133 ? Lui aussi s'intéresse à la dimension religieuse de l'histoire romaine ⁽¹⁰⁹⁾. Serait-ce C. Fannius qui fut consul en 122 et dont les *Annales* comportent notamment un discours attaquant Tibérius Gracchus ainsi qu'un éloge de Scipion l'Africain ⁽¹¹⁰⁾ ? Nous rejetons comme source le poète Lucilius

107) Il perdit provisoirement sa qualité de citoyen romain : CIC., *de Orat.* I, 181 – 182 ; *Caecin.*, 98 ; *Har. Resp.*, 43 ; DIG., L, 7, 18. Voir F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947, p. 123 – 131 ; J.-H. MICHEL, *L'extradition du général en droit romain*, dans *Latomus* 39, 1980, p. 687 – 693.

108) Fr. 11, 19, 20, 34 et 50 Peter.

109) Fr. 7, 13 (mort de Tullus Hostilius foudroyé), 25, 32, 42, 44 et 45 Peter.

110) Respectivement fr. 5 et 7 Peter ; cf. B. WOODWARD FRIER, *op. cit.* {n.85}, p. 211 qui ajoute que ses *Annales* ne furent guère appréciées, hormis par Cicéron qui le cite quelquefois (*Brut.*, 99 ; *Leg.*, I, 6).

appartenant au cercle de Scipion Émilien, comme l'a proposé O. Wikander ⁽¹¹¹⁾, parce que ce satiriste se moque des représentations de la religion traditionnelle ⁽¹¹²⁾, et donc des prodiges ⁽¹¹³⁾.

Il nous paraît justifié d'envisager la (ou les) source(s) de Valère Maxime (I, 6, 7) pour mieux discerner l'aspect hostile sinon aux Gracques, du moins aux représentants élus de la plèbe, des quatre anecdotes narrées aux paragraphes 6, 7, 8 et 9 et concernant successivement C. Flaminius, C. Hostilius Mancinus, Tib. Sempronius Gracchus et M. Claudius Marcellus. En effet, ce dernier appartient à la branche plébéienne de la *gens* Claudia, de même que C. Flaminius et C. Hostilius étaient aussi d'extraction plébéienne ⁽¹¹⁴⁾. Il est toutefois évident que Valère Maxime ne cite pas Tibérius Gracchus, le *tribunus plebi* dans ce passage, et il pourrait nous être objecté que l'écrivain de l'époque de Tibère le dispense des trois négligences et fautes du général romain. A nos yeux, dans les quatre anecdotes dont nous parlions et que nous croyons liées, notre auteur se concentre sur un seul personnage, ce qui ne l'a pas empêché de ne consulter

111) *Art. cit.*, p. 97.

112) Livre XV, fr. 12 Charpin = 490 – 491 Marx ; fr. 18 et 19 = 480 – 489 Marx ; XXVI fr. 8 = 587 Marx ; cf. XXVIII fr. 15 = 753 Marx : je voudrais que les images et les atomes d'Epicure triomphent (trad. Charpin).

113) Même s'il a écrit sur la guerre de Numance, l'historien grec Polybe n'est pas à prendre en considération, puisqu'il ne fait jamais référence ou allusion à des prodiges.

114) MÜNZER, *Hostilius*, *RE* 8, col. 2501.

peut-être ici qu'une seule source (ou un résumé de celle-ci ⁽¹¹⁵⁾) pro-sénatoriale et anti-plébéienne (ou tout au moins pro-scipionienne). Aussi trouverions-nous une fois de plus dans la littérature historique latine, l'emploi de la religion et plus précisément des présages dans un but politique ; nous pourrions reprendre la déclaration que Tite-Live met dans la bouche du très conservateur Appius Claudius lors des troubles de 367 / 366 : les politiciens issus de la plèbe se moquent des présages que respecte la religion traditionnelle du patriciat.

Dans une étude récente, N.Rosenstein propose paradoxalement de voir dans les présages funestes une invention des sympathisants d'Hostilius ; ceux-ci peindraient sa défaite en termes religieux et cette peinture serait pour lui le meilleur moyen de défense, comme l'avait fait auparavant Appius Claudius Pulcher en 143 ⁽¹¹⁶⁾. Aux yeux de ce dernier, Rome avait violé sa *fides* en renouvelant son agression contre Numance, après qu'un de ses ambassadeurs eut signé un traité et que la guerre qu'il avait reçu ordre de poursuivre était *contra auspicia* (Appien, *Iber.*, 83). Les dieux prouvèrent la rupture de la *pax deorum* par une série de prodiges. En raison des poursuites judiciaires contre Appius Claudius Pulcher (Val.-Max., I, 4, 3) pour mépris des auspices, la défense basée par Hostilius sur de tels arguments pouvait être

115) Peut-être Quintus Claudius Quadrigarius (fr. 12, 18 et 73 – 75 Peter) ou Valerius Antias (fr. 57 Peter).

116) Cf. I.Mc DOUGALL, *The Reputation of Appius Claudius Pulcher cos. 143 b.C.*, dans *Hermes* 120, 1992, p. 452 – 460.

dangereuse, mais à la différence de Flaminius, Hostilius n'ignorait pas les réponses religieuses adéquates ⁽¹¹⁷⁾.

Cette argumentation ingénieuse ne convainc pas. Nous aurions en Hostilius le seul exemple, à notre connaissance, d'un Romain qui agirait sciemment contre les présages, pour en faire porter la responsabilité au Sénat qui l'avait chargé de continuer la guerre contre Numance ; de plus, Hostilius en se faisant élire consul devait assurément savoir les conditions de son mandat, et les prodiges, qui lui arrivent selon Valère Maxime, ne concernent que lui seul, comme ce fut le cas avec le proconsul Tibérius Sempronius Gracchus en Lucanie (cf. *supra*), et non l'Etat Romain tout entier ou du moins le Sénat ⁽¹¹⁸⁾. Le déroulement des opérations militaires en Espagne et le maintien de la discipline de son armée ne dépendaient que de lui seul ⁽¹¹⁹⁾.

9. Mancinus, mauvais général.

Quand Valère Maxime cite parmi les trois *calamitates* infligées à Mancinus, l'*infelix pugna*, le *foedus turpe* et la *deditio funesta*, il se réfère, pensons-nous, à trois lacunes de notre malheureux

117) *Imperatores Victi : Military Defeat and Aristocratic Competition in the Middle and Late Republic*, Berkeley, 1990, p. 246.

118) O.WIKANDER, *art .cit.*{n. 35}, p. 86 y voit des prodiges publics ; cela est faux selon D.WARDLE, *op. cit.*{n.8}, p. 197.

119) VAL. MAX., II, 7, 1.

héros (120). Il lui a manqué d'abord la *felicitas*, et R. Combès a montré l'importance de cette notion dans la conception que les Romains se faisaient de l'*imperator* (121) : Mancinus était dépourvu de dons militaires et stratégiques, comme nous en convainc le récit d'Appien (122) : “ S'étant mesuré aux Numantins, Mancinus fut vaincu à plusieurs reprises et, subissant de lourdes pertes, il finit par se réfugier dans son camp. Mais une rumeur mensongère se répandit : les Cantabres et les Vaccaéens arrivaient au secours de Numance ! Saisi de frayeur, il passa la nuit entière sans allumer de feux et s'enfuit à la faveur des ténèbres vers l'ancien camp, désert, de Nobilior. Au lever du jour, il s'y enferma, bien qu'il ne fût muni ni de son équipement, ni de ses défenses, et comme les Numantins l'encerclaient et menaçaient de massacrer tout le monde s'il ne concluait pas la paix, il la conclut sur la base d'une égalité complète entre Romains et Numantins. Et voilà à quelles conditions il prêta serment aux Numantins ! ”. Il ne fut donc pas heureux dans son combat (123), mais les dieux l'en avaient averti.

La deuxième lacune se trouve dans le refus que lui a opposé le Sénat d'avoir conclu un traité avantageux pour les troupes

120) Sur la religiosité de Valère-Maxime, C.SANTINI, *Echi di Politica Religiosa Tiberiana in Valerio Massimo*, dans *GIF* 39, 1987, p. 183 – 195.

121) R.COMBÈS, *Imperator*, Paris, 1966, p. 208 – 222 et 408 –424 ; aussi E.WISTRAND, *Felicitas Imperatoria*, Göteborg, 1987, p. 11 - 26.

122) *Iber.*, 80, 346 - 348 (trad. P.Goukowsky, C.U.F.).

123) Il ne fut pas le seul, puisque bien de ses prédécesseurs, même expérimentés comme M.Fulvius Nobilior, connurent pas mal de déboires face aux Celtibères (voir p. ex. APP., *Ib.*, 46, 188).

romaines ; ce refus signifie la perte de l'*honor* (124). De plus, l'accord entre Mancinus et les Numantins semble être " la goutte qui fait déborder le vase ", parce qu'il s'inscrit dans une suite de traités honteux conclus par les consuls en guerre en Espagne et en Lusitanie, mais rejetés par le Sénat romain (125) ; à cela s'ajoute que pareil traité ne pouvait recevoir l'approbation sénatoriale, puisque le Sénat menait, depuis 154 av. J.-C., une politique généralement agressive en Espagne, considérant comme seules possibles la victoire romaine, la reddition totale de l'ennemi et sa soumission à des clauses fixées "*dum populus senatusque romanus uellet*" (126).

Précisément la troisième lacune se présenterait plutôt comme une sorte d'inversion : c'est le Romain qui doit se mettre à la discrétion de son ennemi, comme dans l'épisode des Fourches Caudines (127), et la *deditio* personnelle du général romain vaincu est repoussée par les Numantins victorieux ! Il faudra attendre Scipion Émilien en 133 pour venger l'affront que Numance a fait

124) *Honor est praemium uirtutis iudicio studioque ciuium delatum* dit le *Brutus* de Cicéron (40) ; à ce qui est *honestum* s'oppose ce qui est *turpe* (CIC, *Tusc.*, II, 30 et *Off.*, III, 100).

125) C'est le cas de celui passé par Fabius Maximus Servilianus avec Viriathe, et de celui que les Numantins prétendaient avoir fait avec Pompée (APP., *Ib.*, 70, 296 – 298, et 78, 338 – 345 ; aussi *Ep. Ox.*, I, 185 – 186 ; D. S., XXXIII, 1, 4 ; VELL. PAT., II, 1, 4 ; EUTR., IV, 17 ; OROS., V, 4, 21).

126) Ch. EBEL, *Dum populus senatusque romanus uellet*, dans *Historia* 40, 1991, p. 439 – 448.

127) LIV., IX, 1 - 11.

subir à Rome et pour construire, selon R. Combès, un temple à *Honos* (et *Virtus*) hors de la Porte Colline ⁽¹²⁸⁾.

10. Mancinus et le *ius fetiale*.

Notre article laisse en suspens une question de droit international et une autre de droit romain : pourquoi les Numantins ont-ils refusé la *deditio* de Mancinus ? Et quel rôle joue le droit fétil dans celle-ci ?

L'ont-ils refusée parce que Mancinus avait traité avec eux auparavant, avec l'appui de son questeur Tibérius Sempronius Gracchus dont le père avait eu de bonnes relations avec les Numantins ⁽¹²⁹⁾, alors que le Sénat romain a infirmé le *foedus Mancinum* ⁽¹³⁰⁾? Est-ce en raison de cela que les Numantins ne l'ont pas considéré comme un ennemi à abattre, un ennemi dont ils n'avaient pas demandé l' "extradition" et du sang duquel ils ne voulaient en aucune manière se souiller les mains, si nous suivons ce qu'écrit Velleius Paterculus, comme dans le cas d'une

128) *Op. cit.* {n. 122}, p.212 et n. 56 est le seul à attribuer ce temple au Numantin.

129) PLUT., *Tib. Gr.*, 7, 1 – 5. Caius Gracchus, le frère cadet de Tibérius, protégera la population espagnole des exactions des colons romains (ID., *C.Gracchus*, 6).

130) M.H.CRAWFORD, *Foedus and Sponsio*, dans *PBSR* n.s. 27, 1973, p. 1 –7.

deuotio romaine ⁽¹³¹⁾ ? Le cas de Mancinus n'est-il pas quelque peu parallèle, non seulement à celui des généraux des Fourches Caudines ⁽¹³²⁾, mais aussi à celui de Crassus face aux Parthes, quand l'adversaire considère non le général, mais l'État romain comme l'ennemi ⁽¹³³⁾ ? Cette hypothèse pourrait se vérifier. Alors que, selon le *Bellum Gallicum* de César, les Gaulois dont les Celtibères Numantins sont de proches parents ⁽¹³⁴⁾, n'ont pas le même respect "sacro-saint" des otages que les Romains ⁽¹³⁵⁾, les Numantins n'ont pas voulu se salir les mains du sang d'un innocent ⁽¹³⁶⁾ ; de plus la nudité (s' il y a réellement nudité ? ⁽¹³⁷⁾) du *deditus* Mancinus s'opposait à la nudité rituelle du guerrier gaulois ⁽¹³⁸⁾, laquelle signifie à coup sûr la bravoure. Le

131) LIV., VIII, 9, 6 ; cf. G.DUMÉZIL, *op. cit.* {n.91}, p. 103 – 105 et J.-H.MICHEL, *art. cit.* {n. 107}, p. 685 - 691.

132) Mancinus a été livré à l'exemple des hauts gradés des Fourches Caudines; cf. H.NISSEN, *Die Caudinische Friede*, dans *RhM* n.f. 25, 1870, p. 1 – 65 ; voir CIC., *Off.*, III, 30.109 ; VELL. PAT., II, 1, 5 ; APP., *Iber.*, 83 et PLUT., *Tib.Gr.*, 7.

133) PLUT., *Crass.*, 18, 1.

134) A. SCHULTEN, *Numantia*, *RE* 17, 1, col. 1254 – 1270.

135) M.J.MOSCOVICH, *Obsidibus Traditis : Hostages in Caesar's De Bello Gallico*, dans *CJ* 75, 1979 – 1980, p. 122 – 128. Pour le portrait négatif des Celtibères et des Numantins chez Valère Maxime : II, 6, 1 ; III, 2, 7 et 21 ; VII, 6, 2.

136) Il n'y avait peut-être pas ce mépris à l'égard de l'adversaire, comme ce fut le cas avec le consul Vétilius tué par Viriathe (APP., *Ib.*, 63, 266) ; à cette occasion aussi l'armée romaine fut sauvée par le questeur, qui cependant ne traita pas avec le chef lusitanien (*Ibid.*, 268).

137) *Nudus* peut signifier dépouillé du vêtement, de l'arme (*inermis*), de la toge.

138) P.COUISSIN, *La nudité guerrière des Gaulois*, dans *Annales de la Faculté des Lettres d'Aix* 14,2, 1929, p. 65 - 89 ; N.E.HULD, *Magic*,

refus des Numantins, qui se sentaient grugés par le Sénat romain et par Q. Pompée, le malhonnête (?) prédécesseur de Mancinus (139), prolongera la guerre jusqu'au triomphe de Scipion Émilien.

Se pose maintenant la question de droit romain. La démarche du *uerbenarius* dans sa livraison de Mancinus aux Numantins est totalement différente de celle par laquelle, au nom du peuple romain, il déclare la guerre à un ennemi avec lequel Rome, semble-t-il, a déjà traité (140). En effet, alors que dans la déclaration de guerre, les féciaux accomplissent tout un rituel, et notamment trois stations dans le territoire considéré comme ennemi – au premier homme qui se présente au-delà de la frontière, devant les murailles de la cité ennemie, et sur le *forum* de cette dernière devant les magistrats (141) –, dans la *deditio* du général vaincu, le chef des féciaux ne s'arrête que devant l'enceinte ennemie pour y “ déposer son colis ”. De plus, il y a une certaine substitution entre le fécial et le général vaincu : alors que le premier accepterait, si les revendications de la puissance

Metathesis and Nudity in Indo-European Thought, dans *Studies in honor of Jaan Puhvel*, Washington, 1997, I, p. 89 – 91. Cette nudité se retrouve dans un épisode se passant à Sparte en 362 lors de l'invasion thébaine et raconté par Plutarque (*Agésilas*, 34, 8 – 11), Polyen (*Stratagèmes*, 2, 9) et Elien (*Histoire Variée*, VI, 3) ; voir aussi AMM. MARC., XXXI, 16, 6.

139) Fr. MILTNER, *Pompeius* 12, *RE* 21,2 col. 2056 - 2058

140) Chr. SAULNIER, *Le rôle des prêtres féciaux et l'application du “ ius fetiale ” à Rome*, dans *Revue historique de droit français et étranger*, 58, 1980, p. 171 – 183.

141) G. DUMÉZIL, *Remarques sur le “ ius fetiale ”*, dans *REL* 34, 1956, p. 93 – 108.

romaine étaient injustes, d'être exclu de sa patrie, dans le cas de Mancinus, c'est le général vaincu qui est exclu (ou se fait exclure) de sa patrie, et sa mort " civile " serait assimilée, dans l'anecdote transmise par Valère Maxime, à une noyade.

D'autre part, nos prédécesseurs nous semblent avoir eu tort de ne rapprocher le cas de Mancinus que de celui des généraux vaincus des Fourches Caudines ; il existe d'autres cas où les féciaux sont chargés de livrer à l'ennemi un coupable. Ainsi Valère Maxime transmet une anecdote édifiante sur le respect des droits des ambassades de la part du Sénat romain; " Sous le consulat de Marcus Aemilius Lépidus et de Lucius Flaminius (c'est-à-dire en 187 av. J.-C.) ", écrit notre auteur latin, " Lucius Minucius et Lucius Manlius avaient porté la main sur des délégués de Carthage : pour ce motif le Sénat chargea le préteur Marcus Claudius de les faire livrer à l'ennemi par les féciaux. Dans de telles circonstances ", conclut-il, " le Sénat a songé à lui-même, et non à ceux auxquels il adressait de tels gestes " (142). En fait, les deux Romains ont violé l'immunité sacro-sainte des ambassadeurs (143) ; ils payent leur impiété d'une extradition à l'étranger. Il y a aussi le cas des trois fils de Q. Fabius Ambustus, tribun militaire à pouvoir consulaire en

142) VI, 6,3 ; trad. R.Combès, C.U.F. Voir la n.4 de la p. 182 de ladite édition.

143) Voir p. ex. Fr. BLAIVE, *Tradition mythologique et droit public chez les Indo-européens : recherches sur le principe de l'inviolabilité des ambassadeurs*, dans *Ollodagos* 1, 1990, p. 175 – 184 renvoyant e. a. au *Digeste*, L 7, 18.

390/387 av. J.-C. ⁽¹⁴⁴⁾, qui, selon Tite-Live ⁽¹⁴⁵⁾, violèrent leur neutralité d'ambassadeurs romains en aidant Clusium contre les Gaulois, alors qu'ils devaient conclure une paix avec eux ; ces derniers réclamèrent l'extradition des jeunes Fabii. Le Sénat romain laissa la décision au peuple, lequel, au lieu de les punir, les nomma tribuns consulaires ; ceci déclencha la colère des Celtes qui se vengèrent dans une expédition punitive contre Rome : ce furent la fameuse bataille de l'Allia et la célèbre prise de la Ville, hormis le Capitole ! Mais Diodore de Sicile se sépare de la narration commune de cet événement ⁽¹⁴⁶⁾ : le Sénat aurait proposé aux Gaulois une compensation en argent, puis, devant leur refus, la livraison des ambassadeurs, ici au nombre de deux ; mais leur père fit appel devant le peuple, lequel annula la décision sénatoriale. Un détail du récit de l'historien grec nous paraît intéressant : c'est la proposition d'une compensation en argent, c'est-à-dire s'acquitter d'une faute de première fonction par un moyen caractéristique de la troisième fonction, l'argent. Ensuite est proposée l'extradition des coupables, empêchée dans les récits de Tite-Live et de Diodore par le peuple romain. A nos yeux, l'extradition équivaut à une punition de troisième fonction. Ainsi les cas parallèles qui concernent les droits et les devoirs des

144) MÜNZER, *Fabius* 48, dans *PW* 6, col. 1756 – 1759.

145) V, 34, 4 – 36, 12 ; 37, 4-5 et 51,7 ; cf. FLOR. , I, 7,6-7 ; OROS. , II, 19,5-6 ; {AUR.VICT.}, *De uir. ill.*, 23, 5-7 ; PLUT. , *Numa*, 12,7-9 et *Cam.*, 17 – 18 ; D.C., fr. 24, 1-2 ; ZONAR., VII, 23 ; APP. , *Celt.* , 2 – 3.

146) XIV, 113, 4-7.

ambassadeurs éclairent, pensons-nous, le malheur survenu à Mancinus.

Comme dernier parallèle, nous souhaiterions ajouter le cas du général ennemi qui rompt un traité de paix. Tel fut Hannibal. Ainsi, le Sénat lui envoya d'abord à Sagonte qu'il assiégeait, deux ambassadeurs chargés de lui demander de lever le siège de la ville ; puis devant son refus, les envoyés du peuple romain se rendirent à Carthage, " pour réclamer le général en réparation de la rupture du traité " (147). Cette démarche montre une certaine équité de la part de Rome. En effet, cette dernière applique, dans le cas de Mancinus, à ses propres généraux ce qu'elle exige de ses adversaires (148).

11. Le contexte politique de l'affaire Mancinus.

Dans la ligne politique de Scipion Émilien et de ses partisans, Valère Maxime n'a pas reconnu l'éventuel courage politique de C. Hostilius Mancinus. Nous pouvons à propos de l'attitude de ce dernier devant ses concitoyens romains émettre une double

147) LIV., XXI, 6, 8 (trad. P.Jal, C.U.F.) ; POL., III, 8, 8 ; 15, 2-13 et 20,2.

148) Sur *deposcere*, demander la livraison de quelqu'un pour son éventuelle mise à mort, voir CIC., *Flacc.*, 5 ; *Dom.*, 13 ; *Sen.*, 33 ; *Sest.*, 46 ; *Cael.*, 70 ; CES., *B.G.*, VIII, 38, 3 ; CES., *B.C.*, III, 110, 5 ; OV., *M.*, I, 200 ; SIL., II, 30 et III, 202 ; LIV., XXI, 6, 8 ; 10, 6 et 12 ; 37, 45, 16 ; 44, 4 ; II, 13, 7 ; XXII, 33, 3 ; XXXVIII, 33, 13 ; VAL. MAX., I, 7, 3 ; CURT., X, 9, 16 ; TAC., *Hist.*, III, 11 ; I, 84 ; *Ann.*, I, 23 ; SUET., *Tit.*, 6 ; JUST., XVII, 3, 20 et XXXII, 4, 8.

hypothèse. Ou bien celui-ci s'est volontairement sacrifié au sens propre et au sens politique, en se dévouant religieusement pour effacer l'impiété d'avoir engagé à la légère sa *fides* ⁽¹⁴⁹⁾ avec les Numantins et conclu une reddition déshonorante pour les armes romaines, et en sauvant ses amis politiques tels que Tibérius Sempronius Gracchus ⁽¹⁵⁰⁾. Ou bien il a mal manœuvré politiquement ; en effet en accusant doublement Q. Pompée qui avait été élu consul grâce à la plèbe ⁽¹⁵¹⁾, d'avoir laissé une armée indisciplinée et traité secrètement avec l'ennemi (cf. n. 78), et en mettant d'une certaine façon en doute les compétences "augurales" de son questeur Gracchus ⁽¹⁵²⁾, C. Hostilius Mancinus s'aliénait la sympathie de la plèbe ⁽¹⁵³⁾, d'autant plus

149) A.E. ASTIN, *op. cit.* {n. 59}, p. 132 et 151 – 152.

150) PLUT., *Tib.Gr.*, 5,1 – 7,4.

151) A.E. ASTIN, *op. cit.* {n. 59}, p. 121 – 122.

152) L'aîné des Gracques s'est peut-être alors désolidarisé de Mancinus, comme le laissent entendre Velleius Paterculus (II, 2, 1 : " (Lui) sous la questure et à l'initiative duquel (le) traité (avec les Numantins) avait été signé, eut peine à admettre l'annulation d'un de ses actes ou bien craignit d'être exposé à un jugement et à une peine analogues (à ceux de Mancinus) " (trad. J.Hellegouarc'h, C.U.F.), Quintilien (VII, 4, 13) et Florus (II, 2, 2) ; aussi CIC, *Har.resp.*, 43.

153) La plèbe urbaine était-elle de plus en plus intéressée à la conquête, au même titre que les milieux d'affaires et que les éléments belliqueux de la noblesse, comme le pensent M.BORDET dans son *Précis d'Histoire romaine*, Paris, 1969, p. 79, et E.GABBA, *Aspetti culturali dell'imperialismo romano*, dans *Athenaeum* 55, 1977, p. 49 – 74, ou était-elle rétive, comme le laisseraient sous-entendre les *Periochae* de Tite-Live (48 et 55, pour les années 151 et 138) et Appien (*Iber.*, 49) ? Voir Cl. NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, 1976, p. 138 – 139. La plèbe ou du moins ses porte-parole ne semblent pas très unis, puisque Pompée était l'adversaire de Tibérius Gracchus (PLUT., *Tib. Gr.*, 14 et OROS., V, 8, 4). H.ZEHNACKER, *Moneta. Recherches sur l'organisation et l'art des émissions monétaires de la République romaine (289 – 31 av.J.C.)*, Rome, 1973, I, p.

qu'il ne pouvait plus compter sur l'appui du Sénat ou d'une partie de celui-ci (Scipion Émilien et ses amis ⁽¹⁵⁴⁾), exaspéré(e) des revers successifs des légions romaines en Espagne ⁽¹⁵⁵⁾. Nous pensons trouver une preuve de l'hostilité de la plèbe dans le comportement de son tribun P. Rutilius Rufus ⁽¹⁵⁶⁾; celui-ci chassa du Sénat Mancinus, à son retour définitif de Numance, sous prétexte que "quiconque avait été livré à l'ennemi par le chef des Fétiaux, était exclu du droit du retour ⁽¹⁵⁷⁾". Si, comme nous l'avons établi, le serpent symbolise la mort, Valère Maxime semble considérer que C. Hostilius Mancinus était "civilement" mort et qu'il ne fallait pas le réintégrer dans la *ciuitas romana*.

462 – 463 signale qu' " un véritable train d'innovations apparaît vers 149 " et que " la cohérence de ces innovations est frappante : l'accent est mis sur les dieux de la force, de la guerre et de la victoire (...) Il est donc très possible qu'on soit en présence, comme Grueber en a émis l'hypothèse, d'un monnayage destiné aux armées. La supposition se confirme si on remarque qu'une certaine importance est accordée aux dieux italiques, ce qui est (...) souvent encore un compliment adressé aux soldats d'origine italienne. Il semble qu'il faille y considérer la Victoire avant tout comme une divinité militaire à valeur générale, sans référence à un événement précis ". Cette notation d'H. Zehnacker pourrait faire pencher la balance en faveur d'un parti belliciste auprès de la population pauvre d'Italie et de Rome.

154) PLUT., *Tib. Gr.*, 7, 5 : Scipion blâmé de ne pas avoir sauvé Mancinus.

155) LIV., *Per.* 54 et 55 ; APP., *Iber.*, 69 – 83 ; D.S., XXXIII, 1, 4 sqq.

156) M.C.ALEXANDER, *The Legatio Asiatica of Scaurus : Did it take place ?*, dans *TAPhA* 111, 1981, p. 1 – 9 ; aussi J.BRISCOE, *Supporters and Opponents of Tiberius Gracchus*, dans *JRS* 64, 1974, p. 133 et n. 119 – 122.

157) CIC., *De Orat.*, I, 40. 181.

La conjonction d'intérêts entre la plèbe (ou une partie de celle-ci) et le " parti " scipionien ne doit pas surprendre, lorsque nous analysons l'évolution de l'armée romaine au début de la seconde moitié du II^e siècle av. J. C. En effet, Mancinus, en qualité de consul, est normalement à la tête d'une armée plus nombreuse que s'il avait été préteur ; elle se composerait notamment de deux légions, prélevées sur la plèbe italienne (158). Les années antérieures au consulat de Mancinus ont vu des tribuns militaires et des consuls favorables à la plèbe s'opposer vigoureusement à des levées plus importantes (159) ; aussi, quand Mancinus a perdu ses troupes devant les Numantins, la réaction de la plèbe qui contribuait physiquement à la conscription militaire, fut peut-être celle d'une volonté de retour à l'état ancien, c'est-à-dire d'une seule légion. Mais, dans cette option-là, une armée romaine aussi faible risquait d'encourir des défaites plus cuisantes encore, et Rome risquait de perdre l'Espagne, partiellement ou entièrement. Ce jeu pouvait être dangereux, même pour la fraction de la plèbe favorable à la guerre et à l'impérialisme romain ; c'est pourquoi il valait mieux garder une armée forte en Espagne, mais commandée par un " vrai " général, respectueux de la religion (sous-entendez Scipion Émilien) et associer l'élément plébéien, dont le questeur Tibérius Gracchus avait sauvé des hommes des mains des Numantins. Précisément, le futur tribun de 133 semblait favorable, par ses

158) P.A.BRUNT, *Italian Manpower, 225 B.C. – A.D. 14*, Oxford, 1971, p. 396 – 398 et 661 – 663.

159) Aussi Y.SHOCHAT, *Recruitment and the Programme of Tiberius Gracchus*, Bruxelles, 1980, p. 56 – 59.

réformes, à un recrutement plus large d'Italiens pauvres dans les armées romaines ⁽¹⁶⁰⁾ ; aussi se devait-il de sauver ces gens que ses futures réformes allaient concerner, et en même temps “ sa tête ”. Son distanciellement ultérieur d'avec Mancinus peut ainsi s'expliquer, quand nous savons qu'en 138 – un an donc avant la mésaventure de ce dernier -, les consuls fouettèrent des déserteurs et les vendirent en esclavage *pour encourager les autres* ⁽¹⁶¹⁾. C'est pourquoi la réaction peut se comprendre tant du sénat qui décida de livrer le général malheureux, que du tribun de la plèbe P. Rutilius, qui s'opposa à son retour dans le corps civique.

D'ailleurs l'année 138 fut marquée par de nombreuses difficultés. Ainsi la cherté du blé, à ce point que le tribun de la plèbe C. Curatius réclama de la part des consuls et du Sénat l'envoi d'une commission de légats chargés de chercher du blé ; la plèbe le soutint dans sa demande, mais Scipion Nasica, alors consul, s'y opposa et désamorça la situation explosive par un discours ; ce même C. Curatius ainsi que son collègue S. Licinius mirent en prison les deux consuls de 138 pour mauvais traitement à l'égard de leurs concitoyens ; mais sur les prières du peuple, ils furent relaxés ⁽¹⁶²⁾. Mais l'échec du “ front

160) *Ibid.*, p. 76 – 89.

161) LIV., *Per.*, LV ; *Oxyr.* LV ; cf. J.GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1982², p. 544.

162) C.VIRLOUVET, *Famines et émeutes à Rome. Des origines de la république à la mort de Néron*, Rome, 1985, p. 14, 64, 66 et 106 ; P.GARNSEY, *Famine et Approvisionnement dans le monde gréco-romain. Réactions aux risques et aux crises*, Paris, 1996 (trad. fr.), p. 256 et 271 ; Cl. NICOLET, *La polémique politique au IIe siècle avant J.-C.*, dans

populaire ” de 137 (Mancinus et Tibérius Gracchus) amena, croyons-nous, les réactions du Sénat, de Scipion Émilien et de ses amis, ainsi que d’une partie de la population favorable aux Gracques, cette dernière ayant peut-être connu une certaine disette en raison du ravitaillement des armées combattant en Espagne – et pour quel résultat ! (163)

En outre, le rejet de la *deditio* de Mancinus par les Numantins devait convenir à Scipion, le second Africain ; car, de même que le rejet par les Samnites des généraux romains a permis à Rome de ne plus se sentir “moralement ” liée au honteux traité conclu à la suite des Fourches Caudines, de même le rejet par les Celtibères de Mancinus permettait à Rome d’avoir les mains libres à l’égard de Numance et à Scipion de venger l’honneur bafoué de la république (164). Malgré le refus que le Sénat opposera à Scipion Émilien de se doter d’un supplément d’hommes pour la campagne numantine (165), le second Africain triompha définitivement des Celtibères qui firent si longtemps peur aux Romains ; les dieux étaient du côté du destructeur de Carthage, et non du peureux et pleutre consul de 137. De plus, par cette anecdote relative à Mancinus, Scipion Émilien et son

Demokratia et Aristokratia, Paris, 1983, p. 39 – 42 ; CIC., *Leg.*, III, 20 ; VAL. MAX., III, 7, 3.

163) Cf. PLUT., *C.Gr.*, 6 ; L.ROSS TAYLOR, *Forerunners of the Gracchi*, dans *JRS* 52, 1962, p. 26 - 27.

164) A.E. ASTIN, *op. cit.* {n. 59}, p. 175 – 189.

165) APP., *Ib.*, 84, 365 – 366.

entourage fermaient la bouche à ceux qui prétendaient que le second consulat du destructeur de Carthage (et bientôt de Numance) était illégal ⁽¹⁶⁶⁾.

Cicéron et Plutarque qui se renseignent peut-être aux mêmes sources historiques que Valère Maxime, ont au sujet de Mancinus et de Tib. Gracchus un jugement plus nuancé que notre conteur d'anecdotes historiques ⁽¹⁶⁷⁾. Contemporain de Tibère, Valère Maxime continue à condamner C. Hostilius Mancinus selon les critères de l'antique idéologie trifonctionnelle ⁽¹⁶⁸⁾.

166) LIV., *Per.*, LVI ; cf. A.E.ASTIN, *op. cit.* {n.58}, p. 183 – 184.

167) PLUT., *Tib. Gr.*, 5, 1 – 2 ; CIC., *Rsp.*, III, 19.29 ; *Off.*, III, 30.109, etc.

168) Nous étudions le thème indo-européen de la triple mort chez Valère Maxime (III, 2, 1) dans notre article *Les trois morts fictives d'Arès et refusées d'Horatius Coclès* ; signalons que la trifonctionnalité est aussi connue de Phèdre, qui fut actif notamment sous Claude (Voir notre article *Les trois fonctions dans Phèdre, Fables, III, 18 ?*, à paraître dans les *Mélanges G.Dumézil. Dix ans après*, Bruxelles, 1996 - 1999). Nous n'avons pu consulter l'article de M.V.GARCIA QUINTELA, *Viriato y la ideologia trifuncional indo-europea*, dans *Polis* 5, 1993, p. 111 – 138.

La satire 2, 1 à Trébatius ou la consultation du juriste

par Jacques-Henri MICHEL

(Université libre de Bruxelles)

TRAD. Pour certains, ma satire est trop cinglante et passe
les bornes du genre. À d'autres, sans nerf ce que
j'ai composé paraît et, semblables aux miens,
mille vers chaque jour s'enfilent. Trébatius,
5 qu'ai-je à faire, réponds. "Le repos." Tu dis bien :
pas un vers ? "Je le dis." Plutôt mourir s'il n'y
a pas mieux. Mais comment dormir ? "Que trois fois oints
ils franchissent le Tibre, avides de sommeil,
et s'imbibent de vin le corps quand le soir vient.
10 Ou si telle rage d'écrire t'entraîne, ose
célébrer César invaincu, de tes labeurs
touchant le prix." Père, je le voudrais : les forces
me manquent. À d'autres les javelots dressés
en file ou le dard brisé tuant les Gaulois

- 15 ou, tombant de cheval, les blessures du Parthe.
"Mais tu pourrais chanter sa justice et sa force,
tel pour Scipion le sage Lucilius." Oui, certes,
le temps venu. Sauf au bon moment, d'un Flaccus
les mots n'atteindront pas l'oreille de César.
- 20 Si c'est mal à propos, sa méfiance le cabre.
"Pourquoi préfères-tu mordre d'un vers méchant
le sot Pantolabe ou Nomentain sans le sou :
qui te craint, même si c'est sans raison, te hait."
Que faire ? Il danse, Milonius, dès que lui monte
- 25 à la tête le vin qui fait voir mille lampes.
Castor aime monter; né du même oeuf son frère,
cogner. Tant de vivants, tout autant de passions
par milliers. Moi, j'enferme en mes vers mes propos,
tel Lucilius qui fut supérieur à nous deux.
- 30 Lui, comme à des confidents, ses secrets, jadis,
confiait à ses vers et, dans le malheur, toujours,
ou le bonheur, comptait sur eux : entière ainsi,
comme ferait un tableau votif, s'y déroule
sa longue vie. Et moi - Lucanien, Apulien ? -
- 35 À Venouse exploiter deux terroirs le colon
vint ici quand, dit-on, les Sabelliens chassés,
ce désert exposait les Romains aux attaques
des Apuliens ou des Lucaniens à la guerre
acharnés. Mon stylet ne visera jamais
- 40 âme qui vive et me gardera, tel le glaive
en son fourreau. Pourquoi voudrais-je l'en tirer
quand je suis à l'abri des brigands ? Père et roi,

Jupiter, fais ronger par la rouille cette arme,
 que nul ne trouble la paix que j'aime. Mais qui
 45 m'a provoqué - mieux vaut m'éviter, je le dis -
 le paiera, car la ville entière le saura.
 Cervius enrage de brandir les lois et l'urne;
 Canidia, d'Albucius le poison de la haine;
 de te nuire, Turius, si tu le prends pour juge.
 50 Chacun selon sa force effraye ceux qu'il soupçonne
 de par la loi de la nature, on va le voir.
 La dent arme le loup, le sabot, le taureau.
 Comment ? D'instinct. Confie à Scéva bien vivante
 sa mère : nul forfait de sa main (rien à craindre
 55 de la patte du loup, de la dent du taureau);
 la vieille périra d'un miel à la ciguë.
 Je serai bref : pour moi, que la paix du grand âge
 m'attende ou que la mort de son vol noir me guette,
 riche, pauvre, à Rome, au gré du sort, en exil,
 60 ma vie en ses couleurs j'écrirai. "Mon cher, comme
 je crains pour toi la vie et qu'un puissant ami
 te glace de froideur. Quand Lucilius osa
 le premier composer des vers de cette sorte,
 ôtant l'habit brillant dont chacun pour la foule
 65 recouvrait sa noirceur, Laelius et le héros
 que Carthage vaincue honora de son nom
 laissèrent son talent s'en prendre à Métellus
 et de vers infamants accabler Lupus. Mais
 il fustigea les grands et, par tribu, le peuple,
 70 n'épargnant avec la vertu que ceux qui l'aiment.

Mieux : de la vie et de la scène retirés,
 et Scipion la vertu et Laelius la sagesse
 avec lui badinaient et à l'aise jouaient
 souvent, la soupe au feu. Tel que je suis, pourtant,
 75 cédant à Lucilius pour le cens et les dons,
 avec les grands je vis - maugréant l'admettra
 l'envie et, sans risque croyant mordre, sa dent
 brisera sur un os sauf, savant Trébatius,
 si tu dis non. "Point de défaut à ta cuirasse!
 80 Mais je voudrais te mettre en garde : épargne-toi
 le risque d'ignorer la sainteté des lois.
 L'auteur d'un poème injurieux se heurte au droit
 et aux procès." Certes, s'il est méchant. Mais si
 César juge les vers dignes d'éloge... Et si
 85 l'auteur contre un méchant aboie à juste titre ?
 "Le rire échappe aux lois : libre tu t'en iras."

Commentaire.

...*Ultra/legem* (vv. 1-2) : "au-delà de ce que la loi permet ou exige". Sans doute Horace, par un amalgame voulu, vise-t-il à la fois les lois du genre (*operis lex*, dit l'*Art poétique*, v. 135), qui gouvernent la satire, et la loi des XII Tables, qui condamne le *carmen malum* (8, frg. 1). Mais, à l'origine, il s'agit de formules magiques, et non de poèmes injurieux auxquels cette disposition s'appliquera dans la suite.

XII Tables 8, 1a. *QUI MALUM CARMEN INCANTASSIT...* (PLINE L'ANC. 28, 2, 10-17). b. CIC., *De leg.* 4, 10, 12 (chez AUG., *De civ. Dei* 2, 9) *Nostrae XII tabulae, cum perpaucae res capite sanxissent, in his hanc quoque sancendam putaverunt : si quis occentavisset sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri.*

"Qui aura récité une formule malfaisante..." - Nos Douze Tables, alors qu'elles n'ont puni de mort qu'un très petit nombre de crimes, ont cru devoir parmi eux punir aussi le fait que quelqu'un aurait récité pour nuire ou aurait composé un poème qui causerait à autrui infamie ou opprobre.

L'expression *ultra legem* n'apparaît pourtant que deux fois chez les jurisconsultes :

Dig. 3, 2, 13 ULP. (7) Poena gravior u l t r a l e g e m i m p o s i t a e x i s t i m a t i o n e m c o n s e r v a t , u t e t c o n s t i t u t u m e s t e t r e s p o n s u m . . .

Une peine trop lourde infligée au-delà de la loi ne frappe pas d'infamie, ainsi qu'il est dit et dans des constitutions impériales et dans des réponses de jurisconsultes...

Dig. 43, 9, 1 ULP. (3) Ait praetor : "...Quominus e lege locationis frui liceat". Merito ait "e lege locationis" : u l t r a l e g e m e n i m v e l c o n t r a l e g e m n o n d e b e t a u d i r i q u i f r u i d e s i d e r a t .

Le préteur déclare (dans son édit) : "...Pour qu'il n'ait pas la jouissance conforme au contrat de location". À juste titre il déclare : "conforme au contrat de location". Au-delà du contrat ou contrairement à lui ne doit pas être écouté le locataire qui en réclame la jouissance.

N.B. Le latin *lex* désigne à la fois la loi au sens moderne (*lex publica*) et les clauses d'un contrat (*lex privata*).

Praescribe (v. 6) : contrairement à ce qu'écrivent F. PLESSIS et P. LEJAY, ce verbe n'est pas employé ici dans un sens technique propre à la langue du droit.

Praescriptio, jusqu'au IIe siècle de notre ère, désigne seulement, dans telle formule de la procédure, le préambule qui la précède éventuellement (GAIUS 4, 130-136). Les détails importent peu ici.

Ce qu'Horace sollicite de Trébatius, c'est une consultation (*responsum*) sur un point de droit qui doit le prémunir (*cavere*) contre toute violation de la loi (ici une disposition des XII Tables).

S'adressant à Servius Sulpicius Rufus dans le *Pro Murena* (9, 19), Cicéron résume ainsi le rôle du jurisconsulte : *...hanc urbanam militiam respondendi, scribendi, cavendi*. "Ce qui tient lieu de service militaire pour un civil : répondre (à des consultations), rédiger (actes, contrats, testaments), prémunir (contre des erreurs de droit)."

Transnanto... habento (vv. 9-10) : l'impératif futur, à valeur générale et intemporelle, - par opposition au présent de l'impératif, qui donne un ordre à exécuter aussitôt -, s'emploie dans les lois et règlements, mais aussi dans les contrats et les testaments. Il est donc caractéristique de la langue du droit, mais non point des oeuvres des jurisconsultes. Trébatius, ici, parle à la manière d'un oracle ou d'un pontife.

Cicéron, dans l'une des lettres qu'il envoie à Trébatius, alors en Gaule avec César (c'est en 54 av. J.-C.), fait allusion à ses prouesses de nageur:

Ad Fam. 7, 10, 2 ...Sed tu in re militari multo es cautior quam in advocacionibus, qui neque in Oceano natare volueris studiosissimus homo natandi neque spectare essedarios quem antea ne andabata quidem defraudare poteramus. Sed iam satis iocati sumus.

Mais, dans la vie militaire, tu es bien plus prudent que dans tes activités de juriste, toi qui n'as pas voulu nager dans l'Océan, toi l'homme si passionné de natation, ni contempler les conducteurs (bretons) de chars, toi que précédemment nous ne pouvions détourner fût-ce d'un gladiateur gaulois "à l'aveuglette". Mais nous avons assez plaisanté.

À propos de la réplique de Trébatius aux vers 8-13, Porphyryon fait l'observation suivante:

Vide ut directis verbis enim utitur propter iuris peritos.

"Notez comment Horace se sert de mots simples à cause des jurisconsultes."

Directis verbis : des mots sans détours, dépourvus de toute recherche de figure ou de style. Porphyryon a vu clairement ce qui caractérise la langue sans apprêts des jurisconsultes romains.

On notera au surplus que les interventions de Trébatius sont toujours brèves : vv. 6, 7, 8-12, 16-17, 21-23, 60-62, 79-83 et 86. Ce dernier vers, qui clôture la pièce, résume bien la concision de Trébatius tout au long de la satire.

Cervius (v. 47), *Canidia Albuci* (v. 48), *Turius* (v. 49), *Scaeva* (v. 53) : pour ces personnages inconnus par ailleurs - à l'exception de Canidie, souvent évoquée par Horace comme sorcière et comme empoisonneuse (*Épodes* 3, v. 8; 5, vv. 15 et 48; 17, v. 6; *Sat.* 1, 8, vv. 24 et 48; 2, 8, v. 95) -, nous en sommes réduits aux données des scoliastes.

Cervius : Ps.-ACRON *Cervius Ascanius libertus accusavit Lucilium Calvium*. Fr. PLESSIS et P. LEJAY (p. 369, note 8) l'identifient à Cn. Domitius Calvinus, préteur en 56, consul en 53, poursuivi pour brigue après sa préture; mais la différence entre les deux noms est trop grande, et aussi la distance chronologique entre cet événement et la satire d'Horace, qui est de l'année 30.

Canidie : PORPHYRION *Canidia Albuci : amphibolice (= à double sens) posuit. Scilicet aut Canidia Albuci filia venenum minitatur aut Albuci venenum. Hic enim Albucius veneno uxorem suam dicitur peremisse*. Ps.-ACRON *Albucius quidam veneficus matris extinator*.

Turius : PORPH. *Gaius Turius hic praetor fuit quem apud accusatus est a Cicerone Verres, Hortensio defendente. Hic dicitur centumviris dedisse tabulas aliis nigras aliis rubras cerae et adnotasse quas cuique dedisset ut sciret a quibus postea pecuniam peteret vel linqueret. Nam omnes corruperat*.

Ce Gaius Turius fut le préteur devant qui Cicéron accusa Verrès, défendu par Hortensius. Il avait, dit-on, donné aux cent juges des tablettes de cire, noires pour les uns, rouges pour les autres, en marquant d'un signe celle qu'il avait donnée à chacun pour savoir à qui, après coup, il réclamerait ou laisserait son argent. Car il les avait tous corrompus. (N.B. Les données du Ps.-Acron varient et paraissent dériver de celles de Porphyron).

Le procès de Verrès a lieu en 70 avant notre ère. Les affirmations du scoliaste sont invérifiables. La juridiction compétente est d'ailleurs la *quaestio perpeua repetundarum*, non le tribunal civil des *centumviri*. Mieux vaut, sans doute, se résigner à tout ignorer du Turius visé par Horace.

Scaeva : PORPH. *Scaeva autem matrem suam veneno extinxit.*

Dissentis (v. 79) : c'est le terme dont use le jurisconsulte qui s'oppose à l'opinion d'un autre sur un point de droit controversé. L'antonyme est *adsentiri*. On se bornera ici à quatre exemples tirés de Gaius et du *Digeste*.

GAIUS 1, 7 *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet. Si vero d i s s e n t i u n t, iudici licet quam velit sententiam sequi idque rescripto divi Hadriani significatur.*

Les réponses des jurisconsultes sont les avis et les opinions de ceux auxquels on a permis de dire le droit. Si leurs avis concordent, leur opinion a force de loi. S'ils divergent, il est loisible au juge de suivre l'avis qu'il veut, et c'est ce qu'a fait connaître un rescrit du divin Hadrien.

3, 141 *Nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium... Diversae scholae auctores d i s s e n t i u n t aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem.*

Nos maîtres pensent qu'une chose autre (que la monnaie) peut constituer le prix... Les auteurs de l'école opposée ne

sont pas d'accord et estiment qu'une chose est l'échange, une autre l'achat et la vente.

Dig. 29, 7, 14 pr. *Quidam referunt, quantum repeto apud Vivianum, Sabini et Cassii et Proculi expositam esse in quaestione huiusmodi controversiam... Quod Sabinum et Cassium respondisse aiunt, Proculo d i s s e n t i e... Ego autem ausim sententiam Proculi verissimam dicere.*

Certains rapportent, si je m'en réfère à Vivien, que Sabinus, Cassius et Proculus développèrent, sur cette question, la controverse que voici... Telle fut, dit-on, la réponse de Sabinus et de Cassius, contre l'avis de Proculus... Pour ma part, je me risquerai à dire que l'opinion de Proculus est parfaitement exacte.

Dig. 46, 3, 93 (3) *Quid ergo si fideiussor reum heredem scripserit ? Confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus d i s s e n t i a t.*

Qu'en sera-t-il donc si la caution a institué le débiteur pour héritier ? L'obligation s'éteindra par confusion conformément à l'opinion de Sabinus, quoique Proculus soit de l'avis contraire.

Nihil hinc diffindere possum (v. 79) : "trouver le joint, trouver le défaut de la cuirasse". Telle est, dans la casuistique que pratiquent les jurisconsultes romains, la démarche qui permet à l'un d'entre eux d'innover en recherchant, dans le cas pratique qui lui est soumis, la moindre différence de détail (appelée *differentia* ou *distinctio*) de nature à justifier la décision dans un sens contraire à la tradition reçue jusqu'à présent.

Ce procédé est typique de l'application que les juristes romains ont faite de la dialectique grecque qu'ils ont appris à connaître au début du dernier siècle avant notre ère, spécialement au contact de la logique d'Aristote introduite à Rome par Sylla qui, vers 84-83, avait ramené d'Athènes les oeuvres dites ésotériques du Stagirite. D'où, aussitôt, la *Rhétorique à Hérennius* et le *De inventione* de Cicéron. Cette redécouverte d'Aristote, qui fut une véritable révélation, est l'un des événements culturels à la fois le plus important et le plus méconnu de l'histoire de l'antiquité. Il marque notamment la naissance de ce qui constituera, dans la pensée romaine, la science rationnelle du droit.

Sur la destinée des oeuvres d'Aristote, on verra Joseph BIDEZ, *Un singulier naufrage littéraire dans l'antiquité*, Bruxelles, Office de Publicité, 1943, spécialement pp. 24-25. Même Fritz SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1953, pp. 84-85, qui souligne l'influence d'Aristote sur les jurisconsultes du dernier siècle de la République, ne voit pas qu'elle est tributaire de l'intervention proprement décisive de Sylla.

Si mala condiderit in quem quis carmina, ius est/ iudiciumque (vv. 82-83) : on renvoie à la disposition des XII Tables citée plus haut pour le vers 2. On notera qu'Horace utilise à deux reprises (voir v. 84) le même verbe *condere* que Cicéron : *...sive carmen condidisset*.

...*Ius est iudiciumque* : c'est-à-dire, probablement, la règle fixée par la loi des XII Tables et le procès qu'elle rend possible.

