EOS
Vol. XLVIII, 3

# SYMBOLAE RAPHAELI TAUBENSCHLAG DEDICATAE

III

OSSOLINEUM

# E O S

**Volumen XLVIII**

**1956**

# EDITORES

GEORGIUS KRÓKOWSKI, VICTOR STEFFEN,
LADISLAUS STRZELECKI

## CONSILIUM EDITORUM

*Bronislaus Biliński — Varsaviae, Georgius Krókowski — Vratislaviae, Casimirus Felix Kumaniecki — Varsaviae, Victor Steffen — Vratislaviae, Ladislaus Strzelecki — Vratislaviae*

Hoc volumen edendum curaverunt

HENRICUS KUPISZEWSKI et JOSEPHUS MODRZEJEWSKI

# EOS

## Commentarii Societatis Philologae Polonorum

Volumen XLVIII 1956

Fasciculus 3


## SYMBOLAE
# RAPHAELI TAUBENSCHLAG
## DEDICATAE
## III

Z księgozbioru
Polskiego Towarzystwa Filologicznego

VRATISLAVIAE—VARSAVIAE 1957
OSSOLINEUM

Les Rédacteurs de *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae (EOS* XLVIII*)* informent que l'Index des sources (fasc. 1—3) paraîtra au cours de l'année prochaine comme une publication à part de l'Institut Papyrologique de l'Université de Varsovie.

# CONSPECTUS RERUM


Paginae

## ORIENS ANTIQUUS

G. Cardascia, *L'éviction par les parents du vendeur dans la vente babylonienne (Etude sur la clause pâqirânu)* . . . . . 3 —13

S. Eisenstadt, *Paralleleinblicke in das jüdische und römische Erbrecht* . . . . . 15 —18

V. Korošec, *Voies de communication dans l'ancien Orient* . . . . . 19 —28

Я. М. Магазинер, *Основные черты старовавилонского права как права рабовладельческого общества (Законы Хаммураби)* . . . . . 29 —44

## AEGYPTUS GRAECO-ROMANA

V. Arangio-Ruiz, *Una divisione di area edificatoria a Tebtynis (P. Univ. Stat. Milano No 91 inv.)* 47 —52

H. Braunert, *Zur Terminologie der Volkszählung im frühen römischen Ägypten* . . . . . 53— 66

A. Calderini, *Alcuni rilievi preliminari di toponomastica greco-egiziana*. . . . . 67— 76

R. Cantarella, *Dal papiro ercolanese 1413 (II)* . . 77— 81

A. d'Ors, *Notulas sobre los Apokrimata de P. Col. 123* 83— 88

H. Kupiszewski, *Les formulaires dans la procédure d'exécution* . . . . . 89—103

C. Michurski, *Les avances aux semailles et les prêts de semences dans l'Egypte gréco-romaine* . . . . . 105—138

J. Modrzejewski, *Note sur P. Strasb. 237 (Une contribution au problème de l'* ἄγραφος *et* ἔγγραφος γάμος) . . . . . 139—154

W. Müller, *Zensus-Deklaration einer civis Romana* . 155—160

K. Preisendanz, *Ein Wiener Papyrusfragment zum Testamentum Salomonis* . . . . . 161—167

V. Tcherikover, *Jewish Apologetic Literature Reconsidered* . . . . . 169—193

## ROMA

F. de Robertis, *La responsabilità del „negotiorum gestor" nel diritto giustinianeo* . . . . . 197—205

W. Kunkel, *Auctoratus* . . . . . 207—226

U. von Lübtow, *Catos leges venditioni et locationi dictae* . . . . . 227—441

† R. Monier, *La position de Labéon vis à vis de l'expression „morbus vitiumve" de l'Edit des édiles* 443—446

J. H. Oliver, *A Spanish Corporation and its Patrons* 447—454

W. Osuchowski, *Le caractère juridique de l'actio civilis incerti à la lumière des scolies des Basiliques (Note critique sur l'interprétation du D. 2, 14, 7, 2)* 455—465

C. Welles, *The Chronology of Dura-Europos* . . . . 467—474

M. Wyszyński, *Quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui (D. 4, 2, 21, 5 Paulus)* . . . 475—491

# ORIENS ANTIQUUS

# L'ÉVICTION PAR LES PARENTS DU VENDEUR DANS LA VENTE BABYLONIENNE

## Étude sur la clause *pâqirânu*

*SUMMARIUM*: *In tabulis rerum immobilium venditionis neobabylonicae aetatis, lex "pâqirânu kasap imḫuru adî 12-tâ itanappal" olim intelligebatur ita ut vindicans duodecuplam pretii solvere cogeretur. Haec interpretatio reprehendenda videtur, quia venditor alienum factum promittere non potest. Ac si opinantur clausulam scriptam esse in venditorem qui, interposita persona, improbe rem a se distractam evincere conatur, contra dicendum est nullas tabulas "venditor duodecuplum solvet" habere. Verum enim hac lege compellitur venditoris propinquus qui, quamvis, pecunia accepta, de iure suo decesserit tamen adversus emptorem actionem moveret, quod ipse accepit duodecies restituere.*

Nous nous proposons d'expliquer ici une clause du contrat de vente néobabylonien, destinée à garantir l'acheteur contre l'éviction venant de parents ou ayants droit du vendeur. Dans sa forme la plus dépouillée elle dispose que *pâqirânu kasap imḫuru adi 12-tâ itanappal*, „le revendiquant remplacera jusqu'à douze fois l'argent qu'il a reçu."

Rencontrée par tous les auteurs qui ont étudié la vente néobabylonienne, elle a reçu d'eux une traduction littérale qui aboutit à des impasses, quel que soit le commentaire adopté. Tous interprétaient en effet *kasap imḫuru*, „l'argent qu'il a reçu" comme désignant le prix d'achat; tous donnaient pour sujet au verbe *maḫâru*, „recevoir", le vendeur (sujet sous-entendu), au lieu du sujet exprimé: *pâqirânu*, „le revendiquant". Cette substitution admise, on se trouve devant un problème insoluble. Il suffit au contraire d'éliminer ce changement de sujet, en d'autres termes, de laisser à la phrase akkadienne sa construction correcte et rigoureuse pour voir s'évanouir toutes les difficultés. Après avoir rappelé le contexte et les formes de la clause, nous montrerons les impossibilités auxquelles se heurtent les interprétations de nos prédécesseurs et nous exposerons la solution que nous voudrions leur substituer.

Le formulaire de la vente immobilière néobabylonienne s'ouvre par la désignation de la chose (nature, superficie, tenants et aboutissants).

L'accord des parties est exprimé par le schéma suivant: „de V (le vendeur) A (l'acheteur) pour X sicles d'argent a acheté". On y joint souvent la mention de prestations accessoires en argent ou en nature (*atru*, *lubaru*, *qîštu*, *nuptu*) dont le rôle principal est d'acheter la renonciation de parents du vendeur à leurs droits sur l'immeuble cédé.[1] Le montant de ces suppléments est, le plus souvent, de l'ordre de 1/20 ou 1/30 du prix; il peut s'élever jusqu'au 1/5 ou s'abaisser jusqu'au 1/180.[2] Peu importe d'ailleurs que l'intervention du conjoint ou des parents du vendeur soit obtenue moyennant une prestation minime, de caractère recognitif, ou même qu'elle puisse être gratuite:[3] sa mention fréquente atteste la survivance de droits de la famille sur le patrimoine immobilier.

Quittance du prix et, le cas échéant, des prestations accessoires est donnée par le vendeur.

Viennent ensuite les clauses de renonciation du vendeur d'une part, des deux parties d'autre part:

| | |
|---|---|
| (*a*) *rugumma ul îši* | une réclamation il (= le vendeur) n'a pas. |
| (*b*) *ul iturruma ana aḫameš ul iraggumu* | ils ne doivent pas revenir là-dessus ni faire litige l'un contre l'autre. |

D'après la thèse, désormais classique, de San Nicolò et de son école, les clauses de renonciation (*Verzichtsklauseln* ou *Nichtanfechtungsklauseln*) s'expliquent parce que la vente babylonienne n'aurait jamais perdu son caractère original de vente au comptant.

[1] M. San Nicolò, *Zum* atru *und anderen Nebenleistungen des Käufers beim neobabylonischen Immobiliarkauf*, dans *Orientalia* XVI (1947) pp. 273—302. L'*atru*, „supplément" semble destiné plus particulièrement a récompenser le vendeur qui appose son sceau sur l'acte d'aliénation, mais on est en droit de se demander dans quelle mesure les scribes qui assignent ce rôle à l'*atru* (*op. cit.* pp. 282—283) n'ont pas dénaturé sa fonction primitive, car l'obligation pour le vendeur d'apposer son sceau et de garantir ainsi l'acquisition de l'acheteur découle de la vente elle-même. Le *lubaru*, „vêtement", est une prestation fournie également au vendeur, mais destinée à son épouse, pour récompenser celle-ci de renoncer à ses droits. Le *qîštu*, „don" et le *nuptu*, „douceur" consistent en argent ou en vêtements remis à des témoins ou à des parents en présence de qui le document est dressé (*op. cit.* pp. 290 et seq).

[2] H. Petschow, *Die neobabylonischen Kaufformulare* (Leipzig 1939) p. 25; M. San Nicolò, *Zum* atru ... p. 280.

[3] En ce sens, San Nicolò, op. cit. pp. 294 et 300—301.

Emanant du vendeur, la promesse de ne pas contester l'accord conclu (*a* et, pour sa part, *b*) permet le transfert de la propriété de la chose à l'acheteur qui n'a pas payé tout le prix; dans la mesure où elle émane de l'acheteur (*b*, en ce qui le concerne), la renonciation vise à empêcher sa revendication du prix dans la vente à livrer. En bref, la clause de renonciation, sous ses diverses formes, suppléerait au défaut de caractère obligatoire de la convention de vente[4].

La clause *pâqirânu* lui fait immédiatement suite, terminant généralement les dispositions contractuelles. Après elle figurent la liste des témoins, le nom du scribe, le lieu et la date. Sa formule la plus développée est en même temps la plus ancienne car c'est elle que l'on rencontre presque exclusivement à l'époque préchaldéenne[5]. Cette formule, que M. Petschow appelle A, est concurrencée à partir de Nabuchodonosor par une formule B, plus courte, qui se substitue peu à peu à la précédente. Une troisième version, C, plus brève encore, semble particulière à Barsippa[6]. Pour l'intelligence de la discussion qui suivra, le plus simple est de partir de la formule A, la plus complète: les autres ne contiennent rien que celle-ci ne possède déjà:

| | |
|---|---|
| (*a*) *Mâtima ina arkât (meš)* | Au cas où dans l'avenir, parmi |
| *ûmê(meš) ina ahhê(meš) mârê (meš)* | les frères, fils, parents, agnats |
| *kimti nisûti u salâti ša V* | et cognats de V, |

[4] M. San Nicolò, *Die Schlussklauseln der altbabylonischen Kauf- und Tauschverträge* (München 1922) pp. 39—40, 99—125.

[5] Toute question de formulation précise mise à part, on la trouve déjà dans le droit moyen babylonien, avec la sanction du dodécuple (cf. Peiser, *Texte juristischen u. geschäftlichen Inhalts*, dans *Keilinschriftliche Bibliothek* vol.IV [Berlin 1896], pp. 88, 90, 96 = VS I. 35, cité par Petschow, *op. cit.* p. 35). Elle pourrait avoir comme lointain précédent, mais alors sans la mention d'une peine conventionnelle, le serment, en usage à Nippur dès la I[ère] dynastie, par lequel le vendeur jure que lui-même "et ses hoirs, autant qu'il en sera, n'élèveront pas de réclamations sur la chose vendue" (San Nicolò, *Schlussklauseln* ... p. 55). C'est seulement à l'époque néobabylonienne que notre clause est abondamment représentée dans les actes.

[6] H. Petschow, *op. cit.* pp. 28 et sq., donne, avec les textes de ces trois formules, tous les détails souhaitables sur leurs dates et leur répartition géographique. Nous reproduisons au texte la formule A. La traduction de la formule B est: „Si parmi les frères, fils, parents, agnats et cognats de la maison du vendeur quelqu'un réclamait disant: „la maison n'est pas vendue, l'argent n'a pas été reçu" le revendiquant remplacera jusqu'à douze fois l'argent qu'il a reçu." Formule C: „Le revendiquant du champ remplacera jusqu'à douze fois l'argent qu'il a reçu".

| | |
|---|---|
| (*b*) *ša illamma ina muḫḫi eqli idibbub ušadbab innû upaqqaru pâqirânu ušabšû umma eqlu ul nadin kaspu ul maḫir iqabbu* | quelqu'un se dresserait, émettant des prétentions sur ce champ, les faisant émettre, changeant (le contrat) revendiquant (le champ), suscitant un revendiquant qui dirait: „le champ n'a pas été vendu, l'argent n'a pas été reçu", |
| (*c*) *pâqirânu kasap imḫuru adi 12-tân itanappal* | le revendiquant remplacera jusqu'à douze fois l'argent qu'il a reçu. |

Pour la commodité de l'examen, nous divisons la phrase en trois parties: (*a*) liste des auteurs éventuels d'un trouble juridique, (*b*) nature du trouble, (*c*) sanction.

On remarquera combien le formulaire, dont on vante la concision, est prolixe à deux égards.

En ce qui concerne d'abord l'énumération des cercles familiaux d'où peut surgir le revendiquant (*a*), le notaire a visiblement le souci de ne laisser échapper personne. Chacun des termes de l'énumération est susceptible d'acceptions plus larges que celles indiquées par notre traduction. *Aḫḫê* ne désigne pas seulement les frères mais englobe tous les collatéraux, à quelque degré qu'ils appartiennent. *Mârê* embrasse tous les descendants en ligne directe. Nous traduisons fort arbitrairement les termes de *kimti*, *nisûti* et *salâti*, que Petschow rend de son côté par „Familie", „Sippe" et „Verwandschaft"; on en ignore, à la vérité, les valeurs exactes que des sources et des travaux futurs établiront peut-être. Il nous suffit de relever ici que la longueur même de l'énumération souligne l'intention d'embrasser le cercle le plus vaste possible d'ayants droit éventuels du vendeur[7].

Le formulaire est tout aussi prolixe en ce qui concerne la façon dont interviendrait l'ayant droit (*b*). Celui-ci peut agir lui-même (*idibbub*): *dabâbu*, synonyme de *ragâmu*, c'est introduire une demande en justice. Il peut, plus précisément, revendiquer (*paqâru*). Il peut vouloir changer (*ênu*), c'est-à-dire attaquer d'une manière quelconque, le contrat. Mais on notera aussi les précautions prises pour qu'un

[7] Cf. la clause parallèle employée à Nippur sous la Ière dynastie et citée ci-dessus, note 5 ... „ses hoirs, autant qu'il en sera ....."

ayant cause rusé n'agisse pas par personne interposée. C'est pourquoi on reprend les deux premières expressions au *šaphel*, à la forme factitive: *ušâdbab*, „s'il fait agir quelqu'un"; *ušabšu pâqirânu*, „s'il suscite un revendiquant". En somme on veut empêcher tout parent du vendeur de contester la validité de la vente, directement ou par personne interposée.

La sanction (*c*) soulève des difficultés graves. D'après l'opinion commune, le *pâqirânu*, le revendiquant, remplacera douze fois l'argent qu'il (sous-entendu: le vendeur) a reçu; en d'autres termes, le parent qui revendique est frappé d'une peine égale au dodécuple du prix d'achat.

Cette interprétation se heurte de toutes parts à des impossibilités.

Peut-il s'agir d'une disposition légale qui soumettrait l'annulation de la vente au profit d'un retrayant à la condition que celui-ci rembourse douze fois le prix au retrayé? L'invraisemblance est criante, car ce serait l'abolition du retrait. Si la loi avait supprimé cette faculté, ce ne serait pas sous cette forme, qui est une dérision. Quoi qu'on ait écrit sur la concision du formulaire babylonien — concision que l'on a exagérée, à notre avis — il est certain que le notaire, prudent à l'extrême en Babylonie comme ailleurs, insère volontiers dans les actes des stipulations superflues qui se bornent à reproduire des obligations légales.[8] Mais il existe des limites à la prolixité du style notarial: si redondant qu'il soit, il n'inscrira jamais dans un contrat une obligation légale qui incomberait à un tiers, à une personne parfaitement étrangère à la convention, ce qui serait le cas pour l'obligation légale du retrayant de verser douze fois le prix d'achat.

A notre connaissance aucun auteur n'a soutenu la thèse précédente et nous n'y avons fait allusion que pour déblayer le terrain de toutes les explications possibles. Mais les opinions entre lesquelles hésite M. Petschow, à la vérité assez différentes de celle que nous venons d'exposer, prêtent le flanc aux mêmes critiques. Au texte, l'auteur

[8] De ces précautions inutiles le formulaire de la vente mobilière offre un excellent exemple: la clause garantissant l'acheteur contre l'éviction simple, venant d'un tiers quelconque. La clause est superflue parce que l'obligation de garantir en promettant de rembourser le prix, même si elle ne figurait pas expressément dans le contrat, résulterait néanmoins de la loi (cf. un fragment de loi néobabylonienne, British Museum 82714,988 col. 2, 11. 15 et suiv.: „[en cas d'éviction] le vendeur versera à l'acheteur l'argent, tel qu'il résulte de la lettre du contrat, dans son intégralité" M. San Nicolò, *Schlussklauseln* p. 194).

s'étonne que le vendeur puisse formuler une promesse pour autrui, mais ne paraît pas oser écarter cette impossibilité juridique[9]. En note il esquisse la thèse d'après laquelle la peine du dodécuple serait procédurale, donc légale, explication qui rencontre les objections signalées plus haut[10].

L'opinion exposée par San Nicolò dans la plupart de ses travaux[11] consiste à faire des ayants droit familiaux des personnes qui interviennent dans l'acte; elle a l'avantage d'échapper aux critiques précédentes. Nombreux sont en effet les parents qui concourent à l'acte. Ils figurent parmi les témoins, mais leur rôle dépasse celui de simples témoins instrumentaires: ils ont renoncé; ce sont donc eux qui promettent la pénalité du dodécuple. Nous nous heurtons alors à d'autres difficultés; des parents ne sont pas toujours cités expressément parmi les témoins. Admettons que nous ne soyons pas en mesure de reconnaître la qualité de parents de certains d'entre eux; supposons même que les témoins soient souvent, sinon exclusivement, des parents du vendeur. Il subsiste une difficulté tirée de l'extrême généralité, du caractère indéterminé des parents susceptibles d'intervenir. On stipule: „Si parmi les frères, les fils, les parents, les agnats, les cognats du vendeur, il en est un (quelconque) qui se lève pour contester.... il paiera douze fois le prix". Comment concilier cette indétermination de la personne visée par la clause avec le caractère obligatoire de celle-ci? La clause pénale ne peut être opposée qu'à ceux que l'ont consentie. Or, le membre de phrase qui détermine le sujet de cette obligation cherche à être le plus large, le plus compréhensif possible. Il est cependant exclu que toute la parenté du vendeur, aussi loin qu'elle s'étende, intervienne toujours effectivement dans la vente.

Il en irait autrement si la peine du dodécuple pesait en réalité *sur le vendeur*.

San Nicolò, dans ses *Beiträge* (1931) a suggéré cette nouvelle solution, comme par mégarde, en écrivant au sujet de la clause

[9] „Eigentümlich ist hierbei, dass der Verkäufer in dieser Klausel nicht nur sich, sondern auch seine Verwandten zur Zahlung einer hohen Vertragstrafe verpflichten, also einen Vertrag zu Lasten eines Dritten wirksam schliessen kann" H. Petschow, *op. cit.* p. 31.

[10] „Vielleicht handelt es sich um eine — schon gesetzliche — Prozessstrafe, die dem Vindikanten bei Erfolglosigkeit seiner Klage auferlegt wurde", *ibid.* p. 31, n. 76.

[11] *Schlussklauseln* p. 203, n. 50; *Zum* atru .... (in *Orientalia*, 1947) p. 299.

*pâqirânu*: „Hier verspricht nämlich, wenn wir die Klausel recht verstehen, ***der Verkäufer*** für sich und die *venientes a se personae*, im Falle der Vindikation, Rückgabe des Kaufpreises im zwölffachen Betrage an den Käufer"[12]. Suggestion faite par mégarde — disons-nous—car, antérieurement, dans ses *Schlussklauseln* (1922) et postérieurement, dans son article sur *l'atru* (1947), San Nicolò considère le parent du vendeur, et non le vendeur lui-même comme le débiteur de la peine; d'autre part l'opinion émise dans les *Beiträge*, poussée dans ses conséquences logiques, contredirait la thèse principale de l'auteur sur la vente babylonienne[13].

Devant les difficultés soulevées par l'interprétation de notre clause, nous avions naguère été séduit par la suggestion des *Beiträge*[14], et nous avons songé, un temps, à la développer de la manière suivante: puisque le vendeur doit garantir l'acheteur contre l'éviction venant d'un tiers quelconque, à plus forte raison doit-il être tenu de le garantir contre les *personae a se venientes*. Cette garantie est d'autant plus nécessaire, dans la vente immobilière, que les risques d'éviction venant de ce chef sont plus grands. La clause que nous étudions éveille l'existence d'un cercle étendu de parents dotés de droits menaçants pour l'acheteur. Rien d'étonnant, par conséquent, à ce que le vendeur soit tenu à garantie contre ces éventuels auteurs de troubles. Lui seul sait qui ils sont; il connaît l'étendue de leurs droits; il est en mesure d'obtenir leur approbation de la vente soit gratuitement soit au moyen des prestations accessoires qu'il a reçues de l'acheteur.

L'hypothèse d'une pénalité à la charge du vendeur expliquerait même son taux élevé. En effet, la garantie de droit commun, avec le remboursement du prix, permet à l'acheteur de ne pas être lésé par l'éviction. Mais l'action d'un membre de la famille du vendeur peut être suspecte. Il y a danger de collusion entre le vendeur et son parent. Un vendeur qui regrette l'aliénation consentie pourrait toujours se retirer du contrat en remboursant le prix: il lui suffirait pour cela de faire intervenir un parent. Afin d'empêcher cette manoeuvre, on insérerait dans la vente une lourde pénalité conven-

[12] *Beiträge zur Rechtsgeschichte im Bereiche der keilschriftlichen Rechtsquellen* (Oslo 1931) pp. 191 et 210 n. 2.

[13] Voir infra note 18.

[14] Cf. notre compte-rendu des *Babylonische Rechtsurkunden* de San Nicolò dans *RIDA* 1954. p. 112

tionnelle, pour le cas où la tentative d'éviction viendrait d'un membre de la famille du vendeur: ce serait, en d'autres termes, établir une présomption irréfragable de collusion entre le vendeur et son parent. Cette pratique — notons-le bien — n'anéantirait pas les droits de la famille: elle lui imposerait seulement de les faire valoir avant la vente[15]. Ainsi, distinguerait-on deux hypothèses de garantie contre l'éviction: 1) en cas d'éviction réalisée par un tiers quelconque, le vendeur rembourserait le prix d'achat: c'est la solution légale, qui n'a pas besoin d'être inscrite dans l'acte[16]; 2) en cas d'une simple tentative d'éviction venant d'un parent du vendeur (c'est-à-dire — présume-t-on — du vendeur lui-même), on stipule une peine du dodécuple pour ôter à l'aliénateur jusqu' à la tentation de frauder. Ce système cohérent serait analogue (le taux de la peine mis à part) à celui que les éditeurs des *Tablettes Albertini* ont cru voir dans les fameuses stipulations de garantie des tablettes vandales[17].

Mais, pour cohérente qu'elle soit, l'hypothèse précédente offre l'inconvénient majeur de ne pas se concilier parfaitement avec les sources. Parmi les nombreux actes où la clause est inscrite, on n'en trouve pas un seul qui donne la formule que l'on attendrait: „Le vendeur remplacera douze fois l'argent qu'il a reçu". Tout au plus pourrait-on soutenir que cette interprétation ne sollicite pas le texte d'une façon excessive. Nous nous sommes efforcé de montrer que la clause pouvait être dirigée contre une initiative du vendeur agissant par l'intermédiaire d'un parent. Le texte baigne dans une atmosphère de suspicion à l'égard de personnes qui agissent sous le couvert d'autrui, encore qu'il soit question du parent qui agit par personne interposée, et non du vendeur lui-même. Quoi qu'il en soit, si l'on admet que l'instigateur de l'éviction est en

[15] On a songé du reste à la possibilité d'un régime de publicité préalable des ventes immobilières (cf. H. Petschow, *op. cit.* pp. 13, 33; M. San Nicolò, *Zum* atru pp. 293—294).

[16] Cette *formula simplae* est tout à fait exceptionnelle dans la vente immobilière, mais même dans la vente mobilière, son terrain d'élection, elle est loin de figurer de manière constante (au temps de la I[ère] dynastie babylonienne, par exemple, elle n'est insérée que dans un acte sur quatre: M. San Nicolò, *Schlussklauseln* p. 138).

[17] Opinion de M. Saumagne, in *Tablettes Albertini* (de Courtois, Perrat et Saumagne) (Paris 1951) notamment pp. 113 sq., cf. sur ce sujet, les critiques de J. de Malafosse, *Notes sur les Tablettes Albertini: les stipulations de garantie*, in *RHD* 1953 pp. 110—120 et J. Ph. Lévy, *La garantie contre l'éviction d'après les Tablettes Albertini*, in *RHD* 1954 p. 321 et sq.

réalité le vendeur, il n'est pas impossible que le scribe, dans une langue qui n'a pas la rigueur moderne, écrive *pâqirânu*, „le revendiquant" en pensant „le vendeur" puisqu'il voudrait, précisément, établir la présomption d'après laquelle, derrière l'action du parent, se cache la revendication du vendeur. Le scribe aurait visé surtout à poser cette présomption et ceci pourrait expliquer cette rédaction embarrassée, au lieu de la rédaction naturelle: „Le vendeur paiera ..." Dans la *stipulatio duplae* des tablettes vandales certains voient la même rédaction contournée pour atteindre le vendeur qui se cache derrière une personne interposée[18].

Néanmoins cette explication doit être également rejetée parce que — répétons-le — parmi des dizaines d'actes, aucun n'attribue expressément au vendeur la charge de la peine du dodécuple.

La véritable solution de cette *crux*, suggérée au début de cet article, est d'une extrême simplicité. Tandis que l'on hésitait sur l'identité du revendiquant, on tenait pour assuré que l'expression *kasap imḫuru*, „l'argent qu'il a reçu", ne pouvait désigner autre chose que le prix d'achat: cette certitude imposait même d'introduire dans la phrase un changement de sujet: „Le revendiquant remplacera douze fois l'argent qu'il (le vendeur) a reçu". Si l'akkadien ne redoute pas de tels changements de sujet il est clair qu'ils n'ont rien de nécessaire. Ce préjugé a égaré les chercheurs. La phrase doit être prise telle qu'elle est écrite: „Le revendiquant remplacera douze fois l'argent qu'il a reçu". Cet argent n'est pas le prix d'achat, mais le supplément de prix (*atru* ou *qîštu*) qui lui a été versé directe-

[18] Voici en quoi cette explication — si elle devait être retenue, ce que nous nions plus loin — contredirait la thèse classique de San Nicolò sur la vente babylonienne: si la clause *pâqirânu* était une garantie contre le fait du vendeur, la clause de l'ancien droit babylonien (citée supra n. 5, „le vendeur jure que lui-même et ses hoirs, autant qu'il en sera, n'élèveront pas de réclamations sur la chose vendue") qui en constitue le prototype, aurait la même inspiration: elle serait un serment garantissant l'acheteur contre le fait du vendeur. On pourrait en dire autant de toutes les clauses „de renonciation" émanant du vendeur seul. On serait alors tenté de faire passer la majeure partie des clauses dites „de renonciation" dans le dossier des garanties contre l'éviction et de réduire l'importance des clauses bilatérales qui, seules, échapperaient à ce transfert. Il deviendrait possible de prétendre qu'il y a là des clauses de style sans grande portée juridique, destinées tout au plus à exprimer le consentement des parties, à déclarer la vente parfaite. Cela mettrait en péril toute l'argumentation de San Nicolò, pour qui l'appareil des clauses de renonciation est rendu nécessaire dans la vente babylonienne par le maintien du principe de la vente au comptant.

ment ou par l'intermédiaire du vendeur: c'est la prestation accessoire qui est le prix de la renonciation au droit du parent.

Du même coup sont écartées toutes les objections tirées de l'indétermination des revendiquants éventuels. Le revendiquant peut provenir d'un point quelconque du large cercle familial: il se trouve déterminé par le membre de phrase *kasap imḫuru*. Seul est soumis à la peine du dodécuple celui qui, en acceptant un *atru*, a fait abandon de ses droits. Qui n'a rien reçu ne doit rien. Du même coup aussi se trouve justifié un taux qui paraissait exorbitant: L'*atru* représentant 1/20 ou 1/30 du prix d'achat, la peine conventionnelle qui ne consisterait pas dans le dodécuple de cette prestation risquerait de manquer d'efficacité.

La nouvelle interprétation lève enfin d'autres difficultés. Par l'ancienne on était conduit à attribuer aux paroles du revendiquant rapportées en style direct dans les formules A et B un sens qu'elles n'ont pas et les auteurs construisaient là-dessus une distinction à la vérité, assez mal intelligible. Pour eux, dans les formules A et B, le revendiquant n'encourait la peine du dodécuple que s'il niait l'existence du contrat; il était loisible au contraire à quiconque de revendiquer en se fondant sur tout autre moyen de droit[19]. D'après cette opinion, seule la formule C, dépouillée du membre de phrase: „*umma eqlu ul nadin...*" sanctionnait toute contestation, quelle qu'en fût la motivation. Mais cette distinction ne nous semble pas justifiable. La revendication ne saurait jamais être fondée sur l'inexistence d'une aliénation, mais bien sur l'existence d'un droit réel au profit du demandeur. Pour un revendiquant nier l'existence d'une aliénation est la conséquence et non la base de sa prétention. Nul ne peut contester la vente sans invoquer un droit sur la chose prétendument aliénée, et invoquer un droit sur la chose amène à nier la validité du contrat qui serait au moins conclu *a non solo domino*. En réalité les trois formules A, B et C ont la même portée et comminent toutes trois la peine de dodécuple contre tout parent qui, après avoir renoncé à son droit, contesterait la vente.

[19] En ce sens Petschow, *op. cit.* pp. 33—35, suivi par San Nicolò, *Zum* atru p. 299 qui écrit: „Denn diese Sanktion (la peine du dodécuple) ist gegen eine Anfechtung des Kaufvertrages seitens der Sippe des Verkäufers gerichtet, die sich auf die Behauptung *bîtu ul nadin kaspu ul maḫir*", das Haus ist nicht gegeben, das Silber ist nicht empfangen „stützt, also den Bestand des Kaufvertrages abstreitet".

Il va de soi que la clause *pâqirânu* peut être devenue, dans une certaine mesure, une clause de style: il n'est pas nécessaire, pour qu'elle figure dans un document de vente, qu'existent effectivement des parents renonçants.

Quoi qu'il en soit, sa fréquence atteste la survivance, à basse époque, de droits de la famille assez vigoureux sur les biens immobiliers. C'est la raison pour laquelle elle appartient au domaine de la vente immobilière: le danger, pour l'acheteur d'un immeuble, ne vient guère d'un tiers quelconque, mais d'un parent du vendeur. Cette garantie spéciale n'empêche pas, à notre avis, le fonctionnement de la garantie générale contre l'action éventuelle d'un tiers véritable, mais cette dernière n'a pas besoin d'être inscrite dans l'acte puisqu'elle découle de la loi.

[*Caen*] *Guillaume Cardascia*

# PARALLELEINBLICKE IN DAS JÜDISCHE UND RÖMISCHE ERBRECHT

*SUMMARIUM: Auctor describit similitudines quae inter legem Iudaeorum et Romanorum intercedunt in quaestionibus quibusdam ad ius successionis pertinentibus.*

Es ist bekannt, dass das schriftliche Testament dem vorhellenischen jüdischen Rechte fremd war. Das durch Tradition und Gesetz streng fixierte gesetzliche Erbrecht konnte ausnahmsweise nur innerhalb der Familie durch mündliche Erklärung des Vaters korrigiert werden.[1] Dies bildete den Ausgangspunkt des schriftlichen Testamentes διαθήκη דייתקי.[2] Immerhin sträubte sich noch das herkömmliche Erbrecht gegen dessen gänzliche Abolition. Das testamentarische Erbrecht konnte sich nur neben dem gesetzlichen als ganz getrenntes paralleles Rechtsinstitut entwickeln.[3]

Die Grundanforderungen für die Gültigkeit eines Testaments sind dem römischen Rechte der klassischen Zeit und dem jüdischen Rechte gemeinsam.[4] So heisst es bei Justinian in einer von Gaius entnommener Stelle[5] *posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur.* Das gleiche sagen die jüdischen Rechtsquellen von der διαθήκη. Selbst wenn das zweite Testament das erste gar nicht widerspricht ist das zweite allein massgebend.[6]

Die gesetzliche Erbschaft wird im jüdischen Rechte als unvermeidliche Naturerscheinung angesehen und sie kommt, wie der

[1] Genesis 48, 5—6.

[2] Siehe: Mischnah Baba Mezia I, 7; Tosefta Baba Bathra 11,6; Gemara Baba Bathra 135 b und andere Talmudstellen.

[3] Dr Mordche W. Rapaport, *Der Talmud und sein Recht* (Berlin. 1912) S. 112—118.

[4] Über die Ähnlichkeit des jüd. Testaments der talm. Zeit mit dem der griech. Pap. vgl. Gulak, *Urkundenwesen.*

[5] Inst. 17, 2; 28 Dig. 3,1.

[6] דייתקי מבטלת דייתקי (Baba Bathra 135 b und 152 b). Nur im Fall, wenn das zweite Testament das erste ergänzt bleiben beide Testamente giltig.

Talmud sich ausdrückt, von sich selbst mit dem Tode des Erblassers.[7] Sie braucht deshalb keinen nachträglichen formellen Erwerb und ist an keine Erwerbsformen gebunden. Das jüdische Recht kennt deshalb weder die ***aditio hereditatis***, noch die restriktiven Normen, die die von der Natur selbst begründete aktive und passive Erbfähigkeit begrenzen. Die Erbschaftsmasse bildet bis zu ihrer Verteilung unter den gesetzlichen Erben — genau wie im römischen Recht — eine *universitas rerum*, die תפוסת הבית. Die Erben erscheinen als *socii in partes pro indiviso*.[8] Auch wenn eine Teilung auf Verlangen der Erben vorgenommen wird, werden Massregeln gegen die irrationelle Zersplitterung der Erbschaftsmasse getroffen.[9]

Die Erbschaftsmasse — und nur sie allein — haftet für die Schulden und die Alimentationsverpflichtungen des Erblassers. Selbst nachdem sie verteilt wurde haftet jeder Erbe nur bis zur Summe, die er aus der Erbschaft erhielt. Der Talmud drückt das figural aus, indem er von zwei getrennten Taschen des Erben spricht.[10]

Eigenartige ökonomische und politische Gründe haben auch manche andere Kontroversen zwischen jüdischem und römischem Erbrecht hervorgerufen. Das bezog sich vor allem auf die Publizität der Testamente. Wie bekannt, war das römische Testament öffentlich und mit grosser Feierlichkeit *in comitiis calatis*, *in procintu*, oder *per aes et libram* abgefasst. Sselbst das prätorische Testament wurde öffentlich vor 7 Zeugen, die die Urkunde versiegelten, verfasst. In späterer Kaiserzeit war sogar üblich die Testamente bei einer öffentlicher Behörde zu deponieren.[11]

[7] Baba Bathra 142 a und mehrere andere Talmudstellen. Vgl. Maimonides, Jad Chasakah Hilchoth Nachloth 7,1.

[8] היורשין שותפין לכל דבר (Maimonides *ibid.* 9,1).

[9] Tur Choschen Mischpat des Rabbi Jakob ben Ascher 179, wenn die Sache mechanisch unteilbar ist oder wenn derer Teilung materiell unzweckmässig erscheint, soll die Sache in Natura einem der Teilerben zugesprochen werden und die anderen sollen die gehörige Entschädigung bekommen. Nötigenfalls soll die Frage durch Verlosung des Erbschaftsobiekts ihre Lösung finden.

[10] Schulchan Aruch Achoschen Mischpat 107,1. So heisst es hier: „Es ist wohl Pflicht der Erben die Schulden ihres Vaters zu zahlen, sie können dazu genau so gezwungen werden wie ihr Vater selbst, aber wenn sie nichts geerbt haben, sind sie nicht verpflichtet die Schulden zu zahlen". In talmudischer Zeit wurden die Erben sogar verpflichtet allein von den Immobilien der Erbschaft die Schulden des Erblassers zu decken.

[11] R. W. Lee, *The Elements of Roman Law* (London, Sweet § Maxwell, second edition 1949) S. 180—184. und auch mein hebräisches Handbuch zur *Geschichte und Dogma des römischen Rechts* (Tel-Aviv, „Hamischpat", 1953) S. 229—232.

Im Gegensatz zu diesem Allen behielt das jüdische Testament im Laufe der ganzen griechisch-römischen Periode den strengen Charakter einer Privaturkunde, die der Testator lebenslang unter seinen Papieren bewahrte, nachdem er sie durch zwei Zeugen ohne jegliche Öffentlichkeit unterzeichnen liess.[12] Die Sache liess sich auch einfach erklären; jede Öffentlichkeit konnte zu jener Zeit das Vermögen des jüdischen Bürgers, um das auch sonst die *publicani* und die Steuerpächter lauerten, schwer gefärden.

Es ist auch zu bemerken, dass das jüdische Erbrecht keine Möglichkeit eines Zustandes der *hereditas iacens* und destomehr der *bona vacantia* zuliess. Es hat die gesetzliche Erbfolge nach der *linea descendens*, *ascendens* und *transvera* bis ins Unendliche ziehen lassen.[13] Nur der Proselyte, der nach seinem Übertritt zum Judentum keine Kinder erzeugte (und der auch nicht testierfähig war), besass tatsächlich keine Erben, da alle Verwandtschaftsverhältnisse, welche auf Geburt und Heirat in seiner heidnischen Lebensperiode beruhten als aufgelöst betrachtet wurden. In diesem Falle wurde das Gesammtvermögen des Proselyten als *res nullius* angesehen.[14]

In einzelnen Fällen durfte das Gericht auch im jüdischen Recht unwürdigen Erben den Eintritt in die Erbschaft versagen,[15] aber weder im Talmud noch in späteren Kodifikationen und Responsen wird das Prinzip des Ereptoriums, wie es im römischen Rechte bestand, in allgemein gültiger Form reglementiert. Das merkwürdige dabei ist, dass die römischen Rechtsbestimmungen, gemäss denen der dolose oder der culpose Mörder des Erblassers seines Erbteiles beraubt werde,[16] im prophetischen Ruf Eliyahu's an den König Ah'ab „Hast gemordet und schon geerbt"[17] ihren eigentlichen Ausgangspunkt haben.

[12] Siehe die Einzelheiten über Bezeugung von Privaturkunden bei Maimonides Yad Chasakah Hilchoth Eduth.

[13] Maimonides Yad Chasakah Hilchoth Nachaloth I, 3. Nach Aufzählung der gesetzlichen Erben aller Grade und Linien gibt Maimonides zu: „Deshalb gibt es keinen Menschen in Israel, der keine Erben besitzt".

[14] Baba Bathra 149 a; Schulchan Aruch Choschen Mischpat 256,1.

[15] Schulchan Aruch Choschen Mischpat 282, 2. Da heisst es: „Ein Israelite, der von der Religion abgefallen ist, erbt seine israelitischen Verwandten wie früher. Aber wenn das Gericht einsieht ihm das Vermögen zu entziehen und ihn zu bestrafen, damit er nicht erbt, ist es dazu befugt".

[16] D. 34, 9, 3, C. 6, 35, 10.

[17] Könige I, 21, 19.

Das jüdische Recht kennt auch, zum Unterschiede vom römischen, nicht das Recht des Staates auf den Nachlass, respektiv auf einen Teil desselben, weil es im Laufe der ganzen griechisch-römischen Periode den fremden und feindlichen Staat vor Augen hielt; bei der nun im Staate Israel geplanten Reform des jüdischen Erbrechtes wird in den Gesetzentwürfen das eventuelle Erbrecht des Staates berücksichtigt.[18]

Wie bekannt, hat das spätrömische Recht, auf Grund der Novellen 22c, 23 und 30 Justinians, dem *parens binubus* das Erbrecht auf die *lucra nuptialia* seiner ersten Frau versagt und hat es ausschliesslich seinen Kindern von dieser ersten Frau zugewiesen. Im jüdischen Recht galt diese Begrenzung von altersher als integraler Teil der Kethubah und ist mit dem Namen „Kethubath benin dichrin" bekannt.[19]

Auch kennt das jüdische Recht die Erbzuteilung an den *nasciturus*,[20] obgleich es sonst keine Vermögensübertragung an eine nichtexistierende Person zulässt.[21]

[*Tel-Aviv*] *Somuel Eisenstadt*

[18] Über den Erbanspruch des Staates gemäss dem genannten Gesetzentwurf siehe den Entwurf zum neuen israelischen Erbschaftsgesetz [hebräisch], Ausgabe des Justizministeriums, Jerusalem 1952. Art. 19. Bemerkungen dazu S. 59—65.

[19] Kethuboth 52 a; Schulchan Arueh Ewen Haëzer 111; Maimonides Yad Chasakah Hilchoth Ischuth 16, 7.

[20] Schulchan Aruch Choschen Mischpat 210,1; der Grundsatz ist durch die späteren Rechtsschulen angenommen gegen die Sondermeinung des Rabbi Isaak Alfassi und Maimonides (Siehe Maimonides Yad Chasakah Hilchoth Mechirah 22, 6).

[21] Siehe Maimonides *l.c.*

# VOIES DE COMMUNICATION DANS L'ANCIEN ORIENT SOUS L'ASPECT JURIDIQUE*

*Illustrissimo antecessori doctori Raphaeli Taubenschlag hunc libellum, continentem sermonem, qnem in Conventu Assyriologico Internationali (Rencontre Assyriologique Internationale), Parisiis anno MCMLV habui* d. d. d.

*SUMMARIUM: Asiae Anterioris reges, quamquam saepe agnoscentes vias munitas in bello et in pace magni esse momenti, tamen de extructione et conservatione earum nullas leges tulisse videntur.*

*Iure consuetudiniario in Asia Anteriore necnon in Aegypto vigente civitatum principes, in Babylonia immo singulae urbes, ad damnum sarciendum tenebantur, si reus criminis ipse comprehendi non potuerat.*

## I.

La grande majorité des textes cunéiformes juridiques concernent le droit privé, car dans le despotisme des divers Etats de la Mésopotamie il n'y a pas de règles juridiques qui seraient obligatoires aussi pour leurs souverains. C'est seulement dans l'Etat des Hittites en Asie Mineure que la loi constitutionnelle de Télipinou peut être considérée comme une certaine limitation du pouvoir royal absolu. En général, dans l'Ancien Orient l'Etat était personnifié en son souverain.

C'est pourquoi les relations diplomatiques[1] entre deux Etats furent en effet des rapports entre les chefs des deux Etats. La découverte des archives diplomatiques à El-Amarna (en Egypte), à Mari et à Ougarit (en Syrie), à Hattousha (Boghazköi en Asie Mineure) nous a donné la possibilité de nous faire une idée des rapports inter-

* Communication faite le 21 Juin 1955 à l'occasion de la V^e^ Rencontre Assyriologique à Paris (publiée, avec quelques modifications legères en langue slovène dans le *Zbornìk znanstvenih razprav*, XXVI [Ljubljana 1956] pp. 75 ss.).

[1] Cf. V. Korošec, *Mednarodni odnošaji po klinopisnih poročilih iz el-amarnskega in hetitskega državnega arhiva* [= *International Relations according to Cuneiform Reports from the Tall al-Amarna and Hittite State Archives*] *Zbornik znanstvenih razprav*, XXIII Ljubljana (1950) pp. 291—397 (avec résumés en langue russe et en langue anglaise).

nationaux dans le bassin de la Méditerranée Orientale. Nous y pouvons constater qu'au moins à partir de la première dynastie babylonienne jusqu' à la chute de l'Empire hittite, c'est-à-dire au cours d'une période de 500 ans, il y avait déjà un nombre considérable d'Etats. Les Etats qui, en tant que monarchies absolues, ne présentent que de légères différences, forment dans leur ensemble, sous certains aspects déjà une société. Ils sont indépendants, ils se reconnaissent mutuellement comme tels et gardent jalousement leur parité mutuelle.

Les rapports diplomatiques se développent régulièrement par la correspondance entre les chefs d'Etats. Leurs lettres sont transmises par des messagers (*mâr šipri*), qui en même temps apportent au destinataire aussi un cadeau (*šulmanu*) de la part de leur souverain. La correspondance diplomatique de ces temps s'occupe en premier lieu des affaires qui intéressent les deux souverains personnellement. Mais de temps en temps, l'on y traite aussi d'autres affaires, dont certaines concernent la sûreté publique sur les voies de communication. C'est pour cette raison que la correspondance diplomatique prend de l'importance pour notre question: qu'est-ce que les divers Etats de l'Ancien Orient ont contribué par leurs ordres juridiques au progrès dans le domaine des voies de communication?

Les inscriptions et les tablettes accadiennes et hittites ne font mention des routes et du traffic qu'incidemment. Les voies de communication sónt considerées surtout sous l'aspect stratégique, parfois aussi sous celui économique et commercial.

Dans leurs expéditions contre le royaume d'Ourartou les rois assyriens Téklathphalasar I et Sargon I eurent à surmonter de grandes difficultés.[2] Ils racontent qu'en terrain montagneux et sans chemins, ils furent obligés à faire la route à pied. Ainsi dans le pays de Koummouhi, Téklathphalasar I fit construire une route stratégique, afin de pouvoir y pénétrer avec ses chars et ses soldats.[3] A Ninive, Sennachérib construisit la „route royale". Il la fit marquer par stèles, érigées le long de ses bords. Puis il interdit, sous peine de mort par l'empalement de construire des maisons

[2] Cf. D.D. Luckenbill, *Ancient Records of Assyria and Babylonia*, I—II, (Chicago 1926—1927); pp. I, 221, 224, 229, 236; II 118, 142, 170, 176.

[3] Cf. D.D. Luckenbill, *op. cit.* p. I, 222; B. Meissner, *Babylonien und Assyrien*, (Heidelberg 1920), I, p. 340.

au bord de la route de telle manière que les fondements empiéteraient sur la route royale elle-même[4].

D'autre part c'est le roi assyrien Asarhaddon qui tient compte de l'importance économique des routes. Lorsqu'il reconstruisit Babylone que son père avait détruite, il fit construire des routes conduisant vers les quatre points cardinaux, afin d'encourager le commerce des Babyloniens avec tous les pays voisins[5].

Les Hittites qui, en général, ont tâché de régler les divers domaines de la vie publique par des instructions spéciales, ont établi dans l'instruction, publiée comme KUB. XIII, 2, les devoirs et les compétences du *bêl-madgalti*, gouverneur des pays limitrophes. Au commencement de cette instruction, malheureusement endommagé, il est prescrit que le *bêl-madgalti* est obligé de surveiller les routes conduisant vers le pays ennemi. Nous y apprenons combien de sentinelles doivent être placées sur les routes et à quelle distance. Lorsqu'on aperçoit quelque trace de l'ennemi, on est obligé d'en informer le gouverneur. Si un ennemi se manifeste en quelque lieu, les sentinelles sont obligées de le poursuivre pendant trois jours[6].

Ensuite la même instruction prévoit des mesures particulières pour intercepter chaque communication entre les villes hittites, situées près de la frontière, et le pays étranger. C'est pour cette raison que les portes des villes doivent être fermées pendant les nuits. Il est expressément interdit que les moissonneurs et le bétail (boeufs, moutons et chevaux) quittent la ville pendant la nuit[7]. On voulait empêcher, en particulier, chaque communication avec la tribu turbulente de Gashgas[8]. Aucun Gashga ni libre ni esclave, ne devait pénétrer dans la ville de Tilioura[9]. Quand on saisissait un Gashga dans la ville, il fut mis en prison et puni par la perte de son bétail; si l'on trouva quelque chose à lui reprocher, il était mis à mort. Même un esclave de la tribu de Gashgas qui aurait été acquis par achat par un habitant de Tilioura, ne devait pas entrer

[4] D.D. Luckenbill, *op. cit.* II, p. 474—476; B. Meissner, *op. cit.* p. 289

[5] B Meissner, *op. cit.* p. 340.

[6] KUB. XIII, 2, I, 1—6, 8—19, (traduit par Einar v. Schuler, *Orientalia* N.S. 25 [1956] p. 214 s.; *Hethitische Dienstanweisungen* p. 41 ss. Graz, 1957.).

[7] KUB. XIII, 2, I, 7 s.

[8] KUB. XXI, 29, II, 6 ss., III, 30 ss.; cfr. KUB., XXIII, 123

[9] KUB. XXI, 29, II, 6—17.

dans la ville.[10] Ni les paysans ni les pâtres de Tilioura ne devaient entretenir aucun rapport avec les Gashgas.[11]

D'autre part, le traité de vassalité, conclu par le roi hittite Touthalija IV avec Shaoushga-mouva, le roi d'Amurru, nous prouve que les Hittites se sont rendus compte aussi de l'importance économique des voies de communication. Nous pouvons le déduire d'un paragraphe du sus-dit traité, par lequel le vassal était obligé d'exercer un blocus économique contre le commerce extérieur de l'Assyrie. La clause était conçue en termes suivants:[12]

„Puisque le roi d'Assyrie est mon ennemi („ennemi de mon Soleil")' qu'il soit ton ennemi. Que ton marchand n'aille pas en Assyrie, qu'un marchand de là-bas ne vienne pas chez toi (dans ton pays). Qu'il ne passe même pas à travers ton pays. Si l'un d'eux passe chez toi, saisis-le et expédie-le à mon Soleil. Que ceci soit sous la foi de serment".

Une autre clause, malheureusement fort endommagée, détermine — selon la conjecture de M. Ferdinand Sommer[13] — que „du pays d'Ahhijawa aucun bateau n'aille à lui (c'est-à-dire: en Assyrie)". Par suite de cette clause le vassal hittite ne devait pas tolérer que les marchandises provenant du pays d'Ahhijawa fussent transportées à travers le pays d'Amourrou vers l'Assyrie.

Nous pouvons en déduire que l'Etat hittite se considérait maître de laisser à ses citoyens une entière liberté dans leur commerce avec les étrangers, ou bien de fermer son territoire à certains voisins. Avec un pays ennemi, il n'y avait aucun commerce.

Selon la même conception, le roi d'Assyrie refuse le passage à travers son pays aux envoyés babyloniens en chemin vers Hattousha. Nous apprenons cela d'une lettre du roi hittite Hattoushili III, adressée à Kadashman-Enlil, roi de Babylone[14].

## II

Vu la richesse des sources juridiques cunéiformes, il est vraiment étrange que dans tous les recueils juridiques on ne trou-

[10] KUB. XXI, 29, III, 30—43.

[11] KUB. XXI, 29, III, 44—48.

[12] KUB. XXIII, 1, IV, 12—18; voir E. Cavaignac, *Le problème hittite*, p.90 ss.

[13] Sommer, *Die Ahhijava-Urkunden* (*Abh. d. Bayer. Akad. d. Wiss.*, Phil.-hist. Abt. N.F. 6), München 1932, p. 325 s.

[14] La lettre a été publiée dans les *Keilschrifttexte aus Boghazköi* I (Leipzig 1916), sous le numéro 10. (KBo I, 10)I, 44 ss.

ve aucune prescription sur la construction ou sur le maintien des routes.

Hammourabi de Babylone touche au problème des canaux seulement pour protéger les paysans qui ont souffert dommage par suite de la négligence d'un de leurs voisins (art. 53 ss.), tandis que son Code ne contient aucune règle générale quant au maintien des canaux.

Dans sa correspondance avec Sin-idinnam et avec Shamash-hasir, Hammourabi[15] s'occupe parfois des questions administratives de détail, mais jamais il ne touche à la question, qui est-ce qui était obligé d'avoir soin des routes et des canaux.

Pareillement à Mari, il y a la corvée à l'occasion des inondations, des moissons, mais il n'y en a pas pour la construction des routes[16]. Parmi les lettres de Mari, publiées jusqu'ici, il y en a une qui est très instructive pour la qualité des routes. C'est Shamshi-Adad, roi d'Assyrie, qui dans cette lettre ordonne à son fils Iasmah-Addou de se rendre chez lui. Ensuite il continue: *gi-ir-ru iš-tu Ma-ri (ki) a-na Ia-aḫ-bi-la(ki) i-ba-aš-šu-ú(l) La-ú-um i-de*: „Il y a des routes de Mari à Iahbila; Lâum (les) connaît." (Traduction de M. G. Dossin).[17] Cette remarque éveille des doutes considérables quant à la solidité de ces routes qui n'étaient pas connues par tout le monde.

Malgré le silence de toutes les sources juridiques il est sûr que la population babylonienne et spécialement les grands propriétaires fonciers furent obligés de contribuer à l'entretien des routes et des ponts. La preuve nous en est fournie par deux koudourrous, dont l'un, émit par Méli-shipak (Mélishihu), se trouve à Paris[18], tandis que l'autre, émit par Nébukadnezzar I, se trouve à Londres[19]. C'est dans les deux documents qu'on rencontre des clauses qui accordent

[15] Cfr. A. Ungnad, *Babylonische Briefe aus der Zeit der Ḫammurapi-Dynastie* (*Vorderasiatische Bibliothek*, *VI*), Leipzig, 1918; Fr. Thureau-Dangin, *La correspondance de Ḫammurapi avec Samas-hasir*, *RA* XXI (1924) pp. 1—58.

[16] Cf. *Archives royales de Mari*, III: *Correspondance de Kibri-Dagan, gouverneur de Terqa*, par J.R. Kupper; V. Korošec, *Nekaj pravnozgodovinskih pripomb k doslej objavljenim pismom iz mesta Mari* [*Quelques remarques historico-juridiques aux lettres provenant de Mari, publiées jusqu'à présent*] *Zgodovinski časopis*, VI—VII (Ljubljana 1952—1953) pp. 30—70, surtout p. 53, n. 47—49.

[17] *Archives royales de Mari*, I: Georges Dossin, *Correspondance de Šamši-Addu et de ses fils*, (Paris 1950) nr. 35, vv., 15—19.

[18] Cf. Fr. Steinmetzer, *Die babylonischen Kudurru (Grenzsteine) als Urkundenform* (Paderborn 1922) p. 248 ss. Koudourrou de Mélishipak, III, 22—27.

[19] Le *koudourrou* de Nébukadnezzar I. v. I, 62.

en deux cas particuliers le privilège d'exemption des soins pour les routes et pour les ponts (pour *ḫarranu* et *titurru*). Cette exception signifie que, en général, une telle obligation existait. Il est bien vraisemblable qu'elle a été realisée par les ordres des gouverneurs des provinces ou des autorités locales.

Une exemption semblable est mentionnée dans trois documents néo-assyriens, provenant de Ninive. Selon ceux-ci certaines personnes étaient libérées des contributions pour l'entretien du quai et pour le trajet[20]. Cela veut dire que, au moins en Assyrie Sargonide, une telle obligation générale était connue.

Une lettre de la même période assyrienne nous fait savoir que sur une certaine route peu fréquentée, il n'y avait ni un récepteur des taxes ni un archiviste[21]. Nous en pouvons conclure qu'il y avait de tels fonctionnaires dans certaines stations au bord des routes assyriennes.

## III

L'Etat antique a établi son économie sur l'exploitation du travail des esclaves par leurs maîtres. C'est pourquoi les législateurs anciens s'occupent beaucoup du maintien de la puissance dominicale; ils cherchent surtout d'empêcher qu'un esclave parvienne à la liberté par la fuite. Ainsi le législateur d'Eshnounna, dont le nom n'est pas connu oblige, dans l'article 50 de son Code, le préfet de la zone du canal et plusieurs autres fonctionnaires de saisir un esclave fugitif. On peut en déduire que des esclaves d'Eshnounna ont souvent essayé d'échapper par les voies d'eau.

Le contrôle le plus efficace pouvait être exercé aux portes de chaque ville. C'est déjà le Code d'Eshnounna qui mentionne cette mesure, en interdisant aux esclaves d'Eshnounna de passer par la grande Porte sans l'autorisation de leurs maîtres (§ 51).

Pour la Babylonie cette règle fut complétée par Hammourabi. Celui qui a fait sortir par la porte de la ville („la grande Porte")

[20] J. Kohler — A. Ungnad, *Assyrische Rechtsurkunden*, (Leipzig 1913) Nr. 15, v. 33; Nr. 16, v. 33; Nr. 21, v. 35, Cf. aussi le Nr. 20, 57.

[21] L. Waterman, *Royal Correspondance of the Assyrian Empire* (*University of Michigan Studies*, *Hum. Series*, XVIII—XX, 1930—1936) Nr. 414 — R. Pfeiffer, *State Letters of Assyria* (*American Oriental Series*, vol. 6). (New Haven, Conn. 1935) Nr 90, v. 4.

un(e) esclave appartenant au Palais (au roi) ou à un *mouskhenum*, sera puni de mort (art. 15). D'autre part celui qui a saisi à la campagne un(e) esclave échappé(e) et l'a ramené(e) à son maître, a droit à une rémunération de deux sicles d'argent (art. 17), tandis qu'il est puni de mort, s'il a retenu l'esclave fugitif dans sa maison (art. 19).

Ensuite, Hammourabi a sanctionné la règle, selon laquelle chaque ville babylonienne conjointement avec son chef (*rabianum*) était obligée d'indemniser la victime d'une rapine, quand celle-ci avait eu lieu dans les environs de la ville et quand le brigand n'a pas été pris. Si la victime d'une razzia a été tuée, la ville et son chef devaient payer comme indemnité une mine d'argent aux hommes (c'est-à-dire à la famille [du défunt] art. 23 ss.). Les deux règles ont l'air d'être un vestige de l'ancien ordre gentilice. Cette responsabilité collective et légale est bien remarquable. La ville et son chef sont responsables parce qu'on n'a pas pris le vrai coupable, c'est-à-dire parce qu'ils n'ont pas réussi à assurer la sûreté générale des voyages.

Le Code hittite contient dans son article 6 une règle semblable. Le propriétaire d'un champ, dans lequel on avait trouvé un homme mort, devait céder une certaine partie de son fonds de terre, probablement pour la sepulture du mort inconnu.

Le principe sanctionné dans le Code d'Hammourabi (art. 23 s.) fut appliqué aussi dans les relations internationales. Ainsi le souverain d'un Etat était considéré responsable aux chefs des autres Etats de la sûreté des voyages à travers son pays, autant que les appartenants des autres Etats y étaient interéssés.

A cet égard on peut renvoyer à une section de la seconde lettre d'Assouroubalit II, roi d'Assyrie, adressée au pharaon Aménophis IV[22].

C'était par sa première lettre que le roi d'Assyrie avait réussi de nouer des relations diplomatiques avec l'Egypte. En réponse à cette lettre, le pharaon envoya ses émissaires chez Assouroubalit, malgré une protestation babylonienne. C'était probablement, la même légation, qui, chemin faisant, fut assaillie et arrêtée par les Soutous, une tribu turbulente, dont on fait souvent mention dans les inscriptions assyriennes. Dans sa deuxième lettre, Assouroubalit s'en excuse au pharaon en ces termes: „C'est (la tribu des) Soutous qui ont arrêté tes envoyés, (ils sont) leurs persécuteurs. Moi, j'étais mort (= hors de moi), jusqu'au moment où

[22] J.A. Knudtzon, *Die El-Amarna-Tafeln* (*Vorderasiatische Bibliothek*, II [Leipzig 1907—1915] Nr. 16).

j'ai envoyé (mes troupes) et qu'ils ont saisi les Soutous en persécution. ... Ceux-ci n'arrêteront plus mes envoyés".

Pourquoi l'attaque des Soutous avait tellement irrité le roi d'Assyrie qu'il fut hors de lui? A mon avis, nous pouvons bien comprendre cette locution, si nous admettons qu'il y avait une règle coutumière, d'après laquelle le souverain était responsable de la sûreté du traffic considéré international dans son pays.

La même règle est supposée dans quelques lettres que le roi d'Alasia (Chypre) a adressé au pharaon Aménophis IV(?). Celui-ci s'était plaint que certains habitants d'Alasia eussent fait cause commune avec les Loukki qui furent probablement les ancêtres des Lykéens, malfamés comme pirates au dernier siècle de la République Romaine. Le roi d'Alashia conteste l'inculpation égyptienne. Il déclare cependant que dans le cas où le pharaon pourrait prouver leur participation au crime des Lykéens, il est disposé de punir les coupables[23].

D'autre part, le roi d'Alashia demande que le pharaon mette en liberté quelques négociants d'Alashia, qui ont été arrêtés, ainsi qu'un navire alashien qui, a été saisi par le *rabiṣu* d'Egypte[24].

## IV

Enfin il y a trois différends, très instructifs pour notre problème, qui concernent des négociants babyloniens (*tamkaru*), assaillis et pillés à l'étranger. Deux incidents ont eu lieu en Syrie ou en Palestine, c'est-à-dire sur le territoire égyptien sous le gouvernement d'Aménophis IV (1377—58). Le troisième incident s'était produit aux pays d'Amourrou et d'Ougarit sur le territoire hittite, sous le gouvernement de Hattoushili III, roi hittite. Les deux premiers cas nous sont connus par la correspondance d'El-Amarna, le troisième par la lettre de Hattoushili III, adressée au roi Kadashman-Enlil de Babylone (KBo. I, 10).

La première plainte fait l'objet d'une lettre adressée par Bournabouriash, roi de Babylone, à Aménophis IV. Le Babylonien s'y plaint de ce que la caravane de Salmou, son envoyé, a été attaquée et pillée deux fois. L'acte du pillage est caractérisé par le même verbe *ḫabatu* que nous retrouvons dans le Code de Hammourabi,

[23] J.A. Knudtzon, *op. cit. EA*, Nr. 38.
[24] J.A. Knudtzon, *op. cit. EA*. Nr. 39.

où il désigne un acte commis par un brigand. Le roi babylonien informe le pharaon qu'il y a eu deux agresseurs: l'un d'eux était probablement le résident de Damas et fils du pharaon, le deuxième était un *šakin mâti*, gouverneur du pays. En soulignant ces faits, le roi babylonien demande que le pharaon procède contre les coupables et qu'il assure que les biens soient rendus au dépouillé et que celui-ci soit indemnisé[25].

Dans le deuxième cas, quelques négociants babyloniens ont été attaqués et assassinés. Ils étaient venus en Syrie en compagnie de l'envoyé babylonien Ahutabu. Arrivés sur le territoire égyptien, les négociants sont restés dans la ville Hinnatuni afin d'y faire des affaires, tandis que l'envoyé Ahutabu continua son voyage vers le pharaon. C'est là, au pays de Kinnahhi, que les négociants ont été attaqués et assassinés par deux individus, Šumadda et Šutatum, qui étaient originaires de la ville d'Akko. Les agresseurs se sont approprié les biens des *tamkarus*, et ils ont fait leurs compagnons esclaves.

A cause de cette affaire, Bournabouriash envoya au pharaon son émissaire avec une lettre. Il y demanda que le pharaon procedât contre les meurtriers et qu'il les punît de mort. Il fonda sa demande sur le fait, que le crime a été commis sur le territoire d'Egypte, le pharaon en est donc responsable et doit punir les coupables. Il dit: „Kinahhi est ton pays et (ses) rois sont tes sujets. C'est dans ton pays que j'ai souffert violence. Maîtrise-les (les coupables). Restitue l'argent qu'ils ont emporté! Et les hommes qui ont tué mes serviteurs, tue-les et venge leur sang!" — Le roi babylonien y ajouta une menace d'interrompre tous les liens diplomatiques entre les deux Etats, si le pharaon ne punissait pas les meurtriers. Puis il continua: „Si tu ne tues pas ces hommes, une autre fois ils tueront où bien ma caravane où bien tes émissaires ainsi que les envoyés cesseront de venir et aller entre nous deux. Et quand ils sera ainsi, ils se souléveront contre toi"[26].

On rencontre une pareille conception juridique dans la lettre de Hattoushili III à Kadashman-Enlil. Parmi d'autres affaires traitées dans cette lettre il y a une qui concerne des négociants babyloniens. D'après une lettre précédente babylonienne, qui nous n'est pas conservée, plusieurs *tamkarus* babyloniens ont été

[25] J.A. Knudtzon, *op. cit. EA*, Nr. 7.
[26] J.A. Knudtzon, *op. cit.*, *EA*, Nr. 8.

assassinés aux pays d'Amourrou et d'Ougarit, c'est-à-dire sur le territoire des vassaux hittites. Malheureusement, cette partie de la lettre KBo. I, 10 est fort endommagée. Néanmoins il est sûr que le roi hittite refuse d'abord l'imputation babylonienne comme invraisemblable. Il affirme que chez les Hittites on ne tue personne, même pas un meurtrier, et d'autant moins un marchand. Mais malgré son refus, le roi hittite se considère responsable du maintien de l'ordre public dans son territoire. Car il déclare qu'il rendra justice aux frères des marchands s'ils comparaissent devant lui et s'ils prouvent que le crime ait été commis[27].

Maintenant on pourrait y ajouter que d'après le même principe la population d'Ugarit et celle de Carkemish étaient obligées de payer la compensation pour la vie et pour les biens ravis, si le meurtrier n'a pas été pris[28].

En terminant nous en pouvons conclure que les Etats de la Mésopotamie et de l'Asie Mineure n'ont pas connu une réglementation systématique de toutes les questions relatives aux voies de communication. Au besoin, surtout au cours des expéditions militaires, on a pris des décisions nécessaires. Autrement, le soin de l'entretien des routes et des ponts incombait à la population et à l'administration locale. Ce ne fut que la Perse de Darius I qui tenant compte des circonstances économiques et sociales nouvelles, a réussi d'organiser la grande transversale reliant Suse et Ephèse.

[*Ljubljana*] *Viktor Korošec*

[27] KBo. I, 10, II, 14—25. Cf. B. Landsberger, *Sam'al-Studien zur Entdeckung der Ruinenstätte Karatepe* (*Veröffentlichungen der Türkischen Historischen Gesellschaft*, VII, 16) (Ankara 1948) p. 106, n. 251.

[28] Voir Jean Nougayrol, *Le Palais royal d'Ugarit* IV (*Mission de Ras Shamra* IX) Paris 1956, nos: 17, 230; 17, 146; 18, 115; 18, 19 (pp. 153—160); 17, 158; 17, 42; 17, 145; 17; 234 (pp. 169—174).

# ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ СТАРОВАВИЛОНСКОГО ПРАВА КАК ПРАВА РАБОВЛАДЕЛЬЧЕСКОГО ОБЩЕСТВА

## (Законы Хаммураби)

***SUMMARY***: *The most prominent characteristic of the Laws of Hammurabi is the unreserved protection it renders to slave-ownership and the social order based upon it — especially protection by criminal law (punishment for infringement on slave-ownership: §§ 15—16, 226—227). The murder of a slave is not a crime, but an infliction of damage to the property of his owner. The slave, on the contrary, is fully responsible for his actions to his owner (§§ 205, 282); all possible measures are taken to prevent the slave from regaining his liberty (L. of H., § 282; Laws of Eshnunna, §§ 33—36, 91, etc.).*

*The slave has no legal capacity. The nature of Old Babylonian law as a law of slave-owners is also clear from the cruelty of the punishments for crimes against the person of the citizen-slaveholder as compared to the punishments for crimes against the person of the muškênum (§§ 196—199, 202—205, etc.). Equally cruel are the punishments for crimes against the property of the slave-owner — whether it be slaves or other objects of property.*

*The nature of the Babylonian legal system as law created in the interests of the slave-owning class is also manifest in family laws: the principle of patriarchal authority of the head of the family leads to the rejection of the principle of personal responsibility for one's own guilt only (§ 210). The head of the family is alone in possession of full legal capacity, while the state of the family members resembles that of objects of his property: thus, he can pledge them (§ 116—119), and they are subject to a greater or lesser degree of legal incapacity.*

*The stability of the existing social order is protected by religion, morals and law. Here lies the origin of conservatism in law: new rights and duties are adapted and adjusted to old legal forms.*

*Legal conservatism is also manifested in the great importance of the customary law of the communities. This is why there are no written laws regulating the organization of irrigation works, no punitive laws against theft of property or against murder of the free citizen (awîlum) — such laws exist only whith regard to the property of the crown, the temple and the muškênum.*

*The conservatism of Babylonian law is also obvious from its formalism. All legal acts required a rigid formalization. This strengthened the position of the ruling class of slaveholders, who certainly had more possibilities of knowing and using the established legal forms than the masses of the people. Of great importance was legal symbolism. Characteristic are symbolic punishments (talio).*

*The property rights on slaves and moveables are definitely recognized by the Laws of Hammurabi. With regard to land the L. of H. distinguish between: 1) land owned, which may be sold, bartered, leased or pledged (though not freely bequeathed, etc.) and 2) land held from the crown on condition of service.*

*The fact that the existing law was created in the interests of the slave-owning class was a feature inherent to all ancient legal systems in*

*Western Asia. A characteristic instance is the Hittite law, which is very mild to the slave-owner, but so much the more cruel to the slave and to other persons not enjoying the full rights of a citizen. The apparent "humaneness" of the Hittite laws is also partly to be accounted for by the comparative backwardness of the Hittite society, where the state had not yet taken over in all cases and to the full extent the function of punishing the crimes dangerous to the slave-owning society.*

*The L. of H. are a classical example of slave-owners' law; they influenced greatly the legal systems of the other peoples of the Mediterranean area. By the degree of their elaboration the L. of H. are superior to such collections of laws in the slave-owning West as for instance the XII Tables etc. In some cases the L. of H. have already approached the solution of problems which only the lawyers of the late Roman Empire have shown themselves able to solve.*

В своей прекрасной работе о вавилонском праве в греческих папирусах[1] маститый знаток права греко-римского Египта, Р. Таубеншлаг, привлек внимание к историческому значению того влияния, которое имели на это право законы Вавилонии.

В нашей работе, как дань уважения к этой важной и плодотворной мысли выдающегося ученого, мы хотели бы в наиболее общем виде представить основные элементы вавилонского права, с тем, чтобы показать его характер, как права рабовладельческого по преимуществу. За основу мы взяли законы Хаммураби, изданные за 18 веков до нашей эры.

I. Рабовладельческая природа права в ЗХ и других старовавилонских законах проявляется в абсолютной, безоговорочной, уголовной (как наиболее жестокой и устрашающей) защите рабовладельческого строя и отдельных его институтов и правоотношений.

Таковы, например, наказания за посягательства на раба как на собственность: похищение раба и укрывательство беглого раба карается смертью (§§ 15—16); тягчайшие кары предусмотрены и за пособничество рабу в уклонении от рабского состояния (§§ 226—227). Убийство или телесное повреждение раба считалось не преступлением, а причинением имущественного вреда владельцу, влекущим не уголовную, а только имущественную ответственность перед рабовладельцем, как собственником поврежденной или уничтоженной „вещи" — раба (§§ 196—199, 213—214, 218—219).

Но если жестока безответственность свободных за преступления против жизни и здоровья рабов, то так же жестока, на-

[1] *JJP* VII—VIII (1954), стр. 169 и сл.

оборот, ответственность рабов перед рабовладельцем. Например, раб карается калечащим наказанием уже за одно словесное непризнание власти рабовладельца (§ 282), так же, как за удар свободному по щеке (§ 205). Весьма интересны Законы Билаламы о рабах: ,,если человек будет схвачен при краденном рабе или краденной рабыне, то он должен пригнать раба за раба, рабыню за рабыню'' (§ 49); должностное лицо за удержание у себя в течение месяца беглого раба или рабыни (как и вола или осла), принадлежавших дворцу или мушкенуму, отвечает по суду, как за кражу (§ 50); на рабов могут быть наложены кандалы (***maškanum***); им запрещен выход за ворота города (§ 91). Дети раба также принадлежат его господину (но дети раба от свободной женщины получают свободу, ЗХ, § 175). По ЗБ, дворец может отнять ребенка своей рабыни, отдавшей его на воспитание мушкенуму, который сверх того обязан уплатить дворцу стоимость ребенка в качестве уголовного штрафа (§§ 34—35, 36), а если свободная вырастит ребенка рабыни, то и в этом случае господин его может взять его себе (§ 33). Раб недееспособен и неправоспособен, как животное; по ЗБ, рабу нельзя давать взаймы под залог или принимать от него серебро, шерсть и прочее (§§ 15 и 14).

Затем, рабовладельческая природа старо-вавилонских законов видна также из свирепости наказаний за преступления против личности рабовладельца, против его жизни и здоровья. Так, за участие жены в убийстве мужа ее надо посадить на кол (ЗХ, § 153); за обвал дома, непрочно построенного и причинившего смерть его хозяину, строителя ,,должно убить'' (§ 229); за повреждение глаза или перелом кости полноправного свободного (в первую очередь — рабовладельца) виновному, по принципу талиона (см. ниже), также должен быть поврежден глаз или сломана кость (за мушкенума взыскивается 1 мина серебра, §§ 196—199). Аналогично, за удар по щеке человека, высшего по положению, чем ударивший, наказание — 60 ударов плетью, а за удар по щеке, нанесенный мушкенуму — уплата 10 сиклей серебра (§§ 202—205). Такова обнаженная классовая природа наказаний за преступления против личности рабовладельца.

Закон охраняет жесточайшими мерами неприкосновенность не только личности рабовладельца и его собственности на раба, но и всякой другой собственности рабовладельца, как первого и основного, полноценного в этом обществе собственника: кража карается смертью, либо столь непомерным штрафом, что он по

необходимости должен был заменяться либо смертной казнью, либо, в лучшем случае, обращением виновного в рабство, так как выплатить его в огромном большинстве случаев не было никакой возможности (§§ 6—12, 21—22, 25, 253—256 и др.).

Такова классовая природа рабовладельческого права, таковы законы, охраняющие собственность и личность рабовладельца. Это классовое право целиком и полностью отражает и защищает экономические отношения рабовладельческого общества, поскольку при рабовладельческом строе основой производственных отношений является собственность рабовладельца на средства производства, а также на работника производства, раба.

Тот же классовый характер рабовладельческого права проявляется и в патриархальной семье, и в отношениях собственника и несобственников, а также в обязательственных отношениях и т.д. Например, в силу принципа патриархальной власти главы рабовладельческой семьи, в ЗХ нередко отвергается принцип ответственности каждого только за свою вину, ибо здесь, например, сын или дочь отвечает за вину отца, убившего чужую дочь или чужого сына. Здесь мы встречаемся с принципом патриархальной рабовладельческой семьи, при котором только глава семейства является полноправным, правоспособным и дееспособным лицом, субъектом права. Поэтому члены его семейства находятся на положении, близком к объектам его собственности: он может их продать[2] или заложить[3], они могут быть задержаны за его долги (исключение — § 151 ЗХ), и ими глава семейства вправе и обязан в известных случаях расплачиваться за свою вину. Но и в другом случае, подобно тому как здесь сын отвечает за отца, так отвечают, например, за виновного (но не задержанного) грабителя его община и рабианум (см. ниже в этом же разделе, пункт 2), в порядке круговой поруки членов общины.

2. Консерватизм права в ЗХ. Чтобы добиться охраны рабовладельческого строя от индивидуального сопротивления и массового восстания подавляемого большинства общества против меньшинства, эксплоататоры всеми средствами ограждают этот строй от каких бы то ни было опасных для его прочности

[2] См., например, Schorr, № 77 (= HG, Ш, № 424) и др.
[3] См., например, ЗХ, № 116 и др.

изменений. Поэтому в условиях косного рабовладельческого строя, сохранения общины и исключительной медленности развития производительных сил, неподвижность общественных отношений становится официально проповедуемой религиозной догмой[4]. На охрану неизменности и непоколебимости общественного строя рабовладельцами были поставлены мораль и право; между моралью и правом уже проводилось различие[5], но и мораль и право были поставлены под охрану религии, и все эти три силы (право, мораль и религия) были направлены на охрану незыблемости рабовладельческого строя.

Поэтому право этого общества было пронизано глубоким консерватизмом, который выражался в неподвижности, неизменности, непреклонности правовых норм и отношений; новые явления жизни их мало изменяют; напротив, новые отношения подгоняются, с натяжками, под старые формы, — например, договор, близкий к товариществу (между имущими) — под форму аренды (§§ 42—47, 60—65), договор купли-продажи в кредит и даже обет богу — под форму займа.[6]

3. Обычное право. Консерватизм рабовладельческого строя находит свое выражение в исключительной силе обычного права. В первобытном обществе обычай вытекает из „потребности охватить общим правилом повторяющиеся изо дня в день акты производства, распределения и обмена продуктов, позаботиться о том, чтобы индивидуум подчинился общим условиям производства и обмена.“[7] С возникновением классового общества складывается уже обычное право, т.-е. неписанные правила такого массового однообразного поведения, которые обеспечиваются организованным принуждением со стороны господству-

[4] См. акад. А. И. Тюменев, *О предназначении людей по мифам древнего Двуречья*, *ВДИ*, 1948, № 4, стр. 14.

[5] Так, все древневосточные законы допускают, например, развод, по крайней мере, по инициативе мужа. Однако развод с женой считался действием, предзнаменующим беды для мужа (см. серию предсказаний ***šumma âlu ina mêlê šakin***, ***Babyloniaca***, III, 214) и, очевидно, осуждался господствующей патриархальной моралью. Интересное представление о вавилонских этических нормах дает серия заклинаний „***Šurpu***“ („Сожжение“) и так называемые „Покаянные псалмы“.

[6] См. А.П. Рифтин, *Старо-вавилонские документы*, (М.-Л. 1937), стр. 37.

[7] К. Маркс и Ф. Энгельс, *Соч.*, т. XV, стр. 70.

ющего класса. Это обычное право закрепляется впоследствии в законе, как писанном праве. Роль обычного права в старовавилонское время еще очень велика, и ЗХ во многом лишь закрепляют это обычное право, главным образом сложившуюся договорную и судебную практику. Последним объясняется казуистичность норм ЗХ, устанавливающих не широкую общую норму, а как бы формулирующих наиболее принципиальные судебные решения или формулы договоров, т.-е. разрешение конкретных, типичных вопросов[8].

Обычное право служит консерватизму права: авторитет норм, веками признаваемых и действующих, упрочивает охраняемые им старые отношения и архаические пережитки. Эти пережитки старых норм, хотя и слабые (имея в виду, что история классового общества в Вавилонии насчитывала к этому времени более 1000 лет), заметны и в ЗХ. Таковы, например, пережитки родового строя: после смерти жрицы[9], не получившей от отца права свободного распоряжения своим приданым, ее доля переходит к ее братьям, т.-е. возвращается в ее род (§§ 178—181; ср. § 163). В ряде случаев ЗХ борются с пережитками родовых порядков (например, в вопросах наследования — §§ 150—179 ЗХ).

Огромное значение обычного права особенно ярко проявляется в том факте, что в вавилонских законах нет ни одной статьи, посвященной организации орошения в Вавилонии. Предусматри-

[8] Еще более ясно это видно в ранних законодательствах, например, во фрагментах ,,шумерских'' законов, представляющих почти несистематизированную запись ,,казусов''.

[9] Не располагя в тексте местом для характеристики отдельных черт вавилонского права, отметим здесь, в связи с §§ 137—145 и 178—181 ЗХ, особенно ярко выраженное, сложное положение жрицы. Она отдает божеству свое качество женщины навсегда, бесповоротно и без остатка, в одной из трех глубоко различных и даже противоположных форм: она либо 1) отрекается от брака (**ugbabtum, nadîtum** — затворница), либо 2) отрекается от деторождения (**ugbabtum, naditum**—замужняя; брак с такой жрицей дополняется сожителством мужа с наложницей, **ŠU. GI$_4$—tum**, может быть, тоже жрицей, низшего разряда); либо 3) отдается всякому без брака, как блудница. Отвлекаясь от других, еще не достаточно выясненных форм жреческого служения женщины (**kulmašîtum zikrum**?), можно сказать, что женщина-жрица обрекает себя либо на безбрачие, либо на бездетность, либо на безлюбовное и безличное удовлетворение мужской страсти по одному и тому же мотиву,—ради божества, которому она служит.

вается только два-три случая небрежности владельца поля выразившейся в нарушении им обязательных правил пользования водой на своем участке (§§ 53—56); совершенно ясно, что в этих законах не отражена роль государства, как совокупного организатора в деле орошения; очевидно, эти вопросы занимали большое место в обычном праве.

Другим примером области действия неписанного обычного права является уголовно-правовая охрана жизни и собственности свободных, полноправных рабовладельцев-общинников. Так, ЗХ содержат общие карательные нормы (§§ 6, 8 и т.п.) в отношении кражи, лишь когда дело касается дворцового, храмового имущества и имущества мушкенумов. Нет и закона, карающего простое неквалифицированное убийство полноправного свободного. Объяснением этого является единственно возможное предположение, что защита полноправных общинников лежала в области действия неписанного обычного права общин, и что эти дела, вероятно, рассматривались не столько царскими судами (для которых, в первую голову, и были составлены ЗХ), сколько существовавшими параллельно им (как известно из документов) общинными судами.

4. Важным проявлением консерватизма вавилонского права является его формализм. Для всех правовых актов и отношений (включая процессуальные) требовалась определенная форма, как защитная оболочка определенного классового содержания; без этой формы содержание отрицалось, как не существующее. Так, клятва (местным общинным богом и царем), играющая огромную роль в старо-вавилонских юридических документах, должна была иметь строго определенную форму. Этим прочнее охранялись права рабовладельцев, которые, разумеется, имели больше возможности знать и использовать установленную правовую форму, чем широкие массы населения, которые, недостаточно разбираясь в ней, теряли защиту приобретенного и даже завоеванного права, за недостатком у их права законной формы.

В вавилонском праве формализм выражался, например, в следующем неписанном общем принципе, связанном с недостаточным развитием товарно-денежных отношений; для действительности сделки необходимо присутствие свидетелей при ее заключении, а для действительности всех наиболее важных сделок требуется также и письменная форма договора (например, купля,

мена, наем, хранение и др.)[10]; письменный договор также требуется для сделок, совершенных неполноправными членами семьи, включая рабов (см. § 7 ЗХ а также §§ 9—11 ЗХ)[11].

В формализме права нашла отражение господствующая религиозная идеология: отсюда—точно определенные словесные формулы, символы и жесты, которыми непременно должны были сопровождаться определенные правовые акты. До Хаммураби передача собственности должна была непременно сопровождаться определенными символическими действиями, например, забиванием колышка в стену и возлиянием масла, а на севере Вавилонии, вплоть до начала XVIII в. до н.э. — передачей жезла (***bukannum***). Этот обычай вышел из употребления с введением ЗХ; однако множество других символических действий, которые должны были сопровождать юридические акты, сохранились. Из литературных источников известно, что заключение брака сопровождалось произнесением невестой обязательной формулы: „Только ты да будешь моим мужем, я да буду твоей женой" (***atta lû mutîma, anâku lû aššatka***). Жених, отказывающийся от невесты, говорит

[10] Подробно в отношении хранения это правило выражено в §§ 122—123: без свидетелей и договора нет права на иск из передачи на хранение; зато, если есть хотя бы лишь изобличающие свидетели, бесчестный хранитель должен вернуть вдвойне (§ 124 ЗХ). Без договора недействителен также и брак: „Эта женщина — не жена" (§ 129 ЗХ).

[11] „Форма для сделки (имеет такое же значение) как чекан для монеты": как получатель монеты не должен проверять содержание и вес металла в монете, так судья, принимая к рассмотрению сделку, совершенную сторонами с соблюдением всех требований к ее форме, не должен проверять, действительно ли намеревались стороны заключить сделку. (R. Jhering, ***Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung***, II, 2, [Leipzig 1858], S. 520). Напротив, если форма не соблюдена, то ожесточение рабовладельческого закона не знает границ: за покупку (или хранение) без договора и свидетелей у неполноправного лица виновный покупатель или хранитель считается вором: „его должно убить" (§ 7 ЗХ). Повидимому, здесь виновный покупатель (или хранитель) карается за намерение использовать отсутствие договора и свидетелей, без которых нельзя доказывать свои права на купленное (или данное на хранение), т.—е. за намерение удержать полученное без оплаты (или утаить данное на хранение). Одновременно этим пресекаются возможные преступные намерения обещавшего дать проданную без договора вещь или вернуть вещь, отданную без договора на хранение (а равно и намерение и его контрагента: не дать покупателю оплаченной им вещи или не вернуть вещи, отданной на хранение, — либо даже вторично требовать а) уже возвращенное хранителем или б) уже выданное прадавцом.

ее отцу: „Я не возьму твоей дочери" (и тогда отец вправе удержать у себя брачный дар и выкупную плату жениха), а отец, отказывая ему в дочери, говорит: „Я не отдам тебе моей дочери" (и тогда обязан вернуть полученное вдвойне), §§ 159—160.

Символы и жесты мы находим в разнообразных областях права Двуречья. Характерны символические наказания: отрезание языка у сына, сказавшего, что он не признает приемного отца или мать (§ 192), отрезание груди у кормилицы, вскормившей чужого ребенка взамен порученного ей и умершего у нее ребенка (§ 194); ср. также §§ 253, 218 и 226. Эти символические наказания нередко налагаются на основе архаического принципа талиона: закон воздает равным за равное, „око за око и зуб за зуб" (§§ 196 и 200). Принцип этот проводится с наивно-жестокой взаимностью: кто ударит чужую дочь, и та умрет, расплачивается своей дочерью, которую „должно убить", и т.д. (§§ 209—210, ср. §§ 229—231 и др.).

Принцип талиона проводился на классовой основе: ни в случае преступления раба, ни в случае преступления против раба талион не действует.[12]

5. Право собственности. Старо-вавилонский период был периодом значительного развития частного хозяйства. Мелкие частные хозяйства, основанные на личном труде, имели самое широкое распространение как в общинах, так и на непосредственно царской земле и составляли количественно основной тип хозяйства этого времени. Наряду с этим, получили значительное распространение и частные рабовладельческие хозяйства.[13] Эти частные хозяйства не всегда могли полностью удовлетворить себя продуктами собственного производства. Как известно, Южное Двуречье уже в древнейшие времена принуждено было ввозить металлы, лес и т.п. К этому следует добавить, что важнейшие отрасли ремесла были, в основном, сосредоточены в царском хозяйстве, и сельскохозяйственные производители были вынужде-

[12] Если раб — преступник, то он подвергается телесному наказанию или членовредительству (§ 205); если же раб—потерпевший от свободного, то за него уплачивается возмещение его господину (§ 219).

[13] В рабовладельческих хозяйствах могло быть до нескольких десятков рабов; так, в документе Schorr, № 185 (HG, У 1094) при разделе наследства на долю одного из братьев приходится 7 рабов; всего в хозяйстве их могло быть до двух десятков. К сожалению, почти все дошедшие до нас документы о разделе наследства относятся к семьям мелких царских служащих.

ны покупать у царских ремесленников продукты ремесла[14]. Все это вызвало известное развитие товарно-денежных отношений и соответственных отраслей производства. Старо-вавилонские законы и, в особенности, ЗХ уделяют обязательственному праву значительное внимание. Но решающее и определяющее значение имело право собственности.

А. Право собственности на вещи и на рабов признано в ЗХ (как для частного собственника, так и для „дворца", т.-е. государства) во всей своей четкой определенности: это — право собственника на владение, пользование и распоряжение своей собственностью, за исключениями, специально предусмотренными законом или обычаем. Рабовладелец не был ограничен в своей собственности на раба. Больше того, рабовладелец не только имел на раба почти такие же права, как на вещь, но и, сверх того, такие права, которых он не мог иметь на вещь, в силу особых, человеческих свойств раба, как „вещи".[15]

Рабовладелец был вправе продать и купить раба (ЗХ, § 278), имел право купить и отдать на хранение раба (§ 7), отыскивать раба с помощью клича глашатая и через суд (§§ 17 и 18), отнимать его у владеющего им не-собственника и карать виновного в содействии беглому рабу (§§ 279, 15, 16, 19), метить раба знаком рабства и карать виновников в снятии этого знака (§§ 146, 226—227), требовать денежного возмещения за убийство или повреждение раба, как за уничтожение или повреждение своей вещи (§§ 116, 21, 219, 231, 252; §§ 199, 213, 220), отрубить рабу ухо за преступление, например, за отрицание власти над ним рабовладельца (§§ 205 и 282) и т.д. При такой власти над рабом, рабовладелец по ЗХ ни перед кем не отвечал ни за убийство, ни за искалечение своего раба, как своей вещи,[16] а всякое посягательство на раба (кража и присвоение раба, укрывательство беглого раба и т.п.) жестоко каралось уголовным законом, как посягательство на

[14] С царским хозяйством ремесленники в это время рассчитывались, через тамкаров, преимущественно не продуктом, а серебром.

[15] Таковы, например, непродажность рабыни в условиях § 146 ЗХ; особое правовое положение рабыни, родившей господину детей (ЗХ, §§119, 146, 171); права по §§ 171 и 141 ЗХ и пр.

[16] Отношение к рабу, как к вещи, в эпоху ЗХ продолжало развиваться до своего полного логического объема, но обобщенной формулы римского права („рабы — вещи") мы не чаходим в вавилонском праве.

основы рабовладельческого строя (ЗХ, §§ 15, 16, 19). Ограничения прав на раба были незначительны[17].

Таким образом, собственность на раба была полной, поскольку этому не противились особые, человеческие свойства этой „собственности", видоизменявшие ее объем и формы, и поскольку эту собственность не ограничивали определенные нормы закона или обычая учитывавшие права свободных (ср. прим. 17).

Полная собственность существовала также и на другие объекты, кроме рабов, — на орудия производства — скот и инвентарь (например, §§ 241—272), на результаты производства (например, на зерно, плоды, ремесленные изделия, на вещи личного пользования и на домашнюю утварь), на дома (§§ 228—233) и на суда (§§ 234—240). Собственность закреплялась ее законным наследованием и свободным ею распоряжением, путем продажи, обмена и дарения, передачи в аренду, в залог и т.п. (§§ 162—184).

