

RIDA

REVUE
INTERNATIONALE
DES DROITS
DE L'ANTIQUITÉ

63²⁰¹⁶



Presses Universitaires de Liège

(Anciens) Directeurs de la RIDA

Fernand De Visscher (1952-1964), Jacques Pirenne (1952-1964), Lucien Caes (1965-1977), René Dekkers (1965-1976), Roger Henrion (1965-1988), Maurice Michaux (1965-1985), Aristide Théodoridès (1978-1994), Jacques Henri Michel (1986-2012), Roger Vigneron (1989-2002), Huguette Jones (1997-), Jean-François Gerkens (2003-), Gilbert Hanard (2011-).

Rédacteur en chef

Jean-François Gerkens, rue du XIII Août 89, BE – 4050 Chaudfontaine

Comité de rédaction

Alonso (J.L.), Paseo Manuel de Lardizábal 2, ES – 20018 San Sebastián
Ankum (J.A.), Kennemerweg 24 (App. 21), NL – 2061 JH Bloemendaal
Cascione (C.), via Aniello Falcone 376, IT – 80127 Napoli
Chevreau (E.), 53, Rue de l'Amiral Mouchez, FR – 75013 Paris
Démare-Lafont (S.), 12, Place du Panthéon, FR – 75005 Paris
Dimopoulou (A.), Rue Akadimias 45, EL – 10672 Athènes
Famerie (E.), Place du 20 août 7, BE – 4000 Liège
Masi Doria (C.), via Niccolò Tommaseo 2, IT – 80121 Napoli
Modrzejewski (J.), 7, allée des Mouille-Bœufs, FR – 92290 Châtenay
Pichonnaz (P.), Beaugard 11, CH – 1700 Fribourg
Pugsley (D.), Rockhaven, St. George's Well, Cullompton, Devon, UK – EX 15 1AR
Ruelle (A.), Boulevard du Jardin Botanique 23, BE – 1000 Bruxelles
Rüfner (Th.), Universität Trier, DE – 54286 Trier
Urbanik (J.), Jaracza 3/10, PL – 00-378 Varsovie
Wallinga (T.), Sint Jacobsplaats 132, NL – 3011 DD Rotterdam

Envoi de manuscrits

Jean-François Gerkens, Université de Liège
Quartier Agora, Place des Orateurs 1
Bâtiment B33 (boîte 11), BE – 4000 Liège
jf.gerkens@ulg.ac.be

Diffusion et vente

Editions De Boccard

4, rue de Lanneau, FR - 75005 Paris (France)
Tél. +33 1 43 26 00 37 / Fax +33 1 43 54 85 83 / <http://www.deboccard.com>
Information, abonnement et commandes : orders@deboccard.com

Table des matières

Éditorial, par Jean-François GERKENS 7

Droit des papyrus

Lothar THÜNGEN, *Neuedition von PL II/38 aus einem griechischen
Index zu Papinians libri definitionum* 9

Droit chinois

Geoffrey MACCORMACK, *Physical Injury and Insult in Early Chinese
Law with Comparative Annotations from Other Early Laws* 43

Droit romain

Carlos AMUNATEGUI, *Market and Ownership in Iron Age Latium* 79

Maria Vittoria BRAMANTE, *A proposito di D.12.1.3 (Pomp. 27 ad
Sab.): per una interpretazione del concetto di bonitas* 109

Rachele HASSAN, *Bees, Slaves, Emperors, Tyrants: Metaphors of
Constitutional Change in Rome Between the Republic and the
Principate* 143

Aldona Rita JUREWICZ, *Bürgerschaft eines Sklaven für seine Herrin?
Bemerkungen zur fidepromissio servi in TP. 59
(=TPSulp. 58=TPN 48)* 161

Carmen LÁZARO GUILLAMON, *El silencio del demandado en el
proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo “quien
calla, otorga”* 177

Lyuba RADULOVA, *Iura sepulcrorum nella Moesia Inferior: la
realizzazione di un fenomeno romano in un ambito greco-trace* 197

Carlos SARDINHA, *Rechtsvergleichendes zur Sicherungsübereignung
in der antiken Vertragspraxis* 213

Jop SPRUIT, *Aulus Gellius als Richter. Eine Betrachtung zu Gellius,
Noctes Atticae XIV, 2* 227

Droit byzantin

Marko PETRAK, <i>Nobile hoc Romani Imperii monumentum: Laudes imperiales in Byzantine Dalmatia</i>	263
--	-----

Droit romain aux temps modernes

Osvaldo SACCHI, <i>La regula iuris e i casi perplexi di Leibniz: algoritmo di buona decisione o presidio di verità nel diritto?</i>	279
Ipek SOGUT, <i>Precautions against interventions creating environ- mental effects in Roman Law and its reflection of Turkish Law</i>	311

Chroniques

Procès verbal du X ^e prix Boulvert	327
Jean-François GERKENS, <i>La SIHDA à Paris</i>	335
Ouvrages reçus par la direction	379

Éditorial

Jean-François GERKENS

Voici déjà le troisième volume de la RIDA dans son nouvel emballage... auquel nous espérons que les lecteurs se sont désormais habitués. Après un numéro 62 (en hommage à Jacques Henri Michel) finalement paru en janvier 2017, cette année pourrait bien devenir l'année des trois RIDA, dès lors que d'après nos prévisions (faut-il écrire espoirs ?), le numéro 64 devrait encore paraître avant la fin de l'année 2017.

Le présent numéro comporte les rubriques habituelles, avec un retour d'une chronique de la SIHDA plus complète que dans le numéro précédent, incluant à nouveau les résumés de la plupart des conférences prononcées. Comme le lecteur peut l'imaginer, la différence vient ici en partie de la discipline des conférenciers et des organisateurs de la SIHDA. J'ai dès lors fourni une traduction en français de tous les résumés dont je disposais.

Rendez-vous est maintenant donné pour la 71^e session de la SIHDA à Bologne et Ravenne, dont le thème central sera : La liberté et les interdictions dans les droits de l'Antiquité. Elle se tiendra du 12 au 16 septembre 2017. Dans l'espoir de vous y rencontrer nombreux, je souhaite à chacun une bonne lecture !

Chaufontaine, le 15 juin 2017
Jean-François Gerkens

Aulus Gellius als Richter

Eine Betrachtung zu Gellius, *Noctes Atticae* XIV, 2

J.E. SPRUIT*

Université d'Utrecht

I

Aulus Gellius¹, geboren in der 2. Hälfte der Zwanzigerjahre des 2. Jh., erwarb, vermutlich zwischen 178 und 192², großen Ruhm mit seinem Buch *Noctes Atticae*. Er erzählt, wie er sich als junger Mann in Rom aufhielt und sich durch Sulpicius Apollinaris in die Kunst der Grammatik einweisen ließ, in die Rhetorik durch zwei andere Lehrer und er in der Philosophie unterrichtet wurde durch den Sophisten Favorinus, der von Gellius ausdrücklich als *philosophus*³ bezeichnet wird. In höherem Alter zog er nach Athen, um dort in dauerndem Kontakt mit bedeutenden Gelehrten und Philosophen seine Bildung zu vervollkommen. In Athen begann er, ein Buch zu verfassen, das aus der Bearbeitung von Auszügen aus der älteren Literatur bestand. Den 20 Büchern, die also in der zweiten Hälfte des zweiten Jh. entstanden, gab er den Titel 'Attische Nächte', weil er, wie er sagt⁴, in der langen griechischen Winternacht auf die Idee gekommen war, zum Nutzen derjenigen, die ihre Bildung erweitern wollten, dieses enzyklopädische Werk zu schreiben.

So entstand als intellektueller Anreiz für seine Kinder eine bunte Textsammlung, bewusst durch den Autor in komprimierter Form, gut lesbar und in nicht allzu tiefem Stil geschrieben. Der Leser, bei dem eine gewisse Entwicklung und Kenntnis vorausgesetzt wird, bekommt in beliebiger Reihenfolge eine Mischung von mathematischen, literarischen, philosophischen, juristischen und anderen Betrachtungen vorgelegt, die ansprechend und lebendig strukturiert sind, voller Anekdoten und mit Zitaten gespickt. Gellius ist ein typischer Epitomator: Er

* Aus dem Niederländischen übersetzt von Gisela Hillner.

1. L. HOLFORD – STEVENS, *Aulus Gellius*, London, 1988 (mit Bibliographie auf S. 253–263); G. ANDERSON, 'Aulus Gellius. A Miscellanist and his World', in W. HAASE (red.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II, 34.2, London/Berlin, 1994, S. 1834–1862.
2. Über die Datierungsproblematik der *Noctes Atticae* s. HOLFORD – STEVENS, 1988, S. 15.
3. Gellius, *N. A.* 14, 2, 11.
4. Gellius, *N. A.* praef. 4; 10.

entnimmt viele seiner Themen und Gegenstände aus der Arbeit anderer. Er hat ein großes Interesse für republikanische Autoren und eine Vorliebe für ältere literarische Quellen. Dies gilt im Besonderen auch für alle Passagen in seinem Werk, in denen er juristische Begriffe und mit dem Recht verbundene Einzelfragen behandelt. Diese beziehen sich beinahe niemals auf die Aktualität der Rechtsordnung, zu der Gellius gehörte. Meistens stammen sie aus der rechtsgelehrten Literatur der späten Republik und des frühen Prinzipats. Sein Interesse gilt vor allem dem alten Recht und kleinen Problemen einer längst vergangenen Zeit. Seine Wissbegierde nach alten Rechtsfiguren und Rechtsbegriffen passt zu dieser archaischen Tendenz⁵. Über sein zeitgenössisches Recht weiß er eigentlich nicht so viel⁶. Gellius gehört zu der Gruppe von Autoren, die in der Nachfolge von Cornelius Fronto, angeregt durch die antiquarischen literarischen Tendenzen, seit Hadrian Interesse haben für und ihre Inspiration finden in der Zeit der Römischen Republik.

Der hier folgende Fall, der sich übrigens ausnahmsweise völlig in der Tagesaktualität abspielt, könnte sich zur Zeit der Regierung von Antoninus Pius (138–161) ereignet haben. Gellius spricht von sich selbst als einem *homo adulescens*, einem jungen Mann zwischen 14–25 Jahren⁷. Dass es um einen Fall aus der späten Republik geht, scheint weniger wahrscheinlich zu sein, da Gellius sich selbst zum Mittelpunkt desselben gemacht hat. Wohl zeigt er sich interessiert an einer Anzahl von Grundfragen zur Funktion des Richters, die zur Zeit der späten Republik von Q. Aelius Tubero formuliert worden sind. Gellius liebte archaische und antiquarische Gegenstände!

II

Quem in modum disseruerit Favorinus consultus a me super officio iudicis.

1. *Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur 'privata' susciperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos conquisivi, ut homo adulescens, a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites vocatus, rem iudicariam, quoniam 'vocis', ut dicitur, 'vivae' penuria*

-
5. Z.B.: Was bedeutet der Terminus *proletarius*, der durch den Dichter Ennius der Zwölf-tafel-Gesetzgebung entnommen wurde (N. A. XVI, 10) und der von Ennius benutzte Ausdruck *ex iure manum consertum* (N. A. XX, 10). Anderenorts in den N. A. wird auch der juristische Bezugsrahmen des Autors beherrscht durch sein antiquarisches Interesse, s. u. a. N. A. I, 12 (sakralrechtliche Fragen zu der Wahl und der Einkleidung der Vestalinnen); XIII, XIV (Ausdehnung des *pomerium*); XVI, 10 und XX, 10 (Bedeutung alter Rechtsbegriffe in der *Lex XII Tabularum*). Zu dieser archaischen Tendenz: D.W.T. VESSEY, 'Aulus Gellius and the Cult of the Past', in W. HAASE (red.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II, 34.2, London/Berlin, 1994, S. 1863–1917; weitere Beispiele bei HOLFORD – STEVENS, o.c. (Fn. 1), S. 220–223.
6. Das bezeugen veraltete oder falsche Vorstellungen vom *furtum*: N. A. XI, 18; Gellius macht sich auch nicht klar, dass Diebstahl von Immobilien nicht möglich ist: N. A. XI, 18, 13.
7. HEUMANN – SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, Fischer, 1926⁹, *sub verbo* 'adulescens'.

erat, ex 'mutis', quod aiunt, 'magistris' cognoscerem. Atque in dierum quidem diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis commoniti et adminiculati sumus. 2. In his autem, quae existere solent, negotiorum ambagibus et in ancipiti rationum diversarum circumstantia nihil quicquam nos huiusmodi libri iuverunt. 3. Nam, etsi consilia iudicibus ex praesentium causarum statu capienda sunt, generalia tamen quaedam praemonita et praecepta sunt, quibus ante causam praemuniri iudex praepararique ad incertos casus futurarum difficultatum debeat, sicut illa mihi tunc accidit inexplicabilis reperiendae sententiae ambiguitas.

4. Petebatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque, sed qui petebat neque tabulis neque testibus id factum docebat et argumentis admodum exilibus nitebatur. 5. Sed eum constabat virum esse firme bonum notaeque et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multaque et inlustria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur; 6. illum autem unde petebatur hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur. 7. Is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis, 'expensi latione', 'mensae rationibus', 'chirographi exhibitione', 'tabularum obsignatione', 'testium intercessionem', 8. ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se sane oportere et adversarium de calumnia damnari, quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus.

9. Tunc ibi amici mei, quos rogaveram in consilium, viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumumdique distrahentibus causis festinantes, non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant quin absolvendus foret, quem accepisse pecuniam nulla probatione sollemni docebatur. 10. Sed enim ergo homines cum considerabam, alterum fidei, alterum probri plenum spurcissimaeque vitae ac defamatissimae, nequaquam adduci potui ad absolvendum. 11. Iussi igitur diem diffindi atque inde a subselliis pergo ire ad Favorinum philosophum, quem in eo tempore Romae plurimum sectabar, atque ei de causa ac de hominibus quae apud me dicta fuerant, uti res erat, narro omnia ac peto ut et ipsum illud in quo haerebam, et cetera etiam quae observanda mihi forent in officio iudicis, faceret me ut earum rerum essem prudentior. 12. Tum Favorinus, religione illa cunctationis et sollicitudinis nostrae comprobata: 'Id quidem', inquit, 'super quo nunc deliberas, videri potest specie tenui parvaque esse. Sed si de omni quoque officio iudicis praeire tibi me vis, nequaquam est vel loci huius vel temporis; 13. est enim disceptatio ista multiiugae et sinuosae quaestionis multaque et anxia cura et circumspicientia indigens. 14. Namque, ut pauca tibi nunc quaestionum capita adtingam, nam omnium primum hoc de iudicis officio quaeritur: si iudex forte id sciat, super qua re apud eum litigatur, eaque res uni ei, priusquam agi coepta aut in iudicium deducta sit, ex alio quodam negotio casuve aliquo cognita liquido et

comperta sit, neque id tamen in agenda causa probetur, oporteatne eum secundum ea quae sciens venit iudicare, an secundum ea quae aguntur? 15. Id etiam', inquit, 'quaeri solet, an deceat atque conveniat iudici causa iam cognita, si facultas esse videatur componendi negotii, officio paulisper iudicis dilato communis amicitiae et quasi pacificatoris partes recipere? 16. Atque illud amplius ambigi ac dubitari scio, debeatne iudex inter cognoscendum ea quae dicto quaesitoque opus est dicere et quaerere, etiamsi cuius ea dici quaerique interest neque dicat neque postulet? Patrocinari enim prorsus hoc esse aiunt, non iudicare.