...*Opprobriis dignum* (v. 85) : "digne d'être frappé d'infamie". L'infamie (*infamia, ignominia*), infligée par les censeurs ou par le préteur, est une flétrissure de nature sociale - comparable initialement à l'excommunication majeure dans l'Église au moyen âge et aux temps modernes - qui frappe le citoyen coupable d'un manquement grave à la coutume des ancêtres (c'est l'infamie censorienne) ou condamné à la suite d'un procès pénal, voire civil (pour l'infamie prétorienne). Ce dernier cas est celui, précisément, de l'*actio iniuriarum*. Mais les effets de l'infamie prétorienne sont pratiquement fort atténués dès l'époque d'Horace.

Solventur risu tabulae. Tu missus abibis (v. 86). La première expression a, dès l'antiquité, fort embarrassé les commentateurs, dont les interprétations divergentes sont résumées par Fr. Plessis et P. Lejay de la manière suivante (p. 372, note 6) :

1) Il s'agirait des tablettes sur lesquelles les membres du jury indiquent leur décision, mais je précise aussitôt que l'*actio iniuriarum* relève de la compétence de l'unique juge formulaire;

2) Les bancs sur lesquels siègent les juges seront brisés par les éclats de rire - mon objection reste identique, même si c'est la solution proposée par Porphyrius -;

3) Les lois sont violées impunément grâce au rire; c'est l'interprétation du Pseudo-Acron, à laquelle se rangent finalement Fr. Plessis et P. Lejay, mais en y voyant les tablettes de l'édit du préteur, ce qui me paraît exclu.

Ce vers fait difficulté parce qu'il renvoie, de toute évidence, aux institutions juridiques, mais sans en utiliser le moins du monde la terminologie exacte. Ce qui est sûr, d'après Trébatius, c'est qu'Horace sera acquitté ou, du moins, échappera aux poursuites : *missus abibis*. Plessis et Lejay pensent que l'expression s'applique au gladiateur à qui le public fait grâce (ainsi *harena missus* : *Dig.* 50, 7, 5, 1). On pourra songer aussi à l'*honesto missio* à laquelle a droit le légionnaire au terme de son engagement. Néanmoins, cet emploi de *mittere* est étranger à la langue du droit.

Il reste que, pour expliquer les mots *risu solventur tabulae*, il faut partir de ce dernier point qui est seul assuré : Trébatius promet l'impunité au poète, et il convient donc de se demander à quel procès ses satires pourraient exposer Horace. Il va de soi que, si les *mala carmina* visés par la loi des XII Tables étaient punis de mort, il n'est plus question, à l'époque d'Auguste et depuis longtemps, d'un châtement aussi extrême, mais seulement de l'*actio iniuriarum*, prévue par l'édit du préteur pour les blessures mineures ou les injures graves (LENEL, *Ed. perp.*, pp. 397-403) et confiée à un unique juge formulaire,

compétent pour déterminer le montant de la condamnation pécuniaire.

La matière est résumée commodément par GAIUS 3, 220 : *Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus est, sed et si cui convicium factum fuerit, sive quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere sibi proscripserit, sive quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, sive quis matrem familiam aut praetextatum adsectatus fuerit et denique aliis pluribus modis... 224 ...Permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriarum aestimare et iudex vel tanti condemnat quanti nos aestimaverimus vel minoris, prout illi visum fuerit.*

Il y a injure non seulement quand, par exemple, quelqu'un a reçu un coup de poing ou de bâton ou encore s'il a été fouetté, mais également s'il y a eu outrage public, ou si quelqu'un, sachant qu'un autre ne lui doit rien, a mis ses biens en vente comme s'il était son débiteur, ou si quelqu'un, pour insulter un autre, a écrit un libelle ou un poème, ou si (en rue) il a suivi avec insistance une dame ou un adolescent, et encore de bien d'autres manières... Le préteur nous permet de fixer nous-mêmes l'estimation de l'injure et le juge condamne soit au montant de notre estimation, soit à un montant moindre s'il en décide ainsi.

Cette rubrique de l'édit du préteur est commentée longuement au titre 47, 10 du Digeste : *De iniuriis et famosis libellis*. On croit bien faire en citant ici les textes susceptibles d'éclairer le vers d'Horace.

Frg. 3 ULPIANUS *libro quinquagesimo sexto ad edictum* : (2) *Itaque pati quis iniuriam, etiamsi non sentiat, potest, facere nemo nisi qui scit se iniuriam facere, etiamsi nesciat cui faciat.* (3) *Quare si quis per iocum percutiat aut dum certat, iniuriarum non tenetur.*

C'est pourquoi on peut subir une injure même sans s'en rendre compte, mais nul ne peut la commettre sauf celui qui sait qu'il la commet, même s'il ignore à qui il l'inflige. Aussi celui qui frappe par jeu ou pendant qu'il concourt n'est-il pas passible de l'action d'injures.

frg. 15 ULPIANUS *libro quinquagesimo (corr.) septimo ad edictum* : (23) *Meminisse autem oportebit non omnem qui adsectatus est nec omnem qui appellavit hoc edicto conveniri posse - neque enim si quis colludendi, si quis officii honeste faciendi gratia id facit statim in edictum incidit -, sed qui contra bonos mores id facit.*

Il faut se souvenir que quiconque a suivi avec insistance ou interpellé (une dame ou un adolescent en rue) n'est pas automatiquement passible de cet édit - si quelqu'un, par jeu ou pour rendre honnêtement ses devoirs, agit de la sorte, il ne tombe pas sous le coup de cet édit -, mais si c'est contre les bonnes moeurs qu'il agit.

frg. 18 PAULUS *libro quinquagesimo quinto ad edictum* : pr. *Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire.*

Celui qui a nui à la réputation d'un coupable, il n'est ni juste ni équitable de le condamner. Les fautes des coupables, il convient et il est utile qu'elles soient connues.

N.B. Voilà qui éclaire exactement le vers 85 de la satire.

Dig. 44, 7, 3 PAULUS *libro secundo institutionum* : (2) *Verborum quoque obligatio constat si inter contrahentes id agatur, nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero : "Spondesne ?" et tu responderis : "Spondeo", nascetur obligatio.*

L'obligation verbale, elle aussi, existe si telle est l'intention des contractants et si, par exemple, c'est par plaisanterie ou à titre d'explication que je t'ai dit : "Promets-tu" et que tu aies répondu : "Oui", l'obligation ne naîtra pas.

À la lumière de ces textes, - les premiers relatifs à l'*actio iniuriarum*, le dernier concernant la formation du contrat verbal -, il apparaît clairement que l'intention plaisante (*per iocum, colludendi causa*) exclut les poursuites pour injure comme la validité du contrat. Voilà qui explique, sans aucun doute possible, la portée véritable de l'expression d'Horace : *Risu solventur tabulae*. Le Pseudo-Acron l'avait d'ailleurs entrevu :

Solventur. Id est ridebunt legum XII tabulae. Tu veniam merebere a iudicibus si quemquam ipse extra noxam positus iure laceraret.

C'est-à-dire : les douze Tables des lois riront. Tu auras droit au pardon des juges (prévu) pour celui qui, étant lui-même sans faute, attaquerait quelqu'un à bon droit (en paroles).

Notice sur Trébatius.

I. Sources. Sur C. Trébatius Testa, notre meilleure source est la correspondance de Cicéron (*Ad fam.*), où son dossier se trouve au livre VII, lettres 5 à 22 :

- lettre 5 (avril 54) de Cicéron à César, alors en Gaule, pour lui recommander son protégé;

- lettres 6 à 18, de Cicéron à Trébatius, qui a rejoint César (54-53);

- lettres 19 à 22, de Cicéron encore, pendant l'année 44.

Nulle lettre de Trébatius ne figure dans le recueil de Cicéron. D'une manière générale, d'ailleurs, nous ne conservons, de Trébatius, aucune citation littéraire qui soit assurée, ni au Digeste, ni chez Aulu-Gelle, ni chez Macrobe.

II. Biographie. La chronologie est imprécise. On admet que Trébatius est né vers 84 av. J.-C. et qu'il était encore en vie après 3 avant notre ère. Pour fixer la date de sa naissance, on part de la maturité relative qui justifierait ses ambitions auprès de

César en 54 : à ce moment, Trébatius est déjà un jurisconsulte confirmé, ce qui, aux yeux des modernes, supposerait la trentaine, d'où l'année 84 environ.

En 12 av. J.-C., Trébatius donne une consultation pour le divorce de Mécène et de son épouse Térentia (*Dig.* 24, 1, 64; pour la date, DION CASS. 54, 30, 4). Ce fait est notre unique donnée positive sur les relations entre Trébatius et Mécène.

Enfin, les Institutes de Justinien (2, 25 pr.) nous apprennent qu'Auguste a consulté divers jurisconsultes, dont Trébatius (*cuius tunc auctoritas maxima erat*), concernant le testament de Lucius (Cornélius) Lentulus, consul en 3 av. J.-C. et décédé plus tard en Afrique. Telle est la dernière donnée biographique dont nous disposons pour Trébatius. C'est aussi, en dehors de la satire d'Horace (qui date de l'année 30), la seule preuve que nous ayons que Trébatius a appartenu à l'entourage d'Auguste.

Au surplus, les scoliastes d'Horace - Porphyrius et le Pseudo-Acron - nous signalent qu'il est toujours resté chevalier, ce qui indique que, suivant l'exemple de la plupart des jurisconsultes de l'époque, il n'a point parcouru la carrière des honneurs.

De deux lettres que lui adresse Cicéron en 44 (*Ad fam.* 7, 19-20), comme de la préface des *Topiques* (1, 5), on croit pouvoir conclure qu'il était né à Vélie, en Lucanie, sur la côte de la mer Tyrrhénienne (l'Élée des philosophes grecs). Du moins y avait-il des propriétés qui lui venaient de son père.

N.B. On rappellera ici, une fois encore, qu'Horace est natif de Venouse, aux confins de l'Apulie et de la Lucanie (notre *Sat.* 2, 1, v. 34). Mais il ne nous est pas possible, pour autant, de supposer que cette relative communauté d'origine géographique a pu déterminer leurs relations d'amitié, liées beaucoup plus sûrement à l'entourage d'Auguste.

Il est acquis, grâce à la correspondance de Cicéron, que Trébatius a servi de conseiller juridique à César, au moins pendant la guerre des Gaules. Il est vraisemblable qu'il a joué le même rôle auprès d'Auguste, non seulement en raison de la présente satire d'Horace, mais aussi au témoignage des Institutes de Justinien, citées plus haut.

III. *Personnalité intellectuelle.* Trébatius est connu avant tout comme juriste, déjà confirmé en 54 quand Cicéron l'introduit auprès de César :

Ad fam. 7, 5, 3 Accedit etiam quod familiam ducit in iure civili singulari memoria, summa scientia.

À quoi s'ajoute qu'il est un chef de file en droit civil par sa mémoire singulière et son grand savoir.

Cicéron y revient fréquemment dans la suite, non sans plaisanter son correspondant :

Ad fam. 7, 6, 2 Tu qui ceteris cavere didicisti, in Britanniam ne ab essedariis decipiaris caveto...

Toi qui as appris à veiller sur les autres, veille à ne pas être en Bretagne la dupe des conducteurs de chars.

- 10, 1 *Legi tuas litteras ex quibus intellexi te Caesari nostro valde iure consultum videri... Quod si in*

Britanniam quoque profectus esses, profecto nemo in illa tanta insula peritior te fuisset.

J'ai lu ta lettre d'où je conclus que, pour notre César, tu es vraiment un jurisconsulte... Si tu étais aussi parti en Bretagne, assurément il n'y en aurait pas eu de plus habile dans cette si grande île. (Dans la même lettre encore, au § 2.)

- 11, 2 Si Trébatius tarde trop à rentrer à Rome, les auteurs de mimes, tels Labérius et Valérius, feront de lui *mira persona... Britannici iure consulti*, "l'étonnant personnage d'un jurisconsulte breton".

- 12, 1 Trébatius serait devenu épicurien, ce que Cicéron juge incompatible avec la qualité de jurisconsulte : § 2 *Sed quonam modo ius civile defendes, cum omnia tua causa facias, non civium ?* Mais comment pourras-tu illustrer le droit civil en agissant dans ton seul intérêt, non dans l'intérêt des citoyens ?

- 13, 2 *Sed ut ego quoque te aliquid admoneam de vestris cautionibus, Treviros vites censeo.* Mais pour qu'à mon tour je te donne quelque conseil sur vos (pré)cautions, évite les Trévires, à mon avis.

- 16, 3 *Sed tamen est quod gaudeas : constat enim inter omnes neminem te uno Samarobrivae iuris peritiorum esse.* Mais tu as pourtant lieu de te réjouir : de l'avis unanime, il n'est personne à Samarobrive (= Amiens) qui soit meilleur juriste que toi seul.

- On mentionnera encore, sans en citer le texte, les lettres 21 et 22 (à Rome, en 44).

Trébatius avait été l'élève, non point, comme la plupart de ses contemporains, de Servius Sulpicius Rufus, mais de Cornélius Maximus, fort mal connu de nous (il ne fait l'objet que d'une seule mention, par Alfénus Varus, au Digeste : 33, 7, 16, 1). Mais on citera ici, en entier, le témoignage de Pomponius, dans la première moitié du IIe siècle de notre ère :

Dig. 1, 2, 2 POMPONIUS *libro singulari enchiridii*. 45 *Fuit eodem tempore et TREBATIUS, qui idem Cornelii Maximi auditor fuit; AULUS CASCELLIUS, Quinti Mucii auditoris Volcaccii auditor... Ex his Trebatius peritior Cascellio, Cascellius Trebatio eloquentior fuisse dicitur, Ofilius utroque doctior. Cascellii scripta non extant, nisi unus liber bene dictorum, Trebatii complures, sed minus frequentantur.*

À la même époque ont vécu aussi Trébatius, qui fut l'élève de Cornélius Maximus; Aulus Cascellius, élève de Volcaccius, lui-même élève de Quintus Mucius... Parmi eux, Trébatius fut plus qualifié que Cascellius, mais Cascellius, plus disert que Trébatius, Ofilius, plus savant que les deux autres. De Cascellius il ne reste pas d'oeuvres écrites, à part un unique livre de bons propos; de Trébatius, elles sont nombreuses, mais on ne les pratique guère.

Ce n'est donc point par hasard que le Digeste ne conserve aucune citation littéraire tirée d'une oeuvre quelconque de Trébatius.

Pour compléter ce portrait intellectuel de Trébatius, on signalera enfin qu'il est le dédicataire des *Topiques* de Cicéron (*Top.* 1, 1-5; cf. *Ad fam.* 7, 19), un opuscule, - inspiré par

l'oeuvre d'Aristote qui porte le même titre -, dont tous les exemples sont tirés du droit romain.

IV. Caractère. Toujours grâce à Cicéron, nous savons que Trébatius aimait nager (*Ad fam.* 7, 10, 2; voir les vv. 7-9 de notre satire) et boire (*Ad fam.* 7, 22), sans compter son goût pour les gladiateurs (*Ad fam.* 7, 10, 2 encore). Mais le trait de caractère qui, chez lui, domine sans partage aux yeux de Cicéron et qui explique, dans une large mesure, qu'Horace l'ait choisi pour interlocuteur de sa satire - outre sa qualité de jurisconsulte -, c'est évidemment sa propension à la plaisanterie. Qu'on en juge ;

- *Ad fam.* 7, 10, 1 ...*Rideamus licet; sum enim a te invitatus.* (De même au § 2, une plaisanterie de jurisconsulte.) 2 *Sed iam satis iocati sumus.* 4 ...*Una... nostra vel severa vel iocosa congressio pluris erit...*

- 11, 2 ...*Video enim te iam iocari per litteras.* 3 *Haec ego non rideo, quamvis tu rideas, sed de re severissima tecum, ut soleo, iocor. Remoto ioco...*

- 13, 2 ...*Sed alias iocabimur.*

- 14, 2 ...*Sed haec iocati sumus et tuo more et non nihil etiam nostro.*

- 22 *Inluseras heri inter scyphos...*

V. Oeuvres. En tête du commentaire de la présente satire, Porphyryon écrit :

Ad Trebatium scribit equitem Romanum. Hic est Trebatius iuris peritus qui locum obtinuit et aliquot libros de civili iure composuit et de religionibus novem.

Horace écrit au chevalier romain Trébatius. C'est le jurisconsulte Trébatius, qui occupa une place en vue et composa quelques livres de droit civil et neuf sur la religion.

Des ouvrages de Trébatius consacrés au droit privé, le Digeste ne conserve que des citations de seconde main, assez nombreuses d'ailleurs (Otto LENEL, *Palingenesia*, t. 2, pp. 343-352). Il en est de même chez Aulu-Gelle (*Noctes Att.* 4, 2, 9).

Quant à l'ouvrage *De religionibus*, il n'est pas mieux partagé, malgré les mentions qu'en font Aulu-Gelle (*Ibid.* 7, 12, 4) et Macrobe (*Saturn.* 1, 16, 28; 3, 3, 2-4; 3, 5, 1 et 3, 7, 5-8). Tout ce que nous pouvons entrevoir, c'est qu'il comportait dix livres (MACR. 3, 3, 2-4), - et non neuf, comme le dit Porphyryon -, et qu'il concernait, lui aussi, le droit et les institutions.

L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt

par Pascal PICHONNAZ (1)
(Fribourg/Lausanne, Suisse)

Introduction

Quel que soit le système juridique envisagé, la compensation peut être définie comme un mode d'extinction des obligations qui permet à quelqu'un qui est recherché pour le paiement d'une créance (la créance principale) d'éviter d'en payer tout ou partie en invoquant une créance qu'il détient lui-même contre celui qui le recherche (la contre-crédence).

1) Il s'agit du texte, très légèrement remanié, d'une intervention présentée lors de la 53^{ème} session de la Société internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité qui s'est tenue à Exeter du 20 au 24 septembre 1999. Je remercie Mlle Clarisse von Wunschheim, sous-assistante à la Faculté de droit de Fribourg, pour l'aide qu'elle m'a apportée dans la mise au point des notes.

En droit romain classique, la compensation était l'œuvre du juge dans les *iudicia bonae fidei* (2), celui-ci opérant lui-même la soustraction des créances réciproques et condamnant le défendeur à la différence. Dans les actions *stricti iuris*, il faut d'abord distinguer deux cas particuliers: premièrement, celui de l'*argentarius*, qui est contraint par la formule même de l'action (*agere cum compensatione*) d'opérer lui-même la compensation des créances sous peine de *pluris petitio* (3); ensuite, celui du *bonorum emptor* qui, même s'il agit par une action de droit strict, voit sa créance réduite du montant de la contre-créance par l'office du juge (*agere cum deductione*) (4). Pour les autres actions de droit strict, la compensation n'avait lieu que de manière indirecte, par le biais de l'*exceptio doli* (5). Cette *exceptio* n'avait

2) Cf. notamment Gai. 4,63; et pour tous les autres KASER MAX, *Das römische Privatrecht*, vol. I, 2^e éd., München 1971, p. 644 s.; ZIMMERMANN REINHARD, *The Law of obligations*, 3^e éd., Oxford 1996, p. 761; pour une analyse détaillée, cf. encore SOLAZZI SIRO, *La compensazione nel diritto romano*, 2^e éd., Napoli 1950, p. 5 seq.; BIONDI BIONDO, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, p. 16 ss.

3) Cf. notamment Gai. 4,64; et pour tous les autres KASER, *Römisches Privatrecht*, nt. 2, p. 645; ZIMMERMANN, *Law of obligations*, nt. 2, p. 764; pour une analyse détaillée, cf. encore SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 31 ss; BIONDI, *Compensazione*, nt. 2, p. 21 ss.

4) Cf. notamment Gai. 4,65; et pour tous les autres KASER, *Römisches Privatrecht*, nt. 2, p. 645 s.; ZIMMERMANN, *Law of obligations*, nt. 2, p. 764 s.; SOLAZZI, *Compensazione*, nt.2, p. 65 ss; BIONDI, *Compensazione*, nt. 2, p. 28 ss.

5) En démontrant que sa contre-créance est certaine et que c'est sans justification que le demandeur n'en a pas tenu compte pour établir le montant de sa demande, le défendeur établit le dol du demandeur (Paul. D. 44,4,8pr. [=D. 50,17,173,3]: "*qui petit quod redditurus est*") qui se voit débouter pour *pluris petitio*. L'effet compensatoire est indirect, en ce sens que, si le défendeur évoque la possibilité d'opposer l'*exceptio doli* dans la phase *in iure*, le demandeur préférera le plus souvent opérer lui-même la compensation pour

pas d'effet minutoire et ne permettait donc pas d'obtenir une compensation "directe" (6).

Dès lors, en droit classique, pour envisager la compensation en matière de dépôt, il faut présupposer l'existence d'une formule de l'*actio depositi* (*directa* ou *contraria*) *in ius concepta*, autrement dit une action de bonne foi.

En relation avec le dépôt, on peut donc envisager les hypothèses de compensation suivantes:

1° Le dépositaire (défendeur à l'*actio depositi*) refuse de restituer la chose ou ne peut plus le faire parce que celle-ci est

éviter de perdre la totalité de sa créance. Sur le rôle indirect de l'*exceptio doli*, cf. le premier PERNICE ALFRED, *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Teil C, II/1*, (2^e éd., Halle 1895/1900), réédité Aalen 1963, p. 282; puis entre autres auteurs BIONDI BIONDO, *recension R. Rezzonico*, Iura 10 (1959), p. 312; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht*, 4^e éd., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1987, p. 275; ROZWADOWSKI, WLADYSLAW, *Studi sulla compensazione nel diritto romano*, BIDR 81 (1978), p. 98; SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 133; VAN WARMELO PAUL, *Le rescrit de Marc-Aurèle à propos de la compensation*, in: Droits de l'antiquité et sociologie juridique, Mélanges H. Lévy-Bruhl, Paris 1959, p. 341; ZIMMERMANN, *Law of obligations*, nt. 2, p. 764; et notre étude sur la question, à paraître prochainement.

6) Dans ce sens notamment ARANGIO-RUIZ VINCENZO, *L'exceptio in diminuzione della condanna*, (Pubbl. Fac. di giurispr. di Modena n. 45), Modena 1930, p. 1-22 (réimpr. in: Scritti, vol. 2, Napoli 1974, p. 249-270); BEKKER ERNST IMMANUEL, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, vol. II, Berlin 1871-73 (réimpr. Aalen 1970), p. 24 s. (avec des doutes cependant); DERNBURG HEINRICH, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Rechte*, 2^e éd., Heidelberg 1868 (réimpr. Aalen 1965), p. 193, 199 ss; KRETSCHMAR PAUL, *Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte*, Leipzig 1907, p. 22; STAMPE ERNST, *Das Compensationsverfahren in voriustinianischen stricti iuris iudicium*, Leipzig 1886, p. 79 ss.

détruite. Il s'oppose à tout ou partie de la condamnation pécuniaire en invoquant une contre-créance *ex eadem causa*, issue du contrat de dépôt, p.ex. des frais d'entretien ou de conservation.

2° Le déposant (défendeur à l'*actio depositi contraria*) refuse de payer les frais de conservation invoqués par le dépositaire en opposant le fait que la chose déposée a été endommagée par dol ou faute grave et que le déposant dispose dès lors d'une contre-créance en paiement de dommages-intérêts pour la diminution de valeur de la chose déposée. La compensation a alors lieu comme dans toute action de bonne foi.

On constate ainsi que l'exigence que connaît le droit classique d'une contre-créance issue de la même cause que la créance principale (*ex eadem causa*) pour que la compensation dans les actions de bonne foi soit possible empêche de multiplier les exemples. En effet, ce n'est qu'avec l'apparition de la procédure *extra ordinem* post-classique que la compensation *ex dispari causa* devient possible pour les actions de bonne foi (7). Ce point n'est toutefois pas l'objet de notre étude (8).

7) Dans ce sens notamment DERNBURG, *Geschichte der Kompensation*, nt. 6, p. 95; REZZONICO RENZO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel 1958, p. 26 s.; SIBER HEINRICH, *Kompensation und Aufrechnung, Ein Beitrag zur Lehre des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig 1899, p. 4 s.; THIELMANN GEORG, *Die Römische Privatauktion, zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, Berlin 1961, p. 170; WUBBE FELIX, *Recension R. Rezzonico*, TR 27 (1959), p. 222.

8) Pour une présentation détaillée, cf. notre étude sur les modes de compenser à paraître prochainement.

Comme le démontrent les exemples envisagés, à partir du moment où l'action du dépôt était une action de bonne foi ⁽⁹⁾ et en raison du principe de la condamnation pécuniaire, la compensation dans le dépôt était tout à fait possible. Elle avait pour effet pour ainsi dire d'exproprier le déposant de la chose déposée en raison d'une contre-créance du dépositaire.

Si la compensation était possible en droit romain classique, de nombreuses législations modernes prévoient au contraire expressément une interdiction de compenser dans le dépôt (CO 125 ch. 1 ⁽¹⁰⁾; § 1440 ABGB ⁽¹¹⁾; CCfr. 1293 ch. 2 ⁽¹²⁾; CCesp.

9) Gaius la mentionne déjà dans sa liste des actions de bonne foi (Gai. 4,62) et en donne la formule *in ius concepta* (Gai. 4,47), alors que Cicéron (De off., 3.17.70 et Top., 17,66) ne la mentionne pas encore dans sa liste; cf. cep. ROTONDI GIOVANI, *Scritti giuridici*, vol. 2, Milan 1922, p. 42 ss, qui estime qu'au temps de Neratius, la formule rédigée *in ius* existait déjà.

10) "[Créances non compensables] Ne peuvent être éteintes par compensation contre la volonté du créancier: 1. Les créances ayant pour objet soit la restitution, soit la contre-valeur d'une chose déposée, soustraite sans droit ou retenue par dol".

11) "Ebenso lassen sich Forderungen, welche ungleichartige oder bestimmte und unbestimmte Sachen zum Gegenstande haben, gegeneinander nicht aufheben. Eigenmächtig oder listig entzogene, entlehnte, in Verwahrung oder in Bestand genommene Stücke sind überhaupt kein Gegenstand der Zurückbehaltung oder der Kompensation."; cf. sur cette disposition, notamment DULLINGER SILVIA, *Handbuch der Aufrechnung*, Vienne/New York 1995, p. 107 ss; ainsi que le commentaire de MEISSEL FRANZ-STEFAN, *Kein Aufwandsersatz bei rechtswidriger Zurückbehaltung*, OGH 12.11.1997, 3 Ob 31/97y, Österreichisches Juristenblatt 120 (1998), p. 303 ss.

12) "La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas: [...] 2° De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage;"

1.200 al. 1 ⁽¹³⁾; CCit 1246 ch. 2 ⁽¹⁴⁾). Parfois, les dispositions excluent la compensation dans le dépôt et dans le prêt à usage (CCfr. 1293 ch. 2); parfois l'exclusion a lieu tant pour l'action en restitution de l'objet déposé que pour sa contre-valeur (CO 125 ch. 1); parfois, la doctrine et la jurisprudence ont interprété extensivement l'interdiction de compensation en y assimilant notamment le dépôt irrégulier (CO 125 ch. 1 ⁽¹⁵⁾); enfin, certains systèmes ont tout simplement renoncé à cette interdiction (§ 393 BGB ⁽¹⁶⁾ et NBW 6.135 ⁽¹⁷⁾).

Il m'a paru dès lors intéressant de retracer la naissance de l'interdiction de compenser dans le dépôt (I.), en soulignant le pas décisif fait par Justinien (II.), pour évoquer ensuite, à grands

13) "La compensación no procederá cuando alguna de las deudas provinieren de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario".

14) "[Casi in cui la compensazione non si verifica] La compensazione si verifica qualunque sia il titolo dell'uno o dell'altro debito, eccettuati i casi: [...] 2° di credito per la restituzione di cose depositate (1766 e seguenti) o date in comodato (1803 e seguenti)."; cf. notamment KANNENGIESSER MATTHIAS N., *Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen 1998, p. 18.

15) Cf. notamment AEPLI VIKTOR, *Art. 114-126 OR*, in: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V/1 (ZKomm.)*, Zürich 1991, CO 125 N 39; ATF 45 III 249; ATF 100 II 153, JdT 1975 I 174 (carnet d'épargne); ég. ABGB, cf. DULLINGER, *Handbuch der Aufrechnung*, nt. 11, p. 109 ss.

16) "[Keine Aufrechnung gegen Forderung aus unerlaubter Handlung] Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig".

17) "Een schuldenaar is niet bevoegd tot verrekening: a) voor zover beslag op de vordering van de wederpartij niet geldig zou zijn; b) indien zijn verplichting strekt tot vergoeding van schade die hij opzettelijk heeft toegebracht."

traits, son évolution au cours du Moyen Âge (III.) jusqu'à sa reprise dans les législations modernes (IV.).

I. La naissance de l'interdiction: la procédure extraordinaire post-classique

La compensation en matière de dépôt était théoriquement possible en droit classique ⁽¹⁸⁾. Il faut dès lors examiner à quel moment l'interdiction d'une telle compensation semble apparaître.

a) Le premier texte qui mentionne l'exclusion de la compensation dans le dépôt se trouve dans les *Pauli Sententiae*. Celles-ci précisent ce qui suit:

PS 2,12,12

In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est.

Dans les affaires de dépôt, il n'y a pas lieu à compensation, mais la chose elle-même doit être restituée.

Ce texte pose des problèmes d'interprétation. BIONDO BIONDI et SIRO SOLAZZI considèrent que l'affirmation est étrange ⁽¹⁹⁾; pour eux, ce texte des Sentences pourrait être l'œuvre exclusive des Wisigoths, ce que tendrait à prouver le fait qu'il n'est pas mentionné dans la *Collatio* (10,7,1-4), qui reprend pourtant les discussions des Sentences de Paul sur le dépôt (PS

18) Coll. 10,2,5 (Modestin, 2 diff.).

19) BIONDI BIONDO, *Iudicia bonae fidei*, *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo*, 7 (1918/1920), p. 128; SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 21.

2,12,1-4). La perplexité de ces auteurs tient avant tout au fait qu'ils considèrent que le texte se situe à l'époque de la procédure formulaire ⁽²⁰⁾. En effet, de deux choses l'une, ou bien l'*actio depositi* est une action de bonne foi ⁽²¹⁾, parce que *in ius concepta*, et le juge a alors tout pouvoir pour procéder à la compensation (Gai. 4,63) sous l'empire du principe de la condamnation pécuniaire, ou bien l'action est *in factum*, la compensation n'est pas possible (*locus non est !*), parce que l'*exceptio doli* n'a à cette époque aucun rôle minutoire. Comment comprendre dès lors l'explication donnée par le texte lui-même pour justifier l'absence de compensation: "*sed res ipsa reddenda est*"? Cette affirmation est incompatible avec les principes de la procédure formulaire. BIONDI et SOLAZZI notamment résolvent la difficulté en admettant qu'il s'agit d'un ajout ultérieur des Wisigoths.

Toutefois, selon les recherches récentes et les résultats convaincants de DETLEF LIEBS, les sentences de Paul dateraient de la fin du 3^e siècle ap. J.-C. et n'auraient cessé d'être complétées ⁽²²⁾. Il y a dès lors de bonne chance que le texte initial

20) SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 21; BIONDI, *Compensazione*, nt. 2, p. 137; ég. APPLETON CHARLES, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris 1895, p. 492, qui parle du caractère "arbitraire" de l'*actio depositi* sans toutefois préciser si tel est déjà le cas en procédure formulaire.

21) Cf. Gai. 4,61-64.

22) Sur les sentences de Paul, cf. récemment LIEBS DIETER, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, SZ 112 (1995), p. 151 ss et SZ 113 (1996), p. 132 ss; pour lui, les sentences ont été rédigées à la fin du 3^e siècle ap. J.C. et constamment complétées jusqu'à la moitié du 6^e siècle; LIEBS, SZ 113 (1996), p. 132.

traitait déjà de la compensation dans la procédure de la *cognitio extra ordinem* telle qu'elle s'appliquait à l'époque de l'empereur Dioclétien (23). Or, à partir de Dioclétien et avec l'émergence décisive de la *cognitio* post-classique, on assiste à un double phénomène digne d'intérêt pour la compensation:

1° L'exécution des jugements peut être réelle, *in ipsa re*; le principe de la condamnation exclusivement pécuniaire disparaît (24).

2° Les modes de compensation, très différents en procédure formulaire selon le type de formule, s'harmonisent (25). Que l'action soit de bonne foi ou de droit strict, le défendeur peut invoquer la compensation par une objection (*exceptio*, qui n'a plus un sens technique dans cette procédure (26)); il le fait en principe au début du procès, mais également ultérieurement, p.ex. peu avant la fin du procès (27).

Ce qui est déterminant est ainsi d'avoir d'un côté une somme d'argent et de l'autre un corps certain; le terme *res* s'oppose ici à

23) PS 1,13,3, parle p.ex. expressément de la *cognitio extra ordinem* ("*extra ordinem punitur*").

24) Cf. pour tous les autres KASER MAX/HACKL KARL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2^e éd., München 1996, § 74 I.2, p. 495; § 93 II.2, malgré des textes peu nombreux sur la question; KASER, *Römisches Privatrecht*, vol. II, 2^e éd., Munich 1975, p. 511 ss; ZIMMERMANN, *Law of obligations*, nt. 2, p. 772.

25) Cf. KASER MAX, *Das Römische Privatrecht*, nt. 24, p. 447, ainsi que mon étude sur le sujet, en préparation.

26) KASER MAX/HACKL KARL, *Zivilprozessrecht*, nt. 24, § 73 I, p. 486.

27) KASER MAX/HACKL KARL, *Zivilprozessrecht*, nt. 24, § 89 II.2, p. 585.

pecunia. Or, par définition, la compensation n'est possible qu'aussi longtemps que l'on peut opérer une déduction entre deux choses de même genre (de l'argent le plus souvent, mais peut-être aussi du vin, du blé) (28). Or, ce que souligne les Sentences de Paul, c'est que la compensation n'est pas possible, "*locus non est*" (et non qu'elle est interdite !), parce que l'action du dépôt à une coloration *vindicatoire*; bien qu'elle soit une action issue d'un contrat, elle tend à la remise effective de la chose (29), comme la *reivindicatio*.

A mon avis dès lors, les Sentences de Paul visent uniquement à constater les conséquences de l'évolution de la procédure sur la compensation dans le dépôt. La compensation dans le dépôt n'est pas interdite, mais ne peut plus avoir lieu pour la seule raison que par l'*actio depositi* c'est la chose elle-même qui doit être restituée. Les Sentences n'interdisent donc pas la compensation, mais constate qu'elle n'est plus possible.

Cette interprétation est d'ailleurs compatible avec un texte de la *Collatio* (Coll. 10,2,5-6) qui paraît admettre un droit de rétention en matière de dépôt (30). En effet, s'il ne s'agit pas d'une interdiction de la compensation, on peut aisément imaginer que la *retentio* soit possible, mais pas la compensation.

28) Cf. pour le cas particulier de l'*argentarius*, Gai. 4,66.

29) Non seulement l'action *in factum*, mais ég. *in ius concepta*, cf. notamment EVANS-JONES ROBIN, *The penal characteristics of the actio depositi in factum*, SDHI 52 (1986), p. 105 ss, p. 160.

30) Pour SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 22 note 37, il n'y a de toute façon pas de contradiction, puisque la *Collatio* envisage l'hypothèse de l'*actio contraria*.

Les Sentences de Paul n'envisagent que l'hypothèse de l'*actio depositi directa*. En effet, la fin du passage souligne bien que la question est celle de savoir si l'on peut opposer la compensation plutôt que de restituer la chose déposée, tel est justement le contenu de cette action. En revanche, il ne traite pas de la situation de la chose déposée et détruite par dol du dépositaire. A mon avis toutefois, le fondement de l'exclusion de la compensation reposant uniquement sur la différence des genres entre les deux créances, cela permet d'admettre que la compensation était possible dans un tel cas ⁽³¹⁾.

b) On a parfois invoqué une Constitution de Dioclétien de l'an 294 ap. J.-C. pour admettre une exclusion similaire en matière de prêt à usage (*commodatum*). Dans cette hypothèse aussi, la chose devrait être restituée en nature dans la procédure *extra ordinem* post-classique:

Diocl. C. 4,23,4, (a. 294)

Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.

Refuser la restitution d'un commodat sous prétexte d'une dette ne mérite pas approbation.

Ce passage est difficile à interpréter ⁽³²⁾ parce qu'il n'est pas possible de savoir, d'une part, s'il est antérieur ou postérieur aux Sentences de Paul et, d'autre part, s'il concerne la procédure

31) Dans le même sens, APPLETON C., *Histoire*, nt. 20, p. 492.

32) Cf. ég. SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 20, qui met en doute l'authenticité des termes "*debiti*" et "*non probabiliter*".

formulaire ou la procédure *extra ordinem* post-classique, puisque le règne de Dioclétien est une période charnière à cet égard. La difficulté s'accroît encore par le fait que la Constitution ne mentionne pas expressément la compensation, elle se contente de souligner que le débiteur ne peut refuser la restitution du commodat en invoquant une dette.

S'agit-il ainsi d'un cas de *retentio*, par lequel le défendeur s'oppose purement et simplement à la restitution jusqu'à ce que sa dette soit payée (33), ou doit-on au contraire considérer que la Constitution envisage un cas de compensation des créances (34)? Dans les deux hypothèses toutefois, la situation juridique est similaire; le juge est contraint d'examiner la validité de la contre-créance invoquée (*debiti*) avant de condamner le défendeur. On imagine alors aisément les abus possibles; le défendeur à l'*actio commodati* invoque de pseudo-dépenses pour contraindre le juge à examiner leur bien-fondé, retardant par là même l'échéance fatidique du jugement.

A mon avis, c'est le terme *probabiliter* qui constitue la clé de l'interprétation de ce passage. Dans notre contexte, *probabiliter*, qui signifie "que l'on peut approuver" (35) qualifie "recusatur"; il

33) Pour des hypothèses de *retentio* en matière de commodat, cf. Coll. 10,2,5 (Mod.); Paul. D. 47,2,15,2.

34) Celles-ci étaient bien entendu compensables en droit classique, cf. Gai. D. 13,6,18,4.

35) HEUMANN HERMANN G./SECKEL EMIL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, s.v. *probabilis*: "zu billigen, billigenswert, erlaubt; gut, rechtsschaffen, entschuldbar"; GAFFIOT FELIX, *Dictionnaire abrégé latin-français*, Paris 1934, s.v. *probabiliter*: "avec vraisemblance, probabilité" ou "de manière à mériter l'approbation"; cf. ég.

faut dès lors comprendre le passage ainsi: le fait de refuser la restitution du commodat sous prétexte d'une dette ne mérite pas approbation. En d'autres termes, le commodat doit être restitué même s'il existe une contre-créance. Le terme *probabiliter* souligne à mon avis suffisamment que la décision est prise en équité ("billigenswert" disent HEUMANN/SECKEL) (36). Ce n'est pas tant un problème technique qui s'oppose à la *retentio*, ou éventuellement à la *compensatio*, que le fait qu'il n'est pas judiciaire que cela soit possible. Dioclétien ne donne toutefois pas les raisons qui fondent sa décision en équité (37).

Si cette justification est fondée, on pourrait également en déduire que ce n'est pas tant la question de la compensation que celle de la *retentio* dont traite le texte, puisque le défendeur paraît s'opposer à toute restitution sous prétexte de l'existence d'une contre-créance. Si le texte a trait à la procédure *extra ordinem* post-classique, la compensation ne serait de toute manière pas possible, puisque l'objet prêté est nécessairement un corps certain

GEORGES KARL ERNST, *Ausführliches deutsch-lateinisches Handwörterbuch*, s.v. *probabiliter*: "I. beifallswert, anerkennenswert, tauglich, gefällig, ganz erträglich; II. annehmlich, glaublich, wahrscheinlich".

36) Du même avis, SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 20.

37) On peut imaginer plusieurs raisons à cela. Celle qui vient immédiatement à l'esprit est le fait que le prêt à usage est octroyé dans l'intérêt unique de l'emprunteur. Lorsque le prêt se termine, il paraît inéquitable que l'emprunteur puisse retarder indûment le moment de la restitution en invoquant des créances qu'il aurait contre le demandeur à l'action.

et que le défendeur peut être condamné *in ipsa re* (38). Dioclétien n'aurait alors pas utilisé le terme *probabiliter* pour souligner que la compensation n'était techniquement pas possible.

On le constate ce texte pose plus de questions qu'il n'en résout; mais, il paraît plutôt interdire la *retentio* dans le commodat que la compensation (39). L'idée d'une interdiction fondée en équité sera toutefois reprise par Justinien pour interdire la compensation dans le dépôt (40).

II. La cristallisation du principe sous Justinien

L'interdiction de compenser dans le dépôt est mentionnée à trois reprises par Justinien. D'abord dans la Constitution dans laquelle il pose le principe de l'interdiction (C. 4,34,11, a. 529), puis dans celle qui présente le système de la compensation justinienne (C. 4,31,14,1 i.f., a. 531 (41)) et enfin dans ses

38) EISELE FRIDOLIN, *Die Compensation nach Römischen und Gemeinem Recht*, Berlin 1876, p. 353, considère qu'en cas de destruction de la chose, la compensation aurait été possible; *contra*: DERNBURG, *Geschichte der Kompensation*, nt. 6, p. 514; APPLETON C., *Histoire*, nt. 20, p. 496.

39) *Contra* notamment SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 21 note 35.

40) Si Justinien a repris dans le *Corpus iuris civilis* la Constitution de Dioclétien, mais non le passage des Sentences de Paul, c'est peut-être parce que la justification de la première correspondait à son intention, mais non celle du second.

41) Iust. C. 4,31,14,1 i.f. (a. 531): "...*excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus*" (...sauf dans l'action de dépôt, dans laquelle, par notre constitution [C. 4,34,11pr.], nous avons décidé que la compensation n'aurait pas lieu).

Institutes (533) ⁽⁴²⁾ où il se borne à rappeler l'interdiction (Inst. 4,6,30). L'interdiction est rappelée ultérieurement dans la Nouvelle 88,1 (a. 539) ⁽⁴³⁾.

Voici le contenu de la fameuse Constitution de 529:

Iust. C. 4,34,11pr (a. 529)

Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere illico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepti, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur. 1. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae ei reserventur. 2. Quod obtinere sicut iam dictum est oportet et si ex una

42) Inst. 4,6,30: "...excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur" (...exceptée la seule action du dépôt, pour laquelle nous avons cru qu'il était trop scandaleux d'opposer n'importe quoi en compensation, de peur que, sous prétexte de compensation, on ne soit privé de la restitution de la chose déposée).

43) Elle mentionne expressément l'or ou d'autres corps certains.

parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita res vel pecuniae prima fronte restituantur.

3. *Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei qui depositum suscepti ab alio transmissa, ut minime depositum restituat, hocque per iusiurandum adfirmaverit, liceat ei qui deposuit sub defensionis cautela idonea praestita res depositas quantocius recuperare.*

Si quelqu'un a reçu de l'argent ou d'autres choses à titre de dépôt, il sera contraint par tous les moyens de les rendre sur-le-champ au déposant qui en a manifesté la volonté et ne peut opposer ni la compensation, ni la déduction, ni l'exception de dol, comme s'il prétendait avoir lui-même quelques actions personnelles, réelles ou hypothécaires. En effet, il n'a pas reçu le dépôt pour se procurer une rétention, qui lui est refusée, et un contrat qui naît de la bonne foi ne doit pas se réduire à la perfidie.

1. Mais même si chaque partie a déposé quelque chose chez l'autre, la compensation ne peut pas faire obstacle dans ce cas, mais au contraire les choses déposées ou l'argent doivent être restituées par chaque partie très rapidement sans quelque obstacle que ce soit, en premier à celui qui l'a voulu le premier, et ensuite les actions légitimes lui sont réservées intégralement. **2.** C'est ce qu'il faut obtenir, comme cela a été déjà dit, si une partie opère un dépôt, et que la compensation est opposée par l'autre, les choses ou l'argent doivent être restituées avant tout chose. **3.** Mais si une attestation écrite a été donnée

par un tiers sans dol ou fraude au dépositaire, qu'il n'est pas obligé de restituer le dépôt, et que le dépositaire l'affirme par serment, qu'il soit permis à celui qui a déposé, à condition de fournir des sûretés idoines, de récupérer les choses déposées au plus vite.

Arrêtons-nous un instant au *principium* de cette constitution. Justinien affirme que celui qui a reçu de l'argent ou d'autres choses en dépôt, autrement dit en cas de dépôt régulier ou irrégulier (44), pour reprendre la distinction terminologique qui apparaît chez Jason de Mayno (1435-1519) (45), celui-ci sera contraint par tous les moyens de restituer immédiatement la chose déposée sans pouvoir invoquer notamment la compensation. La référence expresse à l'argent souligne bien que l'intention de Justinien n'est pas de constater qu'il n'est pas possible de compenser en matière de dépôt parce que l'objet des créances réciproques ne serait pas du même genre, on pourrait en effet très bien compenser l'argent déposé avec une contre-créance en argent.

D'ailleurs dans le paragraphe 1^{er}, Justinien prend la peine d'envisager l'hypothèse de dépôts réciproques pour exclure également dans ce cas la compensation, suggérant par là que

44) Pour SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 182 note 20, il s'agirait même dans le cas de *pecunia* d'un dépôt régulier, les mêmes pièces devant être restituées.

45) Cf. BÜRGE ALFONS, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, SZ 104 (1987), p. 536 ss; ZIMMERMANN, *Law of obligations*, nt. 2, p. 219.

même en cas d'identité de la situation et des genres, il faut rejeter la compensation.

La motivation de Justinien doit donc être recherchée dans la relation particulière entre déposant et dépositaire, leur relation fondée sur une bonne foi qualifiée. Le dépositaire a accepté le dépôt pour rendre un service particulier à un ami; c'est dans ce seul but qu'il a accepté le dépôt et non pour se procurer la possibilité de retenir l'objet (*ut non concessa ei retentio generetur*). Dès lors, invoquer la rétention ⁽⁴⁶⁾ ou la compensation ultérieurement, c'est en quelque sorte briser la confiance octroyée par le déposant; pour Justinien, c'est faire preuve de perfidie (*ad perfidiam retrahatur*).

La justification de l'interdiction du dépôt tient dès lors à des considérations éthiques ⁽⁴⁷⁾, à l'image de ce que l'on trouve dans la Constitution de Dioclétien sur le commodat (C. 4,23,4), et non à des considérations techniques (défaut de l'identité du genre), comme le prétendent notamment SOLAZZI et BIONDI ⁽⁴⁸⁾. Ainsi, l'objet déposé doit être restitué immédiatement (*reddere illico; prima fronte restituetur*), sans discussion, et ce n'est qu'après

46) Cf. APPLETON C., *Histoire*, nt. 20, p. 495.

47) Cf. ég. PIELEMEIER KLAUS, *Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB seine Entstehungsgeschichte und seine Bedeutung im geltenden Recht*, Berlin 1986, p. 33; LITEWSKI WIESLAW, *L'admissibilité de la transaction en cours d'appel*, RIDA 11 (1964), p. 32; SCHEURL CH. G. ADOLF VON, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, 2^e cahier, Erlangen 1852, p. 183 (qui limite toutefois l'hypothèse à la compensation *ex dispari causa*); ARCHI GIAN GUALBERTO, *Giustiniano legislatore*, Bologne 1970, p. 218.

48) SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 182; BIONDI, *Compensazione*, nt. 2, p. 170; ég. EISELE, *Compensation*, nt. 38, p. 351 ss.

que l'on peut invoquer d'éventuelles contre-créances (*postea legitima actiones integrae ei reserventur*). La même idée sous-tend l'ensemble de la constitution.

Le troisième paragraphe envisage la situation dans laquelle une preuve écrite remise par un tiers au dépositaire et un serment de ce dernier confirme qu'il n'est pas obligé de restituer la chose déposée; or, même dans cette hypothèse, Justinien permet au déposant d'obtenir la restitution immédiate, moyennant la fourniture de sûretés: *liceat ei qui deposuit sub defensionis cautela idonea praestita res depositas quantocius recuperare*.

Selon mon interprétation, l'interdiction devrait valoir également lorsque le déposant ne peut exiger que des dommages-intérêts parce que le dépositaire a détruit volontairement la chose déposée (49). En effet, la constitution visait à empêcher tout retard dans la restitution de la chose et surtout à éviter que la confiance initiale soit réduite à la perfidie. Or, si le dépositaire détruit volontairement ou par faute grave l'objet du dépôt, il détourne malicieusement l'interdiction. Ce que Justinien voulait certainement combattre.

Pour la même raison, à savoir le souci d'assurer la restitution immédiate de la chose déposée, l'interdiction ne valait que pour l'*actio depositi directa*. A l'*actio depositi contraria*, tendant au paiement de frais de dépôt p.ex., le déposant pouvait opposer une

49) Dans le même sens, PIELEMEIER KLAUS, *Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB*, nt. 47, p. 32 (qui l'admet ég. pour le dépôt irrégulier).

créance en dommages-intérêts en raison du dommage subi par la chose déposée et obtenir la compensation des créances.

L'interdiction de compenser dans l'*actio depositi* ne fait pas double emploi avec l'exigence d'identité du genre de l'objet des créances réciproques. Elle avait bien entendu un sens pour le dépôt dit irrégulier, mais également pour tous les cas dans lesquels l'objet du dépôt avait été endommagé et que le déposant disposait d'une créance en dommages-intérêts qu'il faisait valoir également par l'*actio depositi*. Elle permettait également d'assurer la diligence du procès, en évitant que le juge doive envisager la question de l'existence d'une contre-créance avant d'ordonner la restitution. Cela ressort assez clairement des Institutes où Justinien affirme: "...nous avons cru qu'il était trop scandaleux d'opposer n'importe quoi en compensation, de peur que, sous prétexte de compensation, on ne soit privé de la restitution de la chose déposée".

On comprend dès lors que Justinien ait repris dans le *Codex* la Constitution de Dioclétien (C. 4,23,4), qui reposait sur des considérations semblables et assurait un résultat similaire en matière de prêt à usage.

III. Survol de l'interprétation des sources en droit savant du Moyen Âge

Il est bien sûr impossible de donner en quelques lignes un compte-rendu complet de l'évolution de l'interdiction de compenser en droit savant du Moyen Âge. Je m'arrêterai donc

brièvement à la justification donnée pour interdire la compensation et à son champ d'application.

a) Pour la glose ⁽⁵⁰⁾, l'interdiction de compenser dans le dépôt est encore justifiée par le fait que d'invoquer la compensation rompt la confiance que le déposant plaçait dans le dépositaire. La glose exclut dès lors l'interdiction pour l'*actio depositi contraria* "quia tunc non de fide rupta agitur". Selon la glose, Bulgarus (mort en 1166) aurait soutenu que l'interdiction valait aussi pour l'action contraire.