Б) В отношении собственности на землю ЗХ четко различают: 1) землю собственную, которую можно продавать и обменивать, отдавать в аренду и залог, дарить и, в пределах своей семьи, завещать (§§ 39, 42 сл., 71, 150 и 165, 179) и 2) землю повинностную, как принадлежащую царю и недоступную распоряжению для ее владельца (выполняющего повинность перед царем) (§§ 38, 41). Земельная собственность (1) остается еще под ограничением в пользу общины;[18] но, по мере возрастающего развития товарно-де-

[17] а) Тамкар (государственный торговый агент, который обычно был и ростовщиком), если он владеет рабыней, отданной ему за долг ее прежним хозяином, а ранее родившей тому детей, не может отказать ее прежнему хозяину в возврате ему этой рабыни, если последний заплатит сумму своего прежнего, хотя бы и просроченного, долга (§ 119); б) рабыня, родившая детей своему господину, становилась непродажной и подлежала освобождению после смерти господина, если не станет себя равнять с законной женой (ЗЛИ, § *25* сл.; ЗХ, §§ 146 и 171); в) купивший раба — не-вавилонянина во враждебной стране и привезший его в Вавилонию (имеется в виду тот же тамкар — государственный агент), обязан уступить его за плату его бывшему господину (§§ 280—281), но если раб этот — вавилонянин, то купивший не возвращает раба бывшему господину, а обязан отпустить его на свободу (§ 282); г) рабство, как наследственное состояние, было само по себе „непрерывным и вечным", но брак свободных с рабами и рабынями менял дело: дети свободной от раба не становились рабами его господина (§§ 175—176), а дети рабыни от свободного освобождались после смерти отца (§ 171).

[18] См. Комментарий И. М. Дьяконова и Я. М. Магазинера к Законам Хаммураби, *Законы Вавилонии, Ассирии и Хеттского царства*, *ВДИ 1952*, № 3, стр. 267—269.

нежного хозяйства, это ограничение имеет тенденцию к ослаблению, а право собственности на землю — ко все большему укреплению. Вместе с тем, и в повинностном владении (2) можно заметить тенденцию к сохранению надела в качестве наследственного достояния семьи воина или другого повинностного держателя,— путем фактического перехода надела по наследству к сыну, под условием несения им царской службы (§§ 28—29, в документах — ***ṣibit bīt abim***, ***ilkum ša bīt abim***).

6. Вопрос о гуманности в вавилонском и хеттском праве. Таков, в основном, жестокий рабовладельческий характер вавилонского права. Но он типичен не для одного только права Вавилонии, а в той или иной мере он характеризует все системы права Передней Азии в древности. Это можно показать на примере хеттских законов, которые особенно показательны, потому что нередко принято указывать на их, якобы, особую гуманность.

Но дело в том, что в силу архаичности хеттского государства, по сравнению с Вавилонией времени издания ЗХ, наказание в ХЗ еще не стало в такой степени, как там, государственной функцией; государство здесь не могло еще отказаться, как от ведущего мотива, от удовлетворения одного лишь потерпевшего, например, на началах талиона — воздаяния виновному равным за равное („зуб за зуб", голова за голову). С переходом к классовому, рабовладельческому государству, в особенности после реформ Телепина, кровная месть постепенно вытесняется материальным, обычно—денежным удовлетворением обиженного, композицией. Эта композиция широко проводится в хеттских законах. Это, конечно, шаг вперед сравнительно с кровной местью, которая позволяла самому обиженному (или его родичу) учинение над обидчиком того самого изувечения или даже лишения жизни, которое тот сам совершил, а затем родичи убитого (или изувеченного) получали право путем самосуда также убить (или изувечить) родича убитого (или изувеченного), и так далее, до бесконечности.

Постепенно, однако, рабовладельческое государство все чаще само брало в свои руки наказание, преследуя преступления, опасные для основ рабовладельческого строя, независимо от требований мести непосредственно потерпевшего, и даже запрещая самосуд и саморасправу за совершение таких преступлений. Государство само все чаще не удовлетворяется материальным воз-

мещением, а требует мучительных и устрашающих наказаний, чтобы никому ,,не повадно'' было совершать подобные преступления. На этом пути уже твердо стоит государство Хаммураби, но на него еще только становится государство хеттов. Поэтому, например, ХЗ (§ 1, I) за убийство требуют не смерти убийцы (как ЗХ), а только выдачи четырех рабов (или зависимых членов семьи в рабство), а затем даже только уплаты ,,серебра'' (кроме случаев §§ 43—44, I;). То же различие, с учетом разницы между свободными и рабами, — в наказаниях за телесные повреждения (ЗХ, §§ 196 и 200, 209—210, 229—231; ХЗ, §§ 7, 9, 11, 17, 18 и т.д.).

Было бы, однако, ошибкой считать на этом основании ХЗ более гуманными, чем ЗХ. Дело было не в ,,гуманности'', а в недостаточном развитии хеттского государства, сравнительно с вавилонским.[19] За преступления свободных платили рабами, которые были в избытке и были очень дешевы при широкой завоевательной политике хеттского государства, обильно снабжавшей страну хеттов рабами-пленными. Если же не хватало рабов, то преступник за свое преступление отдавал в рабство членов семьи (§ 1—3, I). Кроме того, только рабам рубили нос и уши за совершенный ими поджог и кражу, а с господина виновного раба взимали за это пониженное денежное возмещение, сравнительно с тем, которое заплатил бы свободный за поджог или кражу (§§ 95—96, 99, I). Но государство даже вовсе не уплачивало возмещения за кражу, совершенную принадлежавшим ему государственным рабом (§ 49, I).

[19] Справедливо поэтому указание акад. В. В. Струве, что ,,при дальнейшем развитии денежных отношений хеттского общества судопроизводство требовало с убийцы уже не выдачи рабов пострадавшей семье, а определенной суммы ,,серебра'' (*О ,,гуманности'' хеттских законов*, *ВДИ*, 1947, № 4, стр. 14). Но и требование ,,серебра'' за убийство, подобно требованию личного наказания убийцы, а не имущественного от него возмещения, ведь только удовлетворяет потерпевших, чтобы откупиться от их мести, от мести родичей убитого; эта цель (откупиться от мести) и является первоначально господствующей. Между тем, эта цель наказания, как и цель вознаграждения государства и его органа за творимое правосудие, отступают неизбежно назад, как и цель обогащения государства за счет преступника и его семьи (см. неоднократные указания в ХЗ на отмену штрафа в пользу царя — половины денежного возмещения: например, § *9* — за колдовство, § *25* — за загрязнение водоема). На первое место выступает обнаженная задача — в интересах классового подавления всякого сопротивления классовому гнету—обеспечить устрашение преступника и окружающих жесточайшим наказанием преступника, вплоть до полного его обезвреживания путем казни, изувечивания или изгнания.

В силу того же классового принципа, за неосторожно убитого раба возмещением был только один раб (§ 4, I), т.-е. не было наказания виновного: убивший раба не наказывался лично. За свое преступление он только материально возмещал убыток потерпевшего выдачей своего дешево стоившего раба. Это было имущественным возмещением причиненного вреда, без штрафного, уголовно-правового воздействия на преступника, хотя бы двойным-тройным штрафом. Иное дело — убийство, например, купца: за него преступник должен уплатить 1,5 мины, т.-е. 750 г серебра, а раб стоил в среднем не более 20 полусиклей ($^1/_6$ мины), т.-е. 80 г. серебра (§ 5, I и §§ 176—177, II).

Эта „мягкость" к преступникам из господствующего класса развязывала им руки и усиливала их натиск на несвободных и неполноправных: рабовладельцы могли с безнаказанной жестокостью усиливать внеправовое и противоправовое подавление сопротивления угнетенных элементов общества, в первую очередь рабов, классовому гнету.

Таким образом, „гуманность" ХЗ была кротостью к угнетателям, которые расплачивались за большинство своих преступлений трудом и кровью угнетенных, рабов и полурабов. Это видно и из того, что всякая „гуманность", т.-е. неприменение жестоких наказаний к преступнику в виде лишения жизни и изувечения, безусловно исчезала из ХЗ тогда, когда некоторые — пока немногие — преступления раскрывались в своем общественно-опасном, т.-е. классовом, существе, как угроза основам существования классового общества, его государства и семьи. Таковы, например, преступления 1) против государства — восстание раба против господина, всякое восстание против царя и сановника, похищение царского символа — бронзового копья у дворца, колдовство раба и др.; 2) преступления против семьи — прелюбодеяние женщины и насилие над ней. За каждое из этих деяний наказанием была уже смертная казнь, которая также грозила и за некоторые половые преступления. Всего в ХЗ смертная казнь установлена более, чем за 10 видов преступлений. Увечащие наказания (отрезание носа и ушей), как правило, налагались на рабов, но не на свободных.

Справедливо будет вместе с тем отметить, что в некоторых вопросах все же ХЗ оказываются более передовыми в разработке юридических норм, чем другие древневосточные законы.

Как правильно указывает акад. В.В. Струве (там же, стр. 14), ХЗ отличают ,,намеренное'' убийство от ,,нечаянного'', уменьшая наказание за последнее вдвое (§ 3, I). Точнее, понятие ,,провинившейся руки'' не означает ,,нечаянного'', т.-е. случайного, непреднамеренного убийства, а означает убийство неосторожное, которое мог и должен был в такой обстановке предвидеть виновный, но действовал без учета этой обстановки, в результате чего убил человека. Если так понимать ,,вину руки'', то можно объяснить, почему ХЗ карают такое убийство, требуя выдачи двух человек за убитого.

* * *

Таковы основные черты древневосточного права, как права рабовладельческого.

Законы Хаммураби — классический памятник рабовладельческого законодательства и первый в истории сжатый свод законов, относящихся почти ко всем отраслям законодательства. Построенные на использовании всей правовой традиции древнего Двуречья, частично извёстной нам теперь по таким памятникам, как Законы Ур Намму, ФШЗ, ЗБ и ЗЛИ, законы Хаммураби представляют первую значительную попытку систематизации права по своеобразным и чётко выраженным принципам, стоящим на высоте требований своей эпохи и последовательно проведенным по целому ряду институтов. Несмотря на казуистичность, эти законы изложены с огромной экономией выразительных средств (к сожалению, далеко не всегда достаточно поддающейся передаче в переводе) и с большой простотой (в противоположность сложности более примитивных законов), чем достигается необходимая для решения практических задач рабовладельческого государства ясность формулируемых норм.

Законы Хаммураби легли в основу всей правовой жизни Двуречья и изучались его юристами в течение более тысячи лет. Влияние их сказывается также на известных нам средне-ассирийских и хеттских законах, но, несоменно, распространялось и на законодательство других народов, еще нам неизвестное; весьма вероятно что через посредство, например, финикиян, а позже Персидской державы, они могли влиять даже на греческое право и право других народов Средиземноморья.

Законодательство Хаммураби отличает от большинства древних памятников права почти полное отсутствие сакрально-рели-

гиозной мотивировки отдельных законодательных положений, чёткое отделение правовых моментов от религиозно-этических[20] и реалистический подход к действительности с точки зрения интересов класса рабовладельцев. Во многом—в частности, в области регулирования частноправовых отношений—Законы Хаммураби отражают более высокую ступень развития рабовладельческих общественных отношений, чем многие из более поздних древневосточных законодательств, и по степени разработанности ряда категорий значительно выше таких памятников рабовладельческого Запада, как, например, законы XII Таблиц. В ряде юридических вопросов Законы Хаммураби подходят к решению задач, которые оказались под силу лишь юристам Рима на наивысшем этапе развития античного рабовладельческого общества[21].

[*Ленинград*] *Я. М. Магазинер*

[20] О роли религиозно—этических моментов во введениях и заключениях старо-вавилонских законов см. работу выдающегося чехословацкого юриста ассириолога J. Klíma, *Einige Bemerkungen zur Bedeutung der „nicht-juristischen" Bestandteile der altbab. Gesetzeswerke*, *JJP*, *V* (1951), стр. 161 сл.

[21] Подробное развитие этих положений см. в нашей, совместной с И. М. Дьяконовым работе *Законы Вавилонии, Ассирии и Хеттского царства*, *ВДИ*, 1952, №№ 3—4.

# AEGYPTUS GRAECO-ROMANA

# UNA DIVISIONE DI AREA EDIFICATORIA A TEBTYNIS
## (P. Univ. Stat. Milano, nº 91 inv.)

*SUMMARIUM*: *Papyrus Tebtyni in Arsinoitico pago reperta, in publicae Mediolanensis Universitatis papyrologico instituto custodita, hic primum editur. In charta continetur divisio* (διαίρεσις) *vacuarum arearum* (ψιλῶν τόπων), *cuius clausulae in modico summisso commentariolo quantum fieri potuit explanantur.*

L'omaggio della pubblicazione di questo documento, che faccio di gran cuore a chi rappresenta nella papirologia giuridica quella *copia legum* per cui nove secoli fa andava celebre il glossatore Martino, non è solamente mio ma di buona parte dei papirologi italiani. Per superare, infatti, le non poche difficoltà che la lettura e interpretazione del papiro ha suscitate (derivanti sia da circostanze materiali, come la difficoltà di collocare al punto giusto qualche frammento della parte sinistra o come la caduta di varie lacune in punti di singolare importanza, sia dalla omonimia fra due dei condividenti e fra il padre del primo ed un terzo) sono stati chiamati successivamente in aiuto Anna Maria Colombo (oggi signora Bartoletti), Vittorio Bartoletti con i suoi allievi fiorentini Eugenio Grassi e Manfredo Manfredi, Mariangela Vandoni. Con la quale collaborazione non solamente si è riusciti alla migliore presentazione per noi possibile del documento che qui si pubblica, ma si è anche confermata la fiducia con la quale tutti insieme, e con noi Giuseppe Flore e Mario Talamanca, ci siamo consacrati al compito dell'edizione, già intrapresa da Achille Vogliano, dei numerosissimi papiri da lui trovati a Tebtynis e (in minor parte) a Medinet Mādi o acquistati sul mercato antiquario.

Nella integrazione ci è stata di molto aiuto la lista delle διαιρέσεις conservate nei papiri, fornita dal Calderini in *Studi Arangio-Ruiz*, 3 p. 277 sg., e il confronto, per quanto possibile diligente, che passo per passo ne abbiamo fatto[1]. Rinviando sui singoli punti

[1] Vedi già lo schema disegnato da Gradenwitz, *Einführung in die Papyruskunde*, p. 69 sgg., sulla base di BGU 444 e di P. Lond. II p. 187; e da ultime le numerose διαιρέσεις dei P. Mich. III e V, provenienti anch'esse, come le nostre, da Tebtynis.

a quanto sarà detto nel breve commentario, rilevo soltanto che, superato il già ricordato scoglio delle omonimie, la massima difficoltà è stata opposta dalle clausole dei righi 10 ss.: si vedrà a suo luogo quali punti rimangano oscuri quanto alla lettera, ma nel progresso della decifrazione mi sono sempre meglio persuaso di essere nel vero circa le clausole piu difficili (rilascio di una breve striscia, in direzione Sud-Nord, da parte degli assegnatari della zona occidentale, contro il rilascio da parte degli altri condividenti di altra striscia in direzione Est-Ovest, ai fini del passaggio e delle luci; facoltà dell'assegnatario della zona ad oriente di aprirsi un'uscita sui pubblici sentieri).

## Commentario

1. Poiché al r. 25 la parte leggibile della data comincia con un δ, si potrebbe anche pensare all'anno 14° o al 24° del regno di Adriano (risp. 127—28 o 137—38): ma, poiché in principio la data era scritta in tutte lettere, ragioni di spazio sembrano imporre ἔτους τετάρτου (117—18). La località sarà stata probabilmente Tebtynis, ma nella circoscrizione del γραφεῖον di cui al r. 24 é annotata l'anagrafe era compreso anche Kerkesuchôn Oros, e forse qualche altro villaggio.

2. Per il nome del primo condividente vedi, oltre quel che ne rimane ai rr. 5 e 6, la più sicura menzione al r. 12. Molto maggior rortuna hanno avuta i nomi dei due fratelli Tesenouphis e Hofos, forse parenti del primo ma senza che di ciò rimanga traccia nel papiro (é stato invece assai difficile, data l'omonimia, distinguere gli uni dall'altro). Naturalmente, risponde solo ad un calcolo molto approssimativo degli spazi la supposizione che questo rigo finisse con la menzione del secondo Horos.

3. Età e connotati di Horos II; nomi, età e connotati dell'ultima coppia di condividenti, riconoscendosi bene il nome di Phaësis ma non quello di Protion (o Προτίωνος, come é chiamato, certo per errore, al r. 22). Lo spazio riservato alle generalità di questa ultima coppia risulta notevolmente inferiore a quello occupato dalla coppia precedente: si può congetturare che anche a questo punto, come nella ὑπογραφή del r. 22, fosse taciuta la paternità (unica traccia di patronimico sarebbe l'incertissimo ṭ dopo Φα̣[ῆ]σις); ma perché? Si direbbe, almeno a primo aspetto, che avrebbero dovuto esser designati come ἀπάτορες (ma il Calderini, *Aegyp-*

Tebtynis (?). cm 20,3 × 38 28 dicembre 118 d. C.

[Ἔτους τετάρτου Αὐτοκράτορος Καίσ]α[ρ]ος Τραιανοῦ Ἁδ[ριανοῦ Σε]βα[στ]οῦ, Τῦβι [δευτέρᾳ, ἐν - - - - - τῆς Πολέμωνός μερίδος τοῦ Ἀρσινοείτου νομοῦ.]

[Ὁμολογοῦσιν ἀλλήλοις Ὧρος] τ̣ο̣[ῦ] Τ̣ε̣[σενο]ύ[φεω]ς ὡ[ς ἐτῶν - - - - - - - - - - καὶ Τεσενοῦφις τοῦ Πέννειτος ὡς ἐτῶν - - - - - - - - - - - - - - - - καὶ ὁ ὁμοπάτριος ἀδελφὸς αὐτοῦ Ὧρος]

[ὡς ἐτῶν - - - - - - - - - -]εν . . . ψ̣ι̣ν[. .] . .[ . ] καὶ Φα[ή]σις τ̣[οῦ . . . . . ε]ως ὡς ἐ̣τ̣[ῶν] ἐ̣ϊ̣[κοσι . . . . . οὐ]λ̣ὴ δ̣α[κτύλῳ - - - - χειρὸ]ς . . [ - - - - - ] . . . . [ - - - - - - - - - - ] ω̣ [ - - - ] σ̣ [ - - διειρῆσ]-

[θαι πρὸς ἑαυτ]ο̣ὺ̣[ς ἀπὸ τοῦ] γ̣ῦ̣[ν] ἐπὶ τὸν [ἄπα]γ̣τ̣α̣ χ̣ρ̣[όνον τ̣]ο̣ὺ̣ς ὑ[πάρχ']ν̣τ̣[ας αὐτ]οῖ̣[ς - - - - - ] χ̣ο̣ρ̣[. . . . ] . . . [ . . . ] . ει̣ [ . . . . ]ρ[ . . . . ]οιη[- -]ῃ̣ πρ . [ . . . . ]ν οἰκία [καὶ α]ὐ̣λή̣,

[ὥστε εἶνα]ι̣ Ὧρο̣υ̣ [Τεσενού]φεως τὸ τρ[ίτον] μέρος καὶ τ̣ῶν δύο [Τεσενο]ύ̣φε⟨ω⟩ς κ[αὶ το]ῦ̣ ἀδ[ελφοῦ] Ὧρου ἔ̣τ̣ε̣[ρον] τρ[ίτον] μέρος καὶ Φαήσ[εως] κα[ὶ Π]ρωτίωνο̣ς κοινῶς τὸ ἕτερον τρίτον]

[μέρος, καὶ ἐξ ἧς πεποίη]νται πρὸς ἑαυτοὺς ἐξ εὐδοκούντων ἐ̣κ̣ κλήρ[ου] δ̣[ι]αιρέσε̣ω̣[ς] κ[ε]κλη̣[ρῶσθα]ι τὸ̣ν̣ μὲ̣[ν] Ὧρ[ον Τε]σ̣ε̣νούφεως τὸ [ἐκ τ]ο̣ῦ̣ πρὸς ἀπηλιώτην μέρους τῶν ὅλων

[τόπων τρίτον μέρος, οὗ μέτ]ρα λειβὸς ἑπ' ἀπηλιώτην πήχεις δέκα πήχει τ̣ελείωι ξ̣υ̣λικῶ̣ι τεκ̣[τ]ονικῷ̣ ἐφ' ὅσον ἄγου[σ]ι οἱ τόποι νότον ἐπὶ βορρᾶ, τοὺς δὲ δύο Τεσενοῦφιν καὶ τ̣ὸ̣ν̣

[ἀδελφὸν Ὧρον] τ̣ὸ̣ ἐ̣κ̣ [το]ῦ̣ πρ[ὸς] λείβα μέρ[ο]υς τῶν ἔγλιβος ἀπολοίπων τ̣όπω̣ν̣ ἥμισυ μέρος διατῖνόν νότον ἐπὶ β[ορ]ρᾶ κατ' ἐπ[ι]βολὴν τοῦ ὄντος παντὸς ἐδάφους, τὸν δὲ Φαῆσιν καὶ

[Πρωτίωνα κο]ινῶ̣[ς τ]ὸ̣ λοιπ̣[ὸν] τὸ ἐκ τοῦ πρὸς ἀ̣π̣η̣[λ]ιώτην μέρους τῶν αὐτ̣ῶ̣ν̣ ἔγλειβ[ο]ς [ἀπ[ολ]οίπ̣ω̣ν τόπων ἥμισυ μέρος δ̣ιατῖνον νότον ἐπὶ βορρᾶ κατ' ἐπιβολὴν τοῦ ὄντος παντὸς

[ἐδά]φ[ο]υ̣[ς, ἐ]φ' ᾧ̣ ὁ Τεσε[νοῦ]φι[ς] καὶ ὁ ἀδελφὸς Ὧρος ὑπολείψουσι ἐκ τοῦ πρὸς ἀπηλιώτην [μ]έ̣ρ̣ο̣υ̣ς ἧς κεκλήρω⟨ν⟩ται μοίρης τόπον οὗ μέτρα λειβὸς ἑπ' ἀπηλιώτην πηχοιν ἕνα τουσε πι

[. .] . ᾳ̣ς ἀπολειπομ̣[ε . . . . . πή]χεις τρῖς διατ̣[ίν]ο̣ντ[ας] νότον ἐπὶ β[ορρ]ᾶ [ἐ]φ' ὅλων τῶν τόπων εἰς κοινὴν εἴσο[δο]ν κ̣αὶ̣ ἔ̣ξ̣οδον ὧν κε[κ]λ̣ή̣[ρων]τ̣ῃ̣ι̣ ὁ Τεσενοῦφις καὶ ὁ ἀδελφὸς Ὧρος καὶ

[. .] . ὐ̣ [. . . . ]λουτ̣ᾳ̣[. . . . . ] εἰς ἣν εξ̣ε̣ν̣ . . . . ρ . . αὐτῶν α . . . . [. .] . . ὧ̣ν̣ κεκλή̣[ρ]ωγ̣τ̣[αι] θ̣ύ̣ρ̣[ας] καὶ φ̣ω̃τ̣[α] θυρίδων τρία, [τ]ὸν δὲ Ὧρ̣ο̣ν Τεσενούφεως ἑαυτῶι ἀνοίγειν

[.]υ̣ κεκλη̣ . [. . . . ] . . υ̣ [. .]δ̣[. . . ]σειτετην ἀπὸ νότου κ[ατ'] ἀπηλιώτην ῥύμας βασιλικάς· [κο]ινῶς δὲ ἀποίσονται τὸ ὂν κόπρι⟨ο⟩ν ἐν ὅλοις τοῖς τόποις ἕκαστος κατὰ τὸ μέρος ἐν μησὶ

τ̣έσσ[α]ρσι ἀπ[ὸ] τ̣ῆ̣[ς π]ρ[οκει]μένης ἡμέρας, ἕκαστος δὲ ἀποίσεται ἃ ἔχι ἐν ὅλοις τοῖς τόποις ἴδια φορτία, ᾗ καὶ ἀπ[ο]θήσεται ἐν ὧι κεκλήρωται μέρος ἐν μησὶ δυσ[ί]· κοινὸν δὲ εἶναι

τ̣ὸ̣ν̣ ὄν[τ]α . [. . . . . μύλ]ον] θηβαεικὸν σὺν τραπαίζῃ. Ἐνμενέτωσαν οὖν οἱ ὁμολογοῦντες καὶ ἑκάτερον αὐτῶν καὶ τοὺς π[α]ρ' [αὐ]τῶν ἐν π̣[ᾶσ]ι̣ [το]ῖς κατὰ τήνδε τὴν

δ̣ι̣αίρεσι[ν ὁμολογουμέν]ο̣ι̣ς̣, καὶ μ̣ηδενὶ αὐτῶν ἐξεῖναι παραβῆναί τι τούτων μηδὲ ἐπελεύσεσθαι ἐπ' ἀλλήλους περὶ ὧν ἑκάτερος κεκλήρωται, ἢ ὁ παραβὰς αὐτῶν

. . [. ] . . [ἐκτίσῃ τῷ ἐνμένον]τ̣ι̣ τὰ βλάβη καὶ δαπαγήματα διπλᾶ καὶ ἐπίτιμον ἀργυρίου δραχμὰς διακοσίας καὶ εἰς τὸ δημόσι̣[ον] τὰς ἴσας, καὶ μηδὲν ἧσσον χωρὶς τοῦ τὰ διωμο-

λ̣ο̣γ̣γ̣μ̣[ένα μένειν κύρια καὶ] ἀμετακείνητα διὰ παντός. Ὑπογ(ραφεῖς) [2ª mano.] Ἰσχυρ(ίων) Ἰσχυρίω[νο]ς (ἐτῶν) . . οὐλ(ὴ) γόνατι ἀριστ(ερῷ) καὶ Μαρεψῆμις Πακήβκιος (ἐτῶν) με [ἄσημος]

καὶ Πακῆβκις Ψοιφέως

[(ἐτῶν) . . ἄσημος. Ὧρος Τεσενούφεως ὁμολ]ογῶ⟨⟨ι⟩⟩ πεποιῆσθαι τὴν διαίρεσιν καὶ κεκλ[η]ρῶσθαι τὸ ἀπ[ηλ]ιωτικὸν μέρος, οὗ μέτρα λιβὸς ἑπ' ἀπηλιώτην πήχις δέκα

[διατίνοντες νότον ἐπὶ] βορρᾶ καὶ ἐ̣[ν]μ̣ε̣νῶ̣ πᾶσι καθὼς π[ρ]όκ(ειται). Ἔγραψε ὑπὲρ αὐτοῦ Ἰσχυρ(ίων) Ἰσχ(υρίωνος) [μὴ] εἰδ(ότος) γρ(άμματα). [3ª mano.] [Τεσε]νο[ῦ]φις καὶ Ὧρος ἀμφότεροι Πέν-

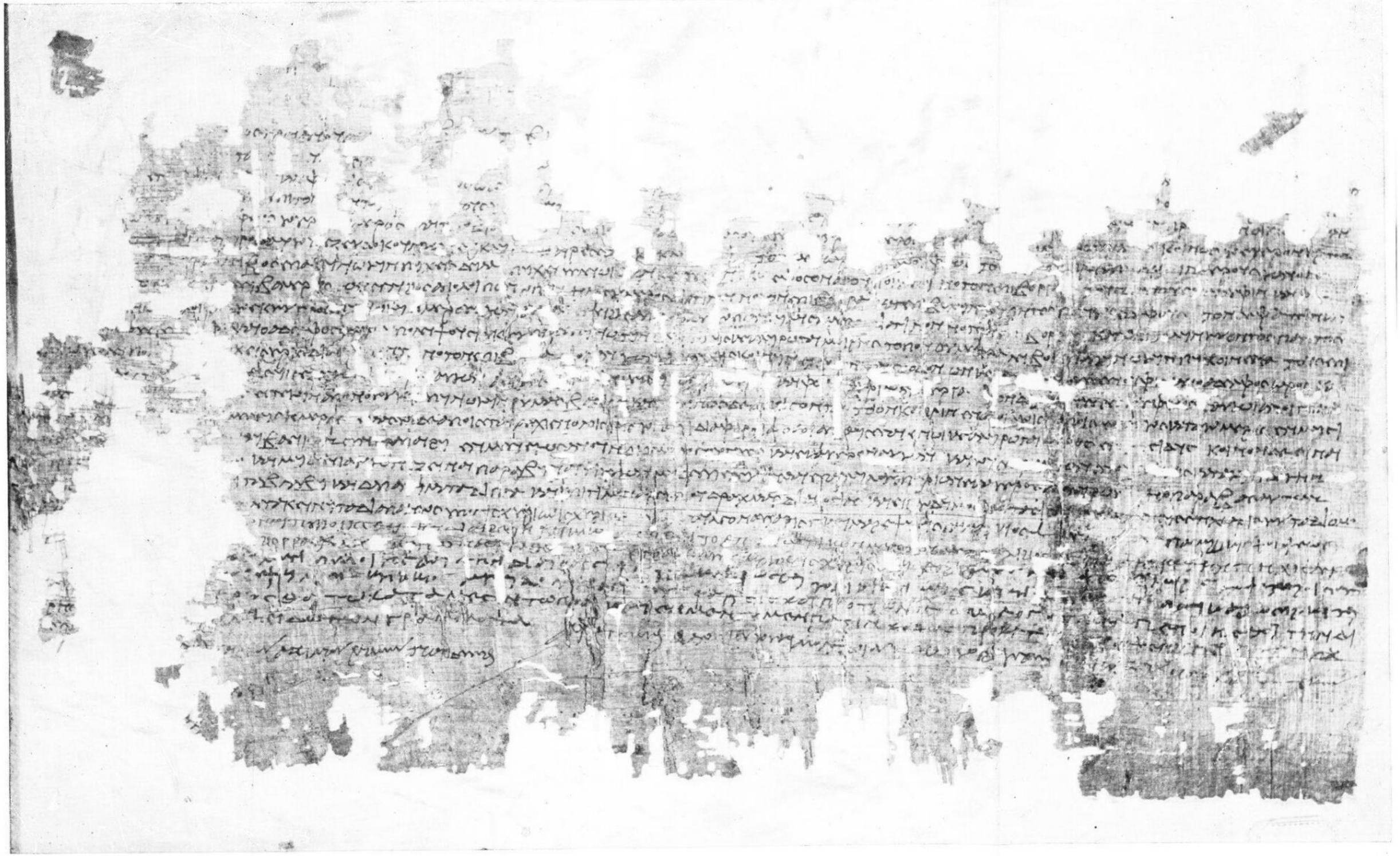
[νειτος ὁμολο]γοῦμεν πεποιῆσθαι τὴν διαίραισιν καὶ κεκληρῶσθαι τὸ λ̣ιβικ[ὸ]ν μέρος καὶ ἐνμενοῦμεν καθὼς πρόκιται.

[Ἔγραψε ὑπὲρ αὐτῶν Μ]αρεψῆμις Πακήβκιος μὴ εἰδότ(ων) γράμματα. [4ª mano.] Φαῆσις καὶ Πρωτίωνος ὁμολογοῦμεν πεποιῆσθαι τὴν δι-

[αίρεσιν καὶ κεκλ]η̣ρῶσθαι τὼ κατὰ μέσ[ο]ν τώπ̣ο̣ν̣ καὶ ἐνμενοῦμεν πᾶσιν καθὼς πρόκιτ(αι). Ἔγραψεν ὑπὲρ αὐτῶν Πα-

[κῆβκις Ψοιφέως] μὴ εἰδώτων γράμματα. [5ª mano.] Ἀναγέγ̣ρ̣απται διὰ Τ̣ουρίου τοῦ καὶ Ἀπολλωνίου τ̣ο̣ῦ̣ πρὸς τῷ γραφ(είῳ) Τεβτύνεως καὶ Κερκεσ̣ο̣ύχ(ων) Ὄρους Πο[λέμ(ωνος)] μερίδος.

[1ª mano.] [(Ἔτους)] δ̣ Τ̣ραιανοῦ Ἁδριανοῦ Σε̣βαστοῦ, Τῦβι δευτέρᾳ.



P. Univ. Stat. Milano, n° 91 inv.

*tus* 33 [1953] p. 363, dichiara non infrequente il caso che di taluno non risulti nè il patronimico nè la condizione di ἀπάτωρ). Per altro, se erano senza famiglia, a qual titolo sarebbero accoppiati nell'atto di divisione?

4. Nella lacuna centrale erano certamente nominati i τόποι (τόπους, concordato con ὑπάρχοντας), forse con un genitivo χωρ[ίου. La possibilità, confermata dalla più minuziosa ispezione, di leggere πρό̣[τερο]ν prima di οἰκία, comunque potesse svolgersi la frase, darebbe come oggetto della divisione un terreno nudo, o soltanto ingombro dei resti di una casa semidistrutta e abbandonata, ove si trovassero ammucchiate immondizie e masserizie in proprietà dei singoli condividenti. Ma questa interpretazione non é necessaria per rendersi conto della struttura del documento: non mancano infatti nei papiri i casi nei quali il suolo viene diviso secondo misure geometriche quantunque risulti edificato (ad es. P. Oxy. 503 e P. Flor. 51 = M. Chrest. 186), il che deriva dal minimo valore economico di molte fra le abitazioni dei *fellahin*' nella χώρα egiziana: chi non conosca l'Egitto può consultare Luckhard, *Das Privathaus im griechisch-römischen Aegypten*, *passim*, e meglio ancora le severe misure dirette ad evitare l'occupazione di suoli occupati da altrui case in rovina, come sembra siano contenute nel papiro legislativo demotico (del tempo di Tolemeo II Filadelfo, se non anteriore) trovato a Tuna El-Gebel negli scavi del 1938—39 e tuttora inedito (notizie apd. Mattha, *Bull. de l'Inst. d'Egypte* 23 [1941] p. 303 sgg.).

6. L'uso della parola μέρος é anche nel nostro documento, come negli altri del genere, promiscuo: indica infatti sia la parte, *pro indiviso* o *pro diviso*, appartenente in origine a ciascuno dei condividenti o a lui attribuita, sia la localizzazione di ciascuna delle superficie assegnate rispetto all'insieme dei τόποι (anche in italiano, del resto, possiamo tradurre ἐκ τοῦ πρὸς ἀπηλιώτην μέρους „dalla parte di Oriente", mentre in francese si direbbe „du côté oriental").

8. διατῖνον qui e al r. 9, διατ̣[ίν]ο̣ντ[ας] al r. 11 etc., pro διατεῖνον, διατείνοντας etc., nel senso (normale) della estensione: διατεῖνον.... ἐδάφους = „estendentesi in direzione Sud-Nord in guisa da coprire tutto il terreno", e pertanto equivale all' ἐφ' ὅσον ἄγου[σ]ι οἱ τόποι νότον ἐπὶ βορρᾶ del r. 7. Praticamente, la divisione é stata fatta, salve le clausole speciali dei rr. 10 ss., in tre rettangoli, ottenuti

tagliando in tre, in direzione Est-Ovest, il quadrilatero comune: mentre però del lotto ad oriente, di cui é assegnatario Horos figlio di Tesenouphis, é data la dimensione E.-O., in dieci πήχεις, di tutta la parte restante é detto solo che la si divide a sua volta in due parti eguali, assegnandosi quella ad O. ai fratelli Tesenouphis e Horos, quella ad E. (centrale rispetto all'insieme) a Phaësis e Protion. Forse questi due ultimi lotti avranno avuto una latitudine superiore di qualche poco ai dieci π., visto che l'assegnatario del lotto orientale aveva il vantaggio dell'accesso ai pubblici sentieri.

10-12. Quale sia a mio giudizio la volontà delle parti, ho detto nell'Introduzione: e di tale giudizio trovo la conferma in altro documento di Tebtynis, P. Mich. V 305 (I sec. d. C.). Qui un gruppo di quattro fratelli vende a certo Chrates una parte dello ψιλὸς τόπος ereditato dal padre e tuttora indiviso: titolare di un appezzamento vicino é Herakles fratello di Chrates: ed ecco che entro la minuziosa descrizione dei confini é data, come fra parentesi, la precisazione (r. 9 ss.) διὰ μέσον ὄντες (pro οὐσῶν: nominativo, per di più falsato nel genere, in luogo del genitivo assoluto!) εἴσοδος καὶ ἔξοδος λίβα ἐπ' ἀπηλιώτην πλάτους πήχων τριῶν διείργουσα νότον ἐπὶ βορρᾶ δι' ὅλων τῶν τόπων τούτων, δι' ἧς εἰσοδεύ⟨σου⟩σι καὶ ἐξοδεύσουσι ὅτε (pro ὅδε) ὁ Ἡρακλῆς καὶ Χράτης καὶ... (nomi dei quattro fratelli, e poi menzione degli eredi ed aventi causa di ciascuno) διὰ τῶν τῆς αὐτῆς εἰσόδου καὶ ἐξόδου ⟨⟨τῶν⟩⟩ τριῶν πήχων. A parte l'orientamento, che é per avventura l'opposto del nostro, anche qui abbiamo ai fini del passaggio una striscia di terreno di cui una delle dimensioni é di tre π., mentre l'altra coincide con l'estensione dell'intero appezzamento. E così era probabilmente anche in P. Lond. II 154 (p. 178). *ad vv.* λιβὸς εἴσοδος καὶ ἔξοδος κοινὴ πλάτους πήχω[ν] τ[ριῶ]ν. Che poi con l' εἴσοδος ed ἔξοδος andasse congiunta la facoltà di aprire porte e finestre, é del tutto naturale, e basterà riferirsi al materiale raccolto ed illustrato in proposito dal nostro Taubenschlag in *Arch. f. Pap.* 8 p. 25 ss., cfr. da ultimo *Law*[2] p. 256 sgg. Altro problema, di molto meno facile soluzione, é quello della restituzione letterale delle clausole. Mentre si vede chiaro che gli assegnatari della zona ad Ovest devono rinunciare a quella striscia della larghezza di un πῆχυς (che può rappresentare soltanto un compenso per sacrifici imposti ad altri), non risultano indicati, né potevano entrare nelle non ampie lacune, i nomi di coloro che rinunciano, in cambio, al rettangolo con tre πήχεις di lato S.-N.: sicchè, in definitiva, penso di dover

abbandonare l'idea che questo sacrificio fosse imposto ai soli Phaësis e Protion, assegnatari della zona centrale (idea che per lungo tempo mi era sembrata confacente all'esplicito rilievo, successivamente fatto, della facoltà che ha l'assegnatario della parte orientale di aprirsi porte [e finestre?] sui pubblici sentieri), per ritenere invece che la famosa zona dovess'essere ritagliata e sul lotto mediano e sull'orientale, designandosi i rispettivi assegnatari con un solo pronome od aggettivo. Non perciò mi riesce di trovare supplementi che soddisfacciano appieno. Accettabile πηχοιν per πῆχυν, semplice errore di ortografia nella probabile eguale pronuncia: ma che cosa ci stanno a fare, subito dopo le parole πῆχυν ἕνα, le lettere τουσεπι? Finché al r. 11 in. era parso di dover leggere ἀπολειπον̣[..., cioé un caso del participio attivo, avevo pensato (e non era certo un pensiero grammaticalmente tranquillizzante) ad un τοὺς ἐπι/[λοίπους] ἀπολειπόν̣[τας πήχεις τρῖς κτἔ.: accusativo invece del genitivo assoluto, là dove lo scriba di P. Mich. 305 si era gettato sul nominativo! La nuova e probabile lettura ἀπολειπομ̣[... mi dà un ἀπολειπομ̣[ένους da coordinare con πήχεις: ma non vedo come con quel certissimo τουσεπι e col poco che resta prima del participio abbia potuto completarsi un concetto a cui sarebbe convenuta, ad es., la frase ἀντὶ τῶν ἀπὸ τῶν ἄλλων ἀπολειπομένων πήχεων κτἔ. Al contrario, la lettura θ̣ύ̣ρ̣[ας, (ο θ̣ύ̣ρ̣[αν), che é stata difficile da conquistare, ha chiarito in buona parte il senso del r. 12, almeno a partire da quell' εἰς ἥν che certamente si riferisce all' εἴσοδος καὶ ἔξοδος, e a cui sembrerebbe far seguito qualche cosa come ἐξεῖναι ἑκατέρῳ αὐτῶν ἀνοίγειν ὧν κεκλήρωνται κτἔ., lezione con la quale i resti sembrano accordarsi abbastanza bene. Al principio, però, ancora una volta, non mi riesce di ravvisare né i nomi di Phaësis e di Protion, né i resti di un' espressione che alluda a tutti i condividenti (l'una e l'altra possibilità sarebbe accettabile in linea teorica). Al contrario, al r. 13 in. riesce facile cominciare [ο]ῦ̣ κ̣εκ̣λ̣ή̣-[ρωται μέρο]υ[ς εἴσο]δ̣[ον, ma per raggiungere le ῥύμας βασιλικάς non so proprio che cosa fare delle ben chiare lettere σ̣ειτετην.

13. La lettura [κο]ινῶς appare sicura, anzi si potrebbe osare [χ̣ο̣]ινῶς: ma la contraddizione col successivo ἕκαστος κατὰ τὸ μέρος è innegabile.

14. μέρος pro μέρει.

15. Leggi μύλ]ο̣ν Θηβαϊκὸν σὺν τραπέζῃ (cfr. le citazioni nel ***Wörterbuch*** del Preisigke); ἑκάτερον pro ἑκάτερος, anzi pro ἕκαστος.

17—18. Si sarebbe portati a sopprimere il μηδὲν ἧσσον, effetto di contaminazione della formula μηδὲν ἧσσον..... κυρία καὶ ἀμεταϰ. ἔστω con l'altra χωρὶς τοῦ ϰτέ. Ma la stessa contaminazione si trova (sempre a Tebtynis) nei P. Mich. V 323 e 324, nonché in PSI. 903, che di quella stessa διαίρεσις dà il testo in questa parte più attendibile.

18—19. I due ἄσημος sembrano imposti da ragioni di spazio: e forse ci stavano soltanto perché i connotati dei sostituti nella sottoscrizione interessavano meno di quelli delle parti.

20—21. Il patronimico Πέννειτος sembra risultare da altro documento della collezione.

21. L. διαίρεσιν. Fra ἐνμενοῦμεν e ϰαθῶς lo ὑπογραφεύς ha dimenticato l'abituale πᾶσι.

23. L. τό, τόπον.

24. L. εἰδότων. I minuti caratteri dell' ἀναγραφή cominciano un po' più in basso nei confronti del principio del rigo.

25. Per la data cfr. al rigo 1.

[*Roma*] *Vincenzo Arangio-Ruiz*

# ZUR TERMINOLOGIE DER VOLKSZÄHLUNG IM FRÜHEN RÖMISCHEN ÄGYPTEN.

*SUMMARIUM*: *Primum demonstratur voces* ἐπίκρισις *et* εἰκονισμός, *quae postea verbo* κατ'οἰκίαν ἀπογραφή *mutari solebant, proprie census in Aegypto usque ad annum p. Chr. n. 61/2 factos significavisse. Ex quo intellegi potest et omnes provinciales obligatos esse, ut ipsi in professionem venirent, et census in Aegypto usque ad annum p. Chr. n. 12/3 minimum anniversarios factos esse. Deinde cum explicatum sit non minus vocem* λαογραφία *ab aetate Ptolemaeorum acceptam quam* ἀναγραφή *tabulae census in publico proponendae propriam esse, censum anno p. Chr. n. 61/2 actum novis modis institutum esse approbari potest. Postremo in appendice papyrus Londinensis inv. 2196 ab Haroldo Bell transcripta editur, quae professionem census eodem anno acti continet.*

Auch nach der Behandlung, die sie von so hervorragenden Gelehrten wie A. Calderini, M. Hombert und Mlle C. Préaux erfahren haben, scheinen mir die Zeugnisse über die Volkszählung noch immer zu „einer der interessantesten Gruppen römischer Papyri" zu zählen[1]. Man mag hierbei der Ansicht sein, dass „the term is a matter of little importance"[2], ganz wird man die Bedeutung der *termini* auch auf diesem Gebiet seit den Arbeiten von E. Bickermann nicht leugnen können[3]. Eine solche Untersuchung aber widme ich dem Altmeister der juristischen Papyrologie umso lieber, als sie vielleicht einen bescheidenen Beitrag zum *political and administrative law* darstellen kann, das uns der verehrte Jubilar zum ersten Mal in einer grossartigen Zusammenfassung des vielschichtigen Materials im zweiten Teil seines *Law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri* geboten hat.

## 1. ἐπίκρισις

Den engen Zusammenhang zwischen ἐπίκρισις und κατ' οἰκίαν ἀπογραφαί hat zuletzt gerade R. Taubenschlag wieder deutlich

[1] Vgl. B. P. Grenfell — A. S. Hunt zu Beginn ihrer grundlegenden Untersuchung über die frühesten Urkunden dieser Art in der Einleitung zu P. Oxy. II 254.

[2] ebda., S. 209.

[3] Beiträge zur antiken Urkundengeschichte, *Arch. f. Pap.* VIII (1927) S. 216 ff.; IX (1930) S. 24 ff., 155 ff.; hier besonders IX, S. 24 ff.

hervorgehoben[4]. Dieser gilt sowohl für die ἐπίκρισις als von der Bevölkerung beantragte Überprüfung ihrer Privilegierung in Hinsicht auf die Kopfsteuer[5] als auch als allgemeine „Kontrolle beim Zensus"[6], die uns hier stärker zu beschäftigen hat. Durch diese Kontrollfunktion der ἐπίκρισις wird es bedingt, dass sie auch terminologisch für die κατ' οἰκίαν ἀπογραφή schlechthin gebraucht werden kann — besonders wohl dann, wenn nicht so sehr die Einreichung der Deklarationen, als vielmehr ihre offizielle Überprüfung ins Auge gefasst wird[7]. Diese Bedeutung müsste aber allgemein dem *terminus* ἐπίκρισις dann beigemessen werden können, wenn er im Zusammenhang mit Massnahmen der Volkszählung in der Zeit vor der Regierung Neros erscheint. Denn auch das seither bekanntgewordene Material hat in Bezug auf die ἐπίκρισις als Überprüfung der fiskalischen Privilegierung[8] nur die Feststellung E. Bickermanns bestätigt, „dass die Epikrisis in verschiedenen Gauen zu verschiedener Zeit eingeführt wurde: 54/5 in Arsinoe, 64/5 in Hermupolis, 72/3 für die 'vom Gymnasium' in Oxyrhynchos"[9].

[4] *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*[2], S. 612.

[5] Vgl. dazu jetzt M. Hombert — C. Préaux, *Recherches sur le recensement dans l'Egypte romaine* (1952) S. 145 f. Die Abhängigkeit der ἐπίκρισις von den Zensusunterlagen hat E. Bickermann, *Arch. f. Pap.* IX, S. 34, erwiesen; vgl. auch besonders P. Lond. II 259 (S. 36 ff.) Z. 54 ff.

[6] E. Bickermann, a.a.O., S. 35.

[7] Auf diese Übereinstimmung in der Terminologie haben M. Hombert — C. Préaux, a.a.O., S. 101, bereits hingewiesen. Der Ausgangspunkt scheint mir jedoch nicht κατ' οἰκίαν ἐπίκρισις wie in P. Hamb. 60 zu sein, sondern eher ἐπίκρισις κατ' οἰκ(ίαν) ἀπογραφῆς wie in BGU II 484; ebenso jetzt F. Zucker, *Betrachtungen zur Kopfsteuer im römischen Ägypten, Arch. f. Pap.* XVI (1956) S. 22 f., bei dessen Annahme, dass uns damit „der korrekte vollständige Ausdruck" für den Zensus erstmalig i. J. 201/2 p. belegt ist, ich allerdings Bedenken habe. Einfach als ἐπίκρισις ausserdem noch: P. Bad. 75 b, BGU II 388 = M., Chrest. 91, P. Lond. III 915 (S. 26 ff.) Verso, P. Oxy. III 478 = Wilcken, Chrest. 218, Z. 31, PSI X 1109, Z. 28.

[8] Die Liste der ἐπίκρισις-Gesuche bei S. L. Wallace, *Taxation in Egypt from Augustus to Diocletian* (1938), S. 403 ff., ist jetzt berichtigt von J. Bingen, *Chronique d'Egypte* XXXI (1956), S. 116 f. Hinzuzufügen sind: für Arsinoe P. Erl. 22 (160/1 p.), für Oxyrhynchos P. Erl. 23 (II p., für Oxyrhynchos spricht die Erwähnung des 34. Jahres in Z. 12, wahrscheinlich verbunden mit dem 5. Jahr Vespasians in Z. 10). P. Ryl. II 278 wird in die Zeit von 72—79 p. datiert werden können, da uns für Oxyrhynchos erstmalig für das Jahr 72/3 p. die ἐπίκρισις belegt ist. Zu P. Oxy. II 288 und 314 vgl. unten S. 55.

[9] a.a.O., hier kommt es uns natürlich nicht auf die zeitlichen Unterschiede in der Einführung, sondern darauf an, dass vor 54/5 p. diese Form der ἐπίκρισις offenbar nicht existierte. In P. Oxy. X 1266 ist übrigens Z. 4 τῷ ζ (ἔτει) θεοῦ

Dem widerspricht auch nicht, dass in allen ἐπίκρισις-Gesuchen aus Oxyrhynchos zum Zwecke der Aufnahme Jugendlicher in die Gruppe derer ἀπὸ γυμνασίου eine γραφὴ τῶν ἐκ τοῦ γυμνασίου aus dem Jahre 4/5 n. Chr. genannt wird[10]. Darin besteht nicht nur terminologisch ein Unterschied zur ἐπίκρισις[11], sondern auch sachlich entspricht sie dieser nicht, da bereits eine flüchtige Überprüfung der ἐπίκρισις-Gesuche zeigt, dass die Erwähnung dieser γραφή sich nicht in kontinuierlicher Folge an die stets vorangehende ἐπίκρισις des Jahres 72/3 n.Chr. anschliesst, wie das sonst ausnahmslos der Fall ist.

An Zeugnissen für eine ἐπίκρισις in der frühen Prinzipatszeit verbleiben damit: P. Oxy. II 288. 314, O. Brüssel-Berlin 14. Diese geringe Anzahl ist für eine Folgerung sicher nicht ermutigend, zumal für P. Oxy. II 314 nur eine kurze Beschreibung vorliegt, aber m.E. lassen sich aus den Urkunden selbst ausreichende Schlüsse ziehen. P. Oxy. II 288 und 314 sind bisher allgemein entsprechend der Deutung der Hrsgg. als Auszüge aus ἐπίκρισις-Akten angesprochen worden[12]. Hier folgen unter der Überschrift ἐ[ξ] ἐπικρίσ[ε]ως τοῦ μα (ἔτους) Καίσαρος (Z. 35) die Namen der männlichen Angehörigen einer Familie mit Altersangaben vom Grossvater Tryphon mit 64 Jahren bis zum gleichnamigen Enkel mit 3 Jahren; danach finden wir unter der neuen Überschrift καὶ ἐξ ἀπ[ογραφῆς κω]μογραμματέων / μβ (ἔτους) einen weiteren Enkel im Alter von 1 Jahr aufgeführt. Schon die letzte Eintragung, die doch offenbar auf eine Geburtsanzeige hinweist, macht es sehr unwahrscheinlich, dass mit diesen Auszügen der Nachweis fiskalischer Privilegierung geführt werden sollte. Aber selbst wenn wir nicht aus den ἐπίκρισις-Gesuchen in Oxyrhynchos wüssten, dass im Jahre 72/3 n.Chr. zum ersten Male alle Bewohner unbeschadet ihres Alters einer ἐπίκρισις unterzogen und erst danach die Jugendlichen jeweils vor Eintritt in das kopfsteuerpflichtige Alter der ἐπίκρισις-Behörde

---

Οὐεσπασιανοῦ sicher verschrieben für ε (ἔτει), vgl. dazu τῷ αὐτῷ πέμπτῳ ἔτει in Z. 23. Dieses Jahr wird auch als Epochenjahr für Oxyrhynchos besonders hervorgehoben in P. Oxy. XXII 2345, Z. 55.

[10] Z.B. P. Oxy. X 1266, Z. 11 f. Zusammenstellung vgl. Anm. 8.

[11] So fälschlich bezeichnet von M. Hombert — C. Préaux, a.a.O., S. 48[3]. Zur γραφή als *t.t.* vgl. unten Anm. 71.

[12] Vgl. S. L. Wallace, a.a.O., S. 404; M. Hombert — C. Préaux, a.a.O., S. 48 f., weisen dagegen bereits auf die unten ausgeführte Deutung hin. — Im Folgenden wird lediglich auf P. Oxy. II 288 eingegangen, dem 314 nach der Beschreibung entsprechen soll.

vorgestellt wurden, wäre doch niemals anzunehmen, dass ein Knabe von 3 Jahren der ἐπίκρισις als Überprüfung seiner fiskalischen Privilegierung unterworfen war — was ausserdem für ihn gleichzeitig mit seinem 64-jährigen Grossvater geschehen sein müsste—, denn es läge ja ein Auszug aus der Liste der ἐπίκρισις, nicht der ἐπικεκριμένοι vor. Nach dem Gesagten müssen wir wohl nach einer anderen Lösung suchen. Alle diese Schwierigkeiten entfallen, wenn wir auch hier ἐπίκρισις synonym der späteren κατ' οἰκίαν ἀπογραφή fassen. Die Eintragungen entsprechen damit ganz einer der bekannten Volkszählungslisten, und im folgenden Jahr wurde zu dieser — wohl auf Grund einer Geburtsanzeige — ein Nachtrag durch den κωμογραμματεύς gemacht, wie das ebenso in späterer Zeit der Amphodarch in Arsinoe tat[13]. Die gleiche Bedeutung liegt aber auch in O. Brüss.—Berl. 14 vor, wie bereits der Hrsg. vermutet hat [14], wenn hier im Formular einer Geburtsanzeige Knaben gemeldet werden sollen, die μετὰ τὴν ἐπίκρισιν τοῦ κ (ἔτους) geboren sind. Das beweist vor allem die bereits von P. Viereck angeführte Parallele με[τ]ὰ τὴν τοῦ ις (ἔτους) θεοῦ Ἁδ[ρι]ανοῦ κατ' οἰκ(ίαν) [ἀπο]γραφήν in BGU I 111[15].

Das Ergebnis entspricht also dem Postulat: in der frühen Prinzipatszeit wird die Volkszählung als ἐπίκρισις bezeichnet. Das erscheint mir umso bedeutsamer, als uns für die gleiche Zeit ein anderer *t.t.* für die Volkszählung fehlt[16]. Denn bekanntlich wird erst der Zensus vom Jahre 61/2 n.Chr. — und zwar rückblickend — als κατ' οἰκίαν ἀπογραφή bezeichnet[17].

## 2. εἰκονισμός

Auch den *terminus* εἰκονισμός haben M. Hombert und Mlle C. Préaux als Bezeichnung für die Massnahmen der Volkszählung

[13] Vgl. P. Lond. II 261 (S. 53 ff.) = Stud. Pal. IV, S. 62 ff., Z. 28 ff.

[14] Allerdings auf Grund falscher Voraussetzungen, denn der *t.t.* kann hier nicht von der Epikrisis der „13 Jahre alt gewordenen zum Zweck der Feststellung ihrer Kopfsteuerpflicht" abgeleitet sein. In unserem Sinne übrigens bereits gedeutet von P. M. Meyer, P. Hamb. I, S. 213 f., sowie E. Bickermann, a.a.O., S. 35², und jetzt F. Zucker a.a.O.

[15] Vgl. noch Stud. Pal. XXII 18, Z. 8.

[16] Zu γραφή in P. Oxy. II 255 vgl. unten Anm. 71.

[17] Vgl. P. Harris 70, Stud. Pal. IV, S. 62 ff., und dazu zuletzt H. Braunert, *JJP* IX—X (1955/56) S. 319 f.

kürzlich erneut herausgestellt[18]. Wie der Ausdruck ἐπίκρισις scheint er in späterer Zeit vor allem einen bestimmten Aspekt, unter dem die Volkszählung gesehen werden konnte, zu bezeichnen, und man wird m.E. unter Zugrundelegung des Wortsinns von εἰκονισμός in der Annahme nicht fehlgehen, dass damit die Identifikation der Bevölkerung durch Aufnahme des Signalements beim Zensus gekennzeichnet werden sollte. Dass aus Anlass des Zensus nicht nur ἀπογραφαί abzugeben waren, „sondern dass die ganze Bevölkerung zwecks Aufnahme des Signalements sich persönlich bei dieser Gelegenheit zu stellen hatte", hat zuerst U. Wilcken nachgewiesen[19], J. Hasebroek durch seine Untersuchungen bestätigt[20] und nun auch R. Taubenschlag als wesentlichen Zweck des Zensus hervorgehoben[21]. Andere neuere Untersuchungen glaubten allerdings vorsichtiger sein zu müssen: so hält es S. Le Roy Wallace nur für „not impossible", dass eine persönliche Vorstellung stattgehabt hat, bei der das Signalement verifiziert wurde[22], und M. Hombert und Mlle C. Préaux möchten zwar zugeben, dass eine persönliche Meldung wenigstens der verantwortlichen Deklaranten angeordnet war, die nur wegen der zahlreichen Schwierigkeiten häufig nicht eingehalten wurde[23], scheinen jedoch an anderer Stelle für wahrscheinlicher zu halten, dass „la comparution personelle n'était exigée que lors d'un premier contact avec les services de l'état civil"[24].

Diese Zurückhaltung ist jedoch fehl am Platze. Denn es lässt sich m.E. unschwer nachweisen, dass die persönliche Meldung zum Zwecke des Zensus tatsächlich für die ganze Bevölkerung erforderlich war. Am besten nehmen wir dabei zu den Argumenten Stellung, die M. Hombert und Mlle C. Préaux zur Abschwächung dieser Auffassung zusammengetragen haben:

[18] a.a.O., S. 101. Alle anderen dort angeführten Ausdrücke wird man leicht entweder als Varianten zu den hier behandelten termini oder aber als Ausdrücke der Verwaltungssprache erkennen, die nicht typisch für die Volkszählung sind.

[19] *Grundzüge*, S. 194.

[20] *Das Signalement in den Papyrusurkunden* (Pap.-Inst. Heidelberg, Schrft. 3, 1921), bes. S. 4 ff.

[21] *Law*[2], S. 611; vgl. auch V. Martin, *Recensement périodique et réintégration du domicile légal* (*Atti IV Congr. Pap.*, 1936) S. 225 f.

[22] *Taxation*, S. 396[13].

[23] *Recherches*, S. 76.

[24] a.a.O., S. 75, vgl. auch S. 144.

P. Lond. Inv. 2196. 20 × 9,5 cm.

Ηρακληωι λαογραφωι
Κερκησεως
παρα Κρονιωνος του
Αρυωτου οικοδομου των
απο της κωμης Κερκησεω[ς]
καταγινομενου δε εν
τη υπαρχουση μοι οικιαι
εν κωμη Τεβτυνει απο
γραφομαι εις τον τ̣ο̣υ ενεσ̣τ̣[ω]
η ∟ Νερωνος του κυριου
ε̣ι̣κονισμον
Κρονιων Αρυωτου μ̣ⁿ Θασωτ̣ο̣·
οικοδομος ως ∟ νβ̣ ο̣υλ[η]
δακτυλωι δευτερωι τ̣[ης]
δεξι̣[α]ς̣ χ̣[ε]ι̣[ρος και ο υιος μου ?]
Κρονιων μ$^{η}$ Ταορσευ̣ως
∟ γ
Πατιων μ$^{η}$ της αυτης . . . [
Αυσις θυγατ̣[η]ρ
Θενσοκευς μ$^{η}$ . . . [. .] . . . [
ως ∟ ια
η γυνη μου Ταορσευς Πατι̣[ων°]
μη Τεα̣π̣ρωτος ως ∟ λ

δουλικα μ̣ο̣υ̣ [σωματα
[.] . . . ωσ̣ε̣α̣[
- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

[*Bonn*] ***Horst Braunert***

a) P. Lond. II 261 (S. 55) = Stud. Pal. IV, S. 62, Z. 39, beziehe sich lediglich auf Knaben, die noch nicht das kopfsteuerpflichtige Alter erreicht haben. Das ist sicher richtig. Da aber allgemein zugegeben wird, dass εἰκονισθείς hier die Vorstellung von der persönlichen Meldung zum Zwecke der Signalementsaufnahme involviert, muss dem *terminus* die gleiche Bedeutung auch in Z. 10 derselben Urkunde zukommen, wo wir lesen οἳ καὶ εἰς [τὸ η?] (ἔτος) ἰκο(νισθέντες) ἄνδ(ρες) γ[25]. Es handelt sich also nicht nur um Knaben, sondern ebenso um kopfsteuerpflichtige Männer.

b) Da M. Hombert und Mlle C. Préaux evtl. Folgerungen aus dem Edikt des C. Vibius Maximus selbst keine grosse Bedeutung beimessen[26], können wir uns gleich ihren Schlussfolgerungen aus den κατ' οἰκίαν ἀπογραφαί zuwenden. Hier werden in der Tat ἀπογραφαί auch von Stellvertretern der abwesenden Eigentümer eingereicht, und das möchte den Zwang zur persönlichen Meldung fraglich erscheinen lassen. Für P. Bruxelles Inv. E. 7616, col. XVIII, stellen jedoch die beiden belgischen Gelehrten selbst fest, dass „cette déclaration ne porte que sur des biens fonciers" (S. 76), und die gleiche Feststellung haben zuvor bereits H. C. Youtie und O. M. Pearl für die übrigen Urkunden der gleichen Gattung getroffen[27]. Für eine Objektsdeklaration aber wird niemand die persönliche Meldung des Eigentümers zur Signalementsaufnahme erwarten; und da die Stellvertretung eines Abwesenden nach dem bisherigen Urkundenmaterial auf solche Fälle beschränkt ist,

[25] So muss sicher gelesen werden statt dem bisherigen οἳ καὶ εἰσ[ί.]—(ετεῖς) κτλ. Denn da die hier aufgeführten Männer nach Ausweis von Z. 11—13 verschiedenen Alters sind (40, 24, bzw. 29 Jahre), können sie nicht zu irgendeinem Zeitpunkt als gleichaltrige aufgenommen worden sein. Der Zeitpunkt ihrer Signalementsaufnahme ist aber sicher auch hier der Zensus von 61/2 p.

[26] Vgl. übrigens jetzt die Ergänzung von W. Schubart, *Aegyptus* XXXI (1951), S. 153. Auch den Hinweis auf die Erwähnung des Gewohnheitsrechts in Z. 24 durch R. Taubenschlag, *JJP* I (1946) S. 53, sollte man nicht übersehen.

[27] Vgl. Einleitung zu P. Mich. VI 370. Es kann hier offen bleiben, ob diese Grundstücke unbewohnt waren, wie U. Wilcken, *Hermes* XXVIII (1893) S. 242, angenommen hat, oder ob für die Bewohner dieser Grundstücke nach den Hrsgg. von P. Mich. 370 später „supplementary declarations" nachgereicht wurden. Die Gründe für die letzte Annahme scheinen mir plausibel, und es wird damit meine Feststellung in *JJP* IX—X (1955/56), S. 312 f. bestätigt, dass für den Abgabeort der Deklaration die in ihr deklarierten Personen massgebend waren.

Un'altra serie di toponimi è caratterizzata dalla radice a terminazione -άς, -άδος, oppure -άτος come Ἀνουβιάς, Ἀπιάς, Ἀρτεμάς; e da quelle a terminazione -ών, -ῶνος come Αὐλών, -ῶνος, Ἀγκυρών, Ἀμπελών, Ἀγκών e simili; più frequenti ancora, soprattutto nei tardi tempi, sono i toponimi in -ώ, -ως: come Ἀλωλώ, Αὐτοδότω, Ἀγομομπαώ, Ἀταλμώ, Ἀφωπώ, Ἀφροδιτώ e simili.

In questi e in altri casi si intreccia col problema morfologico anche, e assai più complesso, il problema del riflesso nella toponomastica delle varie stirpi che si susseguirono nel paese, recando ciascuna probabilmente, come suole quasi dovunque, l'apporto della propria favella: qui possono essere rappresentati temi di origine faraonica, ebraica, persiana, greca, romana e più tardi araba.

Non è nelle mie intenzioni di trattare qui un cosi impegnativo programma. Basterà solo, sempre limitatemente ai vocaboli di α, fare alcune poche osservazioni.

Nel complesso, sopra più di 400 nomi presi in considerazione, forse più di 250 mi paiono presumibilmente greci o fortemente grecizzati[31], mentre circa 150 sembrano estranei alla grecità anche se taluni hanno qualche sentore di greco; i latini sono pochissimi e non più di una ventina. Tutto ciò è già per se stesso una prova della influenza greca nella organizzazione sociale del paese, sì da giustificare, come ci autorizza a credere anche la sostituzione del nome Alessandria all'originale toponimo di Ῥακῶτις, l'ipotesi che in molti casi il termine si sia sostituito a quello precedente faraonico. Nè si può negare che progressi agricoli possano avere in età greca permesso una maggiore estensione di terre abitate nella valle del Nilo durante i secoli dal IIIª al Iª.

D'altra parte siamo in grado di osservare, e l'osservazione per le già ripetute circostanze, vuol essere sempre tenuta presente, che in età romana pare che i nomi non greci si affermino con qualche frequenza, e il medesimo accade passando all'età bizantina: si tratta forse di una maggiore e più ampia documentazione che abbraccia ormai la totalità del paese, e insieme forse dell'incremento di popolazioni allogene, che l'occupazione romana, attra-

[31] Si vuole per altro notare che già i Greci osservavano che alcuni nomi, apparentemente greci, non erano in effetto tali e così, a proposito di Αρχανδρούπολις Herod. II 98.2 osserva οὐ .... αἰγύπτιον τὸ οὔνομα.

οἰκίαν ἀπογραφαί ist diese Angabe nicht, wie U. Wilcken (a.a.O.) gezeigt hat, da vorwiegend gerade keine Zensusjahre angeführt werden. Aber andererseits zeigt doch die Formulierung ἀναγραφόμενος διὰ λαογραφίας mit wünschenswerter Klarheit, dass durch bzw. anlässlich der λαογραφία eine ἀναγραφή veranlasst wurde, d.h. aber eine publizierte Liste[56a].

Gerade auf die Publizitätsbeurkundung, für die A. Wilhelm den *terminus* ἀναγραφή erschlossen hat[57], scheint mir gegenüber anderen Urkundengruppen[58] in unserem Falle noch zu wenig Wert gelegt worden zu sein. Seit U. Wilckens Hinweis auf die Publizität der Personallisten[59] hat m. W. lediglich F. v. Schwind den Aushang von Listen der ἐπικεκριμένοι bisher wahrscheinlich machen können[60]. Da aber nichts auf eine Änderung der Terminologie hinweist, scheint mir der im Zusammenhang mit dem Zensus immer wiederkehrende Ausdruck ἀναγραφόμενος[61] ein sicheres Indiz dafür zu sein, dass auch die Zensuslisten öffentlich zum Aushang gebracht wurden. Durch diese ἀναγραφή[62], nicht durch die ἀπογραφή wurde aber dann, wie schon E. Bickermann festgestellt hat[63], der Status des Individuums festgelegt. Aus den ἐπίκρισις-Gesuchen von Oxyrhynchos ersehen wir, dass diese Publikation nicht nur im Anschluss an den Zensus erfolgte, sondern offenbar nach jeder Revision dieser Zensuslisten, die wahrscheinlich halbjährlich stattfand[64].

Als Beispiel einer Abschrift aus einem solchen Aushang ist aber m. E. P. Philad. 5 anzusprechen, da wir allgemein wissen, dass bei der ἀναγραφή die Urkunden nur im Auszug eingetragen wur-

[56a] Die gleiche Deutung bereits bei B. A. van Groningen, ΟΜΟΛΟΓΟΣ, *Mnemosyne*, N. S. L (1922), S. 135.

[57] Vgl. *Beiträge zur griechischen Inschriftenkunde* (*Sd.-Schrft. Österr. Archäol. Instit.* VII, 1909), S. 271 ff.

[58] Vgl. F. v. Woess, *Untersuchungen über das Urkundenwesen und den Publizitätsschutz im römischen Ägypten* (*Münch. Beitr.* 6, 1924), sowie F. v. Schwind, *Zur Frage der Publikation im römischen Recht* (*Münch. Beitr.* 31, 1940).

[59] *Griechische Ostraka* I, S. 486 f.; vgl. auch ders. zu Chrest. 208, sowie als Beweis vor allem Stud. Pal. I, S. 27 f. = Wilcken, Chrest. 209.

[60] a.a.O., S. 96 f.

[61] Vgl. M. Hombert — C. Préaux, *Recherches*, S. 67 ff.

[62] Soweit sie nicht beanstandet wurde; vgl. dazu δι' ὁμολόγου λαογραφίας in P. Oxy. III 478, XII 1452, col. I; PSI VII 732.

[63] *Arch. f. Pap.* IX (1930), S. 34, und dazu S. 26.

[64] Vgl. M. Hombert — C. Préaux, a.a.O., S. 138.

Talvolta si usa anche il termine μητρόπολις, ma raramente e solo in casi particolari[21].

Il termine πόλις peraltro pare vada via via in disuso a vantaggio di κώμη: tipico finora mi pare il caso di Ἀγκυρῶν πόλις, che è così chiamata nel III$^a$, e dopo questo secolo Ἀγκυρῶν κώμη[22]; analoghi casi si segnalano per Ἀκανθῶν πόλις[23], per Ἀπόλλωνος πόλις ἡ μικρά[24], e per Ἀφροδίτων πόλις, divenuto poi Ἀφροδίτης κώμη[25]; pare invece contraddirvi il caso di Ἀνταίου πόλις, che Diodoro[26] chiama κώμη, mentre il resto degli altri testi e documenti πόλις.

Il termine κώμη appare esplicitamente in una cinquantina di esempi, la maggior parte dei quali interessa i secoli av. Cr., e almeno apparentemente sono di radice greca, mentre dal V$^p$ all' VIII$^p$ gli esempi superstiti di tale denominazione sono soltanto cinque. Ne consegue, come spero possa essere confermato da indagini parallele, che si potranno fare in seguito su altre lettere dell'alfabeto, che la parola cadde in disuso, oppure che la circoscrizione accentrata nelle κῶμαι fu sopraffatta nella graduale trasformazione dell'amministrazione dell'Egitto durante i secoli IV e V d. Cr.[27]. La osservazione mi pare confermata dal fatto che, in qualche caso, località designate col nome di κώμη, in secoli più tardi modificano la loro denominazione: p. es. Ἀλαβανθίς, che dal III$^a$ al III$^p$ ha parecchie volte la denominazione di κώμη, nel VII$^p$ e nell' VIII$^p$ è ripetutamente chiamato χωρίον e pure in età bizantina è chiamato una volta ἐποίκιον[28]; parimenti la Ἄρεως κώμη, così chiamata fin dal II$^a$, nel VII$^p$ una volta appare come Ἄρεως χωρίον (St. Pal. X. 3); così il κλῆρος Ἀττινοῦ del 179$^a$ (P Freib. III. 22), divenuto κώμη nel 164$^p$ (PSI. I. 31), nel VII$^p$ e VIII$^p$ è detto ripetutamente χωρίον. Ἀρφοκρᾶ detta κώμη in un esempio del VI$^p$ (St. Pal. X. 145), è detta χωρίον più volte nel VII$^p$ e nell' VIII$^p$ (St. Pal. X. 60; 40; 134; 81)[29].

[21] Cfr. p. es. Ἀθρίβις, Ἀνταίου πόλις, Ἀπολλωνόπολις, Ἑπτακωμία.

[22] A. Calderini, *Dizion.* I p. 12.

[23] l.c. p. 40 e 127$^p$ BGU. VIII $1641_3$.

[24] II/III$^p$ W. O. $672_{2-10}$, cfr. *vicus Apollonos* nell'*Itin. Anton.* 165,5.

[25] Cfr. A. Calderini, *Dizion.* II *s.v.*

[26] Diod., I.21.4.

[27] Cfr. P. Jouguet, *Vie municipale* (Paris 1911) pp .457 e seg.; il κωμογραμματεύς scompare nella prima metà del III secolo; cfr. P. Jouguet, ibid. p. 392.

[28] A. Calderini, *Dizion.* I p. 49.

[29] Ἀγκῶνος χωρίου nel VII/VIII$^p$ diventa Ἀγκ. ἐποίκιον, e nel 630$^p$, Ἀγκ. κώμη BGU. II. 370.

zu sprechen, dass nach der heute herrschenden Meinung[48] die Deklarationen nicht allein von den Ortsbehörden, sondern von reisenden Kommissionen, zu denen wohl selbst der Stratege und der βασιλικὸς γραμματεύς gehörten, entgegengenommen wurden — ein Umstand, der allein für die Abgabe der Meldungen doch nicht leicht einsichtig wäre.

### 3. λαογραφία und ἀναγραφή

Es ist allgemein bekannt, dass in der ptolemäischen Zeit der *terminus* λαογραφία die dort vorhandenen Massnahmen der Volkszählung kennzeichnete, während der gleiche Ausdruck in römischer Zeit zur Bezeichnung der Kopfsteuer verwandt wurde[49]. Dass man mit der letzten Definition jedoch allein nicht auskommt, hat P. Philad. 5 gezeigt, in dem ἐκ λαογραφίας κα[τ'] ἄ̣νδρα θ (ἔτους) / Φ̲ιλαδελφείας zitiert wird. Bereits bei der *editio princeps* hat H. Henne den *terminus* hier als Liste „des gens soumis à la capitation" gedeutet[50], die nach dem Zensus aufgestellt wurde, und ihm sind E. Bickermann[51], S. Le Roy Wallace[52], sowie J. Scherer[53] gefolgt, während M. Hombert und Mlle C. Préaux keinen Zusammenhang mit dem Zensus anerkennen[54] und damit U. Wilcken folgen[55].

Aber nicht erst P. Philad. 5, sondern bereits die ἐπίκρισις-Gesuche aus Oxyrhynchos machen deutlich, dass unter λαογραφία hier eine Liste verstanden wird, wenn sich die Antragsteller statt auf die jeweiligen κατ' οἰκίαν ἀπογραφαί auf die λαογραφία bestimmter Jahre berufen[56]. Gleichzusetzen mit der Berufung auf κατ'

---

daran erinnert, dass Differenzen bei Altersangaben auch dadurch bedingt sein können, dass sich die Lebensjahre nicht mit den bürgerlichen decken.

[48] Nach E. Biedermann, *Der* βασιλικὸς γραμματεύς (1913) S. 29 f., P. Meyer in P. Hamb., S. 213, und P. Meyer, S. 56, und S. L. Wallace, *Taxation*, S. 99 f. und 397[17], vgl. jetzt M. Hombert — C. Préaux, *Recherches*, S. 79.

[49] Vgl. zusammenfassend S. L. Wallace, a.a.O., S. 107.

[50] Vgl. *Aegyptus* VI (1925) S. 334.

[51] *Arch. f. Pap.* IX (1930) S. 34.

[52] *Taxation*, S. 107.

[53] In der Einleitung zu P. Philad. 5.

[54] In *Recherches*, S. 101, verweisen sie für λαογραφία nur auf die ptolemäische Zeit; vgl. auch S. 144.

[55] Vgl. Einleitung zu Chrest. 217.

[56] Vgl. P. Oxy. III 478, IV 714, VIII 1109, XII 1452, col. I; PSI VII 732; W., Chrest. 217. Vgl. ferner als vereinzeltes Zeugnis aus Memphis auch P. Bour. 26 (III p.) und dazu jetzt F. Zucker, *Arch. f. Pap.* XVI (1956) S. 21.

Modus aus dem oben Gesagten nun auch für die Zeit von 11/2 und 12/3 n.Chr. zu erschliessen, da wir aus diesen zwei aufeinander folgenden Jahren Auszüge aus der ἐπίκρισις besitzen[70].

Auf die Publizität der Zensuslisten wird mit dem Ausdruck ἀναγραφόμενος erst nach dem Zensus von 61/2 n.Chr. hingewiesen[71]. Nehmen wir hinzu, dass auch zu dieser Zeit erst der *terminus* κατ' οἰκίαν ἀπογραφή auftaucht[72], und dass um den gleichen Zeitpunkt die ἐπίκρισις als Überprüfung der fiskalischen Privilegierung der Bevölkerung eingerichtet wurde[73], dann müssen wir dieses Zensusjahr als markanten Einschnitt in der Ordnung des Zensus im römischen Ägypten erkennen[74].

## Beilage

Nachdem der nachstehend abgedruckte Papyrus nun bereits wiederholt erwähnt wurde[75] und auch den obigen Erörterungen als Grundlage diente, mache ich an dieser Stelle gern von Mr. T. C. Skeat's gütiger Erlaubnis Gebrauch, eine von Sir Harold I. Bell angefertigte Transkription unverändert wiederzugeben. Die Datierung in Z. 9 f. entspricht dem Jahr 61/2 n.Chr.

[70] Vgl. P. Oxy. II 288. 314.

[71] Vgl. H. Braunert, *JJP* IX—X (1955/56) S. 320. Daher scheinen mir auch P. Ross. Georg II 12 und P. Philad. 5 auf diesen Zensus bezogen werden zu müssen. — In diesem Zusammenhang möchte ich lediglich darauf aufmerksam machen, dass P. Oxy. II 255, eine Zensusdeklaration für das Jahr 47/8 p. — also vor dem hier genannten Einschnitt —, selbst als γραφή bezeichnet wird. Diesen *terminus*, der sonst nirgends mehr in unmittelbarer Verbindung mit dem Zensus begegnet, kennen wir sonst nur für die Liste, der eben keine Publizität eignet.

[72] Vgl. oben S. 56. Die Zeit des Tiberius bei W. Peremans — J. Vergote, *Papyrologisch Handboek*, S. 141, scheint damit verfrüht.

[73] Vgl. oben S. 54.

[74] Vgl. dazu H. Braunert, a.a.O., S. 320 f. Zu dem dort angeführten P. Oxy. II 361 vgl. auch P. Oxy. II 257 = W., Chrest. 147. Durch die Parallelität der Aussagen ercheint es mir jetzt fraglich, ob im ersteren eine Zensusdeklaration vorliegt, für die eine solche Angabe ungebräuchlich wäre — während sie in ἐπίκρισις — Gesuchen vorkommt. — Das Zensusjahr von 61/2 p. wird nach den Z. 89 — 91 offenbar auch als Ausgangspunkt für die Bevölkerungsliste P. Lond. II 259 (S. 36 ff.) genommen.

[75] Vgl. Liddell-Scott-Jones, *Greek-English Lexicon*, s. v. εἰκονισμός, M. Hombert — C. Préaux, *Recherches*, S. 173, H. Braunert, a.a.O., S. 320[145].

mit staatlichen Behörden im II. Jahrhundert n.Chr.[34] zur Feststellung dafür gebraucht wird, dass die Identität der Privatperson durch Aufnahme des Signalements aktenkundig gemacht wurde[35]. In diesen Fällen wie auch bei der Ephebenaufnahme[36] wird es ganz deutlich, dass die Angabe des Signalements, das εἰκονισμός genannt wurde[37], auf der persönlichen Identifizierung durch den Nomographen bzw. im γραφεῖον beruhte. Ein gleiches Verfahren werden wir aber auch dort anzunehmen haben, wo der gleiche *terminus* gebraucht wird. So hat W. Otto eine persönliche Vorstellung der Priesteranwärter beim Oberpriester aus BGU I 258 erschliessen können[38], und so ergibt sich die persönliche Meldung beim Zensus ebenfalls aus dem Gebrauch der hierzu gehörigen *termini* für die Massnahmen des Zensus.

Nach Ausweis von P. Lond. 261 möchte es allerdings so scheinen, als seien der persönlichen Vorstellung neben den Knaben bei ihrer ersten Meldung vielleicht nur die Haushaltungsvorstände bzw. die Deklaranten unterworfen gewesen — obgleich nirgends gesagt ist, dass es sich bei den drei Männern in Z. 10 ausnahmslos um solche handelt. Aber wir finden daneben auch die Tochter eines Deklaranten διὰ τῆς] προ[τ(έρας)] ἀναγρ(αφῆς) ἐπ[ὶ τοῖς] ἀνεικ[ον]ίσ[τ(οις)] εἰσδ(εδομένη)[39] und sicher wenigstens einen 20-jährigen

---

dem neuen Gesetzestext P. Hamb. II 168 (a), Z. 12 f., nicht mehr aufrechterhalten können. εἰκονογράφειν übrigens bereits in P. Enteuxeis 17, Z. 5; 22, Z. 11, wobei aus ersterem deutlich wird, dass es sich dabei um Signalementsaufnahme handelt.

[34] P. Fay. 36 = Wilcken, Chrest. 316 (111/2 p.), BGU I 17 (142 p.), P. Oslo II 36 (145 p.), P. Berl. Frisk 1 (155 p.) P. Meyer 4 (161 p.), P. Yale Bacchias (E. H. Gilliam, *Yale Class. Stud.* X, 1947) II (171 p.), SB IV 7469 (193 p.).

[35] Vgl. U. Wilcken zu Chrest. 316, H. Frisk, P. Berl. Frisk, S. 21. Wenn dagegen E. H. Gilliam, a.a.O., S. 222, glaubte, dass εἰκονίζειν die gleiche Bedeutung wie γράφειν habe, so wird das durch die Koordination beider Verba in P. Berl. Frisk 1, col. 23, sowie P. Fam. Tebt. 28 (133 p.), Z. 22 f., widerlegt. Vgl. auch die Feststellung der Identität vor dem Chrematistengericht durch ὑπογραφὴ καὶ εἰκών in P. Oxy. XXII 2349 (70 p.), Z. 23.

[36] Vgl. vor allem εἰκονισθέντων ἐν τῷ πρὸς τῇ Ἀθηνᾷ / [γρα]φείῳ in P. Flor. III 382 (166/7 p.), Z. 76 f. Danach ergänzt in P. Ryl. II 101 (63 p.), Z. 9, sowie Bezugnahme auf den gleichen Vorgang in PSI III 199 (203 p.), Z. 5.

[37] Vgl. P. Ryl. II 156 (I p.), BGU II 515 = Wilcken, Chrest. 268 (193 p.), MPER V, S. 87 (Anf. III p.), BGU II 407 Verso (III p. ?).

[38] *Priester und Tempel im hellenistischen Ägypten*, I, S. 215.

[39] Stud. Pal. II, S. 27 (215/6 p.). Hier könnte es sich allerdings auch um Erstmeldung handeln.

wird auch dadurch die Annahme einer persönlichen Meldung bei der Subjektsdeklaration nur gestützt.

c) Was die mangelnde Systematik der Signalementsangaben betrifft, so kommen M. Hombert und Mlle C. Préaux im einzelnen selbst zu dem Ergebnis[28], dass sie in der Regel der üblichen Form in der jeweiligen Zeit entsprechen[29]. Demgegenüber scheint mir noch heute die Beobachtung J. Hasebroeks, dass offenbar bei jedem Zensus der gleichen Person ein neues und damit in einzelnen Fällen vom vorangegangenen verschiedenes Signalement zuerkannt wurde[30], grösseres Gewicht zu besitzen und wiederum für eine Mitbeteiligung der staatlichen Organe zu sprechen.

d) Schliesslich bleibt ausser den allgemeinen Schwierigkeiten für eine persönliche Meldung, auf die M. Hombert und Mlle C. Préaux hinweisen, und die sicher der Beachtung bedürfen, aber gegenüber positiven Zeugnissen eben doch nicht ausschlaggebend sind, noch P. Oxy. VIII 1157. Hier ist in einem Privatbrief aus dem späten III. Jahrhundert n.Chr. klar ausgesprochen, dass sich der Briefschreiber für die Deklaration seiner eigenen Person — also sicher zum Zensus — von seiner Schwester vertreten lassen will. Er weiss jedoch nicht genau, ob das möglich sein wird. Dieses einzige Zeugnis über eine Unsicherheit in der Handhabung des Zensus bezüglich der persönlichen Meldung fällt jedoch in eine Zeit, in der wir auch sonst keine Nachrichten über die Modalitäten des Zensus besitzen, sei es, dass bereits eine Umwandlung in einen 5-jährigen Zyklus stattgefunden hatte[31], sei es, dass in dieser turbulenten Zeit überhaupt keine Regelmässigkeit mehr eingehalten werden konnte[32].

Hier sollen jedoch nicht nur die Gegenargumente entkräftet, sondern es soll der alten These von einer persönlichen Meldung der Bevölkerung beim Zensus eine neue Stütze hinzugefügt werden. Wir kennen aus der römischen Zeit vor allem den *terminus* εἰκονίζειν[33], der fast ausschliesslich im Verkehr von Privatleuten

[28] Für die einzelnen Gaue getrennt: *Recherches*, S. 118—123.

[29] Vgl. die Feststellungen von A. Caldara, *I connotati personali nei documenti d'Egitto dell'età greca e romana* (*Studi scuola pap.* IV 2, 1924).

[30] *Signalement*, S. 6.

[31] S. L. Wallace, *Taxation*, S. 98.

[32] M. Hombert — C. Préaux, *Recherches*, S. 52 f. ,

[33] Für die ptolemäische Zeit stellte J. Hasebroek, a.a.O., S. 3, noch fest, dass hier in Eingaben an Behörden das Signalement fehle. Das wird man nach

# ALCUNI RILIEVI PRELIMINARI DI TOPONOMASTICA GRECO-EGIZIA

*SUMMARIUM: Postquam A litterae manuscriptum finem posuit Aegypti Graecae-Romanae geographici et topographici Dictionarii, quae praecipua ex hac operis parte exstent, quaeque e singulis vocibus communia colligantur, ea scriptor breviter exposita praebet.*

Poichè la parte che riguarda la lettera α del mio *Dizionario geografico e topografico dell'Egitto greco-romano* è virtualmente completa[1], credo utile di presentare alcuni rilievi preliminari, che se ne possono dedurre, tanto più che l'α è la lettera dell'alfabeto di gran lunga più copiosa di dati fra tutte quelle rappresentate.

Riesce pertanto opportuno procedere fin d'ora a qualche tentativo di sintesi, che, pur limitato e prudente, tuttavia possa avere qualche valore di indizio, tanto più che prima che l'opera sia finita, dovrà passare ancora qualche tempo, trattandosi, come è risaputo, di un impegno che oserei dire formidabile e quindi lento e laborioso nella sua esecuzione.

I toponimi, qui considerati, esclusi gli etnici e le citazioni di luoghi fuori dell'Egitto propriamente detto, cioè limitate a quelle comprese fra la prima cataratta del Nilo e la foce, trascurando termini troppo incompleti o male determinabili, superano, sempre ridotti alla sola lettera α i 400.

Essi appaiono soprattutto riferiti, come si poteva prevedere, all'Arsinoite, circa 150, una settantina provengono dall'Ermopolite, una sessantina dall'Ossirinchite, una trentina dall'Eracleopolite, e pure una trentina dall'Afroditopolite, una ventina da varie località della Tebaide, e altri, distribuiti fra il Basso Egitto e il Medio.

Se si considera poi la loro distribuzione nell'ordine cronologico risulta che il 19% è dato da documenti dei secoli dal III$^{a}$ al I$^{a}$

[1] Il I vol., come è noto, che comprende i vocaboli α-'Αλικαρνασσεύς fu pubblicato al Cairo per conto della Società Geografica d'Egitto nel 1935; il II è già in gran parte stampato e redatto e uscirà quanto prima a cura del Consejo Superior de Investigaciones Cientificas di Spagna.

numerosissimo gruppo che si ricollega ad Apollo: Απολ( ) οὐσία, Απολ.φητψαι τόπος, ᾽Απολιναριάδος νῆσος, ᾽Απολλωφάνους κλῆρος, ᾽Απολλω( ) κλῆρος, οὐσία, γεωργίον, λαύρα, ᾽Απολλωνίας ῥύμη, κλῆρος, ῾Απολλωνίας κώμη, ᾽Απολλωνίου in 22 casi diversi, ᾽Απόλλωνος ἐποίκιον, κλῆρος, παγαρχία, πόλις, ποταμία, ὕδρευμα, ᾽Απολλῶτος τόπος[37]; il gruppo che si ricollega ad Asclepio: ᾽Ασληπιάδου, ᾽Ασκληπιέος, ᾽Ασκληπιοδώρου κλῆρος;
il gruppo che si collega ad ᾽Αρης: ᾽Αρεια, ᾽Αρείου ἐποίκιον, ᾽Αρεως κώμη (e sono 3 diverse), ᾽Αρη, ᾽Αρήας κλῆρος, ᾽Αρήου χωρίον;
il gruppo che si connette con ᾽Αχιλλεύς: ᾽Αχιλ( ), ᾽Αχιλλέως χωρίον, ἐποίκιον, κώμη;
il gruppo che si connette ad ᾽Αλέξανδρος: ᾽Αλεξ( ), ᾽Αλεξάνδρεια, ᾽Αλεξανδρέων ἐποίκιον, χώρα, ᾽Αλεξανδριανὴ οὐσία, ᾽Αλεξάνδρου ἐποίκιον, κλῆρος (in 5 diversi luoghi), ᾽Αλεξάνδρου νῆσος, ᾽Αλεξάνδρου χωρίον, ᾽Αλεξαντρήκου χωρίον[38].

Per l'età romana mi limiterò a citare i toponimi raccolti intorno al nome ᾽Αντώνιος e ᾽Αντωνία: ᾽Αντωνινιανὴ οὐσία, ᾽Αντωνίας, ᾽Αντωνίου[39].

[*Milano*] *Aristide Calderini*

[37] *l.c.* pp. 147—174.
[38] A. Calderini, *Dizion.* I pp. 54—213.
[39] A. Calderini, *Dizion.* II pp. 123 –125.

den[65]. Weiterhin erklärt sich dadurch der Mangel an offiziellem Charakter der Abschrift, der uns ja in den δικαιώματα ἐπικρίσεως[66] ebenso entgegentritt. Zur Erklärung dieses Textes ist aber darüber hinaus festzustellen, dass die Jahresangabe gar nichts ausgibt[67], da solche Aushänge häufig gemacht wurden, und schliesslich, dass es sich dabei vermutlich nicht um eine Kopfsteuerliste handelt. Denn entsprechend unserer Kenntnis von den Funktionen des Laographen müssen wir uns m.E. auch bei der λαογραφία viel stärker an den Wortsinn halten und in Analogie zu den anderen Rechtsbeweisen, die bei der ἐπίκρισις vorgelegt wurden, λαογραφία als die von den Behörden zusammengestellte und *up to date* gebrachte Volkszählungsliste ansprechen. Diese Bedeutung bot sich in Übernahme aus der ptolemäischen Zeit im frühen römischen Prinzipat allgemein an, wie P. Philad. 5 zeigt, und war wohl später auf Oxyrhynchos beschränkt[67a].

Fassen wir zusammen, was wir bei Betrachtung der Terminologie für die Volkszählung in der frühen römischen Kaiserzeit erkennen konnten. Der *terminus* λαογραφία wurde von der ptolemäischen Volkszählung übernommen und diente zur Kennzeichnung der von den Behörden angefertigten Listen, die dann ihrerseits nach ihrer Publikation die Unterlage für die Erhebung der Kopfsteuer bildeten. Die *termini* ἐπίκρισις und εἰκονισμός, die später als Varianten zur κατ' οἰκίαν ἀπογραφή gebraucht wurden, scheinen ursprünglich die eigentlichen Bezeichnungen für den Zensus im römischen Ägypten gewesen zu sein. Daraus ergibt sich einmal die Pflicht zur persönlichen Meldung der Bevölkerung, zum anderen aber mit grosser Wahrscheinlichkeit, dass die Zensusdeklarationen in dieser frühesten Zeit jährlich einzureichen waren, da auch später ἐπίκρισις neben der unmittelbaren Kontrolle des Zensus die jährlichen Überprüfungsmassnahmen der Behörden bezeichnet[68]. Kennen wir die jährliche Abgabe der Deklarationen bisher bereits aus den Jahren 19 und 18 v.Chr.[69], so ist der gleiche

[65] Vgl. F. v. Woess, a.a.O., S. 13.