17. *'Praeter haec super ea quoque re dissentitur, an ex usu exque officio sit iudicis, rem causamque de qua cognoscit interlocutionibus suis ita exprimere consignareque, ut ante sententiae tempus, ex iis quae apud eum in praesens confuse varieque dicuntur, proinde ut quoquo in loco ac tempore movetur, signa et indicia faciat motus atque sensus sui. 18. Nam qui iudices', inquit, 'acres atque celeres videntur, non aliter existimant rem qua de agitur indagari comprehendique posse, nisi is qui iudicat crebris interrogationibus necessariisque interlocutionibus et suos sensus aperiat et litigantium deprehendat. 19. Contra autem qui sedatiores et gravioris putantur negant iudicem debere ante sententiam, dum causa utrumque agitur, quotiens aliqua re proposita motus est, totiens significare quid sentiat. Eventurum enim aiunt, ut, quia pro varietate propositionum argumentorumque alius atque alius motus animi patiendus est, aliter atque aliter eadem in causa eodemque in tempore sentire et interloqui videantur.*

20. *'Sed de his,' inquit, 'et ceteris huiusmodi iudicialis officii tractatibus et nos posthac, cum erit otium, dicere quid sentiamus conabimur et praecepta Aelii Tuberonis super officio iudicis, quae nuperrime legi, recensebimus. 21. Quod autem ad pecuniam pertinet quam apud iudicem peti dixisti, suadeo hercle tibi, utare M. Catonis, prudentissimi viri, consilio, qui, in oratione quam Pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si quod inter duos actum esse neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melius esset quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum illi unde petitur crederetur ac secundum eum iudicaretur. 22. In hac autem causa, de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res est inter duos acta sine testibus. 23. Eas igitur et credas ei qui petit, condempnesque eum de quo petitur, quoniam, sicuti dicis duo pares non sunt et qui petit melior est.'*

24. *Hoc quidem mihi tunc Favorinus, ut virum philosophum decuit, suasit. 25. Sed maius ego altiusque id esse existimavi quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen inducere in animum non quivi et propterea iuravi, mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum.*

26. *Verba ex oratione M. Catonis cuius commemoravit Favorinus, haec sunt: 'Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent uti testes non*

interessent, illi unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsonem fecissent Gellius cum Turio: 'Ni vir melior esset Gellius quam Turius', nemo, opinor, tam insanus esset qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium; si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi unde petitur.'

Der Vortrag, den Favorinus hielt, als ich ihn nach seiner Anschauung über die Aufgabe des Richters gefragt habe.

1. Als ich zum ersten Mal durch die Praetoren zum Richter ausgewählt worden war, um in Zivilsachen betreffenden Prozessen tätig zu werden, habe ich mir Bücher — sowohl in lateinischer wie auch in griechischer Sprache — über die Aufgabe des Richters beschafft. Die Absicht dabei war, dass ich, als junger Mann von den Geschichten der Dichter und den Epilogen der Rhetoren weggerufen, um in Rechtsstreitigkeiten zu urteilen, in Ermangelung dessen, was man die 'lebende Stimme' nennt, Einsichten in die das Prozessrecht betreffende Materie erlangen könnte durch 'stille Lehrer'. Und tatsächlich fand ich über Vertagung, Aufschub und eine Anzahl anderer feststehender juristischer Formalitäten Rat und Hilfe in der *Lex Iulia* selbst und in den Kommentaren von sowohl Massurius Sabinus wie bei einer Anzahl anderer Rechtsgelehrter.

2. Diese Art von Büchern bot mir keine Hilfe bei den Doppeldeutigkeiten, die sich bei geschäftlichen Transaktionen mit einiger Regelmäßigkeit zu ergeben pflegen und ebenso wenig bei dem Dilemma, das sich ergibt, wenn zwei einsichtige Begründungen sich gegenüber stehen.

3. Denn obschon der Richter sein Urteil bilden muss auf der Grundlage der konkreten Umstände des ihm vorgelegten Falles, gibt es doch eine Anzahl allgemeiner Grundsätze und Vorschriften, womit er sich, bevor er mit einem Fall beginnt, wappnen muss gegen und vorbereiten auf eventuelle Schwierigkeiten in der Zukunft, wie zum Beispiel den unauflösbaren Konflikt, der mir seiner Zeit bei der Findung eines Urteils begegnete.

4. In dem mir vorgelegten Fall wurde eine Geldsumme gefordert, von der behauptet wurde, dass sie abgegeben und ausbezahlt worden sei. Der Kläger legte dar, dass dies der Fall sei, allerdings ohne dies mit schriftlichen Beweisen oder Zeugen nachzuweisen, und er stützte seine Forderung mit äußerst schwachen Argumenten.

5. Aber es war sicher, dass er ein durch und durch guter Mensch war, von allgemein bekannter und erwiesener Zuverlässigkeit und mit einem vollkommen makellosen Lebenswandel; die Beispiele, die man von seiner Rechtschaffenheit und Aufrichtigkeit anführte, waren zahlreich und anerkannt.

6. Von demjenigen aber, von dem das Geld gefordert wurde, wurde angeführt, dass er ein Nichtsnutz sei, dass seine Lebensweise schändlich und liederlich sei, dass er wiederholt wegen Unehrllichkeit verurteilt worden sei und voller Gemeinheiten und Betrügereien steckte.

7. Nichtsdestotrotz forderte dieser Beklagte, unterstützt von seinen vielen Anwälten, mit lauter Stimme, dass vor mir die Bezahlung des Betrages auf die übliche Weise durch eine Empfangsbestätigung, ein Kassenbuch, die Vorlage eines eigenhändig geschriebenen Schuldscheins, einem gesiegelten Dokument oder auch einem Zeugenbeweis belegt werden müsse;

8. und dass er, wenn auf keine Weise der Beweis erbracht werden konnte, doch zumindestens frei gesprochen und sein Prozessgegner wegen schikanösen Prozessierens verurteilt werden müsse; dass, was angeführt worden sei über das Leben und die Verhaltensweise beider Parteien, irrelevant sei: hier ginge es jedenfalls um eine Sache, die sich auf die Forderung von Geld beziehe vor einem bürgerlichen Richter und nicht um eine Sache, die sich auf ein sittliches Leben beziehe vor den Zensoren.

9. Da habe ich nun eine Anzahl von meinen Freunden um Rat gefragt, Männer mit großer Erfahrung und einem Renommee auf dem Gebiet der Anwaltspraxis und der Tätigkeiten auf dem Forum, immer eifrig beschäftigt mit Rechts-sachen, die im weitesten Sinne ihre Aufmerksamkeit erforderten. Sie stellten fest, dass es nicht notwendig sei, die Sitzung fortzuführen, und dass es nicht im mindesten zweifelhaft sei, dass der Beklagte frei gesprochen werden müsse, da nun mit keinem einzigen statthaften Beweismittel gezeigt werden könne, dass er das Geld empfangen habe.

10. Aber als ich mir die Prozessgegner noch einmal ansah, der eine golddehrlich, der andere durch und durch unzuverlässig und von einer absolut verächtlichen und vollkommen zu missbilligenden Lebensweise, konnte ich mich nicht dazu durchringen, die Forderung abzuweisen.

11. Ich vertagte deshalb die Sitzung und begab mich danach von meinem Richterstuhl aus zu dem Philosophen Favorinus, in dessen Gesellschaft ich mich zu der Zeit in Rom häufig befand. Ich erzählte ihm, was sowohl über die Sache wie auch über die Beteiligten vor mir gesagt worden war, wie es sich mit der Sache verhielt, und ich bat ihn, mich so anzuleiten, dass ich sowohl, was gerade diesen Punkt betraf, wo ich nicht weiter kommen konnte, als auch in Bezug auf andere Sachen, die ich in meinem Richteramt beachten müsse, mit mehr Verstand zu Werke gehen könne.

12. Favorinus billigte mein gewissenhaftes Zaudern und meine sorgfältige Genauigkeit. Er sagte Folgendes: 'Nun, die Frage, worüber du dir jetzt den Kopf zerbrichst, mag vielleicht von trivialer und unbedeutender Art zu sein scheinen, aber, wenn du wünschst, dass ich dich in Allem, was zur Aufgabe eines Richters gehört, unterrichte, ist es dazu nun keineswegs der geeignete Ort oder die passende Zeit.

13. Denn dies betrifft hier eine Diskussion über ein umfangreiches und komplexes Problem, und das erfordert eine große und genaue Aufmerksamkeit und Umsichtigkeit.

14. Um schon mal eine Anzahl Hauptfragen anzusprechen, die allererste Frage, die hinsichtlich der Aufgabe des Richters gestellt werden muss, ist die folgende: Nimm an, dass ein Richter zufällig einen Fall kennt, der vor ihm verhandelt wird und dass dieser Fall infolge der einen oder anderen externen Ursache oder eines Geschehens nur für ihn glasklar und deutlich geworden ist, bevor der Prozess darüber begonnen hat oder der Fall vor den Richter gebracht worden ist, und dass in der Folge während des Prozesses dieser Sachverhalt doch nicht bewiesen werden kann, muss er dann trotzdem ein Urteil fällen auf Grund seiner eigenen Kenntnis oder doch auf der Grundlage dessen, was die Parteien im Prozess anführen?’

15. Er sagte: ‘Auch wird gewöhnlich die Frage aufgeworfen, ob es sich für einen Richter, wenn er bereits von einer Sache Kenntnis hat, gehört und schickt, seine Aufgabe als Richter ein wenig aufzuschieben und stattdessen die Rolle eines gemeinsamen Freundes und Friedensstifters auf sich zu nehmen, falls es möglich erscheint, zu einer Einigung zu kommen.

16. Soweit ich weiß, ist es weiterhin umstritten und zweifelhaft, ob der Richter bei der Untersuchung eines Sachverhalts Punkte berühren oder darüber Fragen stellen darf, die, für sich selbst genommen, der Bemerkungen oder Fragen bedürfen, selbst in dem Fall, dass die Partei, in deren Interesse es liegt, dass diese Punkte berührt oder dass darüber Fragen gestellt werden, diese nicht berührt oder keine Fragen darüber stellt. Man meint, dass dies tatsächlich darauf hinauslaufe, die Rolle des Anwalts zu übernehmen und nicht die des Richters.

17. Hiervon abgesehen bestehen auch Meinungsverschiedenheiten über die Frage, ob es wohl vereinbar ist mit der gebräuchlichen Praxis und Aufgabe eines Richters, die tatsächliche und juristische Seite eines Falles, die er untersucht, durch eigene Einwürfe auf eine solche Weise zu erläutern und zu bestärken, dass er dadurch vor der Urteilsverkündung auf Grund der verwirrenden und unkoordinierten Erklärungen, die zu irgendeiner Zeit vor ihm abgelegt worden sind, Signale und Anzeichens seiner eigenen Emotionen und Gefühle gibt, die ihn in jeder Phase und jedem Moment bewegen.

18. Denn die Richter, die auf uns einen scharfen und alerten Eindruck machen, sind gewöhnlich der Meinung, dass der Fall, der Gegenstand des Prozesses ist, erst dann gut untersucht und begriffen werden kann, wenn derjenige, der Recht spricht, durch zahlreiche Fragen und notwendige Einwürfe sowohl seinen eigenen Standpunkt klar vorzutragen weiß wie auch den Standpunkt der Prozessparteien zu erfassen weiß.

19. Dagegen verneinen gewöhnlich diejenigen, die dafür bekannt sind, besonnen und ernsthaft zu sein, dass der Richter vor der Verkündung des Urteils, solange beide Parteien für ihre Sache noch heftig plädieren, seine Gefühle zeigen darf, wenn er durch ein vorgebrachtes Argument beeinflusst wird. Die Folge davon wäre nämlich, so behaupten sie, dass es so zu sein scheine, als ob die Richter über dieselbe Sache beim geringsten Anlass ihre Meinung ändern und dieser zwischenzeitlich Luft machen, weil mit deren auf Grund von Emotionen stets wechselnder

Meinung vorliebgenommen werden muss, je nachdem die Behauptungen und Argumente wechseln.’

20. ‘Aber,’ sprach Favorinus, ‘ich werde später versuchen, wenn wir dazu Zeit finden, meine Meinung über diese und andere Diskussionen dieser Art über die Aufgabe des Richters zum Ausdruck zu bringen, und dann werde ich auch mein Urteil abgeben über die Vorschriften von Aelius Tubero zur Aufgabe des Richters, die ich vor kurzem studiert habe.

21. Was das Geld betrifft, das, wie du sagst, vor deinem Richterstuhl gefordert wurde, rate ich dir um Himmels willen der Empfehlung des sehr scharfsinnigen Marcus Cato in dieser Sache zu folgen. Denn dieser bezeugte in seiner Rede *Pro L. Turio*, gehalten in dessen Prozess gegen Gnaeus Gellius, dass von unseren Vorfahren folgendes Verfahren überliefert und beachtet worden sei: Wenn das, was zwischen zwei Parteien geschehen ist, weder durch schriftliche Zeugnisse noch durch Zeugenbeweis geklärt werden kann, muss vor einem Richter, der sich in dieser Sache sachkundig zu machen hat, die Frage aufgeworfen werden, wer von den beiden Männern den besten Leumund hat; und wenn beide im Guten wie im Bösen auf einer Linie stehen, dann soll demjenigen, von dem das Geld gefordert wird, Glauben geschenkt werden, und der Richter soll zu dessen Gunsten entscheiden.

22. In dem Prozess allerdings, über den du dir den Kopf zerbrichst, ist der Kläger ein geachteter Mann und der Beklagte ein verwerflicher Typ. Und es gab für das Geschehen zwischen den beiden keine Zeugen.

23. Geh also mit Ruhe vor und glaube demjenigen, der klagt, und verurteile denjenigen, von dem das Geld eingefordert wird, da ja, wie du selbst sagst, die beiden nicht gleich sind und der Kläger den besten Charakter hat.’

24. Dies war der Rat, den mir Favorinus, wie es sich für einen Philosophen geziemt, damals gab.

25. Ich war allerdings der Meinung, dass angesichts meines Lebensalters und meiner mittelmäßigen Verdienste, es zu ambitiös und zu hoch gegriffen war, wenn ich den Eindruck erwecken sollte, eine Sachlage erfasst zu haben und eine Verurteilung ausgesprochen zu haben auf der Grundlage des Charakters der Parteien anstatt des Beweismaterials in der Sache. Doch konnte ich mich nicht zu einem Freispruch durchringen, und darum legte ich den Eid ab, dass mir der Sachverhalt nicht klar sei, und so konnte ich mich der Abgabe eines Urteils entziehen.

26. Der Text aus der Rede von Marcus Cato, worauf Favorinus hinwies, lautete wie folgt: Aus der Überlieferung unserer Vorfahren habe ich Folgendes verstanden. Wenn jemand etwas von einem anderen fordert und beide den gleichen entweder guten oder schlechten Charakter hätten, während sie die behauptete Handlung getätigt haben, ohne dass Zeugen anwesend waren, dann soll eher demjenigen, an den eine Forderung ergeht, geglaubt werden. Wenn nun Gellius mit Turius eine Prozesswette eingegangen wäre des Inhalts, ‘vorausgesetzt, dass Gellius nicht ein besserer Mensch ist als Turius’, nun, ich meine, dass niemand so geisteskrank sein würde, zu urteilen, dass Gellius ein besserer Mensch sei als Turius; wenn Gellius

kein besserer Mensch ist als Turius, dann muss vor allem den Worten desjenigen, an den eine Forderung gestellt wird, Glauben geschenkt werden.

III

In der ersten Zeile erzählt Gellius, wie er in der Zeit, als er zum ersten Mal zur Funktion eines Richters ausgewählt worden war und betraut wurde mit dem Fällen von Urteilen in Zivilsachen, Literatur dazu hat zusammensuchen müssen. Gellius ist offensichtlich von den beiden Praetoren⁸ gewählt worden, dem *praetor urbanus* und dem *praetor peregrinus*, die ihn aus dem vom Kaiser erstellten Verzeichnis von für das Richteramt geeigneten Angehörigen des Ritterstandes (*album iudicum selectorum*) ausgewählt haben, denen Parteien bei Bedarf ihren Streitfall vorlegen konnten. Deshalb muss Gellius, abgesehen von dem erforderlichen römischen Bürgerrecht und der Erfüllung anderer allgemeiner Qualifikationen⁹, über ein ausreichendes Vermögen verfügt haben und mindestens um die 25 Jahre alt gewesen sein, um in dies Verzeichnis aufgenommen werden zu können. Der Streitfall könnte sich deswegen zugetragen haben in der letzten Phase der Herrschaft von Antoninus Pius. Wir haben hier folglich das gebräuchliche Modell des *unus iudex*, eines Nicht-Juristen, der als Richter in einem Streitfall zwischen zwei Parteien wegen einer Forderung aus einem Kredit aufzutreten hat.