Pour Azo (env. 1190 - 1220), la compensation dans le dépôt est exclue, parce que la faire valoir serait un *odium*, au même titre que le cas de celui qui s'empare sans droit de la possession d'autrui (C. 4,31,14,2): *si depositarius conveniatur ea propter perfidiam suam: non licet ei obiicere compensationem* ⁽⁵¹⁾. On constate toutefois une perspective différente: la perfidie du dépositaire n'est pas le fait d'invoquer la compensation, mais est constituée par l'acte qui justifie que l'on soit poursuivi par l'*actio depositi* (Azo dit *propter perfidiam*); il faut peut-être comprendre par là le fait d'avoir incité le déposant à faire le dépôt pour

50) Gl. ad C. 4,31,14, v° *depositi* (éd. Lugduni 1627): "*scilicet directa. secus si contraria: quia tunc non de fide rupta agitur: ut ar. [Inst. 4,6,30] . Ubi dicit sub praetextu compensationis & contra Bulgarus idem in utraque. Si ergo est in has speciale, ergo secus in commodato, et sic ibi fit compensatio. Sed contra [C. 4,23,4]. Sed ibi non compensatione, sed retentione uti volebat Item quod dico in commodato et caeteris personalibus, ubi species petuntur. fieri compensationem: intellige semper si res desiit posse restitui. In actione autem in rem diximus supra [C. 4,31,14,pr]*".

51) AZO AZONIS, *Summa Aurea Codicis, in quartum librum Codicis* (éd. Lugduni 1567, Francfort/Main 1968) f 97r, *de compensationibus* n. 11.

pouvoir invoquer la compensation ou celui d'avoir détruit la chose pour invoquer la compensation.

Bartolus (1314-1357) ⁽⁵²⁾ et Baldus (vers 1320-1400) ⁽⁵³⁾ ont fait un pas de plus en rapprochant l'interdiction de compenser dans le dépôt de la règle issue du droit canon *spoliatus ante omnia restituendus* ⁽⁵⁴⁾ que les commentateurs ont reconnu dans C. 4,31,14,2 ⁽⁵⁵⁾: Le déposant à qui un dépositaire refuse de restituer la chose déposée est considéré comme *spoliatus*. Le dépositaire doit donc restituer avant toute chose et ne peut compenser.

52) BARTOLUS A SAXOFERATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani, commentaria, nunc recens, praeter omnes alias ad hanc diem in lucem editas, Aureis Adnotationibus*, vol. 2, ad D. 16,2 lex XIV n. 9 (éd. Venetiis 1602): "*Sed quando denegatur restitutio debiti, spoliatus creditor, ergo non poterit obiici compensatio*".

53) BALDUS DE UBALDUS PERUSINIS, *Omnium suae tempestatis celeberrimi, ingenio acutissimi, sensuque profundissimi, Opera Omnia*, vol. in *Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria et in Secundam Digesti Vetus et partem Commentaria, Lex XIV*, n. 13, fol. 87 r. (éd. Venetiis 1586): "*qui denegat restituere depositum, videtur spoliare*"; BALDUS invoque DYNUS.

54) *Decretum Gratiani*, 2,3,1,1-4; cf. COING HELMUT, *Europäisches Privatrecht*, T. I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, § 53 III.2, p. 285; WOLTER UDO, *Ius canonicum in iure civili*, (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Vol. 23), Köln-Wien-Böhlau 1975, p. 185; LEVY ERNST, *West Roman vulgar law : the law of property*, Philadelphia 1951, p. 275.

55) Iust. C. 4,31,14,2 (a. 531): "*Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur*" (Mais, la compensation n'est pas donnée à ceux qui s'emparent sans droit de la possession d'autrui). - Pour une description convaincante de l'intégration de ce principe tiré du droit canon à la constitution de Justinien, cf. PIELEMEIER KLAUS, *Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB*, nt.47, p. 50 s.

Il faut encore relever l'avis de Donellus (1527-1591), l'un des tenants de l'humanisme juridique, qui considère que l'interdiction de compenser dans le dépôt est due à la nature même du contrat, puisque le déposant remet un objet en dépôt dans le seul but de pouvoir l'obtenir à première réquisition ⁽⁵⁶⁾. Ce serait aller contre l'accord des parties que de permettre au dépositaire par l'invocation de la compensation de retarder la restitution immédiate ⁽⁵⁷⁾.

On le voit, la justification repose soit sur des considérations éthiques (*fide rupta, spoliatus*) ou sur la nature du contrat. Pour les auteurs que j'ai examinés, je n'en ai trouvé aucun qui invoque uniquement la question de l'absence d'identité du genre ⁽⁵⁸⁾.

Si nombre d'auteurs invoquent l'interdiction souvent sans donner d'explications, ils veulent néanmoins parfois admettre la *retentio* pour les dépenses générées par le dépôt, mais la question était controversée ⁽⁵⁹⁾.

56) DONELLUS HUGO, *Opera omnia, commentariorum de Iure civilii*, (éd. Lucae 1764), tome 6, col. 803 s.: "*non ob aliam causam datur, quam ut sit sod reddatur deponenti, cum primum reposcet: utpote datum solius custodiae causa, donec visum erit deponenti repetere*".

57) Cf. p.ex. VOET IOHANNIS, *Commentarius ad Pandectas*, Vol. 3, Halae 1778, p. 295 § 15, qui s'appuie encore sur les termes de la constitution de Justinien: "...*illico modis omnibus compellendum, nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem posse opponi...*".

58) BALDUS (*In Secundam Digesti Vetus*, nt. 33; Lex XIV, n. 13, fol. 87 r) souligne d'ailleurs: "*hic in deposito generis, vel speciei reductae ad genus*".

59) Cf. pour les glossateurs: en faveur de la *retentio* notamment PLACENTINUS contre IOHANNES BASSIANUS (cf. HUGOLINUS, *Diversitates sive dissensiones dominorum super toto corpore iuris civilis, prima editio*, § 246, repris in: HAENEL GUSTAVE, *Dissensiones dominorum sive*

b) Au Moyen Âge, l'idée que la compensation soit aussi exclue pour le commodat est discutée, pour être niée ⁽⁶⁰⁾. Le plus souvent on interprète la Constitution de Dioclétien (C. 4,23,4) pour reconnaître la possibilité de compenser, soit en considérant qu'elle ne traite que de la *retentio*, comme le fait la Glose, ou par une interprétation littérale astucieuse à la manière de Cujas, qui estime qu'elle ne traite que du dépôt ("*commodati*" devrait être lu comme "*commendati*", signifiant aussi dépôt ⁽⁶¹⁾), ou encore en admettant le prêt d'un corps certain dans le cas d'espèce ⁽⁶²⁾.

L'idée qui sous-tend toutes ces explications est toujours la même: le cas du dépôt est spécial (*in deposito speciale sit* ⁽⁶³⁾),

controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur, Leipzig 1834, réimpr. 1964, p. 424), puis plus tard en faveur d'un droit de rétention notamment BALDUS, *In Secundam Digesti Vetus*, nt. 33; *ad C. 4,34 Lex XI*, n. 7 fol. 97r; CUJAS JACQUES, selon l'*additio* de la Gl. (gl. *exceptionem ad C. 4,34,11*, éd. 1627); VINNIUS ARNOLD, *Selectae quaestiones*, Roterodami 1672, L. 1, § 51; MYNSINGER VON FRUNDECK JOACHIM, *Hoc est, corpus perfectum scholiorum ad Institutiones Iustinianaeas pertinentium, Coloniae arippinae* (Cologne) ed. Petrus Cholinus, 1659, n. 7 et 9 *ad Inst. 4,6,30*; *contra*: VOET, *Commentarius ad Pandectas*, nt. 57, lib. 16, tit. 2 para. 15.

60) MEDICES SEBASTIANUS, *Tractatus de compensationibus*, in: *Tractatus universi iuris*, tom. 6, pars 2, Venise 1584, qu. 18, indique: "...*utrum in contractu commodati compensatio admittatur? Respondeo communis esse opinio quod sic, ut attestatur...*".

61) CUJAS JACQUES, p.ex. *ad C. 4,23,4* (*Opera omnia*, vol. 2, Paris 1837, f. 1255).

62) TYNDARUS ALPHANUS, *De compensationibus*, Venise 1584, in: ZILETTUS, *Tractatus universi iuris*, tom. 6, pars 2, art. 5, n. 41.

63) *Ibidem*.

haec singularis lex (64)); le *commodatum* est lui comme tous les contrats sanctionnés par une action personnelle: la compensation est possible, avant tout lorsque la chose est détruite et qu'on ne peut plus la restituer en nature (65).

IV. Les justifications de la reprise de l'interdiction en droit moderne

Si le fondement de l'interdiction justinienne se retrouve durant le Moyen-Age, la *ratio* de l'interdiction n'est plus toujours présente de manière très claire et unanime; il y a pour ainsi dire trois sensibilités différentes. C'est ce qui va ouvrir la brèche à de nombreux débats au cours du XIX^e siècle. Je souhaite ici uniquement comparer très brièvement deux situations: le cas français et le cas allemand.

En France, c'est avant tout les ouvrages de Domat et Pothier qui vont déterminer le droit des obligations du Code civil (66). Si le premier ne s'exprime pas sur la justification de l'interdiction, Pothier en revanche écrit dans son traité des obligations (67) que l'exception ne peut concerner que le dépôt irrégulier, puisque le dépôt régulier ne remplit pas les conditions d'identité du genre.

64) BARTOLUS, *Commentaria*, nt. 52, Tom. 7, C. 4,34,11, si quis, n. 1.

65) La gl. *depositi* ad C. 4,31,14: "*fieri compensationem: intellige semper si res desit posse restitui*"; ég. DONELLUS, *Opera Omnia*, nt. 56, col. 804.

66) Cf. notamment FENET PIERRE-ANTOINE, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Osnabrück 1968, tome XIII, p. 411 ss, où Pothier et Domat sont loués et considérés comme une référence pour l'utilisation ultérieure du Code.

67) POTHIER ROBERT JOSEPH, *Traité du contrat de dépôt*, in: *Oeuvres complètes*, vol. 8, n. 59, Paris 1824, p. 372, n. 625

C'est donc uniquement l'exigence d'identité du genre qui est importante, et non la nature du contrat de dépôt. En conséquence, il considère d'une part que la compensation est possible tant dans le dépôt régulier que le dépôt irrégulier pour les contre-créances issues du dépôt même, comme les dépenses nécessaires pour la conservation de la chose déposée⁽⁶⁸⁾. Pothier admet dès lors que la situation est analogue pour le contrat de prêt à usage⁽⁶⁹⁾; il retient dès lors aussi l'interdiction de compenser pour ce dernier. La situation du CCfr. (art. 1293) s'explique dès lors par le fait qu'on ne perçoit plus le contrat de dépôt comme un contrat donnant naissance à une relation de confiance particulière. La fonction de l'interdiction est ainsi perdue⁽⁷⁰⁾; elle n'a pour effet spécifique que d'imposer une compensation *ex eadem causa*⁽⁷¹⁾.

68) POTHIER ROBERT JOSEPH, *Traité du contrat de dépôt*, in: *Oeuvres complètes*, vol. 8, n. 59, Paris 1821, p. 305 s.

69) POTHIER ROBERT JOSPEH, *Traité du prêt à usage*, in: *Oeuvres complètes*, vol. 8, n. 44, Paris 1821, p. 31 s.: "La raison est que, suivant les principes que nous avons établis en notre traité des obligations (n. 530), sur la matière de la compensation, on ne peut opposer de compensation contre la dette d'un corps certain".

70) Cf. ég. en droit autrichien, OFNER JULIUS, *Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vienne 1889, réimpr. Glashütten im Taunus, 1976, Vol. II p. 245 (§ 569): "man dem Leih und Verwahrungsvertrag aus guten Gründen diese Sicherheit und Heiligkeit zugestehet" et pour ZEILLER FRANZ V., *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, tome IV (1813), p. 170, sinon: "das wechselseitige Zutrauen der Mitbürger geschwächt würde"; pour l'ensemble cf. DULLINGER, *Handbuch der Aufrechnung*, nt. 11, p. 107.

71) Cf. pour une analyse similaire, les rédacteurs du Dresdener Entwurf, *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, Tome 4, Dresden 1865 (réimpr. édit. W. SCHUBERT, Francfort-sur-le Main 1984) p. 2674.

En Allemagne, les auteurs du droit naturel avaient déjà suivi un cheminement parallèle. Ainsi, Samuel Pufendorf (1632-1694), déjà bien avant Pothier, n'évoquait pas non plus la particularité du dépôt lorsqu'il traitait de la compensation dans son ouvrage de 1672, *De iure naturae et gentium* (72). Johann Christian Wolff (1679-1754) indiquait en 1745 dans son *Ius Naturae* que la compensation n'avait lieu ni dans le dépôt ni dans le commodat, parce que la chose, même fongible, devait être restituée en espèce (73). En 1754, il reprenait la même idée dans son ouvrage *Institutiones Iuris Naturae et Gentium* (74). Le caractère éthique particulier de ces contrats n'était ainsi plus du tout évoqué par les juristes du droit naturel.

La prise de conscience par les auteurs du Code civil français de l'absence d'un caractère éthique spécifique au contrat de

72) PUFENDORF SAMUEL, *De iure naturae et gentium*, éd. de 1688, reproduit in Oxford/London 1934, vol. 1, p. 535 s.; ni d'ailleurs HEINECCIUS IOHANNES GOTTLIEB, *Elementa iuris naturae et gentium*, Halae 1788, § 409 et 410.

73) WOLFF JOHANN CHRISTIAN, *Ius Naturae...*, Halle 1745 (réédition Thomann M., in: *Gesammelte Werke*, Hildesheim 1968), Pars V, cap. IV, § 794: "*Compensatio non habet locum adversus depositum. Etenim in deposito res in specie restituenda. Quamobrem si vel maxime debeat rem fungibilem deponens, quae eiusdem generis est cum re deposita, cum tamen res fungibilis in specie determinata, non autem in genere debita, cum re fungibili eiusdem qualitatis ac quantitatis compensari nequeat; nec compensatio locum habet adversus depositum...*"; § 795: "*Adversus commodatum locum non habet compensatio. Quoniam enim commodatarius rem in specie restituere debet, eodem modo patet adversus commodatum locum non habere compensationem, quo idem de deposito ostendimus*".

74) WOLFF JOHANN CHRISTIAN, *Institutiones Iuris Naturae et Gentium...*, Halle 1754 (réédition Thomann M., Hildesheim 1969), § 756, p. 464.

dépôt, doublée de l'influence des écrits des juristes du droit naturel, va amener, par étapes, le droit allemand à supprimer totalement l'interdiction spécifique de compenser dans le dépôt.

Si le *Landrecht* prussien (ALR, I,16 § 363-365 ⁽⁷⁵⁾) prévoit encore l'exception aussi bien pour la restitution en nature de l'objet déposé que pour sa contre-valeur, les auteurs du *Dresdner Entwurf* mettent en doute la portée de l'exception ⁽⁷⁶⁾. Pour certains, il paraît difficile de reconnaître une relation de confiance accrue pour le dépôt ("vorzügliche Treue" ⁽⁷⁷⁾) par rapport à d'autres contrats, en tout cas pour la créance en remboursement des frais ⁽⁷⁸⁾; ils finissent par renoncer à la suppression de l'exception, la limitant toutefois de manière importante: seule la

75) "§ 363. Der, welchem etwas in Verwahrung gegeben, oder eine nicht verbrauchbare Sache, geliehen worden, kann sich gegen die schuldige Rückgabe mit der Compensation nicht schützen. § 364. Auch alsdann findet keine Compensation statt, wenn der Verwahrer, bey der nicht mehr möglichen Rückgabe der niedergelegten Sache selbst, den Werth derselben zu erstatten verpflichtet ist. § 365. Dagegen kann auf den zu erstattenden Werth der geliehenen Sache mit andern Forderungen compensirt werden".

76) *Dresdner Entwurf*, *Protocolle*, nt. 70, Tome 4, p. 2665 ss.

77) *Dresdner Entwurf*, *Protocolle*, nt. 70, Tome 4, p. 2667.

78) *Dresdner Entwurf*, *Protocolle*, nt. 70, Tome 4, p. 2668: "Ihre innere Rechtfertigung finde diese auf der D. 16,3,23 fussende und auch von bewährten Juristen vertheidigte Ansicht darin, daß der Grund des Ausschlusses der Compensation gegen die *actio depositi*, soweit sie sonst zulässig wäre, in der darin liegenden Verletzung der besonderen Vertragstreue des Depositars zu suchen sei, von dem Depositär aber, welcher, um zu seiner Entschädigung wegen auf die Sache gemachter Verwendungen oder wegen des durch die Sache ihm verursachten Schadens zu gelangen, gegen die auf Erstattung des Werthes der Sache gerichtete Klage der Compensationseinrede sich bediene, *nicht wohl gesagt werden könne, daß er gegen Treu und Glauben handle*, sowenig als wenn er in diesem Falle von dem Retentionsrechte Gebrauch mache...".

compensation avec la valeur de la chose déposée est interdite ⁽⁷⁹⁾, et encore avec certaines réserves spécifiques.

Les rédacteurs du BGB vont faire le pas supplémentaire que n'a pas fait Pothier. Constatant que pour le dépôt régulier la question de la compensation ne se pose qu'en cas de dommages-intérêts compensatoire, la majorité ne voyait aucune raison de maintenir dans ce cas-là une interdiction de compenser qui irait au-delà de ce que prévoyait déjà le § 287 (actuel § 393 BGB ⁽⁸⁰⁾) ⁽⁸¹⁾. Pour le dépôt irrégulier, la pratique excluait parfois la compensation, mais selon les rédacteurs, la pratique n'était pas suffisamment uniforme pour admettre que tel était (ou devait) toujours être la volonté des cocontractants ⁽⁸²⁾. Ils supprimèrent dès lors purement et simplement l'interdiction spécifique pour le dépôt, ainsi que pour les contrats de prêt à usage (*commodatum*),

79) Art. 365 Dresdner Entwurf: "Die Aufrechnung findet nicht statt gegen Forderungen auf Erstattung des Werthes einer widerrechtlich entzogenen Sache, ferner gegen Forderungen auf Erstattung des Werthes einer hinterlegten Sache, soweit nicht der Art. 741 etwas Anderes bestimmt...".

80) "Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig".

81) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Vol. II, Berlin 1898, p. 398: "Soweit dagegen der Anspruch des Hinterlegers auf Schadensersatz gehe, sei kein Grund ersichtlich, weshalb die Aufrechnung unstatthaft sein sollte, sofern nicht § 287 Platz greife".

82) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Vol. II, Berlin 1898, p. 398 s.: "Was sodann das depositum irregulare anlange, so seien die thatsächlichen Umstände und die Parteiabsichten in den einzelnen Fällen zu mannichfaltig, um die Aufstellung einer für die Mehrzahl der Fälle zutreffenden Auslegungsregel zu ermöglichen....".

de mandat et de *precarium* (83). Les rédacteurs se distancèrent ainsi des positions défendues par certains Pandectistes (84).

La seule interdiction qui demeure est celle qui exclut la compensation lorsque le dépositaire a par dol détruit la chose déposée, afin que les conditions de la compensation soient (artificiellement) remplies (§ 393 BGB (85)). On peut noter que c'est un raisonnement similaire qui a présidé à l'adoption d'une règle semblable dans le (nouveau) code civil néerlandais (art. 6.135 NBW) (86).

83) MUGDAN BENNO, *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, vol. II, Berlin 1899-1900 (réimpr. Aalen 1978) (cité: Mugdan, *Motive*), II, p. 62: "Wie schon bemerkt, erscheinen die im gemeinen Rechte und in modernen Kodifikationen geltenden Beschränkungen der Aufrechnung beim Hinterlegungsvertrage, bei der Gebrauchsleihe, beim Prekarium und Mandat überflüssig. Soweit ein Bedürfnis für den Ausschluss der Kompensation anzuerkennen, ist es durch den § 287 gedeckt"; é.g. p. 324.

84) Cf. p.ex. WINDSCHEID BERNHARD, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, T. II, 7^e éd., Francfort/Main 1891, p. 303 (§ 350 N 7): "Ausnahmsweise findet die Compensation, wenn auch ihre übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, nicht statt: a) gegenüber der Forderung aus einer Hinterlegung (C. 4,33,11; C. 4,31,14,1 i.f.; Inst. 4,6,30 Ueber bez. gegen Beschränkungen, welche man behauptet hat, s. Dernburg S. 514; Eisele, S. 351 f; Entsch. d. RG. XII S. 89 [= Seuss. Arch. XL.14]); DERNBURG, *Geschichte der Compensation*, nt. 6, p. 513 ss, qui admet l'interdiction pour la contre-créance du dépôt, même si les créances proviennent de la même causa (*ex pari causa*); il l'admet de même pour le *depositum irregulare* ou pour la créance en dommages-intérêts pour *mora*; il ajoute cependant (p. 516): "Durch die Ausschliessung der Compensation sollte dem Deponenten eine Rechtswohlthat erzeugt, keine Beschränkung aufgelegt werden; daher steht ihm seinerseits das Recht zu, mit seiner Gegenforderung auf etwaige Schulden an den Depositär abzurechnen".

85) Cf. GERNHUBER JOACHIM, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, 2^e éd., Tübingen 1994, p. 259; PIELEMEIER KLAUS, *Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB*, nt. 47, p. 92 ss.

86) *Parlamentarie Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1981, p. 508:

V. Conclusion

Le survol de l'évolution de l'interdiction de la compensation en matière de dépôt, brossé à grands traits, nous a permis de faire un certain nombre de constatations.

D'abord, l'apparition d'une authentique interdiction de la compensation dans le dépôt n'a lieu que sous Justinien (C. 4,34,11) et uniquement pour l'*actio depositi directa*, que la chose déposée existe encore ou qu'elle ait été détruite. Cette interdiction repose sur des considérations éthiques et non sur l'absence d'identité entre genre et corps certain, comme l'envisageaient encore les Sentences de Paul. Selon la constitution de Dioclétien reprise dans le Code de Justinien (C. 4,23,4), une interdiction similaire pour le prêt à usage (*commodatum*) valait du moins pour la *retentio*.

Le Moyen Âge est resté sensible au caractère particulier du contrat de dépôt, mais avec l'évolution de la société et la perte de la notion du devoir de rendre service (qu'avait le citoyen romain) en prenant une chose en dépôt, le fondement même de l'interdiction tendait à s'effriter. Si l'interdiction est maintenue en droit français notamment, c'est ainsi plus pour se conformer aux sources romaines que parce qu'elle repose encore sur une *ratio*

"De bepalingen van artikel 1465 sub 1 en sub 2, waartegen in de literatuur ernstige bezwaren zijn ingebracht, zijn niet in dezelfde vorm overgenomen"; il considère que le cas de la destruction de la chose déposée notamment tombe alors sous le coup de l'art. 6:135 NBW qui interdit la compensation "si son obligation porte sur le dommage qu'il a causé intentionnellement".

legis spécifique, l'absence d'identité des genres ne suffisant pas à justifier une interdiction particulière.

La disparition de l'interdiction en droit allemand ou néerlandais n'est ainsi que le résultat d'une évolution logique, qui est en partie le fruit de l'évolution des mœurs. Dans une société où le contrat de dépôt n'est plus nécessairement un contrat gratuit, perçu comme un devoir par le dépositaire, l'interdiction de compenser dans le dépôt a perdu toute justification: **a)** Des conditions ordinaires, on peut déjà déduire que la compensation n'est pas possible avec le corps certain déposé (dépôt régulier). **b)** On peut tout au plus accepter une interdiction de compenser lorsque le dépositaire a volontairement détruit l'objet pour que les conditions de la compensation soient remplies. Dans ce cas cependant, les règles générales du droit des obligations, en particulier, le fait que le dépositaire a frauduleusement obtenu l'accomplissement d'une condition légale, pourraient permettre d'atteindre le même résultat ⁽⁸⁷⁾. **c)** En conséquence, même en matière de dépôt irrégulier, l'interdiction de la compensation me paraît perdre sa justification.

Conformément à l'évolution de notre société, il faut dès lors que le contrat de dépôt rentre dans le rang et que l'interdiction de compensation qui l'affectait disparaisse. On ne peut dès lors que se réjouir de constater que la Commission-Lando pour l'uni-

87) En droit suisse, on pourrait alors envisager l'application de CO 156 par analogie.

fication du droit privé européen a renoncé à une disposition spécifique sur la compensation dans le contrat de dépôt (88).

88) Cf. le "position paper" préparé par R. ZIMMERMANN pour cette commission: ZIMMERMANN REINHARD, *Die Aufrechnung, Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht*, in: V. Beuthien et al. (édit.), *Festschrift für Dieter Medicus*, Munich 1999, p. 707 ss, en part. 735 ss.

Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de *mora creditoris*

por Elena QUINTANA ORIVE

(Universidad Autónoma de Madrid)

I. El principal efecto que los juristas republicanos atribuyeron a la mora del acreedor era la facultad del deudor de liberarse del vínculo obligatorio con el abandono del objeto debido. Concretamente, en D.18.6.1.4 ⁽¹⁾ Ulpiano refiere un principio enunciado por los *veteres* en virtud del cual el vendedor de unos toneles de vino (*doliare vinum*) quedaba liberado de toda responsabilidad en caso de que el comprador no se encargase de recoger el vino a su tiempo, y se le facultaba para *effundere*

1) D.18.6.1.4 (Ulpianus lib. XXVIII ad Sabinum): *Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuantur quam ad vindimiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit.*

vinum con la finalidad de que los recipientes quedaran libres para otros usos (2).

RICCOBONO JR. considera que este principio referido por los *veteres* en orden a la compraventa del vino sería susceptible de extensión analógica a toda relación obligatoria, y considera que el rigor de esta regla sería fruto de un ambiente condicionado por el sistema económico — el comercio del vino constituía el principal producto de la economía romana desde las guerras púnicas — y, la falta de una institución — el depósito liberatorio — susceptible de preservar los intereses del acreedor sin lesionar al deudor (3).

2) Catón recoge en algunos de sus pasajes (*De agricultura* 147 y 148 : *...dominus vino quid volet faciet*) esta antigua práctica, y señala en el cap.148 como en caso de mora del comprador, el vino podía quedar en depósito en poder del vendedor hasta el 1 de octubre, que sería la fecha en la que, una vez realizada la vendimia y las tareas de elaboración del mosto, serían imprescindibles las tinajas ocupadas para llenarlas. Desde este momento, el vendedor está facultado para disponer del vino, pudiendo en último caso, derramarlo. Véase M. BENITEZ, *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid 1994, p.176. O. GRADENWITZ [*Das Ausgießen des Weines und L. 1 § 3 de periculo et commodo*, BIDR 37 (1929) p.53-56] contempla la posibilidad de que se tratase de un vertido del líquido en recipientes construidos en el suelo, como los descubiertos en Ostia, en este caso el *effundere* no significaría una pérdida del vino sino un empeoramiento de la calidad. R. ASTOLFI (*I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padua 1983, p.120-121) destaca como esta regla de D.18.6.1.4 es recogida y complementada en las *res cottidianae* de Gaius (D.18.6.2). En relación a este último fragmento véase la exégesis que al mismo realiza J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid 1996, p.96-100.

3) RICCOBONO Jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, Annali Palermo 29 (1962) p.126-129. Véase JÖRS-KUNKEL (*Römisches Privatrecht*, Berlin 1935, p.186, n.9) a propósito de D.33.6.8 que se refiere a un legado de vino.

Este principio de irresponsabilidad del vendedor-deudor en caso de *mora creditoris* se recoge también en D.18.6.13 (4), aquí Paulo nos refiere la opinión del jurista republicano Alfenio Varo: el daño, en este caso, destrucción por el edil de las camas colocadas en la vía pública por el vendedor tras la negativa del comprador a recibirlas, recae sobre el acreedor moroso (*per eum stetit quo minus traderentur*); y esto es así porque en esta época la *mora creditoris* libera al deudor de toda responsabilidad. El deudor no tiene el deber de colocar las camas en lugar seguro, y en este sentido RICCOBONO JR. considera que la solución adoptada por el vendedor sería un acto necesario al no poder tener ya las camas en su propia tienda, y al no conocerse en época republicana la institución del depósito liberatorio (5).

4) D.18.6.13(12) (Paulus lib. III Alfeni Epitomarum): *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetit quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet*. E. BETTI (“*Periculum*”. *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, Studi in onore di P. de Francisci I, p.174-175) al estudiar este fragmento observa como es equiparada a la *traditio* — momento decisivo para el traspaso del riesgo del vendedor al comprador — la *mora* del acreedor (*emptor*). BETTI considera que el sentido del término *periculum* en D.18.6.13 es el de “rischio contrattuale” y no el de responsabilidad por custodia como defiende ARANGIO-RUIZ; en este sentido, BETTI excluye la clasicidad de una responsabilidad por custodia del vendedor. Véase también M. TALAMANCA, *Considerazione sul “periculum rei venditae”*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano VII, Madrid 1995, concretamente p.226-337. Sobre D.18.6.13(12): J.A.C. THOMAS, *Sale Actions and other Actions*, RIDA 26 (1979) p.421-422; G. MACCORMACK, *Alfenus Varus and the Law of the Risk in Sale*, LQR 101 (1985) p.583ss.; G. THIELMANN, *Traditio und Gefahrübergang*, ZSS (1989) p.301-304; R. CARDILLI, *L’obbligazione di “praestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C- II sec. d.C)*, Milano 1995, p.295ss.

5) RICCOBONO Jr., *Profilo storico*, op. cit., p.167.

En esta época el deudor no está obligado a garantizar la prestación después de la mora del acreedor, de tal forma que la eventual conservación de la misma sería meramente facultativa y no crearía a cargo del acreedor la obligación de indemnizar los gastos realizados por el deudor; si bien a estos efectos hay que señalar la opinión de los juristas republicanos Sesto Elio y Livio Druso recogida por Celso en D.19.1.38.1 (6), los cuales sostienen que *pro cibariis per arbitrium indemnitate posse*; ahora bien la *sententia* de estos juristas republicanos estaría fundada en motivos de equidad y sería una solución a un caso particular: el motivo de esta opinión sería que todavía en esta época no se puede hablar de un principio de resarcimiento del daño causado por la mora.

Será en época clásica cuando Masurio Sabino construya la doctrina de la mora del acreedor en función de la norma-límite de la responsabilidad del deudor; así en D.45.1.105 (7), el deudor queda liberado no porque el acreedor se haya retrasado en la

6) D.19.1.38.1 (Celsus lib. VIII digestorum): *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.* Véase sobre D.19.1.38.1: RICCOBONO Jr., *op. cit.*, p.142-146; S. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im Klassischen römischen Recht*, TR 51 (1983) p.251-252.

7) D.45.1.105 (Iavolenus lib. II epistularum): *Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus is quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.*

recepción del objeto sino porque durante la mora la prestación debida ha quedado destruída (8).

Un ejemplo del debilitamiento de la regla de la liberación del deudor por abandono del objeto debido en esta etapa lo recoge Labeón en D.18.1.50 (9): se trata de un supuesto de compraventa de una biblioteca sometida a una condición potestativa (*si decuriones Campani locum mihi vendidissent*), la cual no puede realizarse por culpa del comprador (*per me stet, quominus id a Campanis impetrem*); en este caso el vendedor podrá actuar como si la condición se hubiese verificado (*quasi impleta condicione*) (10). El hecho aquí de no procurar el acreedor un local en el que colocar la biblioteca adquirida constituye una violación del deber de cooperación que incumbe al acreedor (comprador de los libros) y que da lugar a un caso de *mora creditoris*. El deudor tiene, en este caso, derecho a obtener el precio y es que a diferencia de la época anterior, Labeón da el medio procesal para

8) Véase M. NITSCHKE, *Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung*, SDHI 24 (1958) p.206.

9) D.18.1.50 (Ulpianus lib. XI ad edictum): *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur*. Véase sobre este fragmento: D. DAUBE, *Slightly different*, IVRA 12 (1961) p.109ss.; M. SARGENTI, *Labeone: La nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, IVRA 38 (1987) p.66-67.

10) RICCOBONO Jr (*Profilo storico, op. cit.*, p.219, n.53) señala como Ulpiano aplica un principio general en materia de incumplimiento de una condición potestativa que se va formando durante el Principado y que permite al vendedor, en caso de una compraventa sometida a una condición potestativa y que no ha podido realizarse por culpa del comprador, actuar como si tal condición se hubiese verificado.

obtener dicho precio (*ego etiam ex vendito agi posse*), pero no habla de abandono del objeto debido.

Podemos constatar como en época altoclásica (Siglo I d.C.), la responsabilidad por dolo del deudor y la obligación de conservación de la cosa debida, constante la mora del acreedor, atenúan la regla mencionada del abandono del objeto debido como medio de liberación ya que ahora la extinción de la responsabilidad del deudor será resultado de un hecho del acreedor y del *per eum non staret quominus daret* del deudor ⁽¹¹⁾.

II. Es unánime en la doctrina — ante el silencio de las fuentes jurídicas — la inexistencia en Roma de un depósito liberatorio en época preclásica, si bien es cierto que Cicerón en algunos de sus escritos menciona el depósito, pero como una

11) En este sentido y a modo de ejemplo : D.18.6.5 (Paulus lib. V ad Sabinum): *Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari ...* ; D.24.3.9 (Pomponius lib. XIV ad Sabinum): *Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum dumtaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet, ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur: fructus tamen, qui pervenissent ad virum, redduntur.* El único código civil europeo que recoge la facultad del abandono liberatorio es el alemán en su parágrafo 303: “Si el deudor está obligado a la entrega de una finca, puede abandonar la posesión después de la mora del acreedor. El abandono debe ser antes notificado al acreedor, a no ser que la conminación sea irrealizable”, el resto de los códigos europeos no reconocen esta facultad al deudor. Véase CATTANEO, *La mora del creditore. Commentario del Codice Civile*, dirigido por A. SCIALOJA y G. BRANCA, Bolonia-Roma 1973, p.54 y J.M. CABALLERO LOZANO, *La mora del acreedor*, Barcelona 1992, p.326.

solución imaginada por los gobernadores de Asia Menor para proteger a los deudores en caso de intereses convencionales ⁽¹²⁾.

Por otro lado, el papel que cumple el depósito de la cosa debida en el derecho clásico ha sido objeto de discusión en la doctrina romanística ⁽¹³⁾: DE RUGGIERO admite la existencia en el derecho clásico de un depósito público que tenía como consecuencia la liberación del deudor, prueba de ello sería que al depositante no le correspondía la *actio depositi* ⁽¹⁴⁾. En contra, SOLAZZI ⁽¹⁵⁾ sostiene la interpolación de los fragmentos en los que se exige un depósito público y niega su existencia en época clásica, ya que para este autor el depósito de la cosa debida no puede considerarse en esta época distinto del ordinario; sólo en el derecho justinianeo se atribuirá relevancia al depósito *in publico loco*, caracterizado por su irrevocabilidad y su eficacia liberatoria. Frente a estas dos tesis contrapuestas, otros autores (NITSCHKE,

12) Cic., *ad fam.*, 13.56.13; Cic., *ad Att.*, 5.21.12 y 6.1.7. Véase R. VIGNERON, *Offerre aut deponere. De l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*, Liège 1979, p.35ss. y p.50: “ Nous constaterons à la fin de notre étude (p.190ss.), que la première source faisant clairement état d'une *depositio* en matière d'intérêts conventionnels date du III^e siècle de notre ère.”

13) DE RUGGIERO, *Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, St. Cagliari I (1909); A. GUARNIERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, Annali Palermo 2 (1923); S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli 1935; P. CATALANO, *Sul deposito della cosa dovuta in diritto romano*, Annali Catania 3 (1949); L. Bove, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, LABEO 1 (1955); H. VIDAL, *Le dépôt in aede*, RHD 43 (1965); así como, entre otros, los autores ya citados NITSCHKE, RICCOBONO Jr. y VIGNERON.

14) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p.121ss.

15) SOLAZZI, *op.cit.*, p.140ss.

RICCOBONO Jr., BOVE y VIGNERON) adoptan posturas no tan radicales. Todo esto nos lleva a un análisis de los diferentes textos en los que el depósito aparece en el derecho clásico como una solución al deudor en caso de mora del acreedor.

Así, en D.16.3.1.37 ⁽¹⁶⁾ Ulpiano refiere el pensamiento de Juliano en caso de incerteza de la persona del acreedor, que en este supuesto sería alguno de los herederos del propio depositante de un objeto determinado, ya que con la muerte de éste sus herederos, cada uno afirmando ser el único heredero, reclaman al depositario la restitución de la cosa. ¿A quién debe devolver el depositario la cosa para quedar liberado de la obligación asumida con el contrato de depósito?. Juliano nos da la solución: La cosa deberá ser consignada a quien dé caución de *defendere adversus alterum reum*; es decir, a aquél de los contendientes que esté dispuesto a defender al depositario frente a la reclamación del otro heredero. Por tanto (*igitur*), en caso de que ninguno *hoc onus suscipiat*, el depositario (deudor) deberá entregar la cosa en un templo hasta que el magistrado se pronuncie sobre la contienda hereditaria, con lo que dicho depósito tendrá efecto liberatorio para el depositario (deudor).

16) D.16.3.1.37 (Ulpianus lib. III ad edictum): *Apud Iulianum libro tertio decimo digestorum talis species relata est: ait enim, si depositor decesserit et duo existant, qui inter se contendant unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est adversus alterum reum defendere, <hoc est eum qui depositum suscepit>: quod si neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait non esse cogendum a praetore iudicium suscipere: oportere igitur **rem deponi in aede aliqua**, donec de hereditate iudicetur.*

Esta solución del depósito *in aedem* ha sido objeto de debate por parte de la doctrina romanística. Algunos autores ⁽¹⁷⁾ consideran que el texto ha sido objeto de interpolación y que el depósito no funciona en este caso como medio de liberación sino que éste tendría más bien la finalidad de exonerar al depositario de la obligación de custodia e impedir la *mora debitoris*; y así se afirma que la liberación de la obligación de restitución no depende del depósito realizado en el templo ya que el depositario sólo podía quedar liberado con la resolución de la contienda hereditaria

17) A. MONTEL. *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, Padua 1930, p.205ss., 213 y 216, considera el fragmento como un testimonio del principio *in illiquidis non fit mora* y como un caso de exclusión de la *mora debitoris* en caso de incerteza de la persona del acreedor. El deudor si no deposita incurrirá en mora. NITSCHKE (*op. cit.*, p.187-189) considera que la frase final (*oportere ...iudicetur*) ha sido objeto de interpolación. Según NITSCHKE (p.188) no hay una necesidad real de depositar el objeto (eine sachliche Notwendigkeit, die Sache zu hinterlegen, ergibt sich nicht); Justiniano, tal vez, habría exigido aquí el depósito como una seguridad adicional para posibilitar a los contendientes tomar la cosa y entregarla a un *sequester* (Justinian hat die Hinterlegung hier als eine zusätzliche Sicherheit gefordert, vielleicht um damit den Streitenden zu ermöglichen, die Sache gemeinsam an sich zu nehmen und einem Sequester zu übergeben). Además — NITSCHKE — no olvidemos que en el derecho clásico el depositario se obligaba a devolver la cosa pero no a su custodia. Véase también RICCOBONO Jr., *op. cit.*, p.342; A. GUARNIERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, Annali Palermo 2 (1923) p.212. Otros autores alegan diversas razones para negar la autenticidad del texto: SOLAZZI (*op. cit.*, p.147-148) considera que admitir la clasicidad del texto sería aceptar una *depositio sin oblatio* (ofrecimiento) previa “perchè il debitore non saprebbe a chi farla dei due contendenti e non vorrebbe sopportare il rischio della scelta sbagliata”; LEVY (*Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar 1962, p.32) hace una crítica del texto pero desde un plano procedimental y duda de su autenticidad; pero en relación con este aspecto, el propio NITSCHKE (p.187) opina que, con esta medida (*rem deponi in aede aliqua*), lo que se pretendía era que las partes no iniciasen un proceso sobre la legitimidad de sus pretensiones a la herencia si ya estaba en marcha otro para conseguir la entrega de la cosa, con ello se evitaban los efectos desfavorables que tendría la consumación de la acción.

por el juez (*donec de hereditate iudicetur*); en este caso el depositario debería restituir la cosa o, en caso contrario, *suscipere iudicium*.

Otro supuesto en el que aparece mencionado el *deponere in aedem* es en el campo de la *manumisiones testamentarias*, concretamente en D.40.7.4pr ⁽¹⁸⁾ y D.40.5.47.2 ⁽¹⁹⁾. En el primer texto, en el que Sabino desarrolla el pensamiento de Trebacio referido por Ulpiano en D.40.7.3.12 ⁽²⁰⁾, nos encontramos ante un caso de manumisión testamentaria directa (*libertas directo data*) ⁽²¹⁾: el heredero (acreedor) está ausente en interés del Estado y el *statuliber* tiene el dinero que ha de pagar al

18) D.40.7.4 pr (Paulus lib. V ad Sabinum): *Cum heres rei publicae causa abisset et pecuniam statuliber haberet: vel exspectari eum debere, donec redeat is cui dare debet, vel **deponere in aedem pecuniam consignatam oportet**, quo subsecuto statim ad libertatem pervenit.*

19) D.40.5.47.2 (Iulianus lib. XLII digestorum): *Si Stichus libertas per fideicommissum data fuerit sub condicione, si rationes reddidisset, et is absente herede paratus sit reliqua solvere, praetoris officio continetur, ut virum bonum eligat, cuius arbitrio rationes computentur, et pecuniam, quae ex computatione colligitur, **deponat**, atque ita pronunciet libertatem ex causa fideicommissi deberi. Haec autem fieri conveniet, si heres **ex iusta causa** aberit: nam si **latitabit**, satis erit liquere praetori **per servum non stare, quo minus condicione pareat**, atque ita pronuntiare de libertate oportebit.*

20) D.40.7.3.12 (Ulpianus lib. XXVII ad Sabinum): *Si quis sic acceperit libertatem" cum decem dare poterit, liber esto", Trebatius ait, licet habuerit decem ... tamen non alias ad libertatem perventurum, nisi dederit aut per eum non steterit, quo minus det: quae sententia vera est.*

21) La *manumissio directa* podía ser ordenada bajo condición o término y, el *servus*, en este período intermedio en el que está pendiente el cumplimiento de la condición, quedaba en la situación especial de *statuliber*, es decir, persona que puede ser transmitida o enajenada durante este estado de pendencia y que se hace automáticamente libre en el momento en que se cumpla la condición.

heredero (cumplimiento de la condición) para conseguir su libertad; en este caso se le ofrecen al *statuliber* dos posibilidades: ó esperar a que el heredero regrese o depositar la suma en un templo.

Para FREZZA (22), Sabino construye en D.40.7.4pr. un principio general que modifica la disciplina jurídica de la *statulibertas* desde las XII Tablas (23); en virtud de este principio si el heredero *moram facit libertati* entonces, el *statuliber* adquirirá la libertad en caso de que *per eum non staret quo minus daret*, es decir, si no ha podido cumplir sin mediar culpa la *condicio libertati*. En la concepción sabiniana — para estos autores — el depositar *in aedem* la prestación debida en caso de ausencia justificada (24) (*reipublicae causa abesset*) es solamente uno de los supuestos en los que *per eum non staret quo minus daret*. El depósito aparece en este caso empleado con efectos limitados, similares a los del depósito común y no como medio de liberación.

22) P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, vol. I, Padua 1962, p. 355ss.

23) Según el antiguo derecho si el incumplimiento no dependía de un acto del heredero, el *statuliber* no conseguía la libertad: Festo., 314: “*Statu liber est, qui testamento certa condicione proposita iubetur esse liber. Et si per heredem est, quominus statu liber praestare possit quod praestare debet, nihilominus liber esse videtur*”.

24) Sabemos que ya con Trebacio la ausencia se configura como un supuesto de *mora creditoris*: RICCOBONO Jr., *op. cit.*, p.337.

Otros autores como DONATUTI, SOLAZZI y BOVE ⁽²⁵⁾ consideran que el fragmento ha sido objeto de interpolación por parte de los Compiladores en virtud del contraste con otro texto de Sabino recogido por Paulo en D.40.7.20.3 ⁽²⁶⁾, en donde no se requiere el depósito sino que basta que al *statuliber* le haya sido imposible sin culpa cumplir la condición. En contra de esta tesis interpolacionista, destaca la opinión de RICCOBONO JR ⁽²⁷⁾, el cual apunta que tal contradicción entre el texto de Ulpiano y el de Paulo — recogiendo ambos la opinión de Sabino — es aparente, ya que en D.40.7.4pr la *mora creditoris* se debe a una ausencia justificada del acreedor, y de esta forma con el depósito *in aedem* se protegen los intereses de ambas partes. En este sentido, NITSCHKE ⁽²⁸⁾ aduce que si el depositario hubiese sido un particular, podían darse circunstancias como que éste muriese o por otro motivo estar ilocalizable; en este caso el *statuliber* no adquiriría la libertad ya que él no disponía de la *actio depositi* y no podía entonces recuperar lo depositado, por ejemplo, del

25) G. DONATUTI, *Lo Statulibero*, Milano 1940, p.267; SOLAZZI, *op. cit.*, p.153; BOVE, *op. cit.*, p.188.

26) D.40.7.20.3 (Paulus lib. XVI ad Plautium): *Is, cui servus pecuniam dare iussus est ut liber esset, decessit. Sabinus, si decem habuisset parata, liberum fore, quia non staret per eum, quo minus daret.*

27) RICCOBONO, *op. cit.*, p.244.

28) NITSCHKE, *op. cit.*, p.168: In der Zwischenzeit konnte der private Depositar sterben, wegziehen oder auf andere Weise unerreichbar werden. In einem solchen Fall war es auch dem Freigelassenen nicht möglich, die private Hinterlegungsstelle zu wechseln; denn er hatte nicht, wie sonst regelmässig der Hinterleger, mit der Hinterlegung eine *actio depositi* erworben.

heredero del depositario. Otra opinión es la de VIGNERON ⁽²⁹⁾, que atribuye más bien la paternidad de D.40.7.4pr a Paulo, y salva así la contradicción entre los fragmentos estudiados.

Un siglo más tarde, Juliano en D.40.5.47.2 ⁽³⁰⁾ contempla el siguiente supuesto: Se promete al esclavo Stico la libertad bajo la condición de rendir cuentas al heredero de su gestión al frente de los negocios del testador; en este supuesto el jurista hace una distinción entre ausencia justificada y ausencia injustificada ⁽³¹⁾. En este segundo caso bastaría para obtener la libertad que el deudor demostrase que estaba ya preparado para el pago pero que le ha sido imposible por la *latitatio* del heredero. En caso de que el heredero esté ausente *ex iusta causa*, Juliano encuentra la solución en el depósito de las cantidades debidas (*deponat, atque ita pronunciet libertatem ex causa fideicommissi deberi*), y ello a diferencia del supuesto que contemplamos anteriormente en D.40.7.4pr., que recogía la opinión de Sabino, en donde el depósito era sólo uno de los posibles remedios ofrecidos por el pretor al siervo (*vel exspectari ... vel deponere*).

Por lo que hace al valor y efectos de este depósito contemplado por Juliano, hay diferentes posturas: DE RUGGIERO

29) VIGNERON, *cit.*, p.77: “Mais absolument rien, dans le fragment 4 pr., ne permet de deviner que son contenu provient plutôt de Sabinus que de Paul”.

30) Veáse n.19 en donde se recoge el texto de dicho fragmento.

31) Esta distinción encuentra su precedente en dos senadoconsultos del Siglo II d.C. : el S.C. *Rubrianum* (D.40.5.26.7) y el S.C. *Dasummianum* (D.40.5.28.5). Ver: VOCI, *Diritto ereditario romano* II, p.412; NITSCHKE, *op. cit.*, p.164; CATALANO, *op. cit.*, p.514; RICCOBONO Jr., *op. cit.*, p.338.

y CATALANO ⁽³²⁾ consideran que en el texto examinado nos encontramos ante un depósito público en tanto que interviene el pretor; NITSCHKE ⁽³³⁾, por su parte, reconoce que es verdad que el pretor en estos casos coopera, ya que el manumitido por fideicomiso no queda liberado ni por la muerte del heredero ni por el cumplimiento de la condición, sino que debe ser liberado por el heredero mediante un acto de manumisión; por tanto, en caso de ausencia de éste, la liberación deberá ser efectuada a través del procedimiento cognitorio ⁽³⁴⁾ ante el *praetor fideicommissarius*; pero aún así el autor alemán entiende que en D.40.5.47.2 no se establece que el depósito sea público, ya que el magistrado — que no solía ocuparse de los asuntos del heredero — se limita aquí a encargar a un *vir bonus* el cálculo del dinero (*cuius arbitrio rationes computentur*) y que éste lo tuviese en depósito o lo depositase a un tercero.

Después de analizar este texto podemos afirmar que se trata de un caso particular en el que opera más el principio del *favor libertatis* que el principio de la eficacia del depósito público o

32) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p.163; CATALANO, *op. cit.*, p.515. Ha dado lugar a discusión la frase *et pecuniam ... deponat*, ya que el verbo se está refiriendo al magistrado: SOLAZZI (p.152) considera que el texto está interpolado; DE RUGGIERO (p.163) para excluir la interpolación propone sustituir *deponat* por *deponatur*, ya que posiblemente — según él — estaríamos ante un error de transcripción del copista.

33) NITSCHKE, *op.cit.*, p.165-166.

34) No olvidemos que el esclavo no puede exigir su propia libertad con arreglo al *ius civile*, por carecer de capacidad.

judicial ⁽³⁵⁾, y además también es cierto — NITSCHKE ⁽³⁶⁾ — que en estos casos no se trata de un depósito de la cantidad debida, ya que el esclavo no debe al testador esa suma sino que el depósito aparece aquí como un requisito necesario para el cumplimiento de la condición, aunque también es verdad que la posición del *statuliber* frente al retraso del heredero es similar a la del común deudor en caso de mora de acreedor.

Otros textos del Digesto discutidos por la doctrina a la hora de considerar los efectos liberatorios del depósito en época clásica son: D.17.1.56.1 ⁽³⁷⁾ y D.46.1.64 ⁽³⁸⁾, en ambos fragmentos se sanciona que el *fideiussor* que hubiese ofrecido el dinero al acreedor y que, por la minoría de edad de éste y el temor a una posible *restitutio in integrum*, lo hubiese sellado y depositado en un lugar público, puede dirigirse contra el deudor principal por la acción de *mandati contraria*. Para NITSCHKE ⁽³⁹⁾ la concesión de dicha acción implica que el depósito realizado por el fiador es irrevocable (no dispone del ejercicio de la *actio depositi*) y contempla la posibilidad de que nos encontremos aquí ante

35) En este sentido véase: RICCOBONO Jr., *op. cit.*, p.458 y VIGNERON, *op. cit.*, p.78.

36) NITSCHKE, *op. cit.*, p.162.