[66] Vgl. P. Fay. 319.

[67] Vgl. dagegen J. Scherer zu P. Philad. 5.

[67a] Vgl. aber. P. Bour. 26, oben Anm. 56.

[68] Wenigstens zu Beginn des 14-jährigen Zyklus scheint im Zensusjahr keine ἐπίκρισις stattgefunden zu haben. Vgl. dazu C. Wessely, *Die Stadt Arsinoe* (*Sb Wien*, Bd. 145, 1902), S. 15, und besonders deutlich P. Lond. II 260, Z. 66 f.

[69] P. Grenf. I 45/6 = W., Chrest. 200.

Αὐγουσταμνικὴ da *Augustamnis* in ricordo del Τραιανὸς ποταμός[33], Ἀδριανὴ ὁδός ecc.

Il problema dei nomi non greci e non latini è assai complesso e vuol essere qui appena accennato; esso vorrebbe essere abbinato anche alla identificazione, dove sia permesso, del nome faraonico col nome greco, il che per ora non è sempre possibile.

Rileviamo subito i nomi derivati da divinità egiziane passate ai Greci: Ἀμμωνίου ἄμφοδον, τόπος; Ἄμμωνος γῆ, χωρίον, πόλις, κλῆρος; Ἀμμωνιάς, Ἀμμωνιακὴ χώρα, κλῆρος; Ἀρποκρατίωνος ἄμφοδον; Ἀρφοκρᾶ κώμη; Ἀνουβείου κλῆρος; Ἀνουβιάς, Ἀνουβίου θησαυρός; Ἅπις κώμη e la nomarchia Ἀχοάπιος, e Ἀπιὰς κώμη. Qualche accostamento fra greco ed egiziano fu tentato dal Gauthier[34]. Sarà anche da osservare che alcune forme del toponimo greco hanno terminazioni (salvo il caso di eventuali abbreviazioni) che già potrebbero denunciare la presenza di un nome estraneo al greco: ne segnalo alcune e fra esse quelle che la cortesia dell'amico Botti ha accostato a parole egiziane: Ἀδμενθ opp. Ἀδμένθ(ων), Ἀσανήθ, forse Ἄσα + Neith; cfr. anche nome proprio di persona (Preisigke, *Namenbuch* p. 60), Ἀσαμίνθ, forse Ἄσα + Min (?), Ἀκανθώθ χωρίον, cioè Ἄκα di Thoth; Ἀστάρ forse collegata a una dea Astarte, Ἀλωλώ, Ἀπετελ Πιαρ τόπος, cioè luogo del campo di Απετελ, Ἀστηλ τόπος, Ανοορ, Ἀτὸλ οὐσία, Ἄλκωμε, Ἀτβις, Ἀνθευ χωρίον, Αὔπευ κλῆρος, Ἀδεὺ κώμη, Ἀνατιεύ, Ἀνκοορε τόπος, Ἀμοθε κλῆρος, Ἀκονβεεί, Ἀμπελγ, Ἀνεθώ, Ἀγονομπαὼ κλῆρος, Ἀρμῶτνις forse Ἀρμῶνθις, forse Ἑρμῶνθις cfr. Horus, Mozeth; Ἀρσενουπ τόπος da Ḥr-s3-Nb = Horus figlio di Nub (appellativo della dea Hathor, frequente nei bassi tempi; Ἀθερνεβθφῆι cioè Ḥit-ḥr-nb. t-tp-ỉḥ.t (= Hathor, signora di Afroditopolis); Ἀθερνεβενταί(γ)εως, cioè Ḥ. t-ḥr nb.t ỉm.tj = Hathor, signora dei due scogli, ossia signora di Pathyris; Ἀλλείχως ecc.

Sono anche da segnalare alcuni gruppi di toponimi con le loro relative varianti che sono particolarmente frequenti. Noto i seguenti: gruppi che si ricollegano alla divinità di Ammone[35]; gruppo che si ricollega ad Ἀνοῦβις e cioè Ἀνουβ[ ], Ἀνουβείου κλῆρος, Ἀνουβιάς, Ἀν[ου]βινόου ἄμφοδον, Ἀνουβίου θησαυρός, Ἀνουβίων[36]; il

[33] Cfr. PW., RE. II col. 2362 (Pietschmann).

[34] Cfr. A. Calderini, *Dizion. s.v.* Ἀκανθῶν πόλις, Ἀνταιούπολις, Ἀθερνεβθφῆι e vedi anche *s.v.* Ἄβυδος.

[35] A. Calderini, *Dizion.* I pp. 19—23.

[36] A. Calderini, *Dizion.* II pp. 49—51.

— — — — —]όντων |τι|ς ἔνια:
οὐ γάρ] φημι ζητεῖν
αὐτὸν] διάνοιαν, ἀλ-
λὰ — — — —]ον τι ⟦ς⟧ π[ε]ρὶ
. .]τ̣.οι̣ο̣υς [.] — — — π̣ο̣υ
. . . .].ε̲ν̲α [π ε] ρ̣ὶ τοῦ
. . . . . .

lin. 3: λεγ]όντων? |τι| supra lineam 6: μόν]ον?

## fr. 40 col. XXVIb (5—B Cr)

. . . . . .
ὅτι χ[— — — — — — — — —
γὰρ ἐχ[— — — — — — — —
γον τὸ μέγα[— — — — — —
μὴ προστιθέντο̣[ς ἢ
5 τι ξύλον ἢ ζῶιόν [τι
ἐζή[τη]σεν̲ [
τις [...]οντ.....[.....
ὑ]π̲ὸ [τ]ο̣ῦ [δ]ε̣ κ̣α̣ὶ̣ .[...
— — — — — —] — — — [...
. . . . . .

lin. 1—2: «paragraphos»

## fr. 51 col. XXXIIb (6 Cr)

. . . . . .
...] τοὺς [θ̣ε̣]ωρία [ι
γι]ν̲ώσκοντας πε-
ρὶ ταὐ]τοῦ τούτ̣ου,
ἀ]λλὰ ταὐτῶ⟨ι⟩ μὲν α-
5 . . .]εν περὶ οὐδεν̣[ὸς
— — — — —] μεθα π[α]((ν))-
— — — — —]ν̲[— — — — — —
. . . . . .

lin. 1: ἐπὶ]?

## fr. 61 col. XXXVIIIc (18 Cr)

. . . . . .
κα[— — — —] — — — — — —
τα῀[τα.]α̣[ — — — — — —

compresi; il 44% da documenti del I$^{p}$, II$^{p}$, III$^{p}$, IV$^{p}$, e il 36% da documenti dei secoli dal V$^{p}$ compreso all' VIII$^{p}$.

Esaminando ora il modo con cui i toponimi sono presentati si nota che poco meno di una diecina di essi sono introdotti dal participio λεγόμενος, -η: come κλῆρος λεγόμενος Ἀρουρῶν θ nel III$^{a2}$; διῶρυξ λεγομένη Ἀρχείου nel I$^{p}$; ἐν τοῖς Ἀμμηγίνοις λεγομένοις nel 35$^{p}$; ἁλωνία Ἁρμυρᾶ λεγομένη nel II$^{p}$; ἐν κλήρῳ Ματεῖ λεγομένῳ pure del II$^{p3}$; ἐποίκιον λεγόμενον Ἄμμινον del III/IV$^{p}$; ἔδαφος Ἀνκελύλιος λεγόμενον del IV$^{p}$; ἐν ῥύμῃ λεγομένῃ Ἀσυγ'κρη[τ]ίου pure del IV$^{p4}$.

I toponimi che prendiamo in considerazione sono variamente denominati: πόλις è denominazione assai rara, si tratta di meno di una ventina di esempi tra cui molti risalgono al III$^{a}$ e in genere ad età Tolemaica: Ἄβοτις è già citata da Ecateo[5] come πόλις e così si trovano in citazioni di autori Ἄβυδος[6], Ἀθρίβις[7], Ἀκανθῶν πόλις[8] Ἄμμωνος (πόλις)[9], Ἀνδρῶν πόλις[10], Ἄνθυλλα[11]; Ἀρχάνδρου πόλις[12]; i papiri documentari già citano nel III$^{a}$ Ἀγκυρῶν πόλις[13], Ἀλαβάστρων πόλις[14], Ἀπόλλωνος πόλις della Tebaide[15], Ἀπόλλωνος πόλις dell'Arsinoite[16], Ἀφροδίτης πόλις[17]. Più tardi anche in documenti sono citate Ἀνταίου πόλις[18], e naturalmente Ἀλεξανδρέων πόλις[19], e poi Ἀντινόου πόλις[20].

[2] Cfr. *Chr. d'Eg.* 49 (1950) p. 93 (Bingen) e BL. III 1 p. 154; e ancora P. Corn. $11_{11-12}$ cfr. BL. III. 1 p. 46.

[3] Anche in un esempio della Marmarica: χωρίον λεγόμενον Ἀγωγή (190/1$^{p}$.).

[4] In 16$^{a}$ BGU IV $1132_{10-13}$ cfr. P. Gron. $9_{8}$; v. BL. III I. p. 73.

[5] Jacoby, *Fr. hist. gr.* I p. 41 n. 313.

[6] P. es. Strab., XVII. 1.42.

[7] P. es. Strab., XVII. 1.20.

[8] P. es. P. Zen. Mich. 92.

[9] Ptol., IV.5.33.

[10] Cfr. A. Calderini, *Dizion.* II p. 37.

[11] Herod., II. 97.2.ecc.

[12] Herod. ibid.

[13] P. es. P Hib. I. $112_{74}$ ecc.

[14] P. es. P. Osl. $16_{3,6,}$ ecc.

[15] P. es. W. Chr. $435_{82}$ ecc.

[16] P. Hal. $1_{179}$ ecc.

[17] P. es. PSI, VI $551_{7}$ ecc.

[18] Cfr. A. Calderini, *Dizion.* II p. 58.

[19] l.c. p. 57.

[20] Nei documenti dal 135$^{p}$ in poi: v. *Aegyptus* 13 (1933) p. 516 $II_{8}$ e A. Calderini, *Dizion.* II p. 75.

— — — — — — — ἄ λ ] λ ο π [ ρ ] ο λ ε-
— — — — — — — — — — — — ] (τ̣ υ̣ μ ε ν)
— — — — — — — ] (μ ε ν ε) [— — —
(ε) [— — — — — — — — ] δ(ε ί)ξ ε ι ὅ τ ι
θ̣ ε̣ [— — — — — — — — — — — — — —
. . . . . .

lin. 11: (τ̣υ̣μεν) non liquet

## fr. 98 col. LXIIIa (28 Ca, XXI)

. . . . . .
. . ] ζ η τ̣ ο̣ ῦ σ̣ ι ν ἄ[μ]α π ο-
σ ά ] κ ι ς μ̣ ἐ̣ ν [ ἐ ] π ὶ τ ὸ ( ἀ )-
(π ο τ ε υ σ ι . ν̣) ἀ ν ά γ-
κ η τ ὸ [ ν ἐ π ι ] ν ο ο ύ-
μ ε ν ο ν [ κ ] α [ ὶ ] π α ρ ε-
π̣ ό μ ε [ ν ο ν δ ι α ] λ α μ-
β ά ν ε ι ν χ ρ ] ό̣ ν [ ο ν] ( λ α)-
— — — — — — ] (λ ο) [. . ] (τ ο υ)
. ε̣ ι̣ ο ς [— — — — — ] α [. . ] (α ) ν
θ̣ η ν α ι̲ [— — — — — — ] (λ ε υ) [ . .
. . ] α ( ι) τ ο [ — — — — — ] (ω ν) . .
ε π [— — — — — — — — ] π α ρ [ . .
(δ ο ) . [— — — — — — — — ] (η μ α υ)
. . . . . .

lin. 2—3: ἀ]-|πολαύειν], ἀ]-|ποτυχεῖν]? 9—10: conferendum fr. 32 2—3? 13: (ημαυ) non liquet

*[Milano, febbr. 1957]* *R. Cantarella*

la diferencia de fecha) se fundan en uno solo, no es un hecho insólito, aunque sí menos frecuente que el fenómeno inverso de división de un rescripto único.

La observación de que los tres casos de apokrimata con la frase καὶ ἄλλοις se nos presenten como los más lacónicos permite sospechar que en ciertas materias administrativas, donde se repetían libelos de similar contenido y de idéntica respuesta, resultaba especialmente fácil acudir a una referencia única y necesariamente abreviada. El plural de apokr. X no creo que pruebe la imposibilidad de que estos tres apokrimata sean simplificaciones de ese tipo.

[*Santiago*] *Alvaro d'Ors*

E' pur vero tuttavia che 'Αδαίου κώμη due volte, nel II$^{p}$ e nel V$^{p}$, appare come ἐποίκιον[30].

Come si è già ora accennato la denominazione χωρίον è soprattutto preponderante nei secoli VI—VIII$^{p}$; un esempio solitario e molto antico è nella combinazione 'Αχιλλέως χωρίον di BGU. VII $1522_{14}$ di età Tolemaica.

Va notato, come si è accennato prima, che quasi sempre esso sostituisce κώμη negli esempi citati.

Gli sta presso il termine ἐποίκιον, raro nei secoli av. Cr., più frequente nei secoli I — IV$^{p}$, ma soprattutto efficiente nei secoli dal V$^{p}$ all' VIII$^{p}$; con questo termine ho notato la presenza di qualche toponimo sicuramente romano.

Appaiono pure τόπος e κλῆρος con notevole frequenza: τόπος quasi disusato nell'età Tolemaica, si nota in una diecina di esempi dal I$^{p}$ al IV$^{p}$ per prevalere poi con una certa frequenza nei secoli dal VI$^{p}$ all' VIII$^{p}$ e specialmente in questo ultimo secolo; si ha anzi l'impressione che in questo ultimo secolo eguagli o anche superi per frequenza il termine χωρίον.

Κλῆρος, denominazione del tutto greca, appare nei toponimi della lettera α circa 75 volte e soprattutto, con circa 50 esempi, nel periodo dal I$^{p}$ al IV$^{p}$ (con prevalenza del II$^{p}$ e del III$^{p}$): anche qui i toponimi si presumono quasi tutti di origine greca o grecizzante.

Οὐσία è termine sconosciuto all'età Tolemaica, ma sembra proprio dei secoli dal I$^{p}$ al III$^{p}$; spesso è accompagnato poi da toponimi di origine romana o romanizzante: 'Αντωνιανή, Αὐνιανή, "Ανθου Γερμανικοῦ Καίσαρος, 'Ανθιανή, 'Αλεξανδριανή, 'Αγριππινιανὴ. Οὐσίαι con toponimi greci si trovano dal IV$^{p}$ in poi (p. es. 'Απίωνος οὐσία, 'Αλυπίου οὐσία, "Ανθου οὐσία, 'Ατὸλ οὐσία, 'Αρκαδίου οὐσία ecc.).

Assai più rari, come termine di riferimento dei toponimi, sono i seguenti nomi: ἄρουραι, γῆ, oppure γεωργία, e γεώργιον, δωρεά, ἔδαφος, κτῆμα (uno dei più frequenti), ὄργανον, πεδίον: talora sono uniti ad un toponimo vocaboli che alludono a quartieri (ἄμφοδα) o a strade (λαῦρα, ὁδός, ῥύμη) o a vie o depositi d'acqua (ποταμός, διῶρυξ, ὕδρευμα). Alcune considerazioni potrebbero essere utili nei riguardi della grafia dei toponimi qui studiati, ma esse rientrerebbero nell'ambito più generale della grafia delle parole greche

[30] A. Calderini, *Dizion.* I p. 18.

βάν[οντ]ες τε[. . . .
τοῦτο [θ]ἔλουὐ[σιν
κατη[γο]ροῦ[ντες ———
τ̲α̲ῖ̲σδέ τισιν ἐ((ρ)) [μη-
νε]ί̣αις. χ̣[αὶ] π[άλι]ν̲
πρὸ]ς ὅλον [τρ]έποντ[ος
τὸ προειρη̣]μένον [. . .
———————]α̲ς ε[———
———————].ν μηδ-
——————— ] ———————
. . . . . .

lin. 2—3: κ]α̣[ταλαμ- | βάν[οντ]ες τέ[λος? 9—10 [τοῦ | λόγου]? 11—12 μηδ- | όλως]?

## fr. 88 col. LVIIIa (25 Ca, XVIII)

. . . . . .
πο λ(λ) [ ———————————
μου η[———————]ένα(ς)
τὰς λα[μβ](α)[νο]μ̣έ̣ν[ας
ὑφ' ἑκα [τ]έρων [τῶν
ἑρμηνε̣[ιῶν] (χ̣)α(ν)[.. ἁ-
πλῶς ταῦ(τα) [————
τες οὐθὲν ε[..](μ)-
μ̣[.]τ̣α̣ι̣ ο̣υ̣τ̣[..]φορ[———
τὰς ἑ]ρμη[νεί]ας δ[———
———————] ερ [———————
. . . . . .

## fr. 92 col. LIXb (31 Ca, XXIV)

. . . . . .
τὰ [τῆ]ς φύσεως. τῆς (γὰ)ρ
. . .]ημε[. .] ἐξ ἐκ̲ε̲ί̲νων
. . .]πο̣ν̣[. . .] σαι πρ(ὸ)ς τά-
δε] τοῦ σ̣[———————] μόνον,
λέγ]ο̣μεν ὅ[τι μέ]μ̣νηται οὐ
τῶν [δ' ἀλλὰ τ]οῦ λοιποῦ
———————] υ̣ο(υ)σιν ἀπὸ
———————] ανι(αν)
———————] αις ὑ-

quizá la pluralidad de tutores necesarios — que necesitan se les nombre tutor para que pueda entablarse el juicio petitorio; quizá incluso a una persona que quiere litigar contra unos pupilos que han tomado indebidamente posesión de la finca, aunque esto me parece menos probable. En todo caso, ἔξωθεν τάξεως (*extra ordinem*) no se refiere a la *susceptio tutorum* (λ[ά]βης), sino a la *datio iudicis* (δοθήσεται). Naturalmente, el proceso, en Egipto, era siempre „extraordinario", pero no olvidemos que habla un emperador procedente de Roma.

V. Nuestro documento aparece come antigrapha de los apokrimata que fueron objeto de una *propositio* (como era costumbre desde Adriano) en la Stoa del Gimnasio de Alejandría. Allí se publicaron los rescriptos que dió Septimio Severo durante su estancia en Alejandría. Unos años más tarde, en 205, el emperador ordenaria una nueva Stoa.

Que no se trata de copias completas, es evidente, pues faltan las *quaestiones* presentadas por los solicitantes. Pero hay más: es probable que ni siquiera el mismo *responsum* imperial esté copiado literalmente. Debe observarse ante todo que en la redacción oficial de los rescriptos la fecha se coloca al final, en tanto aquí va al principio. Lo que evidentemente interesa al que redacta este documento no es la transcripción auténtica de los apokrimata, sino la relación de los rescriptos publicados en cada uno de los tres días: 18, 19 y 20 Phamenoth. En dicha relación, como se daba por sobreentendido que el autor era Septimio Severo, que estaba presente en Alejandria, no se indicó su nombre; esto tan sólo se hizo en un momento posterior. Es decir, el documento se presenta como un registro de publicación en el que no se trasladan los textos íntegros, sino unos sumarios suficientes para su identificación. Se trataría así de una copia, para información quizá de los funcionarios locales o incluso privadamente tomada para uso de un abogado, del *liber libellorum propositorum* (vid. sobre este registro: von Schwind, *Zur Frage der Publikation* p. 169 s., y Wenger, *Quellen* p. 440). El destinatorio de esta copia fué quien insertó el nombre y título imperial que faltaba en el registro que sirvió de modelo.

Lo que resulta más interesante, una vez admitido que tenemos, no copias literales de los apokrimata, sino copia del registro de rescriptos publicados, es el hecho de que en PAmh. 63, que no es un registro, sino una selección de textos legales, se reproduce el apokr. II

verso anche l'esercito potè recare al paese, e più tardi della introduzione in Egitto della amministrazione e dell'egemonia araba.

Limitiamo qui in ogni caso soprattutto le nostre riflessioni ai nomi greci: non c'è dubbio che una notevole parte di essi, soprattutto i nomi dei κλῆροι, e delle οὐσίαι, e degli ἐποίκια, cioè dei più recenti e piccoli lotti di terreni, risalgono a proprietari o ex proprietari di nome greco; vedansi per es. per citarne pochi fra più di un centinaio: Ἀππιανοῦ κλῆρος, Ἀριστάρχου, Ἀριστίππου, Ἀριστοκράτου, Ἀριστομάχου, Ἀσκληπιάδου, Αἰσχρίωνος, Ἀνδρονίκου, Ἀνικήτου, Ἀντιπάτρου, Ἀχιλλέως ecc. senza contare i numerosi Ἀπολλωνίου, Ἀλεξάνδρου[32] e simili. E di persone si tratta certamente in quanto per alcuni di essi compaiono anche due o più nomi abbinati: Ἀρχεσίλεως καὶ Πυρρίου...., Ἀγησιλάου καὶ Ἀλεξάνδρου κλῆρος, Ἀδάμαντος καὶ Ἀπολλωνίου κλῆρος, Παιδέρωτος καὶ Ἀβρυτάνου[32], e in un caso Ἀπολλωνίου Ἀλθαιέως, σὺν τῷ Πυρρίου καὶ Λυσιμάχου κλῆροι, ma anche perchè di qualcuno di essi è specificata la paternità e l'origine in modo da non doverli confondere fra loro: Ἀπολλῶτος τοῦ ἀπὸ ῥιπαρίων τόπος, Ἀμμωναρίου τῆς Ἀρτεμιδώρου, Ἀπόλλω(νος) τοῦ Ἀρέτωνος κλῆρος, Ἀπολλωνίας τοῦ Σαραπίωνος κλῆρος, Ἀπολλωνίου Ἀγαθείνου κλῆρος ecc.

Si può anche osservare che alcuni di codesti nomi corrispondono a personaggi non ignorati dalla storia; astrazione fatta da Alessandria, che si richiama ad Alessandro Magno e forse a qualche altra località omonima che potrebbe vantare la medesima fonte, e fatta pure astrazione da Ἀρσινόη che, come è noto. ripete il suo nome dalla regina Arsinoe Filadelfo, nomino Ἀπολλώνιος ὁ διοικητής, dal quale prende nome una δωρεά del III$^{a}$, e Ἀκώρεως κώμη, fondata forse da un funzionario reale di età Tolemaica, l' Ἀρίσταρχος della νομαρχία, già del III$^{a}$ e qualche altro.

E' da notare poi la serie dei toponimi ispirati dal culto di divinità greche che, nel numero dei toponimi esaminati, rappresentano un numero piuttosto ragguardevole.

Cito "Αρεως κώμη e forse Ἀρείου ἐποίκιον ο τόπος; Ἀθηνᾶς κώμη, Ἀφροδίτης πόλις, κώμη ecc., e forse Ἀφροδισίας κλῆρος, e le località Ἀφροδεισίου, Ἀπόλλωνος πόλις e Ἀπολλωνίας e numerosi altri toponimi che si ricollegano al ricordo di Apollo, e i toponimi che

[32] Aggiungi il caso di Ἀπερτο ( ) καὶ Χορτ[ά]σω ἐποίκιον(?) dell'Eracleopolite nel V$^{p}$, di cui manca l'esatta risoluzione di un'abbreviazione.

Katökensohn ἐξ εἰκονισμοῦ des Zensusjahres 103/4 n.Chr. aufgeführt[40]. Schon daraus müsste doch deutlich werden, dass eben die gesamte Bevölkerung zur persönlichen Meldung beim Zensus verpflichtet war, wenn wir nicht jetzt noch zusätzlich den Ursprung dieser Terminologie in P. Lond. Inv. 2196 (vgl. Beilage) erkennen könnten. Hiernach deklarierte ein Mann ἀπὸ τῆς κώμης Κερκήσεω[ς], der im eigenen Hause in Tebtynis wohnte, dem Laographen von Kerkesis[41] sich und seine Familie zum Zensus des Jahres 61/2 n.Chr. mit den Worten ἀπογράφομαι εἰς τὸν... ε̣ἰκονισμόν. Gerade in der frühen Zeit wurde also der Zensus selbst als εἰκονισμός bezeichnet. Dadurch wird seine Funktion als Massnahme zur Identifikation der Bevölkerung anlässlich einer persönlichen Meldung besonders deutlich, und der Gebrauch dieses *terminus* in späterer Zeit für den Zensus[42], besonders auch als εἰκονισμοῦ ἀπογραφή in der Haftungsklausel der vor dem Staatsnotariat abgeschlossenen Kaufverträge[43], verständlicher[44].

Eine gute Illustration zu diesem εἰκονισμός bietet die Bevölkerungsliste P. Ross. Georg. II 12[45], wo unter dem Zensusjahr[46] von zweiter Hand Alter und Signum der deklarierten Personen eingetragen sind[47]. Diese Eintragung wird auf Grund der persönlichen Meldung erfolgt sein. Für diese aber scheint mir letztlich noch

[40] BGU II 562 = Wilcken, Chrest. 220.

[41] Konnte ich *JJP* IX—X (1955/56), S. 305 ff., nachweisen, dass in Arsinoe die Deklarationen im Bezirk der ἰδία der deklarierten Personen eingereicht werden mussten, so wird das Gleiche hiermit auch für die Dörfer des Fayûm evident; vgl. auch oben Anm. 27. Das zeigt übrigens zugleich, dass man die Bindung der Deklaration an das Haus wird nicht so eng wie M. Hombert — C. Préaux, *Recherches*, S. 65 f., fassen dürfen. P. Berl. Leihg. 16 (B und C) wird man nun vielmehr als Parallele zu P. Lond. Inv. 2196 anzusehen haben.

[42] Vgl. P. Fouad 59 (für 75/6 p.), BGU II 562 = Wilcken, Chrest. 220 (für 103/4 p.), P. Oslo III 110, Z. 14 f. (für 131/2 p.), BGU I 95 (für 145/6 p.), Stud. Pal. XXII 93 (179 p.), BGU VII 1638 A, Z. 5. 8 (II p.).

[43] P. Ryl. II 161 (71 p.), SB V 8950 (83/96 p.), BGU I 350 (Traj.), CPR I 223 (Hadr.), CPR I 206 (Anton. Pius), BGU VII 1643 (II p.), P. Lond. III 1179 (S. 144 f.) (II p.), P. Hamb. I 15 (209 p.), SB I 5166 (wahrsch. III p.).

[44] Wird man aus ἀπογράφομαι εἰς τὸν .... εἰκονισμόν nicht doch ἀπογραφὴ εἰκονισμοῦ ableiten müssen, wie das auch durch BGU I 95 Verso nahegelegt wird? Vgl. jedoch P. Viereck — F. Zucker zu BGU VII 1643, Z. 11—13.

[45] Vgl. für den Altersvermerk auch BGU II 562 = W., Chrest. 220, Z. 9.

[46] Es handelt sich um 47/8 oder 61/2 p.

[47] Zur Erklärung der Altersdifferenzen vgl. H. Henne, *Aegyptus* XIII (1933) S. 386 ff., und zustimmend jetzt M. Hombert — C. Préaux, *Recherches*, S. 143 f. Es sei hier jedoch mit C. Wessely, Stud. Pal. II, S. 10 wieder einmal

# LES FORMULAIRES DANS LA PROCEDURE D'EXECUTION

*SUMMARIUM*: *Auctor ex documentis papyraceis Graeco-Aegyptiis formulam* διαστολικοῦ *et* ἀντιρρήσεως *contra* διαστολικόν, *formulam* χρηματισμοῦ ἐνεχυρασίας *et* ἐμβαδείας, *deinde formulam sententiae iudicis* χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας *et* ἐμβαδείας *reconstruere conatur.*

Dans la littérature juridique de ces dernières années on a souvent relevé le rôle que jouaient les formulaires dans les droits de l'antiquité.[1] M. San-Nicolò établit le fait que les formulaires étaient d'usage dans le droit babylonien ancien et dans le droit néobabylonien.[2] M. Rabel[3] démontra que le formulaire babylonien de vente-achat, reçu et transmis par la pratique notariale d'une génération à l'autre, a survécu dans sa quintessence quelques dizaines de siècles. Rappelons aussi à ce propos, l'opinion intéressante sur le rôle des formulaires dans le monde hellénistique émise par M. L. Raape dans son livre *Der Verfall des griechischen Pfandes*: „Das Formular berücksichtigt die neuen Anschauungen und Ideen zuerst und nimmt sie in sich auf und führt dann erst allmählich zur Umbildung des Gesetzes. So ist das Formular der Pionier der Gesetzgebung oder - um ein anderes Bild zu gebrauchen - die

[1] Voir L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* p. 196 ss.; L. S. Villanueva, *Diritto bizantino* p. 135 ss.; M. San Nicolò, *Schlussklauseln* p. 34 ss.; A. B. Schwarz, *Die öffentliche und private Urkunde in römischen Ägypten* p. 30 ss.; E. von Druffel, *Papyrologische Studien zum byzantininischen Urkundenwesen* p. 10 ss.; F. Schulz, *History of Roman Legal Science* p. 35, 90, 155; J. Schwartz, *Un formulaire de nomographe* (*JJP* IV, 209 ss.); L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts* p. 740 ss.; J. O. Tjäder, *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri Italiens aus der Zeit 445—700* p. 251 n. 2.

[2] Voir *Beiträge zur Rechtsgeschichte im Bereiche der keilschriftlichen Rechtsquellen* p. 112, 144.

[3] Voir *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte* p. 34, où il écrit... „Denn wenn die Quellen ihrer (scil. *stipulatio hab. lic.*) Erwähnung thun, so bekunden sie vielleicht eine in mehr als einer Richtung höchst merkwürdige Verwandtschaft mit Ideengänger anderer alter Rechte, sicherlich aber einen engen Zusammenhang mit den über Orient und Occident durch die Jahrhunderte in ausserordentlich gleichformiger Gestalt verbreiteten Vertragsformularen".

si ricollegano ad Asclepio, come Ἀσκληπιάδης, Ἀσκληπιοδῶρος e le κῶμαι, gli ἐποίκια e i χωρία, che hanno nome da Achille.

Una allettante ricerca potrebbe essere quella che potesse presumere di ricollegare alcuni toponimi a nomi comuni greci, elevati a toponimi da particolari ricordi locali, ma qui la difficoltà aumenta ancora per il dubbio che il toponimo risulti non direttamente dalla fonte, ma da un intermediario: come se ad esempio trovassimo denominata una nostra cascina come Cascina Silva e non si chiamasse così per il fatto che sul posto era un tempo una selva, ma da una famiglia Silva che ne era stata proprietaria.

Fatte queste riserve, segnalo il villaggio Ἀλλοφύλων del IV$^{p}$ nell'Afroditopolite, che potrebbe con Ἀλεξανδρέων ἐποίκιον, e Ἀρκαδίων οὐσία contenere un significato riferibile a stirpi abitanti nel paese; segnalo pure i vari nomi di Ἁλμυρᾶς ἐποίκιον, nell'Arsinoite, e i due Ἁλμυρᾶς χωρίον dell'Arsinoite e dell'Eracleopolite, che potrebbero alludere alla presenza di laghi salati nei dintorni; e la località Ἅλσος, nome di un approdo Nilotico dell'Arsinoite (ὅρμος), che potrebbe alludere ad un bosco sito nelle vicinanze, e il τόπος Αὐλῶνος, che lascerebbe supporre l'esistenza, vicino alla località, di un ristretto passaggio. Ne è difficile scompagnare la menzione di un Ἀρούρης ἐποίκιον e di un κλῆρος Ἀρουρῶν θ dalla unità di misura di superficie in uso.

Similmente i toponimi tratti da nomi di mestiere devono pur avere un riferimento ai mestieri stessi esercitati da coloro a cui si riferiscono: cito Ἁλοπωλίου ἄμφοδον di Arsinoe; Ἀρτοκοπίου (forse κώμη) di Ossirinco; Ἀκτουαρίου ἐποίκιον, Ἀρτοφάκου τόπος, Ἀμπελουργοῦ τόπος o χωρίον. Allusivo forse all'esercito è l'Ἀγήματος τοπαρχία, mentre Ἀλαβαστρίνη μεγάλη, detto di una cava di pietra è manifestamente riferito alla qualità del marmo cavato.

Influssi del latino nei toponimi qui studiati non sono numerosi: talvolta si tratta di οὐσίαι imperiali che traggono il toponimo dal nome dell'imperatore o di altro personaggio della *domus* imperiale: così si legge di una οὐσία Ἀντωνίας θυγατρὸς θεοῦ Κλαυδίου, cioè di Antonia, moglie di Druso, fratello di Tiberio e seconda figlia di M. Antonio; forse si allude alla stessa in due altri ἐποίκια Ἀντωνίας; noto anche un Ἀντωνίου ἐποίκιον nel I$^{p}$ nell'Arsinoite. Parallelamente leggiamo dell'οὐσία Ἄνθου Γερμανικοῦ Καίσαρος e di una οὐσία Ἀλεξανδριανὴ Οὐεσπασιανοῦ nell'Arsinoite (167$^{p}$ P. Bour. 42). Noto anche Ἀντωνιαινὴ (sic) οὐσία, Ἀγριππιανὴ (leggi Ἀγριππινιανὴ) οὐσία, che si riferisce forse alle moglie o alla figlia di Germanico.

nei documenti papiracei e non permetterebbero qui più ampie digressioni necessarie.

Preferisco, per attenermi più da presso all'argomento, accennare a qualche particolarità morfologica: è osservazione ovvia notare che la maggior parte dei toponimi, là dove la loro forma greca o grecizzata appar chiara, si presentano in forma di genitivi, appoggiata alla particolare denominazione annunciata che è spesso espressa, ma non meno spesso sottintesa: p. es. Ἀντινόου πόλις oppure ἡ Ἀντινόου. Alcuni esempi anche nella lettera α mi hanno permesso di fare qualche utile considerazione: p. es., rimandando al volume già pubblicato per quanto riguarda Alessandria, vale la pena di considerare il comportamento della espressione che si riferisce ad Antinoopoli. La formula originaria è ἡ Ἀντινόου πόλις, alternata con ἡ Ἀντινοέων πόλις, formula che specialmente dal IV$^{p}$ in poi è abbreviata in Ἀντι( ) πόλις; in particolare ciò avviene nel VI$^{p}$. Altre volte la formula è ἡ Ἀντινόου ovvero ἡ Ἀντινοέων o ἡ Ἀντινοειτῶν, ma più spesso si legge ἡ Ἀντι( ), che lascia all'arbitrio del lettore di sciogliere la abbreviazione come crede meglio.

In generale osservo che la forma Ἀντινόου, con o senza articolo è la più familiare, riservata quasi sempre a documenti privati e domestici, e in generale la formula che ricorda gli abitanti è adoperata spesso quando si allude a funzionari cittadini: sicchè spesso si legge βουλευτὴς Ἀντινοέων πόλεως (260$^{p}$ M. Chr. 351$_{6}$).

Considerazioni analoghe, se non identiche, si potrebbero fare per Ἀφροδιτόπολις e Ἀφροδιτώ e p. es. per Ἀνδρῶν πόλις e Ἀνδρών, che ci porterebbe fino allo formula usata da Ierocle, che è appunto Ἀνδρών.

Richiama ancora la nostra attenzione il fatto della relativa frequenza dei nomi di tipo Ἀθρίβις, -εως, che prevalgono nei secoli dal III$^{a}$ al I$^{a}$ e vanno via via diminuendo dal V$^{p}$ all'VIII$^{p}$ con una leggera prevalenza, a quanto pare, nell'Arsinoite e nell'Eracleopolite.

Più rari appaiono i nomi dall'uscita in -ίς, -ίδος come Ἀλαβανθίς, Ἀνδρομαχίς, Ἀρχελαίς, che risalgono tutti, come dal resto Καρανίς, al III$^{a}$ e che troviamo manifestamente validi fino all'VIII$^{p}$. C'è poi la serie dei nomi in -ις di origine indigena come Ἀμηινις (48$^{p}$ P. Mich. V. 326$_{31}$) nome di un κλῆρος presso Θεογονίς, che non si sa se accostare ai primi temi o agli altri.

blicazione, che poi non ebbe luogo (pag. 12 nota 3 [= 2]); nel 1867—68 Vinc. Crispino ne disegnò altri 7 frr. Dei disegni non esistono fotografie oxoniensi. Il papiro è dunque inedito, a parte pochissime parole pubblicate dal Crönert in *Memoria Graeca Herculanensis* (Lips. 1903) p. 62 (quattro citazioni di nove parole complessive) e in *Kolotes u. Menedemos* (Lpz. 1905) p. $104_{501}$ (nove brevissimi frr., in cui sono comprese le prime tre delle quattro citazioni sopra indicate); da *Kol. u. Men.* il fr. 59, 5—8 = Diels — Kranz, *Vors.* II$^{7}$ p. 102, 8—10 (Demokr. A 72): ma cfr. *P. Herc. 1413* pag. 25 [= 15].

Oltre i soliti segni critici, ho indicato con (α) le letture del Casanova (disegni e prove di stampa); con ((α)) le letture del Crispino. Letture, integrazioni e proposte sono tutte di chi scrive.

### fr. 32 col. XXa (1 Cr)*

. . . . . .
. . .] δι [ὰ τ]ῆ̣ς δῠνάμ [εως
δ υ ν η σ [ό μ ε θ α ] ν ι κ ᾶ ν [. .
θ η ν α ι [.] ν ο μ̲ ε ί̣ ζ ο̣ ν [τ ε ς
4—6 [— — — — — — — — — — — — — —]
τ ο ] ὑ̣ τ ο υ . . [— — — — — — —
. . ]γ ι σ μ [ῶ] ((ν)) τ ῶ ν τ ο̲ ῦ δ ε
τ ο ῦ] φ ι λ ο σ ό φ ο̲ [υ — — — —
10 α ὐ]τ̣ ο̣ ῦ̲ π . . ((ν)) α̣ [— — — —
. . ] ο̣ ῠ̣ π λ ε ο ν̲ [— — — — — —
. ] . π̣ ε̣ ρ ὶ α[— — — — — — —
. . ] τ̣ [ — — — — — — — — —
. . . . . .

lin. 2—3: [,ὦ 'A-|-θήναι[ε,]?: de Athenaeo cf. Usener, *Ep. fr.* 115; Scriptor Epic. inc. ed. Vogliano, fr. 5 col. XXII 5 sqq. (et p. 115); C. Diano, *Epicuri Ethica*, fr. 144, p. 65 8: λυ]γισμῶν vel λο]γισμῶν

### fr. 36 col. XXIIIa (2 Cr)

. . . . . .
. . .]τ ι ο ὐ [τ ο ] ι̣ ο ῦ τ ο ν
. . . . ] ο ὐ δ᾽ ο ἷ ο ν ὅ λ ω [ ς

* Il primo numero (arabo) è quello del fr. nella numerazione generale; dopo il numero romano della colonna, a=summa, b=media, c=ima; segue fra parentesi il numero arabo del disegno napoletano (Ca=Casanova, Cr=Crispino) e (per i disegni Ca) il numero romano del fr. nelle tavole incise.

en los mismos términos que en nuestro documento. Detectamos así un uso incipiente que puede dar luz acerca del método seguido por los compiladores privados y oficiales de los rescriptos imperiales. Ha sido muchas veces advertido que muchas constituciones recogidas en los códigos se presentan como resúmenes de textos legales mâs amplios. Esta operación abreviadora se suele atribuir entonces al mismo compilador, y no hay que excluir que así haya ocurrido en muchos casos. Pero no hay que olvidar tampoco que tales codificaciones, como es sabido, se fundan en colecciones privadas anteriores, y que en éstas ya se pudo haber operado tal abreviación. Si mi hipótesis de que en PCol. 123 tenemos una copia de registro no es equivocada, el comienzo de tal proceso de abreviación compilatoria tendría que ponerse en relación con el hecho de que los compiladores utilizaron en muchos casos, no los archivos internos de la cancillería imperial, sino los mâs accesibles registros de rescriptos publicados. Es digno de ser observada, en este sentido, la coincidencia de que los códigos nos conserven las constituciones a partir de la época de Adriano, que es precisamente cuando empezó la práctica de la *propositio* de rescriptos y del *liber libellorum propositorum.*

VI. καὶ ἄλλοις. Esta frase de ampliación indeterminada en el destinatario del rescripto aparece en los apokr. III, VI y X. No se trata ya de un destinatario de doble nombre (... τῷ καὶ ...), como encontramos tambien en rescriptos transmitidos por otro conducto (cfr. FVat. 42: *Aurelio Loreo cui et Enucentrio*; 274: *Aureliae Sabinae sive Gaudiosae*), sino de una forma especial, aparentemente, de destinatario colectivo.

Rescriptos destinados a peticionarios colectivos no son raros. Cfr. sobre destinatarios colectivos: Dirksen, *Hinterlassene Schriften* II 26 s. Se presentan así, por ejemplo, los que fueron solicitados por varios coherederos. Entonces suelen aparecer — en algún caso, sin embargo, se habla, sin mâs de *heredes* (CJ. 6, 21, 14; cfr. *liberti*: CJ. 6, 37, 1 = D. 34, 1, 13, 1 y CJ. 6, 47, 2) — los nombres de los coherederos solicitantes (CJ. 4, 19, 3; D. 30, 41, 7; y, probablemente son tambien de coherederos: CGreg. Wis. 3, 6, 2 y CJ. 2, 4, 25), indicando a veces tan sólo el gentilicio común (CJ. 2, 4, 6; 2, 26, 1; D. 38, 2, 16, 4 [cfr. 37, 14, 17]) o éste con los cognomina particulares (D. 29, 2, 12; CGreg. Wis. 3, 9, 1). Otras veces, en el mismo supuesto de coherederos, aparece la indeterminación *et aliis*: App. Wis. Greg. I 4: *Vetoriis Frontino et aliis* (198);

# DAL PAPIRO ERCOLANESE 1413 (II)

Sono particolamente lieto di pubblicare un secondo gruppo di frammenti dal detto papiro nei *Mélanges* in onore di R. Taubenschlag: con l'augurio che la fervida attività dell'insigne studioso sia ancora per lungo tempo conservata alla scienza, della quale egli si è reso così benemerito.

Di questo stesso papiro, un primo gruppo di 22 frammenti (e precisamente i n.ri 30, 34, 38, 46, 49, 53, 55, 58, 59, 63, 66, 67, 69, 73, 74, 76, 78, 80, 81, 84, 86, 91 — secondo la numerazione generale) ho testé pubblicato nella Rivista *Il Pensiero* 2 (Milano 1957) fasc. 1, p. 11—46 [=1—36 dell'estratto], col titolo *PHerc. 1413*; i frr. n.ri 46, 49, 53 erano apparsi poco prima in *Acme* (*Annali della Facoltà di Filosofia e Lettere dell'Università Statale di Milano*) VIII (1955, ma uscito in gennaio 1957), fasc. 2—3 (in onore di A. Vogliano) p. 57 sg., col titolo *Dal papiro ercolanese 1413*.

Ad evitare pertanto inutili ripetizioni, accennerò qui brevemente alle cose essenziali, rinviando a quanto in *P. Herc. 1413* (di cui basterà quindi citare le pagine) è documentato; in attesa della pubblicazione integrale e definitiva, che spero di poter preparare fra non molto tempo.

Il testo, dunque, contiene una trattazione sulla dottrina atomistico-epicurea del χρόνος (pag. 45 sg. [= 35 sg.]), che a causa dell' alta antichità (più incisi) (sec. III$^{a}$) del papiro, assicurata dagli elementi paleografici (pag. 15 [= 5]), non può appartenere che ad Epicuro (pag. 39 [= 29]); escluse, per buone ragioni, altre opere epicuree (pag. 40 sg. [= 30 sg.]), l'ipotesi più probabile è che si tratti di un libro (il 22$^{0}$ o piuttosto il 32$^{0}$) del π. φ. (pag. 41 e nota 13 [=31]), come sembrano confermare l'alteggiamento polemico (contro gli Stoici e contro Aristotele: pag. 46 [= 36]), la precisione del linguaggio tecnico, l'ampiezza della trattazione.

Del papiro, che conteneva 64 colonne di scrittura (pag. 13 e nota 6 [= 3]), rimangono 99 frammenti: esso fu svolto in parte nel 1796 e poi completamente nel 1808 (pag. 12, note 1—2 [= 2]); nel 1810 Fr. Casanova ne trasse i disegni di 24 frr., più incisi tardi in 8 tavole di rame, di cui furono anche tirate le bozze di stampa per la pub-

tre los Egipcios y los Alejandrinos y Romanos; cfr. apokr. I, destinado a un ciudadano romano, donde se equiparan, a efectos de los límites de una moratoria fiscal, los Alejandrinos y los Egipcios. — Observo de paso que todos los apokrimata que inician la serie de cada uno de los tres días (I—III, VI—VII y X—XI) se refieren directamente a cuestiones de orden netamente fiscal.

II. Apokr. IV: tantas interpretaciones como cabezas! Creo que esta que voy a dar hace el número 10: La reclamación es presentada por un deudor hipotecario y tiene dos pretensiones: 1. Que la venta hecha por el acreedor a un tercero debe ser anulada (desconocemos el motivo de esta pretensión) y 2. que se restituya al solicitante en la posesión de unos inmuebles que han sido invadidos violentamente, y que no estaban hipotecados: *citra conventionem* (χωρὶς συνβάσεως). El emperador, consultado acerca de estas dos pretensiones, rechaza la primera y ordena que el prefecto dé cumplimiento a la segunda.[1]

III. Apokr. XII. La palabra clave es ἀποστάς. No creo que se trate de repudiar formalmente la herencia paterna (Schiller) lo que no se explicaría bien desde el punto de vista del derecho romano, que vemos constantemente aplicado en estas decisiones imperiales; ni tampoco de una cesión o venta de la herencia paterna (Wolff), lo que no deja fácil explicación a la *publicatio* a que se alude. Quiza se trate simplemente de un abandono del fundo paterno, lo que ha dado lugar a la *publicatio* de los bienes como adespota. La alusión a la falta del *auxilium aetatis* no implica necesariamente que el solicitante lo hubiera invocado.

IV. Apokr. XIII. La expresión πρὸς τοὺς νεμομένους — *adversus possessores* — parece indicar que se trata de preparar un juicio petitorio. El destinatario — leo tan sólo: [...]ελα...ω, lo que en algun momento me hizo pensar en la posibilidad [τ]ῷ καὶ antes del segundo nombre — no es un tutor impedido de acudir a un juicio, pues para ese caso bastaba un procurador, sino, más probablemente, un copropietario de una finca que pertenece tambien a unos pupilos — o mejor, varios grupos de pupilos, lo que explicaría

[1] Como he podido comprobar despues de compuestas estas páginas, mi interpretación del apokr. IV coincide con la que independientemente han formulado Jones, en *JHS* LXXVI 1956 p. 144, y Welles, en *AJPh.* LXXVII 1956 p. 87. Un recensión mía de los *Apokrimata* ha aparecido ahora en *Emerita* 1956 p. 417—425.

# NOTULAS SOBRE LOS APOKRIMATA DE P. COL. 123

*SUMMARIUM*: *Auctor observationes suas ad quaedam Papyri Columbiae, quae Apocrimata dicitur, fragmenta spectantes profert et quae sint proprietates illius generis documentorum ad quod papyrus haec pertinet, demonstrare conatur.*

P. Col. 123, es verdad, no ha venido a arrojar mucha luz sobre las instituciones del derecho romano, pero sí suscita algunos problemas de interpretación que han atraído la atención de los estudiosos y hacen de aquel documento la „novedad" de estos últimos años. Séame lícito aportar estas nótulas sobre este papiro al homenaje del ilustre Rafael Taubenschlag. Empezaré por unas observaciones particulares a algunos de los apokrimata y terminaré por una consideración general sobre la clase de documento que presenta P.Col. 123. Por razón de brevedad, doy por supuesto que el lector tiene a su alcance, no sólo la edición primera, sino tambien los „Second Thoughts", así como la ya abundante literatura que ha aparecido (incluso en estas mismas *Symbolae*) sobre tan interesante documento.

I. τὰ ἐγνωσμένα son los datos fijados por la inspección fiscal acerca de los bienes del contribuyente: τὰ ἐγνωσμένα ἐξ ἐπισκέψεως, expresión que, aunque sólo documentada para la época ptolemaica (Schiller p. 55), podemos considerar vâlida para la interpretación de nuestro documento. Así, pues, el lacónico apokr. III ordena acatar los datos fijados por la inspección fiscal; el apokr. II viene a decir — lo que tenía el suficiente interés para que esta norma se recogiera en la selección de P.Amh. 63 — que quien ha aceptado — συνκαταθέμενος — esos datos no quede oponerse ya a la decisión fiscal — τὰ δόξαντα — sobre ellos establecida; finalmente, el apokr. VI afirma que la norma fiscal respecto a las inspecciones presenta para los Egipcios una „pública benevolencia". El texto de este apokr. VI es gramaticalmente incorrecto y debe ser enmendado por alguna parte; me inclinaría a corregirlo así:

⟦αἱ⟧ ⟨ἡ⟩ περὶ τῶν ἐπισκέψεων κρίσις κοινὴ⟨ν⟩ παρέσχεν πρόνοιαν Αἰγυπτίοις. La benevolencia consistía en no hacer diferencias en-

CJ. 4, 32, 13: *Eustathiae et aliis* (Alex. Sev.); CJ. 5, 16, 15: *Iustiniano et aliis* (291); CJ. 4, 34, 9: *Aurelio Menophilo et ceteris* (293). En otros casos la razón que determina el consorcio de peticionarios no es el ser éstos coherederos, sino cotutores, probablemente legítimos (CJ. 4, 32, 5: *Ultumio Sabino et aliis*, del 205); el ser codonatarios (CJ. 4, 6, 3) o codepositarios (Coll. 10, 5), de no tratarse en este último caso de una sociedad mercantil, como la que aparece en CJ. 1, 18, 6. Otras veces es el cargo común lo que determina la petición conjunta (CTh. 14, 1, 4: *Exsuperantio, Iulio et ceteris decurialibus*, del 404). A veces los peticionarios colectivos aparecen como *milites* (CJ. 12, 35, 2: *militibus cohortis primae*), pero no siempre tal designación implica que la petición se haya hecho por razón de la función común. En CJ. 12, 35, 5, de Gordiano (*Valentino et aliis militibus*), y en Coll. 1, 8, 1 (215), la razón del consorcio no es propiamente la milicia sino la fraternidad; en CGreg. Wis. 4, 12, 4 (240), la cotitularidad de crédito; en Coll. 1, 91, la corresponsabilidad delictual: en el rescripto referido en D. 49, 18, 4, 1, se puede suponer que los *veterani* son socios de una empresa naviera.

Ocurre en algunos casos que el texto del rescripto se dirige al destinatario, que aparece como único, en la segunda persona del plural (*vos*). Esto no es en sí mismo sorprendente, pues puede tratarse de un destinatario que viene a representar un interés colectivo. Más da que pensar el caso inverso de un destinatario colectivo en un rescripto en el que se emplea la segunda persona del singular (*tu*). Así ocurre en CJ. 2, 17, 1 (241): *Legitimo et aliis*, en cuyo texto se dice: *rei publicae viribus adiuvari te sub obtentu quantitatis quam eidem rei publicae debes, co ntraiuris rationem desideras*. El asunto es aqui, como en los tres casos de καὶ ἄλλοις de PCol. 123, de caracter fiscal. Naturalmente, puede darse un libelo sobre materia fiscal presentado conjuntamente por varios peticionarios, pero, en todo caso, no resulta aparente la razón del consorcio, y el singular resalta como contradictorio con el destinatario colectivo.

Otro caso extraño: Coll. 1, 8, 1 (215): *Aurelio Herculano et aliis militibus*, que son hermanos del que cometió el delito (cit. supra), en relación con Coll. 1, 9, 1 (222!): *Aurelio Flavio et aliis militibus*, que son éllos coautores del mismo homicidio involuntario. En CJ. 9, 16, 1 los dos rescriptos se hallan fundidos en uno solo, bajo el nombre del primer destinatario (con la mínima variante: *Herculiano*). El hecho de que rescriptos distintos (obsérvese aquí

Avantgarde auf dem Marsch des sich entwickelnden Rechts. Der Historiker mustert diese Spitze mit Interesse, aber er rechnet damit, dass das Gros in Gestalt des Gesetzes vielleicht noch lange Zeit braucht, bis es das Formular eingeholt hat".[4]

Parmi les papyrus nous ne trouvons que peu de documents contenant les formulaires de négociations des personnes privées[5] ou des écrits à caractère privé (par exemple les lettres).[6] Par contre, nous rencontrons dans nos sources plus couramment que les formulaires eux-même,[7] des documents rédigés selon une certaine formule. Or si nous abordions une analyse détaillée des documents concernant un tel ou autre acte juridique tout au point de vue formel quant à la substance même, nous remarquerions facilement comment certaines formules et certaines expressions stéréotypées réapparaissent dans les documents provenant de différentes localités et de différentes époques. Si nous voyons alors, outre une parenté d'expression, l'emploi de formules et de phrases analo-

[4] Voir p. 31, voir aussi U. von Lübtow, ci-desous.

[5] On y classe P. Mich. 122 (49P.) contenant les formulaires employés par le fonctionnaire du γραφεῖον à l'enregistrement des contrats: παραχωρήσεις, μισθεῖαι, πρασέις et ὑποθήκαι (cf. A. E. R. Boak, *Papyri from Tebtunis* I, p. 3, 81 ss.; J. Schwartz, *JJP* IV p. 210 n. 4); P. Hamb. 72 (II—III$^{e}$ siècle p.) — un formulaire des parties particulières du testament nuncupatif (voir le commentaire de l'éditeur: p. 230 ss. L. Wenger, *Die Quellen des röm. Rechts* p. 745 n. 110 avec la riche bibliographie; Idem, *Studi in onore V. Arangio-Ruiz* IV p. 419; R. Taubenschlag, *Law*$^{2}$ p. 193; J. O. Tjäder, *Die nichtliterarischen leteinischen Papyri Italiens* p. 190 ss. P. Strasb. inv. 27 publié par J. Schwartz dans *JJP* IV 209 p. ss., contient le formulaire de l'ἐνγύη et de la μίσθωσις ἐλαιῶνος (voir M. Hombert, *Chr. d'Eg.* N$^{0}$ 52 p. 426).

Il faut encore relever la différence qui existe entre le formulaire et le brouillon de document: si le formulaire sert d'habitude aux plusieurs personnes et à de divers endroits pendant une assez longue durée, le brouillon n'est employé qu'une seule fois. Nous en trouvons une liste composée par E. von Druffel dans ses *Pap. Studien*, p. 13 ss. (cf. L. Wenger, *Quellen* p. 745 n. 110); voir aussi A. Bataille, *JJP* VI p. 189.

[6] P. Bon. 5, publié par O. Montevecchi, contient quelques formulaires de lettres privées pour des différentes occasions: εὐχαριστικόν, συμβουλευτικόν, συγχαριστικόν; le formulaire est toujours bilingue et contient plusieurs versions de chaque genre de lettre (on verra l'introduction de l'éditeur p. 18 ss.).

[7] Ce fait a attiré l'attention de L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* p. 196 ss.; A. Segrè, *BIDR* 35 (1927) p. 77 ss.; R. Taubenschlag, *Studi Bonfante* I p., 397; A. B. Schwarz, *Aegyptus* 15 p. 280 ss.; W. Till, *Aegyptus* 33 fasc. 2 p. 194; idem, *Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der koptischen Urkunden* p. 61 ss.

gues ou exactement identiques, il n'est pas possible de supposer une coïncidence, et il est douteux que les scribes inventèrent, à différentes époques et dans des conditions différentes, le même contenu exprimé dans la même suite de propos, de formules, de termes techniques etc. Ce fait nous engage plutôt à admettre que les scribes se servaient du même formulaire-modèle en rédigeant les documents.

La question d'emploi des formulaires en Egypte gréco-romaine ne fut jusqu'à présent que très peu approfondie, malgré le nombre considérable de dissertations excellentes consacrées à l'étude des documents.[8] Le problème des formulaires étant souvent touché mais superficiellement, il n'existe pas encore un travail qui ne porterait exclusivement que sur lui. Ainsi p.ex. M. Collomp dans ses *Recherches sur la chancellerie et la diplomatique des Lagides* (1925) a consacré un chapitre entier à la question de l'origine et de la structure du formulaire de l'ἔντευξις.[9] La même question fut abordée, quelques années plus tard, par M. Guéraud. Ce dernier auteur, de même que le précédent, distingue trois parties qui composent le formulaire d'ἔντευξις: 1) la première expose les faits qui ont provoqué la pétition: ἀδικοῦμαι ὑπὸ τοῦ δεῖνος κτλ. 2) la seconde présente la demande: δέομαι οὖν σου, βασιλεῦ, προστάξαι κτλ. 3) la troisième est une sorte de remerciement anticipé.[10] Finalement M. Seidl, dans son livre *Der Eid im römisch-ägyptischen Provinzialrecht* I (1933), II (1935), a receuilli toutes les formules de serments de l'Egypte romaine et byzantine.[11]

Devant un tel état de choses il nous semble que le présent essai bien qu'il se limite uniquement au problème des formulaires des documents d'exécution, ne sera pas sans intérêt comme une contribution à l'étude plus approfondie de la question des formulaires en général. Il contribuera peut-être également à l'élucidation, entre autres, d'un problème tel que celui des vestiges de la législation ptolémaïque à l'époque romaine.[12]

[8] Voir L. Mitteis, *Grundzüge* p. 48 ss.; W. Schubart, *Einführung* p. 277 ss.; A. B. Schwarz, *Die öffentliche und private Urkunde im röm. Ägypten;* P. M. Meyer, *Juristische Papyri* p. 76 ss.; F. von Woess, *Urkundenwesen;* L. Wenger, *Quellen* p. 736 ss. avec bibliographie la plus nouvelle.

[9] Voir p. 51 ss.

[10] Ἐντεύξεις (1931) p. XIX ss.

[11] Voir vol. I (1933) p. 8 ss.; vol. II (1935) p. 4 ss.

[12] Voir H. J. Wolff, *ZSS* 70, p. 51 ss.

Dans notre présentation nous nous occuperons, selon l'ordre de la procédure d'exécution, tout d'abord des formulaires d'avertissement (διαστολικόν, ἀντίρρησις) pour parvenir ensuite aux formulaires d'actes d'exécution (ἐνεχυρασία, ἐμβαδεία).

## I. Διαστολικόν

Διαστολικόν est — comme nous le savons — un ordre de payement, autorisé par le magistrat et envoyé par le créancier au débiteur en le prévenant que dans le cas de non-payement l'exécution aura lieu.[13] Parmi les documents d'exécution de nombreux διαστολικά se sont préservés; nous considérons indispensable pour l'analyse suivante de les citer ici en entier:

Oxy. 286 (82 p. J.C.) l. 14 ss... ἀξιῶ συντάξαι γράψαι τῷ... ξενικῶν πράκτορι μεταδοῦναι τῇ τε Ζηναρίῳ καὶ τῷ Ἥρωνι τοῦδε τοῦ ὑπομνήματος [ἀ]ντίγραφον ὅπως παρέχωνται ἡμᾶς ἀπερισπάστους [καὶ] ἀπαρενοχλήτους ὑπὲρ τῆς προκειμένης ὀφειλῆς καὶ ἀποδώσειν ταῦτα, ἢ εἰδῶσι, ἐάν τι ἰς ταύτην πραχθῶ, εσομένην μοι τὴν πρᾶξιν παρά τε αὐτῶν καὶ ἐξ ὧν ἐὰν εὑρίσκω αὐτῶν ἐπὶ τῶν τόπων ὑπαρχόντων καὶ σειτικῶν ἐδάφων καὶ ἑτέρων.

Fir. 86 = M. Chr. 247 (I$^{er}$ siècle p. J.C.) l. 20 ss... ἀξιῶ συντάξαι γράψαι τῷ... στρατηγῷ μεταδοῦναι τῇ ὑπόχρεῳ Διδύμῃ τοῦδε [τοῦ ὑ]πομνήματος ἀντίγραφον ἄπως ἀποδοῖ μοι τά τε προκείμενα κεφάλαια πάντα καὶ τοὺς τῶν ὑπερχρονίων μέ[χρι ν]ῦν τόκους καὶ τὰ τέλη καὶ δαπάνας ὁμοίως σὺν τόκοις ἥ εἰδῇ πρὸς μὲν τὰ διὰ τῶν συνγραφῶν ὀφειλόμενα [ἐμ]βαδεύσοντά μοι εἰς τὰς ὑποτεθ[ει]μένας ὡς πρόκειται ἀρούρας... πρὸς δὲ τὰ διὰ τῆς διαγραφῆς ὀφειλόμε[να τ]ὴν πρᾶξιν με ποιησόμενον ἐξ ὧ[ν] ἐὰν ἄλλων εὑρίσκω τῆς Διδύμης ὑπαρχόντων.

BGU. 888 = M. Chr. 239 (160 p. J.C.) l. 18 ff..... ...ἀξιῶ [σ]υντάξα[ι] γράψαι τῷ... στρατηγῷ μεταδοῦναι το[ῖ]ς τῆς Θεναπύγχ[ιος μετη]λλαχυίης κληρονόμοις..., ὅπως [ἀ]π[οδ]ῶσι μοὶ τὸ π[ροκείμενον] κεφάλαιον κα[ὶ τόκ]ους ἴσους ἢ εἰδ[ῶσι] ἐ[σο]μένην [μοι] τὴν [π]ρᾶξ[ι]ν ὡς καθήκει ἀφ' ὧ[ν ἐὰν τελε]ιώσω ἐνεχυρ̣[α]σίας γραμμάτῳ[ν] ἔ̣[κ τε] τῶ̣ν π̣[ροκ]ειμέν[ων ὑπ]αρχόντων καὶ ἐ̣[ξ ὧν ἂ]ν̣ ἄλλων εὑρίσκ[ω] αὐτῆς ὡς καθ[ή]κει.

[13] Voir P. Koschaker, *ZSS* 29 p. 25; A. B. Schwarz, *Hypothek und Hypollagma* (1911) p. 77; L. Mitteis, *Grundzüge* 124 ss.; P. Jörs, *ZSS* 36 p. 231 ss.; P. M. Meyer, *Jur. Pap.* p. 142.

**Fir. 68 (172 p. J.C.) l. 10 ss:**... [ἀξιῶ συντάξαι γράψαι τῷ.... στρατηγῷ....] αὐτοῖς μεταδο[ῦναι], ὅπως εἰδῶσι τα καθολ[ο]υ μ[.....].ν. [... χρ]ησομένην μ[ε π]ρὸς αὐτούς, ἐφ' ὧν δέον ἐστίν.

**Oxy. 485 (178 p. J.C.) l. 27 ss.:** ... τῆς ἀποδόσεώς μοι μὴ γενομένης ἀξιῶ συντάξαι γράψαι τῷ στρ(ατηγῷ) ἐπιδοῦ(ναι) τούτου ἀντίγρ(αφον) τῇ Σαραπιάδι..., ἵν εἰδῶσι καὶ ποιήσωνταί μοι τὴν ἀπόδοσιν ἢ εἰδῶσι χρησόμε[νόν με] τοῖς ἁρμόζουσι περ[ὶ ἐ]μβαδείας νομίμοις ὡς κ[αθή]κει.

**BGU. 578 = P. Meyer, *Jur. Pap.* 46 (189 p. J.C.) l. 19 ss.:** ...ἀξιῶ ... συντάξαι γράψαι τῷ ... στρατηγῷ μ[ε]τα[δ]ῶναι τοῦτου ( ὑπομνήματος) ἀντίγρ(αφον) τῷ Ἰουλίῳ Μαρτιάλι, ὅπως ποιήσηταί μοι τὴν ἀπόδοσιν τοῦ τε π[ροκειμένου κεφαλαίου] καὶ τῶν τόκω[ν ἢ εἰ]δῇ ἐσομένην μοι τὴν π[ρᾶξιν] ἐξ ὑπαρχόντω[ν αὐ]τοῦ ἀφ' ὧν ἐὰν τελιώσω ἐνεχυρασίας γραμμάτων....

**Lips. Inv. 610 ( ) l. 25 ss.:** ... ἀξιῶ συντάξαι γραφῆναι τῷ τοῦ Ὀξ(υρυγχείτου) νομοῦ [στρατηγῷ, ὅπου τὰ ὑπ]άρχοντα αὐτοῦ (scil du dèbiteur) τυγχάνι, μεταδοῦναι τοῦδε τοῦ ὑπομνήμα[τος ἀντίγραφον τοῖς προ]ειρημένοις τῶν ὑποχρέων κληρονόμοις ἢ τοῖς ἐπικρατοῦσιν [τῶν ὑπαρχόντων αὐτῶ]ν, ἵν' εἰδῶσιν καὶ ποιήσωντέ μ[ο]ι τὴν ἀπόδοσιν τῶν ὀ[φειλομένων μετὰ καὶ] τῶν [μ]ετὰ τὴν προθεσμίαν [ἐπισ]υναχθέντων τού[του τόκων.....]....

**Oxy. 1118 (l^er^ siècle p. J.C.) l. 1 ss.:** ... ἀξιῶι συντάξαι γράψα[ι] τῷ τῆς Μικρᾶς [Ὀάσ]εως στρατηγῶι μεταδοῦναι τ..ν..ι [..]αντι καὶ Χενενούβι διὰ τοῦ ἀπ' αὐτῶν φανη[σο]μένου ἀντίγραφον τοῦδε τοῦ ὑπομνήματος [ὅπ]ως ἔτι καὶ νῦν ἀποδῷ μοι τὰ οφειλόμε[να] καὶ τοὺς προσοφειλομένους τόκους καὶ τὰ [διά]φορα ἢ γεινώσκωσι ἐμβαδεύσον[τά μ]ε εἰς τὰ ὑπ[ο]τεθειμένα καὶ καθέξοντ[α α]ὐτῶν καὶ κυριεύ⟨σ⟩οντα καὶ ἑτέροις ἐξαλλοτριώσοντα καὶ ἐπιτελέσοντα ὃ ἐὰν αἱρῶμαι, οὐδεν[ὸ]ς αὖτοῖς οὐδὲ ἄλλῳ οὐδενὶ ἐξ ὑστέρου [κατ]αλειπομένου λόγου [περ]ὶ οὐδ[ενὸς ἁπλῶς.

**Une comparaison même superficielle de ces documents nous engage à conclure qu'ils ont eté rédigés d'après le même schêma.**

**En ce qui concerne son contenu le διαστολικόν se compose de deux parties: 1. sommation de payement, 2. menace d'effets de non-payement. La première partie est dans tous les documents à peu près identique. Certaines différences minimes dans les tex-**

tes particuliers s'expliquent soit par la nature des faits soit par ce que dans les divers nomes on employait les formulaires quelques peu différents.[14] Si nous voulions tenter une „reconstitution" du formulaire qui servait de modèle pour cette partie du διαστολικόν, nous le rédigerions de la façon suivante: [ἀξιῶ συντάξαι γράψαι τῷ τοῦ ..... νομοῦ στρατηγῷ, μεταδοῦναι τῷ δεῖνι (scil. au débiteur) τοῦδε τοῦ ὑπομνήματος ἀντίγραφον, ὅπος ποιήσεται μοι τὴν ἀπόδοσιν τῶν ὀφειλομενῶν...

La deuxième partie du διαστολικόν est plus élastique et dépend des faits. Soit que la créance était assurée par une hypothèque ou par un hypallagma soit qu'elle n'était pas garantie du tout — cela avait toujours une influence décisive sur la façon dont le créancier menaçait son débiteur de ne pas avoir rempli son obligation.[15] Néanmoins cette partie non plus n'était pas rédigée librement. Les expressions telles que ἢ εἰδῶσι, ou bien ἢ εἰδῇ, puis ἐσομένην μοι τὴν πρᾶξιν qui apparaissent dans tous les textes, prouvent qu'ici on faisait également emploi de formulaires en les appliquant seulement moins rigidement qu'à la première partie.

## II. L'ἀντίρρησις au διαστολικόν

L'essentiel de l'ἀντίρρησις est l'opposition du débiteur contre les prétentions du créancier comme étant non fondés: ἄκυρα ὄντα, afin d'empêcher l'exécution et de diriger l'affaire dans la voie judiciare.[16] L'ἀντίρρησις au διαστολικόν s'est préservée dans les documents que voici:

BGU. 1574 (176$^{P.}$) l. 20 ss. ... ἀξιῶ συντάξαι γράψαι τῷ τῆς Ἡρακλείδου με[ρ]ίδος τοῦ Ἀρσινοείτου [στρα(τηγῷ) μ]ε̣τ̣ὰ̣[δο̣ῦναι τούτου ἀντί]γραφον τῷ Οὐαλερίῳ Τού[ρ]βωνι, ὅπως εἰδῇ ἄκυρον καὶ ἐγβό-

[14] Voir les commentaires des éditeurs aux documents cités, ainsi que les remarques de P. Koschaker, *ZSS* 29 p. 22 ss.; P. Jörs, *ZSS* 36 p. 231 ss. La somme due est désignée par des termes différents: voir P. Oxy. 286 l. 18 ... τῆς προκειμένης ὀφειλης κτλ.; P. Flor. 86 l. τά ... προκείμενα κεφάλαια πάντα καὶ τοὺς τόκους κτλ. BGU 888 l. ...τὸ π[ροκείμενον] κεφάλαιον κα[ὶ τόκ]ους κτλ. P. Koschaker, *ZSS* 29, p. 23 ss.

[15] Voir P. Koschaker, *ZSS* 29 p. 25 ss.; P. Jörs, *ZSS* 36 p. 233.

[16] Voir A. B. Schwarz, *Hypothek und Hypallagma* p. 78; L. Mitteis, *Grundzüge* p. 126; P. M. Meyer, *Jur. Pap.* p. 143 et commentaire au N° 47 avec la riche bibliographie; P. Jörs, *ZSS* 39 p. 52 ss.; R. Taubenschlag, *Law*$^2$ p. 534.

[λιμο]ν αὐ[τ]ῷ ..... ομ ( ) μεταδοῦναι διαστολ(ικόν) γενομ( ) σὺν οἷς ἐὰν ἀποτ[ο]λμήσῃ μεταδοῦναι .[.]κου γη..

**Oxy. 68 = M. Chr. 228 = P. Meyer, Jur. Pap. 47 (131 p.J.C.) l. 29** ss. "Οθεν ἀξιῶ συντάξαι γράψαι τῷ τοῦ Ὀξυρυγχείτου στρατηγῷ μεταδοῦναι τῶ Θέωνι τοῦ δε τοῦ ὑπομνήματος ἀντίγραφον ἵν' ἰδῇ ἄκυρον καθεστὸς ὃ οὐ δεόντως μετέδοκέ μοι διαστολικόν, σὺν οἷς ἐὰν βιβλιομαχή[σ]ῃ προσμεταδοῖ, μένουσαν δ' ἐμοὶ τὴν πρὸς αὐτὸν κρίσιν ἐφ' ὧν δέον ἐστίν, ἀρκουμένου μου τῇδε τῇ διαστολῇ ὡς καθήκει.

**Oxy. 1203 (190 p. J.C.) l. 18** ss. ... ἀξιοῦμεν τὸ μὲν ὑπόμνημα ἔχειν ἐν καταχωρισμῷ, μεταδοθῆναι δὲ αὐτοῦ ἀντίγραφον δι' ὑπηρέτου τῷ τε Ἀπίωνι εἰς τὸν τοῦ πατρὸς Δεονίδου λόγον καὶ τῶι ξενικῶν πράκτορι, ἵν' ὁ μὲν Ἀπίων εἰδῇ πάντα τὰ ὑπὸ τοῦ πατρὸς Δεονίδου ἐπὶ τῇ ἡμῶν ἀδικίᾳ πραχθέντα ἄκυρα ὄντα καὶ μένοντα ἡμεῖν πρὸς τὸν Δεονίδην τὸν περὶ πάντων ὧν ἔχομεν πρὸς αυτὸν λόγον, ὁ δὲ ξενικῶν πράκτωρ μηδὲν καθ' ὑμῶν οἰκονομήσῃ ἀπὸ τοῦ προκειμένου ὑπομήνματος μέχρι κρίσεως.

**Comme dans le *diastolikon*, on distingue dans l'ἀντίρρησις nettement deux parties. La première contient une demande du débiteur adressée à l'archidicaste de délivrer au créancier la copie de l'ὑπόμνημα déposé par celui-ci. La deuxième partie est la constatation que les prétentions du créancier sont dénuées de fondement et qu'il ne peut, avant que la poursuite en justice commence, procéder à la réalisation de sa créance d'une façon quelconque. Les documents cités ci-dessus s'accordent en ce qui concerne leur contenu. Quant à la forme stylistique et aux termes techniques employés dans les textes particuliers ils sont quelque peu différents, surtout dans la deuxième partie. Ces divergences ne sont pourtant pas assez importantes pour en exclure l'emploi d'un formulaire en concluant les actes d'ἀντίρρησις; la raison en est probablement que les documents en question proviennent de différentes époques (on compte un intervalle d'un siècle entre le plus ancien et le plus récent d'entre eux) et tous sont émis à des endroits différents.**

**Nous supposons pouvoir reconstituer le formulaire d'ἀντίρρησις comme suit:**..... ἀξιῶ συντάξαι γράψαι τῷ τοῦ..... νομοῦ στρατηγῷ μεταδοῦναι τῷ δείνι (scil. au créancier) τὸ τοῦ ὑπομνήματος ἀντίγραφον, ἵν' εἰδῇ πάντα τὰ ὑπὸ τοῦ δεῖνος (scil. du créancier) ἐπὶ τῇ ἀδικίᾳ μου πραχθέντα ἄκυρα ὄντα..... ὁ δὲ ξενικῶν πράκτωρ μηδὲν καθ' ἐμοῦ οἰκονομήσῃ ἀπὸ τοῦ προκειμένου ὑπομνήματος μέχρι κρίσεως.

## III. Les demandes pour le χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας

**L'étape suivante de l'exécution est — comme le constate M. Taubenschlag[17] — le χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας. Le créancier dépose — d'habitude auprès du préfet — une demande (sous forme d'un ὑπόμνημα désigné dans le langage technique par le terme ἔντευξις)[18] dans laquelle il prie d'émettre une décision judiciaire (χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας) sur la saisie de la chose du débiteur. Le tribunal compétent, après la déposition du serment du demandeur que sa prétention est justifiée, décidait de la séquestration de la chose, en envoyant la copie de la décision au stratège pour la lui communiquer.[19]**

**Nous ne sommes parvenus à trouver que quatre demandes pour le** χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας. **Les voici:**

**P. Meyer, Jur. Pap. 48 (133 p. J.C.)... l. 39 ss....** βούλομαι τὴν πρᾶξιν συστή[σασθ]αι καὶ δέομαι ἐπὶ τῆς διαλογῆς, συνκρεῖναι γραφῆναι [τῶι] τῆς Πολέμωνος μ[ερ]ίδος τοῦ Ἀρσινοείτου στρατηγῷ καὶ [τ]ῷι τοῦ νομοῦ ξεν[ι]κῶν πράκτορι συντελεῖν μοι τὴν [πρᾶξ]ιν τῶν τοῦ πυρ-[οῦ ἀ]ρταβῶν εἴκοσι ἓξ ἔκ τε τῆς ὑπηλ[λαγμ]ένης πρὸς τὸ δά[νειο]ν διὰ τοῦ τῶν ἐνκτήσεων βιβλιοφυ[λακείο]υ ἐν τῇ Τεπτύ[νει μέ]ρους διμοίρου οἰκίας διστέγου [καὶ αἰθρ]ίου καὶ αὐλῆς ⟨καὶ⟩ ἄ[λλ]ων χρηστηρίων καὶ ἐξ ὧν ἐὰν ἄλλων [ἐ]λεῖν(?) [κελ]εύω τῆς ὑποχ[ρέ]ου εἰς ἐνεχυρασίαν ἐπὶ τῶν τόπων [ὑπα]ρχ[όν]των καὶ ἑτέρ[ω]ν ἀπαραποδίστως τοῖς προστεταγμένο(ις) [ἀ]κ[ολού]θως, μὴ ἐλ[αττ]ουμένης μου περὶ τῆς τοῦ πυροῦ ἡμιο[λίας καὶ περὶ] ὧν ἄλλών ὀφ[εί]λει μοι καθ' ἃς ἔχω ἀσφαλείας [κεφαλαί]ων καὶ τόκων.

**BGU. 1038 = M. Chr. 240 (138—161 p.) l. 22 ss.:** ... ἀξιῶ ἐπὶ τῆς διαλογῆς [συνκρῖναι γράψαι τῷ] τῆς Ἡρακ(λείδου) μερίδος [τοῦ Ἀρσινοε]ίτου στρατηγῷ καὶ τῷ τ[οῦ αὐτο]ῦ νομοῦ ξενικ[ῶν πράκτορι] ... ἤτοι ἐκ τῶν ὑπηλλαγμ[ένω]ν μοι πρὸς ἕκαστον δά[νειον δι]ὰ τῆς τῶν ἐνκτήσ[εων βιβλιοθήκης] τος τῶν ὑπαρχόντων κα[ὶ ἑ]τέρων ἀπαραποδίστως τοῖς π[ροστ]εταγμένοις ἀκολού[θως.

**SB 7817 (201 p. J.C.) l. 58 ss.** β]ούλομαι τὴν πρᾶξιν ἀνύσασθαι καὶ δέον ἡγοῦμαι ἐπὶ [τοῦ] διαλογεισμοῦ συνκρεῖναι γραφῆναι τοῖς τοῦ

[17] R. Taubenschlag, *Law*[2] p. 534; voir aussi P. Jörs, *ZSS* 36 p. 234 ss; P. Meyer, *Jur. Pap.* 48 et introduction.

[18] Voir P. Jörs, *ZSS* 36 p. 234.

[19] Voir P. Jörs, *l.c.* p. 234 ss

Ὀξυρυνχείτου στρατηγῷ καὶ ξενικῶν πράκτορι συντελεῖν μοι τὴν πρᾶξιν τοῦ προκειμένου κεφαλαίου| κ[αὶ] τῶν τόκων ἐκ τῶν προκειμένων καὶ ἐξ ὧν ἐὰν ἄλλων παρ[αδε]ικνύω τοῦ ὑπ[ο]χρέου εἰς ἐνεχυρασίαν ἐπὶ τῶν τόπων ὑ[παρ]χόντων καὶ ἑ[τ]έρων ἀπαραποδίστως τοῖς προστεταγμέ|νοις ἀκολούθως, ὡς καθήκει.

**Aberd. 19 (II—III$^{e}$ siècle p. J.C.): l. 17** [βούλομαι] τ̣[ὴν] πρ[ᾶ]ξιν [συστήσασθαι καὶ δέομαι ἐπὶ τῆς διαλογῆς συγκρεῖναι] [γραφῆναι] τ̣ῷ̣ [τ]ῆς Ἡρακ̣λ̣[είδ]ου [μερίδος τοῦ Ἀρσινοΐτου στρατηγῷ καὶ τῷ̣ τοῦ νομοῦ] [ξενικῶ]ν̣ π[ρά]κτορι σ̣υντελε[ῖν μοι τὴν πρᾶξιν] [.... τῶν] ὀ̣φιλο̣μέ̣ω̣ν̣ τόκω[ν τοῦ] [ὑποχρέο]υ εἰς [ἐ]νεχυρασίαν [ἐπὶ τῶν τόπων ὑπαρχόντων ἀπα-] [ραποδίστ]ω̣ς̣ [το]ῖς προστ̣ετ[αγ]μέ[νοις ἀκολούθως, μὴ ἐλαττουμένων μου δικαίων καθ' ἃς] [ἔχω ἀσψα]λείας [κ]εψαλαίων κ[αὶ τόκων]

**Parmi les documents cités, il y en a trois qui proviennent d'Arsinoe et un — d'Oxyrhynchus. Le dernier est — comme l'éditeur le souligne[20] — complété sur la base de P. Meyer, *Jur.Pap.* 48. Stylistiquement les textes diffèrent legèrement. Dans BGU 1038 on emploie, p. ex., l'expression ἀξιῶ ἐπὶ τῆς διαλογῆς συνκρῖναι γράψαι tandis que la même chose est exprimée dans les deux autres documents par les mots suivants:** βοῦλομαι τὴν πρᾶξιν συστήσασθαι καὶ δέομαι ἐπὶ τῆς διαλογῆς συνκρῖναι γράψαι.[21] **Quant à leur contenu il s'accorde, dans tous les trois, entièrement, nous engageant de ce fait à reconstituer leur formulaire, plus ou moins comme suit:** βούλομαι τὴν πρᾶξιν ἀνύσασθαι καὶ δέον ἡγοῦμαι ἐπὶ τῆς διαλογῆς συνκρεῖναι γραφῆναι τοῖς τοῦ..... νομοῦ στρατηγῷ καὶ ξενικῶν πράκτορι συντελεῖν μοι τὴν πρᾶξιν τοῦ προκειμένου κεφαλαίου καὶ τῶν τόκων ἐκ τῶν προκειμένων καὶ ἐξ ὧν ἐὰν ἄλλων παραδεικνύω τοῦ ὑποχρέου εἰς ἐνεχυρασίαν ἐπὶ τῶν τόπων ὑπαρχόντων καὶ ἑτέρων ἀπαραποδίστως τοῖς προστεταγμένοις ἀκολούθως, ὡς καθήκει.

## IV. Χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας

**Nous nous occupions, jusqu'à présent, des demandes des parties plaignantes; venons en donc au procès verbal d'audience. C'est justement le** χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας **qui y appartient en**

[20] Voir E. G. Turner, P. Aberd. p. 21.

[21] P. Meyer, *Jur.Pap.* 48; SB. 7817; P. Aberd. 19 voir aussi P. Jörs, *ZSS* 36 p. 284 ss.

premier lieu.[22] Il contient une instruction adressée au stratège at au πράκτωρ ξενικῶν, leur ordonnant de procéder à la saisie du patrimoine du débiteur s'il ne paye pas sa dette dans les dix jours, à partir du moment où l'ordre de payement lui serait délivré. Nous trouvons dans les papyrus cinq instructions de ce genre. Il nous semble utile pour notre analyse de les citer ici-même:

**P. Meyer, Jur. Pap. 48 (133 p. J.C.): 9 ss.:** [Ἀναγνω]σθείσης ἐντεύξε]ως Ἡρακλείας τῆς Ἑρμοῦτος, τῆς [δὲ δι' αὐτ]ῆς σημαινομένης συνγραφῆς ὑπογεγραμμένης ἐκ] [τῆς τοῦ Ναν]αίου βιβλιοθήκης ἐπενηνεγμένης, καὶ τοῦ λεγομένου [διαπεστ]άλθαι ἀνδρὸς αὐτῆς Ἡρακλείδου τοῦ καὶ Οὐαλερίου τοῦ Ἡρακλεί[δου ὑπογεγ]ρ̣[α]φ[ηκό]τος ἠδιαπέσταλμαι πρὸς τὴν τοῦ χρηματισμοῦ [τελείωσ]ιν', συνεκρείναμ[ε]ν γραφῆναι καὶ πεμφθῆναι τῆς| [ἐντεύξ]εως ἀντίγρ̣αφον [τῷ] τῆς Πολέμωνος μερίδος τοῦ Ἀρσινο[είτου στ]ρατηγῷ καὶ τῷ τ̣ο̣[ῦ α]ὐ̣τοῦ νομοῦ ξενικῶν πράκτορι,| [ἵν', ἐὰν π]αροῦ[σα] ἐπ' αὐτοὺς ἡ [Ἡρα]κ̣λεία εὐδοκῇ τούτοις μετὰ κυρίου [⟨⟨εὐδοκ]ῇ τούτοις⟩⟩ καὶ προῆτ̣α̣ι τὴν καθήκουσαν χειρογραφίαν [περὶ τοῦ] ἀληθῆ εἶναι τὰ δ[ιὰ τ]ῆς ἐντεύξεως δεδηλωμένα καὶ| [μηδὲν] ὑπεναντίον ᾠκον[ο]μῆσθαι μηδ' ἔχειν τι ἰς τὰ πρασσόμενα, [ἀπερίλ]υτον δ' εἶναι τὴν ὀφ[ει]λ̣ήν, τὸ τηνικαῦτα μεταδοθέντ̣ος [τῶν γ]ραμμάτων τούτων ἀντιγράφου τοῖς τῆς διὰ τῆς ἐντεύξεως ἐν]εχυραζομένης ὑπ[ο]χρέου λεγομέ̣(ν)ης τετελευτηκέναι| [κληρο]νόμοις τελείοις [ἐ]νωπίῳ, ἵν' εἰδῶσι, κ̣ἂ̣ν μὴ..| [ἀντεί]πωσι(?) ἐν ἡμέρ̣α̣ι̣ς δέ̣κα, μετὰ ταύτας συντελῶσι τὰ τῆς π̣ρά|[ξεως] ὃν τρόπον καθήκει [τοῖ]ς προστεταγμένοις ἀκολούθως.|

**BGU. 1038 = M. Chr. 240 (138—161 p. J.C.) l.: 13 ss.:**.... Ἀναγνωσθίσης ἐντεύξεως Τρ̣ύ̣φ[ωνος] τοῦ Ἀπολλωνίου τω..... [καὶ] [τοῦ λεγομένου διαπεστάλθαι Ἀρύου] [Ἀρ....] ὑπογεγραφότος [δια π]εστάλθαι πρὸς τὴν τοῦ χρηματισμοῦ [τελεί]ωσιν συνεκρίναμε[ν γρα] [φῆναι καὶ πεμφθῆναι τῷ τῆς Ἡρα][κ(λείδου) μερίδος τοῦ Ἀρσ(ινοίτου)] [στρ(ατηγῷ καὶ] τῷ τ̣ο̣ῦ̣ αὐτοῦ [νομου ξενικῶν πράκ]τορι, ἐὰν ὡς γεγονυῖαι αἱ μ[...]υμεναι διαγραφαὶ κ[ἂν παρὼν ὑπακούῃ ὁ Τρώφων Ἀπολλωνίου καὶ προῆταιτὴν καθήκουσαν χειρογραφίαν περὶ τοῦ αλ]ηθῆ εἶναι τὰ διὰ τῆ̣ς̣ ἐ̣ν̣τ̣[εύξεως] [δεδη]λ̣ω̣μ̣έ̣ν̣α καὶ μηδ[ὲν ὑπ-]ναντιον ᾠκονομ[ῆσθαι, το τηνικαῦτα μεταδοθῆναι] τῶν γραμμάτων τούτων ἀντίγραφον τῇ ἐν[ε]χυραζ[ομένῃ] ἐνωπίῳ ἵν' εἰδῇ καὶ [τελειωθῆναι..... τοῖς] προστεταγ(μένοις) ἀκολού(θως).

[22] Voir L. Mitteis, *Grundzüge* p. 73[4] "... daneben kommt es (scil. χρηματισμός) aber auch vor als Bezeichnung von antiken Dekreten". Voir aussi P. Jörs, *ZSS* 36 p. 234 s.; R. Taubenschlag, *Law*[2] 534 avec la bibliographie. P. Meyer, *Jur.Pap.* p. 157.

**BGU. 239 (159|60 p. J.C.) l. 8 ss.:** .....κων ἀκο[λ]ούθως, οἷς ἔ[χ]ω δ[ι]κα[ίοι]ς Lκϛ̄ Ἀντω[νείνου...
μερίδο(ς) τοῦ Ἀ[ρ]σι(νοείτου) στρ(ατηγῷ) χαίρειν. Τῆς τετελειωμ(ένης) ἐνεχυρασίας[...
Ἀνουβίων[ος] καταλ( )τὴν οἰκονο(μίαν)ε[.].( ) Lκϛ̄ Αὐτοκράτορας Κα[ίσαρος...
καὶ Νεφερῶτος τοῦ Χαριδήμου [...] δι' αὐτῆς σημαινομ[εν...
Ἀντωνεῖ[νο]ν Σεβαστὸν Εὐσεῆβ[.α].ηθηεῖναι τὰ[ς] αὐ[τὰς...
κρίνας ἐπιγρ( ) καὶ πεμφθ( ) τη.[.....ἀ]ντιγρ(αφ ) τῷ ιε τῆς[...
[.]ιω.ειδη[..]και.[.] δε.[.....]..[..]α[... Νε-]
[φ̣ε̣]ρὼ[ς Χ]αρ[ιδ]ήμ[ου]ων[.....]μ̄[α]υτο[... Νε]
φερῶ[τ]ος το[ῦ] Χαριδ[ή]μου[.....]αινομ( )[...

**SB. 7817 (201 p. J.C.) l. 13—28:** Ἀναγνωσθείσης ἐντεύξεως Γαΐου Ἰουλίου Πτολεμαίου, τοῦ δὲ δι' αὐτῆς σημαινομένου ὑπομνήματος περὶ δημοσιώσεως χειρογράφου ὑπογεγραμμένου καὶ ἐκδοσίμου, ὑφ' ὅ εἰσιν καὶ αἱ μεταδόσεως ὑπογραφαὶ ἐπενηνεγμένων καὶ τοῦ λεγομένου διαπεστάλθαι πρὸς τὴν τοῦ χρ[ηματισ]μοῦ τελείωσιν, συνεκρείναμεν γραφῆναι καὶ πεμφθῆναι τῆς ἐντ[εύξεω]ς ἀντίγρα(φον) τοῖς τοῦ Ὀξυρυγχείτου στρατηγῷ καὶ ξενικῶν| πρ[άκτορι, ἵ]ν', ἐὰν παρὼν ἐπ' αὐτοὺς ὁ προγ(εγραμμένος) Ἰ[ού]λιο[ς] Πτολεμαῖος εὐδο[κῇ τού]τοις καὶ προῆται τὴν καθήκουσαν χειρογραφίαν περὶ τοῦ ἀληθῆ εἶναι τὰ διὰ τῆς ἐντεύξεως δεδηλωμένα καὶ μηδὲν ὑπεναντίον ᾠκονομῆσθαι μηδὲ ἔχειν τι εἰς τὰ πρασσόμενα, ἀπερίλυτον δὲ εἶναι ταῦτα, τὸ δηνικαῦτα (sic!) μεταδοθέντος τῶν γραμμάτων τούτων ἀντιγράφου τῷ δι' αὐτῆς δηλουμένῳ ὑποχρέῳ ἐνωπίῳ, ἵν' εἰδῇ· κἂν μηδὲν ἀντιείπῃ (sic!) ἐν ἐμέραις δέκα, μετὰ ταύτας συντελῶσι τὰ τῆς πράξεως, ὃν τρόπον καθήκει τοῖς προστε|ταγμέ[νοις] ἀκολούθως.