Diese *causae pecuniariae*, meist sich aus einem Vertrag ergebend, manchmal auch aus einem Delikt, wurden gewöhnlich einem angesehenen Bürger vorgelegt, der sich seinerseits wieder mit Juristen beraten konnte, die als professionelle Rechtswissenschaftler einen fachkundigen und auf den ihnen vorgelegten Streitfall zugeschnittenen Rat geben konnten. Gellius, der wohl öfter gebeten wurde, als Richter aufzutreten, tat dies auch gewöhnlich, wenn die rechtsgelehrte Problematik nicht allzu kompliziert wurde. Er berichtet an anderer Stelle in den *Noctes Atticae* selbst davon: 'Wenn über Fragen, die alte Rechtsnormen betreffen, über gewohnheitsrechtlich eingebürgerte Rechtsregeln oder über eine gegensätzliche, doppeldeutige neue und vor kurzem festgesetzte Rechtsnorm Kenntnisse erworben werden müssten, wäre ich selbstverständlich zu den Juristen gegangen, um mich informieren zu lassen.'¹⁰ Dieser private, nicht amtliche Richter hat als Aufgabe, den Beweis, der durch die Parteien für ihre Behauptungen vorgebracht wird, zu prüfen und ein Urteil zu fällen kraft der ihm durch den Praetor verliehenen Amtsmacht¹¹. Im Prinzip weist der Praetor den Parteien einen Richter zu (*dare iudicem*), aber diese können die Zuweisung zurückweisen (*reiectio*), einen anderen

8. Gellius, N. A. XIV, 2, 1: *a praetoribus* (...); M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996², S. 51, Fn. 45.

9. Details bei KASER – HACKL, S. 192–197; über die Stellung und Aufgabe des *unus iudex* s. ferner J.M. KELLY, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976, S. 112–133.

10. Gellius, N. A. XII, 13, 3–4.

11. Varro, *De Lingua Latina* 6, 61; Gai. 4.43–46.

Vorschlag machen — oder das Los ziehen —, solange sie nur innerhalb des in das Register aufgenommenen Kreises von Senatoren, und in Gellius' Zeit, von Rittern bleiben¹².

Dass Gellius wohl an dieser Funktion Interesse hatte, ergibt sich auch aus einer anderen Stelle seines Werks, wo er von der Entscheidung der Konsuln berichtet, ihn als Richter zu bestellen in einem Prozess *extra ordinem*¹³. Man musste zu den höchsten Ständen gehören, um auf das Verzeichnis der Richter gesetzt zu werden. Ursprünglich entsprach das Register der Richter der Liste der Senatoren, später, jedenfalls nach 70 v. Chr. (*Lex Aurelia*), auch der der Ritter. Ferner war ein Mindestalter von 25 Jahren und ein bestimmtes Vermögen erforderlich¹⁴.

Übrigens reagiert Gellius wie ein typischer juristischer Laie. Denn ein Laie ist er, wie er selbst berichtet (§1), wo er sagt, 'von den Geschichten der Dichter und den Epilogen der Rhetoren zum Richteramt gerufen worden zu sein'. Er ist aber auch Römer genug, und aus diesem Grunde kennt er den Charakter des Rechts: 'Der Richter muss sein Urteil bilden auf Grund der konkreten Umstände des ihm vorgelegten Falles.' (§3). Damit gibt er mit anderen Worten an, was Paulus einige Jahrzehnte später prägnant als den Kern der Entstehung von Rechtsnormen bezeichnet: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*, das Recht ist nicht aus der Regel zu gewinnen, sondern eine Regel muss auf Grund des geltenden Rechts gebildet werden¹⁵. Gleichwohl kann auch ein Rechtssystem von kasuistischem Charakter wie das römische Recht nicht auskommen ohne ein Netzwerk von grundlegenden Normen und allgemeiner Rechtsprinzipien. Gellius begreift das vollkommen; er will sich dann auch in kurzer Zeit vertraut machen mit den allgemeinen *praemonita et praecepta* (§3), die als Grundlagenkenntnis jeder Richter haben muss, will er Streitfälle, die ihm vorgelegt werden, mit Erfolg entwirren können. Solche allgemeinen Verhaltensnormen bildeten kein zusammenhängendes System, sondern bestanden aus älteren und jüngeren Erfahrungsgrundsätzen, bestimmt für den Richter als feste Orientierungszeichen in der Rechtslandschaft. Zusammen mit den Argumenten, die der Fall selbst hervorbringen würde, pflegte er sein Urteil auch auf diese allgemein anerkannten Rechtsnormen zu gründen. Wieacker sagt darüber anschaulich: 'die Regeln durchsetzten (...). Wie Eisenklammern in Mauerwerk als Entscheidungs- und Argumentationshilfen den traditionellen und praktischen Rechtsstoff'¹⁶.

12. Sind beide Parteien sich einig, dann ist auch eine Wahl außerhalb des *album* möglich: Pomp. D.5.1.80; Ulp. D.42.1.57.

13. Gellius, *N. A.* XII, 13, 1.

14. Ulp. D.42.1.57; vgl. auch die Altersvoraussetzungen in Ulp. D.3.1.1.3, die Möglichkeit betreffend, beim Prätor ein Rechtsmittel zu beantragen; zu den Voraussetzungen für die Zulassung als Richter: KASER – HACKL, S. 50–51; 192–194.

15. Paulus, D.50.17.1; Lit. bei F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte I. Einleitung Quellenkunde. Frühzeit und Republik*, München, 1988, S. 594, Fn. 123.

16. WIEACKER, *o.c.* (Fn. 15), S. 633.

Kaum ist er als Richter bestellt, und schon geht er dann auch auf Jagd, um sich ein wenig einzuarbeiten. Am liebsten hätte er sich direkt von den Juristen beraten lassen, aber offensichtlich befanden sich unter seinen Freunden und Bekannten um diese Zeit noch keine angesehenen Juristen¹⁷. Später hat er wohl durchaus gute Kontakte mit in der Praxis beschäftigten Rechtsgelehrten anknüpfen können (§9)¹⁸. Im Rahmen seiner Ausbildung sind ihm natürlich wohl einige fundamentale Rechtskenntnisse vermittelt worden, aber viel kann das nicht gewesen sein. Er versucht deswegen, sich Bücher 'in beiden Sprachen'¹⁹ zu verschaffen, um einen besseren Einblick zu bekommen in die Aufgabe, Arbeitsmethode und Amtspflicht des Richters. Er sucht zu dem *officium iudicis*, wie es von Gellius in Nachfolge der römischen Juristen genannt wird, offensichtlich Literatur in griechischer und lateinischer Sprache.

Literatur im Griechischen war über rechtswissenschaftliche Themen²⁰, geschweige denn über die Aufgabe des Richters, nicht oder kaum vorhanden, sodass nicht ganz deutlich ist, was Gellius meint. Weil das Dilemma, das ihm im vorliegenden Streitfall als Richter vorgelegt wird, eher von moralischer als von juristischer Art zu sein scheint, hat er vielleicht auch nicht so sehr nach rechtswissenschaftlicher Literatur als nach philosophischen Betrachtungen gesucht, die ihm einen Ausweg bieten konnten. Vergeblich übrigens, wie sich ergeben wird. In der römischen rechtsgelehrten Tradition war das Angebot an Literatur zu diesem Thema übrigens nicht eben groß. Die Juristen haben sich über den Richter, seine Position und seine Aufgabe und über die Methode, mit der er an Hand des Falles Recht finden sollte, kaum geäußert. Das einzige Werk, das bei dem Mangel an jüngerer Literatur im 2. Jh. noch immer in Gebrauch war, war das gut 200 Jahre alte Buch *De officio iudicis* des spätrepublikanischen Juristen Q. Aelius Tubero, ein einführendes kleines Buch, das vielleicht dazu bestimmt war, Privatleute, die aufgerufen worden waren, ein Richteramt auszuüben, einigermaßen einzuweisen in das ihnen zugefallene Amt. Da sich keine Fragmente aus diesem Buch von Tubero erhalten haben, kann über dessen Art und Inhalt nichts mit Sicherheit gesagt werden²¹. Gellius weiß nicht, dass es dieses Buch gibt, denn er erfährt

17. Gellius, *N. A.* XIV, 2, 1: (...) *vocis (...) vivae penuria erat*.

18. Auch aus anderen Stellen in den *N. A.* geht hervor, dass Gellius im Kreis der *iuris periti* gute Verbindungen hatte: *N. A.* XII, 13, 2.

19. Gellius, *N. A.*, XIV, 2, 1: *libri utriusque linguae*.

20. Volusius Maecianus schrieb einen Kommentar zu der *Lex Rhodia de iactu*, woraus nur ein Fragment (D.14.2.9) überliefert worden ist. Von Papinianus blieben Fragmente aus einem auf Griechisch geschriebenen Werk mit dem Titel *Astunomikos* erhalten. Modestinus schrieb ein kleines Handbuch über die Vormundschaft in griechischer Sprache, aus dem umfangreiche Fragmente erhalten geblieben sind. Doch diese Schriften datieren alle nach Gellius' Zeit und stammen von römischen Juristen. Über diese Werke: F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, S. 327, resp. 315, resp. 320.

21. Pomp. D.1.2.2.46 sagt über Tubero: (...) *transit a causis agendis ad ius civile*: Er tauschte das Plädoyer des Gerichtsredners ein gegen das Gutachten des Juristen. Tubero galt in der

davon erst durch den Mund des Sophisten Favorinus, vormals ein Günstling von Hadrian, ein Philosoph aus Gallien und fruchtbarer Schriftsteller, mit dem Gellius in Rom eng befreundet war²². Viel weiter als eine Anzahl unmittelbar vorhandener Quellen zu Rate zu ziehen, kommt Gellius nicht: Er nennt eine *Lex Iulia*, wie auch Kommentare von Massurius Sabinus und die Arbeit einiger anderer Juristen.

IV

Welche *Lex Iulia* kann Gellius wohl zu Rate gezogen haben? Gellius nennt zwei²³. Man könnte denken an die *Lex iudiciaria* von Caesar²⁴. Dies von ca. 46 v. Chr. stammende Gesetz bezog sich auf die Einrichtung des Richterregisters, das nur die Namen von Senatoren und Rittern enthalten durfte. Sie wurden darin nur dann aufgenommen, wenn sie über ein Vermögen von mehr als 400 000 Sesterzen verfügen konnten. Dass dieses Gesetz viel zum Erwerb eines Einblicks in die Fragen, mit denen Gellius sich beschäftigte — wie entgegengesetzte Meinungen aufzulösen sind, durch welche Beweismittel zu einem auf dem Recht gegründeten Urteil zu kommen ist, welche allgemeinen Regeln und Prinzipien ein Richter sich a priori zu eigen gemacht haben muss, — dürfte nicht sehr wahrscheinlich sein. Außerdem enthält der Text von Gellius einen Hinweis darauf, dass dieses Gesetz nicht gemeint sein kann: Er sagt nämlich, dass er in der *Lex Iulia* selbst wohl Informationen über Vertagung, Aufschub und andere juristische Formalitäten gefunden habe (§1 Schluss), aber keine Hilfe betreffend der soeben angegebenen allgemeinen Probleme. Das Gesetz, das diese Art Angelegenheiten regelte, war die 18 v. Chr. erlassene *Lex Iulia iudiciorum privatorum*, wodurch Augustus den zivilrechtlichen Prozess neu ordnete und wodurch er diese Art praktischer Probleme auf eine neue gesetzliche Grundlage stellte. Es muss dieses aus dem frühen Prinzipat stammende Gesetz gewesen sein, das Gellius vor Augen stand und in dem er — begreiflicherweise vergebens — gesucht hat nach einer gesetzlichen Fassung allgemeiner Prinzipien in Bezug auf das *officium iudicis* und allgemeiner Regeln beweisrechtlicher Art. Was die Kommentare von Massurius Sabinus betrifft, eines Zeitgenossen des Augustus, Gründer der sabinianischen Schule: Es kann sich hier vielleicht handeln um dessen kurzen Kommentar zum Edikt des praetor urbanus; mehr spricht übrigens für die Vermutung, dass Gellius dessen viel gelesene *Libri III iuris civilis* in der Hand gehabt hat. Dies war ein berühmtes Einführungslehrbuch, das verschiedene spätere Juristen, insbesondere im 2. Jh.

Überlieferung als ein besonders gelehrter Mann, bewandert im Öffentlichen- und Privatrecht. Er bediente sich eines altmodischen Sprachgebrauchs, weswegen seine Bücher nicht sehr beliebt waren.

22. S. dazu Gellius, *N. A.* XVI, 3, 1; zu Favorinus HOLFORD-STEVENS, *o.c.* (Fn. 1), S. 72–92.

23. Gai. 4.104.

24. So P. DE FRANCISCI, 'La prove giudiziale. A proposito di Gellio, *N. A.* 14, 2', *Helikon. Rivista di tradizione e cultura classica* 3 (1961), S. 593, Fn. 15.

lebende Zeitgenossen von Gellius wie Aristo, Pomponius — und später auch noch Paulus und Ulpian — mit einem Kommentar versehen haben²⁵.

Gellius kannte dieses Buch gut. Er hat vielleicht selbst ein Exemplar davon in seiner Bibliothek gehabt. Welche Werke anderer Juristen Gellius weiter zu Rate zog, ist nicht mehr zu ermitteln. Rechtswissenschaftliche Literatur griechischen Ursprungs war in Rom nicht im Umlauf. Wohl gab es einige römische Juristen, die Kommentare zu griechischsprachigen Quellen geschrieben hatten, z. B. Volusius Maecianus, der eine Abhandlung geschrieben hatte über die *Lex Rhodia de iactu*. Sollte Gellius wirklich griechische Texte vor Augen gehabt haben, dann werden diese eher rechtsphilosophische und ethische Fragen als vermögensrechtliche Themen zum Gegenstand gehabt haben. Nach Zitaten an anderer Stelle in den *Noctes Atticae* kannte er jedenfalls das Werk von M. Antistius Labeo, insbesondere dessen Kommentar zu der *Lex XII Tabularum*. Möglicherweise besaß er selbst ein Exemplar dieses Buches, angesichts der Tatsache, dass er an anderer Stelle in den *Noctes Atticae* drei Abschnitte aus diesem Werk wörtlich zitiert. Es handelt sich hier um die einzigen ursprünglichen Fragmente, die aus dem frühen Werk erhalten geblieben sind²⁶. In den *Digesten* ist keine Spur dieses Werkes mehr zu finden. Auch der *Index Florentinus* nennt es nicht. Ferner kannte Gellius den kurzen Kommentar von Labeo zum Edikt des Stadtpraetors; kein einziges Fragment ist aus diesem Werk erhalten geblieben.

Weiter folgt Gellius einige Male dem Kommentar von Caelius Sabinus zum Edikt der kurulischen Ädilen, wovon einige umfangreiche Zitate zeugen, die diesem Werk entnommen sind²⁷. Auch werden einige Monographien von Gellius benutzt: Die Abhandlung über die Ehe (*De nuptiis*) von Neratius Priscus, die über die Entwendung von Gegenständen (*De furtis*) von Massurius Sabinus²⁸ und die über die Mitgift (*De dotibus*). Wenn es sich auch bei den genannten Werken immer um Entlehnungen aus der Literatur des 1. Jh. handelt, so geht Gellius doch weiter zurück, wenn er sich auf spätrepublikanische Rechtsliteratur bezieht wie die *Libri XVIII iuris civilis* von Q. Mucius Scaevola²⁹ und den Kommentar dazu von dem kaum bekannten späteren Juristen Laelius Felix³⁰. Schließlich zitiert er noch aus den *Coniectanea* von Ateius Capito³¹. Beinahe in allen diesen Zitaten und Paraphrasen werden alte Rechtstermini, historische Rechtsfiguren und alte Gesetze behandelt. So wie Gellius auch im vorliegenden Fall durch seinen Freund Favorinus bei Q. Aelius Tubero landet und dessen Vorläufer Cato Censorius, so

25. Über die späteren Kommentare zu dem genannten Werk von Massurius Sabinus: SCHULZ, *o.c.* (Fn. 20), S. 262–269.