37) D.17.1.56.1 (Papinianus lib. III responsorum) : *Fideiussor qui pecuniam in iure optulit et propter aetatem eius qui petebat obsignabit ac publice deposuit, confestim agere mandati potest.*

38) D.46.1. 64 (Hermogenianus lib. II iuris epitomarum): *Fideiussor, qui minori viginti quinque annis pecuniam optulit et in publico loco metu in integrum restitutionis consignatam deposuit, confestim experiri mandati poterit.*

39) NITSCHKE, *op. cit.*, p. 170 ss.

soluciones derogatorias del principio de la revocabilidad del depósito en época clásica, imaginadas por la jurisprudencia, para casos especiales. Por el contrario, VIGNERON ⁽⁴⁰⁾ considera que de estos fragmentos no se puede deducir la irrevocabilidad del depósito realizado porque se entiende que el deudor principal puede, no obstante, ejercitar la *actio mandati directa* ante cualquier actuación del fiador como, por ejemplo, revocar el depósito después de ejercitar la *actio mandati contraria* y retirar lo depositado.

IV. Otra cuestión de interés es el papel que el depósito cumple en relación a los intereses y al derecho de prenda. Y así podemos constatar que en época preclásica y en época altoclásica el deudor se liberaba del pago de los intereses sólo en el caso de que *non per eum stetit, quo minus solveretur*. En este sentido D.26.7.28.1 ⁽⁴¹⁾, que recoge la opinión del jurista Marcelo, nos dice que basta la oferta infructosa para que se interrumpa el devengo de los intereses; si bien Ulpiano que anotó los *Digesta* de Marcelo reclama, en la parte final del fragmento, el depósito

40) R. VIGNERON, *Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest*. BIDR 45 (1974): “L’exercice de l’*actio mandati contraria* ne mettait cependant pas fin aux relations des parties. Selon le sort que connaîtraient dans la suite les valeurs déposées, d’autres actions seraient intentées: *actio mandati directa* du débiteur principal contre la caution, seconde *actio contraria* de cette dernière contre le débiteur ou, contre celui-ci encore, action de la créance originaire “vendue” à la caution par le créancier”.

41) D.26.7.28.1 (Marcellus lib. VIII digestorum): *Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam: quin etiam iustius mihi videtur eum per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat: non sufficit optulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco.*

como instrumento necesario para interrumpir el curso de las usuras.

Este contraste jurisprudencial parece deberse a que en época clásica existieron, al menos, dos opiniones: una representada por Marcelo, la otra sugerida por otros juristas (42), entre los cuales se encontraba Papiniano, y que es recogida por Ulpiano (43).

SIBER (44) considera que los intereses a los que se refiere Ulpiano son seguramente los que el tutor debe por la utilización que hizo del patrimonio del pupilo en su propio provecho y, en cambio, cuando se trata de los intereses de demora estos cesan en el momento en que el deudor ofrece la cantidad adeudada (*non per debitorem stat, quominus solvatur*), ya que sería injusto que el deudor estuviese obligado a pagar los intereses de demora hasta el depósito.

42) D.22.1.1.3 (Papinianus lib. II Questionum): *Si tutelae iudicio nolentem experiri tutor ultro convenerit et pecuniam optulerit eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras*. En este sentido, VIGNERON (*Offerre aut deponere ... op.cit.*, p.180) reconoce que “ la *restitutio tutelae* était un domaine où la nécessité d’un procédé (la *depositio*) conciliant les intérêts du créancier et du débiteur avait dû être impérieuse”.

43) NITSCHKE, *op. cit.*, p.136.

44) H. SIBER, *Römisches Recht*, Darmstadt 1968, p.260: “ ... durch versiegelte Hinterlegung wird auch ihr Lauf abgebrochen”.

45) D.4.4.7.2 (Ulpianus lib. XI ad edictum): *Sed et si ei pecunia a debitore paterno soluta sit vel proprio et hanc perdidit, dicendum est ei subveniri, quasi gestum sit cum eo, et ideo si minor conveniat debitorem, adhibere debet curatores, ut ei solvatur pecunia: ceterum non ei compelletur solvere. Sed hodie solet pecunia in aedem deponi, ut Pomponius libro vicensimo*

Por otro lado vemos que en D.4.4.7.2 ⁽⁴⁵⁾, texto que es considerado genuino por la doctrina más reciente ⁽⁴⁶⁾, Ulpiano recoge un supuesto en el que un menor recibe un pago de un deudor de su padre o de uno propio, perdiendo después el dinero; en este caso — dice Ulpiano — se le protegerá como si el negocio hubiese sido concluído con él; por ello cuando un menor demande a su deudor el pago deberá hacer intervenir a sus curadores para que la suma le sea entregada. En caso de que el acreedor no tuviese o no presentase a sus curadores, Ulpiano constata al final del fragmento una cita de Pomponio que relata la práctica (*sed hodie solet*) del depósito *in aedem* en estos supuestos con la finalidad de que el deudor no tuviese que sufrir desde entonces la carga de los intereses y que el acreedor, si es un menor, no perdiese el dinero ⁽⁴⁷⁾ — no olvidemos el temor del deudor a una posible *restitutio in integrum* en caso de que el menor (acreedor) pierda o dilapide el dinero ya entregado —.

octavo scribit, ne vel debitor ultra usuris oneretur vel creditor minor perdat pecuniam, aut curatoribus solvi, si sunt.

46) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p.132, n.2; VIGNERON; *Offerre aut deponere ... op. cit.*, p.99; NITSCHKE, *op. cit.*, p.144, n.156, defienden la autenticidad del texto y señalan como ya en época clásica se utilizaba en textos no jurídicos el verbo *deponere*+acusativo (Livius, *Ab urbe condita cond.* 23.11.5s. : “... *coronam Romae in aram Apollinis depossuisse*”).

47) En el siglo II d.C. se manifiesta una tendencia jurisprudencial favorable al menor. Uno de los efectos de este *favor minoris aetatis* será la posibilidad de que el menor tenga derecho, en caso de fideicomiso o legado, a los intereses de las sumas debidas a partir del día siguiente al *dies cedens* sin que se requiriese una previa interpelación al heredero; véase en este sentido A. MONTEL, *La cosiddetta mora ex re in favore dei minori*, Studi Urbinati 3 (1929) p.62ss. y 72ss.

En relación a los efectos que la mora del acreedor tiene en la obligación del pago de intereses podemos constatar, después del examen de varios textos (D.22.1.18.1 (48); C.4.32.2 (49); D.22.1.7 (50); C.4.32.6 (51), C.4.32.9 (52)) que en época clásica

48) D.22.1.18.1 (Paulus lib. III responsorum): *Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, **medii quoque temporis usurae pretii, quod in causa depositi non fuit, praestabuntur.***

Véase: NITSCHKE, *op. cit.*, p.141; BOVE, *op. cit.*, p.183; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle "usurae" c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, p.28: "l'impossibilità materiale di compiere l'*oblatio*, dovuta all'incertezza sulla persona del creditore, non esime il debitore dall'onere di effettuare il deposito della somma dovuta, al fine di ottenere l'interruzione degli interessi".

49) C.4.32.2 (Impp. Severus et Antoninus AA. Lucio): *Usuras emptor, cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamvis **pecuniam obsignatam in depositi causa habuerit, aequitatis ratione praestare cogitur.***

50) D.22.1.7 (Papinianus lib. II responsorum): *Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac **deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum, quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.***

51) C.4.32.6 (Imp. Antoninus A. Antigono): *Si creditrici, quae ex causa pignoris obligatam sibi rem tenet, pecuniam debitam cum usuris testibus praesentibus obtulisti eaque non accipiente obsignatam eam deposuisti, usuras ex eo tempore quo obtulisti praestare non cogaris absente vero creditrice praesidem super hoc interpellare debueras.* P. APATHY (*Mora creditoris und pignus, Iuris professio*, 1986, p.14-15) señala: "Denn schon unter den Klassischen Juristen hat sich zunehmend durchgesetzt, daß der Zinsenlauf nicht schon mit dem Annahmeverzug, sonder erst mit der Hinterlegung endet". VIGNERON (*Offerre aut deponere ... op. cit.*, p.192) después de un análisis de los textos citados, considera que los jurisconsultos clásicos han debido tratar la *stipulatio usurae* de la misma manera que la *stipulatio poenae*.

52) C.4.32.9 (Imp. Antoninus A. Canio Probo): *Si per te non stetit quominus intra tempora praefinita pecuniam minorum usurarum solves, sed per tutores filiorum creditoris, qui eam accipere noluerunt, idque apud iudicem datum probaveris, eius temporis, quo per te non stetisse apparuerit, usurae*

los intereses de demora cesan con el simple ofrecimiento, mientras que el depósito de las cantidades debidas detiene solamente el curso de los intereses pactados en una relación contractual ⁽⁵³⁾. Respecto de este último no es requisito en época clásica que se realice en un templo ya que la elección del lugar del depósito quedaba a la libre elección del deudor a no ser que, como en el caso visto anteriormente, se requiera que el depósito tenga lugar en un templo, pero en este caso el fundamento del mismo no sería la negativa de recibir el dinero el acreedor sino la minoría de edad de éste.

Por lo que hace a los efectos que el depósito tiene sobre el derecho de prenda podemos señalar que en época clásica bastaba la disponibilidad para el pago, manifestada con el mero ofrecimiento, para que el deudor quedase libre de la misma. El deudor podía reclamar del acreedor moroso la prenda, mediante la *actio pignericia*, en caso de que le hubiese dado alguna

maiores non exigentur. Quod si etiam sortem deposuisti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in usuras non convenieris. VIGNERON (*Offerre aut deponere ... op. cit.*, p.192-193) considera que esta constitución (s. III d.C.) recoge por primera vez de forma inequívoca la práctica de la *depositio* en materia de intereses convencionales.

53) BOVE, *op. cit.*, p.176: “in epoca classica, il deposito della cosa dedotta in obbligazione — senza alcuna particolare caratteristica differenziale e per nulla diverso da quello ordinario — aveva come sicuro effetto la cessazione del corso delle usure”.

seguridad para el pago ⁽⁵⁴⁾; mientras que el acreedor, según el principio expresado en la fórmula de la acción *pigneraticia* y *serviana*, sólo conservaba el derecho sobre la cosa pignorada en tanto que *non per eum stetit, quominus solveretur*⁽⁵⁵⁾.

Desde Gordiano el depósito de la cosa debida supone la imposibilidad para el acreedor pignoraticio de ejercitar su *ius distrahendi*, siendo nula desde ese momento la venta de la prenda por el acreedor (*pignoris distractio non valet*), como se recoge en C.8.27.8 ⁽⁵⁶⁾ y C.8.28.2 pr ⁽⁵⁷⁾.

54) D.13.7.20.2 (Paulus lib. XXIX ad edictum): *Si per creditorem stetit, quo minus ei solvatur, recte agitur pigneraticia ...*; D.13.7.9.5 (Ulpianus lib. XXVIII ad edictum): *Qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi*; D.13.7.10 (Gaius lib. IX ad edictum provinciale): *Quod si non solvere, sed alia ratione satisfacere paratus est, forte si expromissorem dare vult, nihil ei prodest*.

55) En este sentido véase NITSCHKE, *op. cit.*, p.149 y 161.

56) C.8.27.8 (Imp. Gordianus A. Maximo): *Si prius, quam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente contestatione facta eam deposuisti et hodieque in aedem causa permanet, pignoris distractio non valet. Quod si prius, quam offerres, legem venditionis exercuisti, quod iure subsistit revocari non debet*.

Esta es la opinión sostenida, entre otros, por: SIBER, BOVE, NITSCHKE y KASER, para estos autores el acreedor pierde el derecho de venta de la prenda en el momento de la *depositio*; otros autores como BURDESE, FREZZA, VIGNERON (*Offerre aut deponere... op. cit.*, p.195) consideran que el momento decisivo para apreciar la validez de la venta era el ofrecimiento del deudor y no el depósito, ya que en la última frase se dice: *prius quam offerres* y no *prius quam deponeres*.

57) C.8.28.2 pr (Imp. Gordianus A. Nepoti): *Debitoris denuntiatio, qui creditori suo, ne sibi rem pignori obligatam distrahat, vel his qui ab eo volunt comparare denuntiat, ita demum efficax est, si universum tam sortis quam usurarum offerat debitum creditori eoque non accipiente idonea fide probationis ita ut oportet depositum ostendat*. Una opinión diferente es la de VIGNERON (*Offerre aut deponere...op. cit.*, p.196), para quien la exigencia

III. En cuanto a la liberación del deudor en caso de mora del acreedor se produce desde Diocleciano un importante cambio que se recoge en diferentes rescriptos de este emperador como son, entre otros, C.8.42.9 (58), C.4.24.10 (59), C.4.31.12 (60); si bien

del depósito en esta constitución “ est destinée à assurer la preuve que l'intégralité de la dette a bien été offerte et que cette offre est toujours maintenue”.

Véase NITSCHKE, *op. cit.*, p.158-159 y BOVE, *op. cit.*, p.181.

58) C.8.42.9 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Cassio): *Ob signatione totius debitae pecuniae sollemniter facta liberationem contingere manifestum est. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur solutio, fuerit celebrata.* Este rescripto se encuentra ubicado en el título C.8.42 “*De solutionibus et liberatoribus*” y aunque en él no se menciona de forma expresa el depósito, algunos autores como CATALANO (*op. cit.*, p.516) y BOVE (*op. cit.*, p.177) entienden que el término *obsignare* indica aquí también la *depositio*; NITSCHKE (*op. cit.*, p.199), sin embargo, considera interpoladas las dos frases.

59) C.4.24.10 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Apollodora): *Nec creditores nec qui his successerunt adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debita quantitate vel his non accipientibus oblata et consignata et deposita, longi temporis praescriptione muniri possunt ...2. ...per vindicationem pignoris hoc idem inducitur et tibi non erit difficilis vel solutione vel oblatione atque solemni depositione pignoris liberatio.* BOVE (*op. cit.*, p.181) señala que este rescripto recoge, de forma más explícita que los anteriores, la facultad del deudor de recuperar la prenda mediante el depósito de la cosa debida.

60) C.4.31.12 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Lucio Corneliano): *Invicem debiti compensatione habita, si quod amplius debeas, solvens vel accipere creditore nolente offerens et consignatum deponens de pignoribus agere potes.*

será C.4.32.19 ⁽⁶¹⁾ el que innova, para la mayoría de la doctrina ⁽⁶²⁾, el régimen clásico sancionando la necesidad del elemento “lugar público u orden del magistrado” en el depósito de la cosa debida para que éste produjese la extinción de la relación obligatoria. Por otra parte, BOVE ⁽⁶³⁾ señala que Diocleciano en este rescripto otorgó una *actio utilis* en favor del acreedor contra el depositario o el tercero poseedor para obtener la cosa depositada por el deudor, pero no para dirigirse contra éste último (*vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias*). En relación con la frase *nisi forte eas receperit*, se considera interpolada, lo que ha llevado a la mayoría de los autores ⁽⁶⁴⁾ a la

61) C.4.32.19 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aureliae Irenaeae): *Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico depone, ut cursus usurarum legitimarum inhibeat. 1. In hoc autem casu publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit. 2. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et ius pignorum tollitur, cum Serviana etiam actio manifeste declarat pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis vel si per creditorem steterit, quominus solvatur. 3. Quod etiam in traiecticiis servari oportet. 4. Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias.*

62) Entre otros autores véase: BOVE, *op. cit.*, 178-180; KASER, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, p.640: “Daß der Schuldner bereits mit der Hinterlegung vollständig befreit wird, nimmt frühestens Diocletian an”.

63) BOVE, *op. cit.*, p.185.

64) SOLAZZI, *op. cit.*, p.142: “ nello stesso diritto giustiniano la liberazione del debitore è condizionata”; NITSCHKE, p.210: “ Daß die Kompilatoren in der Hinterlegung noch Keinen Ersatz der Zahlung gesehen haben, durch die sich der Schuldner ohne weiteres von seiner Schuld hätte befreien können, sondern vielmehr als ein Mittel, das die wirkungen des Gläubigerverzuges hervorrufen sollte” y p.212: “Demgegenüber wird aus C.4.32.19 das justinianische Recht, sei es für das Recht im Zeitalter

conclusión de que el depósito de la cosa debida en el derecho justiniano debió producir una liberación condicionada ya que la relación obligatoria quedaría en una situación de pendencia mientras el objeto debido permaneciese en depósito, y sólo en caso de que la cosa fuese retirada por el acreedor se extinguiría la obligación, mientras que si es el deudor el que retira lo depositado la obligación subsistiría.

Diocletians, wenn man die Stelle ihrem sachlichen Gehalt nach für echt ansieht, vielfach gefolgert, daß die Hinterlegung schlechthin Befreiung oder wenigstens eine auflösend bedingte Befreiung bewirkt haben müsse"; véase también CATALANO, *op. cit.*, p.520; BOVE, *Offerta reale*, ED XXIV, p.774; R. HERRERA, *El contrato de depósito en el derecho romano*, Granada 1987, p.447.

A Handbook For Alaric's Codification *

by José-Domingo RODRÍGUEZ MARTÍN

(*Madrid Complutense*)

Had the byzantine compilers hardly ended the huge task of compounding the Digest, when Emperor Justinian was already promulgating the *Imperatoriam maiestatem* (1) constitution, in which it was made known that Tribonian, Theophilus and Dorotheus had received the request to write the third - and, up to

*) This paper was presented in the first work session of the 53rd S.I.H.D.A. Conference (Exeter, 21st-24th september 1999). I would like to thank all the colleagues who, agreeing or not, showed so much interest in my work, and discussed so kindly with me during the Conference, because they made me learn a lot. I would also like to thank Ana Moreno (Universidad Complutense) for the strict corrections and kind suggestions she made to the english text.

1) As it is known, the constitution by which the Digest was promulgated (*Tanta, Δέδωκεν*) is dated on 16th December of 533 A.D., while the *Imperatoriam maiestatem* is slightly previous, from 21st November of the same year.

that moment, last - work of the Compilation: a book of *Institutiones*.

Cumque hoc deo propitio peractum est, Triboniano uiro magnifico magistro et exquaestore sacri palatii nostri nec non Theophilo et Dorotheo uiris illustribus antecessoribus, quorum omnium sollertiam et legum scientiam et circa nostras iussiones fidem iam ex multis rerum argumentis accepimus, conuocatis specialiter mandauimus, ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant institutiones... (Imp. Mai. § 3)

Reading this constitution, we get the impression that Justinian was establishing a principle: *every codification needs a handbook*. According to his point of view, the aim of renewing and reorganising a whole legal system requires a new generation of jurists, who must know it and be able to put it on, and that is why they need a quick guide to orientate their first steps:

...ut liceat uobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere et tam aures quam animae uestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum optinet argumentis accipiant: et quod in priore tempore uix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent, hoc uos a primordio ingrediamini digni tanto honore tantaque reperti felicitate, ut et initium uobis et finis legum eruditionis a uoce principali procedat (Imp. Mai. § 3)

Therefore, if exercising jurists seem to be the immediate receivers of a codification, jurists in training are the guarantee of its future permanence, and thus they are its main addressees: “*uos (...) digni tanto honore tantaque reperti felicitate, ut et initium uobis et finis legum eruditionis a uoce principali procedat*”. A book of *Institutiones* is not barely a handbook; indeed, it is an instrument by which the codification begins to cave its roots in the fresh and prejudice-free ground of the next generation, which is meant for ruling the Empire:

Summa itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite et uosmet ipsos sic eruditos ostendite, ut spes uos pulcherrima foueat toto legitimo opere perfecto posse etiam nostram rem publicam in partibus eius uobis credendis gubernare (Imp. Mai. § 7).

And so, after 300 years, good and old Gaius left his place to a new book, Justinian's *Institutiones*; a book that, even though it was its heir (2), was also a product of the new times.

The great work of Justinian, once finished, became the pattern of what a “perfect codification” should be like: *leges, iura, institutiones*. And since then, this pattern has been the mirror in which the researchers have compared and evaluated the *foregoing* attempts of codification: from the - never carried out - projects of Pompeius or Caesar (3), to the *incomplete* codification of

2) “*Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri (...) compositas...*” (Imp. Mai. §6).

3) See Suetonius, *Diuus Iulius*, 44; Isidor, *Etymologiae*, 5,1,5. About these texts, see lately PARICIO, J., *Los juristas y el poder político en la*

Theodosius II, who was only able to compile the *leges* (4), including also the private collections of *iura* and *leges* of the postclassical age, and the *codices Gregorianus* and *Hermogenianus*.

But, above all the previous, it is impossible not to compare the work of the byzantine emperor with the other great codification, the one that the visigothic king Alaric II promulgated in 506 A.D., and which meant the survival of Roman Law in the West until the rediscovery of the *Corpus Iuris* in the medieval Italy: the *Lex Romana Wisigothorum*.

The two great compilations belonged to different environments and moments, but both of them had a common aim: the two of them aspired to gather the *leges* and *iura* in which the applicable law consisted. But, on the other hand, there is also an essential difference: the lack of the third element in the *Lex Romana Wisigothorum*, the indispensable book of Institutions which would allow to teach the codification to the new generations of jurists, and by means of it, to take root in their spirits (5).

antigua Roma, Granada 1999, p. 49, n. 41, with commentaries on the related literature.

4) Cfr. CTh. 1,1,5 and 1,1,6.

5) About the comparison of the common features of both codifications, and the idea of the necessity of a book of *Institutiones* as essential element of a compilation, see NELSON, H. L. W., *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutionen*, Leiden 1981, p. 183 ff.

The absence of a teaching book in the alarician codification is so evident that a great number of scientific works have been dedicated to its search and identification, as it is of course known. Obviously, this communication is not the appropriate place to deal with these discussions, but it is in any case necessary to remind that the central object of these researches has always been the *Epitome Gai*, that little work which was incorporated to the *Lex* under the title "*Liber Gai*".

Indeed, the fact that Alaric's compilers decided to incorporate a reelaboration of Gaius' work to the *Lex* itself, has made the researchers think that the visigothic king intended to take the same steps Justinian wanted to do afterwards: first, to reelaborate the traditional handbook, that of Gaius, adapting it to the new state of Law after the codification (6); second, to give the handbook legal enforcement: the same that Justinian would do later, by means of the *Imperatoriam maiestatem*, exactly this Alaric had already done by incorporating his own manual to the text of the law (7).

6) Whether the adaptation was visigothic, or it may come from a previous epitome, it does not have any influence on the question we are dealing with, which is its inclusion in the *Lex*; about this famous discussion, I submit the reader to its main exponents: ARCHI, who suppose the existence of the Epitome before the *Breuiarium Alarici* (see ARCHI, G.G., *L' "Epitome Gai"*. *Studio sul tardo diritto romano in occidente*, Milan 1937; repr. Naples 1991, with a lecture note of C.A. CANNATA, chapter I) and CONRAT, supporter of the visigothic origin of the *Epitome* (*uid.* CONRAT, M., *Die Entstehung des westgothischen Gaius*, 1905, repr. Wiesbaden 1967, sp. pp. 84 ff.).

7) See, for all, ARCHI, «L' *Epitome*...», *cit.*, pp. 34 ff., where the author exposes the - to that moment - "*communis opinio*".

But nowadays, it can be considered as proved that the *Epitome Gai* is not a handbook, but an *interpretatio* of Gaius' work that may have been used in legal practice: in order to quote just some arguments, it must be reminded that the work has the lack of the *commentarius quartus*, which in the *Institutiones* was dedicated to the formular procedure, already extinct at that moment; it is also simplified and reduced to make it more suitable for daily practice; moreover, it appears in the *Lex* without *interpretatio*, which proves that the work itself already contained the depuration required by legal practice (8). The *Epitome*, thus, might have been incorporated as "*ius*", not as "*institutiones*", just like Justinian would afterwards incorporate to his Digest selected fragments of Gaius' work, giving them not the value of a handbook, but that of a classical source of the law - the same value that the Law of Citations had already given to it in 426 A.D. (9)

8) ARCHI ("L' «*Epitome* »... ", *cit.*, p. 63) adds more clues: the fact that the sources are quoted without their name, or the style of writing, so different from the typical scholastic works. See, equally, GAUDEMET, J., "Le Bréviaire d'Alaric et les *Epitome*", IRMAE I, 2 b aa β, p. 35. In this sense also CANNATA, C. A., *Histoire de la jurisprudence européenne*, Turin 1989, p. 118, n. 91 (quotation according to the edition to my disposal, the spanish translation by Gutiérrez-Masson, L., Madrid 1996). In this question, it is very illustrative to make a comparison between the *Epitome* and the typically scholastic *Fragmenta Augustodunensia*: see RODRÍGUEZ MARTÍN, J.-D., *Fragmenta Augustodunensia*, Granada 1998, pp. 417 ff.

There are, however, opposite opinions: see for all LEVY, E., "Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts", ZSS 49 (1929), p. 236, where the author considers the *Epitome* of Gaius as a work destined to teaching (sp. n. 3, with literature).

9) See HONORÉ, A. M., *Gaius*, Oxford 1962, p. 129; CANNATA ("I rinviati al *ius* nella *interpretatio* al Codice Teodosiano", SDHI 28 [1962], p. 301), on

If things were really this way, we have lost the path in our research: the *Epitome Gai* was the only clue, since it was the sole work which could resemble something like the “*Breuiarium*'s Institutions”. Where shall we continue the search, then?

But, at this point, maybe we should consider whether there really is anything to look for, or if it is the omnipresent codifying pattern of Justinian, with its impressive tripartite structure, that is forcing us to always look for *leges, iura...* and *institutiones*.

In my opinion, we already have enough data so as to doubt about the real existence of such a third element: first of all, the simple fact that we have no news about such Alaric's intention on providing the *Breuiarium* with a book of Institutions. The *commonitorium* of the *Lex* does not bring any information about this question.

Secondly, the circumstances in which the codification of Alaric and that of Justinian were elaborated are so different that it is possible to doubt whether the principles that rule the later can be found in the first: Justinian wrote his work once the Empire was extended and pacified, conscious of his role as creator (or restorator) of a new order: *Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam*, it was said at the beginning of his famous constitution. Alaric, on the contrary, made his compilation under the pressure due to his still

his side, reminds that every single text of the *Lex Romana Wisigothorum* was considered law in force and effect; in such a conception there is no place for the original work of Gaius as a whole, but only for its *interpretatio*.

unstable situation ⁽¹⁰⁾, and his *Lex* is no other than the king's aim to guarantee the clergy and the roman society their traditional law ⁽¹¹⁾. His purpose seems to be, therefore, more conservative than innovating ⁽¹²⁾, and if that is true, it is possible to think that no new handbook was needed to complete his codification.

So it would be enough with the traditional handbook, the Institutes of Gaius. But today it is discussed whether this handbook was still in use or not in Alaric's time: Archi - in order to quote again the great authority in this question - used to talk about the "dramma dell'epoca postclassica", that is to say, the urgent necessity to adapt and epitomize the classical sources, in order to save a judicial administration which was plunged into chaos ⁽¹³⁾. On the other hand, the vulgarization of the postclassical legal science made consider "useless" the legal

10) Clovis, with his sudden conversion into catholicism, was menacing the visigothic kingdom, being supported by revolts of populations submitted to the arian king, and counting on a certain support from the episcopacy (who, as CANNATA underlines, had suffered under the arian domination; see "I rinvi..." , *cit.*, p. 298, n. 34, about Sid. Ap., *Epist.*, VII,6,6-9). In fact, Alaric himself died the year following the promulgation of the *Lex Romana Wisigothorum*, in the battle of Vouillé.

11) See, in this sense, KUNKEL, W., *Römische Rechtsgeschichte*⁶, Cologne-Vienna 1972, p. 144. In fact, the *commonitorium* refers to the presence of *sacerdotes* and *nobiles uiri*. See also ARANGIO-RUIZ, V., *Storia del Diritto Romano*⁷, Naples 1972, p. 375. About the controverted problem of the personal or territorial effect of Alaric's codification, see lately ALVARADO PLANAS, J., *El problema del germanismo en el Derecho español (s. V-XI)*, Madrid 1997, p. 31 ff., where the discussion is abridged, with the updated literature.

12) In fact, while Justinian retouches the texts of his Digest, Alaric maintains them and adds the *interpretatio* to the side.

13) See ARCHI, "L' «Epitome»..." , *cit.*, p. 58.

discussions of the classicals. Thus, the *Epitome Gai*, enclosed by Alaric in his codification, was no other than the final result of this process, the remains of the original Gaius' work, which would have been increasingly reduced and, in the end, substituted, as a result of the exigences of legal practice.

However, my own researches with the *Fragmenta Augustodunensia* - a palimpsest which I had the fortune to work with during the elaboration of my doctoral thesis - have led me onward to the certainty that in the postclassical West Gaius studies were developed and preserved even until the time of the visigothic king. In fact, the Autun Fragments show a kind of legal teaching revealing an absolute reverence for the *Institutiones*: Gaius' texts are quoted, literally transcribed and commented, and no distinction is made between institutions in use and those already left aside; moreover, the lemmatic nature of the Fragments makes us suppose that the work exiaged the reader to have in his hands, in addition, a copy of the original Gaius' work (14).

14) Among all the data that this work provides, the most revealing in this sense is the presence of *lemmata*, that is to say, literally quoted sentences from Gaius' work: the copyist of the Fragments used to transcribe with capital (uncial) letters the Gaius' sentence that belonged to the commented paragraph, so that the reader could easily find it through the copy of the *Institutiones* that he had on his hands. The fact that these *lemmata* consisted just in one sentence (and not the whole paragraph), and sometimes even incomplete, proves this hypothesis: it was necessary to have in the hands, besides a copy of the *Fragmenta*, another one of Gaius, since the *lemma* did not contain the whole text to be commented, but only the part of it that made possible its identification (see RODRÍGUEZ MARTÍN, "*Fragmenta...*", *cit.*, sp. p. 383, about the *lemma* in FA 4,96, and p. 388, about the one in FA 4,97). SCHULZ and MARROU believe that the Fragments are the evidence of the study of the original version of Gaius in this late time (see SCHULZ, F.,

VOLTERRA's studies, on the other hand, have proved that law schools lasted in postclassical West long till the end, and in them we can frame the teaching of the *Fragmenta*'s author; the Italian researcher describes a European West which is much more cultured and classicist than it can sometimes be read in present handbooks - maybe just by mere inertia (15). Indeed, it is difficult to imagine that Alaric could have been able to carry out his compilation, in case he had not found a scientific environment versed enough in the classical texts so as to undertake the task of selecting the material of his future *Breuiarium*.

History of Roman Legal Science, Oxford 1946, repr. 1953, p. 279 ff; MARROU, H.-I., *Histoire de l'éducation dans l'Antiquité*; quotation according to the edition to my disposal, the Spanish translation of the sixth edition, by Barja de Quiroga, Y., *Historia de la educación en la Antigüedad*, Madrid 1971, p. 395 ff.). NELSON, *Überlieferung...*, *cit.*, p. 101, also considers the *Fragmenta* as an example of the permanence of the scholastic tradition.

15) The data that this author provides *partim* in his works (see, especially, "Appunti sulle scuole postclassiche occidentali", and "Western postclassical schools", both in his *Scritti*, vol. IV, Milan 1993, p. 511 ff., and 437 ff., respectively) are, in my opinion, absolutely convincing, and on the other hand they agree with the impression I got from my own research on the *Fragmenta*: for the Italian author, the Western production of legal literature - that draws up a continuous chain from Constantine to Justinian - has no comparison in the East (indeed, he defends the existence of an influence from West to East, and not only in the opposite direction); on the other hand, the compilers of the *Lex Romana Visigothorum* gather texts from works like the *Pauli Sententiae*, which are not the same as those selected by Justinian's compilers. All this leads to think of a maintenance and originality not only of the studies about the classical tradition, but also of the creative work of the schools. Specially interesting are pp. 516-517 of his "Appunti", where information about the Western schools is given, obtained from *Fr. Vat.* 204 and 150; CTh. 13,3,10 and 14,9,1, apart from several literary sources.

Finally, the preservation of Gaius' work can be also proved by another factual argument, already mentioned by Schulz and Ferrini ⁽¹⁶⁾, and that is the Verone palimpsest itself, which still conserves in the 5th century a presumably untouched copy of the Institutions. To this example we could join, without any doubt, the antionite manuscript. Besides, the Law of Citations - which precedes the *Breuiarium* in only eighty years - acknowledges and consecrates the study of Gaius, by exalting him up to the level of the other great jurists of the late classical time. And if we think that the Law of Citations was included in the Theodosian Code (in force since 439 A.D.), the distance between this testimony of the using of Gaius, and the *Lex*, is reduced to sixty-seven years ⁽¹⁷⁾. Is it logical to think that, in such a short period of time, the study of Gaius in its original version was substituted by commentaries and epitomes, to the extent of absolutely banishing it from the schools?

It should be better to suppose that the paraphrases and epitomes of postclassical times don't really mean the substitution of the Institutions, but its conservation and study. It is possible to think, however, that in addition to the scholastic activity - which preserved, studied and transmitted the text of Gaius - existed another parallel activity orientated to practice, which was devoted

16) See SCHULZ, "History...", *cit.*, p. 164; FERRINI, C., "Sui frammenti giuridici del palinsesto di Autun", *Opere di Contardo Ferrini. II. Studi sulle fonti del diritto romano*, Milan 1929, p. 431.

17) About all these questions, see FERNÁNDEZ CANO, A. C., *La "llamada" Ley de Citas en su contexto histórico*", with an original view of the nature and meaning of the law (in edition).

to the distillation of basic and effective principles, taken from the classical jurisprudential works; to this second activity would have belonged the *Epitome Gai*, a work that could play a better role in the *Lex Romana Wisigothorum* (made, of course, for practical purposes) than the classical book of Gaius (18). So it must not be thought that the existence of the *Epitome* presuppose, necessarily, a previous forsaking of the *Institutiones* (19). One last argument in this sense is the fact that the *Lex Romana*

18) Following what CONRAT had already stated (*Die Entstehung...*, *cit.*, p. 131), that of Gaius was, with great difference, the most old-fashioned (in terms of historical contents) among all those works that were to be included in the *Breuiarium*, a fact that justifies its direct substitution by its *interpretatio*; the value of the *Institutiones* is exactly the opposite, its wealth as instrument for a legal-historical training, which was needed by the beginners (as it happens today) to be able to understand the actual state of their law, and the origin of the fundamental concepts. Thus, HONORÉ (*Gaius*, *cit.*, p. 128) underlines two lessons taken from the *Institutiones* that were essential for the education of every jurist: firstly, the respect for the *ueteres* (which can be found even in the *Digest*, with whole titles dedicated to legal history); secondly, the legal studies as contrast of opposite jurisprudential opinions.

Maybe the hypothesis of two parallel directions, the scholastic and the practical, could explain why there is such a deep difference between the compilation itself (which presupposes the existence of a commission with enough classical knowledge to be able to select the texts to be included) and its *interpretationes*, these ones a product of the vulgarization caused, among other factors, by the exigences of daily practice.

19) NELSON (*Überlieferung...*, *cit.*, p. 127 ff.), in fact, sees in EG 1 pr and 2(9) pr a calling to Gaius' *Institutiones*, which makes him think that the reader of the *Breuiarium* should also have a copy of Gaius in his hands. About this question, cfr. the mentioned sources with FA 1,12; 4,91, where there are similar "callings", though in this case they refer to the same work.

Burgundionum presents a clear and direct influence of Gaius *Institutiones*, and not of its Epitome (20).

In conclusion, it is possible that not every codification followed the dazzling structure of “*leges, iura* and *institutiones*”; above all, since there was a work, that of Gaius, which had served as immutable basement to the training of generations of jurists, surviving throughout all the changes brought by the ending of the Principate, throughout the postclassical turbulences or in spite of the coming of a codification.

20) See WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Vienna 1953, p. 510, n. 223.

La carta de Seya: problemática jurídica de una epístola peculiar (1)

por Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO

(Universidad de La Coruña)

Los textos jurídicos romanos ponen de manifiesto la posibilidad de que, por distintos motivos, los particulares pudiesen establecer en favor de determinados beneficiarios el derecho a recibir rentas anuales, mensuales o diarias, ya fuese con carácter vitalicio, es decir, de forma limitada al período de vida de una persona -generalmente el beneficiario-, o bien perpetuo, sin la aposición de un término final (2). Dichas

1) Comunicación presentada a la 52ème session de la Société Fernand de Visscher pour l'histoire des Droits de l'antiquité celebrada en Madrid del 28 de septiembre al 1 de octubre de 1998. También publicada en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm.3, 1999, p.493 ss., y aportada al Libro Homenaje al Prof. Dr.D.Benito Reimundo Yanes (en prensa).

2) Vid. AMELOTTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, en *SDHI* 19, (1953), p.202 ss.; Id., s.v. "Rendita" (*dir, rom.*), en *Enciclopedia del Diritto*, vol.39, (Milano 1988), p.817 ss., y bibliografía allí cit. Entre los antiguos civilistas italianos, sin embargo, primaba la idea de que los romanos habrían

prestaciones periódicas se concretarían en la obligación asumida por el constituyente de entregar al beneficiario ciertas cosas fungibles (3), presentándose en la práctica la entrega de cantidades de dinero como el supuesto más habitual.

De estas prestaciones de renta es preciso diferenciar las denominadas prestaciones de alimentos, también conocidas y reguladas en derecho romano, pero que, aun cuando en algunos aspectos presentasen una cierta similitud con aquéllas, no serían en esencia identificables, pudiéndose distinguir ambos tipos por la naturaleza del objeto de la prestación, que en las alimenticias se concretaría en las entregas de todo aquello que fuese necesario para el sustento de una persona, comprendiendo básicamente los alimentos, el vestido y, en determinados casos, también la habitación (4).

desconocido la constitución de renta. Para esta cuestión, vid. AMELOTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, cit., p.204 nt.7.

3) Cfr., entre otros, por ejemplo, D. 33.1.12 (*Paul. XIII resp.*), donde se hace referencia a la entrega de productos agrícolas; D. 33.1.17.1 (*Lab. II post.*), en el que se habla de vino; D. 36.2.11 (*Iul. XXXVII dig.*), en el que se admite la posibilidad de entregar cosas distintas de período a período.

4) Para las prestaciones alimenticias, cfr., por ejemplo: ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, en *Studi di diritto romano I*, (Milano 1933), p.251; LONGO, G., *Contributi alla critica del Digesto, I, Sul diritto agli alimenti*, en *Annali Macerata* 17, (1948), p. 215 ss.; SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Fam.*, en *Festschrift F. Schulz I*, (Weimar 1951), p.310 ss.; ORESTANO, s.v. "alimenti"(dir. rom.), en *NN.D.I. I, 1*, (Torino 1957). p.482 ss.; LAVAGGI, s.v. "alimenti"(dir. rom.), en *Enciclopedia del Diritto II*, (Milano 1958), p.18 ss.; SCHILLER, "Alimenta" in the "Sententiae Hadriani", en *Studi in onore di G.Grosso IV*, (Torino 1971), p.399 ss.; ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, en *BIDR 73* (1970), p.323 ss.; WYCISK, "Alimenta" et "victus" dans le droit romain classique, en

Por lo que a la constitución de renta se refiere, resulta posible constatar en las fuentes jurídicas determinadas expresiones como *stipulatio* (5) y *legatum in singulos annos (menses, dies)* (6), que aparecen con cierta asiduidad y con las que se alude a los negocios más utilizados para establecer prestaciones periódicas de renta.

Además de la *stipulatio* y el *legatum per damnationem* -junto al que habría que situar el *fideicommissum*, por plantear problemas similares a aquél-, también se ha señalado como otra posible forma de constitución de renta, en este caso referida a la época postclásica, la contenida en un rescripto del emperador Diocleciano, del año 294, recogida en C. 4.64.8 (*Imppp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Paulinae*) (7), operada

RHD 50 (1972), p.205 ss.; VEGH, *Bemerkungen zum Alimentenvergleich*, en *Festgabe für A. Herdlitzka*, (München, Salzburg, Fink 1972), p.223 ss.; ZOZ, *Sulla capacità a ricevere fideicommissi alimentari*, en SDHI 40 (1974), p.303 ss.

5) Vid. *Gai. Inst.* IV. 131.

6) Cfr. los textos contenidos en D. 33.1, que lleva por título "*de annuis legatis et fideicommissis*".

7) C. 4.64,8 (*Imppp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Paulinae*): *Ea lege rebus donatis Candido, ut quod placuerat menstruum seu annum tibi praestaret, cum huiusmodi conventio non nudi pacti nomine censeatur, sed rebus propriis dictae legis substantia muniatur, ad implendum placitum, sicut postulas, praescriptis verbis tibi competit actio.*

Tanto la redacción del texto como su contenido, en especial por lo que se refiere a la *actio praescriptis verbis*, han sido cuestionados por la doctrina. No obstante, AMELOTTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia* cit., p.204, estima que la forma descrita sería posible, tanto en derecho clásico, como en derecho bizantino, aun cuando la sanción procesal concedida en ambas épocas fuese distinta.

mediante un *modus* añadido a una donación. Sin embargo, en materia de constitución de renta, se ha negado que el nudo pacto orientado a conseguir dicha finalidad tuviese cualquier eficacia jurídica (8).

A partir de lo indicado cabe preguntarse si en la práctica negocial clásica se reconocieron y utilizaron otros recursos para constituir rentas, al margen de los que tradicionalmente se vienen señalando, así como el alcance o efectividad jurídica que los mismos pudieron haber tenido.

La pregunta se formula al hilo de un curioso texto, perteneciente al *lib. XXVIII* de los Digestos del jurista Cervidio Scaevola (9), del que existen pocas referencias en la doctrina (10),

8) Vid. AMELOTTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia* cit., p.225 s. Según éste autor, op. cit., p.203 nt.3, existen otros casos contenidos en las fuentes, recogidos en D. 22.1.3 (*Papin. XX quaest.*), C.Th. 12.11.1 (=C. 11 33(32).2 (*Imp. Antoninus A. Diodoro*), D. 2.14.4.3 (*Paul III ad ed.*), y la Nov. 160, referidos en su opinión a mutuos y que equívocamente se han pretendido plantear como supuestos de constitución de renta.

9) Para una aproximación con carácter general a la obra de este jurista de finales del s.II, miembro del *Consilium* de Marco Aurelio, que quizá también hubiese formado parte de otros *Consilia* sucesivos, y que fue maestro de Trifonino y de Paulo, vid., SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. ital. de G.Nocera), (Firenze 1968), p.418 ss. En relación a la actividad del jurista y el contexto imperial en que se desarrolló aquella, vid. CICOGNA, *Consilium Principis. Consistorium*, (ed. anastatica), (Roma 1971), p.88 ss. y 152 ss.

10) Salvo error u omisión, únicamente hemos encontrado un trabajo que se ocupe de realizar un análisis directo del texto, planteado desde el punto de vista de las uniones de hecho: TRINKNER, *L'incidence du droit romain sur les obligations patrimoniales de l'union libre en droit positif*, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswiss*, 86 (1987), p.365 ss. Por lo demás, la doctrina, o bien lo silencia, o realiza alusiones al mismo de forma esporádica e incidental. En relación a algunos de estos estudios, vid. *infra*.

y que aparece recogido en D. 44.7.61.1, donde parece cuestionarse abiertamente la posibilidad de constituir a través de una epistola -entendida en este caso como un documento privado interpartes y desprovisto de forma- una renta vitalicia, limitada temporalmente a la vida de la disponente, cuantitativamente establecida en una suma concreta de dinero abonable mensualmente, y sometida al cumplimiento de una condición potestativa impuesta al beneficiario: convivir con la constituyente sobre la base de una determinada disposición de ánimo y afecto.

D. 44.7.61.1 (*Scaev. lib. XXVIII digest.*): *Seia, cum salarium constituere vellet, ita epistulam emisit: 'Lucio Titio salutem. Si in eodem animo et eadem affectione circa me es, quo semper fuisti, ex continenti acceptis litteris meis distracta re tua veni hoc: tibi quamdiu vivam praestabo annos decem. scio enim quia valde me bene ames'. quaero, cum et rem suam distraxerit Lucius Titius et ad eam profectus sit et ex eo cum ea sit, an ei ex his epistulis salarium annum debeat. respondit ex personis causisque eum cuius notio sit aestimaturum, an actio danda sit.*

En el texto, perfectamente clásico en su estructura formal, se expone que una mujer llamada Seya, pretendiendo fijar un *salarium* a favor de otra persona, Lucio Ticio, remitió a éste una carta en los siguientes términos: "Si tienes respecto a mí la misma disposición de ánimo y afecto que siempre me tuviste, ven tan pronto como recibas mi carta y hayas vendido tus bienes; por ello te daré mientras viva diez mil sestercios cada año, pues sé que me

amas mucho". A continuación se pregunta si, habiendo enajenado Lucio Ticio sus bienes y habiéndose ido con la mujer, y estando con ella desde entonces, se le deberá a él el salario anual en virtud de la carta; el jurista responde que aquél a quien corresponde el conocimiento del asunto deberá estimar, en atención a la condición de las personas y a las demás circunstancias, si haya de darse acción.

Un primer aspecto de los varios que pueden llamar la atención al realizar el análisis jurídico del contenido del texto se concreta en la circunstancia de que en el mismo, en referencia a la pensión por cuya constitución (*constituere*)⁽¹¹⁾ se pregunta al jurista, se utilice el término "*salarium*".

Además de en el citado D.44.7.61.1, aparte de otros fragmentos también recogidos en el Digesto⁽¹²⁾, se hace referencia a un *salarium* en cinco textos más atribuidos al propio Cervidio Scaevola: D.15.3.21.pr. (*Scaev. V dig.*), D. 19.1.52.2 (*Scaev. VII dig.*), D. 33.1.19.2 (*Scaev. XVII dig.*), D. 34.1.16.1 (*Scaev. XVIII dig.*), y D. 40.5.41.6 (*Scaev. IV resp.*). A través de estos textos resulta posible constatar tanto el

11) Sobre el significado del término "*constituere*", vid. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut* (Paris, 1929), p.9 ss.; GIODICCE-SABATELLI, "*Constituere*": *dato semantico e valore giuridico*, en *LABEO* 27 (1981), p.381 ss.

12) Cfr. *V.I.R.*, XVIII, p.236. Además de la obra referenciada, vid. *s.v.* "*salarium*" en DAREMBERG-SAGLIO, en *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, IV 2ª parte, (Paris s.f.), p.1012 ss., BERGER, en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, (Philadelphia, 1953), p.689, HEUMANN-SECKEL, en *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11ª ed. (Jena 1907, reimp., Graz 1971), p.524.

significado general que tradicionalmente se viene atribuyendo al vocablo en cuestión, asimilándolo a "prestaciones contínuas", indistintamente de rentas o alimentos, así como el equivalente especial que se le confiere, refiriéndolo tanto a la merced entregada por la realización de un *opus liberale* (13) como a lo satisfecho -inicialmente en concepto de gratificación o regalo, y, posteriormente en sentido de indemnización, remuneración (14)- por las actividades o servicios prestados, ya fuese en el ámbito privado o en el público, por diversas personas: mandatarios, procuradores, asesores, magistrados, senadores, etc.

En nuestra opinión, no existe ningún indicio en D. 44.7.61.1 que permita suponer que la referida prestación contínua a que se alude en el fragmento tuviese el carácter de pensión alimenticia (15); más bien parece que se esté planteando una cuestión referida

13) En relación a los servicios prestados por los denominados profesionales liberales, existe una amplia y controvertida bibliografía. Para la misma, remitimos al apéndice bibliográfico recogido en la reciente monografía de ALEMAN, *El arrendamiento de servicios en derecho romano*, (Almería, 1996), p.133 ss.

14) Vid. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, (Paris 1962), p.190 ss. Para este autor, op. cit., loc. cit., la mencionada evolución se produciría en el Alto Imperio, a consecuencia de las transformaciones introducidas en relación a los emolumentos satisfechos a los funcionarios al servicio de la Administración imperial, así como al cambio sufrido en el ámbito del mandato, desempeñado en aquél momento por personas desvinculadas de una condición servil, y cada vez más prestigiado socialmente.

15) Generalmente, en los textos en los que se hace referencia a pensiones alimenticias, o bien se alude expresamente a la prestación de alimentos o vestido, o bien, sin señalar los objetos en que se concretan dichas prestaciones, tratándose de cantidades de dinero, al proceder a la constitución de las mencionadas pensiones, se hace constar su destino a tales finalidades alimenticias, utilizando expresiones como *cibarium nomine* (D. 34.1.20.3 (*Scaev. lib.III resp.*)) o similares, lo que no ocurre en D. 44.7.61.1. Tampoco

a una prestación de renta, concretamente de renta vitalicia, por encontrarse limitada su percepción, como se expresa claramente en el texto (*quamdiu vivam*), a la vida de la mujer constituyente.

La posible constitución de la prestación de renta que se contempla en el texto analizado se encuentra sometida al cumplimiento de una condición potestativa impuesta por la oferente al potencial beneficiario, que se concreta en una relación de convivencia estable entre ambas personas, asentada en la misma disposición de ánimo y afecto que el hombre tuvo hasta entonces a la mujer, y duradera hasta la muerte de aquélla.

Los términos en que aparece redactada la carta remitida por Seya a Lucio Ticio hacen intuir la existencia de una relación previa entre ambos y la intención por parte de la mujer de dotar a dicha relación de una cierta estabilidad, al solicitar al hombre al que se dirige una supuesta convivencia conjunta sobre la base del mantenimiento de un afecto y disposición de ánimo latentes hasta entonces, ofreciéndole a cambio de que venda sus bienes y de que se vaya a vivir con ella un *salarium annuum*, no sabemos si en concepto de regalo, gratificación o remuneración.

La referencia en la epístola a vocablos como *animo*, *affectio* o *amor*, ambivalentes en cuanto a su posible significado ⁽¹⁶⁾,

el contexto en que se sitúa el fragmento creemos que permita llegar a tal conclusión.

16) Sobre los distintos significados de estos vocablos y otras derivaciones de los mismos, vid. LEWIS, *Latin Dictionary*, (Oxford, 1993), p.122 ss., 65 s., 107 ss., respectivamente. Para el término "*bene*", vid. op. cit., p.229 ss.

impiden a nuestro entender determinar con exactitud los extremos en que se asentaría la mencionada relación de convivencia: ¿respondería la misma a una finalidad de compañía, sentimental, afectiva, de ayuda, meramente sexual?. La cuestión, desde luego, no parece fácil de resolver.

Lo cierto es que, con independencia de todos aquellos supuestos en los que dándose una relación de pareja asimilable al concubinato o que, sin poder calificarse propiamente como tal, tuviesen primordialmente un matiz sexual, en las que venía siendo habitual en la práctica consuetudinaria romana donar o establecer a favor de la concubina o amante determinadas cantidades en concepto de pensión (*annua*) (17), existen en las fuentes jurídicas otra serie de referencias que ponen de manifiesto la posibilidad de constituir prestaciones continuas, anuales o mensuales, en este caso, a través de legados o fideicomisos, condicionando su percepción, como ocurre en D. 44.7.61.1, al cumplimiento por parte del potencial beneficiario o beneficiarios de una cláusula condicional de convivencia con determinadas personas, impuesta por el constituyente.