**Aberd. 19 (II-III$^{e}$ siècle p. J.C.) l. 6 s.s.** Ἀ̣ναγνω[σθ]ε̣ι̣σ̣[ης ἐντεύξεως Γαίου Ἰουλίου Λ.ο...ου]
[τῆς δὲ̣] δι' α[ὐτο]ῦ̣ σημαινομένης δι[α]γραφ[ῆς ἐπενηνεγμένης καὶ τοῦ λεγομένου διαπεσ-]
[τάλθ]α̣ι Ἥρωνος τοῦ Διονυσίου ὑπο⟨γε⟩[γρ]αφό̣τ̣[ος διαπέσταλμαι πρὸς τὴν τοῦ χρηματισμοῦ]
[τελε]ί̣ωσιν συνεκρείναμεν γραφῆναι καὶ π[εμφθῆναι τῆς ἐντεύξεως ἀντίγρα(φον) τῷ τῆς Ἡρακ(λείδου)]
[μερί]δ(ος)τοῦ Ἀρσι(νοίτου) στρατηγῷ καὶ τῶι τ̣ο̣ῦ̣ αὖ[τοῦ νομοῦ ξενικῶν πράκτορι ἵν ἐὰν παρὼν ὑπ-]
[ακού]ῃ̣ ὁ Γαῖος Ἰ̣ού̣λ̣ιος Λ.ο̣.[..]ος κ̣[αὶ] εὐ[δοκῇ τούτοις καὶ προῆται τὴν καθήκουσαν]

[χειρο]γραφίαν περὶ τοῦ ἀληθῆ εἶναι τὰ διὰ τ[ῆς ἐντεύξεως δεδηλωμένα καὶ μηδὲν ὑπ-]
[εναντ]ίον ὠκονομῆσθαι μηδὲ ἔχ[ε]ιν τ[ι] εἰς τὰ [πρ]ασσό[μενα, ἀπερίλυ-τον δὲ εἶναι τὴν]
[ὀφιλήν], τὸ τηνικαῦτ[α μ]ε̣τ̣αδοθέντ̣[..]ος τῶν γρα̣[μμάτων ἀντιγράφου τῷ ὑπο-]
[χρέῳ] ἐνωπίῳ ἵν εἰδ[ῇ..].[..].ι̣δ̣..[ἀν]τείπη ἐν̣ ἡμ[έρ]αις [δέκα μετὰ ταύτας ὅπως συν-]
[τελῶσ]ι̣ τὰ̣ [τ]ῆς π̣ρ[ά]ξ̣ε̣[ως ὅ]ν̣ [τρ]ό[π̣ον] καθήκ̣ει τοῖ[ς π]ρ̣οσ̣[τε-ταγμένοις ἀκολούθως.

**Il n'y a que deux d'entre les textes cités ci-dessus qui se sont préservés en bon état. Les autres sont plus au moins mutilés et ils furent complétés par leur éditeurs. Ils proviennent d'Arsinoê et d'Oxyrhynchus. Leurs structure et leurs contenu sont à tous points identiques. En plus, les clauses particulières se répètent dans tous les textes sous une forme inchangée. Compte tenu du fait que l'espace de temps entre le document le plus ancien et le plus récent ne dépasse pas un siècle nous croyons ne pas paraître téméraires en supposant que le tribunal se servait dans ce cas du même formulaire. L'état des faits dans chaque texte est différent, de même que les titres d'exécution. Ainsi le titre d'exécution dans P. Meyer, *Jur.Pap.* 48 est un écrit obligatoire, rédigé devant un notaire d'Etat. La créance et garantie par l'hypallagma[23]. Dans BGU 1038 le titre d'exécution est une διαγραφῆ, sous la foi de laquelle la créance est assurée par les ὑπηλλαγμέναι ἄρουραι;[24] dans SB 7817 — c'est un χειρόγραφον.[25]**

**Ce formulaire devait jouer un rôle considérable dans la pratique judiciaire et l'on s'y tenait sans doute très fidèlement s'il trouvait pendant des dizaines d'années l'application à tous ces cas divers. Ci-dessous un essai de reconstitution du formulaire lui-même:**

'Αναγνωσθείσης ἐντεύξεως τοῦ δεῖνος, τοῦ δὲ δι' αὐτῆς σημαινομένου ὑπομήνματος περὶ δημοσιώσεως χειρογράφου ὑπογεγραμμένου καὶ ἐκ-

[23] Voir P. Meyer, *Jur.Pap.* p. 157; P. Jörs, *ZSS* 36 p. 242 ss.

[24] Voir O. Eger, *Zum ägyptischen Grundbuchwesen* (1909) p. 61; A. B. Schwarz, *Hypothek und Hypallagma* p. 93; P. Koschaker, *ZSS* 29 p. 33 ss.; L. Mitteis, *Chrestomathie* p. 266 s.

[25] Voir A. B. Schwarz, *Sicherungsübereignung und Zwangsvollstrekung in den Papyri* (*Aegyptus* XV p. 243 ss).

δοσίμου, ὑφ' ὅ' εἰσιν καὶ αἱ μεταδόσεως ὑπογραφαὶ ἐπενηνεγμένων καὶ τοῦ λεγομένου διαπεστάλθαι πρὸς τὴν τοῦ χρηματισμοῦ τελείωσιν, συνεκρίναμεν γραφῆναι καὶ πεμφθῆναι τῆς ἐντεύξεως ἀντίγραφον τοῖς τοῦ νομοῦ στρατηγῷ καὶ ξενικῶν πράκτορι, ἵν' ἐὰν παρὼν ἐπ' αὐτοὺς ὁ προγεγραμμένος ὁ δείνα εὐδοκῇ τούτοις καὶ προῆται τὴν καθήκουσαν χειρογραφίαν περὶ τοῦ ἀληθῆ εἶναι τὰ διὰ τῆς ἐντεύξεως δεδηλωμένα καὶ μηδὲν ὑπεναντίον ᾠκονομῆσθαι μηδὲ ἔχειν τι εἰς τὰ πρασσόμενα, ἀπερίλυτον δ' εἶναι τὴν ὀφειλήν, τὸ τηνικαῦτα μεταδοθέντος τῶν γραμμάτων τούτων ἀντιγράφου τῷ δι' αὐτῆς δηλουμένῳ ὑποχρέῳ ἐνωπίῳ, ἵν' εἰδῇ· κἄν μηδὲν ἀντείπῃ ἐν ἡμέραις δέκα, μετὰ ταῦτας συντελῶσι τὰ τῆς πράξεως, ὃν τρόπον καθήκει τοῖς προστεταγμένοις ἀκολούθως.

## V. Les formulaires des actes

**Il conviendrait ensuite d'entreprendre une reconstitution des formulaires des actes (les actes d'office, les actes du créancier et du débiteur) dans les étapes qui suivent l'exécution. Il s'agirait donc des l'ἀντίρρησις contre le χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας,[26] προσβολή[27] et καταγραφή.[28] Or, les sources concernant les étapes de la procédure executive sont telles que tout en nous permettant de préciser le contenu des formulaires en question, elles ne nous permettent malheureusement pas de reconstituer leur structure et leur teneur probables. Mais les fragments rencontrés dans les plaintes adressées au magistrat nous engagent à supposer que la pratique de longue date a créé des formulaires aussi dans tous ces cas.**

## VI. Ἐμβαδεία

**Le dernier point à traiter dans l'article présent serait le formulaire de l'ἐμβαδεία. La procédure en question — dont le but est de mettre le créancier en possession du patrimoine du débiteur[29] — ressemble à celle de l'ἐνεχυρασία. Les deux éléments principaux qui la composent sont: 1. la demande du créancier au**

[26] Voir P. Jörs, *ZSS* 39 p. 53; R. Taubenschlag, *Law*² p. 534.

[27] Voir A. B. Schwarz, *Hypothek und Hypallagma* 99 ss.

[28] Voir P. Jörs, *ZSS* 36 p. 236; R. Taubenschlag, *Law*² p. 535 avec la bibliographie.

[29] Voir L. Mitteis, *Grundzüge* p. 161; P. Meyer, *Jur.Pap.* p. 161; P. Jörs, *ZSS* 36 p. 236.

préfet et[30] 2. la décision judiciaire désignée par le terme χρηματισμὸς ἐμβαδείας.[31]

1. Les demandes du χρηματισμὸς ἐμβαδείας se trouvent dans les documents suivants:

Flor. 55 (88—89 A.D.) l. 30—38:

[ἐμβαδεῦσαι βουλόμενος δέομαι ἐπὶ] τῆς διαλογῆς συνκρεῖναι
[γράψαι τῷ τοῦ Ἑρμοπολείτου στρατη]γῷ ἐμβιβάσαι με εἰς τ̣[ὰ]
[..... μενα και . νεπι...ειν μοι ἐν τῇ το]ύτων κρατήσει κα[ὶ] κυ-
[ρείᾳ καὶ ἀποφορᾷ τῶν ἐξ αὐτῶν περιεσο]μένων καὶ ἐν οἷς ἐὰν ἄλ-
[λοις .....προσδέωμαι περὶ τούτων τῶ]ν δ' ἄλλων τῶν κατ' ἐ-
[μαυτὸν? ] χ̣αὶ ὧν [ἄ]λλων ἔχω
[δικαίων ἀντέχομαι καὶ ἀνθέξομαι ἐ]ν μηδενὶ ἁπλῶς ἐ-
[λαττούμενος πρὸς δὲ τὴν τοῦ χρηματι]σ̣μοῦ τελείωσιν δια-
[πέσταλμαι ὡς] καθήκει (Ἔτους) ζ Αὐτοκράτορος

BGU. 1573 (139 A.D.) l. 18—19

Flor. 56 = M. Chr. 241 = P. Meyer, *Jur.Pap.* Nº 49 (233—4 A.D.) l. 17 s.s. βουλομένη δὲ τὰ τῆς ἐμβαδείας ἐπιτε̣λ̣ε̣σ̣θῆναι δέομαι ἐπὶ [τ]ῆς διαλογ̣ῆς συν[κ]ρ̣ῖναι γράψαι τῷ τοῦ Ἑρμοπολ(είτου) στρα(τηγῷ) ἐμβιβάσαι με εἰς τὰ [κ]α̣ταγρα(φέντα) ὡς πρόκ(ειται) πάντα καὶ σ̣υ̣νεπισχ̣ύ̣ειν μοι ἐν τῇ τούτ[ω]ν κρατὴσει καὶ κυρ⟨ε⟩ί[α̣] καὶ ἀποφορᾷ τῶν περιγ(ενομένων)| καὶ ἐν οἷς ἄλλοις αὐτοῦ προσδ[έομ]α̣ι π̣ε̣ρὶ τούτων τοῖς προ⟨σ⟩τεταγμένοις ἀκολούθως, μὴ ἐλαττουμέ̣νης μου καὶ ἐν οἷς ἑτέροις ἔχω δικαίοις ὡς καθήκει.

**Le créancier affirme dans sa demande qu'à la suite de la καταγραφή il est devenu propriétaire de la chose en gage et il prie le tribunal de donner l'ordre au stratège de le mettre en possession de la chose. En rédigeant cette demande le créancier se servait du formulaire que voici:**

βουλόμενος δὲ τὰ τῆς ἐμβαδείας ἐπιτελεσθῆναι δέομαι ἐπὶ τῆς διαλογῆς συνκρῖναι γράψαι τῷ τοῦ.... νομοῦ στρατηγῷ ἐμβιβάσαι με εἰς τὰ καταγραφέντα ὡς πρὸκειται πάντα καὶ συνεπισχύειν μοι ἐν τῃ τούτων κρατήσει καὶ κυρεία καὶ ἀποφορᾷ τῶν περιγενομένων καὶ ἐν οἷς ἄλλοις αὐτοῦ προσδέομαι περὶ τούτων τοῖς προστεταγμένοις ακολούθος, μὴ ἐλλαττουμένης μου καὶ ἐν οἷς ἑτέροις ἔχω δικαίοις ὡς καθήκει κ.τ.λ.

[30] Voir P. Jörs, *ZSS* 36 p. 236.
[31] Voir P. Jörs, *ZSS* 36 p. 237.

2. En réponse à la demande, la Cour émettait une décision contenant l'ordre au stratège d'introduire le créancier dans la possession de la chose perdue. On rencontre ce χρηματισμὸς ἐμβαδείας dans les documents suivants: Flor. 55 (88—89 A.D.) l. 12—22; BGU 1573 (139 A.D.) l. 21—23; Flor. 56 = M. Chr. 241 = P. Meyer, *Jur. Pap.* N° 48 (133 A.D.) l. 6—10. Le texte de son formulaire sera en ce cas identique à celui du P. Flor. 56 qui servit aux éditeurs à compléter les deux papyrus précédents.

* *
*

Pour conclure nos observations nous nous permettons de rappeller les résultats obtenus par M. Seidl dans son récent article sur l'instruction des juges en Egypte:[32] il constate que les juges inférieurs en Egypte n'avaient pas de connaissance parfaite du droit appliqué en émettant leurs décisions dans des cas concrets et que leur estimation de ces cas n'était pas assez indépendante. Il nous semble que l'on pourrait trouver l'élucidation de cet état de choses aussi dans le fait que les juges se servaient en pratique des formulaires établis une fois pour toutes, sans tâcher d'évaluer les situations juridiques d'une façon indépendante.

[*Varsovie*] *Henryk Kupiszewski*

[32] Voir *Symb. R. Taubenschlag ded.* (= *Eos* 48) 1 p. 260.

# LES AVANCES AUX SEMAILLES ET LES PRÊTS DE SEMENCES DANS L'ÉGYPTE GRÉCO-ROMAINE

*SUMMARIUM*: *Hac dissertatione solvere studeo, quomodo agri publici conductoribus i.e.* βασιλικοῖς γεωργοῖς *semina spargenda in Aegypto Graeco-Romana attributa sint. Quae semina in papyris* σπέρματα *et* σπέρματα δάνεια *nuncupari nec non alia ab aliis accuratissime distingui omnes sine dubio ratum facere possunt. Mirum quam haec duo genera seminum maxima ex parte in papyrorum editionibus sine ulla distinctione uno verbo "mutua" semina significari videntur. Quare animum inducere mihi quidem placuit, ut illius distinctionis rationem expromerem. Itaque demonstro* σπέρματα *per condicionem conductionis i.e. peculiarem clausulam* σὺν σπέρματι *suppeditata esse,* σπέρματα δάνεια *autem petitionis libello a magistratu probato agricolis data esse.Porro in attribuendo* σπέρματα *et* σπέρματα δάνεια *singulos gradus inter se aptos ostendo totumque eorum ordinem ac seriem sicuti rationem et artem conductoribus publicis semina spargenda attribuendi expromo ac demonstro.*

**Approvisionner les fermiers de la terre d'Etat en semences — voilà un des principaux problémes de l'économie agraire de l'Egypte gréco-romaine. Le système officiellement appliqué par l'Etat pour délivrer les semences aux fermiers était celui des prêts accordés sous deux formes différentes: celle de** σπέρματα **et celle de** σπέρματα δάνεια.

**La question de ces prêts ne fut pas encore suffisamment approfondie dans la littérature papyrologique et c'est surtout la distinction entre leurs deux formes qui ne fut pas établie. Nous nous proposons dans le présent article d'avancer un essai d'élucider cette question.**

**En ce qui concerne le premier mode de livraison des semences aux fermiers, on rencontre dans les sources à notre disposition la formule** σπέρματα προσχορηγεῖν[1] **ou** σπέρμα χορηγεῖν[2] **et, à l'épo-**

[1] Tebt. 61b (118—17 av. n.è.) l. 360 s.: καὶ προσχορηγηθήσεται αὐτοῖς τὰ καθήκοντα σπέρματα Tebt. 72 (114—13 av. n.è.) l. 356.

[2] BGU VI 1224 (II$^{e}$ s. av. n.è.) l. 31: καθήκει δὲ σπέρμα χορηγηθῆναι; BGU VI 1225 (II-I$^{e}$ s. av. n.è.) l.3: δεῖ χορ[ηγ]ηθῆναι; cf M. Rostovtzeff, *A Large Estate* p. 85.

que romaine, celle de σπέρματα χορηγεῖν[3] ou σπερμάτων χορηγία[4], ce qui veut dire: „avancer les semences" ou „avance aux semailles". Pour désigner le second mode l'on emploie, dans le langage des papyrus à l'époque ptolémaïque le terme σπέρματα δάνεια χρηματίζειν[5] et à l'époque romaine εἰς δάνεια σπέρματα ἐπιστέλλειν[6] ce qui veut dire: „accorder un prêt de semences".

Un exemple évident de la différence que l'on faisait entre le σπέρμα et le δάνειον est donné par P. Cair. Zen. I 59113 (30.XI.257 av. n.è.) où le fermier reconnaît avoir reçu en même temps qu'une avance aux semailles — un prêt de semences: σπέρμα κρ(ιθιῶν) ἀρ(τάβας) τρεῖς καὶ δάνειον κρ( ) ἀρ( ) τρεῖς[7].

Nous rencontrons néanmoins dans les éditions papyrologiques une grande confusion terminologique à ce sujet. Certains éditeurs, par exemple, emploient pour le terme σπέρματα des expressions telles que „advance of seed-corn" or „advance of wheat and barley"[8], „grant of seed"[9] ou bien „Saatkorn als Vorschuss"[10]. D'autres, par contre, traduisent le même terme par: „loan of seed", „loan of seed-corn", „loan of seed grain"[11], „prêt de semences"[12], „prestito del grano per la semina"[13], „Aussaatdarlehen"[14]. D'autres encore ne se bornent qu'à donner une traduction littérale de la notion de σπέρμα comme „semences"[15] ou bien — „seed"[16],

[3] Osl. II 32 (1 n.è.) 1.14; BGU I 197 (17 n.è.) 1.20; Mich. V 348 (27 n.è.) 1. 17; Mich. V 311 (34 n.è.) 1. 16; Princ. 146 (36 n.è.) 1. 13; Mich. II 121 R. III (42 n.è.) col. VIII 1. 2; Flor. I 20 (127 n.è.) 1.21; Flor. I 25 (II[e] s. n.è.) 1. 12; cf. Osl. II 34 (188—9 n.è.) 1. 6 s.

[4] Tebt. II 441 (91—2 n.è.); PSI X 1134 (92 n.è.) 1. 19.

[5] Tebt. 61[b] 1. 313—316.

[6] Tebt. II 341 (104—41 n.è.) 1. 4 s.: δεήσι ἐπισταλῆναι εἰς δάνε[ι]α σπέρματα.

[7] Cf. Tebt. III (2) 851 (176 av. n.è.) 11 24, 35, 53, 60.

[8] Tebt. III (2) 1045 (début du II[e] s. av. n.è.); Oxy. I 133 (550 n.è.).

[9] Tebt. I 61[b], Oxy. XVIII 2185 (92 n.è.) voir l'introduction des éditeurs.

[10] Strasb. I 71 (II[e] s. n.è.), voir l'introd.

[11] Voir les introductions des éditeurs: Ryl. II 72; Oxy. XIX 2240 (211 n.è.); Hib. I 85 (261—60 av. n.è.); Mich. VI 372 (179—80 or 211—212 n.è.).

[12] Lille I (3) 50 (250 av. n.è.), voir l'introd.

[13] Flor. I 54 (314 n.è.), voir l'introd.

[14] Sitol. 4 (165 n.è.), voir le commentaire.

[15] Lille I (1) 5 (260—259 av. n.è.), voir l'introd.

[16] Voir les introductions des éditeurs: Tebt. III (2) 1046 (début du II[e] s. av. n.è.) et 1047 (fin du II[e] s. av. n.è.); Ryl. II 71 (97—95 av. n.è.); Tebt. III (2) 1022 (ca 181 av. n.è.) et 1030 (début du II[e] s. av. n.è.); Amh. II 61 (163 av. n.è.); Tebt. II 397 (198 n.è.); Grenf. I 39 (II s. n.è.).

„grain"[17], „seed-corn"[18], „semenze"[19], „Saat"[20], „Saatgut", „Saatkorn" et enfin „Saatgetreide".[21]

Quant à l'autre notion, celle de σπέρματα δάνεια, les mêmes divergences apparaissent, malgré que les documents ici, parlent expressément d'un prêt de semences. La plupart des éditeurs emploient les termes tels que „loan of seed-corn"[22], „Saatdarlehen" ou „Saatkorndarlehen"[23]. Mais certains éditeurs interprètent pourtant ce terme comme désignant „une avance aux semailles": „advances of corn"[24], „seed-corn to be advanced"[25], „grant of seed"[26]. Parfois enfin ils se contentent de donner le nom du blé en question: „account of wheat"[27], „payments in corn"[28] ou d'avancer une définition générale: „receipts in kind"[29], „receipt of seed-corn"[30], „Aussaat"[31], „Saatkorn", „Saatgetreide"[32].

La même confusion apparaît dans la littérature papyrologique, avec le fait caractéristique que les papyrologues, fussent-ils historiens ou juristes, interprètent les deux termes comme „prêts de semences" en ne faisant aucune distinction entre les σπέρματα et les σπέρματα δάνεια. Ainsi M. Johnson[33] qui, comme les autres, ne discerne pas de différence dans ces deux notions, se trouve embarassé lorsqu'il doit expliquer la nature d'un ordre des autori-

[17] Petrie III 76; Goodsp. XVII, XVIII, XX voir les introductions.

[18] Voir les introductions des éditeurs: Tebt. III (2) 856 (ca 171 av. n.è.); Tebt. III (1) 701 (235 av. n.è.); Lond. III 900 (p. 88) (fin du I^er s. de n.è.); Oxy. XIV 1745 (début du III^e s. n.è.); Lond. III 1215 (p. 122) (65—66 n.è.).

[19] PSI V 471 (V—VI^e s. n.è.); voir l'introd.

[20] BGU VI 1225; BGU VI 1226—1230, voir l'introd.

[21] BGU VIII 1853; Grad. 7; BGU VI 1224; BGU VIII 1861; SB 4660 (ép. byz.), voir les introductions.

[22] Tebt. I 61b; Tebt. I 97 (118 av. n.è.); Tebt. I 89 (113 av. n.è.); voir les introductions.

[23] SB 8755 et 8756; Hamb. I 19; Berl. Leihg. 1, voir les introd.

[24] Tebt. III (2) 1044 (début du II^e s. av. n.è.), voir l'introd.

[25] Tebt. II 341 (140—1 n.è.), voir l'introd.

[26] Oxy. VII 1031; Oxy. VII 1024, voir les introductions.

[27] Tebt. III (2) 1054 (II^e s. av. n.è.), voir l'introd.

[28] Tebt. I 119 (105—1 av. n.è.), voir l'introd.

[29] Tebt. III (2) 851 (176 av. n.è.), voir l'introd.

[30] Oxy. X 1262 (197 n.è.); *Aegyptus* XXXIII, p. 9 ss. No. 6—11 (214 av. n.è.) et No. 12 (220—224 n.è.), voir l'introduction des éditeurs.

[31] W. Chrest. 343 et 344, voir l'introd.

[32] Wess. Stud. XX 34 (232 n.è.); SB 4417 = Chic. 67, voir l'introd.

[33] Cf. A. C. Johnson, *Roman Egypt* (1936) p. 460 s.

tés du nome d'accorder un prêt dans un cas individuel, nature qui — comme nous le verrons plus tard — ne devient claire qu'à la lumière de la sudite distinction. „The reason of these individual orders is uncertain" — constate M. Johnson[34] qui croit que la procédure „normale" dans la distribution des semences aux fermiers d'Etat devait être beaucoup plus simple que celle qui se basait sur les demandes. Par conséquent, nous ne trouverons pas dans son analyse une conclusion qui porterait sur la différence entre des avances accordées automatiquement et celles qui se basent sur une demande. C'est en partant de ce point de vue que M. Johnson ne peut percevoir la différence entre le caractère individuel des prêts de semences et le caractère général des avances aux semailles. Or il est difficile de croire, nous semble-t-il, que la distribution des semences ne fût pas un fait annuel et normal mais une opération sporadique et fortuite, ayant lieu à la suite de mauvaises récoltes de l'année précédente.

Par contre pour M. Hohlwein[35] la question d'approvisionnement des paysans en semences se réduit à la question des prêts de semences accordés sur la base des demandes. De cette façon — d'après M. Hohlwein — l'on établit la quantité totale des semences pour les avancer ensuite, sous forme des prêts, aux fermiers.

Cette distinction entre les avances aux semailles et les prêts de semences n'apparaît pas non plus dans les oeuvres de MM. Jouguet[36], Rostovtzeff[37] et Viereck[38]. Mlle Préaux[39] identifie également les prêts aux avances en employant uniquement le terme „avance" pour désigner la distribution des graines (κάτεργον)[40] aux clérouques et aux fermiers royaux. Il en est de même en ce qui concerne les opinions de M. Cvetler[41] qui cherche un exposant commun pour les prêts de semences et les avances aux semailles dans la construction juridique du prêt.

[34] *Op. cit.* p. 461.

[35] N. Hohlwein, *Le blé de l'Egypte* (*Etudes de Pap.* IV, 1937) p. 79; M. Rostowzew, *Kolonat* (1910) p. 216.

[36] Cf. P. Jouguet, *L'impérialisme macédonien* (1926) p. 384.

[37] Cf. Rostowzew, *Kolonat* p. 50 ss., 213 ss.

[38] Cf. P. Viereck, *Quittungen aus dem Dorfe Karanis* etc. (*Hermes* XXX, 1895) p. 107 et suiv.

[39] Cf. C. Préaux, *L'Economie royale des Lagides* (1939) p. 120 s.

[40] Lille 39—51 (35 an de Ptolémée Philadelphe).

[41] J. Cvetler, *Daneion a zápůjčka v právu ptolemajského Egypta* (1934) p. 109ss.

L'état actuel de nos sources nous permet aujourd'hui d'aborder une révision des opinions émises jusqu'alors à ce sujet et d'expliquer la nature d'approvisionnement des fermiers de la terre d'Etat en semences sous la forme des σπέρματα et celle des σπέρματα δάνεια.

## I. Conclusion des contrats de bail avec la clause portant sur l'avance et des contrats de prêts de semences

La différence entre les deux modes d'approvisionnement en semences dont il s'agit, prenait sa source dans le système de la διαμίσθωσις[42], bail officiel de la terre royale aux fermiers sur la base du contrat dit συνάλλαξις[43], qu'on concluait par l'acceptation de la demande, ὑπόστασις, d'accorder la parcelle en tenure[44]. C'est dans les conditions du bail reconnues par les autorités d'Etat[45] qu'il faut chercher les arguments propres à élucider notre problème.

### 1. Conclusion des contrats de bail avec la clause concernant les avances aux semailles

Un exemple parfait de la procédure par laquelle nous commençons notre analyse nous est fourni par le papyrus Lille 50 (250 av. n.è.). Ici le pétitionnaire Lysis a déposé la demande auprès du stratège Aristandre afin de recevoir un lot de terre ainsi que les semences dans la quantité de 30 artabes de froment. La demande acceptée par le stratège, le nomarque Diogène délivre à son subordonné, en lui envoyant la demande ci-jointe, l'ordre d'attribuer la terre à Lysis (παραδεικνύναι τὴν γῆν) et de lui avancer les grains (συ(νχρη)ματίσαι τὸ σπέρμα). Il en ressort que Lysis reçoit le bail de la parcelle avec la clause d'avance aux semailles σὺν σπέρματι, et c'est sur la base de cette clause du contrat de bail qu'on lui avance le blé.

A ce titre les avances aux semailles sont désignées officiellement comme étant „dues": τὰ καθήκοντα σπέρματα, comme P.Amh. II 61 (163 av. n.è.) le prouve. Ces avances n'étaient pas limitées à un cercle étroit de preneurs, mais — comme Tebt. III 701 (255 av. n.è.)

[42] Cf. F. Preisigke, *Fachwörter* s.h.v. et la bibliographie; R. Taubenschlag, *Law*[2] (1955) p. 659.

[43] Cf. Preisigke, *Fachw.* s.h.v.

[44] Cf. U. Wilcken, *Grundzüge* p. 274; R. Taubenschlag, *l.c.*; A. B. Ranovitch, *Ellinizm i iego istoričeskaïa rol'* (1950, en russe) p. 195.

[45] Cf. W.Chrest. 342 (II[e] s. n.è.) l. 9; BGU III 904 (161—162 n.è.) l. 9.

le démontre — elles avaient un caractère général: δεῖ σπέρμα δο-[θῆναι] τοῖς λαοῖς[46].

Les papyrus portant sur le contrat de bail avec la clause ἀσπερμί prouvent *e contrario* que les avances aux semailles étaient dépendantes de cette clause spéciale comprise dans le contrat de bail[47]. L'existence des contrats qui contenaient la clause déclarant expressément que l'avance aux semailles ne serait pas accordée, ne laisse aucun doute par le témoignage de Tebt. I 61[b] (118—17 av. n.è.) 11. 15 seq.: γραφει ὁ κωμογραμματεὺ[ς] [με]μισθῶσθ[αι Πετοσίρει] — ἀσπερμ{ο}ί. Dans le même document il est aussi question de cultiver la terre sans profiter des avances aux semailles [καὶ τῆς ἀσ]περμὶ γεωργουμένης (l. 307). On rencontre le même cas dans Tebt. I 72 (114 av. n.è.), où 113½ aroures doivent être cultivées ἀσπερμί (l. 319).

L'avance devait être rendue à l'échéance du terme fixé, parfois avant de payer les redevances mais en règle générale en même temps, à l'époque de la nouvelle récolte[48]. En cas de non-payement de l'avance à l'échéance du terme, les cultivateurs subissaient les conséquences de la clause pénale[49]. Il s'agissait surtout des fermiers royaux, teneurs des parcelles de diverses étendues allant de quelques à plusieurs dizaines d'aroures[50]. La clause d'avance était liée strictement à la durée du contrat de bail: au 3[e] siècle avant notre ère les contrats d'un an étaient de règle; puis des contrats de plus longue durée apparaissent, pour faire place à des baux à terme indéfini, lié à la διαμίσθωσις générale[51].

A l'époque romaine on voit se maintenir le système d'appro-

[46] Voir aussi BGU VI 1225 (II-I[er] s. av. n.è.) cf. BGU VI 1224 (II[e] s. av. n.è.). l. 31.

[47] Voir les contrats du bail privé avac la clause σύν σπέρματι: Frankf. 2 (215—-214 av. n.è.) 1. 13; Oxy. XIV 1628 (73 av. n.è.) 1. 15; Oxy. XIV 1629 (44 av. n.è.) 1. 14; PSI X 1129 (24 av. n.è.) 1. 11, et les contrats avec la clause ἀσπερμί: BGU VI 1262 (216—215 av. n.è.); BGU VI 1268 (fin du III[e] s. av. n.è.); BGU VI 1270 (192—1 av. n.è.) 1. 19.

[48] Hib. I 85 (261—260 av. n.è.) 11. 19—27; BGU VI 1226 (260—259 av. n.è.) 1. 10—12; BGU VI 1228 (258—7 av. n.è.) 1. 10 s.

[49] BGU VI 1226 1. 12; BGU VI 1228 1. 12 s. cf. A. Berger, *Strafklauseln* p. 103—115.

[50] Hib. I 85; Lille 5 (260—259 av. n.è.) 11. 10, 28.

[51] Tebt. II 376 (162 n.è.); voir U. Wilcken, *Arch.f.Pap.* V (1909) p. 240; M. Rostowzew, *Kolonat* p. 161; K. Sethe - J. Partsch, *Dem. Urkunden zum ag. Bürgschaftsr.* (1920) p. 611 (cf. Rostowzew, *l.c.* p. 50).

visionnement des fermiers d'Etat, δημόσιοι γεωργοί[52] sous forme d'avances aux semailles. Des documents du 1er et du 2e siècle de notre ère, contenant la clause qui porte sur cette avance se sont préservés, et sont d'une grande portée pour notre question, et notamment: P.Bad. 170 (54 n.è., Theadelphie) — la demande d'un paysan aux autorités communales qui sollicite un bail d'Etat: ἐπιδέδωκα τὸ ἀναφόριον. Il s'adresse aux douze représentants de ces autorités en leur demandant de lui accorder une parcelle de 9 aroures, pour un an, sur la moitié de laquelle il a l'intention de semer du froment, sans oublier de faire allusion à la clause d'avance: σὺν ἥμισ.[...] τοῦ δημοσίου σπέρματος πυροῦ ἀρταβ[αι κτλ. (11. 19—21). Un autre document, Flor. I 18 (147—8 n.è., Théadelphie), contient la demande d'un paysan adressée au pittakiarque communal afin d'obtenir le bail de deux lots de la terre d'Etat, dans la quantité de $6\frac{41}{64}$ aroures, à terme indéfini, avec la clause qui permettrait au pétitionnaire de recevoir du grenier d'Etat une avance aux semailles annuelle: λαμβάνοντός μου τά ὑπὲρ αὐτῶν κατ' ἔτος ἐγ δημοσίου σπέρματα.[53]

Les avances à cette époque devaient être rendues, comme à l'époque précédente, avec les redevances de la nouvelle récolte, ἀρτάβας μετρήσω τῶι — τῆς κώμης δημοσίωι σιτολόγωι.[54]

Les contrats de bail contenant la clause en question concernaient naturellement la terre cultivable, γῆ ἐνάρητος. Dès le 2e siècle de notre ère nous avons affaire aux baux à long terme. Ceci est démontré nettement par le papyrus Tebt. II 374 = W.Chrest. 349 (131 n.è.), contenant la demande du fermier d'Etat au basilicogrammate, de renouveler le bail d'une aroure pour la durée de cinq ans.[55] Etant donné que la terre n'est pas de grande valeur et que le bail ne doit pas durer longtemps, le pétitionnaire demande la terre ἀσπερμί (1.18) et les autorités donnent leur accord. Ce document prouve qu'en Egypte romaine, les contrats contenant la clause ἀσπερμί étaient toujours d'usage.[56]

[52] Cf. W. Schubart, *Ägypten* p. 236.

[53] Cf. Berl. Leihg. 22 (29. vii. 155 n.è.) avec l'introduction et le commentaire de l'éditeur p. 207; voir A. C. Johnson, *Roman Egypt* p.76.

[54] Bad. 170 l. 23—25.

[55] Cf. U. Wilcken, Grdz. l. 290 s. M. Rostowzew, *Kolonat* p. 171.

[56] Voir les contrats de bail privés avec la clause ἀσπερμὶ Lond. II 314 (p. 189) (149 n.è.) l. 11; PSI X 1124 (150 n.è.) l. 19; Amh. II 90 (159 n.è.) l. 6; Amh. II 91 (159 n.è.) l. 8

Les contrats de bail privé — comme nous le verrons après — révèlent cependant une large application de la clause συν σπέρματι.[57]

Quant à l'époque byzantine, nous ne possédons pas de contrats contenant la clause en question. Une quittance de réception d'une avance aux semailles par les fermiers d'Etat, Flor. 54 (314 n. è.), nous engage pourtant à croire qu'à cette époque également la pratique de conclure les contrats contenant cette clause n'avait pas disparu.

L'analyse de nos documents nous permet de constater que le contrat de bail contenait l'obligation de rendre l'avance avec la clause de ἡμιολίου, c'est à dire avec un supplément s'élevant à 50% des grains reçus. Cette condition est attesté, epour l'époque ptolémaïque par Mich. Zen. 119 (aux temps de Ptolémée Philadelphe), où le terme ἡμιολίον apparaît dans les 11. 21, 25, 32. Remarquons que dans le même document on trouve des avances remboursées sans le pourcentage usuraire, ἴσου (11. 1—8, 28 30)[58]. L'existence de la condition de ἡμιολίου est attestée également à l'époque romaine (Oxy. VI 833, 1 n.è.; SB 5230, 11 n.è.; W.O. 1546, 28.8.16 n.è.)[59] ainsi qu'à l'époque byzantine (Flor. 54, 314 de n.è.). Le fait que l'avance aux semailles était rendue dans la quantité avancée ou avec le supplément de 50% nous fait croire aisément que les contrats de bail contenaient les clauses ἡμιολίου et ἴσου.

Comment expliquer la présence de ces deux clauses différentes dans les contrats de bail? Avant tout il faut constater qu'en principe les avances étaient rendues avec le supplément de 50%[60]. Nous voyons ici encore une fois, par le système des avances aux semailles, que le seul but auquel tendaient les autorités rcprésentant l'intérêt de la couche sociale dominante de l'Egypte ptolémaïque et romaine, était de s'assurer, aussi dans ce cas, les revenues les plus mirifiques. Les fermiers étaient obligés de se plier à ces dures conditions, sauf dans les cas, où il s'agissait d'une terre peu fertile ou quand le nombre des candidats était restreint.

[57] Mich. V 315 (44—45 n.è.) 1. 20; BGU II 644 (69 n.è.) 1.21; Mich. III 184 (121 n.è.) 1. 9; Fam. Tebt. 44 (189 n.è.) 1. 5; Tebt. II 377 (210 n.è.) 1.17; CPR I 35 (216 n.è.) 1. 11.

[58] Voir BL II, 1, cf. U. Wilcken, *Grudz.* p. 291.

[59] Cf. Tebt. III (1) 701 1. 4, voir N. Hohlwein, *Le blé*, *op.cit.* p. 78 s.

[60] Cf. U. Wilcken, *l.c.*; F. Heichelheim, *RE* Supplbd. VI, 869; C. Préaux, *L'Economie*, *op.cit.* p. 120 ss.; A. B. Ranovitch *op.cit.* pp. 195, 199.

Ceci nous engage à supposer que le bail forcé et l'épibolê se faisaient sur le principe de ἴσου.[61]

Les cultivateurs qui ne profitaient pas des avances aux semailles (le bail ἀσπερμί) assuraient surtout les semailles par ses propres moyens, se trouvant ainsi en dehors du plan officiel d'approvisionnement en semences. Il faudrait pourtant examiner s'il n'y avait pas d'exceptions à cette règle.

### 2. Conclusion des contrats de prêts de semences

Venons en maintenant à la question des prêts de semences. Il convient surtout de souligner que dans la qualité de pétitionnaires apparaissent ici les fermiers qui n'étaient pas compris dans le système d'avances planifié, ceux-là recevant — comme nous venons de le dire — leurs semences sous forme d'avance aux semailles.

A ce propos un document de l'époque ptolémaïque[62] attire notre attention, où un nommé Damis, muni ailleurs du titre de nomarque[63], demande à Zenon 50 artabes d'ail de semence, en s'obligeant de rendre, à la nouvelle récolte, la quantité prêtée avec les 50% supplémentaires[64]. Outre ce document, nos données nous permettent de constater que — selon toute probabilité — aussi dans d'autres cas les demandes de ce genre constituaient la base de la procédure en question[65].

Pour conclure le contrat de prêt, à l'époque ptolémaïque, il fallait alors que le cultivateur intéressé s'adresse aux autorités du nome avec une demande écrite et que celle-ci soit acceptée. Ces demandes, déposées chez le stratège[66] par les fermiers royaux[67] et par les clérouques-catoeques[68] (il s'agit surtout des petits fermiers qui empruntent de quelques à quelques dizaines d'artabes[69]), révèlent l'existence d'un formulaire comprenant deux parties.

[61] Cf. A. C. Johnson, *Roman Egypt* p. 78, 90; on verra aussi W. Schubart, *Einführung* p. 405.

[62] Cair. Zen. III 59414.

[63] PSI V 518 (251—50 av. n.è.).

[64] Cf. Cair. Zen. IV 59656.

[65] Voir ci-dessous, notes 106, 108, 110.

[66] Lille 50 1.2 s.; BGU VIII 1861 1. 2 s.

[67] SB 8755. (49—48 av. n.è.).

[68] SB 8756. (49—48 av. n.è.).

[69] Tebt. III (2) 1044 (II$^{e}$ s. av. n.è.) 11. 30—33, 53—58, 60—62, 64, 66—68; Tebt. I 72 (114—113 av. n.è.) 11. 327, 331, 335; Tebt. III (2) 1054 (II$^{e}$

Dans la première le pétitionnaire formule le désir de recevoir le prêt de semences, δάνεια εἰς σπέρματα[69a] dans l'année courante; dans la seconde — il s'engage par serment à ensemencer la terre,[70] rendre la dette à la nouvelle récolte[71], y rester attaché pendant toute la durée, où sa présence serait nécessaire et à ne pas profiter du droit d'asile[72].

Les offices royaux étaient chargés de délivrer les semences sollicitées par les fermiers, χορηγηθέντων τοῖς προσδεομένοις καὶ δανείων ἐκ τοῦ βασιλικοῦ[73], et d'exécuter le plan de blé sous l'engagement du serment écrit: κεχειρογραφηκότων ἡμῶν[74].

Quant à l'époque romaine, on trouve quatre demandes de prêts de semences, datant de 225 à 239 de notre ère: P. Hamb. 19 (225 n.è., d'Oxyrhynchos); P. Oxy. VII 1031 = W. Chr. 343 (228 n.è.); Wess. Stud. XX 34 (232 n.è., Heracléopolites); P. Flor. 21 (239 n.è., Arsinoïte). Toutes ces demandes nous fournissent des exemples classiques du type dit αἴτησις[75]. Elles étaient adressées au stratège[76], au scribe royal[77] ou à la commission locale qui accordait les semences, ἐπὶ ἀναδόσεως σπερμάτων[78]. Elles pouvaient être individuelles (αἰτοῦμαι), ou collectives (αἰτούμεθα)[79]. Les pétitionnaires étaient des fermiers d'Etat, δημόσιοι γεωργοί, ainsi que des sous-fermiers de la terre d'Etat[80].

---

s. av. n.è.) l. 10; Tebt. III (2) 851 (176 av. n.è.); Tebt. I 171 (fin du II$^{e}$ s. av. n.è.); Tebt. I 97 (118 av. n.è.) l. 6; Tebt. I 119 (105—1 av. n.è.) l. 9; Tebt. I 115 (115—113 av. n.è.); Tebt. I 96 (95—94 ou 62—61 av. n.è.) l. 14—28; SB. 8755—6.

[69a] Cair. Zen. III 59414: δὸς εἰς σπέρμα; Cair. Zen. IV 59656: δάνεισον εἰς σπέρμα; Petrie III 89: δάνειον εἰς τὸν σπόρον; Tebt. I 67 l. 77: εἰς δάνεια εἰς τὸν σπόρον; SB 8755 et 8756: δάνεια εἰς σπέρματα.

[70] SB 8755 l. 8; SB 8756 l. 12: περὶ τοῦ κατασπερεῖν.

[71] Tebt. 210 = W.Chrest. 327 (107—106 av. n.è.) l. 2: ἐκφό(ρια) καὶ δάνεια; SB 8755 l. 9: παραδῶσειν ἐγ νέω[ν; SB 8756 l. 13.

[72] Tebt. 210 l.20: ἔσεσθαι ἐμφανής, l. 23: ἔξω ἱερου βωμοῦ.

[73] UPZ I 110 (164 av. n.è.) l. 171.

[74] Tebt. I 48 (113 av. n.è.) l. 5; cf. M. Rostowzew, *Kolonat* p. 50.

[75] Cf. Oxy. VII 1024 (129 n.è.) l. 20: δι' αἰτήσεως.

[76] Wess. Stud. XX 34 l.1; cf. BGU VIII 1861; Flor. I 54.

[77] Hamb. I 19 l. 1.

[78] Oxy. VII 1031; Flor. I 21, cf. Lund. VI 8—9 (III$^{e}$ s. n.è.).

[79] Flor. 21 l. 9; cf. Fay. 18$^{a}$.

[80] Oxy. VII 1031 l. 6—13: le pétitionnaire dans une demande du prêt de semences est sous-fermier de la terre d'Etat.

A cette époque aussi, les écrits demandent l'accord du prêt de semences, (αἰτοῦμαι ἐπισταλῆναι εἰς ⟨σ⟩πέρματα δάνεια — εἰς κατασπορᾶν)[81] dans la quantité d'une artabe par aroure,[82] après quoi, suit l'obligation par serment à l'Empereur[83], d'user diligemment les grains reçus[84] ainsi que de rendre la dette avec le supplément, à la nouvelle récolte[85].

Il convient de remarquer que la clause du contrat de prêt concernant la quantité supplémentaire devant être rendue, n'est pas interprétée d'une façon unanime par les papyrologues. Cette quantité est désignée dans les documents par le terme général: σὺν τοῖς ἑπομένοις[86], comme une conséquence du prêt, ou par le terme: σὺν ὑπολήμψει, lorsqu'il s'agit du prêt planifié[87]. P. M. Meyer, dans son commentaire au P. Hamb. 19, suggère l'interprétation des ἑπόμενα par le principe du ἡμιόλιον. M. Kalèn, dans son commentaire au P. Berl. Leihg. 1 (p. 74 ss.), rejette l'interprétation de la ὑπόλημψις, comme étant une augmentation du prêt lui-même[88], tandis que M. Johnson la considère comme une sorte d'escompte[89] déduisant les 50% de supplément à l'avance, au moment même de la réception du prêt. En partageant cette opinion, nous tendons à supposer que le terme ἑπόμενα pourrait être interprété de la même façon[90].

Outre les prêts de semences conclus sur le principe des 50%, il existait également des prêts conclus sur le principe du remboursement non usuraire, τὰς ἴσας[91]. De même que les avances aux

[81] Oxy. VII 1031 l. 8—10; Flor. 21 l. 9: αιθομεθα ἐπισταλ... σπερματα; Tebt. II 341 l. 4: δεήσει ἐπισταλῆναι δάνε[ι]α σπέρματα; on consultera les ordres: Lond. II 256[e] (p. 96) = W.Chr. 344 (11 n.è.) l. 4: εἰς δάνεια; Oxy. VII 1024 l.13: εἰς σπέρματα δάνεια et les quittances, p. ex.: Oxy. X 1262 (197 n.è.) l. 15 s.: σπέρματα δάνεια.

[82] Oxy. VII 1031 l. 16; Wess. Stud. XX 34 l. 18.

[83] Oxy. VII 1031 l. 23—25; Hamb. I 19 l. 23.

[84] Hamb. I 19 l. 16 s.; cf. Oxy. VII 1031 l. 17: καταθήσω; Wess. Stud. XX 34 l. 18; Flor. I 21 l. 13.

[85] Hamb. I 19 l. 19—21; Oxy. VII 1031 = W.Chr. 343 l. 20—23; Flor. I 21 l. 14—15: καὶ εισενεγκουμεν / ἐν πρωτοις αμα τοις της κωμης δημοσιοις.

[86] Hamb. I 19 l.20; Oxy. VII 1031 l.20.

[87] Tebt. II 341 l. 11 s. et 15 s., cf. Berl. Leihg. 1 = SB 7193 Verso II, 14.

[88] Cf. F. Preisigke, *Wörterbuch* s.h.v.

[89] A. C. Johnson, *Roman Egypt* p. 461.

[90] Hamb. I 19 ll. 19—21, voir le commentaire de l'éditeur p. 85.

[91] Oxy. VII 1024 l.36.

semailles conclues sur le principe de ἴσου, il faut traiter les prêts de semences de cette catégorie comme un phénomène sporadique et exceptionnel, dépendant de la situation particulière du pétitionnaire et qui n'avaient pas de caractère usuel[92].

Il semble que la coutume de déposer les demandes de prêts de semences était à l'époque romaine beaucoup plus répandue qu'à l'époque précédente. Les ordres fréquents des stratèges ou de leurs subordonnés en matières financières concernant les prêts de semences individuels et collectifs ainsi que les quittances et les listes de prêts le prouvent.

En ce qui concerne les prêts de semences à l'époque byzantine, nous ne pouvons rien en dire de concret faute d'une documentation suffisamment sûre. Par analogie au sujet des avances aux semailles[93] et à la base des données de l'époque romaine il faut croire pourtant qu'au début de l'époque byzantine les demandes de prêts de ce genre étaient d'usage[94].

Nous croyons aussi, par la comparaison du contenu de la clause „d'avance" dans les contrats de bail et du contenu des demandes de prêts, que les trois éléments essentiels composant ces deux actes, sont identiques à toutes les époques de l'histoire d'Egypte gréco-romaine; à savoir: 1. la demande du pétitionnaire désirant recevoir l'avance aux semailles (σπέρματα) ou bien le prêt de semences (σπέρματα δάνεια) afin d'ensemencer la terre d'Etat en bail, 2. l'obligation du pétitionnaire sur l'engagement d'un serment d'ensemencer le champ et de rendre l'avance ou le prêt reçu, avec le supplément de 50%, à la nouvelle récolte, 3. l'acceptation des conditions établies en conformité au plan de semences par les autorités compétentes.

Outre les éléments habituels nous nous voyons surpris par certaines différences, comme p. ex. l'absence, dans les demandes de l'époque romaine, de la mention de l'obligation portant sur l'ἐμ-

[92] Par conséquent, nous considérons les prêts de semences qui omettent cette clause en général, comme remboursables sur le principe d'*hémiolia*; on verra: SB 8755 et 8756; Lond. II 256[e] (p. 96); Oxy. VII 1024 l. 14; Tebt. II 341 l.4; BGU III 701 (158—9 n.è.); Berl. Leihg. 1 = SB 7193 verso col. II l. 12; BGU II 631 (168 n.è.); BGU III 835 (216—217 n.è.) l. 18; Hamb. I 19 (225 n.è.) l.5; Oxy. XII 1443 l. 8; Oxy. VII 1031 (228 n.è.) l. 9; Wess. Stud. XX 34 (232—3) l.7.

[93] Flor. I 54.

[94] Cf. A. E. R. Boak, *Early Byzantine Papyri from the Cairo Museum* (*Etudes de Pap.* VII, 1948) p. 35 ss. No. 39 (309 n.è.).

φάνεια. Nous voyons également que la clause concernant le renoncement au droit d'asile n'apparaît plus à cette époque, ce qui s'explique parfaitement par les prescriptions romaines qui ne reconnaissaient pas ce droit aux débiteurs fiscaux[95] en rendant ainsi superflue la clause en question. Ajoutons que l'existence, à la même époque, des commissions locales appelées à examiner les demandes de prêts de semences, est aussi un élément récent, inconnu à l'époque précédente.

La différence principale entre les avances aux semailles et les prêts de semences consiste en ce que les avances constituent une clause dans le contrat de bail (συνάλλαξις) tandis que les prêts exigent la conclusion d'un contrat à part. Ce contrat du prêt de semences n'était valable que pour une année tandis que la clause d'avance dans le contrat de bail concernait toute la durée du bail, c'est à dire jusqu'à la prochaine διαμίσθωσις[96]. On discerne là encore une autre différence: les prêts de semences étaient accordés sur la base d'une demande, or les avances n'exigeaient aucunement la procédure de celle-là.

Malgré tout cela, les prêts de semences et les avances aux semailles remplissaient la même fonction économique, celle d'approvisionner les fermiers de la terre d'Etat en graines de semences. C'est dans l'évaluation de cette fonction que les historiens en abordant les problèmes de l'économie agraire d'Egypte gréco-romaine émettent des opinions diverses. M. Johnson considère p. ex. les prêts de semences du point de vue de la distribution, tandis que M. Hohlwein souligne la question de la procédure des demandes. M. Cvetler, lui enfin, analyse surtout l'aspect juridique du problème en désignant les deux actes par le terme „anticipazioni"; il considère les avances aux semailles comme étant de „simples prêts en nature". C'est pourquoi il ne met pas en relief la différence entre les σπέρματα et les σπέρματα δάνεια, mais cherche plutôt l'élément commun qui lui permettrait d'interpréter les uns et les autres dans le sens juridique du prêt[97].

[95] M. Rostowzew, *Kolonat* p. 216 s.

[96] Tebt. II 376 = W.Chrest. 350 (162 n.è.) l. 14 s. cf. A. B. Ranovitch, *Vostočnyie provincii rimskoï imperii* (1949, en russe) p. 189; A. C. Johnson, *Roman Egypt* p. 74.

[97] J. Cvetler, *Daneion a zápůjčka* (1934) p. 109—112; Idem, *Daneion et prêt de consommation* (*Chron. d'Eg.* No 19 1935) p. 129—132; Idem, *Daneion und*

Cette opinion de M. Cvetler qui voit toujours dans la forme d'approvisionnement des fermiers d'Etat, un genre de prêt en nature, est sans doute raisonnable, car les σπέρματα de même que les σπέρματα δάνεια ont pour trait principal l'obligation de remboursement (ἀπόδοσις), ce qui est la base juridique du prêt[98]. Donc au point de vue juridique, les σπέρματα et les σπέρματα δάνεια doivent être traités comme deux formes de prêts en nature.

Mais au point de vue économique il y a pourtant des dissemblences évidentes. Les papyrus démontrent conséquemment que l'on ne considérait pas les deux formes de la même façon. C'est seulement les raisons économiques qui, dans le système d'approvisionnement des fermiers d'Etat en semences, ont établi les deux modes de cet approvisionnement, celui des prêts et celui des avances, décrits dans cette partie de notre travail.

Nous proposerions encore, pour uniformiser la terminologie, d'appliquer dorénavant: pour les σπέρματα — les termes: avance aux semailles, advance of seed, аванс семен[99], avanza per la semina[100], Saatvorschuss, et pour les σπέρματα δάνεια — prêt de semences, loan of seed, ссуда семенного эерна[101], prestito di generi per la semina, Saatdarlehen.

## II. Plan d'approvisionnement des fermiers d'Etat en semences

Un des moyens généraux, à l'époque ptolémaïque, qui servait à tirer les revenues maximum de l'économie agraire en Egypte, était le plan d'Etat des semailles qui obligeait les fermiers royaux à ensemencer la terre avec certaines qualités de grains.[102] Le pro-

---

*Chresis* (*ZSS* LV, 1935) p. 275—7; Idem, *Le cosidette „anticipazioni" nell'economia rurale dell'Egitto tolemaico* (*Atti del IV Congresso Internazionale di Papirologia*, Firenze 1935) p. 283 ss.

[98] F. Schulz, *Classical Roman Law* (1951) p. 508.

[99] Cf. Ranovitch, *Ellinizm*, *op.cit.*, p. 199.

[100] Cf. J. Cvetler, *Le cosidette „anticipazioni"* p. 285.

[101] Cf. A. B. Ranovitch, *op.cit.* p. 195.

[102] Tebt. III (1) 703 (III[e] s. av. n.è.) l. 57; UPZ I 110 (164 av. n.è.) l. 42; cf. Rev. L. = SB Bh. 1, col. 41, voir A. C. Johnson, *Egypt* (1951) p. 87; C. Préaux, *L'Economie* p. 117 ss.; H. I. Bell, *Egypt* pp. 44, 48 ss.; A. B. Ranovitch, *Ellinizm* p. 199; H. Bengtson, *Strategie* III p. 44; R. Taubenschlag, *Law*[2] p. 659, cf. UPZ I 110 l. 8 ss.; Tebt. 61[b] (118 av. n.è.) l. 369 ss.

blème d'approvisionnement des fermiers d'Etat y était strictement lié. Cette question était réglée en pratique par le plan annuel des semences. L'existence des plans en question est attestée par les listes des grains préparés pour la distribution: ἔστιν τὸ καθ' ἓν τῶν παρατεθέντων σπερμάτων — εἰς τὸν σπόρον[103], ainsi que par les préliminaires de remboursements en blé, p.ex. προδιαλογισμός σιτικὸς[104], apparaissant sous forme de λόγος σπερμάτων[105] ou celle de προδιαλογισμός σιτικὸς — δανείων[106]. Ce fait est évident également par la présence de plusieurs actes relatifs à la réalisation du plan, telles les listes de quantités de semences délivrées aux cultivateurs, ἐγδεδομένων σπερμάτων[107] et κεχρηματισμένων δανείων[108] et les listes des grains remboursés, comme ἀπολογισμὸς σπερμάτων[109] et ἀποκατάστασις δανείων[110].

Les dispositions et les décisions des autorités du nome et celles des stratèges témoignent que le plan de semences s'exécutait, à l'époque ptolémaïque, à l'échelle de la stratégie[111].

Quant à l'époque romaine, nous trouvons des témoignages de l'existence de ce plan dans les plans territoriaux de distribution des semences, μερισμοὶ σπερμάτων[112], établis par les comogrammates ainsi que par de divers actes concernant la réalisation du plan, telles les lettres officielles adressées aux autorités du nome, en matière de la comptabilité de semences nécessaires, εἰς δάνεια σπέρματα κατασπ[ο]ρᾶς[113], les listes des sitologues concernant la quantité des grains délivrés à titre de σπέρματα et de δάνεια[114] et

[103] Tebt. III (2) 850 (170 av. n.è.) l. 1—4; cf. Tebt. 67 (118—117 av. n.è.) l. 16 s.; Tebt. 70 (111—110 av. n.è.) l. 16.

[104] Tebt. 89 (113 av. n.è.) l. 2. Cf. C. M. Harper, *Aegyptus* XIV (1934) p. 18.

[105] Ryl. II 72 (99—98 av. n.è.) ll. 108—120.

[106] Tebt. 89 l. 1—36: Tebt. I 174 (ca 112 av. n.è.).

[107] Petrie III 76 col. III l. 1.

[108] Tebt. 61[b] l. 314; Lille 50 (250 av. n.è.) l. 5.

[109] Tebt. III (2) 856 (ca 171 av. n.è.) l. 25.

[110] Tebt. 61[b] l. 313—315; Tebt. 72 l. 327.

[111] Lille 5; Lille 50; Lille 43 (250 av. n.è.) verso; SB 8755 et 8756.

[112] BGU I 20 (141—2 n.è.); BGU II 512 (époque d'Antonin le Pieux) cf. Berl. Möller 9 (41—47 n.è.) et l'introd. de l'éditeur; Berl. Leihg. 1 (164 n.è.) verso col. II l. 11 ss. avec le comment. ad l. 73.

[113] Tebt. II 341 (140—1 n.è.).

[114] Berl. Leihg. 1 verso col. II l. 11 ss.; BGU III 835 (216—7 n.è.) l. 18; cf. Berl. Leihg. 4 (165 n.è.) et le commentaire de M. Kalèn; Oxy. VI 986 col. X—XV.

enfin les listes des remboursements en grains, λόγ[ος] ἐν κεφαλ(αίῳ) τῶν μεμετρημένων[115] σπερμάτων[116].

Le fait que le plan des semences existait, comme à l'époque ptolémaïque, à l'échelle du nome est démontré encore par les décisions des stratèges portant sur la distribution des semences aux fermiers d'Etat[117].

A l'époque byzantine ce système subsiste toujours comme il en ressort du P. Flor. 54 (314 de n.è., Theadelphie). L'existence du plan d'approvisionnement des fermiers d'Etat en semences à l'échelle du nome[118], devient alors un fait incontestable à travers toutes les trois périodes de l'histoire d'Egypte gréco-romaine.

Outre ce plan, certaines données nous amènent à la conviction qu'il existait en Egypte, également un plan général concernant tout le pays. Il s'agit des papyrus suivants: Tebt. III (1) 703 (III[e] siècle av. n.è.), contenant un ordre du dioecète, adressé à l'économe, de préparer les semences selectionnées; (11. 57 s.) Mich. Zen. 43 (26.X.253 av. n.è.) où l'hypodioecète Diodime réprimande les nomarques pour leur négligence dans l'exécution du plan d'approvisionnement à l'échelle du nome (11. 5 ss.); Rev. L. (époque de Ptolémée Philadelphe) — des ordres aux économes de financer les nomarques ou les toparques afin de faciliter l'approvisionnement en semences et de surveiller les avances aux semailles (col. 41, 1. 14—19, 25 ss.);[119] Par. 63 UPZ I 110 (164 av. n.è.) — l'ordre personnel du dioecète Hérodes aux nomes, concernant la distribution des semences aux fermiers d'Etat.

[115] Oxy. XII 1443 (227 n.è. ?) l. 4.

[116] SB 7196 = Berl. Leihg. 4 col. I l. 18.

[117] Oxy. XVIII 2185 (92 n.è.); Oxy. VII 1024 (129 n.è.). Les registres des offices de greniers, composés pour une durée plus longue que d'une année, permettaient aux autorités du nome de s'orienter dans la réalisation du plan annuel des semences; dans un cas concret, Oxy. XII 1527 (261—2 n.è.), il s'est avéré que les quantités de semences planifiées à titre de δάνεια n'étaient pas délivrées: ἐπὶ προχρείας καὶ μηδέπ(ω) ἐν δανε(ίῳ). Ceci s'explique par les négligences causées par la réorganisation de la sitologie, qui fut remplacée, à la fin de l'époque romaine, par un office des *decaprotes*, fonctionnant en tant que liturgues: voir BGU 7 (247 n.è.) l. 3; Oxy. XII 1527 l. 8,14; cf. F. Oertel, *Liturgie* p. 211 ss; Zaki Aly, *JJP* IV (1950) p. 289 ss.; A. Kränzlein, *JJP* VI (1952) p. 216.

[118] Cf. C. M. Harper, *Aegyptus* XIV (1934) p. 22 et n. 3; H. Bengtson, *l.c.*

[119] Cf. PSI IV 356 (253—2 av. n.è.), voir E. Grier, *Accounting in the Zenon Papyri* p. 51.

La supposition s'impose qu'à l'époque romaine la planification des semences se faisait de la même façon, la terre d'Etat étant administrée par le dioecète et celle de l'empereur — par le *procurator usiacus*[120].

Le fait de l'existence du plan des semences constaté, nous devons établir les principes de sa composition, c'est à dire la comptabilité des quantités de semences nécessaires aux fermiers d'Etat. Etant donné le rapport étroit entre la quantité de semences et l'étendue de la terre arable (selon la norme généralement admise: une artabe par aroure), il est probable que les registres cadastraux annuels, πᾶν ἔδαφος, regardant surtout l'assiette de l'impôt foncier, ἀπαιτήσιμον κατ ἄνδρα σιτικῶν[121], pouvaient servir de base à la calculation de la quantité globale de semences. Les registres des fermiers, ἀναγράφειν εἰς ὄνομα, pouvaient également servir au même but[122].

Mais ce qui paraît le plus plausible c'est que cette base se trouvait dans les registres des contrats de bail conclus, contenant la clause d'avances ainsi que ceux des contrats des prêts de semences conclus sur la demande des fermiers.

## III. Le versement et le remboursement des avances aux semailles et des prêts de semences

### 1. Les ordres de versement

Le plan annuel établi, le stratège procédait à l'émission des ordres concernant la distribution des semences.

Les ordres du stratège (ou ceux du nomarque)[123] adressés à ses subordonnés, constituaient, à l'époque ptolémaïque une sorte d'ordonannce administrative du type de πρόσταγμα, χρηματισμός, ἐπίσταλμα sous forme épistolaire[124].

[120] Cf. A. B. Ranovitch, *Vostočnyia provincii etc.* p. 185; H. Bengtson, *op.cit.* p. 59 s. et 65.

[121] Cf. A. Déléage, *Les cadastres antiques* (*Et. de Pap.* II, 1932) p. 84; F. Heichelheim, *RE* Supplbd. VI, 865 ss.; N. Hohlwein, *op.cit.* p. 60.

[122] Sethe-Partsch, *Dem.Bürg.* p. 615 ss.; P. M. Meyer, *ZSS* XLIV (1924) p. 597.

[123] Cf. C. Préaux, *L'Economie* p. 120 n. 2.

[124] Lille 43 (250 av. n.è.), voir l'introd.; BGU VI 1225 (II-I$^{er}$ s. av. n.è.); SB 8755 et 8756, cf. J. Modrzejewski, *JJP* V (1951) p. 187 ss.

Le point essentiel de cet ordre est la disposition de délivrer les semences aux fermiers à titre d'avance ou de prêt. Les ordres d'avance réglaient surtout la distribution globale selon les registres nominatifs.[125] Les ordres des prêts, cependant, aboutissaient à la livraison des semences dans les cas individuels[126].

La distribution des semences se faisait par l'intermédiaire du topogrammate[127], du comogrammate[128] ou même du scribe des cultivateurs[129]. Les ordres en question étaient des ordres indirects, σύνταξον μετρῆσαι — σπέρμα εἰς τὸν σπόρον[130]. L'exécuteur immédiat dans le versement des semences, μέτρησον — σπέρμα[131], était le sitologue[132], le chef du grenier d'Etat local[133]. Il pouvait également recevoir un ordre direct du stratège: μέτρησον — δάνεια εἰς σπέρμα[134].

L'ordre du stratège contenait une clause qui rendait le versement du prêt de semences, dans un cas concret, μέτρημα[135], dépendant du contreseing du scribe royal, συνεπιστέλλοντος — τοῦ [βασιλικοῦ] γραμματέως[136]. La tâche du sitologue consistait donc en versement du prêt de semences à l'ordre du stratège contresigné dans le but de contrôle par le scribe royal[137]. Remarquons que le versement des semences par le sitologue est également contrôlé par une commission spéciale[138].

Outre cet ordre de versement, un composant important de l'acte même est l'ordre adressé au sitologue d'engager le pétitionnaire par serment écrit sur la majesté du roi: πρότερον λη[φθείσης

[125] Tebt. III (1) 701 (235 av. n.è.) ll. 73—79 cf. Hib. II 245 et Hib. II. 206.
[126] SB 8755 et 8756.
[127] Cf. BGU VIII 1861 (80—51 ou 51—30 av. n.è.).
[128] Amh. II 61 (165 av. n.è.).
[129] Fay. 18a (prob. 80—51 av. n.è.).
[130] Lille 5 (260—259 av. n.è.) l. 34 s.
[131] Tebt. III (1) 701 l. 80—84.
[132] BGU VI 1231 et 1232 (III-II$^{e}$ s. av. n.è.).
[133] Cf. F. Preisigke, *Fachwörter* s.h.v. et la bibliographie; U. Wilcken, *Griech. Ostraka* I p. 653 s., voir F. Preisigke, *Girowesen* p. 42 ss.; A. Calderini, Θησαυροί p. 102 ss.; F. Heichelheim, *RE* Supplbd. VI, 872 ss.; S. Le Roy Wallace, *Taxation in Egypt* p. 36.
[134] SB 8755 l. 5 s. et 8756 l. 2 s.
[135] Cf. BGU VI 1231 l. 10; BGU VI 1232 l. 18.
[136] SB 8755 l. 5; SB 8756 l. 3.
[137] Voir H. Henne, *Aegyptus* XIX (1939) p. 60 s.
[138] H. Henne, *op.cit.* p. 108 s.

αὐτοῦ] χειρογραφίας ὅρκου βασιλικοῦ[139]. Le sitologue était aussi obligé de se faire remettre une quittance du prêt de semences reçu σύμβ(ολον καὶ ἀντισύμβ(ολον) ποίησα[ι][140]. Ces quittances étaient sans doute requises aussi à la réception des avances aux semailles[141].

Nous possédons de l'époque romaine quatre ordres, dont deux qui proviennent du nome d'Arsinoite[142] et les deux autres — du nome d'Oxyrhynchos[143]. Ils concernent, comme à l'époque précédente, le versement d'une grande quantité des avances aux semailles (Lond. II 256e) aux fermiers d'Etat (δημοσίοις γεωργοῖς) selon la liste jointe et en conformité avec le plan du nome; ils concernent également le versement des prêts de semences (Lond. II 256 d) aux fermiers d'Etat cultivant la terre royale, la terre du temple et la terre confisquée[144]. Quant aux ordres d'Oxyrhynchos, l'un d'eux (Oxy. XVIII 2185) ordonne le versement d'une avance à un fermier de la γῆ οὐσιακή; l'autre (Oxy. VII 1024) — le versement d'un prêt dans la quantité de 1¼ artabe de froment. Nous voyons alors qu'à l'époque romaine, les ordres de prêts et d'avances dans les cas individuels sont d'usage à côté de ceux qui portent à la distribution globale.

Le sitologue, à cette époque, était chargé d'accorder les prêts d'après certains échantillons de blé[145]; le versement avait lieu en présence d'une commission, à laquelle participaient le toparque, le comogrammate et autres[146]. Cette commission contrôlait également l'ensemencement des champs[147]. Les sitologues étaient chargés aussi de recevoir les serments écrits, λαβὼν — τὴν καθ]ή[κουσαν]-χ[ι]ρ[ογραφί]αν[148], ainsi que les quittances, καθήκουσαν ἀποχ[ή]ν[149].

[139] SB 8756 l. 11 s., cf. M. Rostovtzeff, *Soc.Ec.Hist.Hell.World* II p. 905; voir, en outre, E. Seidl, *Der Eid im ptol. Recht* p. 36 ss.; Idem, *Der Eid im röm.-äg. Provinzialrecht* I p. 70 ss.

[140] SB 8755 l. 12; SB 8756 l. 15; Petrie III 89.

[141] BGU VI 1226—1230.

[142] Lond. II 256[e] = W.Chr. 344 et Lond. II 256[d] (p. 96) (11 n.è.).

[143] Oxy. XVIII 2185 (92 n.è.); Oxy. VII 1024 (129 n.è.).

[144] W.Chr. 344, voir. l'introd. et le commentaire de l'éditeur.

[145] Oxy. VII 1024 l. 8, cf. M. Schnebel. *Landwirtschaft* p. 120 ss.

[146] Oxy. XVIII 2185 l. 3, cf. Schnebel, *op.cit.* p. 123.

[147] Oxy. VII 1024 l. 32—35.

[148] Lond. II 256[e] (p. 96) l. 4; Oxy. XVIII 2185 l. 28, cf. E. Seidl, *Der Eid im röm.-äg. PR.* I, p. 71, II p. 135.

[149] Oxy. VII 1024 l. 35—40 cf. BGU I 31; BGU I 152.

Les ordres étaient émis aux mois Θώθ[150], Φαῶφι[151], Ἀθύρ[152]. De l'époque byzantine nous ne possédons aucun document concernant ce problème.

Nous constatons alors que les ordres en question démontrent conséquemment la différence entre les deux modes d'approvisionnement des fermiers en semences, les σπέρματα et les σπέρματα δάνεια. Il en ressort en plus que les prêts de semences, qui deviennent plus fréquents à l'époque romaine, concernaient toujours des cas individuels tandis que les avances aux semailles servaient à la distribution globale[153].

2. Le versement des avances aux semailles et des prêts de semences

L'époque des semailles s'approchant[154] et les sitologues recevant des ordres directs, tout l'appareil officiel des greniers d'Etat[155] procédait au versement des avances aux semailles et des prêts de semences contre reçu.

Du début de l'époque ptolémaïque nous possédons les quittances d'Oxyrhynchos provenant de 261 à 256 avant notre ère[156]. Elles attestent que l'avance aux semailles[157] fut versée aux fermiers par le sitologue[158], contre reçu: ἔχω τὸν] σῖτον κατὰ [τὸ σύμβολο]ν τοῦτο[159]. La livraison a lieu au mois de Thôth[160]. On distingue dans la quittance deux éléments essentiels: 1. l'assignat fait sur la base de l'enregistrement, τὸ [γρ]αφὲν λῆμμα καὶ ἀνάλωμα σπερμα[161], de l'avance délivrée dans sa quantité et sur les condi-

[150] Tebt. II 210 l. 1.

[151] Petrie III 89; Amh. II 61.

[152] Lond. II 256[e] l. 11.

[153] Lille 50; Oxy. XVIII 2185.

[154] Voir M. Schnebel, *Landwirtschaft* p. 143 ss.

[155] Voir U. Wilcken, *Gr. Ostraka* I p. 652 ss.; F. Heichelheim, *RE* Supplbd. VI, 873.

[156] Hib. I 85, BGU VI 1226—1230 voir l'introduction et le commentaire des éditeurs.

[157] BGU VI 1226 l. 7—12; Hib. I 85 l. 7—12; BGU VI 1230 l. 15; BGU VI 1228 l. 5—8; BGU VI 1229 l. 2—9; BGU VI 1227 l. 7.

[158] BGU VI 1228 (258—7 av. n.è.); BGU VI 1225 (II-I[er] s. av. n.è.); Grad. 7 (Evergète) l. 4 s.

[159] BGU VI 1227 l. 17; cf. BGU VI 1230 l. 17.

[160] BGU VI 1227 et 1229.

[161] BGU VI 1226 l. 6; Hib. I 85 l. 11 cf. Hib. I 48 (255 av. n.è.); BGU VI 1230 l. 14 s.

tions prescrites[162], 2. le récépissé à proprement dit, σύμβολον, remis au sitologue par le fermier, selon les données sus-dites, κα[τὰ τὰ] προ(γεγραμμένα)[163]. Les quittances en original devaient être remises aux autorités du nome, au bureau du basilicogrammate, la copie restant chez le sitologue[164].

Outre les quittances individuelles, nous possédons de l'époque ptolémaïque des récépissés des avances aux semailles, délivrées à plusieurs fermiers royaux, contre reçu commun[165]. Il est à remarquer que des quittances nous sont également connues des avances délivrées aux clérouques[166], ainsi qu'à leurs sous-fermiers[167] qui — comme nous l'avons souligné plus haut — étaient soumis à un système différent de celui qui concernait les fermiers royaux[168].

C'est au caractère fragmentaire et fortuit de nos sources qu'il faut, à notre avis, attribuer le fait qu'aucune quittance de prêts de semences ne s'est conservée de cette époque, car d'après les registres des prêts versés[169] et les registres des prêts remboursés contre reçu,[170] ces quittances devaient indubitablement exister. On notera seulement, à ce sujet, un document[171] contenant l'engagement par serment de fermiers royaux d'ensemencer la terre et rendre le prêt de semences avec les intérêts en restant attachés au travail jusqu'à ce qu'ils s'acquittent de leurs obligations[172].

[162] Hib. I 85 l. 16 s. et 19 ss.

[163] BGU VI 1229 l. 30 s., cf. Grad. 7 l. 20 (III av. n.è.).

[164] BGU VIII 1855 (45—44 av. n.è.) l. 3 s.

[165] Grad. 7.

[166] Hib. I 124 (ca 250 av. n.è.); Hib. I 125 (ca 250 av. n.è.); Hib. I 126 (ca 250 av. n.è.); Hib. I 86 (248 av. n.è.); Hib. I 129 (247 av. n.è.); Hib. I 87 (256 av. n.è.), cf. Petrie III 100 col. II l. 14; BGU VIII 1861, voir C. Préaux, *L'Economie* p. 121 ss.; M. Rostovtzeff, *Hell. World.* I p. 286.

[167] BGU VIII 1861 (80—51 ou 51—30 av. n.è.).

[168] Cf. aussi les prêts de semences pour les clérouques dans des cas exceptionnels: SB 8756; Tebt. III (2) 1044 (début du IIe av. n.è.); Tebt. III (2) 1045 (début du IIe s. av. n.è.), cf. R. Taubenschlag, *Law*² 420 n. 5; J. Cvetler, *Le cosidette „anticipazioni"* p. 285.

[169] Tebt. 61b l. 313—315; Tebt. 72 l. 327.

[170] Voir ci-dessous, note 220.

[171] Tebt. I 210 = W.Chr. 327 (107—6 av. n.è.).

[172] Cf. M. Rostowzew, *Kolonat* p. 214, et U. Wilcken, *Chrest*, l'introd. ad No 327.

En passant à l'époque romaine, nous constatons avant tout le rôle considérable du sitologue, attesté par le grand nombre de quittances en question, pendant toute l'époque prédioclétienne[173]. La quittance du blé reçu porte, à cette époque, le nom d'ἀποχή[174] et elle est, comme à l'époque précédente, une ἀποχή δισσή[175]. On distingue entre l'ἀποχή et la χειρογραφία qui est un serment écrit[176], présenté au sitologue en même temps que la quittance elle-même[177]. Ce serment, adressé aux autorités du τόπος ou de la κώμη[178] était la première condition pour les cultivateurs d'obtenir le prêt ou l'avance (χειρογραφία σπερμάτων)[179]. Un document caractéristique à cet égard, provenant de l'époque d'Antonin le Pieux, contient la formule qui suit: ὀμνύω — δανειζόμενα σπέρματα καθαρὰ καὶ εἰς τὴν γὴν ὑγειῶς καταθήσεσθαι[180].

Les quittances présentées par les fermiers d'Etat, δημόσιοι γεωργοὶ[181], pour les avances, σπερμάτων[182] et les prêts, εἰς δάνιον σπέρματα, εἰς δάνιον σπερ(μάτων)[183] reçus, se sont conservées, dans le nombre de 150 à peu près, provenant du village Karanis, de 158—9 et les années suivantes du même empereur. Elles ont tout de suite attiré l'attention des papyrologues[184]. On y distingue nettement, vu leur forme extérieure, deux groupes principaux: celui de Σι-

[173] Cf. Wilcken, *Gr. Ostraka* I p. 658; F. Oertel, *Liturgie* p. 250 ss; on consultera, sur le rôle du sitologue à l'époque romaine, les travaux de M. Zaki Aly, *Sitologia in Roman Egypt* (*JJP* IV, 1950, p. 289 ss.) et *Upon Sitologia in Roman Egypt and the Rôle of Sitologi in its Financial Administration* (*Akten des VIII. Kongr. f. Papyrologie*, Wien 1956, p. 17 ss.).

[174] Lond. II 256[e] = W.Chr. 344 l. 10 cf. BL I, 3.

[175] Oxy. VII 1024 l. 38.

[176] Lond. II 256[e] (p. 96) l. 4, 10.

[177] Cf. E. Seidl, *Eid im röm.-äg. PR.* I p. 70.

[178] Giss. 45 (ép. d'Hadrien), voir le commentaire de M. Meyer; cf. E. Seidl, *op.cit.* I p. 70.

[179] Mich. II 123 (45—47 n.è.) R VII l. 42, VIII l. 9, IX l. 34: Χιρογρ(αφία) σπερμάτω(ν) δημοσίων γεωργῶ(ν) τῆς κώμη(ς).

[180] BGU 85 = W.Chr. 345, col. III, voir l'introd.

[181] W.Chr. 346; cf. W. Otto, *Priester u. Tempel* II p. 91 ss.; A. C. Johnson-L. C. West, *Byzantine Egypt* p. 25.

[182] BGU I 31 (158—9 n.è.); SB 4417 = Chic. 67 (158—9 n.è.); Goodsp. XX (144—5 n.è.) l. 4.

[183] BGU III 701 (156—7 n.è.); BGU I 171 (156 n.è.).

[184] On verra les éditions de BGU depuis 1892; P. Goodsp. — 1904; P. Viereck, *Quittungen* (*Hermes* XXX, 1895) p. 107; U. Wilcken, *Arch.f.Pap.* III 1906) p. 237.

τολόγοις (...)[185] et celui de Σπερμάτων (...)[186]. Outre ces deux groupes il existe encore quelques quittances caractéristiques par la formule: ''Εσ(χον) προχ(ρείαν) σπερμάτ(ων)[187] et l'autre: ''Εσχο(ν) προφω( ) χιρόγρ(αφον)[188].

La question qui se pose est: qu'elle était la raison économique qui a causé cette différence? M. Viereck[189], lui le premier, a remarqué la différence formelle entre les deux types de quittances dont il s'agit, mais — comme nous tâcherons de le démontrer — il y a aussi des différences essentielles concernant le contenu même de ces actes.

Les quittances du premier type (Σιτολόγοις ....) portent évidemment sur la réception d'un prêt de semences: ''Εσχον παρ' ὑμῶν εἰς δάνιον σπέρματα[190]. Il en est sans doute de même des quittances rédigées d'après la formule: ἔσχον προχ(ρείαν) σπερμάτ(ων)[191] et ἔσχον προσφώνησιν χειρογ( )σπερμ(άτων)[192]. Nous supposons qu'après s'être engagé par serment[193], le pétitionnaire recevait du topogrammate ou du scribe un assignat, qu'il présentait, en même temps que le serment écrit[194], au sitologue, afin d'obtenir de celui-ci des semences dans la quantité conforme au nombre d'aroures indiqué dans l'assignat. Le pétitionnaire reconnaissait de sa main avoir reçu cette quantité[195]. La quittance de prêt est donc composée de l'assignat officiel sous forme d'un formulaire rempli par l'office et de la quittance proprement dite, signée par le pétitionnaire lui-même.

[185] BGU I 104, 105, 109, 171, 172, 263, 279, 280, 284, 294; BGU II 438, 439, 440, 441—3; BGU III 701, 720 cf. BL I et II; Goodsp. XVI, XIX, XXI, XXII, XXIV; Got. 2; Aberd. 49.

[186] BGU I 32, 107, 152, 160, 167, 170, 203, 204—211, 262, 278, 285, 331, (158—9 n.è.), 201 (153—4 n.è.); 202 (154—5 n.è.); BGU II 516, 517 (158—9 n.è.); BGU III 721 (158—9 n.è.) cf. BL I et II; Goodsp. XVII, XVIII, XX, XXIII (144—5 n.è.); SB 4417 = Chic. 67 (158—9 n.è.).

[187] BGU 631 (168 n.è.).

[188] Fay. 80 (141—2 n.è.).

[189] P. Viereck, *Hermes* XXX, p. 108 ss.

[190] BGU III 701.

[191] BGU I 631.

[192] Voir sur la question des abbréviations: προ( ) et προσφω( ) U. Wilcken, *Arch.f.Pap.* III p. 236; H. Frisk ad P.Got. 2; E. G. Turner ad P.Aberd. 49; H. I. Bell, *JRS* 24 (2) (1934) p. 227; E. Seidl, *Eid im röm.-äg. PR.* I p. 70.

[193] Lond. II 256[e] = W.Chr. 344 (11 n.è.) l. 3.

[194] W.Chr. 344 l. 4: λαβὼν παρ' αὐτῶν τὴν καθ]ήκουσαν χ [ι]ρ[ογραφί]αν.

[195] Ou par un plénipotentiaire, lorsque le pétitionnaire était illétré: BGU I 171 l. 5; Goodsp. XX l. 4; BGU I 31; BGU I 152.

Les quittances du second type (Σπερμάτων...), sont des quittances de l'avance aux semailles reçues (σπέρμα). Elles sont signées par les fermiers d' Etat, cultivant la γῆ βασιλική, γῆ δημοσία, προσόδου γῆ, détenteurs de parcelles allant d'une demie à 12 aroures.

Il en résulte alors que la différence entre les deux groupes de quittances en question, n'est pas fortuite mais qu'elle est conditionée par le système d'approvisionnement de deux formes, celle des avances et celle des prêts. Les avances étant à l'époque romaine, comme d'ailleurs à l'époque ptolémaïque aussi, excessivement fréquentes[196], les quittances de l'avance aux semailles devaient être rédigées dans la forme la plus brève. Cependant elles devaient contenir et l'assignat officiel, dans le formulaire simplifié au possible, et la signature du pétitionnaire[197].

Le même système était maintenu à l'époque byzantine. P. Flor. 54 (314 de n.è.) témoigne ici, par une quittance de l'avance reçue par les cultivateurs d'Etat du village Théadélphie du nome Arsinoïte[198]. Ce document contient dans sa première partie tous les éléments essentiels antérieurement cités, tandis que dans la seconde partie, les cultivateurs particuliers ainsi que leurs gérants[199] reconnaissent par leurs signatures avoir reçu l'avance des mains du sitologue.

[196] Lond. III 900 (p. 88) (1 n.è.); Oxy. VI 986 col. X—XV (ép. d'Hadrien); Bour. 42 (167 n.è.) l. 59. Cf. BGU VII 1570 )90—91 n.è.) verso: σπερμ[ά]τ[ω]ν μετρήμ(ατα); BGU II 512 = W.Chr. 362 (ép. d'Antonin le Pieux), cf. BGU VII 1636 (155—6 n.è.) ll. 6, 13: σπερμάτων ἐξωδιασθ(έντων) Lond. II 254 (p. 225), (133—4 n.è.).

[197] Parfois le cultivateur reconnaît avoir reçu tout simplement „les semences" sans déterminer la nature juridique de l'acte même: ἔσχον τὰ σπέρματα (Goodsp. XX l. 4 s.; BGU I 171 l. 5), car celle-là est, en règle générale, établie dans la partie de la quittance contenant l'assignat. C'est dans ce sens qu'il faut également interpréter la formule αἰθούμεθα τὰ σπέρματα ὡς πρόκειται dans Flor. 21. On consultera encore la quittance du nome d'Oxyrhynchos, Oxy. X 1262 (197 n.è.) l. 14 ss.: παρείληφα καὶ παρα/μεμέτ(ρημαι) παρ' ὑμῶν σπέρ/ματα δάνεια. De telles quittances, du type Σιτολόγοις contresignés par l'agoranome, nous sont connues aussi de l'époque postérieure (214 n.è.) du même village Karanis: *Aegyptus* XXXIII (1) (1953) p. 3—29 (ed. A. M. Pearl), No 6—11 (214 n.è.) et No. 12 (220 or 224 n.è.).

[198] Cf. BL I ad loc.

[199] Cf. M. Gelzer, *Studien zur byzantinischen Verwaltung Ägyptens* (1909) pp. 38, 41; U. Wilcken, *Grdz.* p. 162; Idem, *Arch.f.Pap.* IV (1908) p. 434; E. Seidl, *Der Eid im röm.-äg. PR.* I, pp. 70, 72.

L'analyse que nous venons de faire, en corroborant notre thèse sur les deux modes d'approvisionnement des fermiers d'Etat en semences, démontre encore une fois la fréquence des avances aux semailles à l'époque ptolémaïque par rapport aux prêts de semences, et l'accroissement de ces prêts à l'époque romaine, compte tenu du fait que le caractère global des avances reste inchangé.

### 3. Remboursement des avances aux semailles et des prêts de semences

Il est indéniable que le droit égyptien, de même que le droit grec, exigeait que le prêt soit remboursé à l'échéance du terme fixé[200]. En ce qui concerne les avances et les prêts, ainsi que les rentes[201], ce terme échouait après la récolte, ἐκ νέου[202].

Afin d'assurer au fisc ces revenus, le γενηματοφύλαξ plaçait la récolte des fermiers royaux et des clérouques sous séquestre[203]. La bureaucratie ptolémaïque abusait souvent de ce procédé préventif; les fermiers avaient alors recours à l'intervention du stratège[204]. En cas extrême, les cultivateurs n'hésitaient pas à se soulever contre ces abus, les armes à la main, comme il en était par exemple de la rebellion de Lykos contre les supérieurs trop zélés du village Kerkéosiris[205], employés par les autorités dans le but d'obtenir du bail des terres les plus grands profits[206].

La même pression fiscale caractérise l'époque romaine[207]. Si les

[200] Voir R. Taubenschlag, *Law*[2] p. 341, 353.

[201] Cair.Zen. III 59414 l. 8; Tebt. III (1) 701 (235 av. n.è.) l. 3: Tebt. I 89 (113 av. n.è.); SB 8755 l. 9; 8756 l. 13; Hamb. I 19 (225 n.è.) l. 19; Oxy. VII 1031 (228 n.è.); Flor. 54 l. 14.

[202] Voir W. Schubart, *Einführung* p. 409.

[203] Cf. M. Rostovtzeff, *Hell.World.* I p. 287; S. Le Roy Wallace, *Taxation in Egypt* p. 34 et 369 ad 22. On consultera sur la question de la γενηματογραφία l'article de R. Taubenschlag, *JJP* IV (1950) p. 77 ss.

[204] Oxy. VII 1024 (129 n.è.) l. 44; Tebt. III (1) 714 (IIème s. av. n.è.) l. 7—10; BGU VIII 1821 (51—50 av. n.è.) l. 1 s.; BGU VIII 1824 (sans date) l. 9 s.

[205] Tebt. I 48 (ca 113 av. n.è.) cf. A. Tomsin, *Etudes sur les* πρεσβύτεροι (*Ac. R. de Belg.* 5, sér., t. XXXVIII, p. 114 ss.); voir aussi Tebt. I 50 (112 n.è.) et A. B. Ranovitch, *Ellinizm* p. 199.

[206] Cf. *op.cit.* p. 198.

[207] On verra les stipulations dans les contrats de mariage, p.ex. Ryl. II 154 (66 n.è.) l. 33: πρ[ό]τερον ἀνταναιρεθ[έ]ντων τῶν τοῦ κλήρου δημοσίων καὶ σπερμά-[τω]ν ou la lettre privée Mich. VIII 464 (99 n.è.), où on annonce à un membre de famille qui fait son service militaire ὅτι τὰ [ἐκ]φόρια [καὶ τὰ σπ]έρματα ἐκ[β]-ήσονται ὅ[λ]ως (l. 6); ces documents prouvent quelle importances dans la vie de la population avait la question de ces dettes et quelle était la crainte de la pression.

cultivateurs aisés arrivaient à rembourser les avances et les prêts à terme, les paysans pauvres restaient accablés toute leur vie sous ces lourdes dettes, dont ils ne se libéraient souvent que par la mort. A ce rapport SB 5230 (11 n.è.) fournit un exemple de l'exécution des avances aux semailles non remboursées. Après que le grenier d'Etat eût enlevé aux paysans toute leur récolte, à seul titre des avances et intérêts arriérés, il s'est avéré que certains débiteurs étaient morts en ne laissant rien, ou dans le meilleur cas — un héritage de valeur minime. Dans ces circonstances les autorités ordonnaient la vente publique des biens laissés au compte des créances non-couvertes. Les autres dettes irrécouvrables, se montant à 123 artabes, devaient être, faute de mieux, annulées par le stratège[208].

A l'époque byzantine le non-payement du prêt à l'échéance du terme provoquait le recouvrement sous forme de ἡμιόλιον[209].

Il est à relever que, dans toute la procédure d'approvisionnement, nous ne trouvons pas de cas de distribution des avances à fonds perdu. Mais, comme M. Cvetler l'a déjà remarqué[210], on peut supposer que dans des circonstances exceptionnelles, telle la sècheresse, les inondations catastrophiques et d'autres désastres comme les émeutes et les soulèvements[211], les souverains lagides se trouvaient acculés à employer des mesures de grâce[212] concernant aussi le remboursement des avances aux semailles. Ajoutons pourtant que le P.Par. 63 VI = UPZ I 110 (164 av. n.è.), concernant un cas semblable, ne justifie pas cette supposition[213].

Il nous semble peu plausible que l'absence de mention sur le remboursement d'un prêt dans les actes soit une preuve suffisante pour soutenir la thèse, selon laquelle ce prêt fût accordé à fonds perdu, comme le considèrent les éditeurs des P.Tebt. 61[b] (11. 299—

[208] Cf. Zaki Aly, *JJP* IV (1950) p. 299; G. Plaumann, *Idioslogos* p. 29.

[209] Amh. II 147 (IV—V[e] s. n.è.), cf. Johnson-West, *Byzantine Egypt* p. 170.

[210] J. Cvetler, *Le cosidette „anticipazioni"* p. 286.

[211] Voir A. B. Ranovitch, *Ellinizm* p 220; Idem, *Vostočn. provincii* p. 208; cf. BGU II 372 = W.Chr. 19 (154 n.è.).

[212] Cf. Tebt. 5 (118 av. n.è.) les *philantrôpa* de Ptolémée Evergète; voir sur la notion du φιλάνθρωπον M. Th. Lenger, *Studi in on. V. Arangio-Ruiz* I p. 483 ss. Cf. A. B. Ranovitch, *Ellinizm* p. 216 ss. Cf. SB 6944 (136 n.è.), voir R. Taubenschlag, *ZSS* 70 (1953) p. 288.

[213] On verra, sur ce papyrus, récemment N. N. Pikus, *Eos* XLVIII (1) = *Symbolae R. Taubenschlag* (1956) p. 221 ss. (en russe).