26. Gellius, *N. A.* I, 12, 18; VI, 15, 1; XX, 1, 13; SCHULZ, *o.c.* (Fn. 20), S. 229.

27. Gellius, *N. A.* IV, 2, 3–5; VI, 4, 1–3; vgl. SCHULZ, *o.c.* (Fn. 20), S. 234–235.

28. Gellius, *N. A.* XI, 18.

29. Gellius, *N. A.* VI, 15, 2; IV, 1, 17.

30. Gellius, *N. A.* XV, 27, 1.

31. Gellius, *N. A.* IV, 14 zusammen mit X, 6.

zeigt sich auch an anderer Stelle in seinen *Noctes Atticae*, dass sein rechtswissenschaftliches Interesse nicht so sehr auf aktuelle Probleme gerichtet ist als auf antiquarische Rechtsinstitute.

Deswegen geht es in allen Fällen um Juristen, die in den letzten Jahren der Republik und in den ersten Jahrzehnten des Prinzipats lebten und arbeiteten. Von der Arbeit seiner Zeitgenossen weiß Gellius offensichtlich nichts, und als Nicht-Jurist hat er sich auch Abschriften von Büchern seiner Zeitgenossen nicht beschaffen können: Salvius Iulianus, Terentius Clemens, Volusius Maecianus, Pomponius, er scheint sie alle nicht zu kennen. Und von Gaius, der möglicherweise weit weg in Kleinasien oder in einem anderen entlegenen Winkel des Reiches tätig ist, hat er auch nicht gehört. Mit dem einzigen Juristen, den er durch Vermittlung seines Freundes Favorinus kennen gelernt hat, Sex. Caecilius Africanus³², war der Kontakt so oberflächlich, dass dieser ihm auch nicht weiter helfen können bei der Lösung der prozess- und beweisrechtlichen Fragen, die er als Richter zu lösen hatte. Das Edikt des Praetors, seit einigen Jahrzehnten durch Salvius Iulianus in seiner definitiven Fassung festgelegt, kannte Gellius nach eigener Aussage wohl in einem vorjulianischen Exemplar, das er in der Bibliotheca Ulpia im Tempel von Trajan irgendwann zu Rate gezogen hatte³³. Hier spricht er aber nicht davon, weil er sehr gut begreift, dass die komplizierte prozessuale Materie des alten Edikts ihm bei der Urteilsfindung in der ihm vorgelegten materiellen Rechtsfrage nicht weiter hilft.

Es ist bemerkenswert, dass Gellius sich nicht auf die rechtswissenschaftliche Meinung von zeitgenössischen Juristen beruft, die ihm einen übereinstimmenden rechtsgelehrten Rat gegeben haben. In der von ihm zu Rate gezogenen Literatur findet er nicht viel Unterstützung (§2). In keinem der alten Bücher wird er gefunden haben, was er suchte: Welche Beweismittel sind üblich und zulässig und wie soll man entscheiden in Fällen, in denen kein hieb — und stichfester Beweis vorgelegt wird. Ein feststehendes System von Beweismitteln, geschweige denn eine gesetzliche Regelung dazu, kannte das klassische römische Recht nicht. Obgleich in der Praxis wohl zuverlässige Grundregeln für die Beweisführung — auch als Folge des Einflusses der oratorischen Praxis — beachtet wurden, hatte der Richter einen großen Freiraum, um das ihm vorgelegte Beweismaterial unabhängig zu beurteilen. Bei dem Fehlen jedes Beweises wie im vorliegenden Streitfall, war der Richter selbst berechtigt, nach Abwägung der Reputation beider Parteien gegeneinander ein Urteil abzugeben. So verlockend es auch gewesen sein würde, beide Parteien in eigener Sache als Zeugen aufzurufen, nach römischem Recht war das nicht zulässig³⁴. Gellius findet keinen Halt: Er beklagt sich über die gegensätzlichen

32. Zu diesem Juristen: W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz – Wien – Köln, 1967², S. 172–173.

33. Gellius, *N. A.* XI, 17; X, 15, 31. Zur Konstituierung des Textes des praetorischen Edikts: J.E. SPRUIT, *Enchiridium. Een geschiedenis van het Romeinse Recht*, Deventer, 1994⁴, S. 127–129.

34. Pomp. D.22.5.10: *Nullus idoneus testis in re sua intellegitur*.

Meinungen der Juristen und darüber, dass er keine allgemeinen Prinzipien und Vorschriften finden kann, mit denen ein Richter sich vorher wappnen kann gegen und sich einstellen kann auf die Schwierigkeiten, die auf ihn warten. Und dann erzählt er, wie schwer es ihm unter diesen Umständen fiel, um in Folge der, seiner Meinung nach, *inexplicabilis ambiguitas* zu einem Urteil zu kommen (§3 Ende) in dem ihm unauflösbar vorkommenden Konflikt, vor den er sich gestellt sah.

V

Eine folgende Frage ist, wo Gellius von diesem Streitfall erfahren hatte. Der gewöhnliche Ort, wo ein Richter die ihm aufgetragene Aufgabe ausübte, war von jeher das *comitium* auf dem *forum*³⁵. Dort hörte er mittags beide Parteien an und musste, bevor es Abend wurde, sein Urteil fällen. Die Parteien waren übrigens frei darin, wenn sie sich darüber einig werden konnten, auch einen anderen Ort für die Abhaltung der Sitzung abzusprechen. Seneca teilt mit, dass häufig auch Recht gesprochen wurde in den um das *forum* gelegenen *basilicae*, große, öffentlich zugängliche Hallen³⁶. Manchmal wurde auch in dem Haus desjenigen, der als Richter zugewiesen war, Recht gesprochen, falls der betreffende über einen öffentlich zugänglichen Raum verfügte. In dem Streitfall, von dem Gellius Kenntnis nimmt, ist es nicht ganz klar, wo er die Parteien anhört. In §11 sagt er, dass er sich nach der Vertagung der Sitzung *a subselliis* zu Favorinus begab. Was könnten wir darunter verstehen? Am meisten vor der Hand liegt die Vermutung, dass es hier um seinen Sitz in einer der Hallen rund um das *forum* geht und damit, in übertragenem Sinn, um den öffentlich zugänglichen Rechtsaal selbst. Denkbar ist aber auch, dass Gellius, der den größten Teil seines Lebens in Rom gewohnt hat, so wie viele andere zum Richteramt Berufene diese Aufgabe im eigenen Haus ausgeübt hat. Gerade weil in Rom zur Zeit von Gellius das Richteramt eine ad hoc — Angelegenheit war, ließen vornehme Römer, die ein großes Haus besaßen, die Parteien gewöhnlich zu sich nach Hause kommen. Es gibt verschiedene Anzeichen in der antiken Literatur, aus denen hervorgeht, dass über zivilrechtliche Streitfragen in einem öffentlich zugänglichen Saal des eigenen Hauses beratschlagt oder Recht gesprochen wurde. Cicero bezeichnete das Haus des Juristen als ein *totius oraculum civitatis*³⁷. Vitruvius vertritt den Standpunkt, dass die Häuser vornehmer Personen weiträumig und mit Atmosphäre gebaut werden müssen,

35. *Lex XII Tabularum*, I, 6–7: *Rem ubi pacunt orato. Ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam coniciunto*; *Lex XII Tabularum* I, 9: *si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto*. S. KASER – HACKL, S. 117, Fn. 18.

36. Zu Geldgeschäften wie die durch Gellius beschrieben: Seneca, *De ira* 3, 33, 2.

37. Cicero, *De oratore* 1, 45, 200; vgl. 3, 33, 133.

weil in diesen Häusern häufig öffentliche Versammlungen sowie zivilrechtliche Prozesse und Schiedsgerichte abgehalten wurden³⁸.

In der frühen nachklassischen Zeit wird durch die kaiserliche Kanzlei begreiflicherweise im Rahmen der Bürokratisierung des Zivilprozesses gegen diese Praxis aufgetreten. Im Jahr 313 wird eine Verordnung erlassen, wodurch dem Statthalter der Provinz Afrika befohlen wird, wichtige zivilrechtliche Streitfälle und alle Strafprozesse öffentlich zu verhandeln³⁹. Ein halbes Jahrhundert später bekommen die Statthalter in ähnlicher Weise von der kaiserlichen Kanzlei die Weisung, von allen Streitfällen ‘mit zum Amtszimmer offenen Türen und in Gegenwart eines jeden, der hereingerufen worden ist’ Kenntnis zu nehmen; insbesondere wird es ihnen verboten, in Prozessen, die den bürgerlichen Stand von Personen betreffen und in vermögensrechtlichen Streitigkeiten ein Urteil zu fällen in der Abgeschiedenheit seines eigenen Hauses (*in secessu domus*)⁴⁰. Wo Gellius die prozessführenden Parteien angehört hat, ist nicht a priori deutlich. Seine einigermaßen unbestimmte Andeutung *a subselliis* lässt beide Möglichkeiten zu: entweder in einer öffentlich zugänglichen *basilica* oder in seinem Hause.

VI

Was ist das für eine Streitfrage, die Gellius vorgelegt wird? Der Fall ist eigentlich einfach. Es sind insbesondere die persönlichen Umstände der Parteien, die Gellius Kopfzerbrechen bereiten. Eine als unbescholten bekannte Person fordert vor Gellius eine Summe Geld von einer Gegenpartei mit schlechter Reputation. Das entscheidende Problem dabei ist, dass der Kläger augenscheinlich nicht im Stande ist, einen einzigen konkreten Beweis vorzulegen, um seine Behauptung zu begründen. Er erklärt, dass er eine Summe Geld verliehen hat, und betont, dass diese tatsächlich überreicht und ausbezahlt worden war⁴¹. Diese Erwähnung, dass der Betrag ausbezahlt worden war, ist von Bedeutung. Jemand, der einen Kredit empfangen wollte, pflegte häufig schon vorher mit dem Kreditgeber eine Stipulation einzugehen, wodurch er ihm zusagte, in der vereinbarten Frist die geliehene Summe zurückzubezahlen. Die tatsächliche Auszahlung folgte dann danach. Dieser Geschäftsvorgang scheint deswegen der modernen Praxis bei Banken zu gleichen, die im Falle eines Kredits zuerst den Kreditvertrag unterzeichnen lassen und erst danach zur Auszahlung übergehen. Übrigens legt der Gebrauch des Wortes *dare* nahe, dass es sich hier eher um den gewöhnlichen Kontrakt *mutuum* handelt

38. Vitruvius, *De architectura* 6, 5, 2: (...) *quod in domibus eorum saepius et publica consilia et privata iudicia arbitriaque conficiuntur.*

39. Const. CTh. 1.12.1 (anno 313); KASER – HACKL, S. 554.

40. Valent. et Valens CTh. 1.16.9 (anno 364); eine ähnliche Weisung, vor einem großen Publikum und in der Öffentlichkeit Recht zu sprechen, findet man auch in Const. CTh. 1.16.6 = C.1.40.3 (anno 331)

41. Gellius, *N. A.* II, 14, 4: *data numerataque.*

hat, wobei das Darlehen durch die Aushändigung des betreffenden Geldbetrags zustande gekommen ist.

Wie es sich auch verhalte, im vorliegenden Fall hatte der Kläger keinen starken Stand. Er verfügt nicht über irgendeine schriftliche Form des Vertrags. Eben so wenig wie über das Bestehen einer Übereinkunft ist er in der Lage, wenigstens für die Ausbezahlung des strittigen Betrags Zeugen vorzubringen. *Et argumentum admodum exilibus nitebatur*: Und ausserdem untermauerte er seine Forderung mit ziemlich kraftlosen Argumenten (§4). Zu Gunsten des Klägers spricht, dass er ein Mann von unbescholtenem Lebenswandel ist; er steht allgemein im Ruf der Unbestechlichkeit; seine Integrität und Güte sind sprichwörtlich.

So glänzend, wie der Charakter des Klägers geschildert wird, so verabscheuenswert wird die Lebensweise des Angeklagten dargestellt: Sein bedenkliches Verhalten ist überall bekannt; wiederholt ist er der Lüge und des Betrugs überführt worden. Und ausgerechnet dieser unzuverlässige Beklagte leugnet in der Sitzung ganz prinzipiell die vorgebrachte Forderung. Wo ist der Beweis für die Existenz dieses Darlehens, so fragt er. Warum legt der Kläger nicht auf die gewöhnliche Art und Weise einen einzigen konkreten Beweis für die behauptete Forderung vor?

Gellius geht dann dazu über, eine Anzahl der am meisten gängigen Beweismittel, die der Kläger zur Untermauerung seiner Forderung hätte anbringen können, aufzuzählen. Vorausgeschickt sei, dass die römischen Juristen keine festgelegte Beweistheorie entwickelt haben und dass kaum auf gesetzlicher Grundlage beruhende, bindende Beweisregeln bestanden. Die Folge davon war, dass die Richter in höchstem Maß frei darin waren, zu einer Urteilsfindung zu kommen⁴². Dem Richter wurde, anders als heutzutage, zugestanden, was die Glaubwürdigkeit von deren Behauptungen und Erklärungen betraf, den Stand, die Vermögensverhältnisse und das gesellschaftliche Ansehen des Klägers und des Beklagten sowie der Zeugen, die durch beide Parteien aufgerufen wurden⁴³, mit zu berücksichtigen.

Gellius nennt in erster Linie verschiedene Arten von Urkunden. Mit *expensilatio* ist das Kassenbuch des Klägers gemeint, der *codex accepti et expensi*, in dem mit Zustimmung des Gläubigers dessen Schuldner wegen einer Anleihe hätte verbucht werden können. Solche *nomina arcaria*⁴⁴, erbrachten zugleich eine gültige Verpflichtung und einen gültigen Beweis. Abgesehen davon, ob eine solche Verbuchung eine faktische Ausbezahlung des verzeichneten Betrags oder wohl eine fingierte Eintragung ohne die tatsächliche Leistung des verbuchten Betrags betraf, der Kläger hätte mit der *actio certae creditae pecuniae* beweisrechtlich stark da gestanden gegenüber der Leugnung seines Prozessgegners. Auch die *mensae rationes*, die Buchhaltung der Bankiers, konnten als mögliches Beweismittel gebraucht werden. Diese wären von Bedeutung gewesen, falls die behauptete

42. KASER – HACKL, S. 362–363.

43. Call. D.22.5.3.2.

44. Gai. 3.131.

Geldtransaktion über einen Bankier stattgefunden hätte; denn Bankiers konnten durch den Prätor aufgrund seines Edikts verpflichtet werden, ihre Kassenbücher offen zu legen⁴⁵. Sollte ein Bankier das Darlehen im Auftrag des Klägers ausbezahlt haben, dann müsste das aus der von ihm geführten Buchhaltung hervorgehen⁴⁶. Desweiteren wird die Möglichkeit genannt, dass ein *chirographum* angefertigt worden ist, ein eigenhändig geschriebener Schuldschein in der ersten Person, wobei der Schreiber erklärt, einen bestimmten Betrag zu schulden⁴⁷. Schließlich nennt Gellius noch die *tabulae obsignatae*, eine durch beide Parteien unterschriebene Urkunde, wodurch das Bestehen der Forderung zweifelsfrei hätte festgestellt werden können. Neben allen diesen Arten eines schriftlichen Beweises weist Gellius noch hin auf die *intercessio testium*, das Auftreten von Zeugen. Auch dieses Beweismittel wird allerdings nicht durch den Kläger vorgebracht. Ein Zeugnis in eigener Sache wurde außerdem zu Recht als völlig wertlos angesehen⁴⁸.