17) Según VEYNE, *La famiglia e l'amore nell'Alto Impero romano*, en *La società romana*, (Roma-Bari, 1990), p.171, cuando se tenía un amante en la alta sociedad, se le constituía una pensión (*annua*), lo que no quería decir que fuese una "mantenida". Para conquistarla se utilizaba el sistema de ofrecerle una gran suma de dinero; en tales casos, el grado de pasión se mediría por el desembolso económico realizado. Por otra parte, en relación a las donaciones, nada impedía que fuesen efectuadas a las concubinas, estableciéndose su prohibición, como es sabido, tan sólo en el caso de que se tratase de cónyuges. Cfr. D. 24.1 ("*de donationibus inter virum et uxorem*") (C.5.16), y, en especial, entre otros, por ejemplo: D. 24.1.3.1 (*Ulp. XXXII ad Sab.*), D. 24.1.58 (*Scaev. VII resp.*), D. 39.5.5. (*Ulp. XXXII ad Sab.*), D. 39.5.31.pr. (*Pap. XII resp.*), Fr. Vat. 253 B.

En este sentido, cabe citar, por ejemplo: D. 33.1.20.pr. (*Scaev. lib. XVIII digest.*)⁽¹⁸⁾, D. 34.1.13.1 y 2 (*Scaev. lib. IV resp.*)⁽¹⁹⁾, D. 34.1.18.1 y 2 (*Scaev. lib. XX digest.*)⁽²⁰⁾, D.

18) D. 33.1.20.pr. (*Scaev. lib. XVIII digest.*): *Annua his verbis legavit: 'si morarentur cum matre mea, quam heredem ex parte institui'. quaesitum est, an mortua matre condicio adposita defecisse videatur ac per hoc neque cibaria neque vestiaria his debeantur. respondit secundum ea quae proponeretur deberi.*

19) D. 34.1.13 (*Scaev. lib IV resp.*): 1. *'Imperatur Antoninus Pius libertis Sextiae Basiliae. Quamvis verba testamenti ita se habeant, ut, quoad cum Claudio Iusto morari essetis, alimenta et vestiarium legata sint, tamen hanc fuisse defunctae cogitationem interpretor, ut et post mortem Iusti eadem praestare voluerit'. respondit eiusmodi scripturam ita accipi, ut necessitas alimentis praestandis perpetuo maneat. 2. Item consultus de tali scriptura 'et tecum sint semper volo': quaero, cum manumissi ab herede cum eo morati diu sint, sed ob graviolem servitutem ab eo discesserint, an alimenta his debeantur, quae negat se praestare, nisi vice servitutis is uteretur. respondit secundum ea quae proponerentur deberi.*

20) D. 34.1.18 (*Scaev. lib. XX digest.*): 1. *Manumissis testamento cibaria annua, si cum matre morabuntur, per fideicommissum dedit: mater filio trienio supervixit neque cibaria neque vestiaria eis praestitit, cum in petitione fideicommissi liberti cessarent: sed et si filia posteaquam matri heres exstitit, quoad vixit annis quattuordecim interpellata de isdem solvendis non est. quaesitum est, an post mortem filiae a novissimo herede petere possint et tam praeteriti temporis quam futuri id, quod cibariorum nomine et vestiarii relictum est. respondit, si condicio exstitisset, nihil proponi, cur non possent. 2. Ad heredibus Stichum manumitti voluit eique, si cum Seio moraretur, cibaria et vestiaria praestari a Seio: deinde haec verba adiecit: 'te autem, Sei, peto, ut, cum ad annum vicesimum quintum perveneris, militiam ei compares, si tamen te ante non reliquerit'. quaesitum est, Sticho statim libertatem consecuto, prius autem defuncto Seio quam ad annum vicesimum quintum perveniret, an ab his, ad quos bona Seii pervenerunt, militia Sticho comparari debet? et si placet deberi, utrum statim militia comparanda sit an eo tempore, quo Seius annum vicesimum quintum expleturus fuisset, si supervixisset? respondit. cum placeat comparandam, non ante deberi, quam id tempus cessisset.*

En D. 34.1.18.5, la "cláusula de convivencia" a que se hace referencia se concretaría en habitar en el lugar en que fuese enterrado el cuerpo del disponente, con la finalidad de poder celebrar todos los años el funeral correspondiente, en ausencia de sus hijos.

34.1.20.3 (*Scaev. lib. III resp.*)⁽²¹⁾, D. 35.1.84.pr. (*Paul. lib. XIV resp.*)⁽²²⁾. En estos textos se presenta como posibles beneficiarios de los legados o fideicomisos de las prestaciones anuales o mensuales, establecidas con finalidades alimenticias, a libertos o esclavos propios que el disponente manumite en su testamento, sometiendo la percepción de las mencionadas pensiones al cumplimiento por parte de los citados beneficiarios de una condición de convivencia con personas pertenecientes al círculo familiar de aquél, presumiblemente con una finalidad asistencial hacia esos familiares, es decir, de ayuda o servicio en el ámbito doméstico⁽²³⁾.

21) D. 34.1.20.3 (*Scaev. lib. III respons.*): *Mater filio herede instituto per fideicommissum libertatem Pamphilo servo dedit: eidem cibariorum nomine legavit quinos aureos et vestiarii in singulos annos quinquagenos, si cum filio eius moretur: quaero, filio defuncto an alimenta debentur. respondit, si conditioni paruisset, deberi et post mortem.*

22) D. 35.1.84 (*Paul. lib. XIV respons.*): *'Illis libertis alimentorum nomine, si cum filio meo morari fuerint, menstruos denarios centenos et vestiaria dari volo'. liberti in obsequio fuerunt, quamdiu adulescens ad militiam promoveretur: qua causa effectum est, ut quibusdam Romae relictis proficisceretur, et apud castra defunctus est, an ab heredibus eius alimenta debeantur. Paulus respondit condicionem quidem in persona libertorum, qui cum filio defuncti morari sunt aut per eos non stetit, quo minus morarentur, mortuo filio testatoris defecisse non videri, sed si testator propter filii utilitatem his, qui cum eo morati fuissent, alimenta praestari voluit, contra voluntatem defuncti patet audiri non oportere.*

23) Tanto D. 35.1.84 (*Paul. XIV resp.*), como C. 6.3.12 (*Imp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum P.P.*), ponen de manifiesto la inexistencia de una obligación establecida a cargo de los libertos de vivir con sus patronos o con los hijos de éstos. En relación a las *operae libertorum* y los deberes de *officium* y *obsequium* de los libertos para con sus patronos, vid. MASI, *Inpudicitia, officium e operae libertorum*, en *Civitas Operae Obsequium (Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti)*, (Napoli, 1993), p.47 ss., y bibliografía allí cit.

En otro orden de cosas, desde un punto de vista meramente formal, el hecho de que en D. 44.7.61.1 se cuestione el valor de una simple epístola, considerada como un documento privado desprovisto de toda formalidad y circunscrito al ámbito de las comunicaciones entre particulares (24), como medio idóneo para llevar a cabo la constitución de una prestación de renta en los términos señalados puede producir una cierta perplejidad, sobre todo, si se parte de la suposición ya señalada de que los romanos recurrirían habitualmente con la finalidad de constituir prestaciones de renta *inter vivos* a un negocio formal y solemne del tenor de la *stipulatio* (25), plenamente eficaz en cuanto a sus efectos jurídicos. No obstante, la utilización de tal negocio con la finalidad de proceder *inter vivos* a la constitución de rentas no ya perpetuas, sino vitalicias, plantearía diversos problemas a los particulares, y ello porque, como ha señalado Amelotti (26), la

24) El término *epistulae*, como es sabido, también se utilizaría, para indicar las comunicaciones en forma epistolar que el *princeps*, a través de la secretaría *ab epistulis*, enviaba a funcionarios imperiales o a magistrados en contestación a preguntas sobre temas variados, formuladas por escrito por éstos sobre cuestiones controvertidas o poco claras. Tales contestaciones tendrían eficacia vinculante para su destinatario, desvinculándose, por tanto del otro sentido privado atribuible al vocablo. Asimismo, resulta preciso distinguir las cartas particulares desprovistas de cualquier forma, de otros escritos que, dotados de un carácter público o privado, requieren para su validez el cumplimiento de unas determinadas formalidades, como pueden ser, por ejemplo, los *instrumenta*, las *testationes*, o los *chirographa*. Vid. al respecto: D. 11.1.11.12 (*Ulp. XXII ad ed.*), D. 22.3.29.pr. (*Scaev. IX dig.*), D. 38.4.7 (*Scaev. II reg.*).

25) Vid. AMELOTTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia* cit., p. 219 ss.; ID., s.v. "rendita" (*dir. rom.*) cit., p. 818.

26) AMELOTTI, op. cit., loc. cit.; cfr., en sentido contrario, MITTEIS, cit. por AMELOTTI, en *Rendita perpetua e rendita vitalizia* cit., p. 224 s., según

estipulación, por sus características peculiares, no admitiría o, simplemente, ignoraría el término final introducido en el acto por el constituyente con la intención de limitar la renta constituida al período de vida de una persona, generalmente el beneficiario. Tales problemas ocuparon la atención de los juristas clásicos, procediendo a su resolución por la vía del derecho pretorio, a través del cual, según Amelotti, encontraría su reconocimiento en aquella época histórica la estipulación de renta vitalicia (27), atemperando las exigencias prácticas sentidas por los particulares con los rígidos principios jurídicos establecidos en el *ius civile*.

Seya, no sabemos si con el consejo de algún jurista consciente de las dificultades señaladas, no recurre a una estipulación, sino que se limita a utilizar una epístola en la que ofrece a Lucio Ticio una prestación de renta sometida al cumplimiento de una condición. Ante esta situación, tras describirse el comportamiento del receptor del escrito, se pregunta expresamente en D. 44.7.61.1 si la pensión ofrecida por la mujer resulta exigible *ex epistula*.

Escévola ni confirma ni niega directamente tal posibilidad, remitiendo tal determinación (*an actio danda sit*) a la estimación de quien corresponda el conocimiento del asunto, en atención a la

el cual, para los juristas clásicos la limitación del transcurso del tiempo en una renta resultaría válida *ipso iure*.

27) En cuanto a la forma de resolución de los mencionados problemas en época clásica y justiniana, vid. AMELOTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia* cit., p. 220 ss.; ID., s.v. "rendita" (*dir.rom.*) cit., p. 818 s.

condición de las personas y a las causas o circunstancias concurrentes en el caso planteado.

Que la respuesta proporcionada se formule en los términos transcritos no implica el reconocimiento *ab initio* de una eficacia vinculante a la epístola, considerándola como un medio factible a través del cual se pudiese constituir en derecho, con plenos efectos jurídicos, una renta, pero tampoco -y esto es lo importante- cierra de entrada tal posibilidad, al permitir, si así se estimase oportuno, conceder al particular al que se dirige el escrito una acción, con la finalidad de que éste pudiese reclamar la mencionada renta. Ello, a nuestro juicio, supone en definitiva la toma en consideración de la voluntad inicialmente manifestada por Seya y contenida en su epístola particular, a los efectos de la posible constitución de una renta vitalicia; en tal caso, el título constitutivo vendría a ser la sentencia judicial.

Es probable que los particulares, traspasando el ámbito de la función normal para la que habitualmente se venían utilizando las epístolas, concretada en la estricta comunicación interpersonal, recurriesen con relativa frecuencia en la práctica clásica al uso de estos escritos también con intenciones claramente jurídicas, especialmente a partir del momento en que las formalidades negociales se atenuaron y se otorgó una mayor importancia a la *voluntas* frente a los *verba*. Así parecen atestiguarlo bastantes fuentes jurídicas en las que, con cierta profusión, se contienen referencias a cuestiones suscitadas en el ámbito del derecho en

torno a las *epistulae* y *litterae* (28), términos éstos que se presentan como sinónimos en D. 44.7.61.1, en alusión a la misiva remitida por Seya a Lucio Ticio.

Una somera aproximación a los textos permite comprobar la utilización de cartas con variadas finalidades jurídicas en materia de derecho de familia (29), de sucesiones (30), transmisiones patrimoniales a título oneroso y lucrativo (donaciones) inter vivos o mortis causa (31), y, sobre todo, en la esfera del derecho de

28) Evidentemente, existen muchos otros textos en los que no aparecen estos términos, que también se encuentran referidos a cuestiones jurídicas relativas a escritos de particulares desprovistos de cualquier forma, a los que no aludimos en este trabajo, por centrarnos fundamentalmente en aquellos fragmentos en los que se contienen cualquiera de los dos vocablos indicados. Por lo demás, interesa resaltar que muchos de los textos en los que se aluden a cartas o escritos de tipo particular, pertenecen al jurista Cervidio Escévola.

29) Vid. D. 23.1.18.pr. (<Pap.> III resp.), D. 26.8.9.5 y 6 (Gai. XII ad ed.), D. 29.2.25.4 (Ulp. VIII ad Sab.), D. 29.2.50. (Mod. de heur.), D. 23.2.5. (Pomp. <I> IV ad Sab.), D. 32.37.4 (Scaev. XVIII dig.), D. 40.2.22. (Paul. XII quaest.), D. 23.5.15. (Pap. III resp.), C. 5.29.2. (Imp. Alexander A. Valerio), I.J. 1.5.1, I.J. 1.21.2.

30) D. 2.14.52.pr. (Ulp. I opin.), D.32.41.2 (Scaev XXII dig.), D. 34.4.30.4 (Scaev. XX dig.), D. 36.1.6.pr. (Ulp. IV de fideicomm.), D. 36.1.38.pr. (Ulp. XVI ad ed.), D. 38.2.47.2 (Paul XI resp.), D. 38.4.7. (Scaev. II reg.), D. 36.1.77.pr. (Scaev. XVIII dig.), D. 32.37.1 (Scaev. XVIII dig.), D. 39.5.32. (Scaev V resp.), D. 39.5.35.pr. (Scaev. XXXI dig.), C. 1.5.4.5 (Imp. Arcadius, Honorius et Theodosius AAA. Senatori P.P.), C. 3.36.26. (Imp. Constantinus A. ad Bassum P.P.), C. 6.35.4. (Imp. Alexander A. Philomuso), C. 6.22.7 (Imp. Valentinianus, Valens et Gracianus AAA. ad Maximum).

31) Vid. D. 6.1.77. (Ulp. XVII ad ed.), D. 31.75.pr. (Pap. VI resp.), D. 31.89.pr. (Scaev. IV resp.), D. 32.37.3 (Scaev. XVIII dig.), D. 32.78.1 (Paul. II ad Vit.), D. 34.4.30.1 (Scaev. XX dig.), D. 20.6.1.1 (Pap. XI resp.), D. 24.1.57. (Paul. VII resp.), C. 8.56(57).4. (Imp. Iustinianus A. Iuliano), C. 8.53(54).5. (Imp. Carus, Carinus et Numerianus AAA. Flacconillae), C.8.53(54).13 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Uraniae).

obligaciones, especialmente en todos aquellos casos en los que se pretendiese realizar una serie de negocios como la compraventa (32), el arrendamiento, la sociedad o el mandato (33), que sería posible contraer entre ausentes y para cuya validez no se requería ninguna formalidad de palabras ni de escritura, bastando a tal efecto el consentimiento otorgado por los intervinientes en ese negocio (34).

Las epístolas, con carácter general, ofrecerían una doble utilidad en el ámbito jurídico, presentándose, por una parte, como elementos materiales de transmisión de una manifestación de voluntad, entendida en sentido amplio, dirigida a producir ciertos efectos jurídicos interpartes en aquellos actos y negocios jurídicos para los que no se exigía el cumplimiento de determinadas formalidades, y, por otra, como medios de prueba (35), con

32) Vid. D. 18.1.1.2 (*Paul. XXXIII ad ed.*), D. 40.12.38.pr. (*Paul. XV resp.*), C. 4.50.9 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Rufinae*), C. 4.56.2 (*Imp. Alexander A. Severo*), C. 4.57.5.2 (*Imp. Gordianus A. Martino*).

33) Vid., D. 17.1.1.1 (*Paul. XXXII ad ed.*), D. 17.1.12.12 (*Ulp. XXXI ad ed.*), D. 17.1.60.4 (*Scaev. I resp.*), D. 31.77.26 (*Pap. VIII resp.*), D. 3.5.30(31).pr (*Pap. II resp.*), D. 14.6.16 (*Paul IV resp.*), D. 17.1.56.pr. (*Pap. III resp.*), D. 17.1.62.pr. (*Scaev. VI dig.*), D. 14.5.7 (*Scaev. I resp.*), C. 4.35.7 (*Imp. Gordianus A. Aureliano*), C. 8.42(43).23 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Rufino*), C. 9.23.6 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aufidio*).

34) Vid. *Gai. Inst.* III.136, I.J. 3.22.2(1), D. 44.7.2.2 (*Gai. III inst.*).

35) Vid., D. 11.1.11.12 (*Ulp. XXII ad ed.*), D. 13.7.34 (*Marcell. resp.*), D. 16.3.24 (*Pap. IX quaest.*), D. 16.3.26.2 (*Paul. IV resp.*), D. 16.3.28 (*Scaev. I resp.*), D. 22.3.29.pr. (*Scaev. IX dig.*), D. 34.1.16.1 (*Scaev. XVIII dig.*), D. 32.91.3 (*Pap. VII resp.*), D. 38.2.47.1 (*Paul. XI resp.*), D. 41.2.48 (*Pap. X resp.*), C. 4.19.13.pr. y 1 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Iustino*), C. 4.26.13.2 (*Impp. Honorius et Theodosius AA. Ioanni P.P.*).

ciertas matizaciones, de las citadas manifestaciones de voluntad o de la celebración de un acto o negocio jurídico, en caso de que se diese un conflicto de intereses.

Los problemas jurídicos que se plantean en los textos que mencionan cartas remitidas entre particulares giran fundamentalmente en torno a cuestiones relativas a las manifestaciones de voluntad que en ellas se recogen. Autenticidad e interpretación de la voluntad manifestada o del acto o negocio realizado, alcance o valor de dicha manifestación de voluntad realizada por escrito y sin seguir un esquema formal predeterminado, posibles efectos jurídicos que produce o podría producir el escrito, son algunos de los aspectos que ocupan el interés de los juristas. En este contexto problemático se sitúa la epistola de Seya.

Resulta innegable la clara intencionalidad jurídica con que Seya remite su carta a Lucio Ticio: la mujer no desea solamente comunicarse con él, sino que, sobre la base de una disposición de ánimo y afecto pretende condicionadamente constituir un *salarium* consistente en diez mil sestercios abonables mientras ella viviese a favor de aquél.

Las dificultades se presentan, sin embargo, cuando se cuestiona, no ya sólo desde un punto de vista formal, sino también estrictamente material o sustantivo la posible efectividad jurídica de la promesa realizada por la mujer a través de la carta: ¿en qué medida resulta jurídicamente vinculante para Seya la oferta de *salarium* que realiza a Lucio Ticio?

Evidentemente, del simple ofrecimiento o promesa efectuada por la mujer, como es lógico, no puede derivar la exigibilidad de la remuneración. En este sentido, los textos en que se contemplan determinadas declaraciones o promesas no formales efectuadas por ciudadanos particulares, que no se encuentren dirigidas a una *res publica*, es decir, que se sitúen en el ámbito iusprivatístico, ponen de manifiesto claramente como características más resaltables de las mismas la unilateralidad y ausencia de fuerza vinculante u obligatoria respecto a lo que se ofrece para quien realiza tal promesa o declaración ⁽³⁶⁾.

La suposición de que, hipotéticamente y sin entrar en aspectos formales, fuese necesaria la existencia de un acuerdo de voluntades entre Seya y Lucio Ticio -que se plasmaría en la aceptación por parte de éste de la oferta realizada- para que pudiese surgir válidamente la obligación de pago de la pensión ofrecida, conduce a cuestionar la existencia efectiva de tal acuerdo de voluntades entre ambos. Si ello fuera así, partiendo de la

36) Para un estudio de las fuentes relativas a las promesas y declaraciones unilaterales de voluntad, circunscrito fundamentalmente al marco de la Compilación justiniana, vid. por todos, con referencias bibliográficas, SAN JUAN, *La "pollicitatio" en los textos jurídicos romanos*, (Madrid, 1996), especialmente p. 68 ss., donde el autor cit., analiza D. 17.1.56.3 (*Pap. III resp.*), C. 4.35.17 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Gorgonio*), y D. 50.13.1.12 (*Ulp. VIII de omn.trib.*). Estos tres textos se encuentran referidos a promesas de remuneraciones; en los dos primeros se alude a un "*salarium*", mientras que en el último, el término utilizado es "*honorarium*". En D. 50.12.5 (*Ulp. I resp.*), también se contempla el caso de una persona ausente que escribió una carta para celebrar un espectáculo a su costa, negándose que en virtud de tal epístola pudiese ser obligado a celebrarlo. Para SAN JUAN, op. cit., p.94 nt.16, se trataría de un supuesto de *pollicitatio non ob honorem*, sin efectos vinculantes para quien efectúa la promesa.

suposición señalada, los efectos jurídicos deseados por las partes se alcanzarían a partir del momento en el que se produjese tal concordancia de voluntades.

Como se ha indicado anteriormente, resulta clara la intención de Seya respecto a la oferta de *salarium* sometida a condición que formula, pero no consta, sin embargo, como se infiere de la lectura de D. 44.7.61.1, una manifestación expresa o explícita de voluntad por parte de Lucio Ticio, aceptándola o rechazándola. Podría existir, eso sí, lo que se ha dado en denominar un "*indicium voluntatis*" (37): el supuesto asentimiento de Lucio Ticio a la oferta formulada se produciría no ya con una declaración de voluntad expresa o tácita por su parte, sino con su propia actuación, dando lugar de esta forma a un negocio encuadrable en el tipo que la dogmática civilística moderna italiana conoce terminológicamente como "negozio di volontà", y

37) Vid. PLANCHY, *Indicium voluntatis*, en *BIDR* 57-58 (1953), p.295 ss., donde el autor cit., se ocupa de investigar las raíces romanas de la problemática civilística planteada en relación a la diferencia entre *declaratio* e *indicium voluntatis*, es decir, entre la declaración de voluntad (*Willenserklärung*) y el denominado "negocio de voluntad" (*Willensgeschäft*).

la alemana "Willensgeschäft" (38). En D. 44.7.61.1, se ha dicho, "la oferta viene aceptada con el acto real, que es el indicio de la voluntad de aceptar la oferta (*rem suam distrahere* etc...) (39).

A nuestro juicio ello no es totalmente exacto.

La actuación de Lucio Ticio, supuestamente tras recibir la carta en la que se contiene la oferta de Seya, enajenando sus bienes, habiéndose ido con ella y estando con la mujer desde entonces, como se recoge en el texto, efectivamente se puede considerar como un indicio de la voluntad por parte de Ticio de aceptar dicha oferta, pero sólo así, es decir, como una simple presunción o indicio de voluntad, orientado en un sentido determinado.

La mera convivencia parece que no entra en las previsiones de Seya al ofertar la prestación de renta. Da la impresión de que la mujer, por los términos en que se expresa en la epístola, solicita algo más de Lucio Ticio: cuanto menos, la misma disposición de ánimo y afecto que aquél siempre tuvo hacia ella.

38) La característica fundamental que presentan los supuestos que la doctrina encuadra bajo esta denominación y dentro de la autonomía privada -como, por ejemplo, la *derelictio*, la *occupatio*, el contrato consigo mismo, la *pro herede gestio*, y otros supuestos aislados- es la de que se trata de negocios en los que la voluntad del agente se dirige directamente al efecto jurídico, y alcanza este efecto sin que aquélla voluntad sea explícitamente declarada; el agente no declara su voluntad, sino que la realiza (*Willensverwirklichung*). Vid. PLANCHY, *Indicium voluntatis* cit., p.294 ss. Cfr., en la doctrina española el clásico estudio de, DE CASTRO, *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*. vol.X, (Madrid, 1967), p.70 ss., donde el autor realiza una valoración crítica de la teoría del negocio de voluntad.

39) PLANCHY, *Indicium voluntatis* cit., p.371.

Si ello fuera así, habría que formularse necesariamente la siguiente pregunta: ¿Lucio Ticio mantiene en esa relación de convivencia estable, que parece haber aceptado en cumplimiento de la condición impuesta por Seya, la misma disposición de ánimo y el mismo afecto que le venía profesando?. El fragmento analizado no aporta datos que permitan ayudar a resolver la cuestión formulada.

Haciendo un ejercicio de imaginación jurídica, creemos que quizá sólo en caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuese afirmativa, se podría hablar de aceptación de la oferta, al cumplirse plenamente la condición establecida por Seya, y, por tanto, de acuerdo de voluntades entre las partes. A lo indicado cabría añadir otra posible pregunta, no menos importante, que, en el caso de que se respondiese afirmativamente, plantearía una situación paradójica, y cuya resolución también se situaría en la esfera de las hipótesis ante la falta de datos: ¿sería factible hablar de acuerdo de voluntades sólo cuando fuese posible apreciar en Lucio Ticio un afán pretendidamente comercial, es decir, únicamente cuando este actuase, cumpliendo la condición impuesta por Seya, con la intención de obtener la pensión prometida por la mujer y, por tanto, de concluir el atípico "negocio" propuesto? (40)

40) No es descartable que la intención comercial en el caso planteado -la circunstancia de que Lucio Ticio actuase movido no ya con una finalidad exclusivamente afectiva, sino también, o sólo, con la intención lucrativa de obtener la pensión ofertada- fuese un elemento valorativo esencial a tener en cuenta a los efectos de poder exigir el pago de la renta prometida. En las fuentes jurídicas existen textos en los que es posible apreciar la denegación de la solicitud de gastos realizados desinteresadamente que con posterioridad se

En cualquier caso, en D.44.7.61.1, como ya indicamos, se deja abierta la posibilidad de conceder una acción por parte de quien corresponda el conocimiento del asunto, si es que así lo estimara procedente, teniendo en cuenta para adoptar esa resolución la condición de las personas y las demás circunstancias del supuesto planteado.

Son tres, por consiguiente, las cuestiones que dentro del ámbito procesal se plantean en el fragmento: a quién puede corresponder el conocimiento del asunto, la concreción de los criterios para valorar la concesión o denegación de la acción, y la determinación del tipo de acción ejercitable si se estimase su procedencia en el caso tratado.

Ninguna de estas tres cuestiones obtiene una respuesta en el texto.

Por lo que se refiere al conocimiento del asunto, el jurista no establece a quien debe de corresponder el mismo. Esta indeterminación en cuanto a la indicación del órgano jurisdiccional competente, no resulta novedosa en las respuestas jurisprudenciales contenidas en los textos ⁽⁴¹⁾. El propio

pretenden recuperar: Vid., por ejemplo, D. 11.7.14.7 (*Ulp. XXV ad ed.*) y C. 8.50(51).17.1 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Diogeniae*).

41) Vid. al respecto, entre otros, por ejemplo: D. 3.6.8 (*Ulp. IV opin.*), D. 35.3.6 (*Call. IV de cogn.*), D. 36.4.5.16 (*Ulp. LV ad ed.*), D. 48.5.2.9 (*Ulp. VIII disput.*), C. 4.12.4 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Philothesae*), C. 4.31.3 (*Imp. Alexander A. Capitoni*), C. 4.37.5 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Theodoro*), C. 4.56.2 (*Imp. Alexander A. Severo P.U.*), C.5.31.7 (*Imp. Gordianus A. Dionysio*), C.

Escevola, por ejemplo, recurre a la misma cláusula de estilo ("*eum cuius notio est/sit*") en otros cuatro fragmentos más de sus Digestos, en los que se tratan cuestiones relativas a distintos tipos de legados -prelegado de dote, legado de alimentos o sustento, legado de liberación-, que no ayudan a clarificar por analogía la indeterminación: D. 33.4.14 (*Scaev. XV dig.*) (42), D. 34.1.15.1 (*Scaev. XVII dig.*) (43), D. 34.1.16.1 (*Scaev. XVIII dig.*) (44), D. 34.3.28.3 (*Scaev. XVI dig.*) (45).

5.44.2 (*Imp. Alexander A. Euaresto*), C. 8.27.4 (*Imp. Alexander A. Crescenti*), I.J. 3.11.1.

42) D. 34.4.14 (*Scaev. XV digest.*): *Theopompus testamento facto duas filias et filium aequis partibus instituit heredes et codicillis ita cavit: 'Filiae meae Crispinae, quam collocari cupiebam viro amicis cognatisque probato, collocandae providebit Pollianus, qui voluntatem meam novit, eadem condicione qua etiam sororem eius collocavi'. Pollianus a marito puellae iuratus scripsit voluisse patrem eandem quantitatem in dotem accipere etiam minorem filiam, quam maior accepisset. quaero, an eandem summam dotis nomine coheredes extra partem hereditatis minori filiae praestare debeant. respondit eum cuius notio est aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur.*

43) D. 34.1.15.1 (*Scaev. XVII digest.*): *Testator concubinae mancipia rustica numero octo legavit et his cibaria praestari iussit in haec verba: 'eisque mancipiis, quae supra legavi, cibarii nomine ab heredibus meis praestari volo, quae me vivo accipiebant'. quaesitum est, cum vivo testatore semper mancipia rustica tempore messium et arearum delegata fuerint et eo tempore cibaria ex ratione domini sui numquam acceperint excepto custode praedii, an heres eius quoque temporis, id est messis et arearum, et cibaria concubinae pro mancipiis rusticis praestare deberet. respondit eum, cuius notio est, aestimaturum. CLAUDIUS: merito: nam si eodem modo, quo apud testatorem fuerunt et apud concubinam futura legavit, non debebantur eius temporis, de quo quaesitum est, cibaria: verum si velut in ministerium urbanum ab his transferuntur, debentur.*

44) D. 34.1.16.1 (*Scaev. XVIII digest.*): *Libertis libertabusque, item quos quasque testamento codicillisve manumiserat, alimenta commoda, quae viva praestabat, dari iusserat item omnibus libertis libertabusque fundos:*

Tampoco resuelve la cuestión otro conocido fragmento atribuido a Ulpiano, en el que se alude al vocablo "*notio*" (46), conceptuándolo con una gran amplitud de contenido, al referir su significado no solo a los que tuviesen jurisdicción, sino también a los que sin tenerla pudiesen conocer de algunas otras causas.

D. 42.1.5.pr. (*Ulp. lib. LIX ad ed.*): *Ait praetor: 'cuius de ea re iurisdictio est'. melius scripsisset: cuius de ea re notio es: etenim notionis nomen etiam ad eos pertineret, qui iurisdictionem non habent, sed habent de quavis alia causa notionem* (47).

quaesitum est, an ad ea legata admitteretur liberti paterni libertus, qui scribere solebat ita: liberto nostro a Rufina: epistula etiam emissa ad ordinem civitatis, unde oriunda erat, petierat, uti publice (quod medicus erat) salaria ei praestarentur, manifestando litteris suis eum suum esse libertum. respondit eum, cuius notio est, aestimaturum, ut, si quidem viva ea et ei praestabat, nihilo minus ad fideicommissum admitteretur, aliter vero non.

45) D. 34.3.28.3 (*Scaev. XVI digest.*): *Titius testamento facto et filiis heredibus institutis de patre tutore suo quondam facto ita locutus est: 'Seium patrem meum liberatum esse volo ab actione tutelae'. quaero, haec verba quatenus accipi debent, id est an pecunias, quas vel ex venditionibus rerum factis aut ex nominibus exactis in suos usus convertit vel nomine suo faeneravit, filiis et heredibus testatoris nepotibus suis debeat reddere. respondit eum, cuius notio est, aestimaturum praesumptio enim propter naturalem affectum facit omnia patri videri concessa, nisi aliud sensisse testatorem ab heredibus eius approbetur.*

Además de en los textos transcritos, la cláusula señalada, también aparece recogida en los mismos términos en D. 32.78.1 (*Paul. lib II ad Vitell.*)

46) En relación al término indicado, vid. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, (Padova, 1937), p.363 nt.1.

47) Vid. DE MARTINO, op. cit., p.140 nt.1, 298 ss., 357 ss. Según este autor, op. cit., p.363 nt.1, la terminología utilizada en el texto, no pertenecería en su totalidad a Ulpiano.

La circunstancia de que Seya, como se pone de manifiesto claramente en D. 44.7.61.1, pretendiese constituir un *salarium* sin utilizar para ello una *stipulatio*, ha llevado a suponer que la cuestión planteada unicamente se pudiese tramitar por la vía del procedimiento extraordinario (48).

A dicha suposición se llega estableciendo una equiparación entre los términos "*salarium*" y "*honorarium*", considerando ambos como sinónimos e identificables en su significado con "remuneración por servicios de gran valor". Seya, presumiblemente, pretendería remunerar ciertos servicios masculinos -considerados frente a los femeninos como de gran valor por la sociedad romana del momento- cuya prestación solicitaría de Lucio Ticio a cambio de un salario. Dado que las cuestiones relativas a la petición de remuneraciones (*salarium-honorarium*) por servicios de gran consideración, como los teóricamente prestados por Lucio Ticio a Seya, se tramitarían por la vía de la *cognitio extraordinem*, Lucio Ticio debería de acudir a este tipo de procedimiento ejercitando una acción sobre la base del mandato remunerado, con la finalidad de obtener la prestación de renta prometida (49).

48) TRINKNER, *L'incidence du droit* cit., p.370. Este autor llega a la conclusión indicada suponiendo que la que califica como "promesa de donación" efectuada por Seya hubiese sido nula por no haber respetado las condiciones de forma de una estipulación. Asimismo, identifica la renta anual prometida en la carta con una "pensión alimenticia". Vid. op. cit., p.368 s.

49) TRINKNER, op. cit., p.364.

A nuestro juicio, la hipótesis formulada no presenta un apoyo suficientemente sólido como para poder ser aceptada sin ciertos reparos.

Efectivamente aparecen en las fuentes jurídicas una serie de textos que permiten establecer una equiparación entre los términos *salarium* y *honorarium* en el sentido descrito, es decir, entendiendo ambos con el significado de "retribuciones" -más propiamente "gratificaciones" o "regalos" en un primer momento- recibidas por la realización de determinados servicios prestados por profesionales liberales o bien por actividades realizadas por mandatarios, no susceptibles de estimación al no atribuirseles un valor patrimonial en razón de la condición de las personas que los prestaban, y que, por dichas características, no serían objeto de *locatio conductio*. No obstante lo señalado, existe también otro grupo de textos, entre los que se suele situar a D. 44.7.61.1 ⁽⁵⁰⁾, de los que no resulta posible extraer tal equiparación y donde el término *salarium* adoptaría un significado más general, identificable con "prestaciones continuas" establecidas a favor de ciertas personas, con independencia de su condición de profesionales liberales o mandatarios, así como desvinculado de la realización de una actividad profesional concreta o de la prestación de un servicio de gestión determinado, desarrollado por parte de sus receptores, como por ejemplo se puede apreciar en otro texto del propio Escevola.

50) Vid. *V.I.R.*, t. XVIII, p.236.

D. 15.3.21. (*Scaev. lib. V digest.*): *Filiam familias duxit uxorem patre dotem promittente et convenit inter omnes personas, uti eam pater aut ipsa se tueretur: maritus ei mutuos nummos dedit, cum iuste putaret patrem eius ministraturum tantum salarium, quantum dare filiae suae instituerat: eos nummos illa in usus necessarios sibi et in servos quos secum habebat consumpsit, aliquantum et (cum ei res familiares creditae essent) ex pecunia mariti in easdem causas convertit: deinde priusquam pater salarium expleret, moritur filia: pater impensam recusat: maritus res mulieris retinet: quaero, an de in rem verso adversus patrem actio competat. respondit, si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.*

Por otra parte, cabe señalar que, aun suponiendo que Seya al realizar su oferta de *salarium* a Lucio Ticio, condicionando la convivencia exigida a éste sobre la base de la misma disposición de ánimo y afecto existente hasta entonces entre ambos, pretendiese exactamente "remunerar" o gratificar exclusiva o primordialmente la prestación de determinados servicios de carácter sexual -lo cual, ni consta, ni creemos que se pueda deducir claramente del texto-, resultaría difícilmente posible, por no decir jurídicamente absurdo, encuadrar tales servicios en el ámbito de las *operae liberales*, o del mandato remunerado, como se ha pretendido. Las fuentes, desde luego, no nos parece que ofrezcan apoyos suficientes para ello.

En nuestra opinión, no se puede afirmar rotundamente que la reclamación de Lucio Ticio únicamente se pudiese tramitar en el caso planteado por la vía del procedimiento extraordinario, argumentando que debería ser así por tratarse de una petición de *salarium*.

La *cognitio extraordinem* ciertamente podría haber sido la vía procesal habitualmente utilizada por los particulares cuando éstos tratasen de reclamar salarios identificables con honorarios en el sentido que anteriormente hemos descrito ⁽⁵¹⁾, sentido en el que, como se ha dicho, no nos parece que por razones lógicas pueda encajar jurídicamente el salario ofrecido por Seya a Lucio Ticio. Pero tal vía, quizá no hubiera sido ni necesaria ni exclusivamente la única posible cuando se tratase de reclamar otros tipos de salarios, entendidos en su acepción no ya especial sino genérica de prestaciones contínuas, pudiendo quizá los particulares acudir en tales supuestos al cauce del procedimiento ordinario.

Tal probabilidad es posible que pudiese deducirse indirectamente de D. 2.15.8.23, donde, a los efectos de la validez de una transacción realizada entre particulares en relación a una cantidad determinada dejada a una persona de posición elevada a modo de *salarium annum* o usufructo, se establece la posibilidad de que tal transacción se pueda realizar sin la intervención del pretor, lo que, sin embargo, se excluye cuando se trate de un

51) Quizá no exclusivamente la única, como se podría deducir en algunos casos de mandato, indirectamente, de D. 17.1.56.3 (*Pap. III resp.*), y D. 17.1.7 (*Paul. III resp.*). En relación a estos textos, vid., SAN JUAN, op. cit., p.68 ss., y bibliografía allí cit.

módico usufructo dejado en concepto de alimentos, en cuyo caso, tal intervención pretoria resultaría necesaria para que esa convención particular se considerase válida.

D. 2.15.8.23 (*Ulp. lib. V de omn. Trib.*): *Si in annos singulos certa quantitas alicui fuerit relicta homini honestioris loci veluti salarium annuum vel usus fructus, transactio et sine praetore fieri poterit: ceterum si usus fructus modicus alimentorum vice sit relictus, dico transactionem citra praetorem factam nullius esse momenti.*

La referencia a la intervención del pretor en el texto transcrito, en el que al igual que en D. 44.7.61.1 también se contempla un supuesto relativo a la petición de un *salarium annuum*, nos situaría en la esfera del *ordo iudiciorum privatorum*.

Algo similar ocurriría en D. 44.7.61.1. Con la última frase del fragmento, en la que se recoge la respuesta jurisprudencial a la pregunta formulada ("*respondit ex personis causisque eum cuius notio sit aestimaturum, an actio danda sit*") se estaría haciendo alusión a la *causae cognitio* del pretor, ante el cual presentaría su reclamación Lucio Ticio con la finalidad de promover la correspondiente controversia, quizá tramitable a través del procedimiento formulario. A la vista de la reclamación presentada y en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto planteado, el citado magistrado debería estimar la

oportunidad o no de conceder el correspondiente medio de tutela procesal ⁽⁵²⁾.

En D. 44.7.61.1 únicamente se alude de forma genérica a la concesión de una acción, sin especificar cuál podría ser.

De entrada, el hecho de que el jurista señale la posible concesión de una acción nos parece un dato importante a tener en cuenta, puesto que la referencia a tal medio de tutela procesal vendría a implicar, en caso de que así se estimase procedente, la toma en consideración del convenio celebrado entre Seya y Ticio como algo más que un simple pacto ⁽⁵³⁾.

Si es que se intenta concretar el posible tipo de acción utilizable, en caso de que se estimase procedente su concesión, nos inclinamos a pensar que probablemente se tratase de una *actio in factum*, por encontrarnos ante un supuesto novedoso y *sui generis* en el ámbito jurídico, que resultaría difícilmente reconducible a cualquiera de las categorías negociales reconocidas

52) LEMOSSE, *Cognitio*, (Ed. anastatica) (Roma, 1971), p.193 nt.4. En opinión de este autor, la terminología *danda sit* autentificaría el carácter clásico del fragmento. Vid., además, MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, (Milano 1960), p.36 y nt.51, donde cita otro texto de Escévola, D. 45.1.135.2 (*Scaev. V resp.*), probablemente interpolado, en el que se contendría una solución análoga a la que se proporciona en D. 44.7.61.1.

53) Que, como se señala en D. 2.14.2.pr. (*Paul III ad ed.*), también se podría realizar mediante carta. Vid., además D. 17.1.34.pr. (*Afric. VIII quaest.*), donde también se alude al pacto, en relación a una carta remitida por un procurador a su mandante, comunicándole que retenía en su poder una cierta suma de dinero de lo cobrado a los deudores, haciéndose a su vez deudor de dicha suma en concepto de préstamo al seis por ciento de interés, y donde se pregunta si por tal causa podía reclamarse la cantidad prestada y los intereses.

y utilizadas por los romanos (54). Quizá la novedad y especialidad de la cuestión planteada, no contemplada por el *ius civile*, justifique que el jurista, actuando cautamente, no se pronuncie de una manera clara sobre la cuestión que se le plantea, dejando abiertas las dos posibles soluciones por las que podría optar el magistrado tras realizar la correspondiente *causae cognitio*: concesión o denegación de la acción.

En consonancia con lo indicado, la respuesta jurisprudencial tampoco resulta clarificadora en cuanto a los criterios utilizables por el magistrado a los efectos de estimar la posible concesión o denegación de la acción, al indicar vagamente que dicha estimación se deberá realizar en atención a la condición de las personas y a las demás circunstancias que concurren en el supuesto analizado: *ex personis causisque eum aestimaturum*.

El dato de que el jurista aluda a la condición de las personas implicadas en el caso en cuestión, junto con las demás circunstancias concurrentes, como elemento valorativo a tener en cuenta por el pretor para conceder o denegar la acción correspondiente, abre otra incógnita de difícil solución: ¿en qué tipo de situación o *status* personal se está pensando?; ¿acaso influiría en alguna manera, por poner un ejemplo, que Seya fuese una mujer liberta, o de que Lucio Ticio fuese un hombre de posición elevada, o un liberto de la propia Seya, o un militar?.

La respuesta a estas preguntas nos vuelve a situar de nuevo en el círculo de las hipótesis. La multiplicidad de posibilidades y

54) En este sentido, vid. LEMOSSE, op. cit., loc. cit.

la imposibilidad de ofrecer una contestación con un grado de fiabilidad suficiente nos inclinan a ejercitar al respecto el socorrido, aunque en este caso creemos que también necesario *ars ignorandi*, en el convencimiento de que el pretor seguramente resolvería el problema planteado haciendo uso de la *prudentia iuris*.

De todo lo expuesto cabe concluir que la carta de Seya se presenta como medio de manifestación de una voluntad, en este caso, de la oferta de una prestación de renta dirigida a un particular y sometida al cumplimiento de una condición potestativa. Tal declaración de voluntad contenida en la epistola no produce, como es natural, efectos jurídicos por sí misma hasta el momento en que la persona a la que se dirige conoce y acepta la oferta formulada por la remitente, y, en consecuencia, cumple plenamente la condición impuesta, de la que se hacen depender los efectos del atípico negocio jurídico propuesto; sólo a partir de ese momento se podría hablar del nacimiento de una obligación, que se concretaría en el pago del salario prometido en el escrito, y que sería exigible en caso de incumplimiento a través de la concesión pretoria de la correspondiente acción.

Las circunstancias fácticas del supuesto en cuestión no permiten determinar a ciencia cierta la procedencia o improcedencia de una posible acción, puesto que, si bien en la carta se manifiesta una voluntad clara y terminante de establecer una prestación de renta, sometiendo su constitución a una condición, la citada condición, al margen del cumplimiento de unos requisitos objetivos -venta de sus bienes por el potencial

beneficiario, desplazamiento hasta el lugar de residencia de Seya y convivencia estable con la mujer-, también parece incluir el cumplimiento de un requisito subjetivo -mantenimiento de la misma disposición de ánimo y afecto hacia la mujer- de muy difícil valoración.

Precisamente a la valoración del cumplimiento de dichos requisitos, teniendo en cuenta la condición de las personas y otras circunstancias, procedería el pretor a través de la correspondiente *causae cognitio*, concediendo si así lo estimase oportuno la correspondiente acción -probablemente *in factum*, a consecuencia de la atipicidad del negocio realizado-, con la finalidad de que Lucio Ticio pudiese hacer valer judicialmente su pretensión respecto al salario prometido por Seya. De esta forma, la que inicialmente se presentaría como una promesa de salario contenida en una carta particular, desprovista de cualquier formalidad, se habría concretado en una *obligatio de dare salarium*, constatable a través del mencionado escrito, que ahora actuaría como un medio de prueba concluyente de la existencia de la citada obligación.

Probablemente fuese éste el sentido en el que habría que interpretar la frase contenida en D.44.7.61.1 "*an ei ex his epistulis salarium annuum debeat*".

Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem

by William TURPIN

(Swarthmore, Pa., U.S.A.)

Roman law was transformed by the acquisition of an empire: rules derived from a deep republican distrust of magisterial powers gave way to those of an authoritarian imperial government. This development has been described as a replacement of the traditional procedures of the Roman Republic by a new administrative procedure, the *cognitio extra ordinem*, and the change is normally ascribed to the Roman emperors. I will argue, however, that there were in fact three distinct developments. First, the traditional Republican procedures were replaced, over time, by a summary investigative procedure that we can legitimately refer to as *cognitio*. Second, the investigative procedure of *cognitio* was itself modified, when special kinds of crimes were investigated according to special rules (*extra ordinem*). Third, this new – and originally extraordinary – investigative procedure came, by the time of Justinian, to be the normal one.

I. Introduction

Litigants under the Republic had an impressive array of rights; a citizen participated in legal proceedings as a more or less voluntary act of submission to his peers, and the role of magistrates was severely limited. In its original form, that of the *legis actio*, civil procedure was nothing more than a mechanism for enforcing individual statutes; the magistrate merely presided over the formalities, and helped the litigants decide on a suitable *iudex*, normally a private citizen, to decide on the facts. In the formulary procedure the praetor had more scope, but investigation of facts and final judgment were still reserved for independent judges. Even a criminal trial (*quaestio*) applied this same concept to one of the “public” wrongs: the praetor presided over selection of the jury and the conduct of the case, but the facts were assessed by a panel of *iudices*. These basic principles were an important part of the Roman political consciousness; Romans inherited not only a deep suspicion of monarchical and magisterial power in general, but a fundamental conviction that lawsuits should be decided by private citizens (1).

The traditional procedures did not survive the acquisition of an empire. The Roman government came to use a more free-form inquisitorial process, in which officials conducted their own investigations and passed judgment, and over which the litigants

1) The devolution of jurisdiction in private matters was attributed to Servius Tullius; Dion. Hal. 4.25.2. See also Cic. *Rep.* 5.3 and *Clu.* 43.120: *Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*

themselves had markedly less control. The development is neatly described in the legal textbooks as a transition from the procedures of *legis actio*, *formula* and *quaestio* to a new procedure, known variously as *cognitio*, *cognitio extraordinaria*, or (most commonly) *cognitio extra ordinem*. The change has been explained as the logical consequence of the new political situation: *cognitio extra ordinem* is seen as the tangible manifestation of the new constitutional and legal order initiated by Augustus, and the first emperors thus appear as radical reformers of the Roman legal procedure (2).

I will argue that the impact of the emperors on the law was more limited. The emperors were personally involved in the legal business of the empire, and they introduced important changes in both substance and procedure, but it is only modern jurists who treat their innovations as a coherent whole. The courts of medieval and modern Europe that adopted Roman legal principles were the descendants, paradoxically, not of the traditional Republican courts which are at the heart of Roman legal thinking,

2) E.g. Max KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2nd ed. by Karl HACKL (1996), 435 ff.; also KASER, "The Changing Face of Roman Jurisdiction", *IJ* 2 (1967), 129-143, at 137: "In all its forms, the *cognitio* procedure belongs in the particular sphere of activity of the *princeps*. It is in fact an imperial law of actions, quite separate from the traditional constitutional principles of the Republic and from the ordinary divided process, in the same way that the *fiscus* was a treasury under the exclusive authority of the Emperor or that the imperial provinces were governed entirely by the Emperor"; I. BUTI, "La 'cognitio extra ordinem': da Augusto a Diocleziano", *ANRW* II.14 (1982), 29-59, at 31: "La nascita della procedura 'straordinaria' coincide, come è noto, con l'affermarsi del principato ed apparve, nelle sue varie manifestazioni, come una delle espressioni della tendenza del principe a far sentire sempre più la propria presenza con interventi 'creativi' anche nel campo del diritto".

but of the bureaucratic courts in which administrators conducted *cognitiones*. The modern procedures required an appropriate pedigree, and both the expression *cognitio extra ordinem* itself, and the whole conception of a coherent legal system based on a new procedure, were invented in the nineteenth century to provide one (3).

The terminology used by modern scholars varies: they speak of *ius novum* – placed by the emperors alongside the traditional *ius civile* and the *ius honorarium* – and more commonly of a *cognitio* system, of *cognitio extraordinaria* and of *cognitio extra ordinem*. But the Romans themselves were much less categorical; they talked about new law, about *cognitiones*, about extraordinary cases, and about *cognitiones* that were

3) Particularly important were the views of F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* 5 (1841), 63ff, adopted by A. F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte* 2 (1859), 4-11; the first detailed study was that of Otto Ernst HARTMANN, *Der Ordo Iudiciorum und die Iudicia extraordinaria der Römer* (1859). Objections were raised almost immediately by M. WLASSAK, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen* (1884), esp. 70: “Unsere modernen Juristen betrachten es nicht selten als ihre Aufgabe, auszubauen, was die Römer nur begonnen hatten. Dem Dogmatiker, der für die heutige Praxis arbeitet, wollen wir dies Recht auch keineswegs verkümmern; allein im vorliegenden Falle gebührt nur dem Historiker eine Stimme”. See also the pointed comment by Fergus MILLAR, in his review of A. N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny*, *JRS* 58 (1968), 218-224, at 222: “Discussion of the term’s meaning ... is fruitless; for, firstly, it is not used by any ancient writer, legal or otherwise; and, secondly, it could not have been so used, since ‘extra ordinem’ is invariably an adverbial phrase. I would submit that there was no such thing as *cognitio extra ordinem*”. See also R. ORESTANO, “La ‘cognitio extra ordinem’: una chimera”, *SDHI* 46 (1980), 236-237, esp. 237: “La *cognitio extra ordinem*. Non esiste. Esistono le *cognitiones extraordinariae*, esistono gli *extraordinaria iudicia*, esistono le *extraordinariae actiones*. Ma la *cognitio extra ordinem*, nel senso abitualmente attribuito – che tutti attribuiamo – a quest’espressione, ripeto, non esiste. Né nelle fonti, né nella realtà”.

extraordinary, but they did not regard these things as a new system of justice.