—312 et 313—316), P.Hib. 87 et P.Grad. 7. ainsi que dans le cas de P.Cair.-Zen. I 59113, si particulier qu'il soit[214].

C'est pourquoi nous pouvons émettre la supposition que toutes les avances, σπέρματα κεχορηγημένα[215], étaient remboursables et même si la question est passée sous silence[216], on reconnaît implicitement ce principe[217]. Les comptes des sitologues dans la rubrique des revenues de blè, σίτου τοῦ εἰσδεδεγμένου[218] attestent du grand nombre de remboursements des avances[219] et des prêts[220] à l'époque ptolémaïque et romaine[221]. On manque de donnés de l'époque byzantine.

Les débiteurs rendaient les avances avec une addition σπέρματα προσμετρούμενα[222], probablement pour les frais de manipulation[223], s'élevant de 6% à $^1/_6$ de la quantité due. Les comptes des sitolo-

[214] Voir J. Cvetler, *Le cosidette „anticipazioni"* p. 284.

[215] Tebt. 72 (114—113 av. n.è.) l. 313: τὰ δὲ κεχορηγημένα εἰς τὸν / σπόρον.

[216] Grad. 7 (ép. de Ptol. Evergète), cf. F. Weber, *Modalitäten* p. 51.

[217] Voir J. Cvetler, *op.cit.* p. 286.

[218] Tebt. III (1) 837 (177 av. n.è.) l. 5 s.

[219] PSI V 490 (258—7 av. n.è.) l. 13; Hib. II 212 (250 av. n.è.) ll. 12, 17, 38, 42; Gurob 23 (III$^e$ s. av. n.è.) col. I l. 20, col. II ll. 24, 27, 30, 35, 38; Tebt. III (2) 1030 (début du II$^e$ s. av. n.è.) l. 8 et saepe; Tebt. III (2) 1031 (début du II$^e$ s. av. n.è.) ll. 2, 4, 10; Tebt. III (2) 1022 (181 av. n.è.) ll. 22, 61—68, 79, 97, 129—134, 137; Tebt. III (2) 851 (176 av. n.è.) ll. 24, 53, 60, 88; Tebt. III (2) 837 (177 av. n.è.) l. 10; Tebt. III (2) 853 (173 av. n.è.); Tebt. III (2) 856 (ca 171 av. n.è.) l. 25; Tebt. III (2) 1010 (II$^e$ s. av. n.è.) l. 3; Tebt. III (2) 1011 (II$^e$ s. av. n.è.) ll. 6, 8, 14, 15; Ryl. II 72 (99—98 av. n.è.) l. 34—55; Lille 30 (ép. de Ptol. Evergète) l. 6; Lille 31 ll. 7, 11; Lille 32 ll. 6, 11; Lille 33 l. 4—7; Lille 34 l. 7; cf. Lille 35—37; voir T. Reekmans, *Chron. d'Eg.* XXIX No 58 (1954) p. 299 ss.

[220] Tebt. III (2) 1054 (II$^e$ s. av. n.è.) col. I l. 10; Tebt. III (2) 851 (176 av n.è.) ll. 36, 81, 89; Tebt. I 171 (fin du II$^e$ s. av. n.è.); Tebt. I 261 (124—3 av. n.è.); Tebt. I 97 (118 av. n.è.) l. 6; Tebt. I 89 (113 av. n.è.) ll. 30, 40, 44—46; Tebt. I 174 (ca 112 av. n.è.); Tebt. I 119 (105—1 av. n.è.) l. 9.

[221] WO 1546 (= BL I, 1) (16 n.è.) ll. 3, 5, 6; BGU VII 1570 (90—91 n.è.); Iand. VII 135$^a$ (I s. n.è.) ll. 2, 9; SB 7196 = Berl. Leihg. 4 = Sitol. 4 (165 n.è.) col. I l. 18, col. IV l. 14; Oxy. XIV 1745 (début du II$^e$ s. n.è.) ll. 13, 29 et Oxy. XII 1443 (227 n.è. ?) l. 8.

[222] Mich. VI 372 (179—180 ou 211—212 n.è.) l. 6; SB 7156, col. IV l. 14 ss.; BGU VII 1636 (155—6 n.è.); Iand. VII 135$^a$ ll. 5, 12.

[223] Voir le commentaire de M. Kalèn ad Berl. Leihg. p. 267 ss. ainsi que le commentaire des éditeurs ad BGU 1636 ll. 15, 18; A. C. Johnson, *Roman Egypt* p. 461; S. Le Roy Wallace, *Taxation in Egypt* p. 38.

[224] Oxy. V 833 (1 n.è.) l. 1—7; WO 1546 (= BL I, 1).

gues contiennent également des registres de remboursements de laὴ μιολία (ἀπὸὴ μιολίας σπερμ[άτων])[324], avec toutes ses variantes[225].

Le principe de remboursement des avances est attesté, d'autre part, par les χειρόγραφα des percepteurs de blé[226].

A l'époque romaine on voit agir des commissions spéciales, ἐπὶ παραδόσεως σπερμάτων[227], dont la tâche était de surveiller la qualité des avances remboursées. Ces commissions ne nous sont pas connues à l'époque ptolémaïque. Elles furent probablement créées au moment où les autorités romaines avaient introduit le principe de liturgie pour les offices de finances inférieurs[228].

## IV. Les avances aux semailles et les prêts de semences dans le bail privé

Il serait encore intéressant d'examiner la question des avances et des prêts dans les rapports du bail privé[229], dans la mesure, où les fermiers privés étaient compris dans le plan d'Etat d'approvisionnement en semences[230]. Le système que l'on appliquait ici était à peu près le même, compte tenu du fait que la planification se faisait sur la base du contrat de bail privé: συγγραφὴ μισθώσεως.

[225] SB 7196 col. I l. 12, col. IV l. 6.

[226] Comme p. ex. P. Lund VI 8 (III$^{e}$ s. n.è.) verso: χειρογρ (αφον) σπερμάτ-(ων) / πρ(ακτόρων) σιτι(κῶν) et P. Lund. VI 9 (III$^{e}$ s. n.è.) verso, de même façon que le payement des rentes (ἐκφόριον) est attesté par les quittances de rentes (Aberd. 31, 5, vii. 162 n.è.; P.O. 22, III$^{e}$ s. n.è.) et les quittances délivrées par les sitologues aux percepteurs (ἀπογενημάτων): Aberd. 32 (5. vii. 164 n.è.); Amh. II 120, cf. Lond. II 290 (p. 88) (85 n.è.), voir l'introd.; U. Wilcken, *Arch.f.Pap.* I (1901) p. 143; Idem, *Gr. Ostraka* I p. 653; F. Preisigke, *Girowesen* p. 138.

[227] Oxy. X 1262 l. 7; SB 8755 l. 10 s.; cf. Lund. VI l. 8—9: ἐπὶ καταγ(ωγῆς) καὶ ἀναδόσεως σπερμ(άτων).

[228] C'est pour cette raison que les commissions travaillant à la distribution des avances aux semailles et des prêts de semences (Oxy. VII 1031 l. 1—6; Flor. 21 l. 1—4) ainsi que les commissions assistant à la livraison des semences par les sitologues (Lond. II 256$^{e}$, p. 96 = W.Chr. 344; Oxy. XVIII 2185) avaient désormais le caractère liturgique (cf. E. Seidl, *Eid im röm.-äg. PR.* I p. 72).

[229] Voir S. Waszynski, *Bodenpacht* p. 78 ss. U. Wilcken, *Grundz.* p. 305 ss.; Sethe-Partsch, *Dem. Bürg.* p. 610 ss.; M. Rostovtzeff, *A Large Estate* p. 83 ss.; Mickwitz, *Geld u. Wirtschaft* p. 114 ss.; A. C. Johnson, *Roman Egypt* p. 74 ss.; A. B. Ranovitch, *Ellinizm* p. 193; Idem, *Vostočnyie provincii* p. 188, 190; R. Taubenschlag, *Law*$^{2}$ p. 355 ss.

[230] Cf. C. Préaux, *L'Economie* p. 121 s.

Les avances aux semailles, dans les rapports privés, à l'époque ptolémaïque, étaient accordées dans la relation d'une artabe par aroure, comme il en ressort des nombreux contrats de bail provenant du nome d'Oxyrhynchos des temps de Philopator[231]. Plusieurs de ces contrats contiennent la clause σὺν σπέρματι[232]. C'est du même nome que des contrats de l'an 216, 215 et les années suivantes se sont préservés contenant les clauses: κλῆρον ὅλον ασπε[ρμί[233], ἀσπερμοί[234], ἄσπερμον[235], ἄνευ σπέρμ[α]τος[236].

Plusieurs contrats de bail omettent la question des clauses[237]. Mais ceux d'entre eux qui prévoient un taux de redevance plus élevé, impliquent évidemment l'usage de l'avance[238]. Nous voyons ici une situation contraire à celle du bail d'Etat, où les fermiers recevaient toujours l'avance, même si la question n'était pas notifiée dans le contrat. Le fermier privé évitait au possible les avances qu'il devait rembourser avec le supplément de $50\%$[239]. A la rigueur il pouvait toujours obtenir un prêt à brêve échéance sans pourcentage, ἴσους ἀτόκους[240].

Les baux en question s'échelonnant de 1 à 5 ans concernaient en règle générale la terre des clérouques ou celles des catoeques[241].

[231] BGU VI 1263 (215—214 av. n.è.) l. 12 BGU VI 1264 (215—214 av. n.è.) l. 15—17.

[232] Frankf. 2 (215—4 av. n.è.) l. 13; Oxy. XIV 1628 (73 av. n.è.) l. 14; Oxy. XIV 1629 (26. vii. 44 av. n.è.).

[233] Frankf. 4 (216—5 av. n.è.) l. 10.

[234] Frankf. 1 (214—3 av. n.è.) l. 12.

[235] BGU VI 1262 (216—5 av. n.è.) l. 7; Hamb. II 188 (218 av. n.è.) l. 8.

[236] BGU VI 1270 (192—1 av. n.è.) l. 19; PSI X 1098 (51 av. n.è.) l. 11,

[237] Hib. 90 (222—1 av. n.è.); Hib. 91 (244—3/243—2 ou 219—8/218—7 av. n.è.).

[238] Amh. II 90 (159 n.è.); Oxy. XVIII 2188 (107 n.è.) cf. S. Waszyński, *Bodenpacht* p. 79.

[239] Cair. Zen. III 59414; Ent. 54 (218 av. n.è.) l. 6;

[240] Abl. 15 (31. x. 100 av. n.è.) l. 4 s., cf. le comment. de l'édit.; Grenf. I 10 (174 av. n.è.); Amh. II 43 (173 av. n.è.); Grenf. I 18 (132 av. n.è.); Grenf. I 23 (118 av. n.è.); Amh. II 47 (113 av. n.è.); Par. 9 (107 ou 104 av. n.è.). On trouve des exemples analogues de prêts de semences privés avec ou sans pourcentage dans P. Rein. (11), 8, 9, 10, 11, (12), 12, (13), 13, 14, 15, 16, 31, (18, 19), 20, 21, 22, (25), 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33 voir l'introduction de Th. Reinach p. 35, ss.

[241] Frankf. 4 (216—15 av. n.è.); Frankf. 2 (215—14 av. n.è.); cf. BGU VI 1263 et 1264; BGU VI 1268 (III$^{e}$ s. av. n.è.); BGU VI 1266 (203—2 av. n.è.); BGU VI 1270 (192—1 av. n.è.); Tebt. I 105 (103 av. n.è.); Tebt. I 106 (101 av. n.è.); PSI X 1098 (51 av. n.è.); Oxy. XIV 1628 (73 av. n.è.).

Les lots englobaient dix et quelques aroures. Les cas de sous-locations des terres d'Etat sont également connus, ἐθῆμεν μίσθωσιν τῆς ὑπαρχ[ού]σης μοι — βασιλ[ικ]ῆς γῆς[242].

A l'époque romaine on connaît des cas de locations[243] et de sous-locations[244] des terres, où le fermier lui-même fournit les semences, χωρηγοῦντος ἑαυτῶι σπέρματα[245], σπερμάτων χωρηγίας[246], ainsi que des cas où c'est le propriétaire de la terre en bail qui les délivre[247]. Les premiers impliquent l'existence des contrats de bail sans avance, ἀσπερμί[248], les autres — σὺν σπέρματι[249].

C'est aussi de la même époque que nous sont connus des contrats de bail ne contenant pas la clause en question[250]. M. Waszyński considère ceux-ci comme appartenant automatiquement à la catégorie des contrats avec avances[251]. Nous croyons que l'absence de cette clause dans les contrats en question est causée par le fait qu'il s'agissait ici de partenaires égaux qui considéraient inutile de la préciser dans le texte du contrat, lorqu'ils ne dépendaient pas économiquement l'un de l'autre. Les semences

[242] Tebt. 42 = W.Chr. 328 (ca 114 av. n.è.) l. 10; cf. A. B. Ranovitch, *Ellinizm* p. 197.

[243] Michael. 24 (2. xii. 296 n.è.) l. 1 ss.

[244] Osl. II 32 (1 n.è.) l. 14; PSI X 1134 (92 n.è.) l. 19; Flor. 20 (127 n.è.) l. 21.

[245] Mich. II 311 (34 n.è.) l. 16 s.; Princ. 146 (136 n.è.) l. 13; Mich. II 121 (42 n.è.) R. III col. VIII l. 2.

[246] Tebt. II 441 (91—2 n.è.).

[247] Ryl. IV 601 ll. 8, 23: σὺν σπέρμασι; Mich. II 348 (27 n.è.) l. 17; Osl. II 34 (188—9 n.è.) l. 6 s.; Oxy XXII 2351 (112 n è.). Cf. A. C. Johnson, *Egypt and Roman Empire* p. 101.

[248] Lond. II 139[a] (p. 200) (48 n.è.) l. 6; Corn. 8 (I n.è.) l. 12 s.; Mich. III 195 (121 n.è.) l. 12; Flor. III 370 (132 n.è.) l. 15; BGU I 39 (185—6 n.è.) l. 15.

[249] Michael. 19 (III[e] s. n.è.) l. 15—19; Mert. 10 (21 n.è.) l. 9; Ryl. II 166 (26 n.è.) l. 13; BGU II 538 (100 n.è.) l. 11; BGU III 918 (111 n.è.) l. 9; Mich. III 184 (121 n.è.) l. 9; CPR I 240 (126 n.è.) l. 14; Tebt. II 375 (140 n.è.) l. 21; PSI X 1124 (150 n.è.) l. 14; BGU I 227 (150—1 n.è.) l. 14; CPR 31 (ép. d'Antonin le Pieux) l. 23; Philad. 14 (155—6 n.è.) l. 10; PSI I 31 (164 n.è.) l. 9; Fam. Tebt. 44 (189 n.è.) l. 5; Tebt. II 377 (210 n.è.) l. 17; BGU IV 1018 (III[e] s. n.è.) l. 13; BGU II 644 (69 n.è.); Mich. V 315 (44—5 n.è.) l. 20; CPR I 35 = Wess.Stud. XX, 22 (184 n.è.) l. 11, voir *ZSS* XXI (1900) p. 378 s.; Oxy. XIV 1630 (prob. 222 n.è.) l. 5.

[250] Bad. 18 (61—62 n.è.); P. Warren 11 (10.IX.98 n.è.); Tebt. II 373 (110—111 n.è.,, Amh. II 88 (128 n.è.); cf. PSI V 468 (200 n.è.); Oxy. XVIII 2189 (220 n.è.), voir *Et. de Pap.* III (1936) p. 27 ss., Nr 13 (296 n.è.); Nr 14 (313 n.è.),

[251] Cf. S. Waszyński, *Bodenpacht l.c.*

provenaient sans doute des provisions personnelles du fermier[252]. Nous sommes alors d'avis qu'à cette époque aussi, ces contrats de bail privés ne contenant pas de clause „d'avance" étaient réellement des contrats sans avance.

Néanmoins, nous trouvons aussi à cette époque des contrats de bail contenant la clause relative au prêt de semences, δάνεια σπέρματα[253].

Ajoutons encore que les avances dans les contrats privés étaient accordées, comme à l'époque ptolémaïque, à la condition du payement du pourcentage de $^1/_3$: ε[ἰς] σπέρματα ἐπὶ τόκον τρίτον[254]. Cependant nous rencontrons des contrats qui ne prévoyaient aucun pourcentage[255].

Tous les cas précédents concernent la sous-location de la terre d'Etat[256], la location de la terre catoecique[257] et de la terre pri-

[252] Cf. BGU 39 (186 n.è.), voir le commentaire ad P.Lond. II 314 (p. 189).

[253] Philad. 15 (153—4 n.è.) l. 18, voir PSI VII 877 (152 n.è.) l. 5. Cf. PSI III 221 (IIe s. n.è.) l. 17; BGU II 631 (8.xii. 168 n.è.); Oxy. VI 910 (197 n.è.) l. 16 ss.

[254] Lond. III 1215 (p. 88) (7.xi 65 n.è.) l. 5 s.; voir Strasb. I 71 (IIe s. n.è.) l. 8 s.; Fouad. 43 (190—1 n.è.) l. 31; cf. Oxy. XII 1474 (216 n.è.) l. 18, et le comment. des éditeurs; Oxy. XIX 2240 (211 n.è.) ll. 8, 16; cf. Oxy. VII 1040 (225 n.è.) l. 10: ἐπὶ διαφόρῳ ἡμιολίας.

[255] Mert. 10 (28, vii. 21 n.è.); Ryl. II 166 (26 n.è.); Mich. V 315 (44—45 n.è.) l. 20; CPR 1 = M.Chr. 220 (83—84 n.è.) l. 10—12; BGU II 538 (6. v. 100 n.è.) l. 11; BGU III 918 (111—112 n.è.) l. 9 ss.; Oxy. XXII 2351 (112 n.è.) l. 23 s.; Mich. III 184 (121 n.è.) l. 9 s.; Mich. III 185 (122 n.è.) l. 10; CPR I 240 (126 n.è.) l. 14; Fam. Tebt. 44 (10.xi. 189 et 188—9 n.è.) l. 5; Tebt. II 377 (210 n.è.) l. 17 ss.; BGU IV 1018 (IIIe s. n.è.); Mich. III 195 (121 n.è.); Mich. III 196 (122 n.è.); Mich. III 197 (123 n.è.); Mich. III 198 (124 n.è.); Mich. III 199 (126 n.è.) et introd.

[256] Osl. II 32 (1 n.è.); Mich. V 311 (34 n.è.); Princ. 146 (36 n.è.); Mich. II 121 Recto III (42 n.è.) VIII; Tebt. II 441 (91—92 n.è.); PSI X 1134 (21.x. 92 n.è.); Flor. 20 (127 n.è.); Flor. III 370 (132 n.è.); BGU II 661 (140—1 n.è.); Lond. II 314 (p. 189) (19.x.149 n.è.); Philad. 15 (153—4 n.è.); *Et. de Pap.* V (1939) Nr 26 (p. 104—7) (296 n.è.).

[257] PSI X 1129 (24 p. n.è.) Mert. 10 (28.vii.21 n.è.) Mich. V 348 (27 n.è.); Mich. V 315 (44—45 n.è.); BGU II 644 (16.ix.69. n.è.); BGU II 538 (6.v. 100 n.è.); BGU III 918 (111—112 n.è.); CPR I 240 (126 n.è.); Tebt. II 375 (140 n.è.); BGU I 227 (150—1 n.è.); PSI 31 (164 n.è.); BGU 39 (185—6 n.è.); Fam. Tebt. 44 (10.xi.189 et 188—9 n.è.); Osl. II 34 (188—9 n.è.); Tebt. II 377 (210 n.è.); BGU IV 1018 (IIIe s. n.è.).

vée[258], comprenant quelques- à dix et quelques aroures pour la durée de 1 à 4 ans[259].

La forme et le style de la clause d'avance changent à l'époque byzantine, conformément à son contenu économique, qui, lui, change encore davantage. Les cas sont nombreux, où les fermiers sont obligés, selon la clause, de s'assurer les semences eux-mêmes, παρέχομεν σπερμάτων[260]. Les contrats sans clause apparaissent également[261]. D'autres contrats, du 6e siècle, contiennent la clause, sur la base de laquelle les fermiers reçoivent les avances[262], remboursables (ἀποδώσομεν[263]) avec l'ἡμιολίον[264]. Les prêts de semences accordés sous forme de προχρία σπερμάτων, apparaissant déjà à l'époque romaine, deviennent alors d'usage[265]. La location de la terre d'Etat[266] et de la terre communale[267] apparaît encore rarement, mais en règle générale nous avons affaire à la location des terres des grands propriétaires fonciers privés: γεοῦχου[268] et κτήτορος[269] à l'échéance d'un an[270]. La couche des grands propriétaires, si caractéristique dans la vie agricole byzantine[271], domine les pe-

[258] Ryl. II 166 (26 n.è.); Lond. II 139a (p. 200) (48 n.è.); Mich. III 184 (121 n.è.); Mich. III 185 (122 n.è.); PSI 1124 (150 n.è.); Philad. 14 (155—6 n.è.); Amh. II 90 (159 n.è.); Amh. II 91 (159 n.è.); Oxy. VI 910 (197 n.è.); Wess.Stud. XX 22 = CPR 35 (216 n.è.) cf. A. C. Johnson, *Roman Egypt* p. 79 (voir *ZSS* XXI p. 378 n. 1); Tebt. II 423 (216 n.è.); Oxy. XIV 1630 (222 n.è. ?).

[259] Cf. A. C. Johnson, *op.cit.* pp. 76, 81 ss.

[260] Oxy. I 103 (316 n.è.) l. 12; Lips. 23 (374 ou 390 n.è.) l. 21, cf. Lips. 22 (388 n.è.) l. 14 ss.; Lips. 24 (IVe s. n.è.).

[261] Tebt. II 373 (110—111 n.è.); CPR I 41 (308 n.è.).

[262] Lond. V 1694 (1re moitié du VIe s. n.è.) l. 14; Lond. V 1841 (536 n.è.); cf. Ross.Georg. III 44 (VIe s. n.è.) l. 6; Apoll. Anô 57 (18.ix.708 n.è.) l. 5.

[263] Oxy. I 133 (550 n.è.) l. 14 s.

[264] Amh. II 147 (IV—Ve s. n.è.) l. 7; cf. Flor. I 54 (314 n.è.).

[265] Thead. 60 (322 n.è.) l. 7 s., BGU II 586 l. 21 ss.; CPR 42 (326 n.è. ?) l. 20 s. cf. C. Wessely, l'introd. ad CPR I p. 151 ss.

[266] Cair. Masp. I 67113.

[267] Cair. Masp. I 67106 (9.x.539 n.è.).

[268] Oxy. I 103 (316 n.è.); CPR 42 (325 n.è.); Thead, 5 (338 n.è.); Lips. 23, 22, 24; Lond. V 1841, 1694; Ross.Georg. III 44; BGU I 308.

[269] Thead. 6; BGU II 586, cf. A. C. Johnson, *Egypt and Roman Empire* p. 77 s., 168 n. 28.

[270] Oxy. 103; Lips. 22.

[271] Oxy. VI 910; Thead. 5 l. 8, cf. Johnson-West, *Byzantine Egypt* p. 74; A. C. Johnson, *Egypt and Roman Empire* p. 81, 85 s., 92; M. Rostovtzeff, *Hell.World.* II p. 733; W. Schubart, *Ägypten* 238; R. Taubenschlag, *Law*[2] 232 ss.

tits propriétaires et les fermiers[272], entre autres en ce qui concerne l'approvisionnement en semences.

Venons en à la question qui se pose finalement: les fermiers privés étaient-ils compris dans le plan d'Etat d'approvisionnement en semences et dans quelles proportions? La réponse en est affirmative quant aux sous-fermiers de la terre d'Etat qui, à l' époque romaine[273] et probablement aussi à l'époque ptolémaïque[274], recevaient leurs semences des fermiers d'Etat, c'est à dire indirectement de l'Etat lui-même, sur la base du contrat de bail contenant la clause σὺν σπέρματι. A l'époque, romaine cependant, nous rencontrons, des cas où ces sous-fermiers sont approvisionnés en semences directement par l'Etat[275]. Il en est de même des fermiers des parcelles des clérouques ou des catoeques: ceux-ci, comme il ressort des contrats de l'époque ptolémaïque contenant la clause σὺν σπέρματι[276], obtiennent pour les fermiers de leurs lots des avances aux semailles[277]. Nous connaissons également de tels contrats à l'époque romaine[278].

## Conclusion

Nos observations sont basées en majeure partie sur les données provenant de deux nomes voisins de la Moyenne Egypte, celui d'Arsinoë et celui d'Oxyrhynchos. Nos conclusions peuvent pourtant, à la lumière d'autres matériaux de la Haute et Basse Egypte, être considérées valables pour tout le pays.

[272] Johnson-West, *Byzantine Egypt* p. 77, cf. Bad. 95 (VII$^{e}$ s. n.è.) ll. 41, 100, 205, 420, 451, 497.

[273] Flor. III 370 (132 n.è.); BGU II 661 (140—1 n.è.); Philad. 15 (153—4 n.è.).

[274] L'unique document qui mentionne un contrat de bail concernant la sous-location de la terre d'Etat, P.Tebt. 42 = W. Chr. 328 (ca 114 av. n.è.) passe la question de la clause sous silence.

[275] Oxy. VII 1031 (228 n.è.).

[276] BGU VI 1263 (215—214 av. n.è.); BGU VI 1264 (215—214 av. n.è.); Frankf. 2 (215—214 av. n.è.); Oxy. XIV 1628 (73 av. n.è.); Oxy. XIV 1629 (26.vii.44 av. n.è.).

[277] BGU VIII 1861 (80—51 ou 51—30 av. n.è.) cf. M. Rostovtzeff, *A Large Estate* p. 85.

[278] PSI X 1129 (24 av. n.è.); Mert. 10 (16.ix.21 n.è.); Mich. V 348 (27 n.è.); Mich. V 315 (44—45 n.è.); BGU II 644 (16.ix.69 n.è.); BGU II 538 (6.v.100 n.è.); BGU III 918 (111—112 n.è.); CPR I 240 (126 n.è.); Osl. II 34 (188 n.è.); Fam. Tebt. 44 (10. xi. 189 et 188—9 n.è.); Tebt. II 377 (210 n.è.); BGU IV 1018 (III$^{e}$ s. n.è.).

Nous espérons, par la différence établie dans ce travail entre les avances aux semailles et les prêts de semences, deux modes divers d'approvisionnement des cultivateurs dans un système compliqué mais ingénieux dont la forme des avances s'est avérée la principale[279], avoir contribué à une meilleure compréhension des rapports économiques d'Egypte gréco-romaine et des prescriptions juridiques et administratives qui les réglaient. Nous avons démontré, ce qui nous paraît essentiel, les rouages d'un appareil planifié et absolu, qui — en excluant la possibilité d'emploi des semences personnelles des cultivateurs[280] — rendait les paysans d'Egypte entièrement dépendants des autorités administratives, en assurant ainsi aux maîtres du pays, durant de longs siècles, le contrôle parfait de la production agricole, contrôle qui leur permettait, par conséquent, de garder dans leurs mains les rênes du pouvoir et de recueillir les somptueux bénéfices de cette exploitation implacable.

[*Varsovie*] *Czesław Michurski*

[279] Voir cependant M. Rostowzew, *Kolonat* p. 216; N. Hohlwein, *Le blé* p. 79.

[280] Voir cependant A. C. Johnson, *Roman Egypt* p. 460; N. Hohlwein *l.c.*

# NOTE SUR P. STRASB. 237

## (Une contribution au problème de l'ἄγραφος et ἔγγραφος γάμος)

*SUMMARIUM: Formas matrimonii in Oriente Antiquo vigentes examinans, auctor concludit matrimonium, quod* ἄγραφος γάμος *dicitur, in cohabitatione coniugum consisti, voce autem* γάμος ἔγγραφος *hoc genus matrimonii significari, in quo ad cohabitationem partium conventio scripta* (συγγραφή συνοικεσίου), *ad res pecuniares spectans, accedit.*

Si j'ose offrir à mon cher et éminent Maître, à qui je dois tant, ces modestes remarques dans les *Mélanges* qui lui sont dédiés, c'est que j'espère que l'hypothèse avancée ici, contribuera peut-être à l'élucidation d'un des problèmes les plus compliqués de la papyrologie juridique. Ce serait le meilleur hommage rendu au savant qui consacra les cinquante années de son infatigable activité scientifique à la recherche de problèmes si ardus de notre domaine, pour nous en donner ensuite la synthèse dont aucun papyrologue ne peut se passer aujourd'hui[1]. Les résultats de mon travail qui s'accordent en maints lieux avec la conception de M. Taubenschlag, diffèrent cependant de celle-là en quelques points. Je crois que je ne saurais mieux exprimer ainsi mon admiration pour celui, qui à nous ses disciples, enseignait de donner toujours, avant toute autorité, la priorité à son propre jugement scientifique quand il résulte de sources qui l'attestent.

* *
*

Le problème que nous abordons dans le présent article, celui de l'ἄγραφος et ἔγγραφος γάμος fut dans la littérature papyrologique le sujet d'une très large discussion[2] qui amena, pendant des

[1] *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2e éd. (Varsovie 1955) (cité plus loin comme *Law*[2]).

[2] Voir la bibliographie du sujet: H. J. Wolff, *Written and Unwritten Marriages*, *op.cit.* ci-dessous p. $2_5$, $48_{166}$; L. Wenger, *Quellen* (1955) p. 809; on consultera, en outre, J. C. Naber, *AHDO* I (1937) p. 245 ss.; G. A. Petropoulos, *Bibl.Or.* 5 (1948) No 3—4, p. 91 s.; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo p*[illegible]*v-*

années, une multitude de conceptions diverses et parfois entièrement contradictoires[3]. M. Wolff se chargea, dans une étude exhaustive, il y a 17 ans de cela[4], d'en donner une présentation critique et d'établir les traits caractéristiques des mariages dits „écrits" et „inécrits". Je considère donc superflu de rendre compte ici-même des opinions particulières concernant ce sujet. Il n'est pas non plus dans mon dessein d'entreprendre une polémique avec leurs auteurs[5]; le but de cet article serait seulement l'essai d'avancer une nouvelle interprétation de cette institution mystérieuse et de son origine dans le droit des papyrus.

## I

On rencontre fréquemment dans la littérature papyrologique l'opinion selon laquelle l'ἄγραφος γάμος serait lié à l'ancienne forme „libre" du mariage égyptien, valable d'après les règles du

---

*watne na tle praw antycznych* [= *Le droit privé romain et les droits de l'antiquité*] (1955) p. 247; J. J. Rabinowitz, *Jewish Law its Influence on the Development of Legal Institutions* (N.Y. 1956) (voir p. 86 ss.); — ce livre me fut accessible seulement quand le présent article se trouvait déjà sous presse.

[3] Voir la présentation brève et claire de cette discussion donnée par O. Montevecchi, *Aegyptus* 16 (1936) p. 7—14; on verra aussi le compte-rendu des opinions principales dans la littérature récente donné par E. Schönbauer, *Arch. f. Pap.* 13 (1939) p. 52—53.

[4] *Written and Unwritten Mariages in Hellenistic and Postclassical Roman Law* (1939) cf. R. Taubenschlag, *JJP* 1 (1946) p. 92.

[5] Je me permettrai seulement de remarquer, à ce propos, que, si l'éminent connaisseur du droit familial grec M. Erdmann (on verra son livre *Die Ehe im alten Griechenland*, *Münch. Beitr.* 20 [1934]) soutient que l'ἄγραφος γάμος (*Zum* ἄγραφος γάμος *der gr.-äg. Papyri* dans *Festschrift Koschaker* 3 [1939] p. 224 ss. et, part., 236) n'était rien d'autre „als ein für die Hetäre materiell gesichertes Konkubinat" (cf. P. Koschaker, *Deutsche Rechtswiss.* 5 [1940] p. 125 et, encore, Erdmann, *ZSS* 61 [1941] p. 56 ss.), cette opinion ne me paraît pas plausible non seulement en raison des arguments terminologiques (γάμος désigne toujours une union légitime, cf. Waser, *RE* 7 [1912] col. 693—4 et Lidell-Scott *s.h.v.*; ce terme ne peut donc pas être — comme le dit M. Erdmann — „un euphémisme qui apparaît seulement plus tard"), mais aussi parce que le critère le plus important de l'existence du soit-disant *affectus maritalis* (voir sur cette notion, dernièrement, M. G. Longo, *BIDR* 46 [1939] p. 19 ss.) indispensable, d'après M. Erdmann, — à côté de la συμβίωσις — pour créer un mariage, ne peut pas concerner la constitution de la dot comme l'élément „essentiel dans les conceptions de l'antiquité classique": le droit romain n'y attribuait donc pas une portée décisive dans la conclusion du mariage (voir la bibl. ci-dessous n. 11). L. Wenger (*Quellen* p. $809_{828}$) rejette, lui aussi, cette opinion de M. Erdmann.

droit de la population indigène[6]. Cette opinion, que nous trouvons aussi dans la nouvelle édition du manuel de M. Taubenschlag[7], nous paraît peu plausible. Des recherches antérieures ont déjà démontré[8] que l'ἀγράφως συνεῖναι était une coutume grecque, largement pratiquée, surtout dès le début de l'époque romaine;[9] il fut également prouvé que le droit gréco-égyptien ne connaissait à cette époque qu'un seul type de mariage, celui qui consistait en une union *de facto*[10], résultant, comme en droit romain[11], du consentement des parties et du fait de la vie commune, accompagnés par la volonté de donner à cette liaison un caractère durable.

Or, le terme ἄγραφος γάμος est, semble-t-il, une notion désignant justement ce „mariage sans contrat" du droit gréco-égyptien, pour la validité duquel n'étaient exigées ni la rédaction d'un contrat ni autres formalités prescrites par l'ancien droit matrimonial grec[12] et qui s'est produit par la suite du développement intérieur du droit familial grec en Egypte[13].

L'indication fournie par CPR 18[14] nous présente l'ἄγραφος γάμος lié au soit-disant ὁ τῶν Αἰγυπτίων νόμος[15], qui réglait cette institution d'une façon quelconque. L'on trouve dans la littérature papyrologique l'opinion selon laquelle ce νόμος serait un recueil des lois de la population indigène, ce qui donne, par conséquent, à certains auteurs un argument de plus pour soutenir la thèse

[6] Voir la bibliographie: H. J. Wolff, *op.cit.* p. $50_{172}$. L. Wenger, *Quellen l.c.* p. 809 n. 832, remarque à ce propos: „Die Frage des Zusammenhanges des national-ägyptischen und von diesem beeinflussten hellenistischen Rechts der sog. 'losen Ehe' mit dem Rechte des ἄγραφος γάμος ist noch nicht spruchreif".

[7] *Law*[2] p. 116.

[8] Cf. H. J. Wolff, *op.cit.* p. 48 ss.

[9] Cf. idem, *Tijdschr.v.Rg.* 20 (1955) p. 170 ss.

[10] Idem, *Written and Unwritten*, *op.cit.* p. 66.

[11] Cette thèse, due aux recherches de M. Volterra (voir *La conception du mariage d'après les juristes romains* [1940] et, récemment, *RIDA* 3 sér., 2 [1955] p. 365 ss.) est aujourd'hui généralement adoptée par la science: voir, p.ex., le nouveau excellent manuel de M. Kaser, *Das röm. Privatrecht* (1955) pp. 63, 275 ou le nouveau manuel polonais de M. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne* [= *Le droit romain privé*] (1955) p. 253 ss.

[12] Voir, sur la question, W. Erdmann, *Die Ehe* p. 197 ss.

[13] Cf. H. J. Wolff, *Traditio* 2 (1944) p. 44.

[14] L. 7 (124P·); cf. Oxy. 237, VII 1.5.

[15] Voir, sur la question, l'article de M. Taubenschlag, *JJP* 2 (1948) p. 68.

sur l'origine égyptienne de l'ἄγραφος γάμος[16]. Or, les sources, tout en attestant son existence dès le début du II^e^ s. de notre ère[17], ne nous permettent pas encore aujourd'hui d'établir précisément ce qu'était ce νόμος mystérieux[18]. Nous savons aussi que les Romains ne faisaient pas en principe de différences entre la population aborigène et la population mixte, en appliquant le terme commun Αἰγύπτιοι à tous les habitants d'Egypte[19]. Mais dans la pratique quotidienne, néanmoins, les conquérants se heurtèrent aux institutions de la population gréco-épyptienne, qui représentait le meilleur élément des cadres de l'administration locale[20], sans doute beaucoup plus fréquemment qu'au complexe, assez restreint par ailleurs, des lois de la population indigène. Je partage alors entièrement l'opinion de M. Taubenschlag, prononcée dans les premières pages de la nouvelle édition de son manuel[21], selon laquelle ὁ τῶν Αἰγυπτίων νόμος serait une codification du droit mélangé, pratiqué par la population gréco-égyptienne, cette partie des habitants de l'Egypte qui représentaient pour la politique romaine l'intérêt le plus grand. Dans une telle situation, la présence de l'ἄγραφος γάμος dans ce νόμος ne nous apprendrait rien de plus sur cette institution, sinon qu'elle en était une du droit gréco-égyptien, sans nous permettre d'en déduire quoi que ce soit sur l'origine grecque ou égyptienne de l'institution elle-même.

[16] Voir, en dernier lieu, R. Taubenschlag, *Law*[2] p. 115—116.

[17] Cf. *ibid.* p. $6_{14}$.

[18] Il convient de remarquer qu'il n'y a pas d'unanimité parmi les savants à ce sujet. M. Taubenschlag, *Law*[2], considère, une fois, ce νόμος (p. 6) comme un code introduit par les Romains pour toute la population d'Egypte (c.-à-d. les Gréco-Egyptiens ainsi que les Egyptiens d'origine), l'autre fois (p. 8) — comme la loi de la „racially mixed population" (c.-à.-d. seuls les Gréco-Egyptiens) et encore une autre fois (p.116) comme la loi de la population égyptienne. M. Wolff (*ZSS* 70 [1953] p. 43 cf. *Written and Unwritten*, *op.cit.* p. 63 ss.), par contre, identifie ὁ τῶν Αἰγυπτίων νόμος avec ὁ τῆς χώρας νόμος (cf. R. Taubenschlag, *l.c.* p. $6_{14}$). M. Seidl (*ZSS* 52 [1932] p. 425) souligne justement que le terme Αἰγύπτιοι désigne, avant tout, la population gréco-égyptienne en opposition aux Romains, mais pourtant il s'incline à lier ὁ τῶν Αἰγυπτίων νόμος à la population indigène, en arrivant à la conclusion „dass der in der Römerzeit so genannte γάμος ἄγραφος im national-ägyptischen Recht geregelt war".

[19] Comme l'a prouvé E. J. Bickermann, *Arch.f.Pap.* 9 (1930) p. 40 ss. (cf. H. I. Bell, *Egypt from Alex. the Great to the Arab Conquest* 1948 p. 70; R. Taubenschlag, *Law*[2] p. $6_{13}$).

[20] Cf. V. Tcherikover, *JJP* 4 (1950) p. 197.

[21] P. 6—7.

Par contre, un argument particulièrement précieux, qui paraît justifier la thèse avancée ci-dessus, nous est donné actuellement par les nouvelles sources[22] qui attestent la présence de l'ἄγραφος et ἔγγραφος γάμος dans les textes provenant d'Alexandrie et se rapportant aux citoyens alexandrins[23]. Il est hors de doute qu'il s'agit ici d'une institution étrangère au droit alexandrin qui, lui, connaissait une forme spéciale de la conclusion du mariage[24]. Nous y trouvons un cas de réception du droit de la χώρα dans le droit de la cité. Il est très peu probable que ce fût le droit égyptien qui arriva jusqu'à la capitale; par contre la réception des éléments grecs du mélange gréco-égyptien par le droit d'Alexandrie, et vice-versa, est entièrement admissible. Les nouveaux papyrus de Hambourg publiés par M. Snell et ses collaborateurs nous en donnent des exemples caractéristiques[25].

Quant aux arguments qui déduisent l'origine égyptienne de l'ἄγραφος γάμος de ses effets légaux[26], telle l'absence de la *testamenti factio activa* du fils — né d'un ἄγραφος γάμος — du vivant de son père, ou le principe que le mari ne devient pas le κύριος de son épouse agraphique[27], ou bien le droit du père de dissoudre le mariage de sa fille procréée dans une union inécrite et mariée également ainsi, il est possible que certains éléments du droit indigène surgissent ici du droit de la population mixte[28]. Faute d'une documentation suffisamment riche, le problème des effets légaux de l'ἄγραφος γάμος ne peut pas avoir pour la question elle-même une valeur décisive. Quoi qu'il en soit, ces arguments ne sauraient jamais justifier la thèse — combattue dernièrement par M. Schönbauer[29] — qui voit une liaison directe entre l'ἄγραφος γάμος et le mariage „libre" égyptien. N'oublions pas que celui-ci était une

[22] PSI XII 1223 (131P·) l. 9—11 et 1224 (156—7P·) l. 9—10, voir l'introd. de l'éditeur.

[23] Voir PSI 1223 l. 7.

[24] H. J. Wolff, *Written and Unwritten*, *op.cit.* p. 34 ss.

[25] Voir, p.ex., Hamb. II 168 (IIIe s.a·) l. 18 (concernant les διαιτηταί) cf. R. Taubenschlag, *JJP* 9—10 (1956) p. 531.

[26] R. Taubenschlag, *Law*[2] p. 115.

[27] Si dans Mich. V 272 (45—46P·) le mari n'est pas tuteur de sa femme liée à lui par une union écrite, c'est sans doute qu'elle a dû, en concluant un acte juridique avec lui, avoir un *tutor ad actum* (cf. R. Taubenschlag, *l.c.* p. 173—4 et n. 17).

[28] Voir V. Arangio-Ruiz, *Persone e famiglia* (1930) p. 76 ss.

[29] *Arch.f.Pap.* 13 (1939) p. 52 ss.

union *minoris iuris* tandis que l'ἄγραφος et l'ἔγγραφος γάμος de l'époque romaine, sont toutes deux des unions légales de plein droit[30]. Il convient d'ajouter que dans quelques nouveaux documents où il est fait allusion à l'ἄγραφος[31] et ἔγγραφος γάμος[32], la thèse sur l'origine égyptienne de l'ἄγραφος γάμος n'est nullement justifiée.

## II

Si le terme ἄγραφος γάμος désigne le mariage de fait, pratiqué par les Grecs d'Egypte de l'époque romaine, quelle est alors la nature de la notion opposée, l'ἔγγραφος γάμος? Ici, un papyrus de la collection de Strasbourg, qui — récemment publié par M. Schwartz[33] — occasiona d'ailleurs toutes ces observations, nous fournit, semble-t-il, une réponse définitive. Il s'agit d'un contrat, daté du 7—26 Octobre 142 de notre ère à Ptolémaïs Evergetis[34]. Un certain Maron, Perse de l'épigoné, âgé de 40 ans, déclare ici avoir reçu la dot de sa femme nommée Boubastous, fille de Héliodore, âgée de vingt et quelques années[35], avec laquelle il „vit" déjà depuis un certain temps[36], et de sa mère, Alexandra alias Sempronia, âgée de 74 ans. Les deux femmes sont assistées par leur tuteur[37], un parent nommé Ptolémée, fils de Souchion. Comme l'éditeur le remarque[38], la belle-mère de Maron donne des objets estimés à 24 drachmes (l. 18—19), soit un montant équivalant au tiers de ce qu'apporte Boubastous elle-même. Le papy-

[30] L. Wenger, *Quellen* p. 809 (cf. O. Montevecchi, *Aegyptus* 16 [1936] p. 15, II⁰). J'étais heureux de constater que M-lle Préaux, dans sa conférence faite le 23 septembre 1956 à la session de la Société J. Bodin à Leyde, partage la même opinion.

[31] Mich. V 322a (46P·) l. 2.

[32] Mich. V 321 (42P·) l. 48; 272 (45—6P·) l. 1.

[33] Strasb. 237 (P.gr. 2248 r.): *Bull. de la Fac. des Lettres de Strasbourg*, 34e année, No 4 (1956) p. 191—3.

[34] Cf. le comment. de l'éd. ad l. 3.

[35] Sur l'âge des époux dans le droit des papyrus voir R. Taubenschlag, *Law*² p. 112, chap. 4; sur les différences d'âge entre époux cf. M. Hombert — Cl. Préaux, *Recherches sur le recensement* (1952) p. 161 ss.

[36] L. 6—7: τῇ προούσῃ κ[α]ὶ [συ]νο[ύ]σῃ αὐτῷ..[.....] [γ]υναικὶ.

[37] Sur la compétence du κύριος cf. R. Taubenschlag, *AHDO* 2 (1938) p. 293 ss.; mon art. *JJP* 9—10 (1956) p. 360 ss.

[38] L.c. p. 192 ad l. 6.

rus est assez mutilé et il n'en reste plus que des traces indéchiffrables après la clause Συμβιούτωσαν οὖν ἀλλήλοις κτλ.[39]

M. Schwartz désigne ce document par le terme „contrat de mariage". Cette définition exige des éclaircissements, car elle ne reflète pas très précisément le contenu de notre texte. Il est vrai que déjà Mitteis appliquait le même terme à d'autres documents de caractère analogue[40]. Mais il convient de souligner, ce que fait d'ailleurs l'éditeur dans son commentaire[41], que les parties étaient déjà liées par une union *de facto* avant que le document en question fût rédigé. Celui-ci ne peut donc pas, en conformité avec ce que nous venons de remarquer ci-dessus[42], être consideré comme un contrat de mariage, dans le sens de l'acte de sa conclusion, étant donné que celle-là a eu lieu auparavant.

Il n'est donc pas question, tant dans le cas présent que dans un groupe de documents analogues connus jusqu'alors[43], d'un contrat de mariage proprement dit, mais d'un accord matrimonial, contracté entre des personnes déjà unies par les liens conjugaux. Le but de cet accord est, avant tout, de régler les relations de caractère pécuniaire et, plus précisément, la question de la dot apportée par la femme à son mari[44]. Ajoutons que cet accord est très souvent accompagné par d'autres dispositions du même caractère, tendant au règlement de la future situation matérielle du couple, tels les contrats successoraux ou les testaments réciproques[45], ainsi que les *divisiones parentis*, faites par la mère d'un des époux au profit des contractants eux-mêmes[46]. Nous pourrions alors dire que les documents en question constituent un règlement écrit des rapports patrimoniaux du mariage basé sur une liaison inécrite.

[39] L. 19—20, cf. l'éd. p. 193, *in fine*.

[40] P.ex. Chrest. 313 (= BGU I 183): „Ehekontrakt"; de même 312 (= CPR 28); 182 (= BGU 1045), voir ci-dessous.

[41] P. 192, ad l. 6.

[42] P. 141.

[43] Nous en trouverons une liste établie par M. Wolff, *op.cit.* p. $58_{205}$; voir aussi O. Montevecchi, *l.c.* p. 18.

[44] Sur le droit dotal grec voir, récemment, E. Gerner, *Beiträge zum Recht der Parapherna* (*Münch.Beitr.* 38, 1954).

[45] Voir, p.ex. CPR 28 = M.Chr. 312 cf. L. Mitteis *ad loc.*

[46] Voir BGU 251; 183 = M.Chr. 313; 152 cf. Mitteis *ad loc.* Il n'est malheureusement pas possible de constater si des dispositions semblables se trouvent également dans la partie indéchiffrée du papyrus de Strasbourg.

C'est dans ce sens que le P. Strasb. 237 et les autres documents analogues pourraient être définis comme actes de conversion de l'ἄγραφος en ἔγγραφος γάμος[47]. Le terme ἄγραφος n'apparaît expressément que dans un seul texte, notamment BGU 1045[48]. Mais, en acceptant la définition de l'ἄγραφος γάμος établie par L. Wenger[49], comme „eine als Ehe gewollte Lebensgemeinschaft", et étant donné le même contenu de tous les documents en question, nous pouvons, suivant l'opinion généralement admise, considérer également les autres cas, notre papyrus y compris, comme actes de transformation d'une union inécrite en celle dont les rapports de fortune seraient réglés sur la base d'un écrit[50], ce qui correspondrait à la notion d'ἔγγραφος[51].

Le fait que les contractants ainsi que les autres personnages apparaissant dans ces textes portent parfois des noms grecs et parfois des noms d'origine égyptienne, renforce seulement — compte tenu du fait que les données onomastiques ne peuvent être, à cette époque, d'une portée décisive dans la question de nationalité[52] — notre opinion qu'il s'agit là uniquement du droit de la population mixte[53]. Cela concerne aussi la participation de la mère de l'épouse à la conclusion de l'acte même, dans le papyrus de Strasbourg et à deux autres reprises[54], qui dérive de l'institution de la *materna potestas* locale et des droits que les règles gréco-égyptiennes accordaient à la mère concernant le mariage de ses enfants[55].

[47] Ainsi R. Taubenschlag, *JJP* 9—10 (1956) p. 571 cf. H. J. Wolff, *op. cit.* p. 58.

[48] L. 7—8.

[49] *Aus Novellenindex u. Papyruswörterbuch* (*SB Bayer.Ak.* 1928) p. 77 cf. Quellen p. 809.

[50] Cf. H. J. Wolff, *op.cit.* p. 58 et la bibliographie citée n. 207; voir, en outre, P. Collinet, *Münch.Beitr.* 19 (1934) p. 138.

[51] Voir Preisigke, *WB s.h.v.*; Lidell-Scott *s.h.v.* cf. R. Taubenschlag, *Law*[2] p. 293, 4.

[52] Voir, sur les relations des nationalités en Egypte romaine la bibliographie citée par R. Taubenschlag, *l.c.* p. 5—6 n. 12.

[53] Le fait que dans la plupart des cas (Ryl. 154 l. 3; BGU 251 l. 2; BGU 183 l. 3; BGU 252 l. 3; BGU 232 l. 3; CPR 28 l. 2) les hommes portent l'épithète de Perse de l'épigoné ne joue pas non plus un rôle particulier dans notre problème; voir, sur cette épithète, J. G. Tait, *Arch.f.Pap.* 7 (1924) p. 180 ss. cf. F. Zucker, *RE* 19 col. 913; R. Taubenschlag, *Law*[2] p. $12_{29}$.

[54] BGU 251; BGU 183 = M.Chr. 313.

[55] Cf. R. Taubenschlag, *l.c.* p. 149 ss.; sur la *materna potestas* dans les sources épistolographiques voir mon art. *JJP* 9—10 (1956) p. 355 ss.

Il convient de remarquer que ces droits étaient reconnus déjà dans les plus anciennes coutumes grecques[56].

Venons-en enfin au point culminant du problème. Dans le P. Strasb. 237, pour désigner l'acte même, on emploie l'expression ἅμα τῇ τ̣[ο]ῦ̣ [γ]άμου συνβ[ίωσει[57]. M. Schwartz, un éditeur expérimenté à qui nous devons un lot d'excellentes publications, nous informe que cette lecture et „paléographiquement sûre"[58]. La photocopie qu'il a eu la gentillesse d'envoyer à l'Institut Papyrologique de Varsovie nous a permis de constater l'exactitude de la lecture de ce passage, où nous croyions pouvoir trouver aussi une autre possibilité d'interprétation des traces de lettres très peu claires à la l. 13, et notamment: ἅμα τῇ τ̣[ο]ῦ̣ [γ]αμοῦ συνγ̣[ραφῇ. Le terme συγγραφή γάμου, courant dans les papyrus, serait un équivalant du terme συγγραφή συνοικεσίου[59]. Cependant, tout en nous tenant à la lecture préférable de ἡ τοῦ γάμου συμβίωσις, ce terme est, lui aussi, sans aucun doute, comme le P. Fam. Tebt. 21 le prouve[60], un synonyme de la συγγραφή συνοικεσίου. Sa présence dans le document en question nous engage à considérer que l'ἔγγραφος γάμος n'est rien de plus qu'un mariage conclu sur la base de la συγγραφή σονοικεσίου, produit de la pratique notariale hellénistique[61], qui toujours est encore d'usage au début de l'époque romaine[62]. L'apparition du terme συγγραφή, sans aucun adjectif, dans Ryl. II 154[63], ainsi que le fait que tous les actes de „conversion", dont nous avons parlé plus haut, sont rédigés, à peu de choses près, de la même façon et emploient les mêmes clauses (en révélant, peut-être, l'existence d'un formulaire commun) nous incline à croire que dans tous ces cas nous avons également af-

[56] Voir W. Erdmann, *ZSS* 59 (1939) p. 545.

[57] L. 13.

[58] Le comment. *ad loc.*, p. 193.

[59] Cf. W. Erdmann, *Festschr. Koschaker* 3 (1939) p. 225 n. 4.

[60] (122p.) l. 10: κατὰ σ̣υγγραφὴν γ̣[ά]μου, cf. l. 11: κατὰ τὴν αὐτὴν συμβίωσιν, voir le comment. de l'éditeur, M. van Groningen ad l. 11 (p. 77).

[61] Cf. R. Taubenschlag, *Law*[2] p. 113.

[62] Voir, par exemple, (d'après H. J. Wolff, *op.cit.* p. 11 n. 23) Oxy. II 250 (61p·) l. 16; 266 (96p·) l. 11 (cf. le comment. des éd. ad loc.); Amh. 71 (178—9p·) l. 8; voir, sur la question, R. Taubenschlag, *op.cit.* p. 114 n. 38. BGU 1101 porte sur le droit alexandrin (cf. ibid. p. $115_{45}$) et n'a rien à faire à notre problème.

[63] Un autre cas de la même συγγραφή nous est donné, peut-être, par Mich. 123 recto XII l. 12 (49p·).

faire à la même συγγραφή συνοικεσίου. La supposition de M. Taubenschlag qui voyait dans l'ἔγγραφος γάμος la continuation de l'ancienne συγγραφή συνοικεσίου[64], trouverait ici alors sa confirmation entière.

Le dualisme des mariages dits ἄγραφος et ἔγγραφος n'est donc pas le dualisme de deux différentes catégories de mariage, appartenant à de différentes sphères de la culture juridique d'Egypte. Ces deux termes révèlent seulement deux aspects formels du même type de mariage créé par le droit grec en Egypte à l'époque romaine: le mariage de fait, accompagné par un accord patrimonial écrit, ou non. Si le couple, lié par une union agraphique, procède au règlement de ses rapports de fortune par la voie de la συγγραφή συνοικεσίου, sous une forme modifiée, leur mariage portera le nom d'ἔγγραφος γάμος. En cas où la rédaction de cet accord se fait au départ de la vie conjugale, l'union est considérée comme engraphique *ex tunc*. Donc, si le fait nous surprend quand la συγγραφή συνοικεσίου — qui accorde, dans les documents discutés ci-dessus, la qualité d'ἔγγραφος γάμος à une union inécrite — ne contient pas de clause portant sur l'ἔκδοσις[65], la raison n'en est pas que l'ἄγραφος γάμος suivi d'un accord patrimonial soit considéré du point de vue juridique comme l'équivalant de l'ἔγγραφος γάμος[66]. La raison en est plutôt que l'ancienne coutume de donner la fille en mariage par l'ἔκδοσις fut remplacée par l'union *de facto*[67], et le document tend seulement au règlement de la situation financière des époux. En outre, l'ἔκδοσις serait inutile, car le mariage est un fait accompli. Si les documents d'Oxyrhynchos la mentionnent pourtant[68], c'est qu'on ne peut l'attribuer qu'à l'application d'un formulaire contractuel local[69].

## III

Le problème qui se pose encore est celui de l'origine des notions d'ἄγραφος et ἔγγραφος γάμος. Ces termes, inconnus jusqu'alors

[64] *Law*² p. 117; on consultera également les observations de M-lle Montevecchi, *Aegyptus* 16 (1936) p. 17 s.

[65] R. Taubenschlag, *l.c.* p. 117.

[66] *l.c.*

[67] H. J. Wolff, *op.cit.* p. 5.

[68] O. Montevecchi, *op.cit.* p. 18; voir, en outre, le comment. de M-lle Wegener ad P. Oxf. 15, p. 65.

[69] Ainsi Montevecchi, *l.c.*

au langage des papyrus, sont-ils un phénomène purement local, ou rencontrons-nous ici une influence étrangère dans le droit gréco-égyptien? Nous voudrions attirer l'attention des papyrologues sur une possibilité de solution de cette question qui n'a été jusqu'à présent relevée qu'à deux reprises, par de vagues allusions dans la littérature scientifique[70].

Il est surtout frappant que ces deux notions n'apparaissent dans les papyrus qu'à la moitié du 1er siècle de notre ère[71]. C'est une époque qui est pour l'Egypte non seulement le commencement de l'influence de la culture juridique romaine, mais aussi celle qui ouvre les portes du pays vers l'Orient et facilite la pénétration des conceptions juridiques orientales[72]. Compte tenu de la renaissance de la culture juridique babylonienne[73], au fur et à mesure du développement des rapports commerciaux[74], l'Egypte semble subir l'influence orientale dans sa vie juridique[75], qui s'exprime, en ce qui concerne le droit matrimonial, par l'apparition du mariage dit *errēbu*[76] ou, comme nous l'avons souligné récemment, par la divulgation des unions consanguines[77].

Or, il est notoire que le droit babylonien exigeait en principe

[70] E. Cuq, *Etudes* (1929) p. 28—29; M. San Nicolò, *Beiträge* (1931) p. 91 n. 1.

[71] Le terme ἀγράφως συνεῖναι apparaît, on le sait, pour la première fois dans P.Oxy. 257 (ca 40p·) = M.Chr. 281 l. 18 cf. L. Wenger, *Aus Novellenindex* p. 73; H. J. Wolff, *op.cit.* p. 70 ss.; L. Wenger, *Quellen* p. 809. Le fait même que le couple, qui vit déjà ensemble, conclut un accord patrimonial, est attesté déjàpour l'an 11—19p· par PSI 36a (cf. H. J. Wolff, *op.cit.* p. 69).

[72] Voir, sur la question, les travaux récents de R. Taubenschlag, *Das babylonische Recht in den griech. Papyri* (*JJP* 7—8 [1954] p. 169 ss., cf. J. Klíma, *IVRA* 6 [1955] p. 284—5) et sa conférence au 8e Congrès Papyrologique à Vienne; on consultera également les observations du même auteur à propos de G. Cardascia, *Les Archives de Murašû* (1951) dans *JJP* 9—10 (1956) p. 527 s.

[73] Cf. M. San Nicolò, *ZSS* 48 (1928) p. 48 ss.

[74] Voir M. Chvostov, *Istoria vostotchnoy torgovlii greko-rimskogo Egipta* [= *L'histoire du commerce de l'Egypte gréco-romaine avec l'Orient*, en russe] (Kazan 1914).

[75] Les papyrus araméens d'Eléphantine de la collection Wilbour publiés par E. G. Kraeling (cf. E. Volterra, *IVRA* 6 [1955] p. 349 ss.) jettent maintenant une nouvelle lumière sur le problème des rapports entre le droit du Proche-Orient et celui de l'Egypte (voir M. San Nicolò, *l.c.* p. 43); on consultera, à ce sujet, le livre de M. Rabinowitz cité ci-dessus p. 210 n. 3, voir pourtant E. Seidl, *Ägypt. Rechtsgeschichte der Saiten- und Perserzeit* (Ägyptol. Forsch. 20, 1956) p. 71 ss. et part. 73.

[76] Cf. R. Taubenschlag, *JJP* 7—8 (1954) p. 177 ss. et *Law*$^2$ p. $118_{56}$.

[77] *JJP* 9—10 (1956) p. 348.

la rédaction d'un écrit pour la conclusion du mariage[78]. De telles conditions se trouvent, déjà antérieurement dans les lois d'Ešnunna[79], ainsi que plus tard, dans les prescriptions du droit assyrien[80], hittite[81] et juif[82]. Mais il résulte, néanmoins, de l'inerprétation du § 128 du CH, qu'à côté du mariage pour lequel on exigeait pour sa validité[83] la rédaction d'un contrat, le droit babylonien en admettait cependant une autre forme légale, celle basée sur le seul fait de la vie commune des époux[84]. De même, le teneur des §§ 27—28 du CB[85] et § 34 du RLA[86] permet de constater que le ma-

[78] CH § 128; voir, de la riche bibliographie, V. Korošec, *Ehe* (*Reallexicon d. Ass.* II) p. 2 et, en dernier lieu, G. Cardascia, *Les droits cunéiformes* (dans: R. Monier — G. Cardascia — J. Imbert, *Histoire des institutions et de faits sociaux* [1956]) p. 54. Au sujet du consentement des parents cf. J. Klíma, *Ar. Or.* 16 (1949) p. 329 n. 2.

[79] CB § 27—28 (le texte et la traduction française: E. Szlechter, *Les lois d'Ešnunna* [1954] p. 22), voir J. Klíma, *l.c.*; E. Szlechter, comment. ad loc. p. 49; G. Cardascia, *l.c.*

[80] RLA § 34 cf. V. Korošec, *l.c.* p. 7; G. R. Driver — J. C. Miles, *Ass. Laws* (1935) p. 136; A. van Praag, *Le droit matrimonial ass.-bab.* (1945) p. 186 ss.; G. Cardascia, *op.cit.* p. 56.

[81] V. Korošec, *Raub- und Kauf-Ehe im hethitischen Recht* (*Stud. Riccobono* I, p. 551 ss.); idem, *Ehe*, *op.cit.* p. 14. Sur le droit familial hittite voir, en général, G. Furlani, *Il diritto degli Hittiti* (1940) p. 67 ss. (cf. L. Wenger, *Arch. f. Pap.* 15 p. 216 s.).

[82] E. Neufeld, *Ancient Hebrew Marriage Laws* (1944) p. 152 ss.

[83] La question de la validité du mariage babylonien a été abordée, le plus largement par M. A. van Praag dans son livre *Le droit matrim. ass.-bab.*, *op. cit.* Je ne suis pas parvenu à y trouver une idée uniforme des éléments de validité du mariage. Or, une fois, la rédaction d'un „acte matrimonial" est la condition absolument requise (p. 88), l'autre fois, cet acte ne vaut que „*probationis causa*" (p. 205—6 — la rédaction de celui-ci n'est plus alors, — permettons-nous d'employer la terminologie de l'auteur — exigée „*ad solemnitatem matrimonii*") et „le droit babylonien semble avoir permis de s'en passer (moins souvent que le droit assyrien)", et, enfin, (p. 207) „le point central en est (scil. du droit matrimonial assyro-babylonien) la *copula carnalis* qui, exercée avec une intention matrimoniale, fait un mariage consommé". Ici le rôle du document est déjà complètement secondaire.

[84] L'on peut trouver cette interprétation surtout dans le brillant commentaire du CH de Driver-Miles, *Bab. Laws* I (1952) p. 245 ss. et, encore antérieurement, chez P. Koschaker, *Rechtsvergl. Studien zur Gesetzgebung Hammurabis* (1917) p. 111 (voir, cependant, idem, *Eheschliessung u. Kauf* dans *Ar. Or.* 18, No 3 = *Symbolae Hrozný* 4 [1950] p. 283).

[85] Cf. E. Szlechter, *op.cit.* p. 50.

[86] Voir M. Schorr, *Pomnik prawa staroassyryjskiego* [= *Un monument de l'ancien droit assyrien*, en polonais] (1923) p. 43; V. Korošec, *Ehe*, *op.cit.* p. 9 et *Orientalia* 4 (1937) p. 10 ss.; P. Koschaker, *Eheschl.*, *op.cit.* p. 242 ss.

riage de fait n'était pas étranger à la pratique juridique de l'ancien Proche-Orient[87]. Cette forme de mariage était sans doute aussi pratiquée chez les Hittites[88] et le peuple hébreu[89].

Ceci nous engage à supposer que les droits cunéiformes, selon toute probabilité, et le droit babylonien particulièrement, n'ignoraient pas le dualisme existant à la suite des deux formes de mariage qui étaient parallèlement d'usage: l'un conclu par la rédaction d'un acte écrit, l'autre — de fait.

Les lois babyloniennes, comme l'orientaliste soviétique M. Diakonoff le souligna récemment[90], étaient une sorte d'amendement de l'ancien droit coutumier, là où ce droit n'était pas suffisamment efficace pour régler les nouvelles conditions de vie. Or, le plus ancien droit babylonien n'exigeait évidemment pas la rédaction d'un écrit pour la conclusion du mariage[91]. A mesure qu'avaient lieu le développement et les changements des relations économiques et politiques, le droit coutumier se trouva en collision avec l'intérêt du législateur, pour lequel une stabilisation des rapports matrimoniaux était nécessaire. Ceci pouvait se réaliser par l'introduction de certaines rigueurs et avait indubitablement pour but d'empêcher toutes sortes d'excès de moeurs, dont l'existence est nettement démontrée par les peines sévères qui suivaient les délits sexuels[92], et par les sources littéraires[93]. Mais dans la conscience de la population, et, probablement, aussi dans la pratique quotidienne, le mariage de fait a pu persister longtemps. Tout en tenant compte de l'espace de dix et quelques siècles qui séparent l'époque de Hammourabi de celle qui nous intéresse, il n'est pas exclu que, dans les conditions favorables du conservatisme oriental, cet état de choses pouvait durer jusqu'à la période néobabylonienne, où les prescriptions du § 128 CH étaient toujours en vigueur[94].

[87] Voir la remarque des Driver-Miles, *Bab. Laws*, *op.cit.* p. 248 (cf. iidem, *Ass.Laws* p. 218—220): "She (scil. la femme assyrienne) and a Babylonian woman who has no written contract are living in a lawful union, but neither is ranked as an *aššat awilim*".

[88] LH §§ 35, 175 cf. E. Neufeld, *Hittite Laws* (1951) p. 148 ss.

[89] Cf. E. Neufeld, *Ancient Hebr. Marr. Laws*, p. 89 ss.

[90] *Symbolae Taubenschlag* 1 (= *Eos* 48, fasc. 1; 1956) p. 37 ss.

[91] Cf. E. Szlechter, *op.cit.* p. 50.

[92] Cf. CH § 127—132, voir Driver-Miles, *Bab.Laws* p. 275 ss.

[93] Voir, p.ex., B. Meissner, *Babylonien u. Assyrien* (1925) p. 437.

[94] Cf. M. San Nicolò, *Aegyptus* 27 (1947) p. 129.

Les changements que le droit matrimonial babylonien subit à cette époque ne paraissent pas concerner ce point[95].

La disparition de l'emploi de la tablette d'argile au II^e siècle avant n.è. efface les traces qui nous rapprocheraient plus près de l'époque nous intéressant. „Mais les droits du Proche-Orient" — je cite les paroles de M. Cardascia, dans sa nouvelle étude sur les droits cunéiformes[96] — „n'ont pas pu disparaître aussi brusquement que le matériel épigraphique". Les règles du droit babylonien concernant le mariage devaient être également valables à l'époque hellénistique et à l'époque romaine[97].

Or, le fameux Prg. 22 de Doura[98] fait mention de l'ἄγραφος γάμος en attestant l'existence de cette institution au début du II^e siècle de notre ère en Mésopotamie. Il est vrai que le droit qui se manifeste dans les documents de Doura, publié jusqu'à présent dans un nombre toujours assez restreint, est, en principe, le droit grec[99]. Mais l'ἄγραφος γάμος n'était pas une institution qui fût connue dans la Grèce antique! Sa présence en Mésopotamie à l'époque ne peut donc être attribuée à la tradition hellène; ce phénomène nous paraît plus facilement explicable par la très forte influence exercée par l'ancienne culture juridique orientale sur la pratique des colons grecs à Doura, dont nous connaissons d'autres exemples caractéristiques[100]. L'apparition de l'ἄγραφος γάμος dans le Coutumier Syro-Romain est encore une autre preuve de la dif-

[95] Idem, *Beiträge* p. 254.

[96] *Les droits cunéiformes*, *op.cit.* p. 328.

[97] Cf. M. San Nicolò, *Beiträge* p. 59; R. Taubenschlag, *JJP* 7—8 (1954 p. 173.

[98] Publié par C. B. Welles, *Münch.Beitr.* 19 (1934) p. 388 ss., voir la bibliographie citée par R. Taubenschlag, *JJP* 3 (1949) p. 59, on verra en outre: F. Smolka, *Akt rozwodowy z Dura Europos* [= *Un acte de divorce provenant de Doura-Europos*, en polonais] dans *Eos* 38 fasc. 4 (1937) p. 449 ss.; E. Schönbauer, *Arch.f.Pap.* 13 (1939) p. 55; P. Koschaker, *OLZ* ex 1938, N° 10, p. 621 et de la littérature postérieure: F. Pringsheim, *Geltungsbereich u. Wirkung des altgriechischen Rechtes* (Ἀρχ.Ἰδ.Δικ. 15 [1952] p. 76 ss.).

[99] Voir, récemment, sur cette question, F. Pringsheim, *art. cit.* ci-dessus p. 75 ss. Une liste des papyrus et des parchemins grecs provenant des provinces orientales de l'Empire romain: R. Taubenschlag, *JJP* 3 (1949) p. 49 ss.

[100] Voir, p.ex., P. Koschaker, *ZSS* 51 (1931) p. 429 (cf. *ibid.* 49 [1929] p. 195 s.). Comme M. San Nicolò (*Beiträge* p. 57) le souligne „zu jener Ausbreitung des griechischen Rechtswesens wie in Aegypten ist es in Babylonien nie gekommen".

fusion de cette institution en Syrie et Mésopotamie[101]. Ne serait-il alors possible de supposer que le terme ἄγραφος γάμος désignait dans le langage des Grecs mésopotamiens, une forme légale qu'ils trouvèrent en Orient et qu'ils adoptèrent dans leur pratique?

L'évidence de l'ἄγραφος γάμος dans le parchemin de Doura et le fait que cette notion, ainsi que la notion opposée, apparaissent dans les papyrus d'Egypte à la même époque à peu près, nous engagent, par conséquent, à supposer que nous avons peut-être affaire ici à une importation de la Mésopotamie en Egypte[102]. Cette importation, naturellement, ne serait pas possible, si elle n'avait pas rencontré le terrain favorable préparé par le développement intérieur du droit de famille hellénistique[103]. Il est très difficile, faute d'une documentation suffisamment sûre, de constater si cette voie que nous avons tenté de tracer de la Mésopotamie jusqu'à l'Egypte romaine, concernait seul le côté terminologique ou encore portait-elle sur le contenu même de l'ἄγραφος et ἔγγραφος γάμος gréco-égyptien, bien que M. Wolff trouve l'institution de Doura identique en forme et en contenu à celle d'Egypte[104]. Pour la même raison il nous est impossible d'examiner plus profondément la question des effets légaux de ces deux phénomènes juridiques[105], ce qui nous permettrait, peut-être, de justifier ou de rejeter l'hypothèse émise ici-même.

Celle-là ne peut donc valoir que l'expression de ma conviction, due à celui à qui ces pages sont dédiées, qu'en prenant en considération la possibilité d'influence des institutions du Proche-Orient sur le droit d'Egypte gréco-romaine, nous arriverions souvent à élucider certains problèmes aléatoires de la papyrologie juridique. Pourtant, je me permettrai encore de citer, à ce propos, les paroles de l'éminent orientaliste français, M. Boyer[106]:

[101] Cf. C. B. Welles, *Münch.Beitr.* 19 (1934) p. 393 et n. 17, contrairement aux opinions de Nallino, Παρρησία *e nozze senza scrittura nel Libro siro-romano* (*RSO* 10 [1923] p. 58 ss.) qui ne m'était malheureusement pas accessible. Voir aussi H. J. Wolff, *Written and Unwritten, op.cit.* p. 83 ss.; R. Taubenschlag, *JJP* 6 (1952) p. $110_{56}$.

[102] Voir cependant R. Taubenschlag, *Law*² p. 116. Sur la probable liaison au droit juif, voir J. J. Rabinowitz, *op.cit.* ci-dessus 140 n. 2.

[103] Cf. H. J. Wolff, *Traditio* 2 (1944) p. 44.

[104] *Written and Unwritten* p. 49.

[105] Cf. ci-dessus p. 143; voir, sur la question, H. J. Wolff, *Written and Unwritten* p. 51 ss.; R. Taubenschlag, *JJP* 5 (1951) p. 124 ss.; L. Wenger, *Quellen* p. 809; R. Taubenschlag, *Law*² p. 133, 141, 185.

„Dans ce genre de recherches, une extrême prudence s'impose, si l'on veut éviter les erreurs et les anticipations téméraires qui ont déparé tant de travaux... Tout en bornant étroitement nos ambitions actuelles, nous sommes fondés à espérer que le progrès des découvertes épigraphiques, joint à une étude exhaustive des documents que nous possédons, permettra dans un temps indéterminé, d'aboutir à des conclusions précises sur la question importante des rapports juridiques entre l'Asie antérieure et le reste du monde antique".

[*Warszawa*] *Joseph Modrzejewski*

[106] *AHDO* 2 (1938) p. 109.

# ZENSUS-DEKLARATION EINER CIVIS ROMANA

*SUMMARIUM: Constat Romana aetate in Aegypto quartodecimo quoque anno censum actum esse quo omnes provinciales censebantur. Quamvis multae κατ'οἰκίαν ἀπογραφαί in papyris scriptae in lucem prodierint, tamen non plus unam professionem civis cuiusdam Romani Latine scriptam habemus (PSI 1183). Collectionis Ibscherianae est papyrus quam Dr. Rolf Ibscher benignissime mihi permisit ut ederem. Continet ἀπογραφήν Petroniae Gaiae, civis Romanae, quam anno 173/4 p. Chr. n. nixa iure liberorum et se ipsam et liberos et Petroniam Gemellam sororem Graecis lingua et actione usa profitetur.*

**Pap. Ibscher 10. Höhe 7,5 cm, Breite 11 cm. 173/4 n.Chr. Karanis. Klare, gut leserliche Schrift. Oben 2,5 cm Freirand, linker Rand von oben bis in Höhe von Z. 4 abgebrochen, desgl. unterer Rand ab Z. 7. Verso unbeschrieben.**

Ποτάμ]ωνι στρ(ατηγῷ) Ἀρσι(νοίτου) Ἡρακλ(είδου) μερίδος
καὶ Ἀσκληπιά-
δῃ β]ασιλ(ικῷ) γραμματ(εῖ) τῆς αὐ(τῆς) μερίδος καὶ
κωμογρ(αμματεῖ)
κώμ]ης Καρανίδ(ος) καὶ λαο[γρ(άφοις)] τῆς αὐτῆς κώμης
παρὰ Π]ετρωνίας Γαίας χρηματιζούσης
5. χωρὶς κυρίου κατὰ τὰ Ῥωμ[α]ίων ἔθη τέκνων δικαίων.
Κατὰ τὰ κελευσθέντα ἀπογρ(άφομαι) ἐμαυτὴν καὶ τὰ τέκνα
μου] κ[αὶ τὴ]ν ἀδελφήν μου Πετρωνίαν Γεμέλλν

***Papyrus hier abgebrochen***

Z. 5 l. δικαίῳ

## Übersetzung

***An Potamon, Strategen des Arsinoites, Herakleides-Bezirk, und Asklepiades, königlichen Schreiber desselben Bezirks, und den Dorfschreiber des Dorfes Karanis und die Laographen desselben Dorfes von Petronia Gaia, handelnd ohne Geschlechtsvormund kraft des Kinderrechts nach römischer Sitte. Gemäss dem Edikt deklariere ich mich und meine Kinder und meine Schwester Petronia Gemella***

## Einzelbemerkungen

1 Ποτάμων als Stratege des Arsinoites, Herakleides-Bezirk, bezeugt für 173/4—— 175; vgl. H. Henne, *Liste des Stratèges* S. 55 u. 107; Fr. Bilabel, *RE* IV A Sp. 195—196 s.v. Strategos; V. Martin, *Stratèges et basilicogrammates du*

*nome Arsinoite à l'époque romaine*, *Arch.f.Pap.* VI S. 160. Sein Name findet sich in den Zensus-Deklarationen: BGU 55 II, 11 (Arsinoe); BGU 59, 1; BGU 447 (= 26), 1 (beide Karanis).

1/2 'Ασκληπιάδης als königlicher Schreiber des Arsinoites, Herakleides-Bezirk, bezeugt für 173/4—175/6; vgl. H. Henne, a.O. S. 68; V. Martin, a.O. S. 165. Er wird genannt als Adressat in den Zensus-Deklarationen: BGU 55 II, 11; BGU 123,1 (beide Arsinoe); BGU 59,2; BGU 447 (= 26),1 (beide Karanis); BGU 298,1 (Arsinoes Kome).

5 τέκνων δίκαιον ist die griechische Übersetzung von *ius liberorum*. Die versehentliche Schreibung δικαίων findet in dem vorausgehenden Genitiv τέκνων seine Erklärung. Zur Sache: A. Steinwenter, *RE* X Sp. 1281—1284 s.v. *ius liberorum*; R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt*² S. 46, 48 f., 177 m. Lit.; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* I S. 273 u. 313 m. Lit. Die Formel in den Papyri: F. Preisigke, *WB* II s.v. τέκνον.

In den uns bekannten Zensus-Deklarationen wird das *ius liberorum* zweimal genannt, so in BGU 1069 recto aus Arsinoe vom Jahre 243/4 und in der sehr fragmentierten Eingabe BGU 131 aus einem nicht näher bekannten Ort des Faijûm, die ich wegen des Namens Aurelius in Z. 8 ]μοι ἀνδρὸς Αὐρ[ηλίου (die Ergänzung dürfte evident sein) in die Zeit nach 212 n.Chr. setzen möchte. Wilcken hat als Datierung II./III. Jahrh. n.Chr. angegeben. Petronia Gaia schreibt die volle Formel: κατὰ τὰ 'Ρωμαίων ἔθη τέκνων δικαίῳ; an sich hätte ja die in unseren Papyri allerdings nicht allzu oft vorkommende kürzere Form: τέκνων δικαίῳ (so z. B. in P.Oxy. 1451, 21) genügt, aber die Deklaration wird wie jede andere an die dafür zuständigen gräko-ägyptischen Behörden gerichtet und nicht an den römischen Präfekten, den U. Wilcken in seiner Besprechung von PSI XI 1183 (*Arch.f.Pap.* XII S. 75 ff. bes. 77) als Adressaten der lateinisch geschriebenen Zensus-Deklarationen von Römern vermutet.

4 u. 7 Petronia Gaia und ihre Schwester Petronia Gemella sind *cives Romanae*, wie sich aus den Namen und aus der Inanspruchnahme des *ius liberorum* ergibt. Dass bei Petronia Gaia das Praenomen hinter dem *nomen gentile* steht und somit als *cognomen* fungiert, ist bei den römischen Frauennamen durchaus nichts Ungewöhnliches; s. E. Fraenkel, *RE* XVI Sp. 1611—1670 bes. 1661 s.v. Namenwesen. Übrigens spielt hier die Frage nach der Herkunft der Zivität keine Rolle, wahrscheinlich gehören die Schwestern Petronia Gaia und Petronia Gemella zu der an Zahl ständig zunehmenden Klasse der Nachkommen von Veteranen; s. L. Mitteis, *Reichsrecht* S. 145 f.; U. Wilcken, *Grundz.* S. 54 f.; M. Kaser, *Privatrecht* I S. 192 f. u. 242; R. Taubenschlag, *Law*² S. 110 Anm. 22.

Die Geschwister, die wohl in einem Hause zusammen wohnen, mit aus den Papyri bekannten Personen aus Karanis zu identifizieren, dürfte kaum Sicheres ergeben, immerhin könnten sie vielleicht in P.Mich. VIII 492 (Brief aus Karanis, II. Jahrh.n.Chr.) genannt sein. Es heisst hier am Schlusse des Briefes, wo die Personen aufgezählt werden, an die Grüsse auszurichten sind, in Z. 24: καὶ Λονγεῖνον καὶ [....]ν καὶ Γεμέλλαν καὶ [τὴν μ]ητέρα κτλ. Die Ergänzung [Γαία]ν wäre verlockend und würde gut in die mit vier Buchstaben angegebene Lücke passen. Ich bemerke aber ausdrücklich, dass diese Ergänzung nur eine unter vielen sein kann und daher keine Evidenz für sich beanspruchen darf.

## Allgemeine Bemerkungen

Die folgenden allgemeinen Bemerkungen zu unserer Zensus-Deklaration basieren auf dem reichen Material, das M. Hombert und Claire Préaux in ihrer grundlegenden Studie: *Recherches sur le recensement dans l'Égypte Romaine* gesammelt und untersucht haben[1]. Der kundige Leser wird überdies leicht finden, wieviel ich auch dort der ausgezeichneten Arbeit von M. Hombert und C. Préaux verdanke, wo nicht ausdrücklich zitiert wird.

Zunächst einige Beobachtungen zum Formular der Urkunde. Die Deklaration wird an mehrere, genauer noch, an alle zuständigen Behörden gerichtet (Stratege, königlicher Schreiber, Dorfschreiber und Laographen). Eine solche Vollständigkeit bei der Angabe der Adressaten findet sich besonders in den Deklarationen aus Karanis, wie aus der Zusammenstellung in den *Recherches* S. 93—97 zu ersehen ist[2].

Die Deklarationsformel: κατὰ τὰ κελευσθέντα ἀπογράφομαι.... entspricht durchaus dem für Karanis bekannten Typ (vgl. *Recherches* S. 110 f.). Dass der Name des Präfekten nicht genannt wird, kommt ausser in Karanis (BGU 59; BGU 60; BGU 95; P. Oslo 25) in den beiden Faijûmdörfern Dionysias (BGU 53) und Apias (Stud. Pal. XXII, 34) vor. In dem nicht erhaltenen Teil unserer Deklaration dürfte u.a. die Angabe des Immobiliarbesitzes gestanden haben[3]. Soviel zum Formular. Betrachtet man den Inhalt unserer Urkunde, dann darf diese griechische Zensus-Selbstdeklaration einer *civis Romana* als ein Novum angesehen werden. Bisher war nur eine einzige lateinisch geschriebene Zensus-Deklaration eines Römers bekannt[4], während κατ'οἰκίαν ἀπογραφαί von Römern in griechischer Sprache fehlten, sodass Hombert-Préaux in den *Recherches* S. 56 schreiben konnten: „On n'a, en effet, jamais trouvé avant 212 de Romain auteur d'une κατ'οἰκίαν ἀπογραφή grecque"

[1] Vgl. die Besprechung von Fr. Zucker im *Gnomon* 25 (1953) S. 462—463; ein Nachtrag zur Liste der κατ' οἰκίαν ἀπογραφαί in den *Recherches* S. 172—176 findet sich bei R. Taubenschlag, *Law*[2] S. 611 Anm. 11.

[2] Dazu jetzt noch O. M. Pearl, *Census Documents from Karanis* (*Chron. d'Egypt* XXVIII Nr. 56 (1953) S. 335—355, Nr. 1).

[3] Vgl. BGU 59; BGU 154; BGU 447 (= 26).

[4] PSI XI 1183 wahrscheinlich für den Zensus 47/8 n.Chr., interpretiert von U. Wilcken, *Arch.f.Pap.* XII S. 75—77. Dass diese lateinische *professio* im Gegensatz zu den griechischen Deklarationen objektiv stilisiert ist, sei kurz angemerkt, Folgerungen ergeben sich daraus nicht.

Nun legen ja allgemeine Gründe ohnehin den Gedanken nahe, dass auch die in Ägypten wohnhaften *cives Romani* beim Zensus mit erfasst wurden, aber abgesehen davon, abgesehen auch von der bereits erwähnten lateinischen Deklaration gibt es noch andere Argumente für die Meldepflicht der *cives Romani*. So werden nach § 59 des Gnomon (BGU V, 1) Römer und Alexandriner bestraft, wenn sie die fällige Deklaration abzugeben unterlassen. Ganz wörtlich genommen, heisst das noch nicht, dass sich Römer und Alexandriner selbst deklarieren müssen, doch hat W. Uxkull-Gyllenband in seinem Kommentar des Gnomon (BGU V, 2) S. 59 m.E. völlig mit Recht diese formale wörtliche Interpretation Reinachs zurückgewiesen[5]. Noch deutlicher aber wird die Meldepflicht von Römern und Alexandrinern, wenn man die lange Eidesformel betrachtet, durch die die Richtigkeit der abgegebenen Erklärung beschworen wird. Es heisst hier mit geringen Varianten: ὀμνύω..... ἐξ ὑγιοῦς καὶ ἐπ'ἀληθείας ἐπιδεδωκέναι τὴν προγεγραμμένην ἀπογραφὴν καὶ μήτε ἐπίξενον μήτε Ῥωμαῖον μήτε Ἀλεξανδρέα μήτε Αἰγύπτιον μήτε ἀπελεύθερον μήτε ἄλλον μηδένα οἰκεῖν ἢ ἀπογράφεσθαι ἔξω τῶν προγεγραμμένων ἢ ἔνοχος εἶην τῷ ὅρκῳ[6]. Es ist klar, dass die Erwähnung der Römer und Alexandriner unsinnig wäre, wenn diese nicht der Meldepflicht unterlägen. Es ergibt sich demnach als Folgerung: 1) Römer (und Alexandriner) haben die geforderten Zensus-Deklarationen einzureichen (Gnomon § 59), 2) Römer (und Alexandriner) sind in den κατ' οἰκίαν ἀπογραφαί mit aufzuführen (Eidesformel). Man kann bereits aus diesen Gründen mit Sicherheit annehmen, dass *cives Romani* dem ägyptischen Provinzialzensus unterlagen[7]. Diesen Schluss haben Hombert-Préaux in den *Recherches* auch gezogen, wo es S. 56 heisst: "Il faut donc croire que les Romains étaient recensés, mais qu'ils l'étaient dans les formes proprement romaines. On peut même se demander si le cycle appliqué à ce recensement des Romains était, comme pour les autres habitants de l'Égypte, quatrodécennal". Auf die "formes proprement romaines" muss später allerdings noch einmal eingegangen werden.

[5] vgl. auch Salvatore Riccobono jr., *Il Gnomon dell'Idios Logos* S. 197, wo allerdings keine neuen Gesichtspunkte zu finden sind.

[6] P.Oxy. 480; vgl. auch P.Oxy. 255 und PSI 53 coll. I—II—IV—VI—VIII bis XI. Die Belege stammen alle aus Oxyrhynchos. Zur Beeidung der Zensus-Deklaration s. *Recherches* S. 124—127.

[7] vgl. R. Taubenschlag, *Law*[2] S. 611 Anm. 11.

Betrachten wir jetzt zunächst die Zensus-Deklarationen, die von Römern oder bei Vertretung für Römer eingereicht wurden. Dabei können BGU 1069 und BGU 131 von vornherein ausgeschieden werden, da BGU 1069 mit Sicherheit und BGU 131 mit hoher Wahrscheinlichkeit (s.o.) nach 212 n.Chr. liegt. Beide ἀπογραφαί wurden von Frauen gemacht, die sich auf das *ius liberorum* berufen. Wenig ergiebig ist ferner die sehr fragmentarisch erhaltene Eingabe P.Erl. 101 (=Nr. 38), die W. Schubart etwa in den Anfang des 2. Jahrh. n.Chr. datiert. Erhalten ist hier nur der Schluss, aus dem hervorgeht, dass eine gewisse Claudia — ihr griechisches *cognomen* ist nur in der Endung erhalten — ihren Sohn deklariert hat, wobei Claudius Germanus — sein *supernomen* ist nicht bekannt — als κύριος fungiert und auch die Eingabe geschrieben hatte. Nimmt man an, dass es sich hier um Geschwister handelt, dann wäre Claudia wohl *civis Romana*. Wichtig für unsere Zusammenstellung ist aber BGU 53, eine Deklaration aus Dionysias (Faijûm) vom Jahre 133 n.Chr. (bezieht sich auf den Zensus 131/2 n.Chr.). Hier lässt Julia[8] Crispina, dem Namen nach sicher eine *civis Romana*, durch den φροντιστής Horos ihre in Dionysias liegenden Immobilien — zwei Häuser mit Hof in zwei verschiedenen Quartieren (ἄμφοδα) — deklarieren. Die ἀπογραφή trägt den Sichtvermerk des Dorfschreibers. Weiter: BGU 1581 aus Arsinoe vom Jahre 147 n.Chr. (bezieht sich auf den Zensus 145/6 n.Chr.), wo der Sklave Didymos für seine beiden abwesenden Herrinnen Longinia Nemesilla und Longinia Petronilla deren Besitz in Arsinoe (Anteile an einem Haus und einem Lichthof) bei den zuständigen Behörden anzeigt. Longinia Nemesilla und Longinia Petronilla erweisen sich durch ihre Namen als *cives Romanae*. Und schliesslich O. M. Pearl, *Census Documents from Karanis* Nr. 4 aus Karanis vom Jahre 147 n.Chr. (bezieht sich ebenfalls auf den Zensus 145/6 n.Chr.), die ἀπογραφή eines gewissen Longinus Maximus, der durch seinen φροντιστής Grundstücksbesitz (Hausanteil und Hof) in Karanis deklarieren lässt. Die römische Nomenklatur des Longinus Maximus ist an sich unvollständig, was freilich bei einem Soldaten oder Veteranen nichts besagt. Der Deklarant ist sicher *civis Romanus*.

Aus den angeführten drei letzten Deklarationen lassen sich folgende allgemeine Beobachtungen gewinnen:

1) Es gibt κατ' οἰκίαν ἀπογραφαί, die durch Römer eingereicht

[8] Zum Namen Julia vgl. Verbesserung in BGU I S. 354.

werden, wobei die Mitwirkung eines φροντιστής oder wie im Falle BGU 1581 eines Sklaven hier nur von untergeordneter Bedeutung ist.

2) Allen diesen Deklarationen ist gemeinsam, dass nur der Besitz, nicht aber die Person des Besitzers deklariert wird.

3) Diese von Römern eingereichten κατ'οἰκίαν ἀπογραφαί entsprechen durchaus dem üblichen griechischen Formular, zeigen z.B. keinerlei Angaben einer Selbstschätzung des Besitzes wie in PSI 1183 und lassen somit die „formes proprement romaines"[9] vermissen.

Mit P. Ibscher 10 wird, soweit ich sehe, die erste Selbstdeklaration einer *civis Romana* bekannt. Auch hier kann die übliche griechische Formulierung der Urkunde festgestellt werden. Da Petronia Gaia und Petronia Gemella wohl in Karanis ihre ἰδία hatten, war ihre Personaldeklaration nötig im Gegensatz zu den drei oben besprochenen Urkunden, wo in dem einen Falle (BGU 1581) die Abwesenheit der Deklaranten sicher, in den beiden anderen sehr wahrscheinlich ist. Nun handelt es sich bei den festgestellten Personen römischer Zivität sicher um Neubürger aus der Klasse der ehemaligen Soldaten, doch treten ausser im Falle des Longinus Maximus nur Frauen in unseren Belegen auf. Diese Tatsache zwingt zur Vorsicht bei allgemeinen Folgerungen. PSI 1183 macht die lateinische Zensus-Profession für den *civis Romanus* in der 1. Hälfte des 1. Jahrh. n.Chr. sehr wahrscheinlich. Mit der Verbreitung der römischen Zivität bes. durch das Heer hat man in der Folgezeit vielleicht wie auch sonst die strenge Form der römischen *professio* zugunsten des griechischen Formulars erweitert oder aufgegeben[10]. Jedenfalls schreibt Petronia Gaia, eine *civis Romana*, im Jahre 173/4 n.Chr. eine griechische κατ' οἰκίαν ἀπογραφή. Sicheres lässt sich aber trotz P. Ibscher 10 auch heute noch nicht sagen, zumal eine griechische Selbstdeklaration eines *civis Romanus* noch immer nicht bekannt ist.