Nicht erwähnt wird die Eideszuschiebung (*ius iurandum deferri*) mit allen diese begleitenden Schwierigkeiten. Es wäre naheliegend gewesen, dass der Kläger vom Beklagten die Leistung des die Sache entscheidenden Eides verlangt hätte, was möglich ist, wenn beide Prozessparteien die freie Verfügung über ihr Vermögen haben. Würde dieser Eid durch den Beklagten in der richtigen Form geleistet, dann hätte der Inhalt des Eides als die formale Wahrheit Gültigkeit gehabt und der Prozess wäre dadurch beendet gewesen. In Anbetracht des charakterlosen Kalibers des Beklagten hat vermutlich dieses Beweismittel nicht zur Diskussion gestanden, vielleicht aufgrund der Erwägung, dass der Beklagte ohne allzu viel Skrupel bereit gewesen wäre, den Eid zu leisten, dass die Forderung nicht bestünde, mit der Folge, dass in dem Fall die *actio certae creditae pecuniae*, nachdem sie durch den Praetor gewährt worden ist, in der zweiten Phase des Prozesses sofort scheitern würde.

VII

Der Beklagte befindet sich in einer bequemen Position: Er streitet im Grundsatz das Bestehen des Darlehens ab und selbstverständlich auch die Ausbezahlung des geforderten Betrags. Einmal angenommen, dass er tatsächlich schikanieren will, dann zeugt dieses Verhalten auch von einer großen Portion an Skrupellosigkeit. Würde er nämlich erklärt haben, dass er in der Tat einen Darlehensvertrag geschlossen hatte, aber den Betrag schon zurückbezahlt habe, dann hätte er diese Rückzahlung durch eine Quittung oder einen Zeugen beweisen müssen⁴⁹. Außerdem hat er den Beistand von 'vielen Anwälten', und die beantragen

45. Ulp. D.2.13.4; Ulp. D.2.13.6 und 8.

46. Ulp. D.2.13.4pr.; Ulp. D.2.13.6.5.

47. Gai. 3.134; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians I*, Leipzig, 1908, S. 296.

48. Pomp. D.22.5.10 (S. oben Fn. 34).

49. Cels. D.22.3.12: (...) *nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est.*

selbstverständlich die Abweisung der Forderung. Diese wiesen bei der Verteidigung ihres Klienten zu Recht darauf hin, dass es sich hier auf Grund der Instruierung des Prozesses durch den Praetor und der Festlegung des Streitfalls in der *formula* der Zurückforderung um einen Rechtsstreit handelt und nicht um ein dem *regimen morum* der Zensoren unterworfenen *iudicium de moribus*, ein subjektives Urteil über die Lebensweise eines römischen Bürgers⁵⁰. Die Zensoren übrigens waren zu der Zeit, als Gellius dieser Streitfall vorgelegt wurde, schon lange Geschichte. Für die in Rhetorik geschulten Anwälte des Beklagten war dieser Hinweis auf ein schon sehr lange verschwundenes *regimen morum* eine subtile Art, dem Richter zu verdeutlichen, dass er nicht nun sozusagen in der Rolle eines Zensors ein Urteil abgeben kann auf der alleinigen Grundlage der Reputation des Beklagten und dass das Fehlen von durch das objektive Recht zugelassenen Beweismitteln nicht ersetzt werden kann durch eine persönliche Bewertung auf Grundlage des moralischen und anständigen Verhaltens ihres Klienten.

Dies vertreten auch die Juristen, die Gellius als Berater hinzuzieht und konsultiert (*in consilium rogare* §9). Gellius hat das getan, was jeder gute Laienrichter in Rom tun sollte: Er konsultiert befreundete Juristen aus der Praxis und lässt sich beraten zu der Position beider Parteien. Gellius berichtet noch dazu, dass es sich um sehr gefragte Juristen handelt, die sich den täglichen Belastungen ihrer Prozesspraxis nicht entziehen können und die deshalb über große Erfahrung verfügen⁵¹. Das Ergebnis dieser Konsultation liegt auf der Hand: Da nicht die Spur eines Beweises vorhanden ist, muss trotz des gesellschaftlichen Ansehens und trotz des gegensätzlichen moralischen Lebensstandards der beiden prozessführenden Parteien in Übereinstimmung mit dem Recht die Forderung abgewiesen werden. Die Formel der *actio certae creditae pecuniae* — oder die *condictio certae pecuniae* — ist deutlich: *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium milia condemnato, si non paret absolvito*, sofern festgestellt wird, dass der Beklagte dem Kläger 10 000 Sestertien zu geben hat, muss der Richter den Beklagten gegenüber dem Kläger zu 10 000 Sestertien verurteilen; falls dies nicht festgestellt wird, muss er die Klage abweisen⁵². In Anbetracht dessen, dass der Kläger seine Rechtsbehauptung nicht mit einem Beweis aufrechterhalten konnte, war es nach Meinung der Juristen nicht nötig, die Sitzung fortzusetzen, und war es geboten, die Forderung abzuweisen⁵³.

50. Cicero, *De inventione* 2, 37, 45; *Rhet. Ad Herennium* 2, 5; Plinius, *Panegyricus* 80; Quintilianus, *Institutiones oratoriae* 5, 7, 34.

51. Vgl. Tacitus, *Dialogus de oratoribus* 3, 4; Q. Cicero, *Commentariolum petitionis* 47.

52. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927³, S. 237.

53. S. Fn. 84.

VIII

Gellius mag dann mehr bewandert gewesen sein in der Kunst der Rhetorik als in der Rechtswissenschaft, aber um in Ermangelung jeglicher Beweisführung zu einer in seinen Augen offensichtlich ziemlich willkürlichen Verurteilung zu kommen, das ging ihm doch zu weit. Auf der anderen Seite ist seine Sympathie für den Kläger und seine Antipathie gegen den Beklagten so stark, dass er sich dazu nicht überwinden kann, die Klage ohne weiteres abzuweisen (§10). Ist es in der Tat eine durch Gefühle der Sympathie oder Antipathie beeinflusste Unentschlossenheit, ist es seine Neigung, doch vielleicht mehr Wert zu legen auf die rhetorische Beweisführung als auf die kühle Logik des Juristen oder ist es möglicherweise seine innerliche Unsicherheit, die Frage betreffend, ob er als Richter bei Abweisung der Klage wohl in der richtigen Art und Weise Recht spricht?

Welche Motive er auch hatte, er lässt sich nicht überzeugen durch die ziemlich zwingende Schlussfolgerung, die das Recht ihm aufdrängt und die die Juristen ihm vorhalten: Bei Mangel von jeglichem Beweis ist die Abweisung der Klage von Rechts wegen der einzige richtige Weg. Die schlechte Reputation des Beklagten bringt Gellius dazu, weiteren Rat zu suchen und diesmal allerdings nicht bei einem Juristen, sondern bei einem Philosophen. Er vertagt die Sitzung (§11) und sucht Unterstützung bei seinem Freund Favorinus, den er um Rat fragt. Dieser hat keine Mühe mit dem Fall und nähert sich ihm aus der Tradition der Rhetorik. Für seinen Standpunkt beruft er sich, typisch römisch, auf die Autorität (*auctoritas*) von M. Porcius Cato Censorius maior (234–149 v. Chr.). Er bezieht sich auf eins von dessen vielen Plädoyers, in diesem Fall für L. Turius in dem Prozess, den dieser in der 2. Hälfte des 2. Jh. v. Chr. gegen den Historiker Gnaeus Gellius führte⁵⁴. Wenn jede Beweismöglichkeit fehlt, muss nach Cato der Richter auf der Grundlage der besten gesellschaftlichen Reputation beschließen.

Faktoren wie Lebenswandel eines Menschen und dessen 'Stand und Vermögen' haben in der römischen Gesellschaft während des Prozessverlaufs und bei den Überlegungen, zu einer Entscheidung zu kommen, eine nicht weg zu disputierende Rolle gespielt. Das Prinzip der Gleichheit aller vor Recht und Gesetz fehlte bei der Rechtsfindung. Ein gut durchdachter, den Richter zwingender gesetzlicher Rahmen, in dem die Prozessordnung festgelegt war, war nicht vorhanden. Die Juristen beschäftigten sich zwar mit den Grundregeln der Beweisführung, aber zu einer tragfähigen Verankerung des Beweisrechts kam es nicht. Auch die Tatsache, dass zu Gellius' Zeit die Rechtsprechung nicht in den Händen von professionellen, auf Lebenszeit ernannten Richtern lag und dass auf höchstem Niveau die Verflechtung von 'administrativen' – und 'richterlichen' Funktionen möglich war, hat nicht zu einer unabhängigen Rechtsprechung ohne Ansehen der Person

54. Es ist nicht klar, ob dieser Gnaeus Gellius ein Vorfahre unseres Autors oder nur ein zufälliger Namensvetter war. Gellius nennt ihn einige Male in seinen *N. A.* VIII, 14; XIII, 23, 13–16; XVIII, 12, 6.

beigetragen. Ausserjuristische Elemente wie Macht, gesellschaftliche Stellung und Reputation (*fama*) haben sowohl bei den Jurisdiktionsmagistraten wie auch bei den Richtern stets eine Rolle gespielt⁵⁵, wie der Gellius-Text sehr deutlich zeigt. Vor allem in der nichtjuristischen rhetorischen Literatur — Cicero, Petronius, Plinius, Gellius, Plinius Secundus — kommen diese Aspekte mit einem schärferen Profil zum Vorschein als in der rechtsgelehrten Überlieferung. Dort sind diese Elemente hier und da wohl erkennbar, aber zur Ehre der römischen Juristen sei gesagt, sie bleiben doch im Hintergrund.

Gellius widmet noch einige Worte der Situation, in der das Ansehen der prozessführenden Parteien gleichartig ist. Ist die Reputation beider Parteien gleichwertig, dann soll eher dem Beklagten Glauben geschenkt werden (§26). Dieser Standpunkt stimmt überein mit dem Prinzip, das sich auch in der Umgebung des Rechts stets wiederholt: bei Zweifel wird zugunsten des Schuldners entschieden, ein Prinzip, das sich bereits damals in dem Sprichwort findet: *in dubio pro reo (iudicandum est)*⁵⁶, oder ganz allgemein, *favorabiliores rei potius quam actores habent*⁵⁷. Im vorliegenden Fall aber, bei dem der Beklagte als gesellschaftlicher Taugenichts bekannt ist, darf nach Favorinus ohne Vorbehalt ein Urteil gesprochen werden zu Gunsten des Klägers, der doch den 'besten Charakter' hat (§23).

IX

Wie auch anderenorts in der antiken Literatur gibt der Brief von Gellius ebenfalls einen Einblick in das Spannungsfeld, das in jeder Phase der Entwicklung des Rechts als einer selbständigen Disziplin zwischen Recht und Rhetorik bestanden hat⁵⁸. Die Denkweise des *iurisconsultus* hat sich immer unterschieden von

-
55. Veranschaulicht u. a. Ulp. D.43.30.3.4. In diesem Text spricht Salvius Iulianus. Im Interdiktionsprozess, der sich richtet auf die Vorführung eines unmündigen Sohnes und die Entscheidung, welcher der Prozessparteien dieser zugewiesen werden muss, ist es für die Dringlichkeit der Untersuchung von Bedeutung, in welchem Maß sie eine gute Reputation genießen. Ist derjenige, der behauptet, der Vater zu sein, wohl ein Mann von zweifelsfreiem Ansehen, von Verstand und Zuverlässigkeit? Ist derjenige, der den Streit beginnt, vielleicht ein schikanöser Ankläger von niederer Herkunft und einem allgemeinen schlechten Ruf? Auch die zuweilen umfangreichen und, abhängig vom Zweck, untereinander abweichende Aufzählungen von ehrlosen Personen (*infames personae*) in verschiedenen römischen Gesetzen veranschaulichen, wie sehr der Mangel an gesellschaftlichem Ansehen, verbunden mit bestimmten Berufen und Gewerken hinderlich bei der Bekleidung von Obrigkeitsfunktionen und des Erhalts von richterlichen Urteilen ohne Ansehen der Person waren.
56. Marc. D.42.1.38pr.: Arrianus bei Paul. D.44.7.47; Ulp. D.48.19.5pr.; für die spätere Geschichte des Sprichwortes: P. HOLTAPPELS, *Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes 'in dubio pro reo'*, Hamburg, 1965.
57. Gai. D.50.17.12.5.
58. S. zu diesem Spannungsfeld auch J.E. SPRUIT, *C. Plinius Caecilius Secundus en het erfrecht van zijn tijd. Een rechtshistorisch vertoog over Plinius Epistulae V, 7, II, 6 und IV, 10. (oratie Utrecht)*, Deventer, 1973 = *Metopen. Verzamelde essays over het Romeinse recht en zijn geschiedenis*, Deventer, 2002, S. 157–179.

derjenigen des *orator*. In der Person des zum Richter bestellten Gellius zeigt sich der Konflikt sehr schön, so schön, dass man selbst die Frage stellen könnte, ob der in diesem Brief enthaltene Fall nicht fiktiv ist und ob er nicht durch den Autor aus der rhetorischen Tradition heraus in eine konkrete und auf Aktualität ausgerichtete 'Verpackung' gehüllt worden ist. Nun, dagegen scheint nicht nur die realistische Absicht des Briefes zu sprechen, sondern auch der Verweis auf Aelius Tubero und die auffällig anschauliche Darstellung seines Freundes Favorinus, der als Philosoph hier gut gezeichnet ist. Außerdem sind die *Noctes Atticae* noch zu Lebzeiten von Gellius veröffentlicht worden. Darum scheint es wenig wahrscheinlich zu sein, dass der Autor sich selbst fiktiv in die Rolle eines unbeholfenen Richters versetzt. Die 'Tonlage' der ganzen Abhandlung weist völlig in die Richtung einer aus dem Leben gegriffenen frühen Erfahrung des Autors. Das Dilemma, vor dem sich Gellius stehen sieht und bei dem er sich nicht in der Lage fühlt, eine Wahl zu treffen für entweder die juristische oder die rhetorische Lösung, macht klar, dass zu seiner Zeit die Welten des *orator* und des *iurisconsultus* noch immer auseinanderlagen.

Der Jurist bleibt gefühlsmäßig auf Abstand. Seine Aufgabe ist das *respondere*, Rechtsfragen zu beantworten und Parteien, Richter und Amtsträger zu beraten in Streitigkeiten, in die diese verwickelt bzw. von denen sie betroffen sind. Weiterhin erfüllen sie eine wesentliche Rolle beim *agere*, der Gewährung von Prozesshilfe in der ersten Phase des Formelprozesses, wenn sie dem Kläger helfen die richtige *actio* zu finden, worin dieser seine materielle Rechtsfrage dem Richter vorlegen kann. Und von alters her hat der Jurist eine wichtige Rolle, wenn es um das *cavere* geht, die Abfassung von Verträgen, von Beweisurkunden für Rechtshandlungen, das Errichten von Testamenten und dergleichen zugunsten derjenigen, die diese Rechtshandlungen in schriftlicher Form zur Verfügung haben wollen. Dem Juristen geht es darum, die Tatsachen auf rationaler Grundlage in ihrem juristischen Zusammenhang und ihrer Bedeutung mit einer Exegese auszustatten und innerhalb des Systems von geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsnormen den Praetor, den Richter und die Prozesspartei(en) zu beraten.

Eine völlig andere Rolle haben die Redner vor Gericht, denen man häufig bei wichtigen Prozessen vor dem Gericht der *centumviri* und in den großen politisch eingefärbten Strafprozessen begegnet. Obwohl dies bei den kleineren vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht so oft vorgekommen sein wird, sind es auch in dieser Art von Fällen der *patronus causae* und, in der Kaiserzeit, die sprachgewandten Gerichtsredner, die in ihrer Funktion als *causidicus* oder auch *advocatus* ihrem Klienten bei der Verteidigung seines Falles in der zweiten Phase des bürgerrechtlichen Prozesses beistehen. Wenn es nötig war, übernahmen sie vor den Richtern in einem Plädoyer für ihren Klienten die Beweisführung für dessen Standpunkt als ihre Angelegenheit. Wie die *iurisconsulti* im Rahmen ihrer Ausbildung übrigens vertraut waren mit den Prinzipien der Redekunst, so kannten die *oratores* ebenso gut die herrschenden Prinzipien und grundlegenden Normen des Rechts. Sofern es

um eine vertiefte juristische Beurteilung der Situation ihres Klienten ging, holten die Letztgenannten sich Rat bei einem Juristen.