The profound gap between the ancient categories and the modern ones is clearest in the case of *ius novum*. The expression has been used by some scholars as an umbrella term for the various legal innovations introduced under the emperors (4). But it is equally clear that this usage is completely without justification in the ancient sources (5). For the Romans themselves *ius novum* was simply new law, without any special connection to the emperor or to anyone else (6). Gaius, for example, uses the term to call attention to new principles in the law of inheritance which had be considered alongside the old ones. His initial formulation does, at first sight, look as though he is using important new categories: “An inheritance pertains to us either under the old law or the new” (7). But in fact this means simply that there were new rules as well as old ones; there had originally been only two ways to succeed to an estate on intestacy, but decisions of the emperor, and the senate, had created other kinds of succession. Other texts talk about *leges*

4) E.g. S. RICCOBONO, “Cognitio extra ordinem: Nozione e caratteri del ‘ius novum’”, *RIDA*³ 3 (1949), 277-293; B. BIONDI, “Ius Novum”, *Novissimo Digesto Italiano* 9 (1957), 385-6. For a brief history of the term see A. A. SCHILLER, *Roman Law: Mechanisms of Development* (1978), 533-537.

5) WLASSAK (above, note 3) 67-8.

6) *Auct. ad Her.* 2.20; Gell. 12.13.3: “*Si aut de vetere*”, *inquam*, “*iure et recepto aut controverso et ambiguo aut novo et constituto descendum esset, issem plane sciscitatum ad istos quos dicis*”.

7) *Dig.* 5.3.1: *Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo*.

novae, and about *ius antiquum* and *ius vetus* (8). The Roman lawyers kept track of the legal changes introduced by imperial decisions, in *senatus consulta*, and in juristic interpretation, but they never spoke of these things as a coherent whole, or as something associated with the emperor.

Much more common in modern discussions is the expression *cognitio extra ordinem*. Some scholars prefer *cognitio extraordinaria*, and others tend to use the words *cognitio* or *extra ordinem* alone, but what they have in mind is the inquisitorial procedure which came to supplant the old two-stage procedures of the civil and criminal courts. The Romans themselves talked of *cognitio extra ordinem* and *cognitio extraordinaria* only rarely, and never in texts of the classical period (9). The expression *cognitio extraordinaria* is attested only in a *Digest* title (10). And the expression *cognitio extra ordinem* does not, strictly speaking,

8) E.g. *Dig.* 4.5.7.pr.; 38.17.1.9; 38.17.2.20. The distinction between novelty and tradition appears as early as the *senatus consultum Orphitianum* of A.D. 9, quoted at *Dig.* 38.17.1.9: "If none of his children, or none of the people who are lawful heirs, wants to say that the inheritance is his, the old law (*ius antiquum*) shall apply".

9) Scholars who use the term *cognitio extra ordinem* are aware that these expressions are rare, e.g. G. I. LUZZATTO, "In tema di origine nel processo 'extra ordinem'", *Studi Volterra* 2 (1971), 665-757, at 672 n. 16 and 673 n. 19. BUTI (above, note 2), 30 n. 5, says that they occur only four times in the *Digest*, but this is not quite accurate; the *Digest* texts cited as examples of *cognitio extra ordinem* in fact use the verb *cognoscere*, not the noun.

10) *Dig.* 50.13, on which see below, note 110. KASER - HACKL (above, n. 2), 436 n. 5 say that the expression occurs in *P. Lips.* 33 (on which see below, pp. 570-573).

occur at all ⁽¹¹⁾. A fourth century papyrus does, apparently, mention “the action called the *extra ordinem cognitio*” ⁽¹²⁾. It is no coincidence that this single occurrence is in Greek: in Latin you are not supposed to modify a noun with an adverbial expression like *extra ordinem* ⁽¹³⁾.

It is not mere pedantry to insist on an accurate description of the language used by the Romans. By the fourth century, at least, there was clearly a procedure which could be called *cognitio extraordinaria* or, at least informally, *cognitio extra ordinem*. But to understand the significance of this new institution it is necessary to consider its constituent elements on their own terms, without assuming that any one part of the expression implies the existence of any other one. It is important to recognize that *cognitio* was one thing, and proceedings *extra ordinem* something else entirely.

II. Traditional procedures

Legal historians have emphasized a fundamental distinction between lawsuits conducted according to the principles of traditional Roman jurisprudence and those which came to government officials as part of their administrative duties. In the former, litigants in both civil and criminal cases had some control

11) KASER - HACKL (above, n. 2), 436 n. 4 offer seven citations, but in none of those passages does the term *cognitio extra ordinem* actually occur.

12) *P. Lips* I. 33.

13) As observed by MILLAR (above, note 3), 222.

over the selection of judges, and the role of the magistrate was confined, at least in theory, to supervising the process; in the latter the rights of litigants were of little importance, and an official administered justice as a part of his military and police functions. This distinction is real enough, but I will argue that its importance has been exaggerated by modern scholars, preoccupied more with constitutional theory than with the Roman experience itself.

The attitude of the Romans to their law was surprisingly inclusive. They might, when talking of edict, formula and *iudex*, think primarily of their own praetors giving justice in cases involving Roman citizens, but they could apply the same language, and the same concepts, in very different contexts. There was nothing particularly special (*extra ordinem*) about giving a formula, publishing an edict, or assigning *iudices*, to non-Romans: officials in courts far from Rome could preside over legal procedures that were in some ways no different from those of the praetors. Modern doctrine does not naturally accommodate this kind of fluidity about the law; we tend to think of legal systems as mutually exclusive, or at least as well-defined. But the Romans were much less rigid. Foreigners for the most part dealt with legal disputes in their own ways, but if they went to the Roman courts they got Roman procedures.

1. *Formula*

The assignment of a lawsuit by means of written instructions holds so central a place in the Roman law tradition that the historical realities of the formula come as something of a shock.

Modern scholars can use the word formula as a shorthand term for one particularly important form of Roman civil procedure. But Roman magistrates were so accustomed to assigning legal decisions to others by means of formulae that they automatically employed the practice when administering justice throughout the empire, to citizens and non-citizens alike. This wider use of the formula has long been recognized, and has received new attention because of new evidence from Spain and Arabia Petreia. But the formulae attested in these contexts have been seen as elements of a procedure which, though parallel to the Roman formulary procedure and derived from it, was legally distinct. The traditional view was that governors with magisterial powers preserved for Roman citizens in the provinces the formulary system that applied at Rome, but that delegates of the emperor, and anyone presiding over the lawsuits of non-citizens, used *cognitio extra ordinem* (14). But it is becoming increasingly clear that this distinction, while reasonable enough in modern terms, was not particularly important to the Romans themselves (15).

The Romans used their own legal formulae to resolve disputes even between foreign communities (16). A dossier of inscriptions of the second century B.C. shows that the Roman senate, when asked to resolve a territorial dispute between two

14) E.g. Erwin SEIDL, *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz* (1973), 96-97.

15) KASER - HACKL (above, n. 2), 167-169.

16) KASER - HACKL (above, n. 2), 157-158; in general, A. J. MARSHALL, "The Survival and Development of International Jurisdiction in the Greek World under Roman Rule", *ANRW* II.13 (1980), 626-61.

cities on Crete, applied the principles of Roman legal procedure, and even Roman substantive law, to these purely external affairs (17). The senate formulated the terms of the dispute and enshrined them in a document which must have looked very much like a formula, and it was on that basis that a third party, Magnesia on the Meander, decided the case. A similar use of Roman law is attested in the recently discovered *Tabula Contrebiensis*, recording the arbitration in 87 B.C. by Celtiberian senators of Contrebia, in the Ebro valley, of a dispute over water rights between two neighboring cities (18). As in the Cretan dispute they seem to have appealed for help to a Roman general, C. Valerius Flaccus, who apparently assigned the case to judges without any reference back to the senate at Rome. Formally speaking, Flaccus was simply helping resolve the difficulties, but he did so by applying the procedure, the principles and even the documentary language of the legal system he had known as *praetor urbanus*: the inscription consists of two formulae, in good legal Latin, and the judgment rendered on that basis by the judges, selected from among the senators of Contrebia.

Since the Romans could employ their own formulae for disputes between foreign cities, it is not surprising that they could do the same thing for individual litigants. Scholars have

17) *Inscr. Cret.* III.4.9 and III.4.10 = *SEG*³ II no. 511; see now Sheila L. AGER, *Interstate Arbitrations in the Greek World, 337-90 B.C.* (1996), no. 158.

18) For text and commentary J. S. RICHARDSON, "The *Tabula Contrebiensis*: Roman Law in Spain in the Early First Century B.C.", *JRS* 73 (1983), 33-41. See also P. BIRKS, A. RODGER and J. S. RICHARDSON, "Further Aspects of the *Tabula Contrebiensis*", *JRS* 74 (1984), 45-73.

sometimes regarded this process in strictly constitutional terms: on this view, the formulary procedure was available to Roman citizens in the senatorial provinces, as there was magistrate legally empowered to preside, but since governors of imperial provinces were not technically magistrates, they would not have been able to provide Roman citizens with their formulae. Joseph PARTSCH collected evidence for the use of the formula in the senatorial provinces, and concluded that the formulary procedure was the normal one for Roman citizens in those provinces. But he was struck by the absence of evidence for the formula in imperial provinces, and argued that in those provinces governors used *cognitio* instead (19).

Our approach to this question has been dramatically altered by the recent discovery of the Babatha archive, a collection of about sixty private documents deposited by a wealthy Jewish woman in a cave near the Dead Sea, apparently because of the Bar Kokhba revolt of 132-5 (20). Babatha had conducted a fair amount of legal

19) J. PARTSCH, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse* (1905), 61: "Soweit bei der Teilung der Provinzen diese unter der Herrschaft des Senates bleiben, trat in den staatsrechtlichen Grundlagen für die Anwendung des republikanischen Formularverfahrens keine Änderung ein. So ist denn auch der Zivilprozess mit den bekannten Gebilden des stadtrömischen Formelverfahrens, mit der obligatorischen Untersuchung durch Geschworene in iudicio in den meisten Provinzen nachweisbar, die dauernd dem Senate unterstellt gewesen sind".

20) The twenty-seven documents in Greek have been published as P. Yadin, in Naphtali LEWIS, ed., *The Documents from the Bar Kokhba period in the Cave of Letters: Greek Papyri* (1989). See, in general, H. COTTON, "The Guardianship of Jesus son of Babatha: Roman and Local Law in the Province of Arabia", *JRS* 83 (1993), 94-108, and now Dieter NÖRR, "Römisches Zivilprozessrecht nach Max Kaser: Prozessrecht und Prozesspraxis in der Provinz Arabia", *ZRG* 115 (1998), 80-98.

business at Petra, capital of the new imperial province of Arabia, and the procedures she used require us to reconsider the legal procedures employed in provinces of the emperor. Just as independent Greek and Spanish cities could be given formulae by the senate or a Roman general, a Jewish woman with no claim to Roman citizenship could apparently expect to use a traditional Roman formula in a hearing before an imperial legate, in a province annexed by the Romans only about twenty-five years previously.

The basic issue in dispute was the level of financial support to be expected by Babatha's son Jesus from his guardians, appointed by the *boule* of Petra on the death of his father. The formula found among Babatha's documents is a Greek version of the Roman formula for an *actio tutelae*:

Between the plaintiff X son of Y and defendant A for up to 2,500 denarii there shall be local judges (*xenokritai*). Since A son of B has exercised the guardianship of orphan X, concerning which matter the action lies, whenever by reason of this matter A is obligated in good faith to give or do [something] to X, the judges of this shall award judgment against A in favor of X up to 2,500 denarii, but if [such obligation] does not appear, they shall dismiss ⁽²¹⁾.

The Greek text clearly reflects the language of Roman formulae, and in substance is consistent with the classical Roman

21) *P. Yadin* 28 is the best preserved text; see also *P. Yadin* 29 and *P. Yadin* 30. The translation given here (by Naphatali LEWIS) is of a composite text based on the three copies.

law on the subject; the only local modification is that the case will be assigned to a panel of *xenocritae* instead of the traditional Roman *iudex* (22). Scholars have not hesitated to accept Babatha's text as an accurate Greek translation of the original Roman formula for an *actio tutelae*, which does not otherwise survive (23). Babatha's formula survives in three copies, of which two are in the same hand, and this suggests that she was planning to submit her text in at least two copies to the court.

The precise purpose of Babatha's formula is unfortunately less clear. Scholars have assumed that it was to be deployed in the lawsuit documented by two other texts in the archive relating to the dispute with Jesus' guardians. *P. Yadin* 14 is an official record of a summons, by which in October of 126 Babatha brought suit against her son's two guardians for not providing him with the support to which he was entitled. It is not certain that Babatha based this claim on Roman legal principles; the document is drafted in a way that owes more to eastern practice than to Roman law (24). But Babatha was, under Roman law, able to petition on behalf of her son for *alimenta*, and she was apparently successful: *P. Yadin* 19 is a receipt of August of 132, acknowledging a payment received by Jesus from his guardians. The problem is that if Babatha used the formula that survives in

22) For the identification of these *xenocritae* as *recuperatores* see NÖRR (above, n. 20), 87-91.

23) The closest parallel is the formula for *depositum* given by Gaius 4.47.

24) For parallels see G. JAHR, "Testatio", *RE Suppl.* 10 (1965), 927-930.

her suit for *alimenta* it will have been in violation of the basic Roman conception of the *actio tutelae* as a retroactive remedy, usable only by the *pupillus* himself on achieving his majority⁽²⁵⁾. It is of course possible that Babatha simply had bad advice, or that the rules in Arabia were less thoroughly Romanized than the use of the formula itself would suggest⁽²⁶⁾. But it seems possible that the formula for *actio tutelae* was intended for an entirely different lawsuit, to be instituted by Babatha's son himself on attaining his majority and thus consistent with Roman legal principles. If such a lawsuit ever occurred, it will have been later than the last dated document in the archive (*P. Yadin 27*), in which Jesus is still a minor⁽²⁷⁾. But it is possible that Babatha was simply planning ahead.

Whatever the explanation for the presence of this formula among Babatha's papers, it shows that the traditional legal categories can be misleading. The formulae we associate with the praetors at Rome could be used in lawsuits to which magistrates and their *imperium* were, constitutionally speaking, utterly irrelevant. The imperial legate at Petra allowed, and possibly encouraged, judges to be assigned to non-citizens by means of formulae familiar to the traditional legal practice at Rome. We do not know for certain that the Romans themselves would have called a case like Babatha's a procedure *per formulas*, but it is hard to believe they would have called it *cognitio extra ordinem*.

25) *Dig.* 27.3.4 pr. (Paul): *nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest*.

26) See, e.g., COTTON (above, n. 20), 105.

27) COTTON (above, note 20), 106-7.

What mattered most to the Romans was that judicial authority be devolved. The distinction between proceedings *in iure* and those *apud iudicem* was fundamental to the *legis actio* and the formulary procedure alike, while the use of the formula itself was merely a convenience. Gaius makes clear, in a famous discussion, that the point about the formula was that it allowed the litigants to frame the terms of the dispute in language that was more flexible than that of the *legis actio*:

But all those *legis actiones* gradually came to be hated, since, as a result of the excessive cleverness of the ancients, who had at that time established the law, the situation was so extreme that if anyone made even the smallest mistake, he would lose his case; and so those *legis actiones* were replaced by the *lex Aebutia* and the two *leges Iuliae*, and as a result of this we conduct lawsuits on the basis of words formulated for the purpose (*per concepta verba*), or in other words on the basis of *formulae* (28).

There are many uncertainties as to the details, but Gaius' fundamental point is not in doubt. Whatever the precise scope of the *lex Aebutia*, it neither abolished the *legis actio* procedure itself, nor invented the use of *formulae* out of whole cloth. Despite his emphasis on individual *formulae*, the most important of which he goes on to quote and discuss, Gaius does not regard the triumph of the formula as introducing any important

28) Gaius 4.30.

constitutional changes. A formula simply made it easier for a magistrate to assign a lawsuit to someone else.

2. *Edictum*

Closely related to the question of *formulae* and their employment outside Rome is that of the provincial edict. Here too the evidence is less abundant than we might have expected, but it seems clear that provincial governors would normally publish edicts listing the legal principles that they intended to apply; these provincial edicts relied heavily on the edict of the urban praetor, and they all had enough in common that Gaius could write a commentary *ad edictum provinciale*. Scholars have sometimes questioned whether the provincial edict was in fact so widespread and standardized; it has been argued that the magisterial function of publishing an edict was reserved for governors of the “senatorial” provinces, and that imperial legates confined themselves to *cognitio* (29). But the ancient evidence suggests precisely the opposite: governors in senatorial and imperial provinces alike published edicts based on that of the praetor at Rome, and the procedures based on these edicts were described in the same terms as the normal legal procedures at Rome. The governor’s edict was a single statement of the rules, and despite its heavy reliance on the praetor’s edict at Rome it was intended for Romans and non-Romans alike.

It is clear that every governor was responsible for publishing his own edict for the province, that he could make fundamental

29) W. W. BUCKLAND, “L’edictum provinciale”, *RHDFE*⁴ 13 (1934), 81-96; R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale* (1969); R. KATZOFF, “Sources of Law in Roman Egypt”, *ANRW* II.13 (1980), 809-844, at 825ff.

decisions about how legal disputes would be settled, and that in most cases he would be content to stick to what had worked for other governors. The edict published by Q. Mucius Scaevola as proconsul of Asia acquired a sort of informal authority as a model edict for provincial matters, but provincial governors would also rely on the edict of the urban praetor. Our best evidence for this situation is a letter of Cicero, in which he describes for Atticus the various components of the edict for his new province of Cilicia:

I have followed Scaevola in many details, including the provision which the Greeks hold as the salvation of their freedom, that Greeks are to settle their differences according to Greek laws. But the edict is a short one because of my use of selection (*διαίρεσις*). It seemed to me that the edict needed to address two subjects (*genera*). One subject is the provincial one, on city finances, interest rates, usury, accounts and everything involving the *publicani*; the other is that which cannot be easily dealt with without an edict, namely the taking possession of inheritances, appointment of receivers (*magistri*), sale of property – things which are usually requested and granted on the basis of an edict. A third category on the rest of law-giving I left unwritten (*ἄγραφον*); I said that on this matter I would follow the urban edicts. And so I am careful, and thus far I have given satisfaction to everyone. In fact the Greeks are thrilled that they can use foreign judges (*peregrini iudices*);

you may see them as trivial, but what of that? They see this as liberty. For your people – Turpio the cobbler and Vettius the dealer – are not exactly serious judges ⁽³⁰⁾.

Cicero has sometimes been regarded as a special case, giving more thought to the composition of his edict than ordinary governors would. But the subject came up because some people had been annoyed by Cicero's decision to let Greeks settle their own disputes, not because he was particularly interested in the edict as such. Scaevola's edict for Asia was for the most part good enough, and Cicero's own contribution, mentioned more or less in passing, was merely in the arrangement of materials ⁽³¹⁾.

Two points about this passage deserve emphasis. The first is that Roman provincial government was probably not as cavalier about the law as Cicero's language seems at first to suggest. In theory, no doubt, each provincial governor had the authority to make drastic decisions about how his subjects would handle all their legal business, but in practice this kind of uncertainty is unlikely. There is no need to assume that the Cilicians would wait to see whether each new governor would assign them to a Greek legal system or a Roman one. They will have done most of their litigation without troubling the Roman authorities at all, and they

30) Cic. *Att.* 6.1.15 = SHACKLETON BAILEY no. 115 (24 Feb. 50, Laodicea). SHACKLETON BAILEY emends *vestri* in the last sentence to *nostris*, i.e. *Romani*. But Cicero may be affecting a loyalty to "his" Greeks, treating Atticus as siding with the Romans; his usual joke, of course, is to pretend that Atticus is Greek, but reversing the normal roles seems is perhaps a more sophisticated variation of the same joke.

31) A. J. MARSHALL, "The Structure of Cicero's Edict", *AJPh* 85 (1964), 185-191 is an important discussion of the literary focus of Cicero's remarks.

did not need Cicero to grant them the favor of doing this according to Greek laws. Where Cicero made a change for Cilicia must have been in deciding that provincials would use Greek laws in those disputes among Greeks which were supposed to come to him, above all those involving disputes between cities. Cicero's language is not explicit about this, but the words *ut Graeci inter se disceptent suis legibus* can surely refer to disputes between communities as well as to those between individuals, and the reading is confirmed, I think, by Cicero's words at the end of the passage: the easiest interpretation of *iudices peregrini* is that Cicero is thinking of the sort of international arbitrators we considered above (32).

The second point depends, to an extent, on the first one. If Cicero's decision about "the Greeks" and their laws in fact refers principally to disputes between cities, it is easier to see how his edict can have been intended for the province as a whole, despite its heavy reliance on Roman models (33). In his first category Cicero included rules on various financial matters, including questions of government finances and the financial affairs of individuals. The second category consisted of material intended for private litigation; it was customary, in Rome and elsewhere, to base private actions on specific clauses of an edict, and Cicero seems simply to have incorporated material from the praetor's edict for the convenience of his subjects. For everything else

32) A. J. MARSHALL (above, note 16), 656-8.

33) G. PUGLIESE, "Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia", *Syntelesia Arangio-Ruiz* 2 (1964), 972-986.

Cicero referred his readers directly to the praetor's edict; anyone wanting a complete overview of the rules Cicero intended to apply would have needed a good working knowledge of the Roman law. For none of these three categories does he distinguish between law for Romans and law for non-citizens. While we might be tempted to conclude that his edict was intended for Romans alone, it is clear from his reference to the "finances of the cities" that he was also thinking about his provincials. In most disputes the Greeks will have used their own legal system. But if they needed Roman law, Cicero's edict made it available to them, without distinguishing between the rules intended for Roman citizens and those intended for everyone else.

The most tangible evidence for the nature of the provincial edict is provided by the *Lex Irnitana* (34). The magistrates of the Latin municipality of Irni, and presumably the magistrates of other non-Roman towns, were responsible for publishing their own versions of the provincial edict:

Whatever edicts, formulae for trials, *sponsiones*, stipulations, *satis actiones*, prescriptions, exceptions or interdicts the person who governs the province will have displayed in that province, whichever of them relates to the jurisdiction of that magistrate who is in charge of the

34) For text, translation and commentary see J. GONZÁLEZ, "The Lex Irnitana: a New Copy of the Flavian Municipal Law", *JRS* 76 (1986) 147-243; the most recent text, with commentary, is F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae: municipalità e 'ius Romanorum'* (1993).

administration of justice in the *Municipium Flavium Irnitanum*, he is to have all of them displayed and published in that *municipium* during his magistracy every day for the greater part of each day, so that they may be properly read from the ground level, and justice can be given in that *municipium* on the basis of those interdicts, edicts, formulae, *sponsiones*, *stipulationes*, *satis acceptiones*, exceptions and prescriptions, and so that trials can be granted, take place and be conducted, and so that what is not against this law can take place without wrongful intent, as is allowed under this law (35).

It is interesting to learn that the Romans had a system for disseminating the relevant portions of the governor's edict. But more important is the evidence for the edict's contents. Whatever changes were made to accommodate the needs of provincials, the edict seems to have been largely a Roman one, providing citizens and non-citizens alike with the examples of the various documents on which the Roman law was based.

Cicero and the *Lex Irnitana* provide useful background to a crucial passage of Gaius. It looks, at first, as though the only edicts that really mattered to a lawyer, in the provinces as well as at Rome, were the edicts of the praetors:

The right to publish an edict belongs to magistrates of the Roman people; it is to be found in its fullest form in the edicts of the two praetors, the *praetor urbanus* and the

35) *Lex Irnitana*, ch. 85.

praetor peregrinus, whose jurisdiction in the provinces belongs to the provincial governors (*praesides*); it is also to be found in the edicts of the curule aediles, whose jurisdiction belongs in provinces of the Roman people to quaestors, for quaestors are never sent to provinces of Caesar, and therefore this edict is not published in those provinces ⁽³⁶⁾.

But Gaius' focus is on the right to issue edicts, not on the nature of the edicts themselves. All magistrates, including provincial governors, had the *ius edicendi*, but the urban and peregrine praetors were particularly important. Gaius does not discuss the edicts of provincial governors in the detail that we might like, but he clearly assumes that all governors had the right to issue edicts, even if those edicts would probably be based on the edict of the praetor. Moreover the significance of Gaius' sweeping pronouncement about the governors is underlined by the scrupulousness with which he discusses the aediles and quaestors. Because the imperial provinces did not have quaestors, there was no one there to publish edicts based on those of the aediles, but for governors the distinction was unnecessary. Governors of imperial provinces, like governors of the Roman people, would normally publish as their own edicts what they copied from the edicts of the praetors in Rome ⁽³⁷⁾.

36) Gaius 1.6.

37) R. KATZOFF, "The Provincial Edict in Egypt", *TRG* 37 (1969), 415-437 argues that the prefect of Egypt, unlike other governors, did not publish his own edict.

It is their close dependence on their praetorian model that accounts for the minor role of the provincial edicts in our sources. Cicero, as we have seen, both incorporated texts from the praetor's edict and referred his subjects to it, and it is therefore not surprising that Gaius, in his *ad Edictum Provinciale*, did much the same thing⁽³⁸⁾. Gaius' book is the only known work of Roman jurisprudence devoted explicitly to a provincial edict, and its extant fragments conspicuously fail to distinguish between the law applied in the province and that of Rome itself: the praetor, and even the XII Tables, are invoked without apology or explanation, and Justinian's compilers drew on the work just as they used commentaries on the praetor's edict⁽³⁹⁾. There are some significant gaps in our knowledge: we do not know if Gaius discussed explicitly provincial matters, omitted by the *Digest* commissioners as irrelevant to their purposes, and we do not even know whether Gaius was commenting on one provincial edict in particular or on a sort of all-purpose model edict⁽⁴⁰⁾. But for the present argument what matters is the degree to which the edicts at Rome and edicts in the provinces

38) For what remains, see Otto LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (1889), nos. 53-388; see also F. SCHULZ, *Roman Legal Science* (1946), 191-192.

39) For the praetor and XII Tables see *Dig.* 2.11.1; 9.4.15; 27.10.13. SCHULZ (above, note 38), 192 regards the word "praetor" in these cases as an interpolation.

40) The use of the word *proconsul* might imply that Gaius was writing for a senatorial province, but this cannot be pressed; Ulpian's work *Ad officium proconsulis* contained passages dealing with legal matters arising in imperial provinces. See *Dig.* 47.11.9 (Arabia) and 47.11.10 (Egypt).

overlapped. The Romans brought to the provinces both their forms of procedure and their general legal principles.

3. *Iudex*

There is, in theory, a fundamental difference between a judge assigned to a lawsuit with the consent of the litigants, and one who is chosen by the presiding magistrate. The Romans, however, were remarkably casual about the terms they used to describe various sorts of judges. Scholars have usually distinguished between the *iudex* of the traditional legal procedures, and the *iudex pedaneus* who was simply a delegate assigned to the case by the Roman magistrate⁽⁴¹⁾. The traditional *iudex* (also called the *iudex unus* or *iudex datus* in discussions of civil procedure) was supposedly superseded by the *iudex pedaneus*, who unlike the traditional *iudex* was a mere subordinate of a Roman official applying the new procedures of the *cognitio extra ordinem*. But the ancient evidence points to precisely the opposite conclusion: a *iudex pedaneus* was simply another term for a judge selected for a private lawsuit⁽⁴²⁾. Ulpian, for example, uses the expression in a discussion of

41) E.g. Adolf BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953), s.v. *Iudex pedaneus*: "A judge to whom as a *iudex delegatus* a judicial official assigned a case in the *cognitio* procedure".

42) This is demonstrable at least for the 3rd and 4th centuries. Cf. Iulius Victor 24, p. 441 HALM: *ceterum si apud pedaneum iudicem sit privata cognitio, ad sermocinationis vicem deprimendam actionem etiam non admonitus intelleges*; P.S. 5.28 = Dig. 48.19.38.10: *Iudices pedanei si pecunia corrupti dicantur, plerumque a praeside aut curia submoventur aut in exilium mittuntur aut ad tempus relegantur*. See KASER - HACKL, (above, n. 2), 169.

actions routinely assigned by the praetor to subordinate judges, and there is no reason to think that the *pedaneus iudex* here is anything other than a judge of the traditional kind ⁽⁴³⁾.

For the jurists of the Classical period the important thing about a *iudex* was not that he was acceptable to the litigants, but that he was “given” by an appropriate official. Roman magistrates traditionally assigned lawsuits to others instead of hearing them in person, and they did not reserve this principle for lawsuits between Roman citizens. As we have seen, both the senate in Rome and a general in Spain could respond to pleas for international arbitration by assigning disputes to independent communities, and the same procedure was used for lawsuits between individual peregrines. A *Senatus consultum* of 78 BC allows three Greeks a choice of legal venue, as one of the rewards for their assistance in the Social War; they could use the local courts of their own cities, or they could ask a Roman magistrate to assign judges, which could be either a jury of local Italians or another Greek city acting as arbitrator ⁽⁴⁴⁾. The Romans could distinguish between legal procedures involving foreigners and those reserved for Roman citizens ⁽⁴⁵⁾, but the

43) *Dig.* 2.7.3.1 (Ulpian, *ad edictum*): *Si quis ad pedaneum iudicem vocatum quem eximat, poena eius edicti cessabit*; *Dig.* 3.1.1.6 (Ulpian, *ad edictum*): *item senatus consulto etiam apud iudices pedaneos postulare prohibetur calumniae publici iudicii damnatus*. *Dig.* 3.1.1 is focussed primarily on who may appear as an advocate before the praetor, and is here extended to judges appointed by the praetor. See W. W. BUCKLAND, *A Textbook of Roman Law*, 3rd ed. (Cambridge, 1963), 91-92.

44) *SC de Asclepiade Clazomenio sociisque*, *FIRA I.* no. 35.

45) Gaius 4.37.

difference receives little emphasis; the term *iudex peregrinus*, which might reasonably be thought to point to such a distinction, is more likely to mean that the judge in question was a foreigner to the litigants themselves ⁽⁴⁶⁾.

The best account of the legal systems available in a Roman province is provided by Cicero's attack on Verres. Among the outrages committed by Verres as praetor in Sicily was his disregard of the conventional arrangements, which Cicero describes in some detail:

Sicilians have the following legal rights: when the citizen of one city has an action against a citizen of the same city, he conducts the dispute according to their local laws; when a Sicilian has an action against another Sicilian from a different city, the praetor selects judges for him by lot, in accordance with the decree of P. Rupilius, which the Sicilians call the *Lex Rupilia*. When a private citizen sues a city, or when a city sues a private citizen, the praetor selects the senate of some [third] city to judge the case, at which point alternate cities are [proposed and] rejected. When a Roman citizen sues a Sicilian, a Sicilian is given as judge, and when a Sicilian sues a Roman, a Roman is given. In other matters it is the custom to suggest designated judges from the *conventus* of Roman citizens, and when there are

46) M. HASSALL, M. CRAWFORD and J. REYNOLDS, "Rome and the Eastern Provinces at the End of the Second Century B.C.: The so-called 'Piracy Law' and a new inscription from Cnidos", *JRS* 64 (1974), 195-220. Also J. A. O. LARSEN, "Foreign judges' in Cicero, *ad Atticum* vi. 1. 15", *CPh* 43 (1948), 187-190.

disputes between farmers and tax-collectors the disputes are settled according to the grain law known as the *Lex Hieronica* (47).

This shows how different legal systems could coexist and interact. But even more important is Cicero's assumption that as far as the Sicilians were concerned, Verres' essential legal function was, when appropriate, to provide them with judges. The details of the selection process varied – sortition seems to have been used only in private disputes between individual Sicilians from different cities – but in a general way the praetor simply “gave judges” to the foreigners, much as he would have done in a dispute between Roman citizens.

Verres, of course, did things his own way, and he was clearly within his rights to do so; Cicero describes his innovations because they set the scene for Verres' outrageous behavior, not because they were illegal. Cicero was particularly outraged that Verres sometimes assigned judges from his own staff, instead of selecting from the traditional sources: “Verres gave as a judge whoever happened to be convenient – his herald, his *haruspex* or his doctor” (48). But lawsuits for both Greeks and Romans followed the traditional bipartite procedure, and the fact that Verres was high-handed in selecting judges did not change that.

47) Cic. *II Verr.* 2.13.32.

48) Cic. *II Verr.* 2.13.33.

The Romans themselves devised elaborate procedures for identifying potential judges ⁽⁴⁹⁾. At Rome, and in at least some of the provinces, there was an *album* of potential *iudices*, and membership of these *decuriae* was seen both as an honor and an obligation. We most often hear of jury lists in connection with the criminal courts, but the same lists, or perhaps similar ones, could be used to provide judges for private disputes ⁽⁵⁰⁾. The first emperors made various changes in the organization of the *decuriae* at Rome, and personally reviewed the names on the lists; they were interested in the personal qualities needed to perform the duties of *iudex* effectively, but there were also formal requirements of age, wealth and Roman citizenship.

In private disputes, however, *iudices* did not have to be taken from these lists ⁽⁵¹⁾. Litigants would normally propose their own choices to their opponents, who were free to accept the proposal

49) A. STEINWENTER, "Iudex", *RE* 9 (1916), 2464-2473, esp. 2466; KÜBLER, "Equites Romani", *RE* 6 (1909), 272-312, at 299-301; extensive evidence is now provided by the *Lex Irnitana*, chs. 86-7, in GONZÁLEZ (above, note 34).

50) Gell. 14.2.1: *a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur privata susciperem*. There may have been a special list for *quaestiones*, see *Lex Acilia* lines 14-15. Other texts suggest that there was only a single list: the *senatus consultum* quoted by Frontin. *Aq.* 101 mentions immunity from *iudicia privata publica*que, and *CIL* V. 7567 is dedicated to a *iudex de IIII decuriis eques selectorum publicis privatisque*. *BGU* 611, a speech of Claudius, shows that *recuperatores* were selected from the same list.

51) STEINWENTER (above, note 49) 2466; J. MAZEAUD, *La nomination du 'iudex unus'* (1933); J. CROOK, *Law and Life of Rome* (1967), 78. Contra, F. LA ROSA, "Decemviri e centumviri", *Labeo* 4 (1958), 14-54, at 39ff, who argues that *iudices* in civil suits were always drawn from the *decuriae*.

or not (52). It was only when the two sides were unable to agree that the praetor resorted to the jury lists: he apparently put names from the official list into an urn, and drew them out one by one until an acceptable name emerged (53). We do not know how often this procedure was necessary, but it is clear that *iudices* could also be selected privately, and that their decisions had the same legal standing as those of judges taken from the *album*. When *iudices* were selected in this more informal way the criteria were less strict than they were for membership in the *decuriae*. In the classical period litigants could agree on a *iudex* who was younger than 25 (though he had to be at least 18), and in general the rules seem to have been framed merely to set minimum standards of competence (54). According to Paul, people were ruled out for being deaf, mute, insane or too young, or because they had been expelled from the senate; women and slaves were also excluded, not because their judgment was by definition suspect, but because they were traditionally prohibited from public service (55). Originally, however, the rules were more

52) On the right to reject see esp. Cic. *de Or.* 2.70.285; *II Verr.* 3.60.137; *Fin.* 2.35.119.

53) Frontinus, ed. LACHMANN, p. 43, 22: *cum enim modum loci nulla forma praescribit et controversia oritur, solent quidam per inprudentiam mentores arbitros conscribere aut sortiri iudices finium regundorum causa, quando in re praesenti plus quidem quam de fini regundo agatur*. For the possibility of rejecting a *iudex* from the *album* see esp. Pliny, *HN. Praef.* 6-7: *quid te iudicem facis? quom hanc operam condicerem, non eras in hoc albo: maiorem te sciebam quam ut descensurum huc putarem! praeterea est quaedam publica etiam eruditorum reiectio*.

54) For the age limits see *Dig.* 42.1.57 (Ulpian).

55) *Dig.* 5.1.12.2.

flexible, for Quintilian mentions, quite casually, that he once appeared in a case in which the *iudex* was queen Berenice. Scholars usually regard this as an anomaly, but, as we have seen, the Romans extended their legal procedures to non-Romans, and if a foreign city could be asked to adjudicate a dispute there is no reason why a foreign queen should not have done so ⁽⁵⁶⁾. This is at least partly confirmed by Gaius, who reveals that the Roman view of their own legal process, and of their own judges, was remarkably inclusive:

But all lawsuits are either defined by statute or bounded by *imperium*. Lawsuits defined by statute (*iudicia legitima*) are those in the city of Rome or within the first milestone of Rome, between Roman citizens alone, under a single judge; and as laid down by the Julian law on law courts, they have to be settled within eighteen months. And this is why it is popularly said that litigation under the Julian law “dies” in eighteen months. But lawsuits bounded by *imperium* are those with *recuperatores* or a single judge, involving a foreigner either as judge or as litigant. Lawsuits heard beyond the first milestone of Rome, whether between Roman citizens or foreigners are in the same situation. But the reason they are said to be governed by *imperium* is that they last only for as long as the person who ordered them to take place has his *imperium* ⁽⁵⁷⁾.

56) Quint. 4.1.19: *Fuerunt etiam quidam rerum suarum iudices ... et ego pro regina Berenice apud ipsam eam causam dixi.*

57) Gaius 4.103-105. See KASER - HACKL (above, n. 2), 162 n. 76.

Some scholars have understood Gaius' statement in the broadest of terms, as an account of two different constitutional principles for jurisdiction; on this view lawsuits in the provinces, even those between Roman citizens and supervised by proconsuls, derived their legal authority simply from a magistrate's *imperium* (58). But the distinction has also been seen as a consequence of specific historical developments, which indeed are the focus of Gaius' discussion (59). Litigation by formula had been sanctioned by the *Lex Aebutia*, and Augustus abolished the *legis actio* entirely, except for *damnum infectum* and litigation in the centumviral court (60). But these innovations resulted in a sort of two-tiered formulary procedure. The *iudicia legitima* retained some of the strict standards of the *legis actio*, and were reserved for Roman citizens in the city of Rome (61). They seem to have existed prior to Augustus' law, and may have been introduced by the *Lex Aebutia* itself; it is perhaps easiest, therefore, to imagine that Augustus simply gave the various rules

58) BUCKLAND (above, note 43), 687-689.

59) F. BONIFACIO, "Iudicium legitimum' e 'iudicium imperio continens", *Studi Vincenzo Arangio-Ruiz* 2 (1953), 207-232 is important, but insists too much on the central role of the *Leges Juliae*. See the useful discussion in N. PALAZZOLO, *Processo Civile e Politica Giudiziaria nel Principato* (1980), 21-27.

60) Gaius 4.30-31.

61) For the continued association of *iudicia legitima* with the *legis actio* see *Epit. Ulpiani* 11.27: *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipii alienent. Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipii alienatione tutoris auctoritate opus est.* See also Gaius 1.184; 3.83; 3.180-181; *Epit. Ulpiani* 11.24; *Frag. Vat.* 47a.

their final shape ⁽⁶²⁾. Gaius' interest, certainly, is in the specific procedural rules that resulted from this obscure history: Augustus specified that *iudicia legitima* had to be completed within eighteen months; the other formulary proceedings required no similar restriction, since they expired with the *imperium* of the official who authorized them.

For our purposes the important thing is that Gaius provides a precise measure of the importance of civic traditions in the Romans' conception of their legal system. Citizen rights, presence in the city, and (presumably) the authority of a Roman magistrate all had legal consequences in the legal procedure that replaced the *legis actio*. But it is equally clear that the new legal procedure could be extended far beyond the world of the Roman citizen: you did not have to be at Rome, or even be a Roman citizen, to get a *iudex* from a Roman official, and for that matter the *iudex* did not have to be a Roman either. It is perhaps surprising to find that there was no practical difference, outside of Rome, between a lawsuit between Roman citizens heard by a Roman judge and one in which foreigners were judged by foreigners. But, as we have seen, the Romans were flexible

62) It follows that the two *leges Juliae* referred to at Gaius 4.30 may have concerned *iudicia legitima* and *iudicia imperio continentia* respectively. See Cic. *Q. Rosc.* 5.15: *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitraria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus*, though the relevance of this passage is doubted by BONIFACIO (above, note 59), 221. It is not clear to me that the word *legitimus* has to refer to a specific *lex*; it could presumably have a more general references, like the word *lex* in *legis actio*.

about employing their own legal procedures in situations for which they were not originally designed.

Gaius does not tell us how a *iudex* was appointed, whether at Rome or elsewhere. Traditionally, as we have seen, litigants were assumed to have a say in the selection of a judge, and the loss of this control has been seen by modern scholars as a crucial development in the history of legal procedure. The method by which judges were selected seems to have been left to the discretion of the presiding officials; some provinces had lists of potential jurors, and even an emperor's fiscal procurator could be imagined as selecting the names of potential *iudices* by lot⁽⁶³⁾. But this devotion to tradition was not compulsory, and there is no evidence that its passing was seen as important.

III. *Cognitio*

In the traditional legal procedures of the Republican period a magistrate did not normally investigate the facts of the case or pronounce a final judgment. But some officials, particularly provincial governors, would regularly conduct their own inquiries, and pursue lawsuits to their logical conclusions. An official who presided over this latter form of lawsuit was said to *cognoscere*, and the hearings themselves were called *cognitiones*⁽⁶⁴⁾. It has therefore been customary for scholars to use these words as though they identified, of themselves, a legal procedure

63) Pliny, *Pan.* 36.3-4.

64) See esp. KASER - HACKL (above n. 2), 189.

distinguishable from the traditional Republican ones (65). But the Romans themselves did not use *cognoscere* and *cognitio* in this way. They were aware that some officials would conduct *cognitiones* instead of proceedings *in iure*, but they did not see these officials as part of a different legal system.

There is no doubt that emperors, the senate and imperial administrators were closely associated with *cognitio*. The emperor's judicial activities are regularly referred to as *cognitiones* (66), and he had his own assistant *a cognitionibus* to assist him with his case load (67). The term is used less frequently for legal hearings conducted by the senate, perhaps for aesthetic reasons, but it is clear that the senate, too, was seen as conducting *cognitiones* (68). And for provincial governors the best evidence is perhaps that of Pliny, who obviously thought of his judicial duties as legate as likely to involve *cognitiones*: "I have never been present at *cognitiones* about Christians", he

65) E.g. W. KUNKEL, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, 2nd ed. (Oxford, 1973), 143: "all civil and criminal proceedings came under the official *cognitio*, a procedural system which, in the unitary course which it took as well as in the official character of its judges, displays a much closer similarity to a modern system of justice than do the procedural forms of the later Republic or the early Empire".

66) E.g. Pliny, *Ep.* 6.31.2, of his time as assessor to Trajan at Centumcellae: *Fuerunt variae cognitiones et quae virtutes iudicis per plures species experirentur*. See also idem 6.31.8 and *Dig.* 28.5.93.

67) H. O. HIRSCHFELD, *Die Kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian* (1877), 329ff.

68) Tac. *Ann.* 1.75: *Nec patrum cognitionibus satius [sc. Tiberius] iudiciis adsidebat in cornu tribunalis*. For the Senate as a court, see F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano* (1957); R. J. A. TALBERT *The Senate of Imperial Rome* (1984), 460-487.

says, “and so I delayed my own *cognitio* and referred the matter to you” (69).

It is not clear, however, that *cognoscere* and *cognitio* mean anything beyond the fact that, in these particular cases, the emperor, senate or governor was investigating the case himself. Even for legal writers the words never lost their original reference to investigation and inquiry (70). It could even be said of the praetors, applying the traditional *ius civile* and *ius honorarium*, that *they* were conducting *cognitiones*; the jurist Aristo, an older contemporary of Pliny, discusses a hearing in which the praetor applied the traditional *ius honorarium*, but describes him simply as “investigating” (*cognoscere*) the matter (71).

It is in fact surprisingly difficult to identify texts in which the Romans identified a *cognitio* procedure distinct from the traditional procedures. Three texts have been understood to make the **distinction** explicitly, but in each case there are difficulties. To some **extent the** problem stems from the lack of the definite article in **Latin: there is** a big difference, after all, between saying “the judge **will employ the** Enquiry Procedure” and saying “the judge will **conduct an enquiry**”.

69) Pliny, *Ep.* 10.96.1 and 8.

70) Thus *inquirere* is a synonym for *cognoscere* at *CTh.* 2.1.2. See also *Coll.* 14.3.1: *frequens est etiam legis Fabiae cognitio in tribunalibus praesidum*; *Dig.* 47.20.3 pr.: *stellionatus accusatio ad praesidis cognitionem spectat*. See M. LEMOSSE, *Cognitio* (1944), 142-147.

71) *Dig.* 29.2.99 (Pomponius). See also *Dig.* 21.2.39 pr. (Julian).

The easiest of the three passages is in Quintilian. In his discussion of complex arguments, Quintilian twice distinguishes between the kinds of lawsuits conducted in traditional Republican procedures, and those which go to *cognitio*, either of senate or emperor. In one passage cases of *cognitio* are contrasted with those *in foro*:

Apollodorus also says that the ἀντικατηγορία is really two distinct *controversiae*, and in the law of the forum there are in fact, two distinct lawsuits. But this kind of case can go to the *cognitio* of the senate or the emperor (72).

This might well be taken, on its own, to reflect a profound contrast between two legal systems: the law of the forum looks like something quite distinct from the law of the *cognitio* procedure. But Quintilian is thinking of a very different contrast, between hearings conducted by the customary legal authorities and those of the senate or emperor. In a related passage his language is clear:

Multiple cases are either like single ones, as in cases of extortion, or they are different, as when a person is accused of both sacrilege and homicide at the same time. This last does not now occur in the *iudicia publica*, since the praetor is selected according to a given statute, but it is common in the *cognitiones* of the emperor and the senate, and was formerly common in those of the people; *iudicia privata*,

72) Quint. 7.2.20.

too, often have a single judge and a variety of formulae (73).

Here, too, the traditional courts – *iudicia privata* and *iudicia publica* – are explicitly contrasted with those of the senate and emperor. But it is clear in this case that the word *cognitio* itself does not make this distinction. The *iudicia publica* and *privata* are contrasted not only with *cognitiones* of the senate and emperor, but also with the *cognitiones*, now obsolete, of the people. If the word *cognitio* can refer to proceedings before the Roman people as a whole (the *legis actio*) it cannot, clearly, be regarded as a technical term for a new imperial procedure.

The same choices in interpretation are presented by texts on the subject of *fideicommissum*, a legal institution fundamental to the modern view of *cognitio* and its scope. *Fideicommissa* were originally informal instructions included in a will, fulfillment of which was left to the good faith of the heirs; there were significant restrictions on who could benefit from wills, and testators had gotten around the problem by leaving property to people who were not subject to the same restrictions, asking them to pass the property along. Until the time of Augustus there was no legal remedy if someone failed to carry out his instructions, but Augustus made it possible to sue (74). He directed the consuls to investigate disputes arising from *fideicommissa*, and his successors created special praetorships to help the consuls with

73) Quint. 3.10.1.

74) Theoph. *Inst.* 2.23.1; Gaius 2.285.

this work. The law on *fideicommissa* was much discussed by the Roman jurists, and Augustus' intervention had a significant impact on that most Roman of legal concerns, inheritance ⁽⁷⁵⁾. But its origins were never forgotten, and litigation over *fideicommissa* remained a thing apart from the traditional law, distinguished, at least in Rome, by the different procedural rules used in prosecuting cases before the magistrates assigned to them.

Augustus' personal intervention is described in a famous passage of Justinian's *Institutes*:

Later on the Deified Augustus was the first who was moved time after time by a sense of personal obligation – either because his own safety was said to have been invoked by the person making the request, or because of the outrageous perfidy of some people – and he ordered the consuls to impose their [or his] authority (*iussit consulibus suam auctoritatem interponere*). And because this seemed just and popular, it was gradually transformed into a regular jurisdiction: there was so much enthusiasm for *fideicommissa* that their own praetor was created, who presided over the law for *fideicommissa*, and whom they called the *praetor fideicommissarius* ⁽⁷⁶⁾.

75) See, in general, David JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts* (1988). For a reconsideration of *fideicommissa* prior to the Augustan innovation see Alan WATSON, "The Early History of *fideicommissa*", *Index* 1970, 179-183, rpt. in IDEM, *Legal Origins and Legal Change* (1991), 181-185.

76) *IJ*. 2.23.1.

The emperor's decision has been seen by modern scholars as the first step in the creation of an explicitly imperial law (77). But the Romans would not have described the innovation in these terms.

There is, in the first place, an important question of translation. The crucial passage in which Justinian describes Augustus' intervention is ambiguous: *iussit consulibus suam auctoritatem interponere* can mean either that Augustus ordered the consuls to impose *his* authority or that he told them to employ their own; Theophilus' translation does not clarify things, and scholars are divided on whose authority is at issue (78). But it is hard to imagine that Augustus' *auctoritas* was something that could be officially transferred to the consuls and publicly deployed by them. Augustus' decision was surely implemented within a more traditional constitutional framework: *fideicommissa* became enforceable in Roman law because the consuls, responding to instructions from Augustus, declared that they would enforce them. The logic is precisely the same as that of the subsequent transfer of these cases to a *praetor fideicommissarius*; it may have been the emperor's idea, but officially the new magistracy was a creation of the people (79).

77) E.g. RICCOBONO (above, note 4) 282-3; BUTI (above, note 2) 32.

78) Theoph. *Inst.* 2.23.1: τοῖς ὑπάτοις οὖν ἐκέλευσε τὴν οἰκείαν ἀθροῦν θεῖναι μεσῆν κτλ .. JOHNSTON (above, n. 75), 30 n. 24 notes that the language is ambiguous, but suggests that the context implies that the *auctoritas* is that of Augustus. Contrast the translation of P. BIRKS and G. MCLEOD, *Justinian's Institutes* (1987), 87: "The Emperor Augustus was the first to order the consuls to intervene".

79) See *Dig.* 1.2.2.32 (Pomponius), where Claudius' creation of praetors to deal with *fideicommissa* is described in exactly the same way as the addition of extra praetors by Sulla, Caesar and Augustus. See, in general, R. RÖHLE, "Praetor fideicommissarius", *RIDA*³ 15 (1968), 399-428, esp. for the epigraphic evidence.

Secondly, there is no evidence that the Romans associated this new body of legal doctrine with *cognitio* in particular. A passage from the *Epitome Ulpiani* has been seen as making the connection, since it explains that the procedure in cases of *fideicommissa* involved *cognitio*:

One does not sue for *fideicommissa* by formula, as one does in the case of legacies. Rather, there is a *cognitio*, at Rome by the consuls or by the praetor known as *fideicommissarius*, but in the provinces by the provincial governors (80).