[*Berlin — Jena*] *Wolfgang Müller*

[9] *Recherches* 56.

[10] U. Wilcken nimmt an, dass die römische Zensus-Eingabe an den Präfekten gerichtet wurde (s.o.); dagegen finden wir bei den griechischen Deklarationen als Adressaten die unteren Verwaltungsbehörden: BGU 53 und P. Ibscher 10 Stratege, königlicher Schreiber, Dorfschreiber und Laographen; in BGU 1581 und O.M.Pearl, a.O. Nr. 4 ist die Anschrift nicht erhalten.

# EIN WIENER PAPYRUSFRAGMENT ZUM TESTAMENTUM SALOMONIS

*SUMMARIUM: quod desiderabantur adhuc opusculi illius pseudonymi, q. d. Testamentum vel Diatheca Salomonis, exemplaria aut in papyris aut in membranis exarata, immo praesto erant non nisi codices recentiores chartacei, huic penuriae nunc demum aliquantulum subvenit frustum in Bibliotheca Vindobonensi a me indagatum papyraceum (saec. VI.): quod fragmentum versuum quamvis paucorum ex capitulo ortum libelli pseudo-solomonei etiam in Aegypto lectitati iatromagico et eodem famoso raritatis ergo singularis dignetur, quod in hoc volumen gratulatorium Raphaeli Taubenschlag v. c. et ill. addictum introeat.*

Trotz der grossen Beliebtheit des pseudonymen, mit synkretistischem Aberglauben durchsetzten Testamentum Salomonis (Diathêkê Solomôntos) geht die Textüberlieferung dieser sonderbaren, im Grund astro-und iatromagischen Schrift nicht über das 15. Jahrhundert zurück. Die bisher bekannten Papierhandschriften, über ein Dutzend,[1] weichen stark von einander ab, doch liessen sie sich immerhin zu einigen Rezensionsgruppen[2] zusammenschliessen. Ihre zweite[3] enthält neben einer Athos-Handschrift die lange Zeit hindurch einzig ermittelte Fassung des Pariser Codex Colbertinus 4895 (P) der Bibliothèque Nationale und ist wohl aus einer Vorlage des 4. oder 5. Jahrhunderts geflossen[4]. Die Formulierung des griechischen Textes der Diathêkê selbst scheint dagegen weiter hinauf, bis ins erste oder zweite Jahrh. zu reichen[5]

[1] Verzeichnet und beschrieben bei Chester Charlton Mc Cown, *The Testament of Solomon* (*Untersuchungen zum Neuen Testament* hg. von H. Windisch 9, Lpz. 1922) S. 10—28, 115—126; A. Delatte, *Anecdota Atheniensia* 1 (Liège-Paris 1927) S. 211; K. Preisendanz, *Salomo* (*RE* Suppl. 8, 1956) Sp. 689.

[2] Mc Cown, S. 30—38.

[3] B (Cown) mit cod. Par. Anc. fonds gr. 38 (= P), 16. Jahrh.; Migne *PG* 122 (1864) S. 1315—58. Dazu die lückenhafte Athos-Handschr. des St. Andreas-Klosters 73 (Cown, S. 18 nr. 6), 15. Jahrh. (= Q).

[4] Mc Cown S. 108 nr. 4: "When Christianity was conscious of her conquest of the world".

[5] Cown, S. 40 nr. 4; W. Gundel, *Dekane und Dekansternbilder* (*Studien der Bibliothek Warburg* 19, Hamb. 1936) 45.92 setzt den Archetypus des Dekankatalogs der Diatheke (Kap. 18) ins 1. oder 2. Jahrh. vor Chr.

während die Ursprünge ihres Dekankatalogs noch in vorchristlicher Zeit liegen und nach Ägypten führen[6].

Umsomehr musste das Fehlen jedes Papyrusbeleges für diese Schrift oder wenigstens für ihr dekanologisch-astrologisches Kapitel[7] befremden, zumal auch eine späte Handschrift (15./16. Jahrh.) in Jerusalem[8] Herkunft aus Ägypten deutlich verrät; ihr Schreiber hat die Wirkungsfristen der schädlichen Dekandämonen mit Tagen der ägyptisch-koptischen Monate[9] bezeichnet, ein Vorgang, der sich nur für diesen einen Fall der Überlieferung beobachten lässt. Bleibt auch ungewiss, aus welcher Zeit diese Interpolation stammt, sie spricht für Ägypten als Entstehungsland des Manuskripts oder seiner Vorlage; und dass dort das Testamentum Salomonis, jedenfalls aber sein Dekankapitel, gelesen und iatromagisch benützt wurde, erweist jetzt einwandfrei ein bisher unbeachtetes, noch nicht bestimmtes Blatt der Papyrussammlung Erzherzog Rainer in der Österreichischen Nationalbibliothek Wien (G 330), das ich im Oktober 1955 bei der Durchsicht anderer magischen Papyri als Schlussteil der grossen dämonologischen Einlage ermitteln konnte[10].

Einseitig, in vertikaler Faserrichtung beschrieben, erweckt das schlecht erhaltene Fragment zunächst den Eindruck, einst als Einzelblatt[11] praktischer, abergläubiger Verwendung zu Heilzwekken gedient zu haben. Bei der Ausdehnung der Zeilen bis zu fünfzig und mehr Buchstaben, beim groben Papyrusstoff, dem oft

[6] W. Gundel, S. 40.49—56. 275—277; Namentabelle für die 36 Dekane (Stoicheia) der grossen Einlage (Kap. 18: Cown 51* — 59*). Zu den hellenistisch-ägyptischen Elementen des Test. Sal. s. Cown, S. 56—59.

[7] S. Anm. 6.

[8] Cod. 422 (15. oder 16. Jahrh.) der griechischen Patriarchatsbibliothek (St. Saba): Mc Cown, S. 112—123 (= N).

[9] Bei Cown, S. 119 f.

[10] Leider musste ich mich damals mit einer flüchtigen ersten Abschrift der lesbaren Teile der Kolumne begnügen, die sich später durch eine Photokopie verbessern liess. Eine Revision des Fragments dürfte noch mehr erzielen. Freundliche Hilfe verdanke ich dem verdienten Betreuer der Wiener Papyrussammlung Herbert Klos, der kurz nach seiner mir erteilten Auskunft am 28. Juni 1956 einem Unfall erlag.

[11] H. Klos glaubte (Brief vom 12.6.1956) „mit Wahrscheinlichkeit" in Pap. gr. 330, dessen Schrift er in die Zeit des 5. aufs 6. Jahrh. datierte, ein Einzelblatt zu sehn. Die Schrift zeigt starken koptischen Einschlag und neigt mitunter, besonders gegen Zeilen-Ende, zur Kursive.

die Oberschicht samt Beschriftung verloren ging, beim Fehlen der Randteile oben, links und rechts weist äusserlich nichts auf einstige Zugehörigkeit zu einer Rolle oder einem Kodex hin, den man für die Zeit um 500 wohl annehmen möchte[12]. Der üble Zustand des Blattes macht sich abgesehen von starken Bruchschäden längs durch die Mitte[13]—keine der 26 Zeilen blieb heil—besonders unangenehm geltend am Kopf der Seite, wo sich der Textbeginn sehr unsicher ergänzen oder wiederherstellen lässt. Die drei ersten, nur teilweise geretteten Zeilen enthalten wohl zweifellos den Abschnitt, in dem der Dekangeist Alleborith[14] seine Erklärung an Salomon abgibt, aber die vorhandnen Reste fügen sich nicht ohne Zwang in die sonstige Überlieferung der Stelle ein (Kap. 18, 35 Cown), die auch in den Handschriften selbst Verschiedenheiten aufweist.

Etwas günstiger steht es mit den Möglichkeiten, die Lücken im weitern Verlauf des Fragments sinngemäss nach dem Wortlaut der Handschriften, meist nach dem des Colbertinus, zu füllen: ihm steht das neue Bruchstück am nächsten, das die Abschnitte 34 bis 40 des 18. Kapitels erhalten hat; sie umfassen die Erscheinungen der sieben letzten „Stoicheia" (30 bis 36).

Die Erklärung des 36. Dekans und zugleich die ganze Seite schloss der Schreiber mit einer primitiven, aus kleinen Halbkreisen[15] bestehenden Ornamentzeile ab, gewiss, um das Ende der gesamten

[12] H. Hunger, der als Nachfolger von H. Klos die Wiener Papyri betreut, hatte die Güte, mir (mit Brief vom 30.10.1956) meine ihm geäusserte Vermutung als zutreffend zu bestätigen, dass das Bruchstück einer von oben nach unten durchgeschriebnen Rolle angehört habe; er fügt meinen Argumenten noch ein weiteres hinzu: „Der Papyrus weist deutliche Bruchstellen ehemaliger Faltungen auf, deren Abstand ca. 5 bis 5,5 cm beträgt (nach oben grösser werdend!) und die parallel zur Schrift verlaufen. Auch die starken Schäden an der jetzigen rechten Seite sprechen für ehemalige (Längs) rollung. Der obere Rand ist kein Freirand; man sieht links Buchstabenreste einer Kurzzeile und rechts einen schrägen zarten Strich, der aber doch nicht zu einer Unterlänge zu gehören scheint. Der untere Rand hingegen ist offenbar Freirand". Die von H. Hunger festgestellten Reste einer Kurzzeile enthielten zweifellos die Angabe des Dekans, des 3. im Zeichen des Steinbocks (nach Handschrift N; s. McCown 120), der dem des Wassermanns vorangeht.

[13] Die Masse der beiden so entstandenen Teile betragen links 310 × 150 mm, rechts 338 × 145 mm (H. Hunger).

[14] So in cod. P; Aleureth in der Handschr. Holkham Hall 99 (= H), die zur ersten Recensio gehört (15. Jahrh.).

[15] Gleicher Versuch von Verzierung auch in Z. 12 und 22.

Niederschrift zu markieren: die Fortsetzung mit der Erzählung von Salomos fernern Massnahmen gegen die Dämonenwelt, wie die sonstige Überlieferung sie gibt, fehlt hier. Höchst wahrscheinlich enthielt der Wiener Papyrus nur dieses eine 18. Kapitel des Testamentum, das wohl auch gleich mit der Rede des ersten Dekans (18,4) unter Ausschluss der Einleitung (18, 1—3) begann: alles derartige Beiwerk schied für iatromagische Verwendung des Kapitels als zwecklos aus.

Bei dieser Annahme hätte der ganze Text aus rund 80 Zeilen bestanden. Länge der Rolle etwa 1 m.

Hat im Wiener Exemplar der übliche Text des Dekankapitels Nach-und Vorwort verloren, so wurden aus dem gleichen Grund praktischer Unverwertbarkeit auch die stereotyp wiederkehrenden Ankündigungen des jeweils auftretenden Geistes[16] aus dem Zusammenhang gestrichen; nur seine Worte mit Angabe seines Namens, seiner verderblichen Tätigkeit und ihrer Gegenwirkung blieben als sachlich unentbehrlich. Neu hinzu traten jedoch die zodiakalen Einstufungen der 36 „Stoicheia der Finsternis", die der Redaktor oder Interpolator des Stückes zu je dreien immer einem der zwölf Tierkreiszeichen zuteilte[17], ein Vorgang also, mit dem das Wiener Exemplar den bisher einzigen ägyptisch-koptischen Typ der Überlieferung (Handschrift von St. Saba) um ein tausend Jahre älteres Beispiel vermehren konnte.

## Papyrus gr. Vindobonensis 330
## (Testamentum Salomonis 18, 34—40)

⟨Ἐγώ, κύριε, Ῥὴξ Ἀλλεβορὶθ καλοῦμαι, [28—30 B.]⟩
κατ [18—20 B.].. ἐὰν οὖν πτηνοφαγεῖ [τις καὶ| ἀ]σθε[νεῖ ὀστέον πιὼν καὶ ἄρας] τι ὀστέον ἀπὸ τοῦ αὐτ[οῦ πτηνοῦ|
βήξει, [εὐθὺς ἀναχωρῶ εἰς τὸ κι]βώρ[ιόν μου . . ]ῃ κάτω ε|
[ὑδριχόου δεκ]ανὸς ά. ||
Ἐγώ, κύριε, Ῥὴξ [Ἡφησικιρὲθ καλοῦμαι. ποιῶ μακ]ροχρονίας νόσους. ἐάν τις ἅ[λ|α]ς ἐς ἔλ[αιον βαλὼν ἐπαλεί]φῃ τὸν κάμνοντα λέγων· |Χερουβείν, [Σεραφείν, βοηθήσατέ μοι]',
πληροῦται ἡμερῶν ἑπτά'. |
[ὑδριχόου δεκανὸς] β'. |

[16] „Das erste (zweite usw. bis zum 36.) Stoicheion sprach (zu Salomon)".
[17] In Z. 4.8.12 usw.

Ἐγώ, κύριε, Ῥὴξ [Ἰ]χ[θίον καλοῦμαι. νεῦρ]α παραλύω καὶ
συ[ν||τρίβω [τὰ ὀστᾶ]. ἐ[ὰν δὲ ἀκού]σω ˙ Ἀδωνα[ή]θ, [βοή-
θει˙,| εὐθὺς [ἀναχωρῶ.|

ὑδριχόου δεκανὸς γ΄.|

Ἐγ·ώ, κύριε, Ῥὴξ [Ἀγχωνίων καλοῦμαι. ἐν τοῖ]ς παρι⟨σ⟩θμίοις
καὶ ἐν τῇ κο[ρυφῇ |καὶ ἐν τῷ φάρ[υγγι κεῖμι. εἰς δὲ τ]ὸ φύλλον
κισσ[οῦ γράψον ˙ σο||γρυοκυλ˙ [ἓ]ν [παρ˙ἓν]. εἰ δέ[ τις π]ερι-
άψῃ καὶ [βαστάζῃ], φεύγω [εὐθύς.|

ἰχθύ[ο]ς [α΄.|

Ἐγώ, κύριε, Ῥὴξ Αὐ[τὼθ καλοῦμαι. φθόνους] φιλῶ καὶ μάχας.
καταργεῖ [με| δὲ τὸ ἄλφα [καὶ τὸ ὠμέγα γραφόμενο]ν, ἀρχὴ
καὶ τέλος.|

[ἰχθύος β΄||

Ἐγώ, κύριε, Ῥὴξ [Φθηνὸθ καλοῦμαι. β]ασκένω πάντα ἄν(θρωπ)ον.
[καταργεῖ με| δὲ ὀφθαλμὸς πολυ[παθὴς ἐγχ]αραττόμενος.|

[ἰχθύος γ΄.|

Ἐγώ, κύριε, Ῥὴξ Βια[νακὶθ καλοῦμαι. παν]τὸς μέλους τοῦ
σώματος| ἐπίφθονός [εἰμι, οἴκους ἐρημῶ], σάρκας ἀφανίζω
καὶ ὅσ[α ἄλλα.|| ἐάν τις ἐπι[γράψῃ ἐν προθύροις| τοῦ οἴκου
αὐτοῦ Μ[η]λ[τώ,| Ἀρδουέ, [Ἀναάθ˙, φεύγω ἐγὼ τοῦ τ]όπου.

### *Übersetzung*[18]

*(Ich, Herr, heisse Rêx Alleborith....)...Wenn jemand Geflügel isst, einen Knochen verschluckt und sich übel befindet, und wenn er dann einen Knochen vom gleichen Vogel nimmt und hustet, weiche ich sofort zu meinem Ciborium (?) zurück.*

*1. Dekan des Wassermanns*

*Ich, Herr, heisse Rêx Ephêsikireth, bewirke chronische Krankheiten. Wenn man Salzkörner in Öl wirft und damit den Kranken einreibt und dazu spricht: „Cherubin, Seraphin, helft mir!" wirkt es innerhalb einer Woche.*

*2. Dekan des Wassermanns*

*Ich, Herr, heisse Rêx Ichthion, lähme die Sehnen und zermürbe die Knochen. Wenn ich höre: „Adonaêth, hilf" entweiche ich sofort.*

[18] Übertragung des Testamentum Salomonis von Friedr. Aug. Bornemann, *Ztschr. für historische Theologie* 14 (1844) 3 S. 9—56; des Dekankapitels von W. Gundel, *Dekane* S. 383—385 (s. 275 f.).

*3. Dekan des Wassermanns*

*Ich, Herr, heisse Rêx Anchôniôn. Ich liege in den Mandeln und im Kopf und im Schlund. Schreib abnehmend auf das Efeublatt: „Sogrukyl" Wenn jemand das sich anbindet und trägt, fliehe ich sofort.*

*1. Dekan des Fisches*[19]

*Ich, Herr, heisse Rêx Autôth, liebe Neid und Kampf. Mich entkräften die Buchstaben Alpha und Omega, Anfang und Ende.*

*2. Dekan des Fisches*

*Ich, Herr, heisse Rêx Phthenoth; ich behexe jedermann. Mich entkräftet die Zeichnung des vielduldenden Auges.*

*3. Dekan des Fisches*

*Ich, Herr, heisse Rêx Bianakith, bin neidisch auf jedes Glied des Körpers, lasse Häuser veröden, das Fleisch schwinden und (bewirke) anderes der Art. Schreibt man an die Eingangstüre seines Hauses: „Meltô, Ardue, Anaath", dann fliehe ich vom Ort.*

**1** Der Anfang des Pap. ist stark beschädigt. Eine Zeile mit der Selbstankündigung des Dekans (ἐγὼ, κύριε...) fehlt ganz, in ihr könnte auch die Angabe des Dämons über seine verderbliche Tätigkeit gestanden haben, die in der spätern Überlieferung vermisst wird; die Ergänzungen sind unsicher. Die Pariser Hs P (Anc. fonds gr. 38), die dem Wiener Fragment (W) sehr nah steht, gibt hier = ὁ λ′(δεκανός) ἔφη· ἐγὼ Ἀλλεβορὶθ καλοῦμαι. ἐάν τις νυκτοφαγήσει (am Rand ἰχθυο) ὀστέον καταπίῃ καὶ ἄρας ὀστέον ἀπὸ τοῦ ἰχθύος βήσσει, εὐθὺς ἀναχωρῶ. N: νυκτὸς φαγήσας καὶ ὀστέον. Andere Version in H (cod. Holkham Hall 99): ἐγὼ ῾ρὺξ Ἀλευρὴθ καλοῦμαι. ὀστέα ἰχθύος καταπίνων, ἐάν τις ⟨τοῦ⟩ αὐτοῦ ἰχθύος ὀστέον ἐπιθήσει εἰς τὰ βύζια τοῦ πάσχοντος, εὐθὺς ἀναχωρῶ. In W scheint sich aber das Rezept gegen verschluckte Fischgräten in eines gegen verschlungene Geflügelknochen gewandelt zu haben, wenn die Lesung von H. Klos πτηνοφαγη zutrifft. **3** Zum Kiborion s. PGM IV 1110 mit Anm. Die Bemerkung κάτω mag sich auf die Reihenfolge dieses und des folgenden Abschnitts beziehen, die in der übrigen Überlieferung (ausser P) umgekehrt ist; s. Cown zu S. 34. 35, S. 58*. **4** ergänzt nach 12; astrologische Angaben ähnlich in der Hs. N (St. Saba: Cown 119 f. zu Kap. 18). N zu dieser Stelle: μεσειδρηχόου (l. μεσορή. ὑδριχόου) α′ ἀπὸ α′ (ἡμέρας) ἕως ς′. **5** Die mit ἐγὼ beginnenden Zeilen sind alle um 3—4 Buchst. vorgerückt. κύριε = Salomon. Ἡφησικιρέθ erg. nach P, Ἡφησικεράθ N Φυσικόρεθ H wohl mit Versuch, einen Namen mit Sinn zu bilden (φύσις—κόρη); s. Gundel 56. Die Namenform bei PH dürfte identisch sein mit dem rückläufigen Dämonennamen der Zauberpapyri und Fluchtexte: ερηκισιθφη — ηφθισικηρε (ohne den Anfang PGM XIII 936, als einer der δ′καλοί LIX 8). μακρονοσίαν ποιῶ PH ἐάν τις βαλεῖ ἅλας εἰς ἔλαιον

[19] Irrtümlich für den Plural; s. zu 16.

H ἐάν τις εἰς ἔλαιον βαλὼν ἅλας τριπτὸν ἐπαλείφῃ τὸν κάμνοντα λέγων P. 7 χερουβίμ, σεραφίμ, βοηθεῖτε. εὐθὺς ἀναχωρῶ H σερ. χερ. βοηθήσατέ μοι. εὐθὺς ἀν. P. βοηθεῖτε. φεύγω καὶ ἀναχωρῶ καὶ ἀναπληρῶν ἡμερῶν ἑπτά N πληροῦται ἡμ. ἑπτά W, nicht in PH **8** ὑδρηχώου β′ N **9** Ichthyon der 32. Dämon (Cown 18, 36) Ἰχθίον P'Ιχθύος H 'Ιχθήος N; s. Gundel 50. συντρίβω P, fehlt in H. Ähnlich XVIII 11 (Cown) in P. **10** τὰ ὀστᾶ erg. nach XVIII 11 καὶ ὀστᾶ συντρίβω (P); nicht in HP 'Αδωναὶ μαλθη H 'Αδοναήθ, βοήθει P **12** ἠδρηχώου β′ γ′ N **13** 'Αγχονίων P 'Αγωχωνηον N 'Αχωνεώθ H; s. Gundel 55. ἐν τῷ φάρυγγι καὶ τοῖς παρισθμίοις πόνον ποιῶ H ἐν τοῖς σπαργάνοις κ. ἐν τῷ φάρ. κεῖμαι P ἐν τοῖς σπαργάνοις κατὰ (d.i. καὶ τῷ) φάραγγι πόνον ποιῶ N **14** ἐάν τις εἰς φύλλα κισσοῦ γράψει H καὶ ἐάν τις εἰς φύλλα συκῆς γράψῃ P **15** λυκουργος ἓν παρὰ ἓν γράμμα (ἐνπαρὰ ἐνγραμμὰ Hs), γράψῃ δὲ βωτρυδὸν (βο am Rand), εὐθὺς ἀναχωρῶ P λεικουργός βοτρυδὸν ἀναχωρίς, εὐθὺς ἀν. H κούργος, οὔργος, ῥογος, όος, ὅς N In W steht λυκουργ[ος rückläufig; ἓν παρ' ἕν: ein Buchstabe ist nach dem andern rechts und links wegzulassen (Schwindeschema), wodurch das Wort traubenförmige (dreieckige) Gestalt erhält (ὡς βότρυς PGM III 70) εἰ δέ τις περιάψῃ nur in W **16** ψαμενόθ, 'Ιχθήος ἀπὸ ά (ἡμέρας) ἕως ι′ N Verwechslung des Tierkreiszeichens der Fische mit dem Sternbild des Fisches auch Catal. codd. astrol. 10,136 (s. W. Gundel bei Fr. Boll, Sternglaube und Sterndeutung. Lpz. 1931[4] S. 182) **17** Αυτώθ H Αυτοθιθ P, ohne Namen N Spuren von αυθιθ in W? φθόνους φίλων καὶ μάχας ποιῶ H φθόνους ποιῶ καὶ μάχας P Zu Autôth s. Gundel 40.57 **18** οὖν τὸ ἄλφα καὶ τὸ ὠμέγα γραφόμενα P τὸ α′ καὶ β′ γραφόμενον H τὸ α ἢ β N ἀρχὴ καὶ τέλος nur W (oft bei A. Delatte, Anecdota Atheniensia; s. Register S. 666) **19** ἰχθήος β′ N **20** Φθηνεωθ H Φθηνόθ P Φηνόθ N s. φθημωθ PGM I 162; Gundel 55. βασκαίνω π. ἄνθρωπον H β. παντὶ ἀν(θρώπ)ῳ P **21** ὁ πολυπ. ὀφθ. H οὖν ὀφθ. πολ. P Auf vielen Amuletten gegen den bösen Blick wird das Auge von gegenwirkenden Kräften angegriffen; S. Seligmann, Der böse Blick 2, 1910 (Berlin) 150—154 u. sonst. **22** ἰχθήος γ′ N **23** Μιανέθ H Βιανακίθ P — κηθ N s. Gundel 56 τῷ σώματι ἐφθόμενόν εἰμι H τοῦ σώματος ἐπίφθονος P **24** οἴκους ἐρήμους H — ῶ P καὶ ὅσα ἄλλα τοιαῦτα P (fehlt in H) **25** γράψει H — ῃ P ἐν τ. προθύροις H ἐν προθ. P; s. ähnlich Test. Sal. 18,22 (S. 56* 1 f. Cown): ἐάν τις γράψει τῶν ὀκτὼ πατέρων τὰ ὀνόματα καὶ θήσει ἐν προθύροις, εὐθὺς ἀναχωρῶ. οἴκου οὕτως H οἴκου αὐτοῦ PW μέλπω αρδαθ αναθ H μηλτῶ αρδου αναθ P μηλτον αρθουνα εναθ N **26** φεύγω ἐγὼ τοῦ τόπου H φεύγω τοῦ τ. P.

[*Heidelberg*] ***K. Preisendanz***

# JEWISH APOLOGETIC LITERATURE RECONSIDERED*

*SUMMARIUM: Communis opinio est virorum doctorum, praecipue theologorum, non esse Iudaicas litteras, Hellenistico-Romano aevo scriptas, nisi ἀπολογίαν, defensionem scilicet Iudaicae religionis atque propagationem eius inter paganos. Contra auctor probare conatur, Iudaicos auctores ad Iudaeos, non ad paganos, scripta sua destinavisse. Tum demonstratur, non theologica sed historica ratione ad investigandas Iudaicas litteras Hellenistici aevi adgredi opportere.*

The dominant opinion among modern students of Hellenistic Judaism is, that Jewish Alexandrian literature was nothing but apologetics. Their researches reveal several aspects of apologetics. 1.) The Jews were compelled to defend their religion against antisemitic attack — hence the self-defence; 2.) the most effective defence is that which represents Judaism as the ideal of all religions and ethics — hence the panegyric; 3.) the defence of Jewish doctrines and, above all, of monotheism leads naturally to an attack on polytheistic religions — hence the polemics; and 4.) since the whole apologetic literature is directed at the Gentiles, it has a practical purpose as well: to spread the Jewish religion among the Gentiles in order to make proselytes — hence the propaganda.

The principles of Jewish apologetics were thoroughly described by a Jewish scholar, M. Friedländer[1], about 50 years ago. The main point of Friedländer's theory was that the Jews in the Hellenistic-Roman dispersion differed from the Palestinian Jews: they did not follow the narrow nationalism of the Pharisees, but turned the Law of Moses into a general doctrine which could be admitted not only by Jews, but by every enlightened mind. The spreading of this doctrine among the Gentiles was, in Friedländer's view, the historic mission of Alexandrian Jewry. It is obvious that

* The present study is mainly based on my article published in Hebrew in *Commentationes Judaico-Hellenisticae* (*In Memoriam Iohannis Lewy*), Jerusalem, 1949. For the preparation of the English text my thanks are due to my wife and to Dr. Hedva Ben-Israel.

[1] M. Friedländer, *Geschichte der jüdischen Apologetik als Vorgeschichte des Christentums* (1903).

Friedländer's view does not essentially differ from that of the Christian theologians. The theologians claim that the mission of Israel was, in the first place, to lay down the foundations of monotheistic religion and thus prepare the minds of mankind for Christianity. Friedländer, too, sees Alexandrian Judaism as a transition from biblical Judaism to Christianity, and the Christian theologians on the other hand think, like Friedländer, that Alexandrian literature was essentially apologetic, i. e. its main purpose was polemics and propaganda[2]. Christian theology, and especially Protestant theology, gave rise to great scholars, who in their turn started a long line of pupils. This is the reason why the theological spirit still dominates all research into Jewish Alexandrian literature, regardless of whether the authors are Jews or Christians, professional theologians or philologists and historians.

The purpose of the present study is to test the principles of the dominant theory and to prepare the way for a new approach, which should rightly be called historical. The aim of the historical approach is to understand Alexandrian literature as a mirror reflecting various opinions within Jewish Alexandrian society, opinions which, in their turn, were influenced by continuously changing political, economic and social factors. This approach brings movement and development into the somewhat static picture created by the theo-

[2] The following are a few examples from the standard works of Christian theologians, Protestants as well as Catholics. W. Bousset, *Die Religion des Judentums im späthellenistischen Zeitalter*, 3. Aufl. (1926) p. 80: „Die meisten jüdisch-hellenistischen Schriften haben apologetische oder polemische Tendenz . . . Man kann die Bedeutung der Mission des Judentums nicht hoch genug anschlagen". E. Schürer, *Geschichte des jüdischen Volkes im Zeitalter Jesu Christi*, 4 Aufl. B. III, p. 422: „(Die hellenistisch-jüdische Literatur) verfolgt zu einem grossen Teile den praktischen Zweck, nicht nur die eigenen Glaubensgenossen zu stärken . . ., sondern auch die nichtjüdischen Leser zur Erkenntnis von der Torheit des Heidentums zu bringen, sie von der Grösse der Geschichte Israels und von der Grundlosigkeit aller Angriffe auf dieses Volk zu überzeugen. Sie ist also zu einem grossen Teil apologetisch im umfassendsten Sinne". Ch. Guignebert, *The Jewish World in the Time of Jesus* (translated from the French) 1939, p. 232: „Indeed it may be said that, in a sense, all the Jews who wrote in Greek were apologists, and therefore propagandists, for Judaism." M.J. Lagrange, *Le Judaisme avant Jésus-Christ* (1931) p. 533: „Le Judaisme alexandrin n'est pas moins fier de la Loi que celui de la Terre promise. Mais il se sent la mission d'en être l'apôtre, de la faire connaître et de la prêcher parmi les Grecs". R.H. Pfeiffer, *History of the New Testament Times* (1949) p. 197: „Polemics and apologetics are inseparably blended in all these writings of Alexandrian Jews".

logical scholars. Let us, first of all, examine the defects of the prevailing view.

## I.

According to the dominant opinion, Jewish Alexandrian literature was wholly or mostly a literature of self-defence, polemics and propaganda; in other words, it was directed not inwards, but outwards, not to the Jews, but to the Greeks. This statement has to be examined.

Let us start with a problem which has not indeed decisive significance, but is of certain importance to us, since it has never been discussed by scholars. Was wide-spread Jewish literary propaganda among the Greeks technically possible? Late 19th century scolars belleved that the distribution of books in the ancient world was similar to that of modern times, that then, too, books were produced in large numbers of copies, sold in thousands in shops and sent to distant countries; that famous authors had their own publishers, who made profits out of the sales, and so on[3]. Those opinions have been refuted in the light of new research. The habit of reading books and preserving them in private libraries grew only slowly in the ancient world, gradually replacing the habit of listening to the oral teaching of authors and orators. We can trace this change to a period not earlier than the middle of the 4th century B.C.[4] The first public library was established in Alexandria in the time of Ptolemy I (c. 300 B.C.) and then only begins the systematic care of books and their preservation. The copying of the books was a hard task, which was performed by individual scribes, and numerous errors were, of course, unavoidable[5]. As for the bookshops, they generally dealt in classics and not in modern literature, except

[3] Cf. Birt, *Das antike Buchwesen* (1882) p. 342 sqq. Even in our time we occasionally meet with the same view in popular expositions; cf., e.g., H.L. Pinner, *The World of Books in Classical Antiquity* (1948) passim.

[4] Cf. F.G. Kenyon, *Books and Readers in Ancient Greece*, 2-nd edition (1951) p. 25.

[5] The Egyptian papyri showed us that the copying errors were visual rather then aural. It may be suggested, therefore, that the copying was done not, as was previously thought, in a big office where the book was dictated to several scribes, but by copyists who had the original book in front of them. Cf. W. Schubart, *Das Buchwesen bei den Griechen und Römern* (1921) p. 157; Kenyon, *op. cit.*, p. 73.

for the most famous authors[6]. Publishers in the modern sense of the word were very rare. R. Sommer showed that even Atticus, who had always been considered as the publisher *par excellence*, was in fact no more than Cicero's close friend, who helped him with copying his books without being paid for it[7]. A new book was "published" in this way: the author himself or one of his rich friends would make a small number of copies to begin with, and send them to his close friends. That this number was small, we may conclude from some remarks in Cicero's letters to Atticus[8]. Once the book was known within the circle of close friends (comparable perhaps to the people receiving free author's copies in our time), it reaches the second stage of its distribution, *viz.* the copying by private persons on a larger scale. Anybody, who saw a new book at a friend's house, might send his educated slave to make a copy for him. It is obvious that the desire to make a copy depended on the value of

[6] We have more or less reliable knowledge about bookshops only from the period of the Early Roman Principa_e. As for the Hellenistic period, we may only form hypotheses; cf. W. Schubart, *op.cit.*, p. 150. About the sale of poetry books we hear from the poets themselves (Catullus, Horatius, Martialis). For the sale of the modern writers' prose works we have hardly any information in the sources (a rare evidence: Pliny min., *Epist.* IX, 11). It should be noted that the Egyptian papyri provided us with a great number of literary works of the Classical Period; as to the Hellenistic literature almost all the papyri which contain works by Hellenistic writers (such as Herodas, Kallimachos, Theokritos, Hipponax, Euphorion, etc.) belong to the Roman and Byzantine period. Very few works of the Roman Period are preserved in the papyri. The absence of such important writers, as Polybios and Plutarch, is very conspicuous. Cf. W. Schubart, *Einführung in die Papyruskunde* (1918) p. 68 sqq., 120 sqq.; K. Preisendanz, *Papyruskunde und Papyrusforschung* (1933) passim; Kenyon, *op. cit.*, p. 31 sqq., 36 sqq.; J. G. Winter, *Life and Letters in the Papyri* (1933) p. 192 sqq., 238 sqq. These facts provide a definite proof that the wide reading public in Egypt was interested in famous writers of previous generations, and not in modern writers. It follows, of course, that booksellers were not interested in keeping a stock of modern books difficult to sell.

[7] R. Sommer, *T. Pomponius Atticus und die Verbreitung von Ciceros Werken* (*Hermes* 61 [1926] p. 389 sqq.).

[8] The most important passage is *ad Att.* XII, 6: Cicero is asking Atticus to correct an error in his new book, "not only in your own copies but in those of others, with the help of your copyists" (***non modo in tuis libris, sed etiam in aliorum, per librarios tuos***). We learn from this that the number of copies which Atticus made for his friend Cicero was small enough to get the copies back without difficulty in order to correct the error after the book was already "published". Cf. also *ad Att.* XVI, 6 (at the end).

the book and on the fame of the author. The more famous the author and the more respected his social position — the better his prospects for the propagation of his book. The main condition, therefore, for the successful "sale" of a book within a certain society was the extent to which the author was rooted in this society. Only when the author was already famous and the demand for his books was continuously increasing, would the distribution of the books reach its highest stage; only then would a publisher appear and arrange the copying of the books by expert scribes for sale. The sale, however, could never become mass production. Copyrights did not exist in the ancient world. The book, once it was out of the author's house, was no man's property. Anybody could lend it to a friend in order to make as many copies as he liked[9]. It follows from all this, that only a small number of copies, those sent by the author himself to his friends, reached those persons, whom the author particularly intended to know his book. All other copies spread among the public without any supervision on the part of the author or on the part of anyone else.

How is it possible, under such conditions, to speak about Jewish literary propaganda on a large scale among the Greeks? Single copies would of course be given by the author directly to Greeks, and there were also books, which were sent to the authorities in the form of memoranda (see below). We may also assume that some Jewish book might occasionally have found its way to a bookshop. But it is not single cases and exceptions that the scholars have in mind when they speak about Jewish propaganda among Greeks. We have already seen that there was no mass production of books in the ancient world and that the main condition for the distribution of a book within a society was, that the author should be rooted in that society. Be the Jewish Hellenization as it may, there is no

[9] W. Schubart, p. 152; cf. K. Dziatzko, *Untersuchungen über ausgewählte Kapitel des antiken Buchwesens* (1900), who emphasizes especially the importance of private copies; in his opinion many writers in Rome at the end of the Republic and at the beginning of the Principate still distributed their works only among their friends by means of private copies (p. 168). The literary papyri found in the small towns of Egypt (especially in Oxyrhynchos) entirely confirm this view. "It is quite clear, from the evidence with which Egypt provides us, that a great amount of the total book production was of local and even private origin... In Graeco-Roman Egypt books might be produced anywhere and by anybody" (F. G. Kenyon, p. 70 sq.). Under such circumstances it would be certainly an exaggeration to speak about "mass-production".

doubt that the Jewish authors belonged to Jewish, not to Greek society. The fact, that the Jewish community lived in a Greek town, was not enough to bring the two nations close to each other. The attitude of Jews towards Greeks was often very favourable; but the important point, concerning the circulation of Jewish books among Greeks, was, of course, the attitude of Greeks towards Jews — and this attitude was definitely hostile in the Roman period and probably already unfavourable at the end of the Ptolemaic period. Perhaps only during the short reign of King Ptolemy VI Philometor, a friend to the Jews, were the Greeks quite favourably inclined towards the Jews, but at that period Jewish Alexandrian literature was still trying its first steps, and the question of its circulation among the Greeks hardly existed at all.

We still have to discuss briefly the problem of pseudonyms and forgeries, to which modern scholars attach considerable importance. Some Jewish Hellenistic writers, as is well known, concealed their real names, and we know their books by Greek pseudonyms only. Schürer attached to such books a special designation, which became a favourite among scholars — "Jewish propaganda in pagan disguise"[10]. Schürer and other scholars have no doubt that there could be no other reason for using a Greek pseudonym except the desire of the Jewish author to pervade the Greek reading public[11]. We saw, however, that the Greek readers were especially interested in classical literature and showed little appreciation of modern authors; it is obvious, therefore, that the Jew had to assume an illustrious name, if he wanted his book to be read by Greeks. Anyone, however, who went over Schürer's list of pseudonyms, would easily realize that the Greek names chosen by Jewish authors as a disguise were by no means illustrious, and we cannot possibly assume, that they could attract the attention of a Greek reader[12].

[10] E. Schürer, p. 553: „Jüdische Propaganda unter heidnischer Maske".

[11] See e.g. Schürer, p. 619; this opinion is shared by Guignebert: The Greek disguise was necessary in order to attract those people "who would not have opened a Jewish book" (p. 232). Cf. R. Pfeiffer, p. 224 sqq.

[12] We should exclude Hekataios from this list. It seems that scholars were wrong in ascribing to a Jewish writer passages composed by the genuine Hekataios (a Greek writer who lived c. 300 B.C.). See H. Lewy, *Zeitschr. für Neutestam. Wissenschaft* 31 (1932) 117 sqq. The "Letter of Aristeas" is attributed to Aristeas, a courtier of the time of Ptolemy II Philadelphos, but who could have remembered him in Alexandria 100 years later? (The Letter of Aristeas was presumably composed in the second half of II century B.C.). On Sibylline

The purpose of such "forgeries" were therefore other than to pervade the Greek reading public. Sometimes the pseudonym appeared as an integral part of a certain literary plan; the author of the "Letter of Aristeas", for instance, tried to represent the Greek translation of the Bible as having been initiated by the Gentiles themselves and it was therefore necessary for him to disguise the author as a Greek and to present him as the chief hero of the story. Forgeries of this kind are nothing but a literary convention. As for real forgeries, i.e. inserting new passages in an existing text, we must remember, that people in those early times did not have the same feelings of respect towards the written or printed word as we do, and if a reader found faults in a book or considered himself better informed about the subject than the author, he would not hesitate to delete, add or correct. The notes he wrote in the margin might be incorporated in the text by a later copyist, who thus started a forgery[13]. Again, it was a common custom in the ancient world

---

oracles see below. Schürer mentions in addition Hystaspes, Phokylides, Menandros and others. Without going into the problem whether the passages ascribed to those writers were in fact composed by Jews (E. Schürer himself has doubts about some of them) it is obvious that these writers, except Menandros, were not famous at all. About forged passages in Homer, Aischylos and other classics see below, p. 176 n. 14.

[13] We learn from Pliny's letters that there was a custom among the writers of Imperial Rome to send new books to their friends in order that they should add their remarks; cf. e.g. the letter to Romanus: *adnota quae putaveris corrigenda* (ep. III, 13,5), or the letter to Tacitus: *Librum tuum legi et quam diligentissime potui adnotavi quae commutanda, quae eximenda arbitrarer... Nunc a te librum meum cum adnotationibus tuis exspecto* (ib. VII, 20,1). From the text of the letters it is clear that Pliny is not speaking about a book which he is still writing, but about a finished book already published. We cannot be sure, however, that remarks of this kind were not incorporated in the text of the book with the author's consent or against it, or even without his knowledge. This is possibly the reason why the writers showed an interest in the text of their books even after they were widely known. It was not without reason that one of his readers, Metilius Nepos, asked Pliny to reread and correct the copies of his books which he, Metilius, had bought for himself; he would like to possess corrected copies before leaving Rome for the provinces (ib. IV, 26). Obviously Metilius knew that the text of the copies available in the bookshops was full of errors and unreliable. The adjective "impertinent" which the scholars so easily apply to the word "forgery" in the case of Jewish forgeries (cf. e.g. Bousset, p. 73: "eine Menge von frechen Fälschungen") shows that many scholars judge literary forgeries as if they were forgeries of bank-notes. They have obviously ignored the whole problem of alterations and changes introduced by writers (or by readers) into the text of an already "published" book.

to compose speeches, letters, documents, verses and even whole books and to ascribe them to some illustrious person of the past. The aim was not political but literary, and those forgeries were, on the whole, merely rhetorical exercises[14]. The more solemn the style of a Greek author, the nearer it was to the style of the Bible, the easier, therefore, for a Jewish author to imitate it. This is the reason why Sibylline Oracles became a special favourite among the Jews. In Jewish Sibylline Oracles the scholars find the main proof for their opinion, that Jewish forgeries were made for the purpose of propaganda. We must, however, not forget that even the Greek authentic Sibylline Oracles, passages of which are preserved in Jewish and Christian Sibylline poetry, were sort of forgeries, because the Sibyls themselves were mythological characters, who never wrote anything at all[15]. The forgery of Sibylline Oracles was a special branch of literature in which everybody participated, first the Greeks, then the Jews, and finally the Christians. The literary form of the prophecy of the Sibylline Oracles offered the Jewish author a suitable medium in which to pour out his heart in patriotic poetry, to predict the ruin and total destruction of the foes of Israel, to prophesy the near approach of salvation, to praise the God of Israel and his Law, etc. Why should we seek here propaganda and a wish to make proselytes?

Let us see now, whether Jewish Alexandrian literature was by its content suited to the Greek reader? During the reign of Ptolemy II Philadelphos, the Jews started the translation of the Holy Scriptures into Greek. Following this translation, mainly done in the course of the second century in Alexandria, there developed a rich literature of commentaries to the Torah. We know the most famous commentary, that of Philo; but from Philo's own writings we learn, that some commentaries had existed earlier, and the book of Aristobulos in the 2nd century B.C., may be considered as an

[14] In the same way we may perhaps explain the forged passages which were inserted by Jews in the works of Homer, Aischylos, Sophokles and other classics. For this collection of forged verses see E. Schürer, p. 595; W. Bousset, p. 25. Such forgeries could not be numerous since every educated Greek reader could easily discover them.

[15] The pagan oracles which form the basis of different parts of Sibylline Oracles are discussed by J. Geffcken, *Komposition und Entstehungszeit der Oracula Sibyllina* (1902) p. 4 sqq., p. 18.

example of such commentaries[16]. Who read all those commentaries? M. Friedländer, in accordance with his general opinion, thought that the allegorical commentary of Philo (as well as other allegorical commentaries before Philo) was imbued with an apologetic purpose and addressed to the Greek world[17]. The scholars in our time deal more cautiously with this problem, but they, too, claim that at least part of the exegetic works of Philo were written for the Greek reader[18]. The interest of the Greeks, however, in biblical commentaries, can be understood only on the assumption that they were interested in the Bible itself. The fact, however, is that the translation of the Holy Scriptures into Greek made no impression whatever in the Greek world, since in the whole of Greek literature there is no indication that the Greeks read the Bible before the Christian period[19]. Greek writings about Jews reveal complete ignorance of Jewish history and religion, which could not have been the case

[16] Philo, *de migr. Abrah.*, 88 sqq.; *de confus. linguar.*, 2; *de Abrah.*, 178 sqq; *de opificio mundi*, 77, and others. In the opinion of W. Bousset, *Jüdisch-Christlicher Schulbetrieb in Alexandria und Rom* (1915), the allegorical commentary of Philo reflects the views of the exegetic schools which existed in the Jewish community of Alexandria. Ed. Stein (*Die allegorische Exegese des Philo aus Alexandria*, 1929), following Bousset, emphasizes especially the dependance of Philo on the Jewish biblical commentators who preceded him (cf. especially p. 31 sqq.). On Aristobulos see Ed. Stein, *op.cit.*, p. 7 sqq; E. Schürer, III, p. 512.

[17] M. Friedländer, *op.cit.*, p. 209 sqq.

[18] According to Goodenough, *The Politics of Philo Judaeus* (1938), the allegorical commentary of Philo was directed to the Jewish reader (p. 21), whereas the "Expositio" (which contained the Lives of the Patriarchs, treatises on the Ten Commandments, on Special Laws, etc.) was written for those Gentiles who were interested in a more profound understanding of Judaism (p. 42). Cf. also his article on the *Expositio* and on the *Life of Moses* in *Harv. Theolog. Review* 26 (1933) p. 109 sqq. On the allegorical commentary of Philo in general cf. Wolfson, *Philo*, I (1947) p. 115 sqq.

[19] W. Bousset, *Die Religion d. Judentums*, p. 437: "Es ist bemerkenswert, wie für die griechischen und römischen Literaten... die Septuaginta einfach nicht vorhanden ist". Swete, *An Introduction to the Old Testament in Greek*, 2-nd ed. (1914) p. 22: "There is... little or no trace of the use of the LXX by pagan writers". M. Hadas, *A History of Greek Literature* (1950) p. 257: "Language, style, and matter would make the Septuagint a difficult and puzzling book for Greeks to read, and there is no indication that anyone but Jews and proselytes looked at it". Only Christianity and Gnostical syncretism changed this situation; see Dodd, *The Bible and the Greeks* (1935).

if the Greeks had known the Holy Scriptures; and if this is true for the learned, how much more so for the ignorant. Thus the knowledge of the Bible was not spread among the Gentiles at all, and hence it follows that they could not have read the commentaries[20]. On the other hand, how very important were the commentaries for the Jewish reader. We know that the Jews in dispersion not only read the Bible in their synagogues, but also discussed its contents[21]. For this purpose the commentators had to learn the existing commentaries. The influence of the commentators on the Jewish public did not always suit the traditional spirit; Philo, for instance, speaks with bitterness about those of the commentators who neglected the practical prescriptions of the Torah, giving them a purely allegorical interpretation, and it is quite clear that his intention was to warn his readers against the subversive influence of the extreme allegorists[22]. We learn from all this that those extreme allegorists knew, as did Philo himself, that their readers would be Jews and they wrote for them. What interest, indeed, could a Greek reader have for the practical prescriptions of Judaism?

From the fact that the commentaries were addressed to the Jewish reader, we may further conclude, that every passage in Alexandrian literature which shows a special interest in the prescrip-

[20] As evidence for the Greek interest in commentaries of the Bible scholars have usually pointed out Ptolemy VI Philometor, to whom Aristobulos dedicated his exegetic work and to whom parts of it were allegedly read (Euseb., *Praep. Evang.*, VIII 9,38; 10,1; IX 6,6). It is, however, obvious that a king cannot serve as an example of the common Greek reader. The dedication of books to a king (or to any other ruler) was a common habit in all ages and the fact that Philometor would listen to the reading of Aristobulos and would even make remarks about its contents testifies only to his goodwill toward the Jewish philosopher and not to his deep interest in the laws of Moses. The passages preserved from the book of Aristobulos reveal that the main purpose of the Jewish philosopher was to explain to the reader the anthropomorphic locutions in the Bible and not to discuss the laws. Such explanations of passages which had been subject to false interpretations could only be meant for people accustomed to read the Bible, i.e. for Jews and not for the King. It is obvious, therefore, that the exegetic work of Aristobulos, like other commentaries on the Bible, was directed to the Jewish reader, in spite of the fact that it was dedicated to the king. Even their synagogues Egyptian Jews "dedicated" to the kings, as evidenced by the inscriptions, and this is of course no proof that the kings ever prayed in them.

[21] Philo, Ὑποθετικά, *Eusebios*, *Praep. Evang.*, VIII, 7, 12—13.

[22] Philo, *de migr. Abrah.*, 88 sqq.

tions of the Torah, or in which some biblical events are mentioned, was meant not for the Gentiles, but for the Jews. The reason is quite clear. If the Gentiles did not read the Bible and did not know the commentaries, they could certainly not understand those passages. How, e. g., could they understand a book like "The Wisdom of Solomon", which refers to biblical characters and stories without even specifying their names?[23] What interest could they find in the detailed exposition of the High Priest Eleazar (Letter of Aristeas, 153) on beasts "what soever parteth the hoof and cheweth the cud..." (Lev., XI, 3), if they were unfamiliar with even the most important biblical prescriptions? All these details clearly testify to a purely Jewish atmosphere. Both the author and the reader belonged to the same Jewish community of Alexandria and understood each other's thoughts, even when those were expressed by hints.

If the exegetic literature, which was essentially religious and dealt with the principles of Judaism, was not intended for the Greek reader, this would certainly be true for the profane literature which lacked any purpose of preaching or making propaganda. Among the works of Jewish Alexandrian literature there is a number of books that, even modern scholars must admit, have nothing in common with apologetics. Such are the books of the historian Demetrios, of the poet Philo and of the tragedian Ezekiel. Though the term "profane literature" does not exactly suit these writers, since they took their themes from the Bible, we may nevertheless say that their tendency in writing was essentially secular. They tried either to lend to a Jewish subject the attraction of a Greek form (Philo and Ezekiel), or dealt with the chronological and genealogical questions connected with ancient Jewish history (Demetrios). It is not difficult to explain why Jewish writers of the Hellenistic period felt an inner need to imitate Greek literature which they had just discovered in all its splendour, or why the Jewish reader enjoyed a literature of that kind. As to the Greek reader, he would certainly have laughed at those feeble attempts to create a Jewish literature in the style of Homer and Euripides, especially since the Jewish

[23] Among the biblical events hinted at in "The Wisdom of Solomon" there are stories which are not of the best known ones, and we cannot assume that the Gentiles could understand them without special explanation. Such are, for example, the disappearance of Enoch (IV, 10), the abstension of Joseph from sin (X, 13), the people of Sodom (XIX, 13), and others.

writers lacked any talent to accomplish such a daring literary enterprise[24].

We turn now to the discussion of the subjects connected with the very conception of apologetics, *viz.* the praise of Judaism and the polemics against the pagans. It is not my intention to deny that these „apologetic" features really existed in Alexandrian literature; the question however is — how should they be interpreted? The common opinion is that the desire to praise Jewish religion resulted from the need to impress the Greeks by showing them that the Law of Moses was more ancient and sublime than the wisdom of Greek philosophers. But why not suppose that the Jews themselves were anxious to hear their religion praised? Was not the attempt to represent the Torah as the best and most sublime philosophy attractive to the Jewish reader? Now, there is no doubt that the need to extol Judaism had much deeper roots, than the selfish desire to listen to words of praise. In studying this problem we have to distinguish between two periods, the Ptolemaic and the Roman. The panegyric tendency existed already in the second century B.C., especially, it should be stressed, among writers who were imbued with the spirit of Hellenism, such as Aristeas, Artapanos and Aristobulos[25]. This tendency to extol Judaism resulted from an inner need so characteristic of educated Jewish circles in Egypt. Those Jews who approached Hellenistic civilisation by all possible ways and were influenced by it in their way of life and thought, found it easier to cling to Judaism as long as they knew that Judaism stood on an equal level with Hellenism. The desire to praise the Law of Moses resulted, therefore, not from a blind devotion to the ancestral tradition, but, on the contrary, from a Hellenistic education. In the Roman period the reasons were quite different. When aggressive antisemitism turned Jewish religion into

[24] About those writers see J. Freudenthal, *Alexander Polyhistor* (1875) p. 35 (Demetrios); Schürer III, p. 472 (Demetrios), p. 497 (Philo the poet), p. 500 (Ezekiel); Knipper, *Le poète juif Ezékiel*, *Rev. d. Etud. Juiv.* 46 (1903) p. 48——73, 161—177; Gutman, *Philo the Epic Poet* (Scripta Hierosolymitana, I, p. 36 sqq).

[25] In Aristobulos' works appears for the first time the idea that the Greek philosophers, such as Pythagoras, Socrates, and Plato, drew their wisdom from the Bible. This idea was accepted by other Jewish Hellenistic writers (among them Philo) and finally became popular also among Christians. Cf. Wolfson, *Philo*, I, p. 141; id., *The Philosophy of the Church Fathers*, I (1956) p. 15 sqq.

something contemptible, the Jews found an everlasting source of consolation in the idea that their Law was pure and perfect. With the increase of antisemitic writings, in which Jewish religion and customs were derided, there grew also the number of Jewish writers who tried to prove to their brethren how ancient and superior their tradition was, and how deep the abyss between the pure doctrine of Moses and the pagan cults.

And now for the question of polemics. If we assume, as most modern scholars do, that it was directed to the Greek reader, we must, to be consistent, also assume that the polemics of the prophets against idolatry in biblical times, was directed to the outer world; and such an assumption would, of course, be erroneous. One could rightly claim, that in the biblical times the situation was different: the prophets needed to combat the inclinations within Israel towards other religions, and that was the reason, why the polemics remained inside the nation. To this must be replied that the same need existed also in the Hellenistic period. Did not renegades like Dositheos, son of Drimylos, and Tiberius Julius Alexander break away from the Alexandrian community[26]? Did not Jews send their sons to be educated in gymnasia, and did they not aspire for Greek citizenship? And does not Jewish Alexandrian literature contain violent polemics against the Jewish assimilants[27]? Alexandrian Jews imitated the customs of their Greek neighbours to such an extent, that there was a vital necessity to remind them of the sins of polytheism. Even the methods of the polemics were calculated to influence the Jewish reader. Although the Jewish writers sometimes adopted modern Euhemeristic ideas, very popular among Greeks[28], they generally followed the prophets in

[26] For Dositheos son of Drimylos (at the end of the third century B.C.) see III Maccabees I, 3. Cf. A. Fuks, *J.J.P.*, VII—VIII (1954) p. 208 sqq.; C.P. Jud. No. 127. Tiberius Julius Alexander, Philo's nephew, suppressed cruelly the Jewish rebellion of A.D. 66 in Alexandria, and was later one of Titus' advisers in his war against the Jews in Jerusalem.

[27] Cf. III Maccabees, VII, 10—16; Philo, *Vita Mosis* I, 31; *de confus. linguar.*, 2. In Philo's opinion, those who rejected the belief in one God must be punished most severely, according to biblical Law (*de spec. leg.* I, 54). In his treatise *de paenitentia* Philo speaks with bitter anger about the low morals of those who betrayed the "Holy laws".

[28] Cf. "The Wisdom of Solomon" XIV, 15 sqq.; *Sib. Oracl.*, III, 110 sqq.; Letter of Aristeas, 135.

speaking of the Greek gods as of idols made of wood and stone[29]. Such an approach to paganism would be quite natural for the Jewish readers, but alien to the Gentiles. Educated Greeks were well aware that it was not wood and stone they worshipped, but the Deity (τὸ θεῖον), which revealed itself to human beings in different forms. As for the images, they were no more than symbols. Polemics in the spirit of the prophets could not, therefore, be used against Greeks, and it is very doubtful whether it would have made any impression upon them.

All those arguments, the formal as well as the internal, lead to the conclusion that Jewish Alexandrian literature was directed inwards and not outwards. As for apologetics in the narrow sense of the word, i.e. the defence of Judaism, it cannot be denied completely, but we have to remember that it appears only at a certain stage of the development of Jewish Alexandrian literature, *viz.* at the beginning of the Roman period, and that the number of apologetic writings was never great. Self-defence came as an answer to antisemitism, which gradually developed in Egypt, and appeared as a considerable literary force at the end of the Ptolemaic period. Only at the beginning of the Roman period did the antisemites go over to violent attack on Jews, using also brute force. Then, and only then, did the need for organized defence become indispensible, in literature as well as in daily life. At that time Philo wrote his book "The Apology of Jews" which, unfortunately, has not been preserved[30]. It may be assumed that his writings "Against Flaccus" and "Embassy to Gaius" were also directed at the Gentiles or, more exactly, at the Roman authorities; and it may be supposed that these writings were sent by the author directly to the Government representatives in Rome and in Alexandria[31]. In modern terminology those books were a kind of memoranda, i.e. treatises, which were not intended to be widely spread but to be read by a small number of persons. We find in them many of the features typical of memoranda: the description of political events from the point of view of a group of people who have suffered from these events; the attempt

[29] Cf., e.g., "The Wisdom of Solomon" XIII, 10 sqq.; XV, 4 sqq.

[30] Mentioned in Eusebios, *Praep. Evang.* VIII, 8, 19. Eusebios quotes a passage from this book.

[31] Goodenough, *The Politics of Philo Judaeus*, thinks that "Against Flaccus" was presented to the new Roman prefect in Egypt who came to replace Flaccus (p. 11), and "Legatio ad Gaium" to the Emperor Claudius (p. 19).

to establish the extent of the rights of the persecuted group by stressing the legitimate source of their rights; the emphasis on the positive qualities in the character, customs and religion of the persecuted group; the attempt to minimize the features which might provoke antagonism; the insistence on the political loyalty of the group to the Government combined with direct accusations against officials, who have exceeded their authority, and sometimes even a disguised threat to use force if the just complaints are not attended to. The contents of these memoranda were essentially political, but it is natural that the author enlarged the discussion by including also the questions of religion and culture, since all those questions were internally linked together. There is little doubt that the apologetic writings of Philo were not the only ones and that the need to argue with the Greeks (especially on the question of Alexandrian citizenship) gave rise to some more apologetic writings. We find traces of this apologetic literature in Josephus, especially in his book „Against Apion", but also in some passages of his „Jewish Antiquities". A detailed analysis of the apologetic features in Josephus could reclaim for Alexandrian literature some of the passages which were borrowed from it by the great Jewish historian[32]. We see, therefore, that there was indeed an apologetic Jewish literature in Alexandria, but we have to bear in mind that it was confined to a limited period only, and one must guard against generalizing from this fact to the whole of Jewish Alexandrian literature.

## II

Our examination of the so-called „Apologetic Literature" led us to the conclusion that this literature was directed inwards and not outwards and that it would be an exaggeration to say that its purpose was solely that of propagating the Jewish religion among

[32] Much has been written about the influence of Alexandrian literature on Josephus; cf., e.g., S. Belkin, *The Alexandrian Halakah in the Apologetic Literature of the First Century C.E.* (1936). I would like to emphasize that the conclusions of the present article do not apply to Josephus. In contrast with Alexandrian writers Josephus is a typical apologetic writer who sees in the defence of Judaism his main task. He even emphasizes explicitly that he wrote his books for the Gentiles. He, who was the official historian of the Flavian emperors, could be sure beforehand that the circle of his readers would include also the Gentiles, for the single reason that the author was under the protection of the Emperors.

the Gentiles. This conclusion requires a new approach to all the values of Alexandrian literature. By this I do not mean any particular professional approach (as e.g. philological, legal or philosophical) but the adoption of new principles, since every professional approach would only deal with a certain part of the problem and would not cover it completely[33]. As I have noted in the beginning of this article, we will form these new principles if we approach Jewish Alexandrian literature from the historical point of view.

The history and the cultural life of Egyptian Jews in the Hellenistic-Roman period have attracted the attention of many historians, and a great number of books were written on the political role and the civic status of the Jews in Egypt, as well as on Alexandrian literature with all its religious, moral and philosophical problems. One does not, however, find in these studies the notion of an organic connection between the historical reality and the cultural life. Bludau, L. Fuchs and H. I. Bell[34] offer a chronological

[33] There are three main kinds of the professional approach: the philological, the legal and the philosophical. The philologists examine the language and the style, the themes and the various literary forms typical of every single book; since Alexandrian literature belongs by its language to the Hellenistic world and by its contents to the Jewish world, there is rich material for philological research in both directions. The jurists concentrate their research mostly round the questions of "Halakhah". The main problem is whether Alexandrian "Halakhah" or its source and ways of development were original. (One of the latest books on this problem is S. Belkin, *Philo and the Oral Law*, 1940). Scholars dealing with philosophical and especially with religious problems, examine the influence of Greek classical philosophy on Jewish Alexandrian literature, as well as the influence of Jewish Alexandrian thinkers on the development of Christian doctrine. No wonder that this manysided interest shown by scholars from various fields of research gave rise to an abundant literature discussing almost every single work of Alexandrian literature. The Septuagint especially was the subject of numerous studies, and the list of works devoted to Philo is enormous (see Goodenough, *The Politics of Philo Judaeus*, p. 125—348). There is of course no need to emphasize that the adoption of the new approach to the principles of research into Alexandrian literature does not undermine the conclusions of various professional studies. On certain questions the philologists and the jurists have reached very important results which must serve as bases for any further research into this subject. It is not my intention to belittle those results, but, on the contrary, to rely on them and use them to the benefit of the new approach.

[34] Bludau, *Juden und Judenverfolgungen in alten Alexandrien* (1906); L. Fuchs, *Die Juden Aegyptens in ptol. und röm. Zeit* (1924); H. I. Bell, *Juden und Griechen im römischen Alexandreia* (1926).

scheme of the political history of the Jews in Egypt, emphasizing in particular the relations between the Jews and the Greeks and the outbreaks of hostilities between the two nations. When they see the need of discussing social and cultural problems they content themselves with writing special chapters devoted to these problems. Schürer includes the history of Egyptian Jews in his general description of the Jews in the Hellenistic-Roman diaspora; as for Alexandrian literature, he discusses in detail every single book, without any attempt to give a general picture of the development of this literature. The same lack of coordination between life and literature is found also in the works of scholars who studied the cultural life of Alexandrian Jews. M. Friedländer, as has already been said, devoted a special book to the description of Jewish apologetics, without paying any attention to the economic or political questions; even the history of the literature he put not in chronological order but according to subjects. Bousset, Lagrange, Guignebert and Pfeiffer dealt with the cultural life of Alexandrian Jews[35], but their interest was confined to theological questions, and if they devoted a few lines to the economic situation of Egyptian Jews they considered themselves free from doing any more in that direction. This is the present state of the research into the history of Alexandrian Jews and their literature. If, however, this state of affairs could be justified at the beginning of the present century when our knowledge concerning the history of Egyptian Jews was very scanty, there is, indeed, no reason for it now since the papyri, the ostraka and the inscriptions have given us plenty of information about the life of Egyptian Jews in the Hellenistic-Roman period. The new sources show that the Jews in Egypt were a nation of strong vitality who participated almost in every branch of economic life — in the army and civil service, in agriculture and craftsmanship, in trade and finance. They sometimes took part in political life, lending their support to one or the other of the pretenders to the throne, or fighting with arms for their own freedom. The Egyptian dispersion is the only one in this period which enables us to form a clear notion about its political, civic and economic life[6]. If we know the material basis of Egyptian Jewry and if we

[35] W. Bousset, p. 24 sqq.; 76 sqq., 89 sqq. and passim; Lagrange, p. 480 sqq.; Guignebert, p. 211 sqq.; R. Pfeiffer, p. 197 sqq.

[36] Cf. C. P. Jud. I, p. 1 sqq. (Prolegomena).

have before us, on the other hand, the literary works which reflect its spiritual life, we may try to connect these two worlds in order to understand the literary achievements through their dependance on certain historical conditions.

This new approach shifts the centre of interest from theological questions to a completely different field. Our main task should now be to take every work of Alexandrian literature as reflecting the political, social and cultural state of Alexandrian Jewry at a certain historical moment. We have to discover what kind of mission each writer fulfilled with regard to his Jewish readers, what subjects he put before them and what he preached to them. We want to learn the social milieu of the author and what class of the Alexandrian community he represented in his writings. We have the right to look in his book for hints concerning the political state of Egyptian Jews and we ask how the author reacted to the „burning questions" of Alexandrian Jewry, such as the attainment of citizenship, the attitude towards the Greeks, the ties with the ancestral tradition, the connections with Palestine and so on. Let us try to understand Alexandrian Jewry through its literature and to see it as an integral part of the Jewish nation which at the same time preserved its own particular character as an independent unit.

The historical approach to the literature sets many difficulties before the scholar. If our opinion is right and every literary work reflects the ideas of a certain group of people, then we have to know exactly where this group lived, when this work was written and under what historical conditions it was conceived. It is not my intention to state that these problems have so far been completely neglected. On the contrary, there is hardly any scholar who did not pay some attention especially to the problem of dating. This, however, was done either from a professional philological point of view, or in order to prove the development of certain theological ideas, or sometimes even with an historical interest but without any solid historical basis[37]. It is obvious that we must treat with due serious-

[37] An example of an incorrect dating of an Alexandrian book on the ground of a wrong understanding of the historical background is given in the article of Sterling Tracy, *III Maccabees and Pseudo-Aristeas*, (*Yale Class. Studies*, I, 239 sqq.), which attempts to prove that III Macc. was composed shortly after the Maccabean revolt. The author saw clearly only one side of the case, namely that III Macc. expresses the views of nationalist Jews, but did not take into

ness the research into these problems on which depends the construction of the historical framework needed for understanding the literary works.

Every problem has its own difficulties. 1. The place. We often apply the term Alexandrian literature to the whole of the Jewish literature created in the Hellenistic-Roman dispersion. The theologians do not attach much importance to the question of the place in which this or that book was composed, since the apologetic ideas, allegedly expressed in the book, were the same everywhere. A historian, however, sees the matter in a different light. We must assume a priori that in every part of the dispersion there were particular local conditions for the development of the Jewish community, and it follows that the literary works composed in different places and under different conditions ought not to be treated alike. Since our present subject is the research into Alexandrian literature, i.e. the literature created in Alexandria, we must not include in it books composed in other countries. If e.g. Norden was right in his opinion that IV Maccabees, written in the typical Asianic style, was composed in a town in Asia Minor[38], then we must leave it out of our discussion, although it has some important points of contact with Alexandrian literature. The same applies to Josephus who, great as he was and second only to Philo in Jewish-Hellenistic literature, cannot be used for our purpose since he was a Palestinian by birth and lived in Rome and not in Alexandria. Only those passages in his works which are based on Alexandrian sources can be of value to us. Fortunately this question does not apply to a number of important authors. Philo was an Alexandrian, who came of a distinguished Jewish family; Aristobulos held philosophical discussions with Ptolemy VI Philometor, and books like The Letter of Aristeas, III Maccabees, Artapanos betray clearly their Egyptian origin. The question is more complicated with regard to other books like the "Sibylline Oracles" or "The Wisdom of Solo-

---

account that there were other features in the book pointing to a later period. The amount of errors existing in examinations of the historical background is instanced by the fact that there are differences of as much as 200 years between the dates suggested by scholars for the same books (such as II Macc., III Macc., Aristobulos).

[38] Norden, *Die antike Kunstprosa*, I³ (1915) 416 sqq. Cf. on this book Dupont-Sommer, *Le Quatrième Livre des Machabées* (1939); E. Bickerman, *Louis Ginzberg Jubilee Vol.* (1945) p. 105 sqq.

mon", and we have to examine carefully every argument which might prove the Alexandrian origin of the book under discussion[39].

2. The question of dating is no less difficult. Most of the Alexandrian books reached us without any date, and scholars have tried to date the books by an analysis of their themes and ideas. The contents of a book, however, does not always reflect its date. The historian has to find in the book external indications of the date independent of its contents, such as the style, the manner of drawing up documents (if there are any), the use of certain administrative terms, geographical names and so on[40]. Only when there is no more hope of finding such indications would the scholar have no choice but to rely on the analysis of events or of certain historical situations mentioned in the book. He has to be especially cautious in using the ideas of the author as an indication of the date, since the chronological dating of ideologies can rarely be attained without a detailed knowledge of the historical situation.

3. The date of a book having been fixed, the scholar should draw a detailed description of the historical conditions of the period to which the book belongs. With the help of papyri, ostraka and inscriptions it is possible to distinguish several periods in the history of Egyptian Jews and to analyze with precision the particular spirit of each period. The scholar has to master perfectly this rather dry documentary evidence, since it also serves as a basis for our research into the field of literature. This is not the place, however,

[39] In the Sibylline Oracles there are passages which were obviously composed in Egypt, such as III, 156—161; 314—318; V, 52 sqq.; 484 sqq. There are, however, passages composed in other countries e.g. in Phrygia (I, 1—323, cf. Geffcken, op.cit., p. 50). As for the Wisdom of Solomon it is clear that the special interest shown by the author to the stories of the Exodus (Ch. XI—XII; XVI—XIX) and his mention of the cult of animals (XV, 18) points to an Egyptian author. In Focke's opinion, however (F. Focke, *Die Entstehung der Weisheit Salomos*, 1913), the chapters I—V were composed in Palestine and translated into Greek by an Alexandrian writer, who also composed the rest of the chapters. See below p. 192 n. 46.

[40] From this point of view there is special value in the studies of E. Bickerman, who found the right method for dating various works of Jewish Hellenistic literature. See his articles: *Zur Datierung des Pseudo-Aristeas* (*ZNTW* 29 [1930] 280 sqq.); *Ein jüdischer Festbrief vom J. 124 v. Chr.* (II Macc. I, 1—9) (*ZNTW* 32 [1933] 233 sqq.); *The Colophon of the Greek Book of Esther* (*Jour. of Bibl. Lit.*, 63 [1944] p. 339 sqq.); *The Date of Fourth Maccabees* (*Louis Ginzberg Jubilee Vol.* [1945] p. 105 sqq.).

to discuss the special aspects of every single period; our intention is rather to give a short characterization of each period and to point out its influence on the spirit of Alexandrian literature.

a. The first period from the beginning of Jewish settlement in Hellenistic Egypt till the beginning of the reign of Ptolemy VI Philometor (320—180 B.C.). The Jews settle in the towns and in the country. Their main occupations are agriculture and military service. The establishment of the communities; the Torah of Moses is instituted as the juridical basis of the communities. The beginning of contact with Greeks followed by fast assimilation. Hebrew and Aramaic cease to serve as spoken and literary languages in Alexandria; the translation of the Bible into Greek — the great literary enterprise of the period laying the foundation for the future development of Alexandrian literature.

b. The period of full flourish: from the beginning of the reign of Philometor till the Roman conquest (180—30 B.C.). The Jews as a considerable political force in the realm; the Jewish army on Onias' land; the intervention of Jewish military commanders in political events; a stable economic position in the army, civil service, agriculture and possibly also in trade. At the same time — the first signs of an unfavourable attitude on the part of the kings to the Jews (the antisemitic outbursts of the year 145 and possibly of the year 88); these, however, do not change for the worse the general condition of the Jews. An increased assimilation among the Greeks; the penetration of single Jews (and perhaps of whole groups) into the circle of Alexandrian citizens; the gymnasium education for Jewish youth. From Hasmonaic Palestine come opposite influences and the literature of the period reflects both tendencies — towards assimilation and towards traditionalism.

c. The period of crisis: from the Roman conquest till the beginning of the Great War against Rome (30 B.C. — A.D. 66). As a result of the Roman policy in the Orient, the Jews of Egypt are deprived of their position as a civilized nation and are reduced to the level of poll-tax paying Egyptians[41]. The active support of Roman policy on the part of the Alexandrian Greeks; the full development of antisemitism; first massacre of Alexandrian Jews during the reign of Caesar Gaius. The development of apologetic

[41] Cf. my article *Syntaxis and Laographia*, *JJP* IV (1950) p. 179 qq.

literature (in the narrow sense of the word) in the course of a desperate struggle for emancipation. The struggle of the Jews for civic rights ends in complete defeat in the first year of Claudius (A.D. 41).

d. The period of extermination: A.D. 66—117. The rebellion of Egyptian Jews in the year A.D. 66 under the influence of events in Palestine; severe suppression of the rebellion movement; imposition of the „Jewish Tax". The impoverishment of Egyptian Jews; interruption of contact between Jews and Greeks. The growth of a national movement in its extreme form — the yearning for the Messiah; the outbreak of a rebellion, first in Cyrene and then in Egypt, under the influence of these ideas; the crushing of the revolt and an almost total extermination of the Jewish population in Egypt[42].

e. The last period: from A.D. 117 till the beginning of the Byzantine age. The complete decline of Egyptian Jewry; a sparse population easily assimilating among the Egyptian peasantry. The return to the tradition and the revival of the Hebrew language; the influence of Palestinian Rabbis on Egyptian Jews; the complete end of Jewish Alexandrian literature. The attempts to regenerate Jewish communities in the Byzantine age meet with organized opposition on the part of the Christian world.

The place, the time and the historical conditions are therefore the questions facing the historian of Alexandrian literature who is trying to analyze the essence of a certain book. His task, however, does not end here; he has to determine to what social class, or political party, the author belongs. The research into these problems is still in the preliminary stage of feeling in the dark. Scholars are accustomed to discuss Alexandrian literature as a unit, regardless of classes and political parties; at best they distinguish between the Jews who saw their religious centre in Onias' temple and those who remained faithful to Jerusalem — an imaginary distinction which never existed in reality[43]. Only recently have scholars learned

[42] Cf. A. Fuks, *The Jewish Revolt in Egypt* (*A.D. 115—117*) *in the Light of the Papyri* (*Aegyptus*, 33 [1953] p. 131 sqq.).

[43] Onias' temple is never mentioned in Alexandrian literature. The only place (Sibylline Oracles V 501, 507), in which scholars have seen a hint to Onias' temple, has no connection with it: cf. Geffcken, op.cit., p. 26. Egyptian Jewry never saw in Onias' temple its religious centre and did not consider it as a substitute for the Temple of Jerusalem.

to emphasize the contrast between the national tendencies of the enemies of Hellenism and the ways of compromise with the Greeks sought by others[44]. We cannot, however, be satisfied with a superficial statement of this obvious conflict and we have to discover all the differences in the opinions of the various groups within Alexandrian Jewry. For this purpose the scholar has to use all the hints in Alexandrian literature which testify to inner conflicts, e.g. to differences between the faithful and the renegades (III Maccabees); the differences between those who had a Greek education and the „stubborn" who stuck to their „barbarian" way of life (Letter of Aristeas); the antagonism between the advocates of the Septuagint and its opponents (Letter of Aristeas and the Preface to the Greek version of Ben-Sirah); the discrepancy between the allegorical and the literal commentators of the Bible, or between the extreme and the moderate allegorists (Philo), and so on. It ought to be clear that all these differences and conflicts are the expression of a deep rupture within the Alexandrian community, and we ask first of all whether this rift had a social character. I would like to suggest a positive answer. There is little doubt that the ideology of the upper classes in Alexandria was not that of the lower classes. The rich bankers saw the world in a different way from the poor artisans who eked out a meagre livelihood[45]. It would be very important if we could know to which social class every author belonged. Unfortunately, we know this only about Philo. But even this single piece of information is of great value. We are accustomed to see Philo as the most typical representative of Alexandrian Jewry. It would perhaps be worth while to add that he represented only the upper classes of the Jewish community, being the brother of a rich banker Alexander and the uncle of a converted Jew in Roman military and civil service, Tiberius Julius Alexander. What a surprising light is thrown on the state of mind of Alexandrian Jewry by the fact that the great Jewish scholar, the rich banker and the high Roman official who betrayed his people, all

[44] Cf. e.g., the study of Sterling Tracy on the Letter of Aristeas and III Maccabees, mentioned above p. 186 n. 37. The theologians often speak about the narrow nationalism on the one hand and the aspiration for universalism on the other hand (cf. e.g., Guignebert, p. 228), but they understand this conflict as one between the Pharisees in Palestine and the freeminded Jewry of the diaspora. The same conflict, however, also existed within the Jewry of the diaspora. See below.

[45] On the rich and the poor in Alexandria cf. C. P. Jud. I, p. 48 sqq.

three of them belonged to the same family, i.e. they were brought up in the same spirit and in the same cultural atmosphere. In other cases, a single word or an occasional remark may sometimes reveal that a certain book comes from the poor classes[46]. It seems obvious, therefore, that there was among Alexandrian writers a certain class orientation, something like an ideology of the rich and an ideology of the poor. We may further suppose that the different classes were divided, in the first place, on the basic problem of the very existence of Jewry in the diaspora, *viz.* on the problem of assimilation among the Greeks or adherence to the ancestral tradition. We are not obliged to follow the theologians and to consider the assimilation of progressive Jews as the expression of a yearning for religious universalism and, on the other hand, the clinging to the tradition — as a form of narrow nationalism. The historian has to approach the problem from its realistic side and to consider the aspiration for assimilation and the devotion to the ancestral customs as resulting from the life experience of the different groups. The upper classes, the rich and the privileged who mingled with the Gentiles through their manifold business transactions, followed willingly the stream of assimilation since it brought them nearer to their neighbours and raised their standard of living to a higher level, while the poor classes, who had no part in the life of the „high society", clung stubbornly to the ancestral customs and abstained from any contact with the „idolaters".

In the light of this internal conflict it should be very important

[46] In III Maccabees VII, 11, the author accuses the renegades among the Jews of neglecting the prescriptions of the Bible γαστρὸς ἕνεκεν — "for the good of the belly", i.e. for the advantages of wealth and a career; this sharp expression testifies to the background of the poor and embittered to whom the author belonged. Some scholars tried to see in The Wisdom of Solomon the best example of a book which drew its origin from the poor classes. The author attacks sharply the rich and the mighty and identifies the poor with the pious (II, 10) and the wicked with the rich (V, 8). Focke, however (in his book mentioned in n. 39 above), thinks that the first chapters of The Wisdom of Solomon were written by a Palestinian Jew of the time of Alexander Jannaeus; cf. Ed. Meyer, *Ursp. und Anfänge d. Christentums* II (1921) p. 362, who agrees with Focke. We cannot, therefore, use chapters I—V of The Wisdom of Solomon for our discussion of the ideology and state of mind of the Jewish poor classes in Alexandria, as long as the question of authorship has not been finally settled. (The arguments against Focke put forth by Pfeiffer, op.cit., p. 325 are not very convincing).

to find out what part Palestine played in the party struggles within the Alexandrian community. It is clear that the Palestinian influence did not always act in the same direction. Until the year 167 the influence of Palestine was more likely to incline towards Hellenization than towards the tradition, since people like Joseph the Tobiad could not add to the attraction of Judaism in the eyes of Egyptian Jews. The influence of Palestine changed completely after the revolt of the Maccabees, and it would be a highly important task for an historian to examine precisely the ways of Hasmonean propaganda in Egypt[47]. Different, again, was the influence of the Zealots, from Herod's time on, an influence which finally involved Egyptian Jewry in the war and caused its almost complete extermination. It would be a very important subject for historical research to discover in Alexandrian literature the marks which these various Palestinian influences left on Egyptian Jews and to examine whether any opposition was offered to these influences by certain social groups of the Alexandrian community.

The conclusion from all that has been said above might be put as follows. The historical approach to Jewish Alexandrian literature shifts the main point of the research from the world of abstract ideas, which frequently found their expression in this literature, to the world of concrete relations within the Alexandrian community in which these ideas had their roots. Alexandrian literature was created not in order to exhibit certain ideas to the outer world, but to give expression to the intricate problems which developed within the Jewish community itself and which attracted the interest of its members. The new approach, leaving behind the monotony of the dominant theological opinion, vivifies with new colours Jewish Alexandrian literature and enables the historian to reveal the cultural aspect of Egyptian Jewry in the course of many generations.

[*Hebrew University Jerusalem*] *Victor Tcherikover*

[47] We know e.g. from the letter which now opens the II Maccabees that Palestinian Jews twice appealed (in the years 143 and 124) to Egyptian Jews in order to induce them to celebrate the feast of Hanukkah (cf. E. Bickerman, *ZNTW*, 32 [1933] p. 233 sqq.). We can also see Hasmonean propaganda in the celebration of Purim in Egypt, cf. C.P.J. I, p. 46.

# ROMA

# LA RESPONSABILITÀ DEL 'NEGOTIORUM GESTOR' NEL DIRITTO GIUSTINIANEO

*SUMMARIUM*: *Ex Iust. Inst. 3.27.1 aperte dilucideque deducitur quam fallax sit opinio existimantium in negotiorum gestorum iudicio levem tantum culpam praestari oportere.*

*Tenetur contra negotiorum gestor usquc ad exactissimam diligentiam, id est ad novum culpae genus, ex concursu exortum et commixtione diligentiae diligentis cum diligentia quam suis.*

1. E' opinione corrente fra gli studiosi moderni che nel diritto giustinianeo la responsabilità del *negotiorum gestor* sarebbe rimasta contenuta — cosí come già nel diritto post-classico[1] — entro i limiti della *culpa levis*[2], e si suol richiamare a riguardo la testimonianza, oltre che di varii altri passi della Compilazione[3], anche di Inst. 3.27.1.

Sta di fatto però che proprio quest'ultimo par che decisamente

[1] Cfr. E. Sachers, *SDHI*, 2 (1938), pp. 319 ss., 343 ss.

[2] Cfr. T. T. Lang, *Lehrbuch des just. röm. Rechts*, Mainz (1829) p. 305; T. Ch. Hasse, *Die culpa des röm. Rechts*, Bonn (1838) pp. 570—1; B. Brugi, *Istituzioni di diritto romano priv. giustinianeo*, Torino (1926) p. 399. Vedi ancora C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano (1953) p. 571; W. Kunkel, *Diligentia*, in *ZSS* 45 (1925), pp 278 ss. e 349 ss.; V. Arangio Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli (1933) pp. 210 ss.; E. Haymann, *Atti Roma*, I, pp. 451 ss.; E. Sachers, *SDHI*, 2 (1938) pp. 309 ss.; E. Levy, *Paul. Sent.*, New-York (1945) pp. 86—7; H. Pflüger, *Haftung* etc., in *ZSS*, 65 (1947) pp. 183 ss.; W. Buckland, *Roman Law*, Cambridge (1950) p. 538; B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano (1956) pp. 522—3. Per l'antica dottrina, v. oltre n.6.

Si intende che tale responsabilità in casi eccezionali — come quello di gestione di affari insoliti pel *dominus* o di intervento *ad adiuvandum* per un caso di estrema necessità — poteva rispettivamente aggravarsi fino ad investire il caso fortuito (D. 3. 5. 10) o attenuarsi fino a restringersi al dolo (D. 3. 5. 3. 9). Sulla origine emblematica degli incisi relativi, v. per tutti O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig (1927) p. 102 n. 4.

[3] D. 3. 5. 5. 14 (12) (*vir diligens*); h.t. 3. 5. 10 (11) (*culpa*); 3. 5. 2(31) pr. (*culpa*); 3. 5. 20. 3 (*neglegentia*); 21 (20). 1. 31 .14 (*culpa*); 47. 2. 54. 3 (*culpa*); 50. 17. 23 (*culpa et diligentia*). Sulla origine emblematica degli incisi che ci interessano, v. E. Sachers, op. cit. pp. 320 ss. e la bibl. ivi citata.

Ad *exacta cura*, *exacta diligentia* alludono inoltre CTh. 8. 5. 23. 3; 12. 1. 75; Nov. Val. III, 8. 2 pr.; CI. 4. 35. 21.

vi contraddica[4], mentre, per quanto riguarda la efficienza e la operatività degli altri nel sistema della Compilazione, non può non avanzarsi qualche cauta riserva, data, da una parte, l'assai discutibile loro efficacia probatoria[5], e, dall'altra, la perdurante incertezza sulla etàe sulla consistenza degli eventuali rimaneggiamenti a cui sarebbero soggiaciuti[6].

[4] Vedi oltre § 2.

[5] Va tuttavia rilevato che direttamente a favore della tesi corrente non potrebbe attestare che D. 3. 5. 5. 14 (12) (per qualche riserva tuttavia sulla efficacia probante di questo testo nel diritto giustinianeo v. più oltre in questa stissa nota): tutti gli altri testi richiamanti la *culpa* o la *diligentia* potrebbero essere intesi infatti sia come allusivi alla misura normale della diligentia (*diligentia diligentis* o *culpa levis*), e sia come richiami di rinvio al particolare grado o al particolare *genus* di diligenza specificati per questo determinato rapporto in altri luoghi della Compilazione: sull' argomento v. oltre § 5.

Ma lo stesso D. 3. 5. 5. 14 (12) appare tutt'altro che tranquillante al fine della ricostruzione del diritto giustinianeo: nulla infatti ci consente di escludere che trattisi di un residuo post-classico, se non proprio classico: a parte infatti l'opinione di una corrente, anche recentissima di studiosi (cfr. p. es. H. Pflüger, *ZSS*, 65 (1947) pp. 120 ss.; E. Betti, *Periculum* etc., in *Studi De Francisci*, I, pp. 136 ss.) inclini a riportare alla giurisprudenza classica l'impiego della *diligentia* come criterio di valutazione della responsabilità del debitore, e a parte ancora il richiamo espresso alla *fides et diligentia* che è in un testo di indiscussa genuinità quale Gaius I. 200 (e in un settore assai affine, come quello della tutela); va rilevato che pare comunque accertato che già nel diritto post-classico sí rispondeva sulla base della *diligentia diligentis* (cfr. E. Sachers, *op. cit.* pp. 319 ss.), sí da non potersi in alcun modo escludere che il richiamo in D. 3. 5. 5. 14 (12) alla semplice *diligentia diligentis* risalga all'età post-classica e che sia passato inavvertitamente nella Compilazione, ponendosi cosi in patente contrasto con Inst. 3. 27. 1.

[6] Abbiamo già visto infatti come, pur se la moderna dottrina sia in genere orientata nel senso di ritenere interpolati i richiami in essi alla *culpa* e alla *diligentia*, non mancano tuttavia gli autori, anche recentissimi, che continuano a sostenerne la genuinità: cfr. H. Pflüger, *op. cit.*, pp. 183—4 (a proposito di D. 3. 5. 10). In tema di *negotiorum gestio* comunque non si tratterebbe certo di nozioni e di criterii introdotti da Giustiniano: già E. Sachers (*op. cit.*, p. 343) aveva ben posto in evidenza che la *culpa*, come criterio di valutazione della responsabilità del *negotiorum gestor*, ricorre, oltre che in alcuni pochi passi del Digesto, in una serie numerosa di costituzioni del Basso Impero, sí da riuscire più che legittimo il sospetto che si tratti di un criterio introdotto appunto in questa età. Non va escluso pertanto che tali passi possano rappresentare meri residui storici di un indirizzo, sia pure post-classico, ma ormai superato nel sistema della Compilazione.

Nè un più stabile appoggio ci offre la famosa e vessatissima *lex Contractus*, che pone il *dolus*, la *culpa* e la *diligentia* come criterii di base per la valutazione

E' pertanto al testo istituzionale e ad una reinterpretazione di esso sulla base di qualche nuovo elemento di convinzione che noi intendiamo far capo, saggiandone la esattezza e la validità nel sistema della Compilazione al vaglio di tutte le altre testimonianze di cui possiamo disporre[7].

2. Inst. 3.27.1 investe direttamente la questione che ci interessa:

> *Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia*[8].

Inteso il *diligentior* nel senso assoluto che gli è proprio di „alquanto", „sufficientemente diligente", e che è al di fuori di ogni idea di comparazione, quasi ad esprimere — secondo una accezione comune sí alla lingua greca che alla latina[9], e che è tutt'altro

---

della responsabilità del *negotiorum gestor*, poichè — a parte la questione sulla sua origine post-classica o giustinianea e sulla sua corrispondenza agli indirizzi della Compilazione, su cui v. W. Kunkel, *op. cit.*, pp. 350—1; P. Collinet, *La genèse du Digeste etc.*, Paris (1952) pp. 148 ss. — la esatta definizione di tale responsabilità si ricollega alla interpretazione del binomio „*culpa et diligentia*", rispetto al quale non riteniamo che possa considerarsi immune da riserve l'orientamento univoco della dottrina moderna in pro della perfetta equivalenza dei due termini cosí abbinati. Su tale questione abbiamo in corso una indagine; vedi intanto, per le perplessità che suscita il binomio ai fini della ricostruzione del diritto post-classico e giustinianeo, W. Kunkel, *op. cit.*, pp. 297 ss. Quanto a D. 50. 17. 23, si tratta di un testo considerato fin ab antiquo la chiave di volta per la ricostruzione della teoria generale della responsabilità nel sistema della Compilazione: Cfr. T. Cuiacius, *Comm. in tit. Dig. de div. reg., ad legem 23* (*Opera*, Napoli [1758] VIII, cc. 671 ss.); P. Faber, *Ad tit. de div. reg. iuris ant.*, Parisii (1585) pp. 107 ss.; J. Gothofredus, *In tit. Pand. de div. reg. iuris ant.*, Genevae (1653) pp. 98 ss.; U. Donellus, *Commentar. iuris civilis*, Frankfurti, (1601—34) XVI, 7; per la dottrina più recente v. T.Ch. Hasse, *Di culpa cit.*, pp. 224 ss.; C. F. Glück, *Comment.*, 3, p. 188; A. Pernice, *Labeo*, II, 1, pp. 146 ss.; W. Kunkel, *op. cit.*, pp. 293 e 349—50; V. Arangio Ruiz, *Responsabilità* cit., pp. 94 ss.; P. Collinet, *op. cit.*, pp. 148 ss.; H. Pflüger, *op. cit.*, pp. 173 ss.; F. M. de Robertis, *La responsabilità del tutore nel diritto giustinianeo*, Bari (1954) p. 42 nota.

[7] Vedremo infatti più oltre (§ 5) come queste ultime, reinterpretate alla luce di questo testo, ci offrano possibilità ricostruttive finora insospettate.

[8] Sulla palingenesi di questo testo v. C. Ferrini, *Opere*, Milano (1929—30), II, pp. 292 ss. e III, pp. 153 ss.

[9] Cfr. Stolz-Schmalz, *Lateinische Gramatik*, München (1928) pp. 465—6.

che infrequente nella stessa Compilazione[10] — una media di diligenza[11], il testo va interpretato come espressione di un indirizzo giuridico tendente ad una valutazione della responsabilità del *negotiorum gestor* sulla base non della *diligentia diligentis*, ma di un criterio „composito", facente capo di norma alla *diligentia quam suis*, ma che poteva trascorrere (e a cio va riferito il „*non sufficit*")[12] nella *diligentia diligentis* nel caso in cui *alius diligentior commodius administraturus esset negotia*, e cioè quando, da parte dell'obbligato, non si fosse raggiunto il livello di diligenza, anzi di rendimento[13], proprio dell'uomo di media capacità.