Juristen und Gerichtsredner gehörten weiterhin zur gleichen sozialen Schicht und waren durch die gleiche Ausbildung mit ihren jeweiligen Disziplinen vertraut. Bei den Rhetoren lag der Akzent nicht auf dem Erwerb von Einsicht in die inhaltliche Wahrheit und in die klare Positionierung der Fakten und deren juristische Bewertung, sondern auf Überzeugung und Überredung durch eine Beweisführung, bei der das juristische Moment meist überwuchert wurde von einer im Interesse der vertretenen Partei gefärbten moralischen, gesellschaftlichen und politischen Argumentation. Man braucht nur die rechtsgelehrte Tradition, so wie sie überliefert ist in den Justinianischen Digesten, aufzuschlagen, um zu der Einsicht zu kommen, wie unterkühlt und emotionslos die Juristen mit der ihnen vorgelegten Kasuistik umgingen. Bei den Rednern verhielt sich das ganz anders: Kein Mittel der höheren Redekunst ließen sie unversucht, um ihrem Standpunkt zum Sieg zu verhelfen. Lügen, Betrug, Verdrehung der Tatsachen, Scheinbeweise, das Anschwärzen der Gegenpartei, alles war erlaubt. Gellius selbst macht arglos an anderer Stelle in den *Noctes Atticae* eine entsprechende Bemerkung: *Rhetori concessum est sententiis uti falsis, audacibus, versutis, subdolis, captiosis, si verosimiles sint et possint movendos hominum animos qualicumque astu inreperere*⁵⁹, der Redner darf lügnerische, dreiste, listige, betrügerische und irreführende Aussagen machen, vorausgesetzt dass sie als wahrscheinlich aufgenommen werden und, durch welchen schlaunen Kunstgriff auch immer, imstande sind, in den Geist der Menschen einzudringen.

X

Um zu Gellius und seiner schwierigen Situation zurückzukehren: Hätte Gellius mehr im Sinne der Juristen gedacht, dann hätte er, übereinstimmend mit dem Standpunkt der durch ihn um Rat gefragten Juristen und der Anwälte des Beklagten die Forderung abgewiesen. Nun, da er sich mehr hat leiten lassen durch nicht — juristische Überlegungen über die Reputation, die Beklagter und Kläger in der Gesellschaft genossen, und er es nicht über sein Herz hat bringen können, die Forderung des Klägers — der offensichtlich seine Sympathie hat — wegen Mangel an genügendem Beweis abzuweisen, zeigt er sich als der juristische Laie, der er von Kopf bis Fuß ist.

Das ändert nichts daran, dass er seine Aufgabe als Richter sehr ernst nimmt. Denn Gellius war als Richter frei, das dargebotene Beweismaterial nach eigener Einsicht zu beurteilen. In dem Fall, der ihm vorgelegt wird, fehlt das allerdings völlig. Auch über andere Beweismittel, die ihm bei der Rechtsfindung hätten helfen

59. Gellius, *N. A. I*, 6, 4; vgl. Cicero, *Brutus*, 11, 42: *concessum est rhetoribus ementiri in historiis*. Über das Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Gerichtsrhetorik: SCHULZ, *o.c.* (Fn. 20), S. 63–66; WIEACKER, *o.c.* (Fn. 15), S. 662–675 (mit Lit.); J.A. CROOK, *Legal Advocacy in the Roman World*, London, 1995; A.A. DIMOPOULOU, *La rémunération de l'assistance en justice. Étude sur la relation avocat – plaideur à Rome*, Athen, 1999.

können, kann er nicht verfügen. Der Beklagte hätte z. B. seine Schuld von Rechts wegen anerkennen können. Auch wäre es denkbar gewesen, dass der Kläger dem Beklagten das Ablegen eines das Verfahren entscheidenden Eides zugeschoben hätte⁶⁰. Dass das Letztere nicht geschehen ist, liegt bei der schlechten Reputation, die der Beklagte überall genoss, auf der Hand: Er hätte vermutlich wenig Skrupel gehabt, einen Meineid zu schwören. Der Kläger hat offensichtlich nicht Gefahr laufen wollen, dass der Beklagte sich auf diese allzu einfache Art und Weise seinen Verpflichtungen hätte entziehen können. Der Beklagte, unterstützt von seinen *advocati*, ist sich deswegen seiner starken prozessualen Position sicher. Er fordert seinerseits, dass der Prozess beendet wird und dass der Kläger, da er seine Forderung nicht durchsetzen kann, wegen *calumnia*, d. h. wegen schikanösen und grundlosen Prozessierens, verurteilt wird (§8). Eine Verurteilung in einem solchen *iudicium calumniae* würde bedeuten, dass der Kläger den zehnten Teil des von ihm geforderten Betrages als Buße bezahlen müsste⁶¹. Der Beklagte hätte dann wohl Vorsatz (*adfectus*) beim Kläger nachweisen und zeigen müssen, dass dieser nur auf Rückforderung gegen ihn geklagt habe, um ihm Ärger zu machen (*vexare*)⁶².

Gellius geriet dann auch in Verwirrung. Als rechter Römer bezieht er die gesellschaftliche Position und die Reputation, die die Parteien genossen, in seine Überlegungen, wie dieser Streit aufzulösen sei, mit ein. Lebensweise, vermögensrechtliche Lage und, nicht zu vergessen, politische Macht waren mitbestimmend für die Glaubwürdigkeit und die Vertrauenswürdigkeit der Betroffenen⁶³. Gellius kann eigentlich den Standpunkt der Juristen nicht akzeptieren, da der Beklagte wegen der schlechten Reputation, die er hatte, in keinerlei Hinsicht Glauben verdient; er weiß sich nicht anders zu helfen, als dem Widerspruch, wozu das Fällen des Urteils seiner Meinung nach führen würde, auszuweichen: Er beruft sich auf seine geringen Verdienste und seinen Mangel an Erfahrung als Richter und sucht den Weg des geringsten Widerstands: Er entzieht sich seiner Pflicht, ein Urteil zu fällen, und legt in seiner Funktion als Richter den Eid ab, dass ihm die Sache nicht einsichtig sei (*rem sibi non liquere*, §24)⁶⁴. Dieser Ausweg ist z. B. im niederländischen Recht begrifflicherweise verschlossen, denn 'de regter die

60. Ulp. D.42.1.56.

61. Gai. 4.174–175; zu dem *iudicium calumniae*: KASER – HACKL, S. 284–285.

62. Gai. 4.178: (...) *vexandi causa adversarii gratia actionem instituit*.

63. S. Fn. 55; ferner lese man die Betrachtungen von Callistratus (D.22.5.3pr.) und die Reskripte Hadrians (Call. D.22.5.3.1–3), die sich übrigens alle auf die Bewertung des durch Zeugen vorgebrachten Beweises beziehen.

64. Gellius, *N. A.* XIV, 2, 25; vgl. zum Schiedsrichter Ulp. D.4.8.13.4; Cicero, *pro Caecina* 33, 97; zum Recuperatorenprozess Paul. D.42.1.36; wenn in diesem Richterkollegium ein Richter das *mihī non liquet* ausspricht, dann geht die Meinung der Mehrheit vor; vgl. D. NÖRR, 'L'esperienza giuridica di Gellio', in *Accademia nazionale dei Lincei. Atti dei convegni Lincei*, Roma, 1996, S. 33–56 = *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften*, Goldbach, 2003, S. 2149–2172.

weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigerig vervolgd worden⁶⁵.

XI

Sein innerlicher Konflikt führt Gellius letztlich dazu, sich zu seinem alten Freund, dem Philosophen Favorinus, zu begeben mit der Bitte, ihm zu helfen bei der einwandfreien Durchführung des Richteramtes, das er für die Lösung dieses Falles auf sich genommen hat. Favorinus (ca. 85–160) wurde in Arles geboren. Er erfreute sich einer hellenischen Erziehung, sprach und schrieb fließend Griechisch, war befreundet mit u. a. Plutarch, war bewandert in der *ars oratoria* und genoss eine große Reputation als Philosoph (Sophist). In seinem Werk und seinen Belehrungen äußerte er sich zu den verschiedensten ethischen und gesellschaftlichen Fragen, darunter auch zu Problemen praktisch juristischer Art⁶⁶. Favorinus lobt Gellius für seine gewissenhaftes Zaudern und sein Streben nach Präzision, was beides zu einem guten Richter sehr wohl gehört: und geht im Folgenden dazu über, eine Reihe von Aspekten des Richteramtes zu beleuchten. Favorinus scheint ein ziemlich praktisch ausgerichteter Philosoph zu sein; er legt seinem Freund die Pflichten, die das Richteramt mit sich bringt, dar. Viele der Probleme, die er darstellt, spielen auch bei dem modernen Richteramt immer noch eine Rolle. Die Art der Formulierung zeigt, dass viele der Probleme, die Favorinus Gellius vorlegt, nicht von ihm selbst stammen, sondern bekannte rhetorische Themen sind, die in der älteren Literatur auch schon besprochen worden sind⁶⁷.

Am Ende seiner Betrachtung (§20) weist Favorinus hin auf das alte Werk *De officio iudicis* von dem spätrepublikanischen Juristen Q. Aelius Tubero, das offensichtlich zu der Zeit, als Gellius schrieb, noch immer zu Rate gezogen wurde. Favorinus entnahm seine Fragen zur Haltung, die der Richter in einem Prozess einzunehmen hatte, mit ziemlicher Sicherheit diesem alten Werk. In der rechtsgelehrten Literatur sucht man nahezu vergebens nach Antwort auf die Fragen, die Gellius vorgelegt werden. Bindende Beweisregeln gab es kaum, sodass der römische Richter in viel größerem Umfang als sein heutiger Kollege in der Beurteilung der angeführten Beweismittel und bei der Feststellung seines endgültigen Urteils frei war⁶⁸. Die Beweisführung war übrigens eine Angelegenheit, die in großen Prozessen im Allgemeinen den Gerichtsrednern (*oratores*) überlassen wurde.

65. ‘Der Richter, der sich weigert Recht zu sprechen unter dem Vorwand des Schweigens, der Dunkelheit oder der Unvollständigkeit des Gesetzes, kann aufgrund von Rechtsverweigerung verfolgt werden’. Gesetz vom 15. Mai, 1829, beinhaltend Allgemeine Bestimmungen der Gesetzgebung des Königreichs (WetAB), Art. 13.

66. Ausgaben seiner erhalten gebliebenen Fragmente: A. BARGAZZI, *Favorino di Arelate, Opere*, Florenz, 1966; HOLFORD – STEVENS, S. 72–92.

67. Gellius, N. A. XX, 14, 15: (...) *quaeri solet* (...); XX, 14, 17: (...) *dissentitur*.

68. Call. D.22.5.3.2; vgl. Ulp. D.5.1.79.1; zum Beweis und Beweismitteln: KASER – HACKL, S. 363–369; 491–494; 595–607.

Das erste, was Gellius anführt (§14), ist das Problem, wie ein Richter es halten soll mit persönlicher Information in einem Prozess, in dem er ein Urteil abgeben muss. Das Problem wird sehr fokussiert: gesetzt den Fall, dass ohne die näheren Umstände, die dem Richter auf Grund eigenen Wissens zur Kenntnis gekommen sind, ein Tatbestand nicht bewiesen werden kann, muss der Richter dann urteilen allein auf der Basis dessen, was die Parteien im Prozess als Beweise vorbringen oder darf er auch sein eigenes Wissen, das er schon hatte, bevor es zum Prozess kam, zu Gunsten einer der Parteien einbringen? Eine Antwort darauf wird nicht gegeben. Nach heutigem Recht würde die Antwort lauten, dass der Richter nur den tatsächlichen Angaben, wovon er in dem Prozess Kenntnis bekommt, einen Beweis entnehmen kann und dass nur die Tatsachen und Umstände, die allgemein bekannt sind, keines Beweises bedürfen⁶⁹. Auf Gerüchte wird auch ein römischer Richter sich nicht stützen dürfen, ebenso wenig darf er Informationen aus Quellen, die nicht allgemein zugänglich sind, gebrauchen. Bedenkt man, wie unscharf auch heutzutage noch die Grenzen gezogen werden zu dem, was als allgemein bekannt vorausgesetzt wird, dann scheint der Schluss auf der Hand zu liegen, dass der Richter in der Antike, in Anbetracht der größeren Freiheit, die er hatte hinsichtlich der Würdigung dessen, was an Beweis vorgelegt wurde, viel eher als der moderne Richter die Grenzen dessen, was als notorische Tatsache gelten kann, überschritten haben. Mancher Richter wird sein Urteil gefällt haben auf der Grundlage dessen, was ihm aus eigenem Wissen bekannt war. Ein Autor wie Plinius ist im Allgemeinen skeptisch über die Beweggründe des Richters: ‘Hier will ich hinzufügen, was die herausragende Lehrmeisterin, die Erfahrung, mich gelehrt hat. Sehr oft bin ich als Anwalt in Prozessen aufgetreten, sehr oft habe ich als Richter ein Urteil fällen müssen, sehr oft habe ich als Beisitzer und in einem beratenden Gremium meine Stimme erhoben: Jeder wird durch etwas Anderes getrieben, und sehr oft haben kleine Ursachen große Wirkungen. Wie verschieden sind die Beschlüsse der Menschen von dem, was sie wirklich wollen. Daher kommt es, dass diejenigen, die im selben Augenblick dieselbe Tatsache hören, sehr oft zu unterschiedlichen Urteilen kommen, [oder] manchmal zu demselben, aber dann aus verschiedenen Beweggründen. Außerdem hat jeder in positivem Sinn ein Vorurteil in Bezug auf das, was er sich selbst überlegt hat, und, wenn ein anderer das gesagt hat, was man sich selbst in Gedanken schon vorgenommen hatte, begrüßt man dies als den stärksten Standpunkt. Jedem muss ein Halt gegeben werden, woran der Betreffende sich dann festklammern kann wie an etwas, was er selbst bedacht hat’⁷⁰.

69. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering art. 176 ev.

70. Plinius, *Epistulae* 1, 20, 12–14: ‘Adiciam quod me docuit usus, magister egregius. Frequenter egi, frequenter iudicavi, frequenter in consilio fui: aliud alios movet, ac plerumque parvae res maximas trahunt. Varia sunt hominum iudicia, variae voluntates. Inde qui eandem causam simul audierunt, saepe diversum, interdum idem sed ex diversis animi motibus sentiunt. Praeterea suae quisque inventioni favet, et quasi fortissimum amplectitur, cum ab alio dictum est quod ipse praevидit. Omnibus ergo dandum est aliquid quod teneant, quod agnoscant’; vgl.

Ein weiterer Punkt, den Favorinus seinem Freund zu bedenken gab, ist die Frage, ob ein Richter nach Beginn des Prozesses seine Aufgabe, ein Urteil zu sprechen, aussetzen und versuchen darf, als Vermittler zu einem Vergleich zwischen den Parteien zu kommen (§15). Auch das ist eine aktuelle Frage! Das niederländische Recht kennt schon seit 1838 die Möglichkeit, dass der Zivilrichter eine Zusammenkunft zwischen den Parteien anordnet, eine Befugnis, von der er nach eigener Einsicht Gebrauch machen kann. Die Frage, die Favorinus stellt, würde man, wo es um das zeitgenössische niederländische Recht geht, in behahender Form wiederholen können: Der Richter kann in allen Fällen und bei jedem Stand des Prozesses, wenn dieser ihm für eine gütliche Einigung geeignet erscheint, es sei auf Ersuchen der Parteien oder einer von ihnen, es sei von Amtswegen Parteien veranlassen, in Person oder vertreten durch oder mit ihrem Anwalt an einem bestimmten Tag und zu einer bestimmten Zeit vor ihm zu erscheinen⁷¹. Was die römische Antike betrifft, so haben die Juristen sich nicht zu diesen grundlegenden Fragen ausgesprochen. Wenn man sich den Formularprozess ansieht und die leitenden Prinzipien, die ihm zugrunde liegen — Parteiautonomie, Verhandlungsmaxime, Passivität des Richters⁷² — und wenn man bedenkt, dass der Verlauf des Prozesses eher auf einer überlieferten Tradition und in beinahe keinem wichtigen Aspekt auf irgendeiner gesetzlichen Regelung beruhte, dann dürfte die Frage von Favorinus auch für Gellius' Zeit in positivem Sinn beantwortet werden können. Erreicht der Richter als Vermittler nichts, dann muss er sich durch die vorgelegten Beweise leiten lassen⁷³. Als Randbemerkung sei angeführt, dass beide Parteien aufgrund der durch sie eingegangenen *litis contestatio* wohl ein Recht auf ein Urteil bekommen hatten und dass der Richter im Prinzip gehalten war, auf Grundlage der *formula* ein Urteil zu fällen, falls eine der Parteien dies forderte.