As in the case of Quintilian, however, the point of the distinction need not be in the use, or not, of *cognitio*. The epitomator is in fact rephrasing a passage of Gaius, where there is no mention of *cognitio* at all:

Beside, we sue for legacies by formula; but we pursue (*persequimur*) *fideicommissa* either, at Rome, before a **consul** or the praetor with particular responsibility for **fideicommissa**, or, in the provinces, before the provincial **governor** (81)

80) *Epit. Ulpiani* 25.12.

81) Gaius 2.278.

In the *Epitome*, therefore, the word *cognitio* cannot have the technical meaning that at first sight seems suggested by the contrast with *per formulam*. There was to be merely “an investigation” – by the consuls, the *praetor fideicommissarius*, or provincial governors.

The third author who suggests a distinction between the traditional legal procedures and *cognitio* is Suetonius. In his “Life of Claudius” Suetonius describes an incident in which a *iudex*, or potential *iudex*, was challenged because he had a lawsuit of his own pending, and replied that his case pertained not to *cognitio*, but to *ius ordinarium*.

Another man was challenged by opponents because of a lawsuit of his own, and said that the matter pertained not to (the) *cognitio* but to the ordinary law; Claudius at once compelled him to conduct the case in front of him, so that in dealing with his own affairs he would give evidence for how he would act as a *iudex* (82).

The important question is why one sort of lawsuit, the *cognitio*, would have disqualified the man, and why a matter of *ius ordinarium* would not. If the distinction is one between the law applied in the imperial courts (*cognitio*) and that of the traditional Republican procedures (*ius ordinarium*), the passage is

82) Suet. *Claud.* 15: *alium interpellatum ab adversariis de propria lite negantemque cognitionis rem sed ordinarii iuris esse, agere causam confestim apud se coegit, proprio negotio documentum daturum, quam aequus iudex in alieno negotio futurus esset.* See J. G. WOLF, “Claudius Iudex”, in V. M. STROCKA, ed., *Die Regierungszeit des Kaisers Claudius* (1994), 145-158, at 152.

evidence for a legal system with two independent jurisdictions, with the man claiming that litigation in one system ought not to disqualify him from acting as a judge in the other one.

But there are difficulties. The story is told as the second of two stories about Claudius' supervision of the jury lists⁽⁸³⁾. If we accept Suetonius on this point, we have to conclude that the context of the dispute was the traditional Republican legal system; it is hard to imagine that Claudius was conducting a public inquiry into a list (unattested) of *iudices* to whom he, or his subordinates, were going to delegate their own cases of *cognitio*. But if the man was under consideration for service as a traditional *iudex*, his reply makes no sense: why would a matter of *ius ordinarium* not be relevant? If we are to retain the traditional view of *cognitio* and *ius ordinarium*, we almost have to emend the text: it would make more sense to suppose that, faced with an objection while the emperor was revising the jury lists, our juror replied that his lawsuit pertained *not* to the traditional courts, but the emperor's *cognitio* system; in this case it would have made sense for the emperor to hold a *cognitio* of his own on the matter, to get an idea of how the man would behave as a *iudex* in one of the ordinary courts.

The obvious alternative is to assume that Suetonius' account is highly condensed: although he begins by talking about supervision of the jury lists, Suetonius perhaps shifts his attention to quality control in general. On this view the litigants

83) Suet. *Claud.* 15.1.

(*adversarii*) were faced with a judge assigned to the *cognitio* by the emperor, and objected to him because he had his own lawsuit pending. The man replied that his own lawsuit was irrelevant, because it pertained to the traditional courts rather than the imperial system, but Claudius decided to hear that case himself, so that he would see how the judge conducted himself as litigant. Claudius will then have had himself duly selected as the *iudex* for the man's case, following the traditional procedures for civil litigation (*ius ordinarium*). The arrangements for this hearing will have taken more time than the story tends to suggest, but Suetonius' point is that Claudius made a quick decision (*confestim*), not that the whole problem was resolved quickly. This is the reading offered by most scholars, who of course assume that *cognitio* and *ius ordinarium* constitute distinct legal systems. But even on this view the logic is problematic: either the litigants objected to the judge on the general principle that anyone with a pending lawsuit should be ineligible to act as judge, or (as is more likely) they objected because the lawsuit in question was one in which the judge himself was their opponent. In either case, it is not clear how the judge's reply – that the lawsuit at issue was scheduled for a different court system – could possibly have been satisfactory.

Given these difficulties, we should reconsider what Suetonius means by *cognitio* and by *ius ordinarium*. Although it is tempting to regard both expressions as referring to fully-fledged and complementary legal systems, neither *cognitio* nor (as we have seen) *ius ordinarium* has this kind of technical meaning elsewhere. It seems possible, therefore, that the

distinction Suetonius has in mind is a different one, between ordinary civil proceedings (*ius ordinarium*) and an enquiry into a criminal matter (*cognitio*). The classical jurists could certainly use *ius ordinarium* to distinguish ordinary civil proceedings from those involving criminal charges⁽⁸⁴⁾, and the word *cognitio*, though it does not of itself identify proceedings as criminal ones, clearly could be used in reference to criminal cases⁽⁸⁵⁾. Claudius was, on this view, reviewing the (criminal) jury lists, and was faced with objection that one candidate had his own lawsuit pending. The potential juror replied that his lawsuit was not the kind of lawsuit that should disqualify him: it was not a criminal matter, but merely a civil suit⁽⁸⁶⁾.

This one remark, attributed to an obscure *iudex* about half a century before Suetonius himself was writing, might seem to have received here more than its share of attention. It is worth observing, however, that it is the closest thing we get, in all of ancient literature, to an explicit statement that *cognitio* was distinguished from the ordinary law. For the most part *cognitio* was simply something that some people did more than others:

84) *Dig.* 47.1.3 (Ulpian): *si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit nec cogendus erit in crimen subscribere.*

85) *Cic. Brut.* 22.87: *et cum cognitionis dies esset.*

86) Yet another possibility is suggested by W. KUNKEL, in his review of BLEICKEN *Senatsgericht und Kaisergericht*, *ZRG* 81 (1964), 360-77, at 375. KUNKEL imagines that the case which provoked the question of the judge's competence was one which came before the emperor and his *consilium*; in this case, too, Suetonius' contrast will have been between the ordinary legal processes (*ius ordinarium*) and the imperial hearing in question (*cognitio*).

there is little support for the extended technical meaning given it in modern scholarship.

We can get a better idea of the range of the word *cognitio*, and its limits, by considering the one legal text explicitly devoted to the subject. Callistratus' *de Cognitionibus* has been seen as a new departure in legal writing, in which the author, unlike his more traditional contemporaries like Ulpian and Paul, was willing to address directly the new legal procedure of the *cognitio* ⁽⁸⁷⁾. But there is a big difference between a book on the subject of the institution of *cognitio* – a *de Cognitione* – and one on the subject of *cognitiones* in general. Callistratus seems to have intended his work as a sort of handbook for government officials, providing basic guidance in the conduct of their lawsuits. The extant fragments never suggest that the *cognitiones* to which the book was devoted amounted to anything like a coherent system. Callistratus says that there were different categories of *cognitiones*: some concerned the undertaking of *honores* and *munera*, some concerned money, in some there was prestige at stake, and some concerned capital charges ⁽⁸⁸⁾. It is clear that he was thinking primarily of *cognitiones* held by provincial governors, but the word *cognitio* did not, of itself, convey that distinction; he ignored the courts of the senate and the emperor –

87) E.g. KOTZ-DOBZ, "Callistratus", *RE Suppl.* 3 (1918) 225-229, at 228: "die erste systematische Darstellung der *extraordinaria cognitio*". In general, R. BONINI, *I 'libri de cognitionibus' di Callistrato* (1964).

88) *Dig.* 50.13.5 pr.

supposed to be *cognitiones* by definition, just as as he ignored those of the praetors.

A Roman, on hearing the word *cognitio*, or on picking up a book about *cognitiones*, would probably not have thought primarily of the traditional Republican procedures, whether for private disputes or criminal charges. The courts for which the word *cognitio* was most useful, as a general term, were those in which the officials in charge were likely to hear the evidence themselves and render their verdicts. But it does not follow from this that the Romans thought of *cognitio* as a distinct legal procedure, with its own rules and its own consequences; the word *cognitio* was not a blanket term to describe imperial, senatorial or provincial procedure in general.

IV. Proceedings *extra ordinem*

The history of the words *extra ordinem* and *extraordinarius* involves an obvious paradox, in that expressions for something unusual come to be used for a procedure that was, in the end, perfectly normal. This semantic development provides tangible evidence for a significant change in Roman legal procedure, but our understanding of the process is hampered by the weight of scholarly tradition. Clear though it is that the Roman jurists could use *extra ordinem* and *extraordinarius* without any of the procedural implications later attached to these words, modern scholars have treated them as though they were technical terms.

The problem is further complicated by the fact that scholars are divided over what precisely the terms *extra ordinem* and *extraordinarius* are supposed to mean. Some scholars regard the words as referring to a complete legal system; on this view a *ius extraordinarium*, like the *ius novum* discussed above, was an important supplement to the *ius civile* and *ius honorarium* of the Republic. Most scholars, however, regard the words *extra ordinem* and *extraordinarius* as referring not to the substance of the law but to procedure: alongside the traditional procedures for criminal and civil trials, was a special procedure designated by the words *extra ordinem* or *extraordinarius* (89).

The fact that the Romans spoke of *ius extraordinarium* is striking, but when viewed in context the expression clearly does not refer to a complete legal system. Moreover the procedural development by which an “extraordinary” process became the normal one has been seriously misunderstood. Scholars have assumed that the opposite of procedure said to be *extra ordinem* was the *ordo*, a term used for the familiar two-stage processes, both criminal and civil, fundamental to traditional Roman conceptions of the law. I will argue instead that what made the *extra ordinem* process special was the fact that it was different – at first – not just from what went on in the praetor’s court, but from what normally went on in courtrooms all over the empire.

1. *ius extraordinarium*

89) There is a useful survey of the various views in F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano* (1937), 299ff.

A few texts have been taken as evidence that the Roman lawyers regarded the law as a sort of three-fold entity, consisting of *ius civile*, *ius honorarium*, and a new and imperial *ius extraordinarium* ⁽⁹⁰⁾. But the Roman conception was in fact much less dramatic: although Roman lawyers could talk about an imperial law (distinct from the *ius civile* and the *ius honorarium*), and although they could talk about *ius extraordinarium*, the two things were not the same.

One of the problems we face in approaching the relevant texts is the word *ius*. Given the weight of tradition behind the word, we tend inevitably to give it the broadest possible interpretation: when jurists talk of *ius extraordinarium*, or *ius tripertitum*, we think immediately of obvious comparisons, like *ius civile* and *ius honorarium*. But in fact Roman lawyers could use *ius* in a much more limited way than we would normally expect. WLASSAK showed long ago that the expression *ius extraordinarium* did not refer to a system of law comparable to *ius civile* and *ius honorarium*, but was simply a way of talking about special cases ⁽⁹¹⁾. We should translate *ius extraordinarium* simply as “special rules”, not as something ponderous like “the special law”; it is

90) RICCOBONO (above, note 4); BUTI (above, n. 2), 31: “Si ebbe così un diritto 'imperiale' – non solo processuale ma, naturalmente, anche sostanziale – che si pose accanto allo *ius civile* ed allo *ius honorarium* in posizione autonoma e, infine, dominante”. For the present purposes it is not necessary to decide whether the expressions in question are Justinianic interpolations or not; we begin simply by trying to establish what the texts as preserved by Justinian actually say.

91) WLASSAK (above, n. 3), 75-76.

one thing to say “in this case we apply special rules”, and quite another to say “we invoke The Special Legal System”.

The most important text in this regard is Justinian’s *Institutes*, which explicitly divides the Roman law into three parts (92). The subject under discussion is the history of the will, which though initially a part of the *ius civile* was also recognized, in a different form, by the *ius honorarium*, and which by Justinian’s time had also been modified by imperial decisions:

The law on this subject seems thus to be threefold (*ius tripartitum esse videatur*), since the witnesses and their presence at one place for the creation of a will derives from the *ius civile*, the subscriptions of the testator and the witnesses come from following the sacred constitutions, and the seals and the number of witnesses come from the praetor’s edict (93)

It is certainly striking that Justinian could think of the law in this way: first the civil law, then the law articulated by imperial constitutions, and finally the *ius honorarium*. But it is also clear that this does not amount to a comprehensive theory about the nature of Roman law. The *ius tripartitum*, impressive as the expression may seem, amounts to no more than a statement about

92) On the tendency of Roman lawyers to classify things in threes, sometimes artificially, see H. GOUDY, *Trichotomy in Roman Law* (1910), esp. 61-62.

93) *IJ.* 2.10.3. cf. also Theoph. *IJ.* 2.10.3.

the sources of law, which in this case happen to be of three different kinds (94).

More difficult are the various texts which speak explicitly of a *ius extraordinarium*, but here too it is important to remember that *ius* need not imply a fully-fledged legal system. In a subscription of Alexander Severus, for example, *ius extraordinarium* refers simply to the special rules for cases involving the fisc (95). In other passages, where *ius extraordinarium* is indeed spoken of as a third element, parallel to the *ius civile* and the *ius honorarium*, the reference is simply to the kinds of procedural remedies that might be available. This is clearest in a passage of Marcian: “There is no way for slaves to go to law against their masters, since they are absolutely not recognized by the *ius civile*, by the *ius praetorium*, or *extra ordinem*” (96). And the same point is made by Ulpian, who writes in a way which suggests at first that he regarded the law in general as consisting of three categories:

It is settled that the word “creditors” refers to those to whom something is owed as a result of a lawsuit or a prosecution, either under the *ius civile* (as long as there is not a permanent exception), or under the *ius honorarium*,

94) Note the translation of BIRKS and MCLEOD (above, n. 78), 69: “The law here has three sources”. For a very different conception of *ius tripartitum* see *Dig.* 1.1.2 (Ulpian): *privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*.

95) *CJ.* 7.73.5 (225).

96) *Dig.* 48.10.7 pr.

or under the *ius extraordinarium*, whether due immediately, or after a certain time has elapsed, or conditionally ⁽⁹⁷⁾.

Having begun with judgments based on the *ius civile* and the *ius honorarium* – products, in other words, of the traditional formulary procedure – he goes on to mention judgments produced in other courts. Despite his invocation of an impressive-sounding *ius extraordinarium*, Ulpian, like Marcian, is talking only about a special kind of legal proceedings.

2. *Ordo* and *extra ordinem*

Most scholars understand the words *extra ordinem* and *extraordinarius* as technical terms for the *cognitio* procedure, in which officials heard lawsuits without the restrictions of the traditional criminal and civil courts. There is a clarity to this picture which is undeniably attractive, but it requires us to give the words *extra ordinem* and *extraordinarius* more weight than they can reasonably bear. Although the words *extra ordinem* and *extraordinarius* did indeed come to acquire, in certain contexts, a specific technical meaning, this usage was derived from discussions of the criminal procedure alone; when matters of the *ius civile* and *ius honorarium* came to be dealt with *extra ordinem*, this was not so much an organic development of the civil law as a widening of the criminal one.

One of the oddest things about the scholarship on the *extra ordinem* procedure is that interpretations differ markedly

97) *Dig.* 50.16.10.

according to whether it is seen as a development of the civil or the criminal law. In accounts of Roman civil procedure, *extra ordinem* proceedings are depicted as the natural successor to the formulary procedure of the urban praetor; the “unusual” thing about them is that they do not maintain the traditional distinction between proceedings *in iure* and those *apud iudicem* (98). But studies of Roman criminal law present the *extra ordinem* procedure as having been special, originally, for the entirely different reason that judges were in these cases not bound by the traditional rules of the criminal *quaestio* (99). It is not clear to me quite how scholars resolve this problem of a double origin, not least because few modern works deal with civil and criminal procedure at the same time. But I suspect that a solution would depend very heavily on the construction of a tangible entity that can be labeled an *extra ordinem* procedure. If we could believe that Augustus invented a new procedure, the problem of double origin would be considerably less urgent, for we could imagine Augustus offering a single supplement to both the criminal and the civil courts already in existence.

The notion that the words *extra ordinem* were used in the early empire to refer to a new legal procedure derives in large part

98) E.g. KASER - HACKL (above, n. 2), 436: “Diese 'amtlichen' Verfahren haben unter dem Prinzipat noch ausserordentlichen Charakter, soweit sie nur ergänzend neben den 'ordentlichen' Formularprozess treten”.

99) E.g. Richard A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome* (1996), 50: “The *cognitio extraordinaria* was designed to 'liberate' criminal trials from the shackles of the *ordo iudiciorum publicorum*, that is, from the limitations of the jury-courts”.

from a preoccupation with technical language. Starting from the fact that *extra ordinem* and *extraordinarius* were, in Justinian's day, used to describe the procedure which had replaced the formulary procedure and the *quaestio*, scholars have derived a legal vocabulary which in philological terms is highly problematic. This is most obvious in the case of the word *ordo*. Legal historians use this term as though it were a kind of back-formation from *extra ordinem*: what replaced the formula and the *quaestio* was *extra ordinem*, so the formula and the *quaestio* must be the opposite, the *ordo* ⁽¹⁰⁰⁾.

It is important, therefore, to go back to basics. *Ordo*, in Classical Latin, has a variety of specific meanings, ranging from a row of seats or a class of people to a sequence of events and the proper course of action. In legal contexts the word can be used, like *tavxi*", to refer to the proper order in which lawsuits should take place ⁽¹⁰¹⁾. In its adjectival form, however, *ordo* loses much of its connection with row and sequence; *ordinarius*, except in

100) E.g. Bernardo SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2nd ed. (1998), 215: "Tale procedimento, definito correntemente col nome di *cognitio extra ordinem*, perché sorge e si sviluppa al di fuori del sistema processuale e criminale dell'*ordo iudiciorum*, e quindi senza i vincoli e le restrizioni formali della giurisdizione ordinaria". Scholars even distinguish between an *ordo iudiciorum publicorum* and an *ordo iudiciorum privatorum* without, as they often observe, any support from the ancient sources at all; SACHERS, "Ordo", *RE Suppl.* VII (1940), 792-7; KASER - HACKL (above, n. 2), 163 n. 1 refers to the "beliebten, aber unrömischen Bezeichnung, 'ordo iudiciorum privatorum'".

101) Servius, *ad Vergil. Aen.* II. 102: *Uno ordine] uno reatu; et est de antiqua tractum scientia, qui in ordinem dicebantur causae propter tumultum festinantum, cum erat annus litium; BGU 628: ordo cognitionum officii nostri.* For *tavxi*", see Fronto, *Epist. Graec.* 5.1; *P.Col.* 123, lines 28-34.

Vitruvius, means not “in rows” but “ordinary, normal”. And *ordo* tends to have this same developed meaning in *extra ordinem*; the expression can sometimes mean “out of sequence”, but it more usually means “in a way that is not the usual one”. The development is at its most extreme in the adjective *extraordinarius*, in which the original implications of “row” and “sequence” are entirely forgotten; *extraordinarius* means simply “unusual” (102).

It is clear that the Roman lawyers could use *extraordinarius* and *extra ordinem* in this very general sense. Iavolenus and Papinian, for example, describe *munera* being imposed *extra ordinem* (103), and Ulpian refers to special holidays as *feriae extra ordinem indictae* (104). In the *Codex Theodosianus* special grants of land are described as being assigned *extra ordinem* (105), and there is much concern for *extraordinaria onera* and *munera* (106).

102) For the general sense of *ordinarius* and *extraordinarius* and related words it is sufficient simply to consult the *Oxford Latin Dictionary*. See also D. DAUBE, *Roman Law: Linguistic, Social and Philosophical Aspects* (1969), 2-10 for analogous linguistic phenomena and their treatment by legal scholars.

103) *Dig.* 50.4.12; 50.5.6.

104) *Dig.* 4.6.26.7.

105) *CTh.* 11.16.13 = *CJ.* 10.48.10.

106) *CTh.* 6.26.14; *CTh.* 11.16 (*de extraordinariis sive sordidis muneribus*); *CTh.* 11.16.1; 4; 5; 6; 9; 12; 15 [= *CJ.* 10.48.12]; 18; 19 [= *CJ.* 10.48.14]; 21; 22; *CTh.* 12.1.30 [= *CJ.* 10.32.21]; *CTh.* 12.6.31 [= *CJ.* 10.72.14]; *CTh.* 13.5.4; *NMaj.* 2 pr. For a Greek translation see *CTh.* 15.2.1 = *CJ.* 11.43.1: *ab extraordinariis oneribus volumus esse immunes* = *Bas.* 58.19.1: ἀτελείς ἔστωσαν ἔξω τῶν διατετυπωμένων βαρῶν καὶ ἐδίκτων. The word is substantivized at *CTh.* 11.16.2; 14.6.2; *CTh.* 16.2.40 = *CJ.* 1.2.5 = *Bas.* 5.1.4; *CTh.* 16.2.14 = *CJ.* 1.3.2; *CTh.* 15.3.1 = *CJ.* 11.65.1. See also *CTh.* 6.35.10 (380): *Rectores provinciarum illicitum esse cognoscant quemquam ... ulli necessitati extra ordinem subiugandum*; *CTh.* 13.5.8: *extraordinaria ... officia*; *CTh.* 11.16.11 = *CJ.* 10.48.8: *Nihil a provincialibus extraordinaria patimur indictione deposci*; *CTh.* 11.16.17:

A *Novel* of Valentinian mentions *ambitio extraordinaria* (107), and on the one occasion *extraordinarius* is used in Justinian's *Novels* the word refers simply to specially imposed burdens (108). Modern scholars however, tend to see *extra ordinem* and *extraordinarius* as referring to a specific legal procedure (109). To some extent the problem is again a linguistic one: the lack of a definite article in Latin means that it is not obvious whether the jurists are talking about something as untechnical as *a* special procedure, or whether what they have in mind is a clearly defined process that might reasonably be called "*the* special procedure". But even more important is the fact that by the fourth century, at least, lawyers demonstrably *could* use the expression in the latter sense; the best evidence comes from a fourth century papyrus, discussed below, with its petition for "the action called the *extra ordinem cognitio*" (ἀγωγὴν δὲ τὴν ἔξτρα ὄρδινεμ κοιτιόνεμ). This development is clearly a significant one, but its

extraordinaria functionum sarcina; CTh. 11.16.23: extraordinariae necessitatis damna.

107) *N.Val.* 13.7.

108) *NJ.* 131.5.

109) Pomponius, for example, says that the praefectus annonae and the praefectus vigilum were not magistrates but rather extraordinary appointments; this is treated by KASER - HACKL (above, n. 2), 436 n. 4 as a reference to *cognitio extra ordinem*. The words *extra ordinem*, applied in the Republic to specially constituted *quaestiones*, have received comparable treatment; see Carlo VENTURINI, "Quaestio extra ordinem", *SDHI* 53 (1987), 74-109.

nature cannot be understood unless we recognize that *extra ordinem* in this case really does mean “special”; the fact that some *cognitiones* were to be handled in a special way means that others were perfectly normal.

3. τὸ ἐξραορδίνεμ

Byzantine commentators were well aware that by their day the ordinary procedures had long been displaced by what had originally been extraordinary ones, and they occasionally offer what look like explanations of the fact. One explanation is usually rejected as simply wrong, while the other has been seen as supporting the traditional view, that *ordo* referred simply to the formulary procedure, in which a case was assigned to a *iudex* acceptable to the litigants, while proceedings *extra ordinem* were direct expressions of governmental authority. But the Byzantine lawyers have, I think, been misunderstood. Instead of offering us information about origins of the *extra ordinem* procedure, they merely provide additional information about it.

For the most part the Byzantine lawyers seem oblivious to the various meanings of the Latin *extraordinarius* and *extra ordinem*. Their translations sometimes duck the words entirely, often simply by transliterating; they also, as we shall see, translate *extra ordinem* as “harshly”. At other times, like their modern successors, the Byzantines look to the root word *ordo*, which they can translate as τῶξις. This is reasonable, but pedantic; it is

surprising, given the normal Latin usage, to discover *extraordinarius* rendered as ἐκτὸς τάξεως⁽¹¹⁰⁾.

The best known of the Byzantine comments on the procedural development is in Justinian's *Institutes*, where it is observed that the extraordinary had become ordinary:

Nowadays it is superfluous to speak of the sequence (*ordo*) and outcome of interdicts. For whenever law is given *extra ordinem*, as is the case nowadays for all lawsuits, there is no need for an interdict to be issued, and cases are decided without interdicts, even if an action has been given on the basis of an interdict⁽¹¹¹⁾.

The author of the *Institutes* does not comment on the irony of the situation, and it is not clear whether or not he sees the word *ordo* as being picked up, by way of contrast, in the expression *extra ordinem*. Theophilus' version, however, suggests there is no obvious connection: he translates *ordo* as τάξις, but deals with *extra ordinem* simply by transliterating. By Justinian's day *extra ordinem* was clearly a technical term, referring to an established, and no longer very special, procedure.

Two anonymous commentators provide what looks like the traditional explanation of *extra ordinem* proceedings. The Turin Gloss to the *Institutes*, explaining a reference to the replacement

110) *Dig.* 50.13: *De variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur* = *Bas.* 54.14: <Περὶ διαφορῶν καὶ ἐκτὸς τάξεως διαγνώσεων καὶ ἐὰν ὁ δικαστὴς τὴν δίκην τὴν ἰδίαν πεποιηκέναι λέγεται>.

111) *IJ.* 4.15.8 = Theoph. *IJ.* 4.15.8.

of ordinary procedures with extraordinary ones, comments that “Ordinary lawsuits (*ordinaria iudicia*) are those contained in verbal formulae” (112). A scholion to the Basilica translation of a passage of Ulpian offers a more detailed version of the same explanation. The text that we have is probably post-Justinianic, but it has incorporated an earlier comment, which probably dates to the time of Justinian (113). In the original text, Ulpian was discussing the praetorian interdict known as *de migrandis*; the praetor would under certain circumstances use his authority to prevent landlords from holding onto their tenants’ property (especially slaves) so as to keep them from leaving. Ulpian went on to remark that in fact the interdict was not in common use, since remedies were also available *extra ordinem* (114). His comment was translated into Greek, though *extra ordinem* was retained as a Latin word: “And the matter is pursued *extraordinem*, for which reason the legal prescription is not common (115).

112) *Gl. Taur. ad Inst.*, 3.12 pr.: *Ordinaria iudicia sunt quae formulis verborum continebantur*. For the text see A. ALBERTI, *La 'Glossa Torinese'* (1933), 137; see also H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents* (1970), 43-6.

113) Dieter SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozessrecht* (1969), 42 argues that the text is not, as previously thought, actually by Dorotheus, but that it is nonetheless basically Justinianic.

114) Dig. 43.32.1.2: *Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest: ergo infrequens est hoc interdictum*.

115) Bas. 60.19.1.2: *Καί 'extraordinem δὲ τὸ πρᾶγμα βοηρεῖται, διὸ οὐκ ἔστι συνεχὲς τὸ νόμιμον παράγγελμα*.

It is this remark, preserved in the Basilica, which prompted a Byzantine lawyer to provide an explanation:

'*extraordinem*] In other words, even if the [interdict of] *de migrandis* is not given to the tenant on the basis of the order of actions (ἐκ τοῦ ὀρδίνου τῶν ἀγωγῶν) and is pursued in the courtroom. For formerly those who wished to undertake actions, and did not know them, approached those who were in charge of the formula and learned the name of the action appropriate for their case. But now the person who wants to pursue a case of change in domicile is helped, rightly, even if he pursues it *extra ordinem* (κἂν ἐξτραορδίνεμ κινήση), in other words not undertaking the action by its proper name. For the name of this particular interdict is not common in the courtrooms because of the fact that the request is understood by the judges even without it. At any rate the scholion has interpreted the *extra ordinem* (τὸ ἐξτραορδίνεμ) as applied to inhabitants who might use it in this way. But formerly the *extra ordinem* (τὸ ἐξτραορδίνεμ) was applied not to inhabitants (*inquilini*) but to tenants (116).

The explanation offered here is an intriguing one, not least because it accords so well with our general impression of Roman legal history: the traditional procedures of Roman law, most useful and best known in the city of Rome itself, were replaced by the more businesslike rules of the provincial courts.

116) *Schol. ad Bas.* 60.19.1, 7.

We can accept these comments as offering a reasonable description of procedural change; in the classical period, as the Turin Gloss says, the normal procedure had involved the use of *formulae*, but eventually, as the Basilica scholiast suggests, the formula was abandoned. And the scholiast may well have thought that he was explaining the origin of the expression *extra ordinem*: because litigants were no longer familiar with the actions they filed suit without them (ἐκ τοῦ ὀρδίνου τῶν ἀγωγῶν). But he need not be pressed this far. A passage of the Pauli Sententiae presents essentially the same point, and offers a useful clue to the precise connection between the formula and the change in legal procedure:

It makes no difference whether someone sues or is sued by *actio directa* or by *actio utilis*, since in *iudicia extraordinaria*, where the precision of *formulae* is not observed, the subtlety of this distinction is superfluous, especially since each action has the same scope and effect (117).

Here the point about abandoning the formula is made not to explain the origins of the *extra ordinem* procedure, but simply as additional information about it. By the end of the third century, when the Pauli Sententiae was probably written, it really did make no practical difference whether a litigant used the *actio directa* or the *actio utilis*, because the formula was no longer in common use. But the loss of the *formula* does not actually

117) *Dig.* 3.5.46.1 = *P.S.* 1.4.10.

explain the transition from *iudicia ordinaria*; the fact is mentioned in the Pauli Sententiae merely in passing. Similarly, I suggest, the Turin Gloss and the Basilica scholion are merely commenting on the change from ordinary to extraordinary procedure, not offering an explanation of it .

A passage of Theophilus offers us essentially the same choices. In the course of a long discussion on the history of remedies for default (not contained in the Latin *Institutes*) he explains that the procedure has changed:

Prior to the universal succession which we discussed in the preceding title there were also other kinds of universal succession, such as *emptio bonorum*, introduced in the matter of sales of a debtor's goods after many detours and delays, which was in force when the courts were *ordinaria*, in other words when the *conventus* was held at regular intervals. (We have explained the *conventus* in Book One of these *Institutes*). Nowadays, however, since the courts are *extraordinaria* and take place at all times, *venditiones bonorum* are appropriately obsolete ⁽¹¹⁸⁾.

For Theophilus, it seems, the difference between “ordinary” and “extraordinary” courts is simply one of scheduling ⁽¹¹⁹⁾. Scholars have understood him to be offering this as an

118) Theoph. *Inst.* 3.12 pr.

119) For the Justinianic procedure see G. WESENER, “Distractio bonorum”, *RE Suppl.* 9 (1962), 27-32.

explanation, and few have taken him seriously (¹²⁰). Theophilus' general understanding of the word *conventus*, which he regards as defined by its strict time tables, is nothing if not eccentric (¹²¹). By the sixth century the traditional practice at Rome was a distant memory, and Theophilus may simply have misunderstood his sources, seeing *ordo* and τὰξις in the words *ordinarius* and *extraordinarius*, and guessing that they referred to the rules of scheduling. But it is more likely that Theophilus, like the scholiasts discussed above, was providing additional information about the change rather than explaining it. The *emptio bonorum* had involved, as he tells us, its own elaborate schedule of time limits (¹²²). That schedule depended on the fact that legal

120) An exception is DE MARTINO (above, n. 89), 302-4.

121) Theoph. *Inst.* 1.6.4: "A *consilium* is an assembly of distinguished men which is constituted at a certain time of the year. And this *consilium* takes place not only at Rome, but in the provinces. And it is constituted at the same time as the *conventus*. And what is a *conventus*? A given time established for the settling of lawsuits. For the Romans, since they spent almost the whole year in making war, but at a particular time were prohibited from this by winter and the terrible storms that come with it, since they were not able as citizens of the Republic to remain outside of legal business, would lay aside their arms and spend time on lawsuits. And they established many judges for this business who would settle their disputes, who were called *recuperatores*, because through them every man received what was due to him. And the time for this was called *conventus*, since to come together is *convenire*, and on this day the judges and litigants came together. And the *consilium* took place on the last day of the *conventus*".

122) Theoph. *Inst.* 3.12 pr.: "If anyone, when he was in debt to many people, was a fugitive, and had no one to defend him (*defendeuonta*), the creditors would get together and then approach the *praetor* and accuse him of this fact, and the *praetor* would decide for them according to the law of the goods of the *debitor* and they would take possession of them within a certain number of days. And when this was done, there was a second approach by the same petitioners, who asked that they be allowed to choose one from their number, through whom they would sell the goods. For since it was not easy for everyone to come together on the same day, they selected one of their number, whom they called a *magister*, and who would himself make arrangements with those wanting to buy. And there was notification

proceedings as a whole had a strict timetable; the disappearance of the “ordinary” procedure was thus connected with the loss of the *emptio bonorum*: “all these complexities are now obsolete because of the existence of the extraordinary courts”. The strict schedule for the ordinary procedure and the random timing of the extraordinary one are important to his exposition of the *emptio bonorum*, but they are not offered as definitions of the two types of procedure.

The Byzantine lawyers, then, were not actually trying to explain the change from ordinary to extraordinary procedure; they took the transformation for granted, and commented instead on related developments. We do not have to choose, therefore, between the explanation offered by the scholiasts and that of Theophilus: we are free to disregard the Byzantine comments

(*prographē*) in obvious places in the city saying: ‘N. who is our debtor has come under a judgment of seizure; we being his *creditores* have appropriated his property; let anyone wishing to be a purchaser come forward’. Then, after a few days had elapsed, there was a third approach (*προσέλευσις*), in which they were given permission to use the *lex bonorum vendundorum*; for it remained for them to add to the aforementioned notification the following: ‘That the purchaser has to pay the *creditores*, for example, half the debt, so that the person who is owed 100 will accept 50, and the person owed 200 will accept 100’. And when the specified time had elapsed, then the property was granted to the purchaser and the purchaser was called the *emptor bonorum*, and all the actions which were permitted to the person who organized the *venditio bonorum* and to which he was liable were transferred to the *emptor bonorum*, and he could sue and be sued *utile*, just like the *bonorum possessor*; for both are praetorian (*praetorioi*) successors”.

entirely, and concentrate on the explanation suggested by the Roman texts.

4. *Extraordinaria animadversio*

By far the most common use of *extra ordinem* and *extraordinarius* in Roman legal sources is to indicate that punishment is to be of a particularly harsh kind. The words vary; we get *punire*, *vindicare* and *coercere* with *extra ordinem*, and also *plectere*, *multare*, *corrigere*, *animadvertere* and *damnare*. Typical is a passage of Marcian: “If anyone has seized someone else’s inheritance, it is customary for him to receive special punishment (*extra ordinem solet coerceri*)” (123). Justinian in the *Institutes* speaks of an *extraordinaria poena*, for *iniuria*, which Theophilus explains as “imposing a punishment beyond the norm (ε[χ]ω[ρ]η), with whatever penalty the judge wishes, such as exile or division of property” (124). Other authors are more explicit about the powers now given to magistrates; Hermogenianus says that when *iniuria* is punished *extra ordinem* the penalties vary according to the circumstances and the status of the offenders: “Thus slaves are whipped and returned to their masters, free persons of humble station are subjected to beatings, while the

123) *Dig.* 47.19.1 = *Bas.* 60.29.1.

124) Theoph. *Inst.* 4.4.10. The author goes on to cite *CJ.* 9.35.11, a law of Zeno allowing litigants of *illustris* rank or higher to use agents in criminal matters. See also Scholion 1 on *Bas.* 60.22.1 pr., where *extra ordinem* is understood to mean simply “as the judge wishes”.

others are punished either by exile or by being kept from doing a specific thing” (125).

It was not just penalties that were modified, for the Romans identified specific offenses as particularly worthy of punishment. In some cases they were consciously modifying the law to deal with provincial issues; in Egypt the crime of tampering with the banks of the Nile or of other water courses was punishable *extra ordinem* (126), and the Romans had the same legal response to the uniquely Arabian crime of σκοπελισμός, which involved making death threats by means of stones piled up in fields (127). Most of the new crimes, however, were prompted by more universal problems. Sacrilege, for example, was to be punished *extra ordinem* (128), as were statutory rape and sexual harassment (129), abortion (130), and a father’s refusal to acknowledge his child (131). The new penalties could also be imposed for more quotidian offenses, such as the throwing of things out of the window by slaves (132), the intentional burying of a corpse on

125) *Dig.* 47.10.45 = *Bas.* 60.21.43.

126) *Dig.* 47.11.10 = *Bas.* 60.22.10. See also *CTh.* 9.32.1 = *CJ.* 9.38.1.

127) *Dig.* 47.11.9 (Ulpian).

128) *Dig.* 48.13.4.2 (Marcian) = *Bas.* 60.45.5.

129) *Dig.* 47.11.1 pr. = *P.S.* 5.4.5 = *Bas.* 60.22.1.pr: Οἱ ὑπονοθεύοντες ἀλλοτρίους γάμους, εἰ καὶ τοῦ σκοποῦ μὴ τύχῳσι, βαρυτέρως κολάζονται. *Dig.* 47.11.1.2 = *Bas.* 60.22.1.2. See also *Dig.* 48.38.19.3.

130) *Dig.* 47.11.4 = *Bas.* 60.22.4; see also *Dig.* 48.19.38.5, on the punishment of makers of abortifacients (and aphrodisiacs).

131) *Dig.* 25.3.1.4 (Ulpian) = *Bas.* 31.6.1.4.

132) *Dig.* 9.3.1.8.

public land ⁽¹³³⁾, the fouling of persons, water supplies, or the environment in general ⁽¹³⁴⁾, and frightening people with snakes ⁽¹³⁵⁾. There was also a concern with theft, and with various kinds of fraud: people who used false measures ⁽¹³⁶⁾, and those who cornered food supplies ⁽¹³⁷⁾, were to be punished *extra ordinem*, as were those guilty of the new crime of *stellionatus* (literally, acting like a lizard), invented to cover egregious fraud in general ⁽¹³⁸⁾. The government was particularly concerned about misuse of the legal system: anyone who leaked documents to help one side in a legal dispute ⁽¹³⁹⁾, or who intentionally laid false charges ⁽¹⁴⁰⁾ was to be punished *extra ordinem*, as were litigants who abandoned litigation once it was underway, or colluded with their opponents ⁽¹⁴¹⁾.

133) *Dig.* 11.7.8.2.

134) *Dig.* 47.11.1.1; cf. *Bas.* 60.22.1.1: Barevw" timwrou'ntai.

135) *Dig.* 47.11.11 = *Bas.* 60.22.10.

136) *Dig.* 47.11.6.1 = *Bas.* 60.22.6.1.

137) *Dig.* 47.11.6 pr. = *Bas.* 60.22.6.

138) *Dig.* 47.20 is devoted entirely to this crime; see also *Dig.* 13.7.36 pr.; 47.11.3; R. MENTXAKA, "Stellionatus", *BIDR*³ 30 (1988), 277-335.

139) *Dig.* 47.11.8 = *Bas.* 60.22.8; for clarification see *Dig.* 48.19.38.8.

140) *Dig.* 47.10.43: *Qui iniuriarum actionem per calumniam instituit, extra ordinem damnatur: id est exilium aut relegationem aut ordinis amotionem patiatur.* = *Bas.* 60.21.41; *Dig.* 48.16.3 = *P.S.* 1.5.2 = *Bas.* 60.1.12.

141) *Dig.* 48.3.4: *Si quis reum criminis, pro quo satisdedit, non exhibuerit, poena pecuniaria plectitur. puto tamen, si dolo non exhibeat, etiam extra ordinem esse damnandum. sed si neque in cautione neque in decreto praesidis certa quantitas compraehensa est, ac nec consuetudo ostenditur, quae certam formam habet, praeses de modo pecuniae, quae inferri oporteat, statuet.* = *Bas.* 60.35.4: Εἰ δὲ κατὰ δόλον οὐ παράστησιν, ἐξτραορδίνεμ καταδικάζεται.

What defined these new crimes most obviously was the harshness of the penalties. As well as transliterating the expression *extra ordinem*, or turning it into a new Greek adverb (ἐχτραορδίνως) ⁽¹⁴²⁾, the Byzantines also regularly translated it as “harshly”: βαρυτέρως ἢ σφοδρῶς ⁽¹⁴³⁾. One scholiast provides a useful survey of the texts he regarded as relevant. Commenting on the Basilica translation of a passage from the *Pauli Sententiae*, in which attempted seducers of married women are said to deserve punishment *extra ordinem*, the scholiast refers us to texts concerning the crimes of *stellionatus*, cornering grain supplies, giving false measures, and usurping inheritances, and he singles out Hermogenianus’ statement about *falsum*, quoted above, “where you will learn what extraordinary penalties are” ⁽¹⁴⁴⁾.

The same emphasis on punishments can be also be seen in the original Roman texts. Macer tells us that the penalty for extortion is no longer defined by the original *lex* but is instead

142) Scholion 1 to *Bas.* 60.22.1 pr. = *Dig.* 47.11.1 pr.

143) *Bas.* 60.22.1 pr. = *Dig.* 47.11.1 pr. = *P.S.* 5.4.5; *Bas.* 60.22.10 = *Dig.* 47.11.10

144) Scholion 2 on *Bas.* 60.22.1 pr. = *Dig.* 47.11.1 pr. = *P.S.* 5.4.5; the references are to *Bas.* 60.29.1 = *Dig.* 47.19.1; *Bas.* 60.21.45 = *Dig.* 47.10.45; *IJ.* 4.4.10; *Bas.* 60.30 = *Dig.* 47.20; *Bas.* 60.22.6 = *Dig.* 47.11.6; *Bas.* 60.22.7 = *Dig.* 47.11.7.

imposed *extra ordinem* (145). Other passages reveal how dramatic such a development could be (146). Hermogenianus says that the penalties for harboring slaves had been replaced, in his day, by much more violent ones: “The financial penalties laid down by the *lex Fabia* have become obsolete: people found to have committed this crime are now punished according to the degree of fault, so that most of them are condemned to the mines” (147). And Marcian reveals that the relatively mild punishment imposed by Sulla’s old law on poisoning and assassination were no longer seen as adequate: “The punishment under the *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* is deportation to an island and forfeiture of all property. But nowadays offenders usually receive capital punishment, unless they have the status of *honestiores*, in which case they receive the punishment laid down by the statute: *humiliores* are normally given to the beasts, while those of higher

145) *Dig.* 48.11.7.3: *Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur et plerumque vel exilio puniuntur vel etiam durius, prout admiserint.* = *Bas.* 60.43.7.3.

146) The passages that follow do all not use the expression *extra ordinem* but the reference is nonetheless clear. For the increasingly harsh penalties of the Roman legal system, attested particularly in the legal sources from the third century on, see R. MACMULLEN, “Judicial Savagery in the Roman Empire”, *Chiron* 15 (1986), rpt. in IDEM, *Changes in the Roman Empire* (1990), 204-217.

147) *Dig.* 48.15.7: *Poenam pecuniariam statutam lege Fabia in usu esse desiit: nam in hoc crimine detecti pro delicti modo coercentur ut plerumque in metallum damnantur.* = *Bas.* 60.48.6. See *Coll.* 14.2.2: *Et olim quidem huius legis poena nummaria fuit, sed translata est cognitio in praefectum urbis, itemque praesidis provinciae extra ordinem meruit animadversionem. Ideoque humiliores aut in metallum dantur aut in crucem tolluntur, honestiores adempta dimidia parte bonorum in perpetuum relegantur.*

status are deported to an island” (148). The same point is made, more generally, in one of the Byzantine scholia, which defines “extraordinary charges” as “those which do not have a penalty laid down by the laws” (149).

The government’s concern for punishment, and its willingness to take responsibility for inflicting it, had transformed the entire Roman legal system. Offenses which **in the traditional Roman law** had been purely civil matters, to **be resolved** only if an injured party was successful in private **litigation, became** matters for which the government made **itself responsible**.

The most striking example of this, and **perhaps the best** documented, is the law of theft (150). In the **traditional Roman law** *furtum* was classed as part of the law **of obligations; it was a delict** rather than a crime. But at least **by the time of the Classical jurists**, the government was taking **much more responsibility** for

148) *Dig.* 48.8.3.5: *Legis Corneliae de sicariis et veneficis poena insulae deportatio est et omnium bonorum ademptio. sed solent hodie capite puniri, nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam legis sustineant: humiliores enim solent vel bestiis subici, altiores vero deportantur in insulam.* The jurists mention other modifications to the penalties laid down by *leges*: *Dig.* 48.19.38.7 = *P.S.* 5.25.7: *Qui vivi testamentum aperuerit recitaverit resignaverit, poena Corneliae tenetur: et plerumque humiliores aut in metallum damnantur aut honestiores in insulam deportantur.* *Dig.* 47.11.6.1: *Onerant annonam etiam staterae adulterinae, de quibus divus Traianus edictum proposuit, quo edicto poenam legis Corneliae in eos statuit, perinde ac si lege testamentaria, quod testamentum falsum scripsisset signasset recitasset, damnatus esset.*

149) Schol. 20 to *Bas.* 60.1.24.1 = *Dig.* 48.16.15.1: Ἐξτραορδινάρια λέγονται ἐγκλήματα τὰ μὴ ἔχοντα ὠρισμένην ἀπὸ τοῦ τῶν νόμων ὀρδίνου τὴν τιμωρίαν. κτλ.

150) See esp. M. BALZARINI, “In tema di repressione 'extra ordinem' del furto nel diritto classico”, *BIDR*³ 11 (1969), 203-311.

enforcement. Paul includes theft in his list of offenses against the public order for which the prefect of the watch was responsible at Rome, and Ulpian says explicitly that a governor should hunt down those who disturb the tranquillity of his province, including not only blasphemers, brigands, and kidnappers but mere thieves as well ⁽¹⁵¹⁾. Left to their own devices the authorities would get involved only in particularly egregious cases; according to Ulpian it was nocturnal thieves, in particular, who were to be punished *extra ordinem* by the proconsul, along with thieves operating in the baths or defending themselves with weapons ⁽¹⁵²⁾, and Marcian states that thieves who worked in the daytime were to be dealt with in ordinary civil proceedings ⁽¹⁵³⁾. But the victims of theft apparently preferred the more effective police powers of the criminal procedure. This is clear from a passage of Julianus, who reveals that victims of theft clearly had a choice: they could bring suit under the traditional rules of the civil law, but only if they had not already made accusations before the prefect of the watch or the provincial governor; in the latter case, a conviction might result in restitution, much as if the

151) *Dig.* 1.15.3.1 (Paul); 1.18.13 pr (Ulpian) = *Bas.* 6.1.46.

152) *Dig.* 47.17.1: *Fures nocturni extra ordinem audiendi sunt et causa cognita puniendi, dummodo sciamus in poena eorum operis publici temporarii modum non egrediendum. idem in balneariis furibus. sed si telo se fures defendunt vel effractores vel ceteri his similes nec quemquam percusserunt, metalli poena vel honestiores relegationis adficiendi erunt.* = *Coll.* 7.4.2 = *Bas.* 60.12.55(54).2: Οἱ ἐν νυκτὶ κλέπτοντες αὐστηρῶς κολάζονται μέχρι τοῦ πρὸς καιρὸν εἰς δημόσιον ἔργον ἐμβληθῆναι· τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ τῶν ἐν βαλανεῖοις κλεπτόντων.

153) *Dig.* 47.17.2: *Sed si interdiu furtum fecerunt, ad ius ordinarium remittendi sunt.* cf. *Bas.* 60.12.54 fin.

case were a civil one, but the magistrate was also free to impose a harsher sentence if he wanted to ⁽¹⁵⁴⁾. The general situation is stated succinctly in a passage of Ulpian: “It should be remembered that nowadays theft is mostly litigated as a criminal matter and that the person litigating subscribes to a charge (*crime n*), not because the matter pertains to a *iudicium publicu*, but because it seems good to chastise the temerity of the doers with extraordinary punishment (*extraordinaria animadversio*). But this does not mean that it is any less possible, if someone prefers it, to litigate as a civil matter” ⁽¹⁵⁵⁾.

We have evidence for other transformations of the law along similar lines, many of which seem to us as natural as the change of *furtum* from a civil delict to a criminal act. *Iniuria*, which had originally been a purely private matter, came to be punishable *extra ordinem* by the state ⁽¹⁵⁶⁾. In addition, the Romans developed a special criminal charge for those who made off with the contents of an inheritance without proper authorization (the *crimen expilatae hereditatis*), which was like theft except for the technicality that an inheritance could not properly be said to have

154) *Dig.* 47.2.57.1: *Qui furem deducit ad praefectum vigilibus vel ad praesidem, existimandus est eligisse viam, qua rem persequeretur: et si negotium ibi terminatum et damnato fure recepta est pecunia sublata in simplum, videtur furti quaestio sublata, maxime si non solum rem furtivam fur restituere iussus fuerit, sed amplius aliquid in eum iudex constituerit. sed et si nihil amplius quam furtivam rem restituere iussus fuerit, ipso, quod in periculum maioris poenae deductus est fur, intellegendum est quaestionem furti sublatam esse.* = *Bas.* 60.12.56. BALZARINI (above, n. 150), 260ff posits a number of interpolations which seem to me unnecessary.

155) *Dig.* 47.2.93 = *Bas.* 60.12.92.

156) *Dig.* 47.10.45, cited above, n. 125.

an owner⁽¹⁵⁷⁾. Similar, too, are the various developments in the law of fraud and legal corruption, where the remedies of the ordinary civil procedure were increasingly seen as inadequate.

More surprising is the employment of these procedures in matters which seem to us unambiguously private. The most striking example of this is the government's intrusion into labor markets. *Digest* 50.13, entitled "On various and extraordinary *cognitiones*, and if a judge neglects his duty", begins with a long passage of Ulpian regarding litigation over professional fees⁽¹⁵⁸⁾. Governors are to hear suits for non-payment of fees brought by professors of liberal arts subjects, and by practitioners of certain analogous professions (doctors and dentists, for example, but not philosophers or professors of law). Ulpian is careful to lay out which cases might and might not be brought to the governor's court, for treatment *extra ordinem*⁽¹⁵⁹⁾.

The process by which the *extra ordinem* procedure was extended is documented most tangibly in *P.Lips.* 33, of 368 A.D., the only ancient text to describe a *cognitio* as *extra*

157) *Dig.* 47.19.1 cited above, n. 123. See also *Dig.* 47.19.2; *CJ.* 2.11.12 (224). See, most recently, M. LEMOSSE, "Crimen expilatae hereditatis", *RHD* 76 (1988), 255-260.

158) *Dig.* 50.13.1.