Ne consegue che nel sistema della Compilazione la base per la valutazione della responsabilità del *negotiorum gestor* sarebbe costituita non da un criterio unitario (come la *diligentia diligentis*), ma da un criterio „composito" in cui venivano a confluire e *diligentia diligentis* e *diligentia quam suis*, sí da dover fare capo ora all'uno e ora all'altro criterio, a seconda che le qualità personali dell'obbligato

[10] Quest'uso di *diligentior* ricorre infatti in D. 16. 2. 8; h. t. 18; 38. 15. 1. 5; 44. 7. 1. 4; 47. 2. 61 (62) 5; Inst. 3. 14. 2; CI. 10. 35. 2. 4; 12. 37. 9.

[11] Un eventuale uso comparativo va infatti escluso sulla base sia della connessione grammaticale delle parole (chè altrimenti non ci potremmo spiegare proprio il *diligentior*, dato che a dare un senso comparativo sarebbe bastato scrivere „*si alius commodius administraturus esset*"), che sulla base della interpretazione logica, poichè del tutto senza senso sarebbe stato il dire che non valeva far capo alla *diligentia quam suis* se altri, comportandosi con maggiore diligenza avesse potuto far meglio o di più, poichè solo il più diligente e capace fra tutti gli uomini sarebbe potuto sfuggire a tale riserva. E che il *diligentior* vada inteso in senso assoluto sembra confermato altresí da D. 3. 5. 5. 14 (12), il quale, nello stesso indirizzo di pensiero, parla semplicemente di *vir diligens*. Ma va rilevata altresí la estrema difficoltà, per non dire la impossibilità, di una prova quale quella da fornire sulla base della interpretazione comparativa del *diligentior*. Sull'argomento v. anche F. M. de Robertis, *Diligentia exactissima* (in *SDHI*, 23 [1957]), § 2-c.

[12] La mancanza di *diligentia* è *culpa*: orbene se alcuno non raggiunge il grado, la specie di *diligentia* impostagli — e ciolé nel caso che ci interessa quella dell' uomo *diligentior* — cade per ciò stesso in *culpa* e ne deve rispondere, mentre l'impiego eventuale della *diligentia quam suis* non varrebbe a scagionarlo se non gli ha permesso di raggiungere quel limite.

[13] Giustiniano par che comprenda nella nozione di diligenza quella di capacità: ciò sembra potersi evincere dallo stesso testo in questione, in cui si guarda al risultato più che all'impegno nel ben fore posto dall' obbligato (*si commodius administraturus esset negotia*). Vedi anche Inst. 3. 14. 2: „*si custodire poterit*".

avessero o meno assicurato il minimo di diligenza sopra specificato[14].

Fermo pertanto il limite minimo invalicabile rappresentato dalla diligenza dell'uomo comune (*diligentia diligentis*), si era tenuti ad esprimere in questo rapporto tutta la maggiore diligenza e scrupolosità di cui si fosse stati capaci: e ciò, se da una parte impegnava il gestore alla maggiore diligenza che era solito fornire nelle cose proprie (*in suis rebus*), dall'altra non lo scusava se, pur avendo fatto tutto quanto era in lui, non avesse raggiunto questo limite[15].

Si tratta quindi di un criterio di valutazione della responsabilità assai ampio e complesso che, se da una parte si differenziava dalla *diligentia diligentis* in quanto imponeva all'obbligato di dare non quello che soleva la normalità degli uomini, ma tutto quello di cui egli era, in particolare, capace; dall'altra si distaccava dalla *diligentia quam suis* in quanto (differentemente da quel che avveniva dove si rispondeva nei limiti semplicemente di quest'ultima)[16] non consentiva all'obbligato di scendere al di sotto del livello standard rappresentato dalla *diligentia diligentis*[17].

E ciò risponde assai bene, oltre che alla tendenza generale di Giustiniano di rendere più severa di quel che era stato per l'addietro la responsabilità dell'obbligato nei rapporti di questo genere[18], alla stessa accezione tecnica nell'età post-classica e giustinianea

[14] Si tratta in definitiva di un meccanismo, le cui oscillazioni appaiono condizionate dall'intervento della circostanza sopra enunciata del raggiungimento o meno da parte dell'obbligato del livello standard rappresentato dall'uomo di media diligenza e capacità.

[15] Tale è invece la situazione in tema di *societas*, in cui si rispondeva nei limiti soltanto della *diligentia quam suis*. Ciò mette bene in evidenza Inst. 3. 25. 9: „*Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet: nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet*".

[16] Cfr. Inst. 3. 25. 9 (= D. 17. 1. 72).

[17] Inst. 3. 27. 1: „(*diligentia quam suis*) *non sufficit, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia*". Nessuna possibilità di scusa pertanto per le persone incapaci o abitualmente trascurate.

[18] Per la tutela v. F. de Robertis, *La responsabilità del tutore* cit., pp. 17 ss.; per la protutela (istituto a cavallo fra *tutela* e *negotiorum gestio*) cfr. F. M. de Robertis, *La protutela nel diritto romano*, Bari (1956) pp. 5 ss. Per gli altri rapporti, v. ancora F. M. de Robertis, *Exactissima diligentia* cit. § 5.

dei termini *exactus* ed *exactissimus*[19]; e risponde altresi ad una più perfezionata esigenza equitativa e allo stesso sviluppo progressivo della materia: se infatti nessun prevedibile danno sarebbe potuto rivenire al *dominus negotii* dalla liberale ingerenza di un gestore di capacità normale o superiore, danni gravissimi gli sarebbero invece potuti derivare dalla ingerenza di persone di scarsa capacità o diligenza: e non sarebbe stato nè giusto nè opportuno metterlo alla mercè del primo venuto che avesse creduto di ingerirsi in affari che non lo riguardavano, assicurando a quest'ultimo finanche la possibilità di invocare, a scopo esonerante, la *neglegentia rebus suis consueta*[20].

3. E tale interpretazione riceve precisa conferma dalla Paraphrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano[21], la quale assai chiaramente specifica a riguardo che solo nel caso (τότε) in cui altri di media diligenza (ἕτερος ἐπιμελέστερος)[22] avesse potuto fare meglio o di più (il che vale quanto dire che solo nel caso in cui il *negotorium gestor* fosse stata persona di diligenza inferiore alla normale), la responsabilità del gestore sarebbe stata valutata sulla base della *diligentia diligentis*:

> τότε γὰρ οὐ πρὸς τὴν αὐτοῦ τοῦ διοικητοῦ, ἀλλὰ πρὸς τὴν ἑτέρου ἐπιμέλειαν τὰ τῆς διοικήσεως κρίνεται[23]

Non quindi *diligentia diligentis*, ma neppure soltanto *diligentia quam suis*, poichè il ruolo assegnato a quest'ultima, se è certo dominante nel sistema giustinianeo, non appare tuttavia esclusivo, data la possibilità di concorrenza sostitutiva — pur se eccezionale — spiegata dalla *diligentia diligentis*[24].

Certo che la tarda elaborazione bizantina finí — forse per un

[19] Vedi F.M. de Robertis, *Exactissima diligentia* cit. § 5. Per quanto riguarda il grave fraintendimento da parte degli interpreti bizantini più recenti dei richiami di Giustiniano alla *exactissima diligentia*, v. ibid. §§ 2-b e 4.

[20] Vedi sopra n. 12 e 15.

[21] Sulla attribuzione dell'opera a Teofilo (contro la pur vigorosissima contestazione di C. Ferrini, *Opere*, I, pp. 105—6), v. B. Kübler, *RE*, sv. *Theophilus*, cc. 2142 ss.

[22] All'uopo va rilevato che anche nella lingua greca è frequentissimo l'uso del comparativo in senso assoluto.

[23] Paraphr. Inst. III. 27. 1.

[24] Vedi sopra § 2.

equivoco di interpretazione[25] — con lo spostare questo rapporto in pro della *diligentia diligentis*[26]; ma è assai significativo che gli interpreti più antichi, contemporanei o quasi di Giustiniano, non si discostino minimamente dal pensiero di lui: al criterio composito sopra illustrato, e risultante dalla concorrenza *in unum* dei due *genera diligentiae* che conosciamo, fa capo infatti Taleleo in uno scolio ai Basilici diretto appunto ad illustrare la materia:

> ὁ νεγοτιογέστωρ διλιγεντίαμ χρεωστεῖ, ἤγουν ἐπιμέλειαν, οὐ μόνον ὅσην περὶ τὰ ἴδια πράγματα, ἀλλ' ὅσην ὁ ἐπιμελέστατος ἀνὴρ χρεωστεῖ[27].

4. Ulteriore conferma trae poi la nostra ricostruzione, oltre che dalla particolare nozione della *exactissima diligentia* offertaci dalla Compilazione[28], dal parallelismo sistematico che quanto alla specie e alla misura della responsabilità, corre, nel diritto giustinianeo, fra *tutela* e *negotiorum gestio*: sol che si consideri infatti come anche in materia di tutela Giustiniano abbia adottato il criterio „composito" sopra illustrato[29], non potrà non apparire assai significativo l'avvicinamento — proprio ai fini della responsabilità fra l'uno

[25] Su tale equivoco v. F. M. de Robertis, *Exactissima diligentia* ξ 4. E non vi deve essere rimasto estraneo il mancato aggiornamento da parte dei compilatori giustinianei di qualche frammento di probabile rielaborazione post-classica passato poi immutato nella Compilazione e facente capo appunto alla *diligentia diligentis*, così come D. 3. 5. 5. 14 (12), su cui v. sopra n. 5. E deve avervi concorso anche la genericità degli altri testi richiamanti la *culpa* o la *diligentia* (v. sopra n. 3), che, se nel diritto giustinianeo andavano intesi come riferimenti generici al grado e alla specie di *culpa* o di *diligentia* specificati nel testo fondamentale delle Istituzioni, sono stati intesi dai Bizantini come richiamanti invece la semplice *diligentia:* la *diligentia* corrente cioè del buon padre di famiglia. Constantino Niceno infatti, nello scolio a Basil. 23. 3. 72, parla appunto di μετρία ἐπιμέλεια: ma siamo già nel XII secolo d.C.

[26] Cfr. lo scolio di Costantino Niceno a Basil. 23. 3. 72, che parla appunto di μετρία ἐπιμέλεια.

[27] Sc. di Taleleo a Basil. 23. 3. 72.

[28] Si tratterebbe infatti di un criterio complesso in cui concorrerebbero *diligentia diligentis* e *diligentia quam suis*: cfr. F. M. de Robertis, *Exactissima diligentia* cit. § 3.

[29] Vedi F. M. de Robertis, *Responsabilità tutore* cit., ξ 3. Qualche riserva per vero sulla accettabilità della nostra tesi in B. Biondi, *Istituzioni*, Milano (1956) p. 597 n. 33. Vedi però nuovi elementi di convinzione in F. M. de Robertis, *Exactissima diligentia* cit., § 3.

e l'altro instituto[30]; mentre anche per il *pro tutore gerens*, che appare ormai definitivamente rientrato nell'orbita e nella disciplina della *negotiorum gestio*[31], Giustiniano non ha alcuna esitazione a rinviare alla regolamentazione predisposta per il tutore quanto ai limiti e alla specie della responsabilità[32].

Ma giova altresi considerare come, attraverso l'accettazione, per il diritto giustinianeo, di un tale orientamento, si apre la via ad una piana intelligenza dello stesso enigmatico binomio „culpa et diligentia"[33], in cui la famosissima *lex Contractus* contiene e definisce la responsabilità del *negotiorum gestor*[34], e che non avrebbe avuta alcuna ragione di essere se non avesse inteso indicare con le due distinte espressioni due diversi criterii di valutazione della responsabilità[35]: e tali criterii — dati i termini adoperati — non

[30] D. 21. 1. 31. 14; CI. 5. 51. 7. Ma vedi sopratutto D. 50. 17. 23, alla basc dell' indirizzo in materia della Compilazione, e su cui v. sopra n. 6.

[31] Cfr. F. M. de Robertis, *La protutela* cit., p. 17.

[32] D. 27. 5. 4: „*qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat quam tutor praestaret*".

[33] Su questo binomio, che appare a proposito anche di altri rapporti, e che, se è per certo assai facilmente risolubile nelle varie ipotetiche ricostruzioni prospettate pel diritto classico, è rimasto sempre oscuro e inesplicabile pel diritto giustinianeo (in cui pur deve avere un significato e una spiegazione) v. W. Kunkel, *Diligentia* cit., pp. 297 ss. e la bibl. ivi citata. Sull'argomento abbiamo in corso di preparazione una indagine particolare, che ci ha indotti nella opinione che nel diritto della Compilazione i due termini del binomio vanno riferiti rispettivamente alla *diligentia diligentis* e alla *diligentia quam suis*.

[34] D. 50. 17. 23: „*Contractus quidam.... recipiunt .... dolum et culpam ..; item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam*". Su questo testo, vessatissimo fin ab antiquo, v. sopra n. 7, e F. de Robertis, *Responsabilità tutore*, p. 42 n. 3.

[35] Dalla nostra ricostruzione potrebbe pertanto rimanere significativamente chiarito questo travagliatissimo testo, nella parte per lo meno concernente il crescendo di responsabilità che vi si adombra dal *dolus* alla *culpa* e — per i rapporti a cui si riferisce l'inciso „*in his quidem et diligentiam*" — dalla *culpa* alla *diligentia* (*quam suis*?): vedi a riguardo F. M. de Robertis, *Responsabilità* cit., p. 42 n. 3. Verrebbe cosí restituita alla teoria giustinianea della responsabilità contrattuale l'unità e la coerenza sistematica presupposta in D. 50. 17. 23: va infatti all'uopo rilevato che, se nei confronti della tutela e della dote — data la espressa specificazione che è nei testi fondamentali, i quali richiamano in concorrenza *culpa* e *diligentia quam suis* (D. 23. 3. 17 pr. e 27. 3. 1 pr.) — poteva bene argomentarsi che la responsabilità venisse valutata secondo il criterio composito dianzi illustrato, ne rimaneva fuori la *negotiorum gestio*: ma la presente indagine finisce col riportare anch' essa sotto lo stesso regime.

avrebbero potuto essere che la *diligentia diligentis* e la *diligentia quam suis*[36].

5. Va ritenuto pertanto che la responsabilità del *negotiorum gestor* nel sistema della Compilazione[37], ben lungi dal rimanere ancorata, cosi come nel diritto post-classico, al criterio unitario della *diligentia diligentis*, veniva valutata sulla base dei due correnti criterii della *diligentia diligentis* e della *diligentia quam suis*, e secondo le modalità sostitutive illustrate piu sopra. Ed è in questo senso che Giustiniano, in Inst. 3. 27. 1, parla di *exactssima diligentia*.

Per conseguenza i richiami generici sparsi qua e là per la Compilazione alla semplice *diligentia* o al suo contario, che è la *culpa*[38], andrebbero intesi — in ossequio anche ai canoni ermeneutici tradizionali[39] — secondo questa determinazione: e cioè come indicativi del grado e del *genus diligentiae* specificati nel testo fondamentale[40].

[*Bari*] *Francesco M. de Robertis*

[36] A che sarebbe valso infatti il dire che il debitore rispondeva non solo della *diligentia quam suis*, ma anche della *diligentia diligentis*, se non si fosse inteso con ciò stabilire che il debitore era tenuto a rispondere nei limiti della *diligentia quam suis*, purchè non fosse sceso al di sotto del livello rappresentato dalla *diligentia diligentis*? Un esempio chiaro, in tema di dote, ce l'offre D. 24. 3. 24. 5 che pone il comportamento scorretto rispetto alla normalità come limite all'applicabilità della *diligentia quam suis*.

Se infatti le fonti avessero voluto significare che in questi casi il debitore rispondeva *sic et simpliciter* nei limiti della *culpa levis*, avrebbero evitato il già equivoco *non solum...sed etiam*, e parlato direttamente di *diligentia diligentis patris familias*, cosí come fanno in tante altre occasioni.

[37] Ci sfugge per vero il processo storico in base al quale si è pervenuti alla elaborazione del nuovo criterio: c'è da argomentare tuttavia da quel che sappiamo in materia di tutela, per la quale possiamo avvalerci di ben altra copia di fonti: cfr. F. M. de Robertis, *Responsabilità* cit., p. 34.

[38] Su cui vedi sopra n. 3.

[39] Cfr. T. Ch. Hasse, *Culpa* cit., p. 415; L. Sertorio, *La colpa in concreto nel diritto romano* etc., Torino, (1914), p. 13 n. 4; W. Kunkel, op. cit., pp. 340 ss.

[40] Inst. 3. 27. 1 va senza dubbio considerato fondamentale ai fini della ricostruzione del diritto giustinianeo: la sua stretta aderenza al pensiero di Giustiniano sembra risultare, oltre che dalla sede in cui è posto, dalla considerazione che allo stesso indirizzo si informano i giuristi bizantini contemporanei o quasi di Giustiniano, i quali fanno leva appunto sugli stessi criterii per la definizione dei limiti della responsabilità del *negotiorum gestor*: vedi sopra §§ 3 e 4.

# AUCTORATUS

*SUMMARIUM: „Auctoratum", cuius mentionem facit Gai. 3, 199, non gladiatorem esse, sed filium familias venditum, i.e. in mancipium alteri datum, ex vetustiorum scriptorum usu verbi arguitur. „Auctoramenti" cum „nexi" confertur vis. In libris iuris Iustiniani vestigia auctoramenti cur desint, disquiritur.*

Gai. 3,199 nennt als *homines liberi*, an denen ein *furtum* begangen werden könne, neben den Hauskindern, der *uxor in manu* und dem *iudicatus* auch den *auctoratus*. Die Frage, was ein *auctoratus* sei, pflegt man gemeinhin durch den Hinweis auf Quellenstellen zu beantworten, in denen *auctorare* und *auctoramentum* mehr oder weniger eindeutig die Verdingung als Gladiator oder Tierkämpfer (*bestiarius*) betreffen[1]. In der Tat ist dies — jedenfalls in der Kaiserzeit — der überwiegende Sprachgebrauch. Es gibt aber auch andere Zeugnisse, die eine genauere Untersuchung nahelegen. Vielleicht kann diese Untersuchung nicht nur für das Verständnis der Gaiusstelle, sondern darüber hinaus auch für unsere Einsicht in die juristische und soziologische Entwicklung des römischen Dienstvertrags von Nutzen sein.

*Auctorare* ist zweifellos eine Ableitung von *auctor*; *auctoramentum* ist wiederum von *auctorare* gebildet. Zwar ist die Herleitung eines Verbums von einem Substantiv auf *-tor*, das selbst von einem Verbum abstammt, etwas ganz Singuläres: *victor vincit*, nicht *victorat*, *actor agit*, nicht *actorat*. Es gibt aber offensichtlich gar keineandere Möglichkeit, *auctorare* sprachlich zu deuten, und man kann die Abnormität dieser Bildung wohl daraus erklären, dass sich die Bedeutung von *auctor* und *auctoritas* von der des zugrundeliegenden Verbums *augere* weit entfernt hat. Die Tätigkeit eines *auctor* konnte darum nicht mehr mit *augere* bezeichnet werden,

[1] Vgl. z. B. die Quellennachweise in der Seckel-Küblerschen Ausgabe; ferner Kniep in seinem Gaiuskommentar III 455 u. 311; M. Kaser, *Röm. Privatr.* S. 259, A. 12; S. 514, A. 9.

und so bedurfte es eines neuen Zeitworts, das nur von *auctor* unmittelbar abzuleiten war.

Dass ein von *auctor* gebildetes Wort in der speziellen Sphäre des Gladiatorenwesens entstanden sei, ist nicht denkbar. Soviel ich sehe, hat auch niemand den Versuch gemacht, es aus der sonstigen uns bekannten Terminologie der Gladiatur zu erklären. Wohl aber deutet Mommsen[2] gelegentlich die Vermutung an, es handle sich um eine Übernahme aus der Sprache des römischen Militärwesens. Dies scheint auf den ersten Blick plausibel, zumal ja die Gladiatorenschulen der späteren Republik und der Kaiserzeit eine Art von militärischer Organisation aufwiesen. Allein weder *auctorare* noch *auctoramentum* kommt als Terminus der Militärsprache vor. Erst in sehr späten Quellen begegnen ganz vereinzelte Zeugnisse, in denen diese Worte von Soldaten gebraucht werden; so heisst z. B. in C. Th. 8,34,1 (369 p.C.) der Sold des Soldaten *militiae auctoramentum*[3].

Nur das Kompositum *exauctorare* gehört seit alters der militärischen Sphäre an. Es bezeichnet nahezu immer die Entlassung aus dem Kriegsdienst, und zwar bei Livius, wo es insgesamt siebenmal vorkommt[4], jegliche Art der Entlassung, bei den späteren Autoren, z. B. bei Tacitus[5] und Sueton[6], im allgemeinen nur die schlichte, ungnädige oder gar unehrenhafte Entfernung aus dem Heer. Besonders deutlich ist diese Beschränkung des Begriffs in den Rechtsquellen: Ulpian unterscheidet in D. 3,2,2, ausdrücklich zwischen der *missio honesta* und *ignominiosa* und rechnet zur letzteren das *exauctorare, id est insignia militaria detrahere*, auch wenn dabei nicht ausdrücklich gesagt wird, dass es *ignominiae causa* geschehe. Bei Arrius Menander D. 40,12,29 pr. handelt es sich um die Entlassung eines Rekruten, der sich zum Kriegsdienst gemeldet

[2] Th. Mommsen, *Ges. Schr.* III S. 9, A 3: „...der Eid (den der sich als Gladiator Verdingende nach Mommsen schwören musste; s. dazu u. Anm. 27) wird nicht geschworen zur sittlichen Stützung eines an sich klaglosen Vertrags, sondern ist die schlimme Parodie des Soldateneides, wie denn auch die Bezeichnungen *auctoratus*, *auctoramentum* dem militärischen Sprachgebrauch entlehnt sind". (Sperrung von mir).

[3] Der zweite Beleg im C. Th. (15, 12, 2, 357 n. Chr.) bezieht sich auf die Anwerbung von Soldaten für Gladiatorenspiele.

[4] Liv. 8, 34, 10; 25, 20, 4; 29, 1, 9; 32, 1, 5; 36, 40, 13; 40, 40, 15; 41, 5, 11.

[5] Tac. *hist.* 1, 20; 2, 96.

[6] Suet. *Vitell.* 10, 1.

hat, während er in einem Freiheitsprozess befangen war: *exauctoratus castris reicitur*. Tarruntenus Paternus, D. 49,16,7 endlich spricht von den *proditores* und *transfugae*; ihnen droht die Todesstrafe mit Folterung nach der Entlassung (*exauctorati*).

Von dieser Verwendung von *exauctorare* auf einen nirgends bezeugten Gebrauch von *auctorare* und *auctoramentum* in der militärischen Sprache zurückzuschliessen, scheint mir indessen nicht zulässig. Zwar könnte man vielleicht annehmen, eine solche Terminologie sei für das Heer abgeschafft worden, nachdem sie bei dem verachteten Gladiatorenhandwerk üblich geworden war. Aber es müsste doch wenigstens gezeigt werden können, welchen Akt nun eigentlich das *auctorare* des Soldaten darstellte. Wir kennen das Verfahren der militärischen Aushebung gerade für die ältere Republik ziemlich genau: die öffentliche Aufforderung zur Gestellung, die Meldung der Wehrpflichtigen nach Aufruf (*nomen dare*), den Fahneneid (*sacramentum*); wo ist hier noch Raum für ein *auctorare*, und was soll es bedeuten? Und wenn Mommsens Vermutung trotzdem zutreffen sollte, so verschiebt sie das Problem nur: denn *auctorare* kann aus der sonstigen militärischen Terminologie ebensowenig erklärt werden wie aus der Sprache der Gladiatorenschule.

Den einzig möglichen Anknüpfungspunkt bietet vielmehr die Rechtssprache, in der *auctor* und *auctoritas* bekanntlich eine grosse Rolle spielen, vor allem in der Periode des alten *ius civile*. Auf diesen Zusammenhang weist nun auch eine Reihe von Quellenzeugnissen hin, die weder mit dem Gladiatorenwesen noch mit dem Kriegswesen etwas zu tun haben. Wohl die wichtigste dieser Stellen findet sich im Serviuskommentar zu Vergils Aeneis 11,558.

Der Dichter schildert hier die Weihung der Camilla an die Göttin Diana. Camillas Vater, der verbannte König Metabus, steht, von den Volskern hart verfolgt, mit der Tochter vor einem reissenden Fluss, den er mit dem Kinde nicht zu durchschwimmen wagt. Da bindet er das Mädchen an seine Lanze und schleudert sie hinüber. Bevor er aber den Wurf wagt, ruft er Diana an:

(557) —

*'alma, tibi hanc, nemorum cultrix, Latonia virgo,*
*ipse pater famulam voveo, tua prima per auras*
*tela tenens supplex hostem fugit, accipe, testor,*
*diva tuam, quae nunc dubiis committitur auris.*

Dazu notiert Servius:

> *bene 'ipse pater', quia auctoramenti potestatem nisi patres non habent. 'voveo' autem consecro in ministerium tuum.*

Nach dieser Anmerkung des gelehrten Kommentators stand also dem *pater familias* die *potestas auctoramenti* zu, d.h. der Vater, und nur er, konnte das Hauskind in das *ministerium*, den Dienst eines anderen geben. Mit der Gladiatur hat diese Verwendung von *auctoramentum* offensichtlich nichts zu tun, ebensowenig mit dem Kriegswesen. Auch handelt es sich nicht etwa um eine rein sakralrechtliche Verwendung des Begriffs. Der Vorgang bei Vergil ist zwar ein Fall religiöser Weihung (*devotio*); aber die Formulierung des Servius betrifft nicht diesen speziellen Tatbestand, sondern die Veräusserung des Kindes in fremde Dienste schlechthin, wobei wohl die Meinung zugrundeliegt, dass die *potestas auctoramenti* Voraussetzung auch einer wirksamen Devotion sei.

Was von Servius als *potestas auctoramenti* bezeichnet wird, kennen wir unter dem Namen *ius vendendi*. Man denkt angesichts der Serviusstelle sofort an den berühmten Zwölftafelsatz: *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*. Über den eigentlichen Sinn dieses Satzes herscht bekanntlich Streit: H. Lévy-Bruhl[7] und M. Kaser[8] haben die herkömmliche Annahme bestritten, dass hier ein Recht des *pater familias* zu entgeltlicher Veräusserung der Arbeitskraft des Sohnes eingeschränkt werde. H. Lévy-Bruhl glaubt überhaupt nicht an die Existenz derartiger Geschäfte; M. Kaser hält sie zwar für möglich, aber doch für unbezeugt; der Zwölftafelsatz, meint er, habe jedenfalls nichts damit zu tun, er sei schon vom Gesetzgeber als Vorschrift für die Emanzipation von Hauskindern gedacht gewesen. Aber die Deutung des Zwölftafelsatzes, gegen die sich die beiden Gelehrten wenden, entspricht der antiken Tradition, die uns in der Archäologie des Dionysius erhalten geblieben ist. Ausführlich setzt sich der griechische Historiker (2,27,3) mit dem Rechte des *pater familias* auseinander, μέχρι τρίτης πράσεως ἀφ' υἱοῦ χρηματίζειν, einem Rechte, das ihm, der in griechischen Moralanschauungen erzogen ist, höchst befremdlich und roh erscheint (ὃ πάντων μάλιστα θαυμάσειεν ἄν

[7] H. Lévy-Bruhl, *Nouv. études sur le très ancien dr. rom.* (1947) S. 80 ff.
[8] M. Kaser, *ZSS* 67 (1950), S. 474 ff.

τις ὑπὸ τοῖς Ἑλληνικοῖς ἤθεσι τοῖς ἐκλελυμένοις τραφεὶς ὡς πικρὸν καὶ τυραννικὸν...). Dass er selbst sich diese Auslegung der Zwölftafeln erdacht hat, ist schon angesichts des Ausdrucks seiner sittlichen Befremdung kaum denkbar. Er muss sie in seinen römischen Quellen gefunden haben, und man wird sogar annehmen dürfen, dass es die allgemeine, auf die hochrepublikanische Jurisprudenz zurückgehende Auslegung war, die ihm in seinen Vorlagen begegnete; hätte er einen Meinungsstreit vorgefunden, so hätte er ihn gewiss nicht verschwiegen. Alte und echte Überlieferung ist wohl auch das angebliche Gesetz des Numa, von dem Dionysios am Schlusse des Kapitels berichtet. Danach entfiel das *ius vendendi* des *pater familias*, wenn der Sohn mit seiner Einwilligung eine Frau heimführte κοινωνὸν ἐσομένην ἱερῶν τε καὶ χρημάτων κατὰ τοὺς νόμους (2,27,5). Vermutlich ist dies, gleich den meisten der sog. *leges regiae*, eine alte pontifikale Norm[9]. Dass sie sich, wie M. Kaser[10] erwägt, auf die *noxae deditio* beschränkt habe, ist m. E. nicht glaubhaft; es erscheint sogar fraglich, ob sie die *noxae deditio* überhaupt einschloss. Denn auch der Zwölftafelsatz über die Befreiung des Sohnes aus der *patria potestas* nach dreimaliger Veräusserung wurde wenigstens von den Sabinianern nicht auf die *noxae deditio* angewendet, weil er sich nur auf *voluntariae mancipationes*[11] beziehe (Gai. 4,79).

Ist nun die von Servius erwähnte *potestas auctoramenti* identisch mit dem durch die Zwölftafeln und das eben erwähnte Gesetz des Numa bezeugten *ius vendendi* des *pater familias*, so muss *auctorare* die Veräusserung einer Person in fremde Gewalt bedeuten. Dass dem in der Tat so ist, scheinen mir zwei Zeugnisse darzutun, die *auctoramentum* und *auctorare* in einem bildlichen Sinne verwenden, um damit gerade die Abhängigkeit vom Willen eines anderen scharf zu kennzeichnen.

Das eine dieser Zeugnisse ist die bekannte Stelle bei Cicero, *de officiis* (1,150), in der die liberalen, d. h. eines freien Mannes

[9] Möglicherweise betraf sie nur die Konfarreationsehe; vgl. Dion. 2, 25, 1: γυναῖκα γαμετὴν τὴν κατὰ νόμους (l. γάμους?) ἱερούς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ κοινωνὸν ἁπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν. u. dazu Jörs-Kunkel, *Röm. R.* § 175, 1 u. A. 2.

[10] M. Kaser, *ZSS* 67, S. 476.

[11] *Voluntarius* kann sich nur auf den Willen des *mancipio dans*, d. h. des Gewalthabers beziehen; gemeint ist also die Veräusserung nach dessen freiem Entschluss im Gegensatz zu der durch den Noxalanspruch des Deliktsgläubigers veranlassten *noxae datio*.

würdigen, und die illiberalen, „schmutzigen" Erwerbsarten einander gegenübergestellt werden. Unter den illiberalen nennt Cicero an zweiter Stelle die *quaestus mercennariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur*, und als Begründung fügt er hinzu: *est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis*. Der Tagelöhner, der Lohndiener und überhaupt jeder, der nicht seine Kunstfertigkeit und seine Sachkunde, sondern lediglich seine Arbeitskraft verdingt, ist durchaus von den Weisungen des Dienstherrn abhängig; er hat zu tun, was ihm befohlen wird, nicht viel anders als ein Sklave. Sein Lohn ist darum ein *auctoramentum servitutis*. *Auctoramentum* bezeichnet hier das Entgelt des *auctorare*, und *auctorare* und *servitus* gehören offensichtlich zusammen. Ein Entgelt für wirkliche Knechtschaft cines Frcien kennt Cicero eben nur im Falle des Mannes, der *auctoratus* ist. Die Stelle beweist also sowohl, dass der *auctoratus* in eine sklavenähnliche Stellung gelangte, als auch, dass dafür typischerweise ein *auctoramentum*, ein Entgelt gezahlt wurde.,

Bei Livius 37,10,5 ff, wird geschildert, wie im Jahre 190 v. Chr. der Admiral des Königs Antiochos, Polyxenidas, ein rhodischer Verbannter, dem Kommandanten der rhodischen Flotte, Pausistratos, das Angebot macht, er wolle ihm die Flotte des Königs in die Hand spielen. Pausistratos bleibt indessen misstrauisch, bis schliesslich Polyxenidas sein Verpsrechen vor den Augen des Mittelsmannes schriftlich niederlegt und die Urkunde mit seinem Siegel an Pausistratos weitergeben lässt. *Eo vero pignore*, fährt Livius (§ 8) fort, *auctoratum sibi proditorem* (*Pausistratus*) *ratus est*: *neque enim, qui sub rege viveret, commissurum fuisse, ut adversus semet ipsum indicia manu sua testata daret*. Das kann nur heissen: Pausistratos glaubte, den Verräter mit diesem Dokument entgültig in seine Gewalt bekommen zu haben. Sowohl die Worte *eo... pignore* wie der begründende Nachsatz *neque enim* ff. lassen diese Bedeutung des *auctoratum sibi proditorem* scharf hervortreten. Es handelt sich weder um das Einigwerden mit Polyxenidas noch etwa um die Frage eines Entgelts für den Verrat (wie sich aus dem Voraufgehenden ergibt, hatte übrigens Polyxenidas als Gegenleistung lediglich die Aufhebung seiner Verbannung gefordert). Livius wählt das Wort *auctorare* vielmehr allein in der Absicht, deutlich zu machen, dass sich Polyxenidas dem Pausistratus (nach dessen Meinung) auf Gnade und Ungnade ausgeliefert habe, weil er bei jedem Versuche, abzuspringen, damit rechnen musste, dass sein Partner die Urkunde des Verrats dem König in die Hände spielte.

Auch diese Liviusstelle beweist somit, dass der *auctoratus* in die Gewalt seines Dienstherrn eintrat, dass er vom Willen dieses seines Herrn ganz und gar abhängig war. Dies ist ja auch ein wesentliches Kennzeichen des Gladiatorenvertrags: Der freie Mann, der sich als Gladiator verdingt, unterwirft sich damit der Gewalt des Unternehmers der Gladiatorenschule (*lanista*) bzw. des Veranstalters der Spiele. Er muss seinem Dienstherrn ausdrücklich die Verfügung über seine Freiheit, seinen Körper und sein Leben einräumen (*uri*, *vinciri*, *ferroque necari*)[12], d. h. er hat keine andere Behandlung zu erwarten al sein in die Gladiatorenschule veräusserter Sklave. Darum heissen die angeworbenen Gladiatoren *auctorati*. Wenn es sich auch, wie wir sehen werden (u. S. 116), gerade im Falle des Gladiators vermutlich nicht um ein *auctoramentum* im ursprünglichen Rechtssinne handelt, so war doch die Ähnlichkeit der praktischen Konsequenzen so gross, dass der Begriff des *auctoramentum* für die Anwerbung zur Gladiatur technisch werden konnte. Und da die Gladiatorenspiele bis in die christliche Zeit hinein im ganzen romanisierten Reichsgebiet hauptsächlichster Gegenstand der Schaulust blieben, war die Terminologie der Gladiatur dem allgemeinen Sprachgebrauch vermutlich noch geläufiger als dem heutigen die des Fussballs, des Boxens oder irgendeines anderen populären Sports. Durch die Verbindung mit der Gladiatur bekam aber der Begriff des *auctoramentum* eine besondere, verächtliche Note. Dieser Umstand und das allmähliche Verschwinden des echten *auctoramentum* aus dem praktischen Rechtsleben (s.u.S. 117 f) waren, so dürfen wir vielleicht annehmen, die Ursache dafür, dass die Autoren der späteren Kaiserzeit die Worte *auctorare und auctoramentum* fast nur noch im Zusammenhang mit dem Gladiatorenwesen gebrauchten. Nicht so die Schriftsteller des ersten nachchristlichen Jahrhunderts. Sie wussten noch um die eigentliche und umfassendere Bedeutung. Hierfür noch einige Beispiele:

Valerius Maximus, der unter Tiberius schrieb, erzählt unter den Beispielen auffälliger Schicksalswandlungen (6,9,8) von P. Rupilius, der später (132 v. Chr.) bis zum Konsulat gelangt ist und die grundlegenden Normen für die Verwaltung der Provinz Sizilien erlassen hat, er sei vor seiner senatorischen Laufbahn in der Steuererhebung Siziliens tätig gewesen, und zwar nicht als Steuerpächter (*publicanus*), sondern als Angestellter der Steuerpächter

[12] Die Belege bei Th. Mommsen, *Ges. Schr.* III S. 9. A. 4.

(*sed operas publicanis dedit*). *Idem*, heisst es weiter, *ultimam inopiam suam auctorato sociis officio sustentavit*. So schwer es wohl ist, genau zu verstehen, was mit diesen Worten gemeint ist, so sicher ist jedenfalls, dass die Verwendung von *auctorare* keine Anspielung speziell auf den Gladiatorenvertrag darstellen kann. Das wäre eine sinnlose Übertreibung; denn die Dienstverpflichtung gegenüber den *socii* brachte dem Rupilius weder physische Unfreiheit noch das Risiko des Todes in der Arena. Vielmehr muss eine andere Art drückender Abhängigkeit gemeint sein. Und zwar handelt es sich offenbar um eine Abhängigkeit, die sich von dem im voraufgehenden Satz erwähnten *operam dare publicanis* unterscheidet. Denn '*idem*' leitet ohne Zweifel den Bericht über einen neuen und späteren Vorgang im Leben des Rupilius ein. Wesentlich für das Verständnis des *idem*-Satzes erscheint mir nun die Beantwortung der Frage, wer die *socii* sind, denem Rupilius sein *officium* „auctoriert" hat. Es wäre denkbar, dass *sociis* nur aus dem stilistischen Grunde des Wechsels im Ausdruck für *publicanis* gesetzt ist; aber sehr viel wahrscheinlicher ist, dass *socii* des Rupilius gemeint sind; dann spielt der Vorfall also in einer Zeit, zu der Rupilius bereits selbst Steuerpächter geworden war; ein solcher Aufstieg vom blossen Angestellten zum Mitpächter ist ohnehin höchst wahrscheinlich, weil Rupilius doch irgendwann und irgendwie zu dem Vermögen gelangt sein muss, das ihm dann die Ämterlaufbahn ermöglichte. Nimmt man aber an, dass er, der bisherige Angestellte, eines Tages mit noch bescheidenen Mitteln die Beteiligung an der Steuerpacht wagte, so erklärt sich vielleicht auch die *ultima inopia*, in die er geriet, aus der riskanten Natur des Publikanengeschäfts: Rupilius konnte seinen Anteil am Verlust nicht decken und musste seine Schulden an die Mitgesellschafter durch Dienstleistungen ausgleichen. Diese Dienstverpflichtung war insofern weit drückender als die eines blossen Angestellten der *societas publicanorum*, als man sich ihr vor Abarbeitung der Schulden nicht entziehen konnte. Rupilius war also in eine Art vertraglicher Schuldknechtschaft geraten. Das ist vermutlich der Sachverhalt, den Valerius Maximus mit den Worten *auctorato sociis officio* kennzeichnen will. Der Ausdruck ist darum durchaus zutreffend, weil, wie im folgenden noch deutlicher ersichtlich werden wird, die Vorauszahlung und infolgedessen auch das Abarbeiten des Entgelts ein typischer, wenn nicht gar notwendiger Wesenszug des *auctoramentum* war: der *auctoratus* ist nicht nur ein gemieteter, er ist ein gekaufter Diener.

Unter Tiberius entstand auch das astrologische Lehrgedicht des Manilius, in dem gelegentlich der Behandlung des Sternbildes der Ara (5,345) *auctorati in tertia iura ministri* als Priester oder sonstige Tempeldiener genannt werden. Dass auch hier eine Anspielung auf das Gladiatorenwesen vollkommen fernliegt, ist offenbar. Wahrscheinlich soll vielmehr mit '*auctorati*' die absolute Untertänigkeit der *ministri* gegenüber der Gottheit zum Ausdruck gebracht werden. Um mehr und Gewisseres sagen zu können, müsste man indessen die dunklen Worte *in tertia iura* verstehen, für deren Deutung auch der gelehrte Kommentar von Hausman[13] nichts beibringt, was plausibel erscheint.

In der bald nach der Mitte des 1. Jahrhunderts entstandenen Naturgeschichte des älteren Plinius (14, 1, 10) wird berichtet, dass sich im *ager Campanus* die Weinreben an Pappeln emporrankten und so sehr bis in die Wipfel verzweigten, *ut vindemitor auctoratus rogum ac tumulum excipiat*[13a]. Angesichts einer Dienstleistung, die so gefährlich war, dass sich der Dienstherr für den Fall eines tödlichen Absturzes zur Tragung der Beerdigungskosten verpflichten musste, wenn er Arbeiter finden wollte, liegt allerdings ein Vergleich mit dem Todesrisiko des Gladiators nicht ganz fern. Trotzdem scheint es mir auch in diesem Falle sehr zweifelhaft, ob man hinter dem Worte *auctoratus* gerade eine solche Anspielung suchen darf. Eine, wie ich glaube, minder gekünstelte und darum einleuchtendere Erklärung findet sich, wenn man die sozialen und juristischen Zusammenhänge der Bewirtschaftung italischer Grossgüter ins Auge fasst: Für den saisonbedingten Masseneinsatz von Erntearbeitern sorgten Unternehmer, die ihre Leute aus den ärmeren Landstrichen Italiens heranzuführen pflegten[14]. Diese Unternehmer waren indessen nicht blosse Arbeitsvermittler, sie kontrahierten vielmehr in eigener Person über die Durchführung der Ernte und liessen ihre Leute arbeiten, die ihrerseits mit dem Grundbesitzer in kein Vertragsverhältnis traten[15]. Derjenige, der in unse-

[13] A. E. Housman, *M. Manilii Astronomicon* V (1937) ad h. Z.

[13a] *Excipere* bedeutet m.E. den Vorbehalt des Arbeitnehmers gegenüber den im übrigen vom *conductor* festgetzten Bedingungen des Arbeitsverhältnisses.

[14] Nach Suet *Vesp.* 4 behauptete man, dass der Grossvater des Kaisers Vespasian ein solcher *manceps operarum, quae ex Umbria in Sabinos ad culturam agrorum commeare soleant*, gewesen sei.

[15] Vgl. z. B. die Vertragsformulare für die *locatio oleae legendae* und *oleae faciundae* bei Cato, *de agri cultura* 144 u. 145. Th. Mayer-Maly, *Locatio-con-*

rem Fall *rogum ac tumulum* versprechen musste, dürfte also nicht der Grundbesitzer, sondern der Unternehmer der Weinlese sein. Diesem gegenüber aber befanden sich die Arbeiter aller Wahrscheinlichkeit nach in grosser Abhängigkeit. Er pflegte sie wohl Jahr für Jahr für die Erntezeit in seine Dienste zu nehmen und konnte sie in den langen, verdienstarmen Monaten durch Vorschüsse so in seine Gewalt bringen, dass sie gezwungen waren seinem Aufrufe zu folgen und seine Bedingungen zu akzeptieren[16]. Eben diese Abhängigkeit des *vindemitor* von seinem Unternehmer ist es, wie mir scheint, was Plinius mit dem Worte *auctoratus* andeuten will[17]. Demnach wäre der Sinn seiner Bemerkung der folgende: Die Lese an den in die Pappeln verzweigten Weinstöcken Campaniens ist so gefährlich, dass sich selbst die vom Willen ihrer Dienstherren völlig abhängigen Saisonarbeiter weigern, diese Arbeit zu übernehmen, wenn ihnen nicht für den Fall, dass sie dabei verunglücken, die Beerdigungskosten garantiert werden.

Auch der ungefähr gleichzeitig mit Plinius schreibende Seneca gebraucht *auctoramentum* in Zusammenhängen, die keinerlei Bezug auf das Gladiatorenwesen haben, vielmehr erkennen lassen, dass ihm bei diesem Wort ein Dienstverhältnis vorschwebte, bei dem der Dienende in besonders starkem Masse von seinem Herrn abhängig war. In der Schrift *de benef.* 4, 37, 1 erzählt er von einem Kämpen Philipps von Makedonien, den der König wegen seiner bei vielen Unternehmungen bewährten Brauchbarkeit aus der Beute zu beschenken pflegte: *et hominem venalis animi crebris auctoramentis accendebat. Auctoramentum* ist hier wie bei Cic. *de off.* 1, 150 das Entgelt der Dienste. Charakteristischerweise steht es hier zusammen mit dem Hinweis auf die käufliche Gesinnung des Mannes. Wir stellten schon in anderem Zusammenhang fest, dass der *auctoratus* ein gekaufter Diener ist. In den *epistulae* Senecas

---

*ductio* (1956) S. 27 ff. spricht in solchen Fällen von „Gruppenarbeitsverträgen". Aber der *manceps* war in der Regel offenbar nicht *locator operarum*, sondern *conductor operis faciendi*, selbst wenn er etwa in eigener Person mit Hand anlegte, was wohl in der Regel nicht der Fall war.

[16] Dies ist, wie mir scheint, die unausbleibliche Konsequenz eines solchen Systems der Arbeiterbeschaffung. Parallelen lassen sich aus den verschiedensten Wirtschaftszweigen anführen. Vgl. z. B. für das Verlagssystem in der handwerklichen Erzeugung Lütge, *Deutsche Sozial- u. Wirtschaftsgesch.* (1952) S. 218.

[17] Es ist übrigens durchaus denkbar, dass sich unter den *vindemitores* wirkliche *auctorati*, d. h. von ihren *patres familias* gegen Lohnvorauszahlung in die Gewalt des *manceps* übertragene Haussöhne befanden.

(104, 34) begegnet der Satz: *spernendae opes, auctoramenta sunt servitutis*; an einer anderen Stelle (69, 4): *nullum sine auctoramento malum est: avaritia pecuniam promittit, luxuria ... voluptates*, wobei der Gebrauch des Wortes *auctoramentum* durch die Vorstellung veranlasst ist, dass der Geizige und der Verschwender ihren Lastern „frönen", d. h. von ihnen beherrscht werden.

Schliesslich finden sich auch in den lateinischen und lateinisch-griechischen Glossaren neben einer Reihe von Stellen, die *auctorare* und *auctoramentum* auf die Verdingung zur Gladiatur beziehen[18], auch solche, die den Worten die Bedeutung des Veräusserns und des Veräusserungserlöses geben[19]. Bemerkenswert ist insbesondere C. Gloss. II 26, 14, wo *auctoratus* folgendermassen übersetzt wird: αὐθαίρετος εἰς δοῦλον ἑαυτὸν βάλλων καὶ μονομάχος: derjenige, der sich freiwillig in die Stellung eines Sklaven begibt[20] und ein Gladiator. Hier sind beide Bedeutungen nebeneinandergestellt, die allgemeine, die wir aus den bisher erörterten Quellenzeugnissen erschlossen haben, und die spezielle im Bereich des Gladiatorenwesens[20a].

Wenn wir nun eine sprachliche Erklärung für die von uns ermittelte Bedeutung von *auctorare* suchen, bietet sich eine bekannte Stelle in Ciceros Rede *de domo sua* (77) an. Hier beruft sich der Redner zum Beweise für die Unrechtmässigkeit seiner von Clodius herbeigeführten Verbannung auf den altüberlieferten Rechtssatz (*hoc iuris a maioribus proditum*): *ut nemo civis Romanus aut sui*

[18] So z. B. *C. Gloss. Lat.* II S. 372, 1: Μισθὸς τοῦ εἰς λοῦδον *auctoramentum*; Schol. Hor. Sat. 2, 7, 59: *qui se vendunt ludo, auctorati dicuntur, auctoratio enim dicitur venditio gladiatorum.* Eine interessante Umbiegung ins Mittelalterliche bietet C. Gloss. Lat. II 569, 5: *auctoratus, id est graece mon⟨om⟩achus, cempa, qui est ab exercitu electus, ubicumque quis congreditur cum uno.* Daraus wieder die ohne diese Vorlage ganz unverständliche Glosse II 569, 6: *auctoratus ubicumque quis congreditur cum uno.*

[19] Vgl. etwa *C. Gloss. Lat.* II 534: *auctoratio* πρᾶσις; ebd. S. 569, 1 m: *auctoratio venditio*; 408,9: *auctoro* πιπράσκω καθ' ὑπερθεματισμόν, πιπράσκω εἰς μον(ομ)αχίαν; ebd. IV S. 312,2 u. V.S. 590,59: *auctoramentum ipsa res vocatur venditionis.*

[20] Βάλλειν wohl i. S. von „fallen lassen". Vgl. das aristophanische βαλλ'ἐς κόρακας, 'scher dich unter die Raben' (die deinen unbestatteten Leichnam auffressen sollen): Vesp. 835 u. a.

[20a] Von den beiden Stücken des Atellanenautors L. Pomponius Bononiensis (Anf. d. 1. Jh. v. Chr.), die '*Auctoratus*' und '*Bucca auctoratus*' hiessen, ist leider fast nichts erhalten. Die wenigen Zitate, die wir aus dem '*Auctoratus*' besitzen (Ribbeck, *Scaenicae Romanae poeseos fragm.* II³ 272 f.), legen immerhin die Vermutung nahe, dass dieses Stück von einem Gladiator handelte.

*potestatem*[21] *aut civitatem possit amittere, nisi ipse auctor factus sit.* Diese Norm habe Clodius am eigenen Leibe studieren können, nämlich bei seiner Arrogation durch P. Fonteius: *credo enim, quamquam in illa adoptatione legitime factum est nihil, tamen te esse interrogatum auctorne esses, ut in te P. Fonteius vitae necisque potestatem haberet, ut in filio, quaero, si aut negasses aut tacuisses, si tamen id triginta curiae iussissent, num id iussum esset ratum? certe non.* Nach Ciceros Worten muss also derjenige, der sich der *potestas sui* begibt, *auctor fieri.* Ist dieses *auctor fieri* des sich fremder Gewalt Unterwerfenden nicht identisch mit *auctorare*? Eine Bestätigung dieser Ableitung könnte man darin finden, dass nicht nur die Wendung *officium* (*suum*) *auctorare* vorkommt (Val. Max. 6, 9, 8; s. o. S. 5), sondern auch *se auctorare*, z. B. bei Quintilian (also schon im 1. Jahrhundert n. Chr. ) *decl.* 302, p: 190, 20 n 191,24 (*auctorare se gula*), bei Servius zu Vergils *Aen.* 3, 279 (*unde nunc auctorare se quotannis solent...*) und bei Tertullian (*ad nat.* 1, 18: *auctorare se ad lanistas*; *ad martyras 5*: *auctorare se ad ignes*). Ob allerdings diese Zeugnisse ausreichen, um einen alten und festen Sprachgebrauch zu beweisen, scheint mir zweifelhaft. Auffallend ist zum mindesten das Vorwiegen des Passivpartizips *auctoratus* in der gesamten Bezeugung des Wortes. Auch Horaz gebraucht eine passivische Konstruktion[22], wenn er (*sat.* 2, 7, 58 ff.) sagen will, dass ein Liebesverhältnis mit einer verheirateten Frau, das den Ehebrecher dem Tötungsrecht des Ehemannes ausliefert, kaum minder gefährlich sei als das *auctoramentum* als Gladiator:

> *quid refert, uri virgis ferroque necari*
> *auctoratus eas, an turpi clausus in arca,*
> *quo te demisit peccati conscia erilis,*
> *contractum genibus tangas caput? estne marito*
> *matronae peccantis in ambo iusta potestas?*
> *in corruptorem vel iustior,*

Ist demnach doch vielleicht der Dienstherr derjenige, der den Dienstnehmer *auctorat*? Schwerlich. Denn was sollte dann *auctorare*

[21] Überliefert ist '*impietatem*'. Die Mommsensehe Konjektur '*sui potestatem*' ist sowohl paläographisch wie dem Sinne nach sehr viel einleuchtender als das von anderer Seite vorgeschlagene '*libertatem*'.

[22] Freilich könnte man das '*auctoratus eas*' auch aus den Notwendigkeiten des Metrums erklären.

bedeuten? In welchem Sinne kann der Dienstherr bei einem solchen Vertrag *auctor* sein oder werden?[22a]

Vielleicht erklärt sich die Vorliebe für die passivische Ausdrucksweise einfach daraus, dass das echte *auctoramentum* nicht durch den *auctorandus* selbst, sondern durch seinen Gewalthaber vollzogen wurde, dass also der *auctorandus* niemals Subjekt, sondern stets Objekt des Geschäftes war.

Mit dieser Überlegung kehren wir zu der Frage zurück, die wir bereits früher berührt haben wie sich das *auctoramentum* zu jenem Satze der Zwölftafeln verhält, der als gesetzliches Fundament der Emanzipation galt: Ist das *auctoramentum* identisch mit der *venditio* des *filius familias* an einen fremden Gewalthaber? Dass dem so ist, scheint mir in hohem Masse glaubhaft. Es lassen sich dafür mehrere Gründe vorbringen:

Noch kein entscheidendes Gewicht hat vielleicht der Wortlaut jener Serviusstelle (*ad Aen.* 11, 558), die wir zu Beginn erörtert haben (o. S. 2). Servius sagt ausdrücklich, niemand habe die *potestas auctoramenti* ausser dem Vater. Streng genommen bedeutet dies, dass ein *auctoramentum* überhaupt nur durch den Gewalthaber erfolgen könne. Aber angesichts der Vergilstelle liegt natürlich der Einwand nahe, der Kommentator habe von vornherein nur an das *auctoramentum* von Gewaltunterworfenen gedacht; die Tragweite seiner Äusserung sei darum, entgegen dem genauen Wortsinne, auf diesen Fall einzuschränken.

Indessen führen andere Überlegungen doch wohl zu einer Bestätigung jener wörtlichen Deutung der Serviusstelle: Wenn das *auctoramentum* auf dem normalen Wege der Gewaltübertragung, d.h. durch Manzipationsakt erfolgte, so konnte ein *homo sui iuris* nur durch Selbstmanzipation in die Dienstknechtschaft gelangen. Gab es aber eine solche Selbstemanzipation? Abgesehen vom Falle des *nexum*, von dem sogleich die Rede sein wird, kennen wir sie nur bei der *coemptio*, und hier ist sie vermutlich eine relativ junge Erscheinung, die wohl schon deshalb nicht verallgemeinert werden darf, weil sich das Coemptionsformular nach dem Zeugnis des Gaius (1, 123) überhaupt von dem der übrigen Manzipationsakte unterschied und demzufolge auch nicht die Wirkung besass, die

[22a] Gegen die Auffassung des *auctorare* als Handlung oder Erklärung des Dienstherrn sprechen auch nahezu alle Belege im *Corpus Gloss. Lat.*, weil sie das Wort stets mit '(sich) verkaufen', 'sich vermieten' oder 'Dienste leisten' (μισθοφορεῖν) übersetzen.

Frau in eine *condicio servilis* zu bringen. Das *nexum* aber war schon in spätrepublikanischer Zeit so sehr verschollen, dass man über den Begriff und das Wesen dieser Institution stritt.

Wahrscheinlich war aber eben das *nexum* nichts anderes als eine Selbstmanzipation des *homo sui iuris* in die Dienst- oder Schuldknechtschaft. Varro (*de ling. Lat.* 7, 105) bezeichnet als *nexus* einen *liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam debet, dat*[23], und Livius (8, 28, 2) schildert als Anlass der *lex Poetelia* die allgemeine Empörung über den Fall des C. Publilius, der sich *ob aes alienum paternum nexum dederat* und von seinem Gewalthaber in der übelsten Weise misshandelt wurde. Beide Zeugnisse sprechen also von einer Selbstverknechtung, nicht etwa von einer im Vollstreckungswege erzwungenen Schuldknechtschaft[24]. Die Selbstverknechtung kann aber nur durch einen Akt *per aes et libram* vollzogen worden sein, wie man ihn ja auch für das *nexum* im Anschluss an das erhaltenen Formular der *solutio per aes et libram* zu rekonstruieren versucht hat. Ohne auf den Streit über das *nexum* weiter einzugehen, möchte ich hier nur den Gedanken aussprechen, dass es für das Wesen dieses Aktes nicht von entscheidender Bedeutung sein kann, ob die Dienstknechtschaft zur Tilgung einer bereits bestehenden Schuld (*pro pecunia, quam debet*; *ob aes alienum paternum*) eingegangen wird oder gegen Empfang einer Geldsumme und u. U. mit einem Aufschub der Dienstleistung und der Möglichkeit vorheriger Lösung durch Rückzahlung des Empfangenen. Solche Varianten mögen von Bedeutung sein, wenn man die wirtschaftliche Funktion des *nexum* mit modernen Vertragskategorien kennzeichnen will: das *nexum* zur Tilgung einer bereits bestehenden Schuld, von dem Varro und Livius sprechen, erscheint dann als eine freiwillige Schuldknechtschaft; das sofort wirksame *nexum* gegen Geldzahlung als Dienstvertrag mit Vorauszahlung des Lohnes; das für den Fall der Nichtauslösung eingegangene und darum erst zu einem späteren Zeitpunkt wirksame *nexum* als Darlehen mit Unterwerfung unter eine aussergerichtliche Personalvollstreckung. Aber die personenrechtliche Natur des Aktes ist doch stets die gleiche: der gewaltfreie Bürger unterwirft sich fremder Gewalt, um *servi loco* eine Schuld abzuarbeiten, er ist, wie Varro sagt, *obaeratus*.

[23] Überliefert: *debebat*.

[24] Anders z. B. M. Kaser, *Röm. Privatr.* S. 138 o.; S. 148, A. 4.

Eben diese Selbstverknechtung aber ist vermutlich durch die *lex Poetelia* untersagt worden. Das sagt sowohl Varro (*hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret*) wie auch Livius (8, 28, 9: *cautumque in posterum, ne necterentur*)[25]. Wenn also die Eingehung eines *nexum* ein *se ipsum auctorare* war, so war diese Art des *auctoramentum* hinfort nicht mehr möglich. Wohl aber dürfte sich das *ius vendendi* (oder, wie Servius sagt, die *potestas auctoramenti*) des *pater familias* länger erhalten haben. Hierfür scheint mir vor allem die Deutlichkeit zu sprechen, mit der noch den Autoren des ersten nachchristlichen Jahrhunderts der *auctoratus* als ein der Gewalt des Dienstherrn ausgelieferter Knecht vor Augen steht. Zwar bezieht sich wahrscheinlich keine der oben erörterten Stellen auf ein echtes *auctoramentum*, d. h. auf ein vom *pater familias* durch Manzipationsakt begründetes Gewaltverhältnis, ein *in mancipio esse* des Dienenden[26]; aber der Vergleich mit einem solchen Verhältnis steht doch immer wieder zwischen den Zeilen. Stets ist es die Abhängigkeit, das Ausgeliefertsein an einen anderen, was betont werden soll, wenn vom *auctoratus* und vom *auctoramentum* die Rede ist.

Die einzige Quellenstelle, die den *auctoratus* in einem exakt juristischen Zusammenhang nennt und die ohne Zweifel ein echtes Gewaltverhältnis meint, ist Gai. 3, 199, der Text, von dem unsere Betrachtungen ausgingen. Es kommt nun darauf an, ob man trotz des Materials, das auf den vorangehenden Seiten beigebracht worden ist, noch daran festhalten will, dass Gaius den *gladiator auctoratus* und ihn allein im Auge habe. Gegen diese Deutung spricht, wie mir scheint, auch der Inhalt der Stelle selbst:

Objekt eines *furtum* konnten ohne Zweifel alle *personae liberae alienae potestati subiectae* sein. Wenn Gaius diesen Sachverhalt durch Einzelbeispiele erläutern wollte, so musste er neben den Hauskindern und der *uxor in manu* vor allem die *personae in mancipio nennen*. Ob zu ihnen der im Vollstreckungsweg addizierte Schuldknecht (*iudicatus*) gehört, mag schon zweifelhaft sein; der *gladiator auctoratus* jedenfalls wäre kaum ein geeignetes Beispiel dieser Gruppe von Gewaltunterworfenen. Denn das Gewaltverhältnis, in dem er zu seinem Dienstherrn stand, war aller Wahr-

[25] Anders wiederum M. Kaser a.a.O. S. 148, A. 4.

[26] Im Falle der Pliniusstelle ist dies aber immerhin nicht ausgeschlossen; s.o. A. 17.

scheinlichkeit nach von anderer Art. Schwerlich beruhte es auf einem Manzipationsakt. Abgesehen davon, dass dann die Selbstmanzipation des *homo sui iuris* unvermeidlich gewesen wäre, bietet die Überlieferung für diese Art der Anwerbung keinerlei Anhalt. Sie spricht vielmehr von einer Erklärung (*professio*) *des* Anzuwerbenden vor den Volkstribunen (s.c. *de sumptibus ludorum* 62) und von einem Eide (*sacramentum*)[27]. Auch die Wirkungen des Gewaltverhältnisses werden kaum die gleichen gewesen sein, wie sie den *personae in mancipio* gegenüber eintraten. Warum sollte ein Gladiator z. B. unfähig sein, Erbschaften und Vermächtnisse zu erwerben, wie dies für die *personae in mancipio* galt (Gai. 1, 123)? Und umgekehrt kann der Schutz der *a. iniuriarum*, der den *personae in mancipio* nach Gai. 1, 141 in weitem Masse zustand, dem Gladiator, der sich den strengsten Züchtigungen unterwerfen musste, nicht in der gleichen Weise zugutegekommen sein. Selbst wenn daher, was durchaus möglich ist, auch der *gladiator auctoratus* Gegenstand eines *furtum* sein konnte, wäre er doch in der Aufzählung des Gaius ein abseitiges Beispiel; es bliebe diejenige Gruppe von Gewaltunterworfenen unerwähnt, deren Nennung man in erster Linie erwartet. Bedeutet dagegen *auctoratus* das als Knecht in die Gewalt eines Dienstherrn übertragene Hauskind — vielleicht unter Einschluss des *noxae deditus* (s. u.) — so ist die Aufzählung des Gaius vollständig und einleuchtend.

Kein zwingender Einwand gegen diese Deutung des *auctoratus* in Gai. 3, 199 ergibt sich, wie mir scheint, aus Gai. 1, 141. Hier heisst es von den *personae in mancipio*: *ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento- nisi scilicet ex noxali causa mancipantur.* Von der Echtheitskri,

[27] Freilich sprechen nur einzelne Zeugnisse ausdrücklich von einem Eide, insbes. Petronius, Sat. 117, der in seiner ausschweifenden Manier sogar immer wieder die eidliche Verpflichtung betont: *in verba Eumolpi sacramentum iuravimus 'uri vinciri verberari ferroque necari' et quidquid aliud Eumolpus iussisset. tamquam legitimi gladiatores domino corpora animasque religiosissime addicimus: post peractum sacramentum serviliter ficti dominum consalutamus.* Aber es handelt sich hier nicht um eine exakte Beschreibung der Anwerbung eines Gladiators, sondern um die satirische Übertragung des Vorgangs in eine andere Sphäre, und bei der Neigung dieses Autors zu phantastischer Verzerrung der Wirklichkeit zweifle ich an der Verlässlichkeit dieses Belegs. Seneca (ep. 37,1) dagegen nennt dieselbe Formel nur *auctoramenti verba* und spricht von *caveri, ut ista vel inviti patiantur.* Danach scheint mir die Vereidigung des Gladiators mindestens zweifelhaft.

tik, die an dieser Stelle geübt worden ist[28], sehe ich im vorliegenden Zusammenhange ganz ab, denn auch die Bemerkung eines Glossators könnte die Praxis der hoch- und spätklassischen Zeit richtig wiedergeben. Die Stelle scheint mir in der Tat den Schluss nahezulegen, dass das *auctoramentum* im Sinne einer freiwilligen Verknechtung des Hauskindes durch seinen Gewalthaber kaum noch eine praktische Bedeutung besessen hat. Indessen steht es in dem von Gaius gleichfalls genannten Fall der *uxor in manu* nicht anders: Da die *confarreatio* ihrer zivilrechtlichen Folgen entkleidet war (Gai. 1,136) und die *coemptio* im allgemeinen nur noch als fiduziarisches Geschäft Anwendung fand, trat die *manus* wohl nur noch in dem Sonderfalle, dass die Frau eine fiduziarische Coemptio mit ihrem Ehemann einging (Gai. 1,115[b]), und auch hier nur vorübergehend in Erscheinung. So ist vielleicht der in der Gewalt seines Gläubigers befindliche *iudicatus* nächst den Hauskindern noch das praktischste Beispiel in dem Katalog des Gaius, obwohl auch er verhältnismässig selten gewesen sein wird. Die ganze Aufzählung in Gai. 3,199 macht also einen ziemlich altertümlichen Eindruck: sie gibt eben die traditionelle, vermutlich bis in die Republik zurückgehende Lehre des *ius civile* wieder, an der Gaius deshalb nichts zu ändern fand, weil sie immerhin nicht ganz und gar unpraktisch geworden war.

Überdies ist es durchaus möglich, dass derjenige Fall der *persona in mancipio*, der nach Gai. 1,141 allein noch grössere praktische Bedeutung besass, der Fall des *noxae deditus* unter dem *auctoratus* in 3,199 mitzuverstehen ist. Auch der *noxae deditus* war ja von seinem Gewalthaber zur Dienstleistung in die Knechtschaft des Deliktsgläubigers übertragen; dieser besass ihn *pro pecunia* (Gai. 1,140 i.f.), nicht anders als den durch eine Geldzahlung an den *pater familias* „gekauften" Haussohn. Die *noxae deditio* eines Freien war also im Grunde nichts anderes als ein Sonderfall des *auctoramentum*.

Mag nun auch, von diesem Sonderfalle der *noxae deditio* abgesehen, die förmliche Übertragung des Hauskindes ins *mancipium* des Dienstherrn verhältnismässig früh ausser Gebrauch gekommen sein, so bestand doch die Übung, Kinder in fremde Dienste zu „verkaufen", bis in die Spätzeit des römischen Rechtslebens fort. Sie nahm sogar in den Notzeiten des 4. und 5. Jahrhunderts an

[28] Vgl. S. Solazzi, *St. Riccobono* I S. 164 ff. u. die dort Zitierten.

praktischer Bedeutung zu und verschärfte sich insofern, als jetzt vielfach unmündige Kinder in lebenslängliche Knechtschaft veräussert wurden. Zahlreiche Kaiserkonstitutionen befassen sich mit diesem Tatbestand. Sie sind oft genug Gegenstand rechtshistorischer Untersuchungen gewesen[29] und sollen hier nicht aufs neue erörtert werden. Nur zwei Bemerkungen zu diesem späten Quellenkreis seien noch angefügt:

Die erste betrifft Pauli *sent.* 5,1,1 ff.:

> *Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur. idem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt: ex quo facto sciens creditor deportatur. operae tamen eorum locari possunt.* (2) *Veritati et origini ingenuitatis manumissio quocumque modo facta non praeiudicat.*

Mit gutem Grunde hat man angenommen, dass dieser Text in seiner überlieferten Gestalt nachklassische Arbeit ist[30]. Sowohl der an die Tatbestände der späten Konstitutionen erinnernde Anfang wie der etwas emphatische Satz '*homo liber nullo pretio aestimatur*', der keine klare und logische Begründung des Voraufgehenden bildet[31], wird jedenfalls von dem nachklassischen Sentenzenverfasser, wenn nicht gar von einem noch jüngeren Bearbeiter eingefügt sein. Im übrigen aber ist es gewiss, dass in der Stelle konkrete klassische Entscheidungen verarbeitet sind. Dass auch der *filius familias auctoratus* weder den *status libertatis* noch den *status ingenuitatis* verlor, war ohne Zweifel seit alters anerkannt. Die Strafbarkeit des Gläubigers, der sich wissentlich ein Hauskind verpfänden liess, wird vielleicht auf spätklassischem Kaiserrecht beruhen; die Erwähnung der *fiducia* weist jedenfalls deutlich genug auf klassischen Ursprung hin. Das Verbot der Verpfändung steht aber schwerlich

[29] S. zuletzt B. Biondi, *Il dir. rom. cristiano* III S. 27 ff.

[30] S. die Nachweise b. E. Volterra, *Indice delle Glosse etc.* I (*Riv. di storia del dir. it.* 8, 1935); dazu B. Biondi a. a. O. S. 34.

[31] H. Niedermeyer, *St. Bonfante* II S. 394 meint allerdings, der Satz sei schönes klassisches Recht. Er mag vielleicht auch aus einem klassischen Zusammenhang gerissen sein. An diese Stelle passt er jedenfalls schlecht. Er trifft auch für das klassische Recht nicht allgemein zu; denn worauf sollte sich wohl die *actio furti* wegen Entführung eines Hauskindes richten, wenn nicht auf das *duplum* seines Schätzungswertes?

im Widerspruch mit der rechtlichen Zulässigkeit eines *auctoramentum*, das ja lediglich ein Anrecht auf die Dienstleistungen des Hauskindes begründete; vielleicht ist es gerade dies, was der folgende Satz '*operae tamen eorum locari possunt*' im ursprünglichen Zusammenhang besagen sollte. Der Grundsatz des § 2 schliesslich wird für den *auctoratus* ebensowohl wie für andere Personen *in mancipio* gegolten haben. So stellen diese Sätze der Paulussentenzen möglicherweise einen Überrest von klassischen Erörterungen über die Rechtslage des *auctoratus* dar, von Erörterungen, deren Spuren wir in den Digesten vergeblich suchen, weil Justinian sie sorgsam getilgt hat.

Dass Justinian im Punkte der Veräusserung freier Personen weit empfindlicher war als seine heidnischen und christlichen Vorgänger, beweist nicht nur die Entrüstung, mit der er (C. 8,48,6) von den *venditiones in liberas personas figuratae* im klassischen Emanzipationsformular spricht, sondern vor allem auch die Art und Weise, in der er die Konstitution Konstantins in C. 4,43,2 verändert hat. Während Konstantin, wie die Wiedergabe seines Gesetzes in C. Th. 5,10,1, zeigt, den Verkauf neugeborener Kinder generell zuliess und dem Erwerber, der den Preis gezahlt hatte und im Besitz einer Vertragsurkunde war, sogar die Weiterveräusserung gestattete[32], erkennt Justinian die Veräusserung lediglich dann an, wenn sie *propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa* erfolgt ist, und unterdrückt die Befugnis zur Weiterveräusserung überhaupt. Er betont auch die Möglichkeit der Auslösung des verkauften Kindes sehr viel nachdrücklicher als Konstantin: Dieser schrieb vor, dass derjenige, der *post seriem annorum ad libertatem eum repetat*, einen Ersatzknecht zu stellen oder eine angemessene Geldsumme zu zahlen habe; er legte also den Akzent darauf, dass dem Erwerber ein unumstössliches Recht, wenn schon nicht an dem erworbenen Knecht, dann doch wenigstens auf einen Ersatzmann oder auf eine Ersatzsumme zustehe. Justinian dagegen schränkt umgekehrt die Wirkung der Kindesveräusserung dadurch ein, dass er sowohl dem Veräusserer wie dem Veräusserten selbst oder auch einem beliebigen Dritten die Befugnis zur Auslösung zuspricht; dass diese Auslösung erst *post seriem annorum* erfolgen könne, sagt er nicht.

[32] *Qui enim pretium conpetens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere, ut et distrahendi pro suo debito causam liberam habeat.*

Justinian hat also die Tendenz des konstantinischen Gesetzes sozusagen in ihr Gegenteil verkehrt, wenn er auch den rechtlichen Gehalt mit gewissen Milderungen übernommen hat. Bedenkt man dies, so wird man ähnliche Veränderungen auch für die im Codex Iustinianus voraufgehende Konstitution Diokletians (C. 4,43,1) vermuten. In der Tat wird dieser Kaiser schwerlich in einem Reskript, d. h. bei Bescheidung einer konkreten Rechtsfrage, den ganz allgemeinen Satz aufgestellt haben: *Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo... in alium transferri posse manifesti iuris est.* Welches der von Diokletian wirklich entschiedene Sachverhalt war, lässt sich freilich kaum erraten. Es braucht uns in diesem Zusammenhang auch nicht zu kümmern. Uns interessiert lediglich, dass es Justinian war, der jede Art von Veräusserung des Hauskindes — mit der eng umgrenzten Ausnahme von C. 4,43,1 — für eine offensichtliche Rechtswidrigkeit und darum für nichtig erklärt hat. So braucht es uns nicht zu wundern, dass vom *auctoramentum* in den Digesten nirgends mehr die Rede ist.

[München] *Wolfgang Kunkel*

# CATOS LEGES VENDITIONI ET LOCATIONI DICTAE

## Inhalt


I. Einleitung
II. Die Versteigerungsbedingungen (*leges*) des Gemeindevermögensrechts
III. Die Leges des Gemeindevermögensrechts als Vorbild für die Leges des Privatvertragsrechts
IV. Der allgemeine Charakter der Catonischen Leges
V. Die älteren und die jüngeren Leges des Kapitels 144
VI. Innere Gründe für das Altersverhältnis der Leges c. 144, 145, 146
VII. Die Vertragsparteien
VIII. Die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien
1. Sicherheitsleistung und Direktionsrecht
2. Die Stellung einer bestimmten oder der notwendigen Zahl von Arbeitern
3. Das Verbot des Wegschaffens von Brennholz und Oliven sowie des Aneignens von Öl durch den Unternehmer
a) Wegschaffen von Brennholz und Oliven
b) Das Aneignen von Öl
4. Einstehen des Unternehmers für angerichteten Schaden
5. Zwei technische Klauseln
IX. Leges mit Wirkung für und gegen Dritte
1. Das Direktionsrecht zugunsten des Käufers der Olivenernte
2. Leges zu Lasten der Arbeiter
3. Die Klauseln zu Lasten der Gesellschafter des Unternehmers
X. Die Bestellung eines Pfandrechts
1. Verkauf der Oliven auf dem Baum
a) Die gesicherte Forderung
b) Entstehung des *pignus* durch Illation
c) Das Verhältnis von Pfandrecht und Bürgschaft
d) Die Bezahlung der vom Käufer angeworbenen Arbeitskräfte
2. Verkauf der Winterweide
3. Verkauf der Schafnutzung
XI. Die partiarischen Rechtsgeschäfte bei Cato
XII. Die Frage der Klagbarkeit der Verdingungs- und Kaufverträge (*bonae fidei iudicia?*) — Der *arbitratus boni viri*
1. Die Stipulationstheorie
2. Das Deduktionsrecht

3. Die Entstehung der *bonae fidei iudicia*
   a) Der Abzug von Gegenforderungen im Legisaktionenprozess und im *bonae fidei iudicum*
   b) Der Kauf von Fasswein und der *viri boni arbitratus*
   c) Iudicium und arbitrium im Legisaktionen- und im Formularprozess
   d) Plautus Mostellaria, Vers 671 f.
   e) Das Alter der Klagbarkeit der Konsensualverträge unabhängig vom Alter der *bonae fidei iudicia* — Prätorischer Ursprung dieser *iudicia*
   f) Formlosigkeit der Kauf- und Mietverträge — Die *bona fides* keine Verpflichtungsgrundlage, sondern nur Massstab für das *officium iudicis*
4. Zum *arbitratus boni viri* des Obligationenrechts der klassischen Zeit

## I. Einleitung

Mein klassisch-philologischer Freund Paul Thielscher bereitet eine doppelsprachige Ausgabe von Catos Schrift '*De agri cultura*' mit erklärenden Anmerkungen vor. Bislang gibt es keine befriedigende Übersetzung und Erklärung des Buches Catos, der ersten Prosaschrift der lateinischen Literatur. Dies hängt damit zusammen, dass niemand allein der sachlichen Schwierigkeiten Herr werden kann, sondern für die verschiedenen Sachgebiete verschiedene Fachleute herangezogen werden müssen, was Thielscher getan hat. Seit dem in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Band 3, 1864, S. 416 ff. veröffentlichten Aufsatz von E.I. Bekker, der übrigens nur die Kapitel 144 bis 146 erörtert, sind die Catonischen Leges nicht mehr im Zusammenhang behandelt worden. Wie mir der hochverehrte Jubilar kürzlich schrieb, hat seiner Zeit Ludwig Mitteis das Thema der Reihe nach Joseph Partsch, Paul Koschaker und Egon Weiss angeboten, ohne Gegenliebe zu finden. Die für die Rechtsgeschichte wichtigen juristischen Kapitel haben Thielscher und ich gemeinsam analysiert. Er war mir ein willkommener Bundesgenosse, der seine reiche Sprach- und Sachkenntnis in den Dienst derselben Aufgabe stellte. Die Schwierigkeiten der Sacherklärung lassen sich eben ohne Zusammenarbeit von Philologie und Jurisprudenz einfach nicht bewältigen. Das Ergebnis soll im Folgenden ausführlicher, als es in der Ausgabe geschehen kann, vorgelegt werden. Dass wir nicht überall einer Meinung sind, versteht sich angesichts des komplizierten Stoffes

von selbst. Aus besonderen Gründen erscheint es geboten, zunächst über die Lokationen des Gemeindevermögensrechts zu sprechen.

## II. Die Versteigerungsbedingungen (*leges*) des Gemeindevermögensrechts

Den Zensoren oblag es bekanntlich, die Staatsgefälle (*vectigalia*)[1] zu verpachten sowie die öffentlichen Arbeiten und Lieferungen an den Staat (*ultrotributa*)[2] zu vergeben[3]. Die zusammenfassende Bezeichnung hierfür lautete: *vectigalia ultrove tributa locare*[4]. Da die Zahlung der für die Erhebung der *vectigalia* zu entrichtenden Pauschalbeträge sowie die Übernahme solcher Arbeiten und Lieferungen die finanzielle Kraft des einzelnen Privatmannes überstiegen, bildeten sich Gesellschaften (*societates*) von Publikanen, die diese Geschäfte übernahmen. Der einzelne Vertrag wird aber nur mit einem der *socii*, ihrem Obmann (*manceps*), abgeschlossen. Mitteis[5] führt diese auffällige Tatsache auf altes Herkommen zurück: ursprünglich seien die Pachtungen wohl nur von einzelnen Personen übernommen worden. Aber es bleibt unerklärt, weshalb man auch später an dem Herkommen festgehalten hat. Für den Staat war es am bequemsten, wenn er nur mit einem Vertragsgegner zu tun hatte. Gleichwohl bestand die Möglichkeit, mit Genehmigung der Behörde *socii* zur Ausübung des Pachtrechts nach aussen zuzulassen[6]. Der Unternehmer muss dem Staat Sicherheit leisten mit Bürgen (*praedes*) und Grundstücken (*praedia*). Zum *manceps* bestell-

[1] *Vectigal* bedeutet von Haus aus „Fuhre" und weist auf die „Spanndienste" hin: Heumann-Seckel s.h.v.; Walde-Hofmann[3] s.h.v. Aber vielleicht ist *vectigal* auch der Wegezoll für Fuhrwerke.

[2] Freiwillig, gegen Entgelt übernommene Leistungen: Karlowa, *RRg.* I, S. 246; Kübler, *RRg.*, S. 92. Eine abweichende Erklärung des Wortes gibt Mommsen, *StR.* II 1, S. 446, dort A. 1 Quellenstellen.

[3] Mommsen, *StR.* II 1, S. 443 ff.; Karlowa, *RRg.* 1, S. 242 ff.; II, S. 18 ff., 645; Kübler, *RRg.*, S. 92 f.

[4] Vgl. z.B. Lex Iulia munic. Z. 73 f.: ... *ex lege locationis, quam censor aliusve quis magistratus publiceis vectigalibus ultrove tributeis fruendeis tuendeisve dixit, dixerit* ....(Bruns-Gradenwitz, *Fontes* I[7], 106). Lex munic. Malacitana R 63: *Qui IIvir iure dicundo praeerit, vectigalia ultroque tributa, .... locato* (Bruns-Gradenwitz a.a.O. S. 153). Livius 39,44: *vectigalia summis pretiis, ultro tributa infimis locaverunt.*

[5] *RPR.* I, S. 406.

[6] Mitteis a.a.O. S. 407. Siehe auch Mommsen, *Jur. Schr.* I, S. 370 f.

ten die Gesellschafter gewöhnlich den angesehensten von ihnen[7]. Sie selbst dagegen traten als *praedes* auf[8]. In welchem Umfang Sicherheit zu leisten war, hing vom Ermessen des Magistrats ab[9]. Die Realisierung der staatlichen Forderungen ist publizistischer Natur. Das mit einem Publikanen vom Magistrat abgeschlossene Geschäft wird als *locare* oder *vendere*[10] bezeichnet. Von der Seite des kontrahierenden Privatmannes her gesehen, war es ein *emere*, *redimere*, *conducere*. Festus[11] berichtet: *Venditiones olim dicebantur censorum locationes, quod velut fructus locorum publicorum venibant.* Danach scheint früher die Auffassung als *venditio* vorherrschend gewesen zu sein, später die als *locatio*[12]. Festus sagt, der frühere Sprachgebrauch erkläre sich daraus, dass „gewissermassen" die Früchte des öffentlichen Landes verkauft worden seien. Er denkt dabei nicht an die Verpachtung wirklich fruchttragender Staatsländereien; denn bei ihnen könnte nicht von '*velut fructus*' gesprochen werden. Vielmehr meint er die pachtweise Überlassung der *vectigalia publica*, die von den Grundstücken zu entrichten waren. Es sollen doch nun aber alle zensorischen Vergabungen früher als *venditiones* bezeichnet worden sein. Die Erklärung des

[7] Cic. *Pro Planc.* 13, 22: (Plancius) *princeps inter suos ... maximarum societatum auctor;* pro Sex. Roscio 7, 20 f.: *societas coitur ... manceps fit Chrysogonus.* Pseudo-Asconius in Caec. div. 33: *mancipes sunt publicanorum principes.*

[8] *Lex Malac.* R. 65: *praedes socii* (Bruns-Gradenwitz a.a.O. S. 155). Cic. de domo 18,48: *ne in praedae quidem societate mancipem aut praedem socium ... reperire potuisti.*

[9] Karlowa II, S. 53. Vgl. unten S. 273 A. 2.

[10] Es finden sich beide Ausdrücke auch zusammengestellt: So beispielsweise in der *lex agraria* von 111: *Agrum fruendum redimere conducereve, locare vendereve.* Man setzte also „vermieten" und „verkaufen" nebeneinander, ohne sich festzulegen. Aber die Reihenfolge zeigt, dass sich die Waagschale zugunsten der *locatio* neigte (vgl. Bechmann, *Kauf* I, S. 423 f. und Kaser, *RPR.* I, S. 471 mit A. 11). Die ältere Bezeichnung für das mit dem *publicanus* im Hinblick auf die Staatseinnahmen geschlossene Geschäft ist auf seiten des Staates *venditio*, *vendere*, *venire*, dem auf seiten des Pächters ein *emere* korrespondiert. Später erläutert man dieses *emere* durch *conducere*, ebenso *venire* durch *locari* (Kniep, *Soeietas publicanorum* I, S. 93 ff.; *Gai Inst. comm. tertius* §§ 88—225, 300).

[11] s.v. Venditiones. Dazu Degenkolb, *Platzrecht und Miete*, s. 138 ff.; Bechmann a.a.O. S. 424 ff.; Karlowa II, S. 21 f.; Monier, *Manuel*[2] II, S. 220.

[12] Pernice, *Labeo* I, S. 469; Karlowa a.a.O. — Auch die griechische und hellenistische Auffassung betrachtet die Pacht als Kauf der Nutzung oder gar der Früchte: Burckhardt, *Zur Geschichte der locatio conductio*, 1889, S. 55 A. 172; von Bolla, *RE.* 18,4, Sp. 2445.

Festus passt auch nicht vergleichsweise auf den Fall, dass die Errichtung eines Bauwerkes von den Zensoren vergeben wurde. *Vendere* ist aus *venum dare* zusammengesetzt[13]. *Emere* bedeutet ursprünglich „nehmen". *Vendere emere* heisst also „gegen Entgelt nehmen lassen und nehmen". Der Zensor lässt Privatleute Land nehmen, damit sie es unmittelbar oder durch Einziehung von *vectigalia* gegen eine an die Gemeinde zu zahlende Summe nutzen[14]. Es ist sehr unwahrscheinlich, dass man die *venditio* schon in alter Zeit als einen Verkauf der Früchte der staatlichen Ländereien, also als Verkauf einer *res futura*, angesehen haben sollte. Der sinnlich-naiven Anschauung, die auf früher Kulturstufe herrschte, entsprach es viel mehr, das Geschäft als Verkauf von etwas bereits Vorhandenem aufzufassen[15]. „Verkauft" wurde dem Pächter das Land zu einem begrenzten Zweck. Es „gehörte" ihm, aber nicht im Sinne eines absoluten Eigentumsrechts, das es damals noch gar nicht gab[16], sondern im Sinne eines Herrschaftsrechts, das in der Nutzungsgewere zum Ausdruck gelangt. Später konstruierte man das Geschäft als Verkauf der Feldfrüchte und weiter der Nutzungen überhaupt. Diese Vorstellung wurde in das Privatrecht übertragen, und so erklärt es sich, dass Cato von dem Verkauf, nicht der Verpachtung, des *pabulum hibernum* und der *fructus ovium* als künftiger Sachen spricht.

Dernburg-Sokolowski[17], Burckhardt[18] und neuerdings Mayer-Maly[19] nehmen an, die Miete sei von den beweglichen Sachen (Spannvieh, Sklaven) ausgegangen und erst später auf

[13] *vēnum* ist Akk. des Zieles zu einem zu erschliessenden Nom. **vesnus* „Verkauf, Markt"; verwandt ist ai. Neutrum *vasnám* „Kaufpreis" (vgl. Menge s.v. [0]*venus*[1]). Das *dare* ist mit einem Akk. des äusseren Objekts und einem Akk. des Zieles verbunden: „eine Sache zum Verkauf bringen" (*rem venum dare;* vgl. Kniep, *Gai. inst.* a.a.O. S. 277). Siehe auch Bechmann a.a.O. S. 28.

[14] Mommsen, *StR.* I, S. 441; *Jur. Schr.* III, S. 134 ff., 138, sieht in den Geschäften sowohl eine *venditio* (Verkauf des Eigentums an den Früchten und sonstigen Grundstückserträgnissen) wie auch eine *locatio* insofern, als die Behörde das Grundeigentum des Staates in nützlicher Weise unterbringt.

[15] Vgl. Karlowa II, S. 21 f.

[16] Vgl. Kaser, *RPR.* I, S. 108; von Lübtow, *Festschr. der Jur. Fak. der FU Berlin zum 41. Deutschen Juristentag* 1955, S. 130; 178.

[17] *System des römischen Rechts* II[8], S. 780 f.

[18] A.a.O. S. 28.

[19] *Locatio Conductio* (1956), S. 17.

Immobilien übertragen worden[20]. Man beruft sich hierfür vor allem auf die ursprüngliche Bedeutung von *locare* und *conducere*: „(Zur Verdingung) aufstellen" und „wegführen" oder „mit sich führen". Aber *conducere* heisst in konkreter, sinnlicher Bedeutung nichts anderes als „zusammenführen"[21]. Auf die Miete beweglicher Sachen passt dieses *conducere* keineswegs ohne weiteres. Der Mieter „führt" doch den gemieteten Sklaven nicht „zusammen"! Degenkolb[22] will dem Wort von vornherein eine übertragene Bedeutung geben: den Sieg bei der Lizitation „davontragen"[23].

Es muss jedoch ein Geschäft gegeben haben, bei dem die Worte *locare-conducere* in ihrer ursprünglichen sinnlichen Bedeutung eine Rolle gespielt haben. Thielscher denkt als Urfall an den Gemeindehirten, der das Rindvieh der Bauern „zusammenführte", um es tagsüber zu weiden, bis er es abends wieder zurückführt. Dieses Geschäft kann aber nicht das älteste sein. Es handelt sich dabei um einen Dienstvertrag (*locatio conductio operarum*). Der Dienstverpflichtete heisst quellenmässig *locator*, der Dienstherr *conductor*.

Wahrscheinlich stammt vielmehr die älteste *locatio conductio* aus dem Gemeindevermögensrecht. Ursprünglich legte der König den Bürgern *munera* auf, die sie pflichtgemäss unentgeltlich zn leisten hatten wie beispielsweise den Bau von Mauern (Frondensystem)[24]. Allmählich wurden diese Lasten aber als zu drückend empfunden. Die dem Volke auferlegten *munera* zur Herstellung der von den Tarquiniern, besonders dem letzten König, unternommenen Bauten sollen ja einen Hauptgrund für die Unzufriedenheit der Plebejer mit der Königsherrschaft gebildet haben. Deshalb wurden die öffentlichen Fronarbeiten beseitigt und ging der Staat dazu über, die nötigen Arbeitskräfte zu mieten, eine Entwicklungsstufe, die gewöhnlich übersehen wird (gemildertes

[20] So wohl auch Kaser, *RPR*. I, S. 469 A. 3. Dagegen Karlowa II, S. 636 ff.

[21] Degenkolb S. 136; Mommsen, *Jur. Schr*. III, S. 137; StR. I, S. 337 (seine sachliche Erklärung ist aber unhaltbar); Karlowa II, S. 636, 638; Pernice, *ZSSt*. 9, S. 241 A. 1 a.E.: Wenn man *conducere* = holen als *secum ducere* einleuchtend machen wolle, so interpoliere man das reflexive Fürwort: *cum* heisse in Zusammensetzungen fürs erste „zusammen".

[22] A.a.O. S. 137.

[23] Ebenso Burckhardt S. 28. Dagegen Mommsen, *Jur. Schr*. III, S. 137 A. 1.

[24] Vgl. Rubino, *Untersuchungen* I, S. 135; Degenkolb, *Platzrecht und Miete*, S. 135 mit A. 1; Karlowa I, S. 246; II, S. 644 f.

System der Eigenregie). Das Anwerben geschah auf dem Forum. Die Bürger stellten dort ihre Söhne, Sklaven, Zugtiere und Gerätschaften auf (*locare*). Die Amtsträger suchten aus, was ihnen geeignet erschien, und führten auf diese Weise die nötigen Arbeitskräfte zusammen. *Conducere* setzt eine Mehrheit von Menschen und Gegenständen voraus, die dann zu einem bestimmten Zweck von dem Interessenten „zusammengeführt" werden. Dieser Vertrag wurde vorbildlich für die privatrechtliche Vermietung von Haussöhnen und Sklaven, die an die Stelle der umständlichen Manzipation trat. Sie wurde später auch auf die entgeltliche Überlassung der eigenen Arbeitskraft ausgedehnt (Paulus D. 19, 2, 38 pr.: *operas suas locare*)[25]. Der freie Mann stellt sich selbst auf dem Marktplatz hin (*locator*) und verdingt sich an denjenigen, der ihn nun zur Arbeit wegführt (*conductor*).