Die dritte Frage, die Favorinus Gellius zur Überlegung mitgibt, lautet: Darf ein Richter auf eigene Initiative hin einer der Parteien Fragen stellen, auch wenn die Gegenpartei kein Bedürfnis zeigt, solche Fragen zu stellen (§16)? Stimmt das wohl mit der Rolle des Richters überein? Setzt dieser sich damit nicht auf den Stuhl des Anwalts? Meistens war es so, dass das Kreuzverhör von den (Anwälten der) Parteien geführt wurde⁷⁴; auch die Zeugen wurden gewöhnlich von den Parteien befragt⁷⁵. Der Richter bleibt im Prinzip passiv. Eine von Ulpian stammende Bemerkung aber suggeriert, dass auch ein Richter ein Verhör durchführen kann:

Cicero, *De oratore* 2, 42, 178; K.W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, 1976, S. 1, Fn. 1; 376, Fn. 28.

71. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering art. 19.

72. Zur Verdeutlichung Paul. D.42.2.1; Paul. D.42.2.3 und 4; Ulp. D.42.2.5.

73. Ulp. D.1.18.6.1.

74. Quintilianus, *Declamationes* 2, 12; Cicero, *De oratore* 2, 60, 245; s. ferner E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* II, Bolgna, 1927 (Neuaufgabe Rom, 1964), S. 33–38.

75. Seneca, *De beneficiis* 3, 15, 2; Ps. Asconius, *In Verrem* 1, 33, 84: *interrogabatur autem ab eo contra quem productus est*.

ubicumque iudicem aequitas moverit, aequae oportere fieri interrogationem dubium non est, es besteht kein Zweifel, dass immer, wenn Billigkeitserwägungen den Richter dazu bringen, gleichfalls ein Verhör stattfinden muss⁷⁶.

Dann folgt eine Frage, die in der heutigen Rechtspraxis ganz ohne Zweifel in negativem Sinn zu beantworten ist: Darf ein Richter durch seine Art zu unterbrechen und durch seine Sicht auf den ihm zur Beurteilung vorgelegten Streitfall schon vor seiner Schlussansprache sich Luft machen und durch seine Körpersprache die Parteien teilnehmen lassen an dem, was ihn bewegt (§17)? Hier gab es offensichtlich eine unterschiedliche Ansicht: Scharfe und aufmerksame Richter ließen sich gewöhnlich stark auf den ihnen vorgelegten Streitfall ein, um durch Unterbrechungen und zwischenzeitliche Fragen wie auch durch eine gute Zusammenfassung dessen, was von den prozessführenden Parteien vorgebracht worden war, zu einer eigenen Urteilsfindung zu kommen (§18). Die besonneneren Richter hielten sich während des Verfahrens mehr abseits aus Furcht, den Anschein von Parteilichkeit oder selbst wechselnder Parteilichkeit auf sich zu laden (§19). Favorinus bietet hier zwei Auffassungen zum Richteramt an, aber bezieht selbst nicht Stellung. Umso wichtiger ist deshalb die Antwort, die durch den Mund eines von Roms spätklassischen Juristen die mehr allgemeine Sicht eines Fachjuristen wieder zu geben scheint: Callistratus schließt sich deutlich der zweiten Sicht auf das Richteramt an: 'Wer mit der Rechtspflege beauftragt ist, muss darauf achten, dass man leicht an ihn herantreten kann, aber er darf sich nicht mit Geringschätzung behandeln lassen. Deswegen ist bei den Amtsanweisungen hinzugefügt worden, dass der Statthalter einer Provinz mit deren Bewohnern eine nicht allzu intime Freundschaft pflegen soll. Denn der Umgang auf gleichem Niveau führt zu einer Entwertung des Amtes. Andererseits darf er bei einer gerichtlichen Untersuchung keinen Wutanfall bekommen gegenüber denjenigen, die er für Kriminelle hält, und ebenso wenig sollte er sich durch flehentliche Bitten von schwer Getroffenen zu Tränen rühren lassen. Es passt nämlich zu einem aufrechten und unparteiischen Richter nicht, dass sein Gesichtsausdruck die inneren Bewegungen seiner Seele widerspiegelt. Kurz gesagt, ein Richter muss so Recht sprechen, dass er durch seine Persönlichkeit das Ansehen seines Amtes erhöht'⁷⁷.

76. Ulp. D.11.1.21. Die Stelle ist aber verdächtig. Im Paralleltext in den Basiliken Bas. 42.4.21 wird nicht über den Richter, sondern über den Magistrat gesprochen. Damit hätte Ulpian sich bezogen auf den Praetor in der ersten Phase des Prozesses und nicht auf den Richter. S. a. C.3.1.9 (anno 321): Dass es in dieser Verordnung von Konstantin um eine nachklassische Neuerung gehen soll, scheint nicht wahrscheinlich zu sein. Vielmehr scheint es eine erneute Einprägung eines alten Gebotes zu betreffen.

77. Call. D.1.18.19pr.-1: '*Observandum est ius reddenti, ut in adeundo quidam facilem se praebeat, sed contemni non patiat. Unde mandatis adicitur, ne praesides provinciarum in ulteriores familiaritatem provinciales admittant: nam ex conversatione aequali contemptio dignitatis nascitur. Sed et in cognoscendo neque excandescere adversus eos, quos malos putat, neque precibus calamitosorum inlacrimari oportet: id enim non est constantis et recti iudicis, cuius animi motum vulgus detegit. Et summatim ita ius reddi debet, ut auctoritatem dignitatis ingenio suo augeat.*'

Eine ausgewogene Strenge wird von dem Richter ebenso im Strafprozess erwartet: ‘Derjenige, der ein Urteil fällt, muss darauf achten, dass nicht etwas festgestellt wird, dass härter oder nachsichtiger ist, als was der Fall erfordert. Denn man muss nicht nach Ruhm streben wegen Strenge oder Nachgiebigkeit, sondern muss in einem wohlbedachten Urteil entscheiden, entsprechend den Anforderungen, die jeder Fall stellt. Selbstverständlich müssen Richter in leichteren Fällen mehr zur Milde neigen und sich bei schwereren Strafen nach der Strenge der Gesetze richten, eingeschlossen einige mäßigende Auswirkungen von Entgegenkommen’, so der Jurist Marcianus⁷⁸. Aufgrund dieser hübschen Auslassung darüber, was von einem Richter im Amt erwartet werden darf, liegt die Vermutung nahe, dass die Juristen einer zurückhaltenden Vorgehensweise gegenüber den Parteien wegen der Würde des Richteramtes den Vorzug gegeben haben. Die Stellungnahme von Callistratus, die hier oben zitiert wird, stimmt gut überein mit dem Gebot von Wetboek van Strafvordering art. 271 Absatz 2, dass ein Richter während der Verhandlung keinen Anschein von irgendeiner Einstellung zu Schuld oder Unschuld des Verdächtigen sehen lässt. Jede Andeutung, selbst eine unbeabsichtigte, den Ausgang des Prozesses betreffend, muss ein Richter vermeiden. Auch aus der Sicht von Callistratus muss der Richter Selbstbeherrschung zeigen, und es ist unpassend für ihn, sich allzu extrovertiert zu verhalten. Er muss Abstand halten zu seiner Umwelt und seine Ohren nicht ausrichten auf die Emotionen der Parteien oder des Publikums. Er muss den Anschein von Voreingenommenheit vermeiden. Ulpian gibt dem Provinzstatthalter selbst explizit den Rat, wenn er als Richter fungiert, mit gewisser politischer Klugheit geduldig (*patiens*) mit den Anwälten zu sein, um zu verhindern, dass er ein Objekt von Geringschätzung wird⁷⁹.

Zur Annahme von Geschenken sagt Favorinus nichts, wahrscheinlich, weil das in seiner Auffassung vom Amt des Richters unter keinen Umständen zulässig war⁸⁰. Im Allgemeinen bestand in der Antike die Meinung, dass es Richtern und Beamten nicht erlaubt war, Geschenke in Geld oder Waren anzunehmen: *male verum examinat omnis corruptus iudex*, jeder korrupte Richter untersucht die Wahrheit schlecht, so Horaz⁸¹. Auch in der späteren kaiserlichen Gesetzgebung findet man

Auch vom Provinzstatthalter wird erwartet, dass er zugänglich ist, doch auf Abstand bedacht, unparteiisch und mit Autorität handelt. Ulp. D.1.16.9; Ulp. D.1.18.6; eine Aufforderung an junge Juristen zum selbständigen Denken: *Constitutio Deo auctore* 6 = C.1.17.1.6 (anno 530).

78. Marc. D.48.19.11pr: ‘*Perspicendum est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit: nec enim aut severitatis aut dementiae gloria affectanda est, sed perpenso iudicio, prout quaeque res exoptulat, statuendum est. Plane in levioribus causis proniores ad lenitatem iudices esse debent, in gravioribus poenis severitatem legum cum alioquo temperamento benignitatis subsequi.*’

79. Ulp. D.1.16.6.3: ‘*Circa advocates patientem esse proconsulem oportet, sed cum ingenio, ne contemptibilis videatur (...).*’

80. Ausführlich Justinianus in C.1.53.1 (anno 528).

81. Horatius, *Satirae* II, 2, 8–9.

ausdrücklich das Verbot der Annahme von Zugaben, u. a. in Verordnungen von Theodosius und Justinian⁸².

Und doch bestanden insbesondere bei der Annahme von angebotenen Essenswaren und Getränken (*esculenta et poculenta*) bei den Juristen großzügige Auffassungen. Besonders wo es um Wild, Geflügel, Fisch und Wein ging, vertraten die Juristen schon zur Zeit der Republik den Standpunkt, dass ein Statthalter, auch wenn er in der bestehenden unteilbaren Einheit von Exekutive und Judikative als Richter auftrat, keine Schenkungen annehmen durfte, außer wenn es um Speisen und Getränke in geringerer Menge ging, die innerhalb einiger Tage verzehrt werden konnte⁸³.

Gellius kommt übrigens bei Favorinus nicht viel weiter. Der Philosoph verursacht bei ihm mit seinen Fragen eine große Unsicherheit: Hält er als Richter einen gewissen Abstand ein, dann bringt er aus dem Beklagten nichts heraus; würde er aber versuchen, ihn durch provokative Fragen aus seinem Versteck zu locken, dann läuft er Gefahr, durch das Fällen eines als parteiisch empfundenen Urteils sich als Richter *litem suam faciendo* strafbar zu machen. Favorinus ist ganz sicher kein Jurist, wie es schließlich auch deutlich wird. Typisch römisch sucht er nach einem älteren Präzedenzfall (*exemplum*), und sich beziehend auf eine alte Rede von Cato (§20, 26), die dieser in seiner Funktion als Anwalt von L. Turius gegen Gnaeus Gellius gehalten hatte, gibt er den Rat, in dessen Fußstapfen den Beklagten doch zu verurteilen. Die Argumentation, der er folgt, kommt völlig aus der oratorischen Rhetorik: Gibt es keinerlei Beweis, dann gilt bei Gleichwertigkeit des moralischen und gesellschaftlichen Standes der Parteien das Prinzip, das später von dem Juristen Marcianus so ausgedrückt worden ist: *in dubio pro reo*: der Position des Beklagten muss dann Vorrang gegeben werden. Da nun bei der vorliegenden Frage die *fama*, die Reputation, des Beklagten sehr schlecht war, und dies im Gegensatz zu derjenigen des Klägers, so würde Gellius seinem philosophischen Freund zufolge gut daran tun, der Klage stattzugeben.

Würde der Ansatz eines Beweises durch den Kläger vorgelegt worden sein, dann würde in Übereinstimmung mit der römischen Beweispraxis die schlechte Reputation des und die umlaufenden *rumores* über den Beklagten eine Verurteilung auch von Rechts wegen vielleicht nahe gelegen haben. Da dies aber nicht der Fall ist, nimmt Gellius Abstand vom Standpunkt des Favorinus, worüber er dann

82. Theod. C. 9.27.6pr. (anno 386); Just., Nov. 8, praef. (anno 535); 17, cap. 12 (anno 535).

83. Mod. D.1.18.18: '*Plebiscito continetur, ut ne quis praesidium munus donum caperet nisi esculentum potulentumve, quod inter dies proximos prodigatur*', in einem Plebiszit ist festgelegt, dass kein einziger Statthalter einen Gegengabe als Geschenk annehmen darf, außer Speisen und Getränken, die in den folgenden Tagen verzehrt werden können. Viel einleuchtender ist übrigens die Instruktion für den Statthalter in Ulp. D.1.16.6.3. Zu der Ablehnung der vorsitzenden Richter im Prozess gegen Dutroux und in dem Prozess Cools, betrachtet auf dem Hintergrund der durch Favorinus aufgeworfenen Fragen: J.E. SPRUIT, 'Favorinus over het rechterambt', in K. GEENS (red.), *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Verstege*, Brugge, 2004, S. 262–268.

auch feinsinnig konstatiert, dass es sich hier um einen Rat handelte, der völlig zu Favorinus als Philosophen passte. (*Favorinum ut virum philosophum decuit*, §24).

Gellius entscheidet sich letztendlich nicht für ein Urteil über den moralischen Lebenswandel des Beklagten, sondern als berufener Richter für die einzige innerhalb der römischen Rechtsordnung mögliche Lösung. Er macht sich klar, dass der alte, beinahe atavistische Grundnorm des Rechts, mit dem Inhalt, dass der, der etwas behauptet, den Beweis für seine Behauptung beibringen muss, — eine nicht in irgendeinem Gesetz verankerte Grundnorm im klassischen römischen Recht: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*⁸⁴ — nicht einmal annähernd Genüge getan wird. Mit klarer Einsicht in seine Unzulänglichkeiten als Jurist — er hält sich für zu jung und ist durchdrungen von seiner ‘mittelmäßigen’ Position bei seinem Auftritt als Richter (§25) — stellt er fest, dass auf der Grundlage des Charakters der Parteien und in Ermangelung irgendeines Beweises eine Zuerkennung der Forderung eine willkürliche Handlung sein würde, die ein Philosoph vielleicht ungehindert vorschlagen kann, die aber aus der Sicht des Rechts als Ordnungsmechanismus der Gesellschaft unzulässig ist. Er ist allerdings zu sehr abhängig von den Konventionen seiner Zeit, dem Dekor der Funktion, der Bedeutung seiner Reputation und der der beiden Parteien, um sich mit Mannesmut als Jurist zu verhalten und das auf der Hand liegende abweisende Urteil auch tatsächlich auszusprechen. Er sorgt für einen *deus ex machina* und entzieht sich der Verantwortung, die er gegenüber dem Praetor auf sich genommen hat. Mit dem Eid, dass ihm die Sache, im vorliegenden Fall vor allem der tatsächliche Sachverhalt, nicht deutlich sei (*iusiurandum rem sibi non liquere*) tritt er als Richter ab und lässt seine Leser im Ungewissen über den weiteren Verlauf des Streitfalls. Weil der Fall von Rechts wegen glasklar ist und aus der Erörterung sehr deutlich wird, dass Gellius eine genau umgrenzte Einsicht in seine Position hat — keine Verurteilung ohne einen überzeugenden Beweis; kein Urteil als Richter nur auf der Grundlage der Charaktere und der Reputation der Parteien — ist anzunehmen, dass dieser Eid ohne besondere Begründung abgelegt werden konnte. In einem laufenden Prozess musste der Richter nach einer solchen Weigerung, Recht zu sprechen, ersetzt werden⁸⁵, ein Vorgang, der, nachdem der Fall an den Praetor zurückverwiesen worden war, von diesem abgehandelt werden musste.