159) *Dig.* 50.13.1.1: *Medicorum quoque eadem causa est quae professorum, nisi quod iustior, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant: et ideo his quoque extra ordinem ius dici debet.* = *Bas.* 54.14.3: *περὶ μισθῶν ἐξτραορδιναρίως ὁ ἄρχων δικαιοδοτεῖ.* See also *Dig.* 50.13.1.7: *Sed ceterarum artium opificibus sive artificibus, quae sunt extra litteras vel notas positae, nequaquam extra ordinem ius dicere praeses debet.*

ordinem, though it does so in Greek (¹⁶⁰). The lawsuit in question had, as so often in the papyri, dragged on for many years, and documents from an earlier stage of the proceedings are embedded within the one we have. The plaintiff, one Sarapiaena, claimed that although she and two sisters had been left all their father's estate, two other sisters had taken shares, although they had been given dowries instead. Sarapiaena had sued both these sisters, but they apparently both died, leaving Sarapiaena to deal with their heirs. She reached a settlement with the heirs of one of the sisters, Dionysia, but the heirs of Nemesilla employed delaying tactics instead, and it is to three of these heirs that the extant summons is addressed.

We do not know when Sarapiaena went to court for the first time. The initial case against her two sisters was already running late when, apparently in 349, she applied to Strategius, *praeses* of the Thebaid, for an extension of the time limits; this extension is quoted in the summons of 368, in the original Latin as well as in Greek (¹⁶¹). It was adduced to support a request that the governor take special steps to remedy the procedural problems, and Flavius Heraclius' favorable decision is quoted as well. With her right to proceed thus established, Sarapiaena's summons continued with the details:

For Paxamus, who was the father of Sarapiaena and Dionysia and Heliodora and Theonina and Nemesilla, left a

160) *P. Lips.* 33 = *FIRA* III. 175 (A.D. 368, Hermopolis).

161) The date of Strategius' governorship is given by *P. Amh.* II. 140; see *PLRE* I (1971), 858.

will in which he ordered Nemesilla and Dionysia to be content with their dowries, and that the other three daughters were to have the inheritance. But since Nemesilla and Dionysia, being older, had begun to take possession, I brought suit against them. And in fact the heirs of Dionysia made a compromise with me, but you and Socraton, the children of Nemesilla, employing unfair delays never returned the things to me. And so for a long time I have been bringing suit within the required time, but since you used pretexts again it seemed that the suit was without a beginning. Wherefore I denounce the case to you about the things written below, vindicating a third part as being undivided, so that you for your part may be condemned according to the sacred law; for in good time I showed the magnanimity of my lord the prefect that Socraton has been found living at Alexandria. Therefore publishing both the title respecting the third part of my paternal inheritance by testament, and the action *extra ordinem cognitio*, I ask that the formal subscription be given me and the case be held on the legal day. (Δηλῶν τίτλον μὲν ἐπὶ τὸ τρίτον ἀπὸ βουλήσεως ἐγγράφου πατρῶας, ἀγωγὴν δὲ τὴν ἔξτρα ὄρδινεμ κοιτιόνεμ, ἀξιῶ ἐκδοθῆναί μοι τὴν συνήθη ὑποσημίωσιν καὶ κατὰ κυρίαν πραχθῆναι τὴν δίκην). And this is the affair, translated from the Latin....

The text breaks off at this point; perhaps what followed was the original and official version of the summons issued by the governor. For our purposes what matters is that the *extra ordinem cognitio* was clearly an established procedure. But it is

also important to note that it was still, in 368, a procedure of last resort: the governor was willing to abandon the rules of the regular procedure and impose his own authority in settling the matter, but only because the ordinary procedures had failed.

The case of Sarapiaena provides important confirmation of the statement made explicitly by the Byzantine lawyers that there had been fundamental changes in the Roman legal procedure. These changes were more dramatic than a mere shift in the principles of civil litigation. The traditional Roman legal procedures, criminal as well as civil, came to be replaced by procedures which were genuinely special: when the ordinary rules proved inadequate they were replaced by extraordinary measures, whether because the prescribed penalties seemed too mild or because, as here, the normal procedures failed to work. The significant fact, from a historical point of view, is that these inadequacies and these failures were clearly becoming more and more common; by the time of Justinian they were the rule rather than the exception.

V. Conclusion

If the foregoing arguments are right, it remains necessary to explain in more detail the change from the traditional Republican procedures to *cognitiones*, and the rise of *cognitiones* deemed to be *extraordinariae*. The objective of this paper is primarily to question the categories normally used in the modern scholarship. Formula, edict and *iudex* were not exclusive to the traditional procedures used by Roman citizens of the Republic, and neither

cognitio nor *extra ordinem* designate a new imperial system that replaced them. What did happen was that officials increasingly came to use *cognitiones* instead of the traditional procedures, that some of these *cognitiones* – particularly in criminal matters – were conducted according to a special set of rules (*extra ordinem*), and that these special *cognitiones* came to be so common that they became the normal form of litigation ⁽¹⁶²⁾.

162) This paper was written during tenure of a fellowship in Byzantine Studies at Dumbarton Oaks in Washington, D.C., and I am extremely grateful to the staff for their help and support. I am also very grateful for helpful comments from Marie Theres FÖGEN, David JOHNSTON, and Ranon KATZOFF, none of whom should be taken as endorsing views put forth here.

TROISIÈME PARTIE

CHRONIQUES

Chronique de la 53 ^{ème} session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité à Exeter	577
Il bando del Quinto Premio Boulvert	597

**Chronique de la 53^{ème} session de la Société
Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire
des Droits de l'Antiquité à Exeter du 19 au 24
septembre 1999**
Jean-Francois Gerkens

C'est à l'invitation de David Pugsley que la 53^{ème} session de la SIHDA s'est réunie à Exeter, dans le Devon, au sud-ouest de l'Angleterre.

Les premiers congressistes étaient attendus le dimanche soir (19 septembre). Dès le lendemain matin, ceux qui avaient choisi de loger dans les chambres fournies par l'Université d'Exeter étaient invités à partager un petit-déjeuner typiquement britannique: Bacon and eggs, beans, sausages...

La journée du lundi 20 septembre était réservée à une première découverte de la ville d'Exeter. C'est ainsi qu'une visite guidée des enceintes de la ville romaine nous a été offerte l'avant-midi. Pour le lunch, David Pugsley nous a emmenés au "Nobody's Inn", un pub situé dans la campagne avoisinante d'Exeter. Notre hôte nous a suggéré de goûter aux spécialités du lieu, le cidre et un plateau de fromages très varié. Le conseil a été suivi par la majorité des congressistes et ils n'ont pas eu à le regretter. L'après-midi devait permettre une visite de la ville et en particulier de sa très belle cathédrale, avant de se retrouver pour un "buffet supper" dans la superbe bibliothèque d'un club privé.

Le programme scientifique de la 53^{ème} session de la SIHDA commença le lendemain, mardi 21 septembre dans le "Great Hall" de l'Université. David Pugsley, Président de la session adressa des mots de bienvenue aux congressistes, en regrettant l'absence — pour raisons de santé — de Jacques-Henri Michel et de Hans Ankum. Il est décidé de leur faire parvenir un télégramme de prompt rétablissement. D'autres paroles de bienvenue sont ensuite prononcées par le Mayor of Exeter, le Chairman of the Devon County Council ainsi que par le Doyen de la Faculté.

La première communication fut celle de Wolfgang Wagner⁽¹⁾ (Francfort/Main). Après la pause-café et sous la présidence de Félix Wubbe (Fribourg) il y eut encore trois communications : Mirjana Polenak-Acimovska (Skopje), Jill

1) Pour le résumé des communications mentionnées ici, v. infra p. 580.

Harries (St Andrews) et José Domingo Rodriguez Martin (Madrid). Félix Wubbe rappela, à l'occasion de sa présidence, que selon la volonté de Fernand de Visscher, la langue officielle des rencontres de la SIHDA est le français. La diminution du nombre de francophones aurait cependant fait admettre au fondateur de notre société que d'autres langues véhiculaires soient également utilisées dans le cadre de nos rencontres.

Après le lunch, les travaux ont repris dans le " Moot Room " de l'Amory Building — sous la présidence de Jill Harries (St Andrews) — avec J. Michael Rainer (Salzbourg) et Olga Tellegen Couperus (Utrecht). Après la pause-café et sous la présidence de Luigi Capogrossi Colognesi (Rome), nous avons encore écouté Biljana Netkova (Skopje).

En fin de journée, les congressistes ont été reçus au Powderham Castle, résidence de l'Earl of Devon. Roseraie en fleur, jardins anglais parcourus par un troupeau de cervidés, coucher de soleil sur l'embouchure de l'Exe et champagne... tel était le somptueux menu de l'apéritif. Ensuite, nous avons enchaîné avec une visite guidée du château et de ses passages secrets, et avec un excellent repas dans la salle de musique du château.

Les réunions de travail ont repris le lendemain, mercredi 22 septembre. Le matin, quatre communications ont été présentées sous la présidence d'Olivia Robinson (Glasgow). Il y eut : Dominique Gaurier (Nantes), Julian Hofman (Le Cap), Philippus Johann Thomas (Pretoria), Benet Salway et Simon Corcoran (Londres). Après la pause-café, Fritz Sturm (Lausanne) a présidé une session de travail pendant laquelle ont parlé : Joachim Hengstl (Marbourg), Shigeo Nishimura (Fukuoka) et Dmitry Dozhdev (Moscou).

L'après-midi, les communications ont été réparties en deux sessions parallèles. Sous la présidence de Janos Zlinsky (Budapest) : Christian Koch (Speyer), Katrin Schmidt (Vienne) et Martin Avenarius (Göttingen). Sous la présidence de Mario Talamanca (Rome) : Annette Ruelle (Bruxelles), Pascal Pichonnaz (Fribourg) et Raf Verstegen (Louvain).

Après la pause-café, les travaux ont à nouveau repris en deux sessions parallèles. Sous la présidence de J. Michaël Rainer (Salzbourg) : Georg Klingenberg (Linz), Elena Quintana Orive (Madrid) et Eric H. Pool (Amsterdam). Sous la présidence de Eltjo J.H. Schrage (Amsterdam) : Ernest Metzger (Aberdeen), Nikolaus Benke (Vienne) et Ryuichi Tsuno (Tokyo).

Le soir, les congressistes ont été reçus par le maire à l'Hôtel de Ville, puis au Royal Albert Museum où, après un exposé sur

les origines romaines de la ville d'Exeter, un buffet leur a été offert.

La journée du jeudi 23 septembre a été réservée à une excursion en autocar dans les villes de Bath et Wells. À Bath, les invités de David Pugsley ont pu visiter les fantastiques thermes romains. À Wells, ils ont été sous le charme de la splendide cathédrale et des jardins de l'évêché. La journée s'est terminée par une réception du maire à l'Hôtel de ville de Wells, suivie d'un souper.

La dernière séance de travail a eu lieu le vendredi 24 septembre. Sous la présidence d'Obrad Stanojevic (Belgrade), ont été présentées les communications de Nikolai Semiderkin (Moscou), Andrew Lewis (Londres), Olivia Robinson (Glasgow) et Eltjo J.H. Schrage (Amsterdam) .

L'assemblée générale de la SIHDA a été tenue après la pause-café. David Pugsley y a remercié Victoria MacKenzie, secrétaire très efficace de la session, et les présidents de séance pour la bonne discipline qu'ils ont pu faire régner lors des différentes séances de travail. Les retards et les débordements sont en effet restés l'exception. David Pugsley a alors cédé la parole à Ozcan Karadeniz-Celebican, qui a invité les membres de la Société Fernand de Visscher à tenir leur 54^{ème} Session à Antalya, en Turquie.

Tammo Wallinga s'est ensuite fait le porte-parole de Laurens Winkel, qui propose de tenir la 55^{ème} Session de la SIHDA à Rotterdam, aux Pays-Bas, sur le sujet du droit commercial dans l'Antiquité.

L'assemblée a accepté les deux invitations avec enthousiasme avant de se rendre au Devonshire House, où l'attendait le banquet final.

Résumés des communications présentées

(Les auteurs sont repris dans l'ordre alphabétique)

Martin Avenarius

Omnia caduca fisco vindicantur : Ulp.ep.17.2 à la lumière des règles de la caducité.

Le texte des *Tituli ex corpore Ulpiani* datent à peu près de 180 après J.-C. Cet ouvrage de praticien — qui n'a rien à voir avec Ulprien — n'a pas subi de changement déterminant pendant la période postclassique. Cette thèse ne peut être démontrée que par la voie d'un examen dogmatique de l'ensemble du texte.

Ainsi, on peut montrer que les mots : “ *constitutio imperatoris Antonini* ” au Tit.17.2, renvoient à une constitution impériale de Marc Aurèle. Il y est décidé que désormais, les successions échéant à l'État — c'est-à-dire les *vacantia*, mais aussi les *caduca* au sens plus restreint — reviendront exclusivement au *fiscus* et non plus à l'*aerarium*.

Les contradictions entre le Tit.17.2 et le Tit.28.7, qui attribue certaines successions au *populus* — et donc à l'*aerarium* — en vertu de la *lex Iulia caducaria*, ainsi que l'évocation de la *vindicatio caducorum* des *patres* (Tit.1.21 ; 19.17 ; 25.17) sont attribuables à la méthode de travail “ mécanique ” du rédacteur. Les divergences ne concernent que le droit matériel ; on ne note, en revanche, aucune contradiction du point de vue de l'application du droit.

Nikolaus Benke

Some remarks on gender constructions in Roman legal discourse.

S.J.J. Corcoran et R.W.B. Salway

Le “ projet Volterra ”. Une approche moderne des codifications anciennes.

C'est en mémoire de l'éminent romaniste qu'était Edoardo Volterra, que l'Académie britannique a initié le projet du même nom, en 1995. Une équipe de l' “ University College of London ” s'est attelée à la tâche de collationner dans une base de données informatique, la législation impériale allant de la période des Sévères à celle de Théodose. Cette législation est envisagée de la manière la plus complète possible et dans sa forme originale (y

compris les *ipsissima verba*), et cela peu importe la source par laquelle elle nous est connue, qu'elle soit épigraphique, papyrologique, juridique ou littéraire. Chaque texte est accompagné d'une notice critique, reprenant l'auteur, le destinataire, le contexte, la datation, etc., ainsi qu'une bibliographie historique et juridique.

La flexibilité du support informatique permet à l'utilisateur de consulter la base de données tant selon la disposition des codifications anciennes que des rédactions modernes, mais aussi d'interroger et de réorganiser les données en fonction d'autres critères (chronologie, lieu de publication, etc.).

Les auteurs du projet Volterra espèrent le mener à bien avant 2004. D'ici-là, toute question concernant ce projet peut être adressée par e-mail à l'adresse suivante : volterra@ucl.ac.uk

La source principale pour les auteurs du projet réside dans le Code Théodosien. Ils ont dès lors décidé d'en rendre le texte accessible sur Internet, par la voie d'une publication en-ligne (<http://www.ucl.ac.uk/history/volterra>), en se fondant sur l'édition Mommsen-Meyer. Dès à présent, on peut y trouver les livres I à VIII.

Dimitri Dozhdev

La constitutio Rutiliana dans Fr.Vat.1.

La constitutio Rutiliana, sur base de laquelle Julien admettait l'usucapion des *res Mancipi* aliénées par une femme en l'absence de tuteur, semble avoir été ignorée par la doctrine, qui va jusqu'à douter de l'existence même de cette constitution. La reconnaissance d'un titre valide à l'acquéreur (v. Paul., D.41.4.2.1 : "*pro emptore possidet, licet usu non capiat*") par Proculus et Celse se fondait sur leur compréhension de l'obligation qu'a le vendeur, de transférer la possession (v. Cels., D.12.4.16), acte que la femme était de toute façon apte à réaliser. Bien sûr, l'interdiction expresse de la loi (Gai.2.47 ; 80) qui requérait l'*auctoritas* du tuteur empêchait l'usucapion. L'opinion de Rutilius, à laquelle Julien se réfère en exagérant le rôle joué par le paiement du prix (pour assurer la *bonae fidei possessio* de l'acheteur, par opposition à la *lucri faciendi causa* : v. Jul., D.41.3.33.1) doit être comprise comme établissant un lien fonctionnel entre le paiement du prix et l'*auctoritas* en tant que condition pour pouvoir usucaper ("*usus auctoritas*" au sens des *veteres*). En acceptant le prix, le vendeur manifestait son consentement au transfert de propriété, et assurait donc la position juridique du *mancipio accipiens* (*auctoritas* dans son acception

originale). Le fait que la *constitutio Rutiliana* ne fasse pas référence au cas de l'acquisition par une femme, et en particulier, à l'*auctoritas* du tuteur permet de comprendre pourquoi les juristes antérieurs à Julien n'en parlaient pas.

Dominique Gaurier

La codification en Chine ancienne, au cœur des enjeux sociaux et des préoccupations de pouvoir.

La tradition fait remonter les efforts de codification en Chine préimpériale au VI^e siècle avant notre ère. Mais le débat autour de l'opportunité d'un code législatif intervenait dans une période historique qui voyait s'exacerber des troubles sociaux et des revendications portées par des catégories sociales nouvelles. Il devait rejaillir au sein des écoles de philosophie politique qui, beaucoup plus que de droit en tant que tel, discutaient entre elles des systèmes de gouvernement à leurs yeux les plus aptes à répondre à un modèle de bon gouvernement.

De fait, les premiers codes qui ont été proposés ont de plus en plus montré l'influence croissante d'une catégorie sociale liée au commerce, soucieuse de tenir une comptabilité des actions humaines, soucieuse de leur affecter un tarif mesurable pour les sanctionner. Les marchands devaient ainsi orienter le débat autour des codes vers un positivisme juridique, soucieux d'efficacité et de sécurité, concourant à développer une forme de "mercantilisme juridique". Ils entraient alors en conflit ouvert avec les vieilles familles aristocratiques, plus soucieuses du maintien des traditions et, partant, de leurs privilèges.

Au-delà de ces différences d'approche, ce furent bien des conceptions politiques, s'intéressant avant tout aux formes du pouvoir, qui s'opposèrent : d'une part, le code moral qui avait prévalu dans les temps reculés semblait inéluctablement s'effondrer, conduisant à une réaction des clans aristocratiques qui perdaient leur rôle social dominant ; d'autre part, les catégories sociales montantes faisaient prévaloir une technique, rejetant les vérités immuables ou cachées pour privilégier l'observation des accidents de la matière dans la chaîne du temps, autorisant ainsi une forme de pronostic. Ce débat de philosophie politique partagea de multiples courants de pensée, dont trois principaux, avec le pôle "conservateur" tenu par les Confucéens, un pôle mystique typiquement chinois avec les Taoïstes, et un pôle réaliste qui empruntait à divers courants, favorisant un pouvoir fort au centre et une totale visibilité des actes humains, tous étant calibrés très exactement selon leurs mérites ou leurs défauts.

Dans tout cela, un grand absent : le débat n'a jamais porté sur le droit en tant que tel dont il a toujours semblé qu'il ne pouvait s'appréhender, au sein des codes, que sous sa forme pénale et répressive. Ceci est resté une constante du droit des codes jusqu'à la dernière dynastie des Qing : les codes dynastiques sont uniquement des codes pénaux, ustensiles au service du pouvoir. Le droit comme tel, en tant que moyen de régulation des rapports sociaux, échappe au pouvoir, dépend des instances de médiation sociale dont le rôle est de préserver l'harmonie en permettant que chacun accomplisse ses devoirs selon la place qu'il tient dans la société.

Jill Harries

Le Code d'Euric : un code particulier.

Le code qui nous parvenu de manière fragmentaire et sous le nom de Code d'Euric, roi des Wisigoths de 466 à 485, est inhabituel si on l'observe en tenant compte uniquement des habitudes romaines en matière de codification des lois. Cependant, cette bizarrerie disparaît si l'on veut bien tenir compte des événements qui se sont déroulés en Gaule pendant la seconde moitié du V^{ème} siècle.

Hengstl

Sur le chemin de la codification.

La question de la codification dans l'Antiquité extraromaine a fait l'objet de diverses études approfondies au cours des dernières décennies. Leur examen montre que ce n'est qu'à partir des Polis grecques que l'on ne peut parler de codification juridique, si l'on excepte le cas de la Thora, en tant que droit divin. Pour le reste, il est impossible d'établir l'existence d'une législation dépassant le décret royal tant pour les droits cunéiformes (par ex. : Hammurapi) que pour l'Égypte pharaonique (par ex. : Bokchoris) ou que pour le royaume Achéménide (Darius I^{er}) ; les indispensables fondements historico-religieux sur lesquels repose ce type de codification font d'ailleurs également défaut.

Ces études ont, en particulier, permis de mettre encore mieux en évidence la composition et le but extra-juridique poursuivi par le Code d'Hammurapi, de même que les influences de l'Orient ancien sur la naissance de la Thora. L'influence orientale est également indéniable dans le cadre de l'apparition des législations grecques. Mais dans ces cas-là, il ne s'agit cependant jamais de la réception de règles juridiques.

Julian Hofman

La codification en droit canon occidental.

D'après une définition restrictive de la codification donnée par Hans Ankum, lors d'une conférence en Afrique du Sud, seules les codifications des deux derniers siècles sont susceptibles de rentrer dans cette catégorie. Julian Hofman défend une vision plus large de la codification. Une compilation peut également être considérée comme une codification. En ce sens, le *Decretum Gratiani* est un code, même s'il n'est pas systématique, s'il n'est pas complet et s'il n'est pas dépourvu d'erreurs...

Georg Klingenberg

“ Constitutum est ” dans D.47.2.14.4.

Celui qui a commis un *furtum* sur une chose, ne peut pas intenter l'*actio furti* si cette même chose lui est dérobée. Cette règle est exposée par Julien (D.47.2.14.4) comme étant un principe général (*“ in omnium furum persona constitutum est ”*). Pomponius (D.47.2.77.1) expose les développements de cette règle: Mucius la justifiait par l'absence d'intérêt du voleur, Servius admettait une exception : le cas où aucun *dominus* ne se faisait connaître. En droit classique, l'intérêt du voleur — qui apparaissait en vertu de la *condictio furtiva* dirigée contre lui — n'était plus mis en cause ; l'*actio furti* lui était refusée pour défaut d'*honesta causa*.

Certaines décisions suivent clairement ces principes. Ainsi, l'action *furti* est refusée au dépositaire qui a commis une *contractatio* sur la chose, et doit dès lors supporter le *periculum* (Ulp.-Iul., D.47.2.14.4). On trouve une restriction semblable vis-à-vis du *nauta* chez Paul (D.4.9.4 : *“ nisi si ipse subripiat et postea ab alio subripiatur ”*).

On trouve, en revanche, une solution divergente dans Paul.Sent.2.31.19. Le débiteur y dérobe le *pignus* au créancier et se le fait voler par la suite. Dans ce cas, le débiteur et propriétaire se voit accorder une action *furti* contre le second voleur, malgré son *furtum possessionis*. De manière semblable, Ulpien (D.47.2.48.4) — qui est conscient de la divergence par rapport à la solution de principe — accorde l'action *furti* au *fullo* pour un vol subi à propos d'une chose à propos de laquelle il devait lui-même être considéré comme *fur*, en raison d'une sous-location interdite (*“ ita erit casus, quo fur furti agere possit ”*).

Si l'usage de l'expression *“ constitutum est ”* chez les juristes classiques renvoie généralement au droit impérial, il est également vrai que dans certains cas, les termes

“ *constituere* ” et “ *constitutio (iuris civilis)* ” désignent la création du droit par les juriconsultes. C’est dans ce sens qu’il faut comprendre “ *constitutum est* ” dans D.47.2.14.4, vu qu’il est impensable que des juriconsultes revêtant des fonctions élevées dans la bureaucratie impériale, aient sciemment privilégié une solution allant à l’encontre d’une constitution impériale. Si, en revanche, on y voit l’expression d’un droit des juristes, alors les exceptions — comme pour n’importe quel principe — deviennent tout à fait possibles.

Christian Koch

Le serment d’entrée en charge à Athènes en tant qu’élément d’une constitution écrite de la Polis et foyer du changement constitutionnel.

Le serment d’entrée en fonction des membres de la Boulè athénienne nous est parvenu de manière assez complète. À côté de celui des Hélistes, c’est d’ailleurs un des serments les plus complets dont nous disposons pour Athènes et même pour toute l’Antiquité grecque.

Les indications sur le contenu du serment des Bouleutes sont disparates. À côté des clauses générales (qui, en partie concernent le comportement général, en partie reposent sur des standards de comportement pour la fonction) on trouve des clauses — citées dans des décisions du peuple ou reformulée à cet endroit — qui donnent des directives déterminées dans des cas concrets. Le contenu probable du serment de la Boulè est systématisable : en particulier les clauses établissant ou limitant une compétence et les clauses qui font référence à une fonction concrète de la Boulè en matière de décisions administratives et de procédure judiciaire.

La décision du peuple concernant les compétences de la Boulè de 409/8 avant J.-C. pourrait avoir eu pour but de réviser le serment des Bouleutes de manière fondamentale. Cette évolution pourrait être une réaction au grand nombre d’ajouts insérés dans le texte du serment, et qui en auraient fait un méli-mélo de tâches raisonnablement actualisables et d’obligations ponctuelles devenues caduques.

Un motif essentiel justifiant les ajouts ponctuels et des restrictions politiques du serment pourrait avoir été la volonté de déplacer l’équilibre institutionnel qu’il y avait entre la Boulè et l’Ecclesia en faveur de cette dernière.

Andrew D.E. Lewis*Advocatio*

En 53 avant J.-C., Cicéron écrit à Trebatius, alors en Gaule avec César :

Nisi ante Roma profectus esses, nunc eam certe relinqueres. Quis enim tot interregnis iure consultum desiderat? Ego omnibus unde petitur hoc consili dederim, ut a singulis interregibus binas advocaciones postulent.

Dans pareil cas, “*Advocatio*” désigne le report des poursuites. En l’absence de magistrats réguliers, dont l’élection en 54 avait été empêchée, les *interreges*, qui étaient en charge pendant 5 jours chacun, avaient certains pouvoirs en matière juridique. Mais tout le monde, même Cicéron, pouvait voir ce qu’il y avait à faire : Demander deux reports à chaque *interrex* et la cause ne sera pas jugée.

Il s’ensuit que dans le cadre d’une procédure normale devant le préteur, une partie pouvait obtenir un report en demandant une *advocatio*. Ulpien (D.4.6.23.4) montre que pendant le délai de report, l’usucapion peut intervenir, privant ainsi le demandeur d’un droit légitime. L’*advocatio* intervient donc avant la *litis contestatio*.

L’examen du texte de Cicéron montre que l’*advocatio* dure soit 3, soit 4 jours, qu’elle interrompt la procédure devant le préteur, et qu’elle ne peut habituellement être demandée que deux fois. Un passage de Sénèque (Controv.3, pref.17) semble refléter l’effet de ces règles. La relation avec l’*intertium*, qui dure deux jours, est incertaine.

Ernest Metzger*“Ladungsvadimonium” pendant la République.*

Il est généralement admis que, vers la fin de l’époque républicaine, les poursuites judiciaires étaient entamées par “*Ladungsvadimonium*”, c’est-à-dire une promesse de comparaître volontairement, faite par le défendeur. Pourtant, dans de nombreux textes de la période concernée, la présence des “*ladungsvadimonia*” est déduite d’un argument tiré du silence du texte : Si une source ne mentionne pas l’*in ius vocatio* lorsqu’elle décrit les poursuites, il est admis que ces poursuites ont été entamées par un “*ladungsvadimonium*”, considérant que ces *ladungsvadimonia* étaient utilisés à la place des *in ius vocaciones*. De nouvelles sources épigraphiques démontrent cependant que le “*ladungsvadimonium*” n’était pas utilisé à la place de l’*in ius vocatio*, mais que les deux pratiques étaient

utilisées ensembles. L'argument tiré du silence est donc une erreur et une bonne partie des preuves en faveur du "ladungsvadimonium" à l'époque républicaine disparaît également.

Textes : Cic., *pro Quinctio* 5.22 ; 19.61 et *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* 1-15.

Shigeo Nishimura

Iterum non poni - le lien entre le Code et le Digeste à propos de l'in integrum restitutio en raison de la minorité.

La règle juridique applicable dans l'hypothèse exposée dans le fragment D.4.4.32 (un mineur se fait passer pour majeur) n'est pas mentionnée dans le Digeste, mais bien dans le Code de Justinien (C.2.42). Dans l'hypothèse où cette règle était déjà avérée dès l'époque post-classique, il est imaginable que la commission de Tribonien ait scrupuleusement respecté la consigne de rédaction "iterum non poni" (*Deo Auctore* 9) à cet endroit.

Pascal Pichonnaz

L'interdiction de compenser dans le dépôt.

La compensation des créances en matière de contrat de dépôt a été interdite par Justinien (C.4.34.11pr. et C.4.31.14.1 *i.f.*). Dans certains cas, les législations modernes ont repris l'interdiction justinienne en l'élargissant au prêt ou au dépôt irrégulier, dans d'autres, elles l'ont supprimée complètement au profit d'une règle plus générale. Pour Justinien, ce n'est pas l'absence d'identité des genres qui s'oppose à la compensation des créances réciproques, mais bien l'équité qui impose au dépositaire une restitution immédiate. C'est la même idée qui permet à Balde et à Bartole d'appliquer la règle "spoliatus ante omnia restituendus" du droit canon au dépositaire pour justifier l'interdiction de compenser. Avec la perte de l'idée d'une nature particulière du contrat de dépôt en droit moderne, l'interdiction de compenser paraît avoir perdu sa justification ; elle a d'ailleurs déjà disparu en droit allemand et en droit néerlandais.

Mirjana Polenak Akimovska

Quelques observations sur la propriété dans la loi des XII Tables.

La loi des XII Tables est un acte significatif, marquant le début d'une nouvelle phase dans le développement du droit romain. L'analyse des dispositions de la loi des XII Tables (5.3 ;

5.4) permet de conclure que dans cette loi, la notion de droit de propriété n'est pas transcrite en droit. Des siècles devront s'écouler et un travail considérable devra être fourni par de nombreux hommes de loi et de penseurs pour que naisse l'institution juridique du droit de propriété en tant que telle. S'il est vrai que c'est à l'époque de la loi des XII Tables que la propriété collective est remplacée par la propriété privée, les Romains n'en connaissaient pas pour autant la notion de propriété privée.

Éric H. Pool

Morte Cincia removetur? Réfutation d'une règle pseudo-juridique (Fr. Vat. 259, 266, 294).

Il est généralement admis que l'exception tirée de la *lex Cincia* n'est pas ouverte aux héritiers. Pourtant, dans FVat.266, Ulpien écrit le contraire. Ce qui compte, en réalité, c'est le changement d'avis du donateur, pas le fait qu'il soit décédé. Il est donc essentiel que l'héritier prouve ce changement d'avis et "*Morte Cincia removetur*" n'est donc pas une règle romaine.

Biljana Popovska Netkova

Les Nouvelles 11 et 131 de Justinien et leur tradition en Macédoine.

Par le fait qu'elles établissent une nouvelle église et un nouveau centre du point de vue politico-administratif et stratégique dans la préfecture illyrienne de l'Empire au VI^{ème} siècle, les Nouvelles 11 et 131 suscitent encore le débat aujourd'hui. Trois points fondamentaux sont particulièrement intrigants : la localisation de la ville Justiniana Prima, le rôle et le sens de l'archevêché de Justiniana Prima au VI^{ème} siècle et l'utilisation des Nouvelles de Justinien comme fondement juridique pour la création, les privilèges et les traditions des organisations ecclésiastiques qui sont apparues plus tard dans les Balkans. En ce qui concerne cette utilisation des Nouvelles de Justinien, territoire et traditions de l'archevêché de Justinien et l'archevêché médiéval d'Ohrid (Ville située dans l'actuelle Macédoine) sont liés et font de ces Nouvelles une étape importante de l'histoire juridique de la Macédoine.

Elena Quintana Orive

Observations à propos du dépôt de la chose due en cas de mora creditoris.

La règle républicaine, d'après laquelle le débiteur est libéré par l'abandon de la chose due lorsque le créancier est en demeure, est remplacée à l'époque classique par la responsabilité pour dol et un devoir de conservation de la chose dans le chef du débiteur.

La doctrine est unanime pour réfuter l'existence, en droit préclassique, d'un dépôt libérant le débiteur de son obligation. Le rôle que le dépôt a pu avoir à l'époque classique a cependant été discuté par la doctrine romanistique (De Ruggiero, Solazzi). Il est donc intéressant d'examiner le rôle du dépôt comme moyen de libération dans les textes classiques, en reprenant les opinions de la doctrine plus récente en la matière (Nitschke, Riccobono Jr., Vigneron...) et de voir le changement qu'a connu cette institution à l'époque des empereurs Dioclétien et Justinien.

J. Michaël Rainer

L'idée romaine de codification.

C.A. Cannata a écrit qu'un passage de Suétone (*Caes.*44.2) semble indiquer que César aurait été tenté de codifier le droit romain, mais qu'il se serait heurté à une résistance de la part des juristes, et en particulier à Labéon.

Des arguments exégétiques et de fond semblent cependant indiquer que ni César, ni Auguste n'ont songé à faire une codification.

Olivia F. Robinson

Le iudex qui litem suam fecerit expliqué.

On explique généralement que le *iudex* n'est pas responsable *ex maleficio*. Il ne peut dès lors agir de manière corrompue ou partielle, vu qu'il s'agirait clairement d'une infraction et probablement d'un crime. Il ne pouvait pas être tenu pour responsable d'une erreur de droit dans ses jugements, vu qu'il n'y avait aucun moyen permettant de prouver cela dans le cadre de la procédure formulaire.

Néanmoins, le *iudex* a agi *quasi ex maleficio*; il a fait quelque chose d'irrégulier, par imprudence comme disent certains textes. Une erreur procédurale apparaîtra sur la couverture du dossier et il ne sera pas nécessaire de recourir à une nouvelle audition de l'issue du procès. Cela explique pourquoi Alfenus Varus pouvait accepter que l'on en fasse la preuve le jour même (Alf., D.42.1.62: *Cum quaerebatur iudex si perperam iudicasset an posset eodem die iterum iudicare, respondit non posse*).

La mesure du dommage est fixée en équité. Il pouvait varier d'un montant lié à l'affaire principale, à une petite demande

destinée à couvrir les dépens. Le sens de “ *litem suam facere* ” est : agir seul, sans l’autorité du prêteur (ou du gouverneur provincial).

Les difficultés rencontrées par les romanistes à propos de ce quasi-délit sont en partie dues à la classification trompeuse de Justinien, et en partie à une mauvaise appréciation du fossé séparant la juridiction formulaire et la juridiction du temps de Justinien.

José-Domingo Rodríguez Martín

Un manuel pour la codification d’Alaric.

La compilation de Justinien est devenue, pour les historiens du droit, un modèle : la “ codification parfaite ” devrait se composer toujours de *leges*, *iura* et *institutiones*. Et c’est d’après ce modèle qu’on a jugé les tentatives de codification précédentes, peut-être inconsciemment, en les considérant “ complètes ” ou “ incomplètes ”. En réalité, quand on a comparé la structure du *Corpus Iuris* avec celle de l’autre grande codification antérieure, la *Lex Romana Wisigothorum*, on a constaté que cette dernière comprend *leges* et *iura*, mais qu’il lui manque le troisième élément : un livre d’*institutiones*.

On a essayé de montrer que l’*Epitome Gai* pouvait jouer le rôle de livre d’institutes manquant au *Breviarium*. Il apparaît cependant admis aujourd’hui que cet ouvrage avait été incorporé à la *Lex* en tant que *ius*, et non en tant qu’*institutiones*.

Il semble donc que la *Lex Romana Wisigothorum* n’ait pas cherché à adopter une structure tripartite, semblable à celle que Justinien donnera plus tard au *Corpus Iuris Civilis*. Du temps d’Alaric, les Institutes de Gaius constituaient encore le manuel de référence et il ne semble pas que cela ait été remis en cause par le Bréviaire d’Alaric.

Annette Ruelle

Occentare, flagitium, convicium, ou les avatars de l’outrage.

Le *convicium* est au cœur de la discussion, en doctrine, sur le crime decemviral qui consiste, selon Cicéron/Augustin, à *occentare sive carmen condere* (Cic., *Rep.* 4, 10, 12). Festus affirme, en effet, que les anciens, pour *convicium facere*, disaient *occentassint* (p. 190 L). Quelle est la valeur de cette glose ? Quelle est sa puissance de sens pour une meilleure intelligence de l’*occentatio*, voire, même, pour une compréhension de la manière dont la problématique de l’*iniuria* s’est cristallisée à l’aube de

l'âge classique, cristallisation dont Labéon se fit un promoteur en nommant *convicium*, précisément, la catégorie générique de l'*iniuria verbis*, qu'il oppose à l'*iniuria re* (D. 47, 10, 1 [1-2]) ? Tel est l'enjeu d'un approfondissement de la notion de *convicium*. Or, celui-ci passe par l'analyse du champ sémantique de ce terme, non seulement dans la langue juridique (édit *de convicio*, Labéon, Gaius, Ulpian, Paul et les empereurs), mais aussi littéraire (Plaute, Cicéron, Ovide, Sénèque, Martial...)

Katrin Schmidt

La paix d'Antalcidas et l'idée d'une koinè eirènè, un mouvement de paix panhellénique.

“ Avons-nous besoin d'une superpuissance ? ”. Par cette question, le professeur Zlinszky introduisait la discussion qui suit. Cette problématique d'apparence moderne était déjà d'actualité dans l'Antiquité. La paix d'Antalcidas (386 avant J.-C.) entre les Perses et tous les Grecs — le premier traité de paix multilatéral de l'histoire — marque le début de l'idée panhellénique de la *koinè eirènè*. À côté de la juridicisation de l'autonomie des cités grecques, c'est la paix (a peaceful readjustment) qui constitue l'objectif premier. Le traité de paix de 386 devait servir de base et de mesure pour les rapports inter-étatiques futurs.

Cette association de nombreuses cités individuelles fait inévitablement penser à la situation de l'actuelle Union européenne. Même si ce type de comparaison suppose une prudence extrême, les ressemblances avec le droit européen et le droit international public actuel sont indéniables. La fédération de la *koinè eirènè* a finalement échoué en raison de l'inexistence d'une autorité supranationale capable de maintenir la stabilité lorsque l'un de ses membres commettait un écart volontaire. Le concept de base de *koinè eirènè* correspond néanmoins à l'idéal actuel. Bien que ce type d'Institutions existe dans le droit international public actuel, il semble que la question d'une “ marche à suivre ” généralement acceptée en matière de règlement des conflits — et la guerre du Kosovo en est une nouvelle confirmation — ne soit toujours pas résolue. Il reste donc à espérer que la nouvelle construction européenne trouvera plus rapidement — avec l'aide des instruments du droit international public moderne — le moyen de devenir une telle autorité supranationale distincte.

Eltjo J.H. Schrage

“ Negligence ” en histoire du droit comparé.

En Common Law, la “ Negligence ” est un “ Tort ” autonome depuis 1932. En Civil Law, c’est une mesure permettant de réagir à un acte irrégulier. Ce concept pose de gros problèmes terminologiques. En Common Law, la “ Negligence ” s’est développée après le XVII^{ème} siècle, alors que celle-ci était encore intégrée dans l’ “ Action of trespass ” et dans l’ “ Action on the case ”. Sur le continent, l’évolution s’est faite au départ de l’*actio legis Aquiliae* et de l’*actio iniuriarum*. Dans les deux cas, on peut constater une tendance vers la généralisation de ces concepts originaires limités. Afin de réaliser une telle généralisation les juristes ont dû affronter bon nombre d’obstacles au cours des derniers siècles.

Nikolai Semiderkin

Les décisions de Pierre le Grand visant à se défaire de la tradition byzantine en droit familial russe.

D’après une loi du 3 avril 1702, les fiancés n’étaient pas contraints de se marier après les fiançailles, si la fiancée était laide, triste et en mauvaise santé. Cela indique que la volonté des enfants devait prévaloir sur celle des parents.

Une loi du 23 mars 1714 fixe l’âge de la nubilité à 20 ans pour les hommes et à 17 ans pour les femmes. Cette loi s’adressait aux seuls nobles, mais l’Église orthodoxe a rejeté cette règle, en raison de sa contradiction avec le droit byzantin.

Enfin Pierre le Grand veillait à l’instruction de la noblesse et c’est ainsi que par une loi du 6 avril 1722, il interdit le mariage pour ceux qui ne sont pas bons en mathématique.

Olga Tellegen Couperus

Le soi-disant Consilium du préteur et le développement du droit romain.

À en croire la doctrine romaniste moderne, à la fin de la période républicaine, le développement du droit civil est le fait du préteur. Pourtant, le préteur n’était pas nécessairement un expert en droit civil. C’est pour cette raison que l’on admet qu’il était aidé par un *consilium* composé de juristes.

Dans ce contexte, on mentionne généralement trois textes de Cicéron. Ceux-ci ne prouvent pourtant pas du tout que le préteur urbain avait un *consilium*. Dans le premier (Cic., *Pro Flacco* 32.77), le terme “ *consilium* ” concerne une période (62 avant J.-C.) pendant laquelle Flaccus était gouverneur d’Asie. Dans les deux autres (Cic., *de Oratore* 1.166 et 168), le mot “ *consilium* ” est carrément absent. Il s’agit de deux cas dans lesquels des

avocats, par ignorance, demandent la mauvaise formule au préteur et nuisent ainsi aux intérêts de leurs clients. Dans le premier cas, Q.M. Scaevola (Pontifex) était présent. Le préteur ne lui a cependant pas demandé son avis et n'avait d'ailleurs aucune raison de le faire, vu qu'à ce moment, Scaevola n'avait que 14 ans. Dans le second cas, L. Lic. Crassus rend visite à son ami Q. Pompeius, le préteur urbain. En cas d'erreur d'un avocat, le préteur ne demandait pas l'avis de Crassus.

En conclusion, le préteur n'avait pas de *consilium* composé de juristes. Ils ont contribué au développement du droit civil romain par d'autres voies.

Ph. J. Thomas

Le " code " de Joannes van der Linden.

Le juriste néerlandais van der Linden (1756-1835) était un des derniers représentants de l'école néerlandaise en Afrique du Sud. Il était avocat, mais publiait beaucoup, et son " Koopmanshandboek " reste encore aujourd'hui une source bien connue du " Common Law " d'Afrique du Sud. Son rôle en tant que codificateur est peu connu.

En 1807, Louis Napoléon, roi des Pays-Bas à l'époque, charge van der Linden de codifier le droit privé néerlandais. Les événements politiques ont empêché l'aboutissement de ce projet, mais en 1859, la première annexe de la Constitution de la République Sud-Africaine déclarait que le " code " de van der Linden devait rester code de l'État. Bien qu'il ait été admis que le " Koopmanshandboek " soit devenu le code officiel de la RSA, il y a de fortes raisons de penser que c'était le projet qui était visé en réalité.

En définitive, les " law reports " de la RSA montrent que le concept de codification est étranger à l'ordre juridique de la RSA et qu'en l'absence de loi ou de précédent, on consulte van der Linden autant que de nombreux autres auteurs.

Ryuichi Tsuno

Invitation à l'étude de l'ontologie juridique.

R. Verstegen

Règles abstraites et rationes decidendi : sur la relation entre D.19.2.20 et 21-22pr. (Paul, ad edictum 34).

Dans la littérature, le fragment D.19.2.20 est considéré, dans le commentaire de Paul sur l'Edit, comme une partie d'une introduction à la *locatio conductio*. Au caractère unilatéral de la

donation, exclue dans le fragment 20.1, Paul aurait ajouté de manière associative une autre hypothèse d'unilatéralité, qui se produit lorsque le vendeur met la chose vendue à la disposition de l'acheteur sur base d'un contrat de louage, en attendant le paiement du prix de la vente (fr.20.2/22pr.) : le locataire seul est obligé. Le fragment 22.3 sur le montant du prix ou de la *merces*, contrepartie indispensable dans un contrat synallagmatique, se situerait dans la même lignée. Il est toutefois frappant que Paul formule dans le fragment 20 trois règles abstraites, avec une seule illustration, ajoutée à la troisième règle : l'hypothèse du louage de l'objet vendu en attendant le paiement du prix. Une analyse plus poussée de ce que d'aucuns ont appelé le 'leasing' romain nous révèle que cette construction suppose un contrat de louage sous condition (fr. 20pr.) : dans le cas d'un paiement avant la date prévue, le contrat de louage est résolu (cfr. fr. 21). Serait à exclure l'imputation des paiements comme locataire sur le prix d'achat : dans ce cas, la *locatio* deviendrait sans contrepartie, ce qui reviendrait à une donation, exclue dans le fr. 20.1. Il y a donc un lien interne à relever entre le fr. 20pr.-1 et l'hypothèse du bail de la terre vendue. Sans pour autant limiter la portée des deux règles contenues dans le fr. 20pr.-1 à l'hypothèse du louage après vente, on peut accepter que Paul, en faisant la sélection des règles à retenir dans une introduction *de contrahenda locatione*, se soit laissé influencer par cette illustration.

Wolfgang Wagner

Le recueil de lois du roi Arthur.

Les *Canones Wallici* sont un recueil de lois datant de la fin de l'Antiquité celtique.

En 469 après J.-C., Sidonius Apollinaris, alors évêque de Clermont, adresse une lettre de recommandation à propos d'un paysan de son évêché, au Roi armoricain Rhiotamus à Bourges. Cette lettre devait soutenir le paysan dans le cadre d'une plainte en justice déposée à Bourges. Ce qui surprend dans cette lettre, c'est l'évocation par Sidonius du bruyant et nombreux soutien dont bénéficiait la partie accusée, ce qui, en intimidant son protégé, pouvait empêcher que le procès soit équitable. Cette allusion devait se rapporter au grand nombre de témoins auxquels il est fait appel dans le cadre d'une procédure de droit vulgaire, pour la restitution d'un esclave. L'art. 32 des *Cannones Wallici* requérait à cette fin au moins 24 témoins, dont 12 assermentés. On peut supposer que Sidonius faisait référence à cette disposition qui lui était connue, de telle sorte que les *Cannones Wallici* peuvent être

considérés comme étant un recueil de lois du Roi Riothamus. Vu que Riothamus constitue en même temps le modèle historique le plus probable pour le Roi Arthur des épopées médiévales, les *Cannones Wallici* sont également le recueil de lois du Roi Arthur.

Il bando del Quinto Premio Boulvert

Il Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti, d'intesa con la Rivista "Index", aderendo all'invito formulato da Istituzioni e studiosi italiani e stranieri, bandisce il "V Premio romanistico internazionale Gérard Boulvert". L'iniziativa mira ad incoraggiare lo sviluppo della ricerca romanistica ed a segnalare, nel nome di Gérard Boulvert, i lavori di giovani studiosi di ogni nazionalità pubblicati nell'ultimo triennio.

1. È indetto il concorso per il conferimento del "V Premio romanistico internazionale Gérard Boulvert" per un'"opera prima", a carattere monografico, nelle discipline romanistiche.

2. L'importo del premio, indivisibile, è di 12.000 (dodicimila) Euro. Al vincitore è altresí conferita la medaglia d'oro dell'Università di Napoli Federico II.

Inoltre 5.000 (cinquemila) franchi francesi e 5.000.000 (cinque milioni) di lire - destinati, a giudizio insindacabile della Commissione, ad integrare il premio o a consentire l'assegnazione di premi speciali - sono stati posti a disposizione rispettivamente dall'Institut de Droit Romain dell'Università di Parigi II e dal Centro Romanistico Internazionale Copanello.

Altri premi messi a disposizione della Giuria, saranno assegnati dalla Corte Costituzionale della Repubblica italiana, dall'Università di Camerino, dal Consiglio Nazionale delle Ricerche, dall'Università di Franche-Comté (Besançon) e da altre Istituzioni.

3. Possono partecipare al concorso gli studiosi che abbiano pubblicato o comunque redatto in forma definitiva la loro prima opera a carattere monografico su argomenti relativi alla storia del diritto romano e dei diritti antichi nel triennio 1998-1999-2000.

4. Le domande di partecipazione al concorso, corredate di una copia dell'opera, dovranno pervenire alla Segreteria del Premio, presso la redazione della rivista "Index", Via Chiaja 149/a - 80121 Napoli, entro il 15 gennaio 2001. Entro la stessa data dovranno pervenire alla Segreteria del Premio, in plico separato, altre cinque copie dell'opera in concorso. Le monografie scritte in lingue diverse dall'italiano, francese, tedesco, inglese, spagnolo, latino debbono essere accompagnate da un'ampia sintesi (30-50 pagine) redatta in una di queste lingue.

5. Il premio sarà assegnato in base alla graduatoria stabilita a giudizio motivato e insindacabile della Commissione giudicatrice.

6. La Commissione giudicatrice è formata dal Direttore di "Index", professor Luigi Labruna, dell'Università di Napoli Federico II, e dai professori Hans Ankum, dell'Università di Amsterdam, Luigi Capogrossi Colognesi, dell'Università di Roma La Sapienza, Alessandro Corbino, presidente del Centro Romanistico Internazionale Copanello, Michel Humbert,

dell'Università di Parigi II, Rolf Knütel, dell'Università di Bonn, Pierre Lévêque, dell'Università di Franche-Comté (Besançon), Joan Miquel, dell'Università di Barcellona Pompeu Fabra, Peter Stein, del Queen's College di Cambridge, Gunter Wesener, dell'Università di Graz.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

DROIT GREC

- Christian KOCH, The Athenian Syngrapheis in the Fifth Century B.C.:
ad hoc Drafting Committees or Elements of an Integrative
Approach? 13
- F. X. RYAN, Die areopagitische Herrschaft und die Areopagiten
43
- Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, ¿Cómo contempla la ley a la
sociedad, según Platón? 53
- Katrin SCHMIDT, The Peace of Antalcidas and the Idea of the *koinē
eirēne*. A Panhellenic Peace Movement 81

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ROMAIN

- José Luis ALONSO, Algunas consideraciones en torno a la “*condictio
scripturae*” 99
- Žika BUJUKLIĆ, Ancient and Modern Concepts of Lawfulness
123
- Alfonso CASTRO SÁENZ, Aproximación a la *usucapio pro herede*.
Una hipótesis 165
- Wojciech DAJCZAK, Erklärungen römischer Juristen zur Funktion
der

Wendung <i>ex fide bona</i> in Klageformeln	219
Georg KLINGENBERG, “ <i>Constitutum est</i> ” in D. 47,2,14,4	243
Marcel MEULDER, Une trifonctionnalité indo-européenne dans Valère Maxime	315
Jacques-Henri MICHEL, La satire 2, 1 à Trébatius ou la consultation du juriste	369
Pascal PICHONNAZ, L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt	393
Elena QUINTANA ORIVE, Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de <i>mora creditoris</i>	427
José-Domingo RODRÍGUEZ MARTÍN, A Handbook For Alaric's Codification	451
Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO, La carta de Seya : problemática jurídica de une epístola peculiar	465
William TURPIN, <i>Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem</i> ..	499

TROISIÈME PARTIE

CHRONIQUES

Chronique de la 53 ^{ème} session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité à Exeter	577
Il bando del Quinto Premio Boulvert	597