Der nächste Schritt ist dann der, dass der Staat die ihm obliegenden Bauten usw. nicht mehr in eigener Regie ausführt, sondern die Herstellung des Werkes einem Unternehmer überträgt. Das System, die einzelnen Arbeiten (*operae*) zu verteilen, hatte sich als unpraktisch erwiesen. Es mussten immer eine grössere Anzahl von Leuten, die über verschiedenartige technische und künstlerische Fähigkeiten verfügten, angeworben werden. Es erschien deshalb einfacher, ihre Auswahl zwecks Herstellung des Werkes einem Unternehmer zu überlassen. Nach dem Beispiel des Staates ging man auch in der Privatwirtschaft dazu über, die Erledigung bestimmter Aufgaben nicht immer selbst mit Hilfe unfreier und freier Arbeiter durchzuführen, sondern sie gegen einen Werklohn einem Unternehmer zu übertragen. Auch im Landwirtschaftsbetrieb bürgerte sich ein solches Verfahren ein. Die Catonischen Formulare zeigen, wie der Gutsherr grössere Arbeiten (*oleam legere*, *facere*) in der Regel nicht selbst mit eigenen oder angeworbenen Leuten vornimmt, sondern an einen Unternehmer verdingt (*locatio conductio operis*), der sich seinerseits die notwendigen Arbeitskräfte besorgt (*locatio conductio operarum*).

Der Redemptor des Gemeinderechts übernimmt die Arbeit freiwillig gegen eine Pauschsumme (System der indirekten Finanzver-

[25] Vgl. Degenkolb a.a.O. S. 134 A. 1; Pernice, *Labeo* I, S. 469; Deschamps, *Mél. Gérardin*, 1907, S. 157; Siber, *RR.* II, S. 203 f. Siehe auch De Robertis, *Rapporti di lavoro nel dir. rom.*, S. 4 f., S. 128 ff.; Mayer-Maly a.a.O. S. 123 f. Mommsen, *Jur. Schr.* S. III, 139, sieht die Wurzel der *locatio conductio operarum* im Apparitorenvertrag.

waltung). Man sah, dass es jetzt der Unternehmer ist, der die zur Errichtung des Werkes nötigen Arbeiter „zusammenführt"[26] Deshalb nannte man jetzt ihn *conductor*. Die Gemeinde hiess der „Unterbringer" (*locator*). Ihre Amtsträger „bringen" das *opus*, für dessen Erstellung sie ohne den *conductor* selbst sorgen müssten, „unter"[27]. So erklärt es sich, dass die Worte *locator* und *conductor* sowie die entsprechenden Zeitworte *locare conducere* — auch im Privatrecht — gerade umgekehrt verwendet werden wie bei der *locatio conductio rei* und *operarum*.

Eine andere Erklärung gibt im Anschluss an Bechmann[28] Burckhardt[29]. Danach haben die Römer die *locatio operis* als *locatio rei* mit bestimmter *lex*, mit besonderer Festsetzung der Art ihrer Verwendung, aufgefasst. *Conductor* sei auch hier der Empfänger der Sache, *locator* derjenige, der sie überlasse. Der *conductor* habe sie hier aber nicht telle quelle zurückzugeben, sondern plus der auf sie verwandten Arbeit. Diese Erklärung ist indessen nicht haltbar. Gegenstand des *locare*, des „Unterbringens", ist das Werk (*opus*), nicht der Tempel oder die Wasserleitung, die instandgehalten werden sollen, oder der Bauplatz, auf dem der Tempel errichtet werden soll und der manchmal vom Unternehmer erst zu beschaffen ist[30]. Bechmann und Burckhardt übersehen auch die innere Verschiedenheit von *locatio rei* und *locatio operis*. Bei der Sachmiete zahlt der *conductor* ein Entgelt für den Gebrauch, bei der *locatio operis* erhält er einen Lohn für die Ausführung des *opus*. Dass hier wie dort regelmässig eine Sache überwiesen wird, die der Empfänger entweder benutzen darf oder auf die er Arbeit verwenden soll, ist nur eine äussere Ähnlichkeit. Welcher Arbeitserfolg hervorzubringen ist, wird im Gerundivum ausgedrückt: *locare opus faciendum*, *locare faciendam aedem*, *domum*, *insulam*, *merces vehendas*, *fundum colendum*, *vinum transportandum*, *columnam transportandam*, *onus vehendum*, *servum*

[26] Vgl. Mommsen, *StR.* II², S. 441 A. 1; dagegen Pernice, *ZSSt.* 3, S. 54 A. 1.; Burckhardt a.a.O. S. 26 f.

[27] Degenkolb a.a.O. S. 135; Mommsen, *Jur. Schr.* III, S. 134 f.; Pernice a.a.O. und *ZSSt.* 9, S. 240 f.; Burckhardt a.a.O. S. 28 f.

[28] I, S. 429 ff.

[29] A.a.O. S. 29 ff., besonders S. 32.

[30] Pernice, *ZSSt.* 9, S. 240 f. Ähnlich wie Burckhardt erklärt Endemann, *RPR.*, S. 180 f. das *conducere*: Der Unternehmer verdinge nicht seine Arbeitskraft, sondern miete seinerseits ein Werk zur Herstellung.

*docendum*[31]. Der Inhalt der einzelnen *locatio conductio* wird angepasst und gewandelt je nach der konkreten Lage des Falles. Bald handelt es sich um eine bestimmte Sache, an der ein Arbeitserfolg vorgenommen werden soll (z. B. Weintransport), bald um die Herstellung eines neuen Rechtsgutes (z. B. eines Bauwerks).

Auf dem Gebiet der Dienstmiete und später des Werkvertrages des Gemeinderechts konnte die altertümliche Vorstellung des Kaufes keinen Raum gewinnen. Denn die Gemeinde tritt nur als Verkäufer, nicht als Käufer auf[32]. Deshalb entwickelte sich hier zuerst der Gedanke der *locatio conductio operis* als eines Geschäfts, das von jeher dem Kauf gegenüber eine selbständige Stellung eingenommen und bewahrt hat[33]. Deshalb ist auf diesem Gebiet weder der Gebrauch von *vendere emere* noch von *venditor emptor* oder *venditio emptio* nachzuweisen[34]. Nur das Wort *redemptor* begegnet hier vorzugsweise, wie auch die Catonischen Formulare (c. 144, cl. 7; c. 145, cl. 9) zeigen[35]. Es bedeutet den „Über-nehmer" (*red-imere*) des Werkes[36]. Dem Kompositum *red-imere* liegt nicht die spätere Bedeutung von *emere* = „kaufen" zugrunde, sondern die ursprüngliche = „nehmen". Der Redemptor übernimmt die Errichtung eines *opus*, das sonst der *locator* selbst ausführen müsste. Soviel ist jedenfalls dem Zeugnis des Festus s.v. Redemptores zu entnehmen, dass die Bezeichnung des *conductor* als *redemptor* bei der staatlichen Verdingung entstanden ist. Von hier muss sie also auf die Privatverdingung übertragen worden sein. Auch den Vertrag mit den Publikanen auf Lieferung von Heeresgut betrachtete man nicht als Kauf, sondern kleidete ihn in die Form einer *locatio conductio*. So heisst es bei Livius 34, 6, 13: *frumentum et cetera, quae belli usus postulabant praebenda, publicani se conducturos professi erant*[37]. Soweit es sich aber um die von der Gemeinde vergebene Bodennutzung handelte, wurde an der althergebrachten Auffassung dieses Geschäfts als *venum dare* dem römischen Konserva-

[31] Vgl. die bei Heumann-Seckel s.v. *locare* c) und s.v. *conducere* 2b) angeführten Quellenstellen.

[32] Mommsen, *StR.* I³, S. 239; II³, S. 447 A. 1; *Jur Schr.* III, S. 134 A. 1, S. 138. Abweichend Karlowa II, 30.

[33] Vgl. Bechmann, *Kauf* I, S. 435.

[34] Bechmann a.a.O. S. 435 A. 2.

[35] Vgl. auch Bechmann a.a.O. S. 38.

[36] Degenkolb a.a.O. S. 142; Burckhardt a.a.O. S. 25.

[37] Vgl. Liv. 23, 48, 11 f.; 49, 1 und 3 f.

tismus entsprechend zäh festgehalten, gleichzeitig jedoch mit ihr das *locare* verbunden, um eine Annäherung zu schaffen. Man qualifizierte den die Nutzung von Gemeindeland betreffenden Vertrag einmal als Verkauf der tatsächlichen und der rechtlichen Früchte, zum andern aber auch als Verpachtung (*locatio*), insofern die Behörde dem Vertragspartner Grundeigentum des Staates zur Nutzung gegen Entgelt anweist[38]. Schliesslich setzte sich die innere Gleichartigkeit der Gemeindeverträge so stark durch, dass ihre Qualifizierung als „*locationes*" die Oberhand gewann. Später wird die sinnliche Grundbedeutung von *locare* und *conducere* überhaupt nicht mehr empfunden. *Locare* bedeutet nun: „an den Mann bringen"[39]. Der Zensor bringt die der Gemeinde zustehenden Nutzungen (*vectigalia*), die von ihr zu errichtenden Bauten, die für das Heer benötigten Lieferungen an den Mann, der privatrechtliche Vermieter sein Zugvieh, sein Grundstück usw. Das Wort *conducere* ist völlig farblos geworden. Es wird einfach nur als Gegensatz zu *locare* betrachtet. Es passt auf Grundstücke überhaupt nicht. Karlowa[40] ist allerdings anderer Ansicht. Er hält die Miete eines Grundstücks für die älteste Art der Miete. Der Platzanweisung des Vermieters entspreche das Zusammenführen der *familia* des Mieters (Weib und Kind, Sklaven und Vieh) in dem gemieteten Raum. Damit wird aber ein Moment hervorgehoben, das für den Mietvertrag irrelevant ist, während das *conducere* von Arbeitskräften bei der staatlichen *locatio conductio operis* von grösster Wichtigkeit war und, wie dargetan, von den Amtsträgern selbst vorgenommen wurde, solange das System der Eigenregie bestand und die Gemeinde sich die nötigen Arbeitskräfte selbst beschaffte.

Dernburg-Sokolowski[41] denken sich als Urfall der *locatio conductio operis* die Weide fremden Viehes. Als man dem andere Arbeiten gleichstellte, sei dann den Unternehmern der Name *conductor* geblieben. Aber von einem „Zusammenführen" des Viehes lässt sich nur dann sprechen, wenn mehrere Herden in Frage kommen, es sich also um einen Gemeindehirten handelt, von dem Thielscher ausgeht. *Conducere* muss sich wenigstens in seiner ursprünglichen Bedeutung auf den Gegenstand der Miete beziehen[42].

[38] Vgl. Mommsen, *Jur. Schr.* III, S. 134 f.
[39] Mommsen a.a.O.; Burckhardt a.a.O. S. 28 f.
[40] II, S. 638.
[41] A.a.O. S. 781 mit A. 7.
[42] Vgl. Degenkolb a.a.O. S. 136 f.

Gegenstand der Miete sind aber nicht die Tiere, sondern die Dienste (*operae*) des Hirten auf Wartung und Besorgung des Viehes, die gegen Lohn gemietet werden. Gleichwohl kann natürlich auch ein Werkvertrag vorliegen, wenn wie in D. 19, 2, 9, 5 der Nachdruck auf die Weidemast gelegt wird[43].

Nach alledem dürfte die Vermutung begründet sein, dass die staatlichen Lokationen das Vorbild für die Entwicklung der privatrechtlichen *locatio conductio* abgegeben haben[44]. Die XII Tafeln kannten die Miete noch nicht. Dies ergibt sich aus tab. IV, 2: *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*[45]. Es handelt sich um einen „Verkauf" der Arbeitskraft des Sohnes im Wege der *mancipatio*. Hätte damals schon ein Mietvertrag existiert, so würde eine *locatio conductio operarum* geschlossen worden sein[46]. Die Verdingung erfolgte nach kaufrechtlichen Regeln. Die Vorstellung, dass nicht der Mensch, sondern nur seine *opera* Objekt des Geschäfts ist, war für die damalige Zeit noch viel zu abstrakt. Eine andere Frage ist, welchen Inhalt in diesem Fall das vom „Käufer" erworbene Eigentum hatte. Genau so wie einen Haussohn konnte der Bauer sicherlich auch Sklaven oder Zugtiere „verdingen". Die Schöpfung des staatlichen Verdingungsvertrages führte dazu, ihn in das Privatrecht zu übertragen. Hier drängte er die *mancipatio filii* in den Hintergrund. Sie diente bald nur noch der künstlichen Befreiung von der väterlichen Gewalt und zur *noxae datio*[46]. Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts wurde sie durch die *locatio conductio operarum* ersetzt. Nach Gaius IV, 28 gewähren die XII Tafeln die *pignoris capio* u.a. gegen den, der das „Mietgeld" für die Zugtiere nicht zahlte, die der Eigentümer deswegen „vermietet" hatte, um das Mietgeld für ein Opfermahl (*in dapem*) zu verwenden[47]. Es handelt sich um ein Opfermahl, das vor der Aussaat im Herbst und Frühling dem *Jupiter dapalis* dargebracht wurde, um seinen Schutz für Flur und Ackervieh zu erflehen. Auch hier wird die „Vermietung" in Form des *venum dare* erfolgt sein. An einen formfreien Konsensualmietvertrag ist nicht zu denken. Der Kauf(Miet)preis komte bei der Vornahme des Manzipationsaktes gestundet und

[43] Vgl. unten S. 363 ff.
[44] Vgl. unten S. 241 ff.
[45] Vgl. zum Zweck dieses Satzes jetzt Kaser, *RPR.* I, S. 63.
[46] Pernice, *Labeo* I, S. 169; Burckhardt a.a.O. S. 16.
[47] Dazu Kaser, *Altröm. ius*, S. 206 f., 297; Mayer-Maly S. 15 f. mit Lit.

durch *sponsio* gesichert werden[48]). Aus sakralen Gründen war diese Forderung besonders privilegiert. Statt auf die langwierige Durchführung eines Prozesses mit anschliessender Personalexekution angewiesen zu sein, konnte der Gläubiger sofort zur exekutiven Pfandnahme schreiten. Sie beruht auf einer Delegation der magistratischen Befugnis zur *pignoris capio*, nicht etwa ist sie als Überbleibsel eines prähistorischen Privatpfandnahmerechts zu betrachten[49].

Die ältere Anschauung, welche die Pacht der Nutzungen einer Sache als Kauf ansah, wirkt noch bei Cato und ebenso bei Hyginus[50] nach[51]. Cato spricht in seiner Schrift '*de agri cultura*' nicht von einer „Verpachtung" der Winterweide, sondern von ihrem „Verkauf" (c. 149). Ferner bezeichnet er die entgeltliche Überlassung der *fructus ovium* ebenfalls als „Verkauf" (c. 150). Den Vertragspartner des Gutsherrn nennt er gleichwohl nicht nur '*emptor*' (cl(ausula) 3[52], sondern auch '*conductor*' (cl. 6)[53]. Wie nahe sich nach römischem Empfinden Kauf und *locatio conductio* berühren, ergibt sich noch aus Gaius III, 145 ff.[54] und seiner Erörterung von Grenzfällen. Er weist auf die enge Verwandtschaft zwischen den beiden Vertragstypen hin, die es begreiflich erscheinen lasse, dass Bedenken bestünden, ob im konkreten Fall der eine oder der andere gegeben sei. So bezeichnet er zum Beispiel als zweifelhaft, ob Pacht oder Kauf vorliege, wenn *praedia municipum* unter der „Bedingung" (*lex*) vergeben waren, dass die *praedia* weder dem Pächter noch seinem Erben entzogen werden sollten, solange

[48] Vgl. Mitteis, *RPR.* I, S. 50 A. 25; Kaser, *RPR.* I, S. 41.

[49] Kaser, *Altröm. ius*, S. 206 mit A. 58. Vgl. unten S. 317 A. 65.

[50] De condicionibus agrorum 116,13 f.: *ementibus id est conducentibus in annos centenos.*

[51] Vgl. Degenkolb S. 141 A. 4; Bechmann, *Kauf* I, S. 424 A. 3.

[52] Die Klauseln werden hier und im Folgenden nach Bruns-Gradenwitz, *Fontes* II[7], S. 47 ff. beziffert.

[53] Georgescu, *Études de philologie juridique et de droit romain* I, S. 45 f., nimmt im Anschluss an Keil, *Observationes criticae*, S. 76, und Ferrini, *Opere* S. III, 71, an, dass im Originaltext statt *conductor* ursprünglich *emptor* gestanden habe. Diese Emendation ist aber nicht notwendig. Zu Catos Zeit waren eben Kauf und Pacht noch nicht begrifflich scharf getrennt. So erklärt sich die schwankende Terminologie (vgl. auch Bechmann S. 424 A. 3 und unten S. 350).

[54] Dazu Kniep, *Gai institutionum commentarius tertius*, §§ 88—225, S. 301 ff.; Solazzi, *Atti Congr. Intern. Dir. Rom. Verona 1948*, III, S. 316 ff.; Mayer-Maly a.a.O. S. 63 ff., 69 ff.

der Zins (*vectigal*) gezahlt werde. Die herrschende Meinung (*placuit*) entschied sich für die *locatio conductio*. Massgebend war wohl die Erwägung, dass beim Kauf die Möglichkeit sofortiger Erfüllung besteht, während die *locatio* notwendig ein bestimmtes Zeitmoment in sich schliesst[55].

Die Vergebung der Staatsgefälle und der öffentlichen Arbeiten erfolgte in aller Regel im Wege der Versteigerung an den Meistbietenden oder Mindestfordernden, damit der Staat durch die Konkurrenz der Bietungslustigen möglichst günstig abschnitt. Das Ausrufen des Versteigerungsobjekts und der abgegebenen Gebote besorgte ein *praeco publicus*. Der Versteigerungstermin wurde vorher bekannt gemacht, und zwar wohl einschliesslich der „Bedingungen", unter denen die Lizitation erfolgen sollte (*leges censoriae*)[56]. Man muss nämlich scharf unterscheiden zwischen dem einzelnen Geschäft (*locatio*, *venditio*) und der *lex locationi*, *venditioni dicta*[57]. Karlowa[58] verweist in diesem Zusammenhang auf die *lex municipalis Malacitana*, wo der Unterschied mit besonderer Deutlichkeit ausgeprägt ist[59]. Die Höhe des Betrages, den die geldleistende Partei zu erbringen hatte, konnte in den *leges locationis*, *venditionis* naturgemäss nicht festgesetzt werden, da sie vom Ergebnis der Auktion abhängig war. Die *leges* regelten die Modalitäten der Hauptleistung und die Nebenleistungen[60]. Sie wurden von dem verdingenden Magistrat kraft der Souveränität des *populus*, in dessen Namen sie handelten, einseitig formuliert und vorher bekannt gegeben. Die *publicani* mussten sich überlegen, ob sie auf Grund dieser Bedingungen bieten wollten oder nicht. Diese *leges* schaffen, weil der Magistrat kraft seines

[55] Vgl. Karlowa II, S. 643.

[56] Dazu Heyrovsky, *Über die rechtliche Grundlage der leges contractus bei Rechtsgeschäften zwischen dem römischen Staat und Privaten* (1881), S. 14 ff.; Pernice, *ZSSt.* 5, S. 1 ff.; Mommsen, *StR.* II, S. 430 mit A. 2; Siber, *Röm. Verfassungsrecht*, S. 219 A. 5; Plachý, *BIDR.* 47, 1940, S. 74 ff.

[57] Karlowa II, S. 31.

[58] A.a.O.

[59] Die Rubrik des c. 63 lautet: *De locationibus legibusque locationum proponendis et in tabulas municipi referendis.* Im Text des Kapitels heisst es: *Quasque locationes fecerit quasque leges dixerit* ....; ausserdem in c. 64: *Eosque praedes eaque praedia eosque cognitores .... IIviris, qui ibi iure dicundo praeerunt .... vendere legemque his vendundis dicere ius potestasque esto.*

[60] Karlowa II, S. 31.

Amtes als Vertreter des *populus* handelt, *ius publicum*[61]. Aus der dem einzelnen Bürger übergeordneten Stellung des *populus* ergibt sich auch, dass die Magistrate in den *leges* Bestimmungen treffen konnten, die Rechte und Pflichten dritter, am Vertrage unbeteiligter Personen begründeten[62], was bei den *leges dictae* des Privatrechts nicht schlechthin möglich war[63]. Der Vertrag zwischen dem *populus* und dem Unternehmer (*redemptor*) kam durch Zuschlag (*addictio*) des Magistrats zustande, ohne dass es besonderer Förmlichkeiten bedurfte[64]. Das Erheben der Hand als Zeichen des Bietens kann jedenfalls nicht als Formalakt gelten[65].

Die Verdingung der *ultrotributa* für die vielfältigen Zwecke des Staates ist eine *locatio conductio operis*. Nicht eine einzelne Arbeit,

[61] Vgl. Karlowa I, S. 245 A. 1, ferner Mitteis, *RPR.* I, S. 348, 380 f.

[62] Eine moderne Parallele bietet die Verdingungsverordnungen für öffentliche Arbeiten in Frankreich: Wesenberg, *Verträge zugunsten Dritter* (1949), S. 155.

[63] Heyrovsky, a.a.O. 85 mit A. 3; Karlowa II, S. 40 f. Vgl. auch unten S. 282 ff.

[64] Mommsen, *Jur. Schr.* III, S. 139. Kaden, *Recueil des travaux de la Faculté de droit de Genève* (*Festschr. für den Schweiz. Juristenverein* (1938), SA., S. 20 ff., 23 ff.), versucht den Nachweis zu führen, dass der Vertrag an eine bestimmte Form gebunden war. Als solche betrachtet er die gegenseitig gewährten Garantien: Der Lokator zahlt einen der *arra* ähnlichen Teilbetrag des Werklohnes, der Konduktor stellt *praedes* und *praedia*. Diese Entwicklungshypothese überträgt Kaden auf den privaten Werkvertrag. Bedenken dagegen äussert Kaser, *RPR.* I, S. 476 A. 56.

[65] Derjenige, mit dem der Vertrag geschlossen wird, hiess *manceps*. Die Etymologie des Wortes ist umstritten. Festus s.v. *manceps* berichtet: *Manceps dictus, quod 'manu capiatur'. — Manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse; qui 'idem praes' dicitur, qui tam debet 'praestare' populo, quod promisit, quam is, cui pro eo praes factus est.* Mommsen, *Jur. Schr.* III, S. 139 A. 3, kann sich die von Festus an erster Stelle genannte Ableitung des Wortes nicht erklären. Sie bedeutet, dass der Unternehmer bei Schuldverfall „ergriffen" wird. Die zweite Ableitung ist allerdings unhaltbar; denn das Aufheben der Hand hat mit *manu capere* nichts zu tun (Mommsen a.a.O. und S. 146 A. 5). *Praes* ist ein *prae-vas* (vgl. Lenel, *ZSSt.* 24, S. 414; Wenger, *Röm. Zivilprozess*, S. 94 A. 13; Beseler, *B.* IV, S. 108; Walde-Hofman, s.v. vas, praes; Kaser, *Altröm. ius*, S. 271 mit A. 19). Das Wort deutet auf die primäre Haftung des Geisels, sekundär haftet der Schuldner (anders noch ZSSt. 68, S. 343). Wenn der Schuldner erklärt: '*idem praes*' („zugleich *praes*"), so wird damit seine Haftung verschärft (Schlossmann, *ZSSt.* 26, S. 315; zustimmend Lutteroth, *Der Geisel im Rechtsleben* (1922), S. 109). Er haftet neben den übrigen *praedes* und nicht subsidiär. Das Wort

sondern die Herstellung eines Werkes bildete den Inhalt der Schuld[66]. Der das Werk bestellende Magistrat heisst *locator*, während der Unternehmer (*redemptor*)[67] als *conductor* bezeichnet wird[68], ein Sprachgebrauch, der in das Privatrecht übernommen worden ist[69]. Der *locator* weist dem Unternehmer das herzustellende Werk an, der *conductor* nimmt die Herstellung an sich. Es handelt sich schon um einen übertragenen Sprachgebrauch.

## III. Die Leges des Gemeindevermögensrechts als Vorbild für die Leges des Privatvertragsrechts

Die Ausführungen über die staatlichen Verdingungen sind deshalb vorausgeschickt, weil sie zum Verständnis der Leges Catos

---

*praes* hat sich also wohl zu einer Zeit gebildet, als die Geiseln (*vades*) dem Gläubiger gegenüber nicht mehr ausschliesslich, sondern lediglich an erster Stelle hafteten. Vgl. auch Kaden a.a.O. S. 19 ff.

*Manceps* bleibt die technische Bezeichnung des Staatspächters, während der auf den Privatverkehr übertragene Ausdruck *redemptor* (vgl. dazu A. 67) den Unternehmer bedeutet (vgl. Rostovtzeff, *Geschichte der Staatspacht*, S. 46 f.). Das Wort *redemptor* begegnet bei Cato *de agri cultura* c. 144, cl. 7; c. 145, cl. 9. Zu *manceps* siehe auch Steinwenter, *RE.* 14, Sp. 987 ff. und Kaser, *Altröm. ius.*, S. 137, 140 ff.

[66] Karlowa II, S. 43.

[67] Festus s.v. *Redemptores*. Dazu Bechmann, *Kauf* I, S. 38; Degenkolb, *Platzrecht und Miete*, S. 142 f. mit A. 1; Karlowa II, S. 45 f.; Mommsen, *Jur. Schr.* III, S. 136 f.; Steiner, *Datio in solutum*, S. 25, 26 mit A. 3; Kaden a.a.O. S. 23. Festus geht auf die Grundbedeutung von *emere* = „nehmen" zurück und bezeichnet als *redemptor* denjenigen, der nach Ausführung des Werkes „Geld empfängt". Diese Erklärung kann nicht richtig sein. Denn 1. erhalten nicht alle Unternehmer eine Geldleistung (Beispiel: die Steuerpächter), 2. werden vor Vollendung der Arbeit oft mindestens Teilzahlungen bewilligt, 3. ist nicht einzusehen, weshalb nicht jeder „Nehmer von Geld" als Redemptor bezeichnet wird. Ebensowenig befriedigt die Erklärung Steiners (*redimere* = loskaufen): Der *manceps* heisst deshalb *redemptor*, weil er durch Vollendung des Werkes die *praedes* und *praedia* „loskauft". Vielmehr kann sich die Redemptio nur auf das *opus* beziehen, das der Unternehmer „über-nimmt" (Degenkolb a.a.O. S. 142 mit A. 1; Burckhardt a.a.O. S. 25).

[68] Karlowa a.a.O.

[69] Mommsen a.a.O. S. 138; Karlowa II, S. 645 f.; Kunkel a.a.O. S. 236. Vgl. oben S. 235.

entscheidend beitragen. Bechmann[1], Degenkolb[2], Mommsen[3] und Jörs[4] haben bekanntlich die These aufgestellt, dass die Wurzeln des Konsensualkaufs und der Konsensualmiete im Gemeindevermögensrecht liegen, indem die publizistischen Verträge in das Privatrecht übertragen wurden oder mit anderen Worten als Konsensualverträge Klagbarkeit erhielten. Eine andere, neuerdings wieder von Arangio-Ruiz[5] vertretene Theorie nimmt als Vorläufer zwei wechselseitige Stipulationen an[6]. Kübler[7] hält sowohl die eine wie die andere Lehre für überflüssig und beruft sich auf den „natürlichen Verlauf der Dinge", der den Übergang vom Barkauf zum Konsensualkauf erfordert habe. Aber damit ist nicht erklärt, wie sich dieser Übergang rechtstechnisch vollzogen hat. Karlowa[8] glaubt, dass weder die *locatio conductio rerum* noch *operarum*, wohl aber die *operis* nach dem Vorbild des staatlichen Vermögensverkehrs in das Privatrecht eingedrungen sei[9]. Nach Girard[10] wurde zwar die Miete nicht anders als der Kauf bis zur *lex Aebutia* durch zwei Stipulationen des Vermieters und Mieters begründet. Aber er gibt zu, die Miete sei ganz offensichtlich durch das Vorbild der Lokationen beeinflusst worden, welche die Magistrate schon in sehr früher Zeit abgeschlossen haben. Kunkel[11] lässt es dahingestellt, ob die *locatio conductio* der Sphäre des Gemeindevermögensrechts entstammte, bezeichnet es jedoch als möglich, dass die im Rahmen der staatlichen Verwaltung erforderlichen Verträge grossen Stils für die begriffliche Durchbildung der *locatio*

[1] *Kauf* I, S. 439 ff.

[2] *Platzrecht und Miete*, S. 127 ff.

[3] *Jur. Schr.* III, S. 132 ff., besonders S. 137 ff.

[4] *Röm. Rechtsw.* I, S. 146, 212 ff. Ablehnend die bei Kaser, *Altröm. ius*, S. 297 A. 42 genannten Autoren, ferner Arangio-Ruiz, *La compravendita in dir. rom.* I (1954), S. 45 ff. und Mayer-Maly a.a.O. S. 23 f. Ausführliche kritische Stellungnahmen zu den verschiedenen Theorien über die Vorgeschichte der formlosen *emptio venditio* bei Monier, *Manuel*[2] II, S. 165 ff. mit Lit. und bei Arangio-Ruiz a.a.O.

[5] A.a.O. S. 57 ff.

[6] Bekker, *Aktionen* I, S. 157; Ihering, *Geist* II 2, S. 549; III 1, S. 52, 201 ff. Girard, *Manuel*[8], S. 570. Dagegen Monier a.a.O. S. 168 f.; Kaden a.a.O. S. 10 ff.; Kaser a.a.O. S. 296 A. 41; *RPR.* I, S. 456.

[7] A.a.O. S. 177 f.

[8] II, S. 645.

[9] Ebenso Pernice, *Labeo* I, S. 468.

[10] *Manuel*[8], S. 604 mit A. 3.

[11] *RPR.*, S. 236 A.5.

*conductio* von Bedeutung geworden sind[12]. Gewiss waren die staatlichen Verdingungen das massgebende Vorbild für die spezielle Gestaltung der *leges locationis et venditionis*, aber die rechtliche Anerkennung der erwähnten Geschäfte, zu der die publizistischen Verträge anregen mochten, beruht auf einer anderen Grundlage[13]. Auszugehen ist von der *mancipatio*, dem formgebundenen Barkauf. Das '*meum esse*' ihrer Formel[14] bedeutete ursprünglich noch nicht das abstrakte absolute Eigentumsrecht, sondern das bessere Herrschaftsrecht an der Sache oder einem Menschen, das sich in der Gewere (*usus*) verwirklicht[15]. Von der Verdingung des *filius familias* wurde bereits gesprochen. Man kann ferner auch wohl schon an ein Leiherecht denken. Allerdings gelangten die einzelnen Rechte in dem Begriff des '*meum esse*' nicht zum individuellen Ausdruck[16]. Aber die vorausgehende *nuncupatio* des Hingebenden war schmiegsam genug, um in einem begrenzten Umfang allerlei Zusätze aufzunehmen. Die XII Tafeln (tab. VI, 1) bestimmten: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. Die nuncupatio = legum dictio* gab nicht den Inhalt der Manzipation wieder, sondern enthielt Nebenfestsetzungen zur Manzipation, die ihr vorausgingen[17]. Der Veräusserer (*mancipio dans*) ist es, der

[12] Ebenso Georgescu, *Leges privatae* (1932), S. 188. Zu diesem Buch siehe die Rezension von Stoll, *ZS*St. 53, S. 582 ff. Erwiderung Georgescus in seinen *Études de philologie juridique et de droit romain* I (1940), S. 297 A. 4. Rabel, *Grundzüge*, S. 465, bezeichnet es als fraglich, ob jemals die Gemeindeverträge das Privatrecht beeinflussten. Vgl. auch Monier, S. 219 f.; Giffard, *Précis* II, S. 76 ff.; Olivier-Martin, *RH.* 15, S. 459 ff.; Kaser a.a.O. S. 297; *RPR.* I, S. 471 mit weit. Lit. A. 10. Kaden a.a.O. S. 18 glaubt an eine Parallelentwicklung der öffentlichen und privaten Lokationen, weil dieselben ökonomischen Bedürfnisse vorgelegen hätten, die Zahl der juristischen Mittel zur Durchführung solcher Verträge beschränkt gewesen sei und zahlreiche Ähnlichkeiten zwischen den Kontrakten beständen. Er kann sich keiner der bislang vertretenen Theorien anschliessen, sondern stellt eine eigene auf (vgl. dazu oben S. 240 A. 64).

[13] So auch von Mayr, *RRg.* I 2, S. 82; II 2 (2), S. 69.

[14] Gai. I, 119.

[15] Vgl. von Lübtow, *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag* (1955), S. 130, 180 f. (im Folgenden zitiert: *Berliner Festschr.*); Kaser, *RPR.* I, S. 108.

[16] Ebensowenig war in der *legis actio sacramento in rem* das Recht an der Sache ausdrücklich spezifiziert. Trotzdem nahmen der Kläger und der Beklagte nicht notwendig ein identisches Recht in Anspruch, wenn sie beide behaupteten '*rem meam esse*'.

[17] Vgl. Karlowa, II, S. 371 ff.; S. 557 (*nexum*), S. 575 ff.; Kunkel, *RPR.*, S. 94 mit Lit. A. 12; von Lübtow, *Schenkungen der Eltern an ihre*

in einseitiger solenner Rede spricht. Die der *lex publica* nachgebildete[18] *legum dictio* (*lex privata*) ist von Haus aus eine auf genereller gesetzlicher Ermächtigung beruhende, privatautonome Satzung, die er seiner Sache mit auf den Weg gibt (*legem suae rei dicit*)[19]. Er legt seinem Grundstück eine Servitut auf (*imponere servitutem*) oder ein Pfandrecht, er behält sich den Niessbrauch vor (*deducere, detrahere usum fructum*). Insofern besass die *lex* dingliche Kraft. Eine weitere legale Ermächtigungsnorm zu privater Rechtsgestaltung ist der XII-Tafelsatz (tab. V, 3): *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, der dem *pater familias* die letztwillige (testamentarische) Verfügung über sein Eigengut (*pecunia*) gestattete[20].

Als die relativ formfreie *emptio venditio* entstand, wurde auf sie die Festsetzung der *leges* vom formellen Barkauf ebenso übertragen wie auf die nächstverwandte *locatio conductio*. Die *lex contractus* ist von der *lex suae rei dicta* abgeleitet[21]. Sie ergreift nicht mehr die Sache selbst, sondern man kommt zu der Vorstellung, dass die *lex* sich auf das anzuschliessende Rechtsgeschäft bezieht, dessen Objekt die Sache ist[22]. Den Rechtsgrund für die Gültigkeit solcher *leges contractus* konnte man im Wege fortbildender *interpretatio* in dem erwähnten XII-Tafelsatz finden. Dabei kommt es natürlich nicht darauf an, ob dieses Fundament haltbar ist.

Die Geschäftsbedingungen werden im Imperativ oder befehlenden Konjunktiv abgefasst, soweit es sich um die Leistungen handelt, die der Verkäufer oder Vermieter dem Gegner auferlegt; für seine eigenen Zusagen bedient er sich des Futurums[23]. Den Beweis dafür bilden vor allem die Catonischen *leges*. Diese Form ist offensichtlich den *leges* des Gemeindevermögensrechtes nachgebildet. Die

---

*minderj. Kinder*, S. 88; *Studi De Francisci* I, S. 415 f.; vgl. auch Arangio-Ruiz, *Studi Cicu* II, S. 506 f.; Solazzi, *SDHI.* 18, S. 220 ff.

[18] Bechmann, *Kauf* I, S. 265.

[19] Bechmann a.a.O. S. 278; Pernice, *Labeo* I, S. 475; III 1, S. 96; Georgescu a.a.O. S. 42, 188 ff.; von Lübtow a.a.O. Zur autonomen Rechtsgestaltung und ihrer Grundlage, der gesetzlichen Ermächtigung, siehe Manigk, *Festschr. Koschaker* I, S. 266 ff.; Das rechtswirksame Verhalten (1939), S. 27 ff.

[20] Dazu von Lübtow, *Studi De Francisci* I, S. 436 ff.

[21] Georgescu, *Leges privatae*, S. 101, 187.

[22] Vgl. Bechmann a.a.O. S. 279.

[23] Ihering, *Geist* II 2, S. 607 A. 827[a]; Jörs a.a.O. S. 217, Bechmann a.a.O. S. 266, 534 ff, Karlowa II, S. 684.

Römer sind sich stets der souveränen Überordnung des *populus Romanus* über alle Bürger bewusst gewesen[24]. Diese souveräne Stellung tritt auch dann hervor, wenn das Volk durch seine Amtsträger mit einem Privatmann Verträge abschliesst. Der Magistrat bestimmt als Vertreter des *populus* selbstherrlich die Bedingungen, unter denen er den Kontrakt einzugehen gewillt ist. Er fasst sie, soweit es sich um Verpflichtungen des Übernehmers handelt, in Befehlsform (Imperativ) ab, und die Leistungen des Staates werden als freiwillige Zusagen (Futurum) formuliert[25]. Dies schloss natürlich nicht aus, dass vorher mit den bietungslustigen Unternehmern verhandelt wurde und spätere Wünsche berücksichtigt werden konnten[26].

Nach Pernice[27] bezeichnet *lex* von Cato und Plautus her bis in die klassische Zeit hinein namentlich bei Kauf- und Mietverträgen den Kontrakt samt den von den Parteien beliebten Zusätzen und besonderen Vereinbarungen. Pernice bemerkt jedoch ergänzend, „eigentlich" verstehe man unter *lex* nur solche Zusätze. Nach dem Vorgang von Bechmann[28] hält Mitteis[29] *lex* für den Vertrag in seiner formellen Redaktion als konkretes Übereinkommen. Der Ausdruck gilt aber, wie Mitteis[30] hinzufügt, auch für das abstrakte Formular und Schema. Demgegenüber wendet Karlowa[31] ein, dass *lex* nicht den einzelnen Vertragstypus als solchen bezeichne, sondern immer nur die zu ihm hinzutretenden besonderen, vom Verkäufer oder Verpächter (Vermieter) einseitig diktierten Nebenbestimmungen. So ist es jedenfalls, solange zwischen *lex dicta* und *pactum* genau unterschieden wird. Bei den genannten Geschäften nimmt die eine Vertragspartei eine dominierende Stellung ein. Daran fehlt es bei der Gesellschaft[32]. Die Leistungsaustauschgeschäfte wie Kauf und Miete (Pacht) beruhen auf einem

[24] Mitteis a.a.O. S. 348.

[25] Jörs a.a.O. S. 213; Bechmann a.a.O. S. 267 f.

[26] Pernice, *ZSSt.* 5, S. 114 f.; Jörs S. 213 A. 2.

[27] *Labeo* I, S. 473; siehe auch III 1, S. 22.

[28] A.a.O. S. 264 f. Ebenso Mommsen, *StR.* III, S. 308.

[29] *RPR.* I, S. 149 f. (die von ihm angeführten Quellenstellen sind nicht beweisend), ferner Manigk, *Festschr. Koschaker* I, S. 275 A. 11.

[30] A.a.O.

[31] II, S. 684.

[32] Bechmann a.a.O. S. 266. Vgl. auch Karlowa II, S. 685 und Georgescu, S. 93 f.

Interessengegensatz, der eine beherrschende Stellung des Verkäufers usf. ermöglicht. Bei der Gesellschaft dagegen ist keiner der Gesellschafter Gegenkontrahent und Gegenspieler des anderen. Es stehen sich nicht zwei verschiedene Parteien mit verschiedenen Interessen, sondern gleiche Parteien mit gleichgerichteten Interessen gegenüber. Hier kann infolgedessen keiner der Gesellschafter zu den andern eine solche Position einnehmen, dass er ihnen einseitig Bedingungen diktiert. Deshalb gibt es keine *lex societatis*[33]. Auch eine *lex stipulationis* kommt nicht vor. Die Stipulation bestand in der Frage des Gläubigers und in der Antwort des Schuldners. Für ein einseitiges Parteidiktat blieb kein Raum. Käufer und Mieter wurden gegebenenfalls zwar durch Stipulationen gesichert, aber dies waren keine *leges* im Sinne einseitiger Verlautbarungen. Trotzdem hat der Verkehr sie den *leges* gleichgestellt und sie als solche bezeichnet. Ein Beispiel bilden die Kaufstipulationen des M.' Manilius[34]. Unter *lex locationis* oder *venditionis* ist also von Haus aus eine *lex* zu verstehen, die zu der *locatio* oder *venditio* hinzutritt, genauer, die ihnen voraufgeht. Der Kauf und die Miete setzen sich also aus dem *legem dicere* und dem *contractus* zusammen. Die einzelnen *leges* des konkreten Falles haben sich in der Folge der Zeiten zu Mustern gewoben.

Es gibt keine *lex contractus* als solche, als reines Abstraktum[35]. Sie bezieht sich stets auf einen bestimmten Rechtsgeschäftstypus. Rechtliche Geltung erlangt sie erst, wenn ein konkretes Typengeschäft wie Kauf oder Miete abgeschlossen ist.[36] Sie soll die typischen Geschäfte einer *alienatio* oder eines *contractus* konkretisieren, ihren Inhalt der jeweiligen Situation anpassen. Nach Bekanntgabe der *lex locationis*, *venditionis* erfolgte der Abschluss des eigentlichen Vertrages durch Erklärungsaustausch (*consensus*). So war es jedenfalls zur Zeit Catos. Das Entgelt konnte dem Käufer, Mieter, Unternehmer nicht durch einseitiges *dicere* auferlegt werden. Nur über die Art und Weise, wie es entrichtet werden sollte, über Fragen der Sicherheitsleistung bei Gewährung von Zahlungsfristen, über Zulagen, die zum Entgelt hinzutreten sollten, war ein *legem dicere* zulässig. Der Konsensus war nicht mehr an bestimmte Worte

[33] Mitteis, S. 150.
[34] Vgl. Jörs, S. 214 f. und unten S. 261.
[35] Mitteis, S. 149 A. 48.
[36] Georgescu, S. 41 ff., 140 f.

gebunden, musste aber durch Erklärungen verlautbart werden, blosse konkludente Handlungen genügten nicht[37]. Durch Abschluss des einzelnen Kontrakts willigte der andere Teil in die vom Verkäufer u.s.w. formulierten Bedingungen ein, genauer: In dem Konsens liegt gleichzeitig die Unterwerfung unter die *lex contractus*, der Akt, durch den die *lex* für die Parteien zum geltenden Rechtssatz wird. So heisst es bei Alfenus D. 19, 2, 30, 4: *Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim ac vetustatem....*

Die *lex* steht im Gegensatz zum *pactum*[38]. Die *lex* ist eine einseitige Parteierklärung, das *pactum* eine formlose Willenseinigung der Parteien[39]. Das *pactum* dient bereits in klassischer Zeit bei den *bonae fidei iudicia* zur Ergänzung des Geschäfts. Trotzdem hielt die Praxis bei diesen Geschäften an der *lex dicta*, dem einseitigen Parteidiktat, fest, das übrigens nicht nur die Rechte des Verkäufers usf. festlegt, sondern auch seine Pflichten normiert. Bei der *lex dicta* fällt jedenfalls die Initiative bei der Abfassung der *lex* ihm zu[40]. Die *lex commissoria* war ursprünglich eine einseitige

[37] von Lübtow, *ZSSt.* 66, S. 505.

[38] Zum Unterschied vgl. Mitteis a.a.O. gegen Bechmann und Karlowa. Bechmann (S. 277) führt die *lex* auf die der staatlichen Praxis, die *pacta* auf die der privatrechtlichen Praxis nachgebildeten Klauseln zurück. Karlowa (S. 685) glaubt, die Differenzierung beruhe darauf, dass die *lex* auch mit dinglicher Kraft ausgerüstet gewesen sei, während das *pactum* nur obligatorische Wirkung gehabt habe. Näheres bei Georgescu, S. 217 ff. Siehe auch Wieacker, *Lex commissoria*, S. 20 mit A. 2, S. 55 A. 4.

[39] Senn, *NRH.* 37 (1913), S. 275 ff.

[40] Vgl. z. B. Alfenus D. 19, 2, 29: *In lege locationis scriptum erat: 'redemptor silvam ne caedito neve cingito neve deurito neve quem cingere caedere urere sinito'.* Alfenus D. 19, 2, 30, 3; 4: *Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: 'quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit'..... Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem.* Labeo D. 19, 2, 58, 1. Ulpian D. 8, 4, 6, 3a. Dazu Pernice, *Labeo* III 1, S. 101. Marcian D. 8, 2, 35: *Si binarum aedium dominus dixisset eas quas venderet servas fore, sed in* [*traditione*] ⟨*mancipatione*⟩ *non fecisset mentionem servitutis,* [*vel*] *ex vendito agere potest* [*vel incertum condicere*], *ut servitus imponatur.* Dazu die Angaben im *Ind. Itpl.* Ulpian D. 8, 4, 13 pr. Proculus D.18, 1, 68 pr. Paulus D. 18, 1, 34 pr. *Si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum neque intellegatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit, nihilo minus fundi venditionem valere constat: sed Labeo ait eum Stichum deberi quem venditor intellexerit.* Die *lex emptionis* ist zweideutig und daher nichtig, da der Verkäufer des Grundstücks mehrere Sklaven namens Stichus besitzt. Deshalb ist aber noch nicht auch der Grundstückskaufvertrag

*lex dicta* des Verkäufers, durch die er sich den Rücktritt vorbehielt für den Fall, dass ihm der Kaufpreis nicht rechtzeitig bezahlt wird. Mit dem Aufkommen der *bonae fidei iudicia* wird die *lex dicta* von dem *pactum* zwar nicht verdrängt[41], wohl aber hat der Verkäufer usf. die Wahl zwischen *lex dicta* und *pactum*. Es muss *in continenti* mit dem Hauptvertrage abgeschlossen werden und ist kraft der *bona fides* wirksam[42]. Ein solches *pactum* erwähnt Scaevola D. 18, 3, 8. Trotzdem wird der Ausdruck *lex commissoria* beibehalten[43].

In den Quellen findet sich ausserdem der Ausdruck *lex contractus* mit seinen Variationen *legem contractus dare*, *legem contractui dare* etc. Nach eingehender Analyse der einschlägigen Stellen stellt Georgescu[44] zusammenfassend fest, dass die in Rede stehende Wendung aus nachklassischer Zeit stammt[45]: Die Byzantiner verständen darunter das durch den Parteiwillen bestimmte Wesen des Vertrages, die *natura contractus*. Es kommt vor allem in Betracht Ulpian

D. 2, 14, 7, 5 (*lib. 4 ad ed.*):

> *ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est, quae in ingressu contractus facta sunt.*

Georgescu[46] streicht den Satz als unecht. Seiner These kann jedoch in diesem Umfang nicht gefolgt werden. Gewiss haben wir nicht den Originalwortlaut vor uns. Trotzdem lässt sich der

---

nichtig; denn es handelt sich um einen Nebenpunkt. Labeo dagegen erklärt die Meinung des Verkäufers für massgebend, weil eben das *legem dicere* eine einseitige Handlung ist und daher die Zweideutigkeit nicht schaden soll (Kniep, *Societas publicanorum* I, S. 130 f.). Es liegt also kein Grund vor, *venditor* durch *emptor* zu ersetzen, wie manche Schriftsteller es tun (vgl. die Angaben im *Ind. Itpl.*). Paulus D. 18, 1, 40 pr.: *Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat, ut emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur et de modo renuntiaret .... .* § 1: *In lege fundi aquam accessuram dixit.* Ulpian D. 18, 1, 22: *Hanc legem venditionis 'si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil'.* Paulus D. 18, 1, 34 pr. — Zur *lex locationis* siehe jetzt Mayer-Maly a.a.O. S. 106 ff.

[41] So Wieacker a.a.O. S. 20 f.; Kaser a.a.O. S. 468 A. 107. Siehe Neratius D. 18, 3, 5: *Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit.....*

[42] Kaser a.a.O. S. 407, 468.

[43] Vgl. den Digestentitel 18,3.

[44] *Études* I, S. 248—274.

[45] A.a.O. S. 275 ff.

[46] A.a.O. S. 260 ff. Vgl. auch die Angaben im *Ind. Itpl.*

Passus '*quae legem contractui dant*' sehr wohl halten. Die einem *bonae fidei negotium* hinzugefügten *pacta* nahmen seit alters nur dann an der Klagbarkeit des Geschäfts teil, wenn sie *in continenti, in ingressu contractus* erfolgten. Nur solche *pacta* also vermochten *leges contractus* zu schaffen. Sie enthielten eine nähere Regelung des Geschäfts genau so wie die einseitig diktierten *leges venditionis* und *locationis*. Deshalb konnte Ulpian sagen, solche Vereinbarungen geben dem „rechtsgeschäftlichen Bindungsakt" (*contractus*)[47] seine „Satzung" (*lex*). Eine *lex contractus* kommt ebensowohl durch einseitige (*legem dicere*) wie durch zweiseitige (*pacisci*) Erklärungen zustande. Der Unterschied scheint nur ein nomineller zu sein. Dabei ist zu bedenken, dass der Vertragspartner sich ja auch mit der *lex dicta* einverstanden erklären muss[48]. Nach alledem ist der Satz vielleicht wie folgt zu restituieren:

> *ea enim pacta insunt, quae in ingressu contractus facta sunt, quae legem contractui dant.*

Ein formal verdächtiger Abklatsch der Pacta-Beschreibung am Schluss von D. 2, 14, 7, 5 ist Ulpian

D. 50, 17, 23 (*lib. 29 ad Sab.*):

> *Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenerit, vel plus vel minus, in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit).*

Georgescu[49] hält auch diese Sätze für unecht. Sicherlich stehen sie in einem schwer interpolierten Stück[50]. Aber der Grundgedanke ist wohl ebenso klassischer Herkunft wie in D. 2, 14, 7, 5.

Dagegen stammt aus fremder Werkstatt Ulpian

D. 16, 3, 1, 6 (*lib. 30 ad ed.*):

> *Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventione accipiunt*[51].

[47] Dazu von Lübtow, *Atti Congr. Intern. Dir. Rom.* (Verona 1948) III, S. 252 ff.

[48] Mommsen, *StR.* II, S. 430 A. 2; Jörs a.a.O. S. 214.

[49] *Études* I, S. 263 f. Er wendet sich mit Recht gegen die Übersetzung Manigks, *Festschr. Koschaker* I, S. 274: „Der Vertrag gibt sich selbst sein Gesetz". *Contractus* ist Genitiv zu *legem*. Als Subjekt zu *dedit* ist *hoc, quod* zu nehmen.

[50] Siehe *Ind. Itpl.* ad h. 1.

[51] Itpl. auch nach Georgescu, S. 264. Weitere Angaben im *Ind. Itpl.*

Der Schlusspassus wird unlogisch mit *enim* angeknüpft. Er beruht auf der allgemeinen Conventio-Theorie der Byzantiner und beschränkt sich keineswegs auf *pacta adiecta*. Er besagt, der Vertrag empfängt das Gesetz seines Wesens aus der Übereinkunft der Parteien.

Von einer *lex pignoris* ist die Rede bei Qu. Cervidius Scaevola D. 31, 89, 4. So heisst hier die privatautonome Rechtsnorm, die dem Pfandgläubiger das *ius distrahendi* gewährt. Sie ist nicht aus einem einseitigen Akt hervorgegangen, sondern beruht auf dem pfandrechtlichen *pactum de vendendo*[52].

Ein Erlass der Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla vom Jahre 205 (C. 8, 13, 3)[53] spricht von einer *lex conventionis*:

> *Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur ...*

Es handelt sich um eine Vereinbarung, die den Pfandgläubigern das Recht einräumt, bei Nichtzahlung der Schuldsumme das Grundstück eigenmächtig in Besitz zu nehmen. Wenn sie von diesem durch Vereinbarung geschaffenen Rechtssatz Gebrauch machen, begehen sie keinen rechtswidrigen Gewaltakt.

*Lex* (*leges*) *contractus* (*venditionis, fundi vendundi, locationis, conductionis, operis locandi, donationis*)[54] bedeutet also einmal die Gesamtheit der vom Veräusserer (Vermieter, Verpächter, Besteller des Werkes) einseitig formulierten Bedingungen, unter denen er den künftigen Vertrag abschliessen will, zum andern auch die einzelne Klausel. Wie die Catonischen Leges c. 144—150 und die epigraphisch erhaltenen *leges locationis* (*lex parieti faciendo Puteolana, lex Malacitana, lex Ursonensis*) zeigen, sind sie nicht identisch mit dem Vertrag, der auf ihrer Grundlage zustande kommt[55]. Aber auch die zum Abschluss des Geschäfts in seiner einfachsten Gestalt

[52] Vgl. dazu auch unten S. 251 f.

[53] Von Georgescu, *Études* I, S. 273, in seiner Echtheit nicht angezweifelt.

[54] Vgl. die Quellenstellen A. 40 S. 247 und bei Heumann-Seckel s.v. *Lex* 3), ferner Pernice, *Labeo* III 1, S. 23; Mitteis, S. 151.

[55] Von Bolla, *Festschr. Wenger* I, S. 97 ff.; Mayer-Maly a.a.O. S. 110. Ausführlich Bechmann I, S. 264 ff. Der Verkehr bezeichnete auch die zugunsten des Käufers abgeschlossenen Stipulationen als *leges*, so namentlich die Kaufstipulationen des Manilius (Jörs a.a.O. S. 215 mit A. 2).

hinzutretenden, auf einem *pactum* beruhenden Bestimmungen werden *lex* (*leges*) genannt, und manchmal lässt sich nicht mit Sicherheit erkennen, ob die *lex* auf eine einseitige Erklärung oder auf ein *pactum* zurückgeht. Dass auch ein *pactum* die Grundlage der *lex* bilden kann, ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus Iavolenus D. 18, 1, 79. Bei der Fiduzia hielt man an der terminologischen und sachlichen Differenzierung zwischen *lex* und *pactum* fest, weil dieses Rechtsgeschäft eben in engster Verbindung mit der *mancipatio* steht und hier von Anfang an das einseitige *legem dicere suae rei* zulässig ist[56]. Die Pfand-Fiduzia (*fiducia cum creditore contracta*) wird in den Quellen nirgends als *lex* bezeichnet; denn hier nimmt nicht der Fiduziant die stärkere Position ein, sondern der Fiduziar[57]. Es muss also vor allem die Rückgabepflicht durch ein *pactum* geregelt werden. Eine *lex dicta* des Fiduziars verbot sich von selbst, da er nicht einseitig die Rechtsverhältnisse der ihm zur Zeit noch fremden Sache ordnen kann. Bei der *fiducia cum amico* dagegen bezeichnen die Quellen die Fiduziaklausel regelmässig als *lex*[58]. Hier erscheint eben der Treugeber als diktierende Partei, die selbstherrlich das Schicksal der zu übereignenden Sache bestimmt[59]. Das Verkaufsrecht des Gläubigers beim Pfande[60] kann niemals durch dessen einseitige *lex dicta* festgelegt werden. Der Gläubiger würde dadurch seine Rechtssphäre überschreiten und sich ein Verfügungsrecht über eine fremde Sache anmassen. Es musste vielmehr ein *pactum de vendendo* zwischen den Parteien vereinbart werden. Gleichwohl spricht Scaevola[61], wie schon erwähnt, von einer *lex pignoris*, weil eben durch das *pactum* eine Satzung geschaffen wird, die den Gläubiger zur rechtswirksamen Veräusserung ermächtigt. Mitteis[62] behauptet, die Wendung '*lex pignoris*' sei nicht von Scaevola selbst gebraucht worden, sondern bilde einen Teil der an ihn gerichteten Anfrage, gehöre also der Laiensprache

[56] Vgl. z.B. Ulpian D. 8, 2, 17, 3 und D. 8, 4, 6 pr. Africanus D. 40, 7, 15, 1. Hier war ursprünglich von *lex mancipii* oder von *legem mancipio dicere* die Rede. Siehe die Angaben im *Ind. Itpl.*

[57] Erbe a.a.O. S. 20. Vgl. auch Kaser, *RPR.* I, S. 42.

[58] Gai I, 140, 172: *filium mancipio dare hac lege ut remancipetur.* D. 17, 1, 27, 1; 40, 2, 16, 1: *hominem mancipio dare ea lege ut manumittatur.*

[59] Erbe, S. 183.

[60] Dazu unten S. 321 ff.

[61] D. 31, 89, 4.

[62] A.a.O. S. 151 A. 55.

an. Indessen liegt klar zutage, dass Scaevola die Anfrage in eine juristisch exakte Form gegossen hat[63].

Der Kreis der dinglich wirkenden *leges* der Manzipation beschränkt sich auf die Servituten, den Niessbrauch und das Pfandrecht[64]. Sonst haben die *leges contractus* nur obligatorische Kraft, wirken also nicht Dritten gegenüber[65]. Es stand auch nicht in der Macht der dominierenden Partei, der *lex* beispielsweise auf dem Gebiet der Servituten[66] einen beliebigen, von den Normen des *ius civile* abweichenden Inhalt zu geben[67]. Q. Mucius[68] stellt ausserdem die *legis dictio* dem *pactum* und der *stipulatio* ausdrücklich gleich: für einen Dritten kann man nichts ausbedingen[69]. Ausnahmsweise scheint man aber bestimmten Klauseln der Sklavenkäufe (wie zum Beispiel den *leges ne prostituatur, ut manumittatur*) bindende Kraft gegenüber Rechtsnachfolgern eingeräumt zu haben[70].

Für das Verständnis der *leges contractus* im allgemeinen und der Catonischen im besonderen sind folgende Ausführungen Iherings[71] von grosser Wichtigkeit, worauf bereits Georgescu[72] aufmerksam gemacht hat:

Das ältere Recht hatte der autonomen Rechtsgestaltung weitesten Spielraum gelassen. Es gab keine dispositiven, sie ergänzenden Bestimmungen. Jedes einzelne Rechtsgeschäft, das abge-

[63] Manigk bezweifelte in seinen *Pfandrechtlichen Untersuschungen* I, S. 107, ob das stets als selbständiger Nebenvertrag angesehene *pactum de vendendo* als *lex pignoris* tituliert worden sei. Er erblickte in der *lex* die Pfandbestellung als Ganzes einschliesslich des damit gesetzlich verknüpften Verkaufsrechts (dagegen Burdese, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, S. 142 A. 3; vgl. auch S. 175 mit A. 2). Vgl. unten S. 321 ff. Später hat Manigk diese Auffassung nicht aufrechterhalten: *Die Privatautonomie*, S. 53; *Festschr. Koschaker* I, S. 276. Auch nach Georgescu, S. 94 f., meint *lex pignoris* das *pactum de distrahendo*. Er bezeichnet diese Verwendung des Terminus als exzeptionell, stellt aber die Echtheit des Ausdrucks nicht in Frage (*Études* I, S. 274).

[64] Pernice, *Labeo* III 1, S. 109.

[65] Ausführlich Georgescu, *Leges privatae*, S. 138 ff.

[66] Georgescu, S. 175 ff.

[67] Georgescu, S. 163 ff.

[68] D. 50, 17, 73, 4.

[69] Pernice a.a.O. S. 110; Georgescu, S. 173; Wesenberg, *Verträge zugunsten Dritter*, S. 8 f. mit Lit.; Weiss, *Inst.*², S. 47; Mayer-Maly a.a.O. S. 30 f. — Über *leges* zu Lasten Dritter siehe S. 283 ff.

[70] Georgescu, S. 166 ff., und neuestens Kaser, *RPR* I, S. 222 mit weit. Lit. A. 25.

[71] *Geist* II 1, S. 300 f.

[72] *Études* I, S. 282.

schlossen wurde, musste mithin sämtliche Normen aufstellen, nach denen es beurteilt werden sollte: „Die konkrete *lex contractus* musste die abstrakte *lex de contractibus* ersetzen". Hier liegt nun die Bedeutung der Geschäftsformulare (*actiones*, *leges rerum vendendarum etc.*). Ihre Aufgabe war es, den einzelnen Verträgen die sachgemässen Rechtsnormen (*leges*) zu geben. An Hand der Erfahrungen des Lebens wurden sie ausgefeilt, verbessert und immer mehr vervollkommnet. So stellten sie die „Vorläufer, Surrogate und Fundgruben des dispositiven Rechts dar". Die Wissenschaft griff später auf das in den Formularen aufgeschichtete reiche Material zurück, wenn es sich darum handelte, Lücken, die im Einzelfall von der Privatautonomie gelassen waren, auszufüllen[73].

Soweit Ihering. Es kam also zur Berücksichtigung gewohnheitsmässiger Nebenabreden, auch wenn sie ausnahmsweise einmal fehlten. Sie erschienen als selbstverständlich. Für den Kauf von *res mancipi* ohne Manzipation hatte sich als Ersatz für die *actio auctoritatis*, die auf der *mancipatio* beruhte und auf das *duplum* ging, die *stipulatio duplae* (*pecuniae*) herausgebildet, das Versprechen der doppelten Kaufpreiszahlung für den Fall der Entwerung der gekauften Sache[74]. Wenn nun bei Abschluss des Vertrages die *stipulatio duplae* unterlassen war, erforderte die Verkehrssitte im Gebiet der stadtrömischen Rechtspflege gebieterisch, dass der Verkäufer jedenfalls einer *res mancipi* mit der *actio empti* kraft der *bona fides* zur *stipulatio duplae* gezwungen werden konnte:

> Ulpian D. 21, 1, 31, 20 (*lib. 1 ad ed. aedilium curulium*): *Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto* (also nicht nur mit der ädilizischen *formula redhibitoria*) *agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire*[75].

[73] Vgl. unten S. 254, 281, 325, 326, 328, 330, 340, 363, 402, 420, 431. Keineswegs dürfen aber alle aus der *bona fides* abgeleiteten Rechtssätze als Niederschläge ursprünglich privatautonomer Bestimmungen angesehen werden: Bechmann I, 669 ff.; Burckhardt a.a.O. S. 37.

[74] Kaser, *RPR.* I, S. 153 f., 463. Vgl. auch unten S. 373.

[75] Dazu Pernice, *Labeo* II 1², S. 189; Endemann, *RPR.*, S. 143. Vgl. auch Bechmann, *Kauf* I, S. 669, 677; III 2, S. 69, 212 f.; Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, S. 42 ff., 292; Kaser, *RPR.* I, S. 464 mit weit. Lit. A. 67. Niedermeyer, *Byz.-neugr. Jahrb.* 2 (1921), S. 94, hält *ea enim — debent venire* für itpl.; ihm zustimmend Kaser, *ZSSt.* 59, S. 82 A. 1.

Auf dem Gebiet der Provinzialedikte wurde die Entscheidung, ob beim Kauf eines Provinzialgrundstücks mit der *actio empti* die Garantieübernahme auf das *duplum* oder nur auf das *simplum* verlangt werden konnte, von der lokalen Verkehrssitte abhängig gemacht[76]:

Gaius D. 21, 2, 6 (*lib. 10 ad ed. prov.*):

*Si fundus venierit, ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet.*

## IV. Der allgemeine Charakter der Catonischen Leges

Bekker[1] kennzeichnet die Catonischen *leges* dahin, dass sie nicht reine Vertragsformulare seien, in welche die Kontrahenten nur Namen und Zahlen hineinzusetzen hätten, vielmehr Ratschläge des erfahrenen Landmannes an jüngere, worauf diese bei Abschluss von dergleichen Verträgen ihr Augenmerk zu richten hätten. Auch Jörs[2] charakterisiert die *leges* als Anweisungen eines praktischen Landmanns und stellt sie in Gegensatz zu der technisch-juristischen Kautelarjurisprudenz. Er räumt jedoch ihre verschiedenartige Gestaltung ein: In der Hauptsache stellten sie fertige Formeln dar, wie sie der Landmann unmittelbar in den Kauf- oder Mietvertrag aufnehmen könne; daneben aber fänden sich auch blosse Ratschläge und Fingerzeige für die vorzugsweise ins Auge zu fassenden Punkte, deren genauere Formulierung nach den Erfordernissen des Einzelfalls erfolgen solle. Daran ist nur soviel richtig, dass in die *leges* c. 149 über den Verkauf der Winterweide aus praktischen Gründen einzelne Anweisungen eingeschaltet worden sind. Karlowa[3] legt ihnen zu Unrecht allgemeinen Charakter bei und erblickt in den *leges* nicht einzelne wirklich abgeschlossene Geschäfte, sondern nur Schemata. Dementsprechend hält er den in c. 144 und c. 145 dreimal angeführten Namen *L. Manlius* ebenso für ein Blankettwort wie den *fundus Venafranus* in c. 146. Wenn in c. 144, cl. 11 bestimmt wird: *ad-*

[76] Rabel, *Haftung des Verkäufers* I, S. 145; Oertmann a.a.O. S. 47. Vgl. auch Bechmann, *Kauf* I, S. 674.

[1] *ZRG.* 3, S. 433.

[2] A.a.O. S. 278.

[3] *Röm. Zivilpr.*, S. 134.

*siduos homines L praebeto*, so liegt nach Karlowa[4] nur eine beliebige, schematisch verwandte Zahl vor.

Auf die hierdurch aufgeworfenen Probleme ist später einzugehen. Jedenfalls können die in c. 149 eingeschobenen einzelnen Anweisungen nicht für die Gesamtauffassung aller Leges massgebend sein. Es handelt sich vielmehr um praktisch erprobte „Bedingungen", unseren Allgemeinen Geschäftsbedingungen vergleichbar[5], die Cato als Musterbeispiele hinstellt und deren Festsetzung durch den Gutsherrn vor Abschluss des einzelnen Vertrages einseitig erfolgte. Durch den Vertragsschluss unterwarf sich ihnen der Partner. Seine Verpflichtungen sind in die Form des Imperativs oder des befehlenden Konjunktivs gekleidet, die Zusagen des Gutsherrn erscheinen als Verheissungen im Futurum[6]. *Lex* bedeutet sowohl die Geschäftsbedingungen in ihrer Gesamtheit als auch die einzelne Klausel.

In der Regel wird es sich dem Vorbild des staatlichen Verdingungsrechts entsprechend um öffentlich bekanntgegebene Versteigerungsbedingungen für den Mindestfordernden oder Meistbietenden handeln[7]. Es kann daher Karlowa[8] nicht zugegeben werden, dass Cato in c. 144 Bestimmungen aus der *lex locationis* und der vorhergehenden Ankündigung der Auktion in verwirrender Weise miteinander vermische. Wenn es zunächst heisst, der Unternehmer soll soviel *leguli* und *strictores* stellen, wie nötig sind, und später: er soll fünfzig ansässige Leute stellen, davon 2/3 *strictores*, so ist das zwar ungereimt, hat aber nichts mit einem Unterschied zwischen dem Formular der *lex locationis* selbst und dem Formular für die einladende Bekanntgabe zu tun. Allerdings findet sich eine Auktion nur einmal ausdrücklich erwähnt, näm-

[4] A.a.O. S. 135.

[5] Manigk *Das rechtswirksame Verhalten*, S. 63; Mayer-Maly a.a.O. S. 111.

[6] Vgl. oben S. 244, f., unten S. 257, 375, 367, A. 63 (S. 377).

[7] Bechmann, *Kauf* I, S. 528; Karlowa II, S. 629 f.; Kniep, *Gai institutionum commentarius tertius* §§ 88—225, S. 279 f. So wohl auch Jörs a.a.O. S. 278. Mitteis, *RPR.* I, S. 150, weist darauf hin, die Bezeichnung *lex* bei Kauf und Miete des privaten Verkehrs rühre daher, dass diese Geschäfte bei den Römern ganz regelmässig im Wege der Auktion nach vorher festgestellten Lizitationsbedingungen vor sich gingen, welche eben auch *lex* genannt würden. Die bei Kaser, *RPR.* I, S. 457 A. 6 zitierte, den Verkauf durch Versteigerung (*auctio*, *licitatio*) behandelnde Schrift von Talamanca war mir nicht zugänglich.

[8] II, 651 A. 1.

lich in c. 146, cl. 2: *Olea pendens in fundo Venafro venibit.* Der Gutsherr lässt dies ausrufen und dabei sicherlich auch seinen Namen und den Tag der Auktion mitteilen. Sodann erfolgt die öffentliche Bekanntgabe der Verkaufsbedingungen. Im c. 146, cl. 3 ist auch von der Vergütung (*praeconium*) die Rede, die dem Ausrufer (*praeco*) zusteht. Cato selbst schlägt den Weg der Auktion vor, um bei Verkäufen Konkurrenz herbeizuführen und einen möglichst hohen Preis zu erzielen[9]. Er gibt den allgemeinen Rat, der Familienvater soll verkaufslustig, aber nicht kaufsüchtig sein (*patrem familias vendacem, non emacem esse oportet*). Was für Verkäufe zweckmässig erscheint, empfiehlt sich naturgemäss auch für Verdingungen, um den Mindestbietenden zu ermitteln. Selbstverständlich aber ist eine Auktion ebensowenig wie im Gemeindevermögensrecht juristisch notwendige Voraussetzung für die Aufstellung der Leges[10].

Der Stil der Catonischen Leges ähnelt in seiner lapidaren Knappheit dem Stil der XII Tafeln[11]. Kurz und scharf folgt Imperativ auf Imperativ. Bezeichnend ist das häufige Fehlen des Subjekts: zum Beispiel wird das Wort *redemptor* regelmässig fortgelassen, bisweilen sogar das Prädikat (c. 146, cl. 4; c. 150, cl. 4 letzter Satz).

Auch der für die XII Tafeln typische Wechsel des Subjekts im selben Satz findet sich: c. 144, cl. 13: *ne quis concedat, ... extra quam si* (*is concesserit*) *quem ... socium dixerit.*

Die Übereinstimmung stilistischer Eigentümlichkeiten erklärt sich daraus, dass die Kenntnis der XII Tafeln Ehrensache für jeden römischen Bürger war. Bis in das letzte vorchristliche Jahrhundert bildeten sie die Grundlage des Unterrichts. Noch Cicero musste als Knabe die XII Tafeln auswendig lernen, *ut carmen necessarium*[12].

Meistens sagt Cato in den Überschriften, das Geschäft solle auf der Grundlage folgender Bedingungen (*hac lege*) abgeschlossen werden. Zwei Mal heisst es statt dessen: *hoc modo*, nämlich „Die Olivenernte soll man auf folgende Weise vergeben" (c. 144, cl. 1) — „Wein in Fässern soll man auf folgende Weise verkaufen" (c. 148, cl. 1).

Der Verfasser der Leges liebt es auch, im Ausdruck zu wechseln: Bald wird von den *leguli* gesprochen (c. 144, cl. 8), bald statt des

[9] c. 2, 7. Vgl. unten S. 301 ff.

[10] Jörs a.a.O. 214.

[11] Vgl. auch Weise, *Charakteristik der lateinischen Sprache*, 1909, S. 182 A. 32, der ein längeres einschlägiges Zitat aus der Schrift Altenburgs, *De sermone pedestri Italorum vetustissima*, 1898, bringt.

[12] Cic. *de leg.* 2, 23, 59.

Hauptwortes ein Relativsatz '*qui oleam legerint*' verwendet (c. 144, cl. 4 und cl. 9) Ein weiteres Beispiel begegnet c. 146, cl. 5: statt '*et si ab emptore locata erit*', heisst es: '*et si emptor locarit*'. Ferner wird im Hinblick auf die Leistungen des künftigen Vertragsgegners zwar meistens der Imperativ verwendet, es kommt jedoch auch der befehlende Konjunktiv vor.

Nur selten stösst man auf eine gewisse Weitschweifigkeit, die eigentlich nicht zur sonstigen Kürze passt, so c. 145, cl. 7: *Factores qui oleum fecerint*. Der Relativsatz oder das Substantiv ist überflüssig. Unnötig genau ist auch der Zusatz '*qui illic opus fecerint*' in c. 146, cl. 7.

Cato ist auf die Knappheit seiner Ausdrucksweise stolz gewesen. Er sagt über die von ihm in lateinischer Sprache in Athen gehaltene Rede, die Athener hätten die Kürze und Schärfe seiner Rede, bewundert; denn was er selbst kurz vorgetragen habe, sei vom Dolmetscher lang und mit vielen Worten wiedergegeben worden[13]. Cato liess also alle Zwischengedanken fort, die ihm irgendwie entbehrlich schienen. Der Dolmetscher musste sie einfügen, um Catos Rede den Athenern verständlich zu machen.

Diese sicher auch dem juristischen Verfasser der Leges eigentümliche und von ihm beabsichtigte *brevitas*[14] ist bei der Übersetzung und Interpretation der einzelnen Klauseln gebührend zu berücksichtigen. Daher sind des öfteren fehlende Zwischenglieder der Gedankenfolge zu ergänzen[15].

Man darf die verschiedenen Kapitel und Leges nicht bloss für sich betrachten, sondern hat sie auch miteinander zu vergleichen und ihre wechselseitige Beziehung ins Auge zu fassen.

## V. Die älteren und die jüngeren Leges des Kapitels 144

In c. 144 wird ein *L. Manlius* einmal als Herr des Gutes bezeichnet (*fundo L. Manli*) und zum andern als derjenige, dessen *arbitratus* dafür massgebend sei, dass die Olivenernte richtig eingebracht werde. Der Name *L. Manlius* begegnet auch in c. 145 und bezeichnet dort ebenfalls den Gutsherrn. Zur Erklärung des Rät-

[13] Plutarch 12, 7, p. 343 b.

[14] Weise a.a.O. S. 54 bemerkt vermutlich mit Recht, dass Catos Latinität in der Hauptsache auch die seiner Zeitgenossen war.

[15] So vor allem bei der cl. 13 des c. 144. Vgl. dazu unten S. 286 ff.

sels hat Nitzsch[1] die Vermutung ausgesprochen, dass die ganze Schrift Catos an einen *L. Manlius* gerichtet gewesen sei. Bekker[2] dagegen bezweifelt die Ursprünglichkeit des Namens. Er meint, dieser Manlius sei vielleicht Besitzer eines Exemplars des Catonischen Werkes gewesen und hätte in die Formulare, deren er sich oft bediente, seinen Namen eintragen lassen. Die Klausel, dass zu jeder Olivenlese 50 *homines adsidui* erforderlich seien, erkläre sich mit der Annahme, dass *L. Manlius* für sein Gut in der Regel fünfzig Mann benötigte[3]. Demgegenüber hält Karlowa, wie schon erwähnt, den Namen für ein Blankettwort und erblickt in der Angabe von 50 Leuten eine beliebige, schematisch verwandte Zahl. Arcangeli[4] ist der Ansicht, dass die Schrift Catos ein postumes Werk sei, das nur zum Teil von ihm herrühre. Ein Späterer habe das Werk mit Zusätzen versehen und etwa gegen Ende des zweiten Jahrhunderts veröffentlicht. Zu den nachträglichen Zusätzen sollen auch die c. 144 bis 150 sowie die c. 16 und 136 gehören[5]. Arcangeli glaubt, sie stammten aus einer alten Formelsammlung. Als Herausgeber vermutet er *L. Manlius*, der vielleicht mit dem von Plutarch in seiner *vita* Catos (13,2) genannten Kriegskameraden Leukios Mallios identisch sei[6].

Thielscher hat erkannt, dass c. 144 kein einheitliches Formular ist. Vielmehr liegen eine ältere und eine jüngere Fassung vor, die Thielscher voneinander getrennt und in ihrer ursprünglichen Gestalt wieder zusammengesetzt hat. Die Synthese sieht folgendermassen aus:

[1] *Ztschr. f. Altertumsw.* (1845) S. 493 f.

[2] A.a.O. S. 436.

[3] Huvelin, *Études sur le furtum* I (1915) S. 248, verwirft sowohl die These von Nitzsch wie die Bekkers.

[4] *Studi Zanzucchi*, S. 74 ff. Die Frage, ob Catos Buch im wesentlichen unverändert uns überkommen ist oder aber eine spätere Umarbeitung vorliegt, die sich nicht nur auf Orthographie und Wortform, sondern auch auf Umstellung, Wegschneidung und neue Zusätze erstreckt, ist strittig: Siehe Leo, *Gesch. der röm. Lit.* I (1913), S. 272 mit A. 1; Schanz-Hosius, *Gesch. der röm. Lit.* I[4] (1927), S. 183 ff.; Teuffel-Kroll-Skutsch, *Gesch. der röm. Lit.* I[6] (1916), S. 226 ff. Darstellung und Kritik der verschiedenen Ansichten bei Arcangeli, S. 69 ff. Einen Überblick unter besonderer Berücksichtigung der Kauf- und Mietformulare gibt Georgescu, *Leges privatae*, S. 103 ff.; *Études* I, S. 83 ff.

[5] A.a.O. S. 83 ff.

[6] A.a.O. S. 80 ff., 83. Vgl. unten S. 260.

| Ältere Fassung (A) | Jüngere Fassung (B) |
|---|---|
| cl. 5 | cl. 2 |
| *Oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli.* | *Oleam cogito recte omnem arbitratu domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit.* |
| cl. 6 | cl. 7 |
| *Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt. si non erunt* [*reddet*] ⟨*redditae,*⟩ [*eaeque*] ⟨*aequom viri boni*⟩ *arbitratu deducetur.* | *Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito id viri boni arbitratu* ⟨*aut*⟩ *deducetur.* |
| cl. 11, 12 | cl. 8 |
| *Adsiduos homines L praebeto. Duas partes strictorum praebeto.* | *Legulos, quot opus erunt, praebeto et strictores. si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit, deducetur: tanto minus debebitur.* |
| cl. 4 | cl. 9 |
| *Qui oleam legerint, omnes iuranto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manli. qui eorum non ita iuraverit, quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur.* | *De fundo ligna et oleam ne deportato. qui oleam legerit qui deportarit, in singulas deportationes s(estertii) n(ummi) II deducentur neque id debebitur.* |

Nur einmal kommen folgende Klauseln vor:

cl. 3

*Oleam ne stringito neve verberato iniussu domini aut custodis. si adversus ea quis fecerit, quod ipse eo die legerit, pro eo nemo solvet neque debebitur.*

cl. 10

*Omnem oleam puram metietur modio oleario.*

cl. 13

*Ne quis concedat, quo olea legunda et faciunda carius locetur, extra quam si quem socium inpraesentiarum dixerit. si quis adversum ea fecerit, si dominus aut custos volent, iurent omnes socii. si non ita iuraverint, pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit neque debebitur ei qui non iuraverit.*

cl. 14

*Accessiones: in mo(dios) MCC accedit: oleae salsae mo(dii) V, olei puri p(ondo) VIII, in tota oleitate: s(estertii) V, aceti q(uadrantalia) V. quod oleae salsae non acceperint, dum oleam legent: in modios singulos s(estertii) s(inguli) dabuntur.*

Daraus ergibt sich jedoch noch nicht ohne weiteres, dass die nur einmal begegnenden Klauseln sämtlich neu sind. Ihre Übernahme aus den älteren Leges ist indessen nicht sehr wahrscheinlich[7].

Die älteren Leges beziehen sich auf das Gut des *L. Manlius*. Er war aller Wahrscheinlichkeit nach der Kriegskamerad und Nachbar Catos. Plutarch berichtet in seiner Lebensbeschreibung Catos (13,2) von dessen Teilnahme am Kampf um die Thermopylen im Jahre 191. Cato wollte mit seiner Abteilung das Heer des Antiochos III von Syrien nächtlich umgehen. Gebirgiges Gelände versperrte den Weitermarsch. Cato suchte einen Pfad und nahm zur Erkundung nur den Leukios Mallios mit. Plutarch nennt ihn „einen im Bergsteigen erfahrenen Mann", um zu erklären, warum die Wahl gerade auf Leukios Mallios fiel. Als Sohn der Sabiner-Berge war aber Cato selbst mit dem Gebirge vertraut, und wenn er den Leukios Mallios mitnahm, so nach Thielschers einleuchtender Vermutung deshalb, weil er in der Ebene Kampaniens sein ihm befreundeter Gutsnachbar war[8]. Für ein nachbarliches Verhältnis spricht c. 152. Danach hat sich Cato bei den Manliern, also wohl dem Gutsherrn *L. Manlius* und dessen Familie, erkundigt, wie man nach der Weinlese an den Innenwänden der Fässer die Hefekruste beseitigt, die sich vom Schaum des gärenden Mosts gebildet hat. Cato und seine Frau wussten darüber als ehemalige Bergbauern keinen Bescheid und suchten bei ihren erfahreneren Nachbarn Rat.

[7] Dazu unten S. 262.

[8] Auf die wahrscheinliche Identität des Leukios Mallios haben bereits Münzer, *RE.* 14, 1, Sp. 910 Nr. 4 und Sp. 1158 Nr. 25 und Arcangeli a.a.O. S. 80 ff. hingewiesen.

Cato wird also schon auf dem kampanischen Gut gesessen haben. Folglich werden die Manlier schwerlich, wie Hörle[9] annimmt, dessen Vorbesitzer gewesen sein, deren Originalakten in die Hände Catos übergingen.

*L. Manlius* dürfte die älteren Leges über die Einbringung und die Leges über die Kelterung der Oliven seinem Nachbarn Cato überlassen haben. Vielleicht stammten sie von dem berühmten Juristen *Manius Manilius*[10], der sie für seinen Onkel entworfen hatte[11]. Es ist sicher überliefert, dass *M.' Manilius* im Jahre 149 (dem Todesjahr Catos) Konsul gewesen ist[12]. Er machte sich als junger Rechtskundiger schon vor 169 einen Namen (Cic. *de rep.* 3, 17). Auf ihn gehen wahrscheinlich die *Manilianae venalium vendendorum leges* zurück, wie Cicero[13] sie nennt. Darunter sind nicht nur die *leges venditionis*, sondern auch *locationis* zu verstehen[14]. Sie sind wohl identisch mit den von Varro *De re rustica* 2, 5, 11 zitierten *Manilii actiones* (Formulare für Kaufstipulationen)[15]. Die Leges gingen

[9] *Catos Hausbücher* (1929), S. 42, 136.

[10] Thielscher macht darauf aufmerksam, dass die Namen *Manlius* und *Manilius* identisch sind, nur verschieden geschrieben. In der Umgangssprache fand sich auch *Mallius*, und in c. 145, cl. 7 begegnet die Schreibart *Manilius*.

[11] Vgl. Huvelin a.a.O. S. 252 f. Er äussert die Vermutung, der bei Cato genannte *Lucius Manlius* (*Manilius*) sei der jüngere Zeitgenosse des Cato, der Jurist *Manius Manilius*, und der Vorname *Lucius* sei ein Fehler der Abschreiber für *Manius*. Ein solcher Schreibfehler ist indessen, wie auch Thielscher annimmt, wenig wahrscheinlich, zumal bei Plutarch ebenfalls ein Leukios Mallios vorkommt. Aber diese Vermutung führt auf eine andere. Es ist nämlich sehr wohl denkbar, dass Catos Kriegskamerad, der Gutsherr *Lucius Manlius* (*Manilius*) der Onkel des Juristen *Manius Manilius* gewesen ist. Thielscher meint, dieser Jurist habe nur die Leges c. 144 B entworfen, und zwar auf Grund der beiden Leges c. 144 A und c. 145 seines Vaters. Aber der Verfasser aller Leges muss ein Jurist gewesen sein, und ein solcher namens *Lucius Manlius* wird nirgends erwähnt. Vater und Grossvater des *Manius* hiessen nach den *Fasti Capitolini* zu 149 v. Chr. *Publius*.

[12] Huvelin, S. 252 mit A. 2, 253; Kübler, S. 137; Kunkel, *RPR.*, S. 21; Krüger, *Gesch. der Quellen*, S. 61; Kipp, *Gesch. der Quellen*, S. 99; Münzer, *RE.* 14, 1, Sp. 1135, Manilius Nr. 12; Wenger, *Quellen des römischen Rechts*, S. 481 mit A. 79.

[13] *De orat.* 1, 58, 246; vgl. auch 1, 48, 212. Dazu F. Schulz, *History*, S. 335.

[14] Huvelin, S. 251 A. 5. Vgl. oben S. 230, 238 f.

[15] Krüger, *Gesch. der Quellen*, S. 61; Kipp, *Gesch. der Quellen*, S. 99. Die Formulare sind für den Prozessfall bestimmt (Georgescu, *Leges privatae*, S. 112; Stoll, *ZSSt.* S. 53, 583) und heissen deshalb *actiones*.

vom Veräusserer oder vom Verdingenden aus. Die Gegenseite sicherte sich durch Stipulationen, die im Verkehr dann ebenfalls als *leges* bezeichnet wurden[16]. Solche Stipulationen bleiben bei Cato unerwähnt[17], wohl nicht, weil er nur dem Gutsherrn mit Ratschlägen helfen will[18], sondern weil die gegenseitigen Rechte und Pflichten in den Leges geregelt werden, und der Gutsherr es nicht für nötig erachtete, sich durch förmliche Stipulation zur Zahlung zu verpflichten[19]. Jörs[20] hat die Ansicht vertreten, die *leges* bei Geschäften unter Lebenden verdankten weder ihre Entstehung noch ihre Ausbildung der Jurisprudenz. Zu ihrer Formulierung habe es nur der praktischen Lebenserfahrung bedurft, und in dieser Hinsicht sei der erfahrene Geschäftsmann oder Landwirt den Juristen ebenbürtig oder sogar überlegen gewesen. Diese Meinung verdient keinen Beifall. Die formularmässigen Klauseln bei Kauf und Miete gehen auf die *cavere*-Tätigkeit der Juristen zurück[21], die es an Lebenserfahrung mit jedem andern aufnehmen konnten. Die Klauseln, zu deren Abfassung gerade auch eine fundierte Kenntnis des Rechts notwendig war, sind ursprünglich auf einen einzelnen konkreten Fall gemünzt und dauern dann als abstrakte Schemata fort, wie sich gerade an den Catonischen Leges zeigen lässt.

Die jüngeren Leges in c. 144 beruhen alle auf Erfahrungen, die man seit den älteren Leges gemacht hatte. Der Unternehmer soll die Ernte einbringen nach den Weisungen des Gutsherrn, des von ihm bestellten Aufsehers oder des Käufers der Olivenernte (cl. 2). Nun hatte sich ergeben, dass angeworbene Arbeiter bisweilen schon dann mit dem Abstreifen — nur dieses wird in den älteren Leges erwähnt — und dem Abschlagen der Oliven begannen, wenn sie noch nicht reif genug waren. Um hier einen wirkungsvollen Riegel vorzuschieben, wird in der Klausel 3, die gewissermassen eine Sonderbestimmung zur Klausel 2 darstellt, bestimmt, dass der Gutsherr oder der Aufseher darüber entscheiden, wann das Abstreifen oder Abschlagen der Oliven beginnt. Wenn jemand von den Arbeitern gegen die Anordnung verstösst, wird für seine Tagesleistung „nie-

[16] Jörs, S. 214 f.
[17] Jörs, S. 217 f.
[18] Diese Tendenz glaubt Bekker a.a.O. S. 443, 444 erkennen zu können.
[19] Vgl. unten S. 374. f.
[20] A.a.O. S. 217 f., 278. Vgl. oben S. 254.
[21] Georgescu a.a.O. S. 105 f. Zustimmend Stoll a.a.O.

mand" etwas zahlen, der Gutsherr nicht an den Unternehmer oder die Leute, soweit er sie selbst gedungen hat (cl. 8), der Unternehmer nicht, soweit die Arbeiter von ihm angeworben sind. Es hatte sich ferner herausgestellt, dass die Oliven, die mit dem Olivenscheffel zu messen sind, mit Laub oder dem Dung des Weideviehs vermischt waren. Es wird daher in den jüngeren Leges besonderer Wert auf die Reinheit der zu messenden Oliven gelegt (cl. 10). Die Klausel 13 ist viel zu kompliziert, als dass sie schon in der Fassung A gestanden haben könnte. Es war vorgekommen, dass ein bietungslustiger Unternehmer einen anderen durch Versprechen von Vorteilen vom Bieten abgehalten hatte. Solche Machenschaften sollten nun im Keime erstickt werden[22]. Der jüngeren Fassung gehört auch die Klausel 14 an. Sie enthält bestimmte, genau spezifizierte „Zulagen" (*accessiones*), die nicht dem Unternehmer, sondern, wie der Pluralis *acceperint*, *legent* beweist, den einzelnen Arbeitern zustehen. Es hatte sich herausgestellt, dass die Arbeitslust durch solche Zulagen gesteigert wird und die Arbeiter sich eher dort anwerben liessen, wo reichlich Zulagen zu erwarten waren. In der Fassung A (cl. 5) ist noch davon die Rede, dass der Unternehmer für das richtige Einbringen der Ernte nach dem Ermessen des *L. Manlius* Bürgen stellen soll. In der Fassung B (cl. 2) wird auf die Bürgschaft verzichtet und statt dessen vorgeschrieben, dass der Unternehmer die Ernte nach den Weisungen des Gutsherrn u.s.w. einzubringen hat. Die Fassung A (cl. 6) erwähnt nur den Schadensersatz für zerbrochene Leitern, während die Fassung B (cl. 7) den Redemptor für allen Schaden verantwortlich macht, der anlässlich der Oliven von ihm oder seinen Arbeitern auf dem Gut angerichtet wird. Für die Ernte auf dem Gut des *L. Manlius* waren fünfzig Leute zu stellen (cl. 11, 12), gemäss der neuen Fassung dagegen so viel Leser und Abstreifer, wie notwendig sind (cl. 8). Nach der Fassung A (cl. 4) sollen alle Leser schwören, keine Oliven vom Gut des *L. Manlius* entwendet zu haben. Für die gesamte Leistung desjenigen, der den Eid verweigert, wird „niemand" etwas zahlen, weder der Gutsherr noch der Unternehmer. Die Fassung B (cl. 9) erweist sich auch dadurch als die jüngere, dass der altertümliche Eid zwecks Ermittelung des Diebes entfällt.

[22] Vgl. dazu unten S. 286 ff.

In der Mitte zwischen den älteren und jüngeren Leges der Olivenernte stehen, wie Thielscher ermittelt hat, zeitlich die Leges des c. 145 über die Ölpressung. Sie sind den älteren Leges nachgeformt und enthalten im Gegensatz zu ihnen Zulagen: nämlich Öl und Salz für den persönlichen Bedarf des Unternehmers und seiner Leute sowie eine Prämie von zwei Viktoriamünzen. Die Zulagen der jüngeren Leges dagegen kommen allein den Arbeitern zugute und werden, soweit es sich um Geldbeträge handelt, nach Sesterzen bemessen. Eine Gegenüberstellung der älteren Leges und der Leges des c. 145 ergibt folgendes Bild:

| c. 144 (A) cl. 5 | c. 145 cl. 2 |
|---|---|
| *Oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli.* | *Facito recte arbitratu domini aut custodis, qui id negotium curabit.* |

An diese Klauseln über die weisungsgemässe Ausführung der Arbeit schliesst sich in beiden Leges eine zweite über die Geräte an, die der Gutsherr dem Unternehmer stellt: Leitern sowie Keltern und Kollergänge. Dabei hat der Verfasser die Keltern und Kollergänge[23] durch einen die Billigung der Arbeiter betreffenden Satz (cl. 3) ziemlich willkürlich getrennt:

| cl. 6 | cl. 2, 4 |
|---|---|
| *Scalae ita uti datae erunt, ita reddito....* | *Si sex iugis vasis opus erit, facito.* |
| | *Trapeti facito.* |

Dann wird die Frage der Arbeitskräfte geregelt, wobei dem Verfasser der gerügte Fehler unterlaufen ist:

| cl. 11, 12 | cl. 3, 5 |
|---|---|
| *Adsiduos homines L praebeto.* | *Homines eos dato, qui placebunt ⟨aut domino⟩ aut custodi aut quis eam oleam emerit.* |
| *Duas partes strictorum praebeto.* | *Si operarii conducti erunt aut facienda locata erit, pro eo resolvito