XII

Übrigens spricht Gellius nicht über seine Motive. Was waren die Triebfedern für diese Weigerung, Recht zu sprechen? Besaß er von beiden, vom Juristen und vom Rhetor, zu wenig, um energisch eine Wahl zu treffen? Fürchtete er, so wie

84. Paul. D.22.3.2; vgl. C. 4.19.23 (anno 294); 4.30.10; für denjenigen, der sich gegen die *Exceptio* wehrt, gilt dasselbe: *reus in exceptione actor est*: Ulp. D.44.1.1; KASER – HACKL, S. 597–598.

85. Zu dieser *mutatio iudicis*: Alf. D.5.1.76.

Gellius es sagt, per *imprudentiam*, aus Unverstand⁸⁶, ein falsches Urteil abzugeben und damit Gefahr zu laufen, den Prozess 'zu dem Seinen' zu machen und wegen eines unrechtmäßigen Urteils zu einer Buße verurteilt zu werden? Oder war er so beeindruckt durch das, was Ulpian als *gratia*, Voreingenommenheit zu Gunsten des Klägers oder als *inimicitia*, feindliche Gefühle gegenüber dem Beklagten, andeutet⁸⁷, dass er aus diesem Grunde fürchtete, den Prozess 'zu dem Seinen' zu machen? Gerade zum letzten Punkt wird in der antiken Literatur auf die Normen hingewiesen, die für einen Richter mit Pflichtbewusstsein gelten: In allen gerichtlichen Untersuchungen, bei denen es deutlich ist, dass er eine der beiden Parteien mehr schätzt, muss er sich verweigern⁸⁸; und sollte, so Salvius Iulianus, eine der prozessführenden Parteien ihn in Gänze oder zum Teil zu ihrem Erben machen, dann muss er sich von dem Prozess zurückziehen, um zu vermeiden, dass er Richter in einer eigener Sache wird⁸⁹.

Vielleicht müssen wir den tieferen Grund für diese Weigerung, Recht zu sprechen, in den dahinter liegenden, weit über die Grenzen der herrschenden Rechtsordnung hinaus reichenden moralischen Vorstellungen von Gellius suchen. Er war einerseits so überzeugt von den Unzulänglichkeiten des Gesetzes und, in weiterem Sinne, des Rechts und andererseits so durchdrungen vom hohen Standard, an den ein Richter sich zu halten hatte, dass er aus diesen Gründen davon absah, ein Urteil zu sprechen: ein Urteil, dass entweder der Rechtsordnung entsprechen musste — und also dem Kläger Unrecht gab, was Gellius sozial unzulässig vorkam — oder der gesellschaftlichen Ordnung entsprechen musste — und also dem Beklagten Unrecht gab —, was Gellius moralisch und juristisch unzulässig vorkam.

An anderer Stelle sind in den *Noctes Atticae* Anhaltspunkte für diese These zu finden. Die Unzulänglichkeit von Gesetz und Recht veranschaulicht Gellius an Hand des Falles einer Frau aus Smyrna, die in vollem Bewusstsein ihren Ehemann und dessen Sohn vergiftet hatte zur Vergeltung für den Mord, den beide an ihrem Sohn aus einer vorhergehenden Ehe verübt hatten. Der Statthalter der Provinz, Cn. Dolabella, beriet sich in dieser Sache erst mit seinem Rat (*consilium*); niemand wagte hier, dazu Stellung zu nehmen, denn der Tod selbst wurde als eine passende Strafe (*poena digna*) für beide Mörder angesehen. Der Fall wurde in der Folge durch den Statthalter zur Behandlung an den Hohen Gerichtshof in Athen verwiesen, der dort auf dem Areopag seinen Sitz hatte. Dieser Gerichtshof sprach ebenso keine Verurteilung der Frau aus, sondern ordnete an, nachdem es von dem Fall Kenntnis genommen hatte, dass sie und ihr Ankläger nach 100 Jahren erneut vor dem Gericht zu erscheinen hatten. *Sic neque absolutum mulieris veneficium est, quod per leges non licuit, neque nocens damnata poenitaque quae digna venia fuit,*

86. Gai. D.50.13.6; Ulp. D.5.1.15.1; Gai. D.44.7.5.4; vgl. Inst. Just. 4.5pr.

87. Ulp. D.5.1.15.1.

88. Tacitus, *Dialogus* 5, 2.

89. Jul. D.5.1.17.

so ist die Frau für den Giftmord nicht freigesprochen worden, was auf Grundlage der Gesetze nicht zulässig gewesen wäre, und ebenso wenig ist sie, obwohl strafällig und schuldig, bestraft worden für eine Tat, die das Absehen von einer Strafe rechtfertigte⁹⁰. Gellius veranschaulicht mit dieser kleinen Geschichte seine Sicht auf die Unzulänglichkeit der positiven Rechtsordnung. Um seine Vorstellung von der vornehmen Erhabenheit von Frau Justitia und seine Überzeugung vom hohen Rang des Richters wiederzugeben, nimmt er seine Zuflucht zu einem Zitat aus einer Paraphrase von Chrysipps Buch 'Über das Schöne und Angenehme'. Er paraphrasiert die Worte Chrysipps, der Justitia als eine jungfräuliche Erscheinung mit einem strengen und furchteinflößenden Aussehen und aufmerksam hochblickenden Augen und einer ehrfurchtgebietenden Würde darstellt. Auch über den Richter bleibt er nicht undeutlich. Der Richter, der ja ein Priester⁹¹ der Justitia ist, muss sein *gravem, sanctum, severum, incorruptum, inadulabilem contraque improbos nocentesque immisericordem atque inexorabilem erectumque et arduum ac potentem, vi et maiestate aequitatis veritatisque terrificum*, ernst, unantastbar, streng, unbestechlich, unzugänglich für Schmeichelei, ohne Mitleid für üble und straffällig gewordene Zeitgenossen, unerbittlich, sehr erhaben, mit hoch erhobenem Haupt, von maßgeblichem Einfluss und furchteinflößend durch die Kraft der Wahrheit und das gewichtige Ansehen der Billigkeit⁹².

Wenn man also die Auffassung von Gellius über das Richteramt zur Kenntnis nimmt, das nur nach höchsten Normen optimal bekleidet werden kann, dann sieht man die augenscheinliche Beschlusslosigkeit unseres Autors, als Richter ein Urteil abzugeben, im rechten Licht. Es ist gerade das skizzierte Paradox, das Gellius zu einer wohlüberlegten Weigerung, Recht zu sprechen, bringt, und sicher nicht fehlende Einsicht in die — freilich vor der Hand liegenden — juristischen Aspekte des Falles oder ein Mangel an moralischem Mut. Im Gegenteil: Es ist seine klare Erkenntnis der Spannung zwischen dem, was gesellschaftlich annehmbar ist und wo glaubhaft moralisch das Recht sich befand, die ihn davon abhielt, ein gesellschaftlich annehmbares, aber rechtlich tadelnswertes Urteil zu fällen.

Hätte Gellius doch auf seinen philosophischen Berater gehört und wäre er dem catonischen Beispiel gefolgt und hätte ein Urteil gefällt zugunsten des Klägers, dann hätte er mögliche Konsequenzen nicht allzu sehr fürchten müssen. Als Richter würde er sein Urteil völlig nach seiner eigenen inneren Überzeugung (*religio*) abgeben können⁹³. Um wegen eines quasi-Delikts haftbar gemacht zu werden für das Fällen eines nicht-rechtmäßigen Urteils, muss zu mindest Unvernunft

90. Die Geschichte wird von Gellius erzählt in *N. A.* XII, 7, 1–8; ebenso bei Valerius Maximus, *Memorabilia* 8, 1. Das Bild der Priesterschaft wird auch verwendet von M. AHSMANN, *Over meesters in de rechten en priesters van het recht. Feit en fictie in hun opleiding* (oratie Leiden), Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2012, S. 17–19.

91. Zum Bild des Juristen als Priesters der Justitia, s. Ulp. D.1.1.1.1.

92. Gellius, *N. A.* XIV, 4, 3.

93. Ulp. D.5.1.79: '(...) *prout religio suggerit sententiam proferre*.'

und sonst schwere Schuld oder Absicht nachgewiesen werden. Das Risiko war aber sehr gering, dass gegen einen Beklagten ein solcher Prozess bis zum Ende geführt worden wäre durch einen Kläger von der von Gellius beschriebenen Minderwertigkeit⁹⁴. Für den laufenden Prozess bedeutete seine Weigerung, Recht zu sprechen, dass ein anderer Richter an seiner Stelle ernannt werden musste, damit der Fall noch nachträglich zu Ende geführt werden konnte⁹⁵.

XIII

Über den Verlauf des vorliegenden Falls hören wir nach dem *non liquet* von Gellius leider nichts mehr. Das ist zunächst enttäuschend. Man möchte gerne Aulus Gellius einen Mangel an Zivilcourage vorwerfen, denn rein juristisch gesehen gab es eigentlich kein Problem. Aber ein anderer Blickwinkel würde Gellius vielleicht mehr gerecht werden, wenn wir uns die berühmte Aussage des Juristen Papinianus vor Augen halten: ‘Denn von Handlungen, die unserem Pflichtgefühl, unserer Reputation oder unserem Taktgefühl entgegenstehen und die, wie ich ganz allgemein sagen möchte, im Konflikt mit den guten Sitten vorgenommen werden, muss angenommen werden, dass wir sie nicht vornehmen dürfen,’⁹⁶ so der von dem großen Juristen formulierte ethische Grundsatz.

Im klassischen römischen Recht zur Zeit von Gellius ist für den Richter seine innere Überzeugung der Mittelpunkt, wenn es darum geht, zu einem richtigen Urteil zu kommen. Der römische *iudex unus* ist, um zu einer guten Rechtsfindung zu kommen, völlig auf sich selbst gestellt. Sein ‘freies Ermessen’ bei der Würdigung der Tatsachen und dem dazu vorgelegten Beweis ist groß. An Präzedenzfälle ist er nicht gebunden, denn das *stare decisis* — Prinzip hat in keiner Phase der römischen Rechtsentwicklung eine feste Grundlage bekommen. In der Ordnung des Formularprozesses wird der Richter für den einzelnen Fall von den Prozessparteien gewählt oder durch den Prätor bestellt. Der als Richter bestellte Senator oder Angehörige des Ritterstandes verfügt im Allgemeinen nicht über eine gründliche Kenntnis des Rechts. Als der Laie, der er ist, wird er sich beraten lassen durch ein *consilium* von Juristen oder vielleicht dem Rat eines rechtsgelehrten Beraters von einer der Parteien folgen. Wie dem auch sei, letztlich ist es nur sein eigenes Gewissen (*conscientia*), das ihm als Richtschnur dienen muss: *mea mihi conscientia pluris est quam omnium sermo*, mein Gewissen ist mir mehr als das Gerede von wem auch immer, so Cicero⁹⁷. Ungefähr zweihundert Jahre später gibt

94. Zum *iudex qui litem suam fecit* s. die Betrachtungen von J.M. KELLY, *Roman litigation*, Oxford, 1966, S. 102–117; M.W.J. REIJNTJES, ‘Romeinsrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak’, *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXX (2013), S. 77–101.

95. Zur *mutatio iudicis*, KASER – HACKL, S. 294, Fn 58; 353–354.

96. Pap. D.28.7.15: ‘*Nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*’

97. Cicero, *Epistulae ad Atticum* 13, 28, 2.

Kaiser Hadrian in einem Reskript, das die Glaubwürdigkeit von Zeugen behandelt, dem Richter einen Rat, der mit der Aussage von Cicero übereinstimmt: 'Ich kann Ihnen per Reskript nur die allgemeine Aussage zukommen lassen, dass man in keinem Fall die Untersuchung sofort auf eine einzige Art von Beweis stützen darf, sondern dass Sie nach bestem Wissen entscheiden müssen, was Sie glauben oder was Sie als unzureichenden Beweis ansehen können'⁹⁸.

Trotz der Beratung durch seine rechtsgelehrten Freunde fühlt Gellius sich in diesem seinem Urteil unterworfenen Streitfall in Einsamkeit auf sein eigenes Gewissen und seine (n Mangel an) innere(r) Überzeugung zurückgeworfen, nun, da kein einziger Beweis auf dem Tisch liegt (*nulla probatione solemni*, §9). Seine Position als Richter in völliger Unabhängigkeit wird ihm als gewissenhaftem Mann zu viel. Gerade weil er kein Jurist ist und nicht gelernt hat, unter Ausschaltung von nicht zum Fall gehörenden Argumenten und Überlegungen zu einem Urteil zu gelangen, ist er nicht bereit, sein Gewissen zu belasten, indem er, zu Gunsten oder zum Schaden von gleich welcher der Parteien, ein aus seiner Sicht unter allen Umständen ungerechtes Urteil fällt. Falls diese Vermutung richtig ist, dann ist Gellius nicht so sehr ein Richter, der sich seiner Verantwortung entzieht, sondern eher ein anständiger *civis*, ein *vir honestissimus*, der moralisch zu den Besten seiner Epoche gerechnet werden darf.

98. Call. D.22.5.3.2 in fine: '*hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.*'

La Revue n'est pas responsable des manuscrits qui lui sont envoyés.
Les articles publiés n'engagent pas les opinions de la Rédaction.

© Presses Universitaires de Liège, septembre 2017

Éditeur responsable : Jean-François Gerkens

D/2017/12.839/23

ISSN : 0556-7939

ISBN : 978-2-87562-140-5

RIDA

63²⁰¹⁶

La *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, dont c'est ici la 3^e série, est née de la fusion des *Archives d'histoire du droit oriental* avec la 2^e série de la *Revue Internationale des Droits l'Antiquité*, fondées par Jacques Pirenne et Fernand De Visscher. Elle rassemble des contributions sur les différents droits de l'Antiquité (Rome, Grèce, Égypte, Babylone, Chine...) ainsi que sur leur réception. Ces contributions sont publiées en cinq langues : Français, Allemand, Italien, Anglais et Espagnol. Elle publie également différentes chroniques et, en particulier, la chronique des sessions internationales de la Société Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (SIHDA). Les articles proposés à la revue pour publication sont systématiquement soumis à *peer reviewing*.

Sommaire

Droit des papyrus

L. THÜNGEN, *Neuedition von PL II/38 aus einem griechischen Index zu Papinians libri definitionum*

Droit chinois

G. MACCORMACK, *Physical Injury and Insult in Early Chinese Law with Comparative Annotations from Other Early Laws*

Droit romain

C. AMUNATEGUI, *Market and Ownership in Iron Age Latium*; M.V. BRAMANTE, *A proposito di D.12.1.3 (Pomp. 27 ad Sab.): per una interpretazione del concetto di bonitas*; R. HASSAN, *Bees, Slaves, Emperors, Tyrants: Metaphors of Constitutional Change in Rome Between the Republic and the Principate*; A.R. JUREWICZ, *Bürgerschaft eines Sklaven für seine Herrin? Bemerkungen zur fidepromissio servi in TP. 59 (=TPSulp. 58=TPN 48)*; C. LÁZARO GUILLAMON, *El silencio del demandado en el proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo "quien calla, otorga"*; L. RADULOVA, *Iura sepulcrorum nella Moesia Inferior: la realizzazione di un fenomeno romano in un ambito greco-trace*; C. SARDINHA, *Rechtsvergleichendes zur Sicherungsübereignung in der antiken Vertragspraxis*; J. SPRUIT, *Aulus Gellius als Richter. Eine Betrachtung zu Gellius, Noctes Atticae XIV, 2*

Droit byzantin

M. PETRAK, *Nobile hoc Romani Imperii monumentum: Laudes imperiales in Byzantine Dalmatia*; *Droit romain aux temps modernes*; O. SACCHI, *La regula iuris e i casi perplexi di Leibniz: algoritmo di buona decisione o presidio di verità nel diritto?*; I. SOGUT, *Precautions against interventions creating environmental effects in Roman Law and its reflection of Turkish Law*

Chroniques

Procès-verbal du X^e prix Boulvert
J.-Fr. GERKENS, *La SIHDA à Paris*
Ouvrages reçus à la rédaction

PRESSES UNIVERSITAIRES DE LIÈGE

ISBN : 978-2-87562-140-5



9 782875 621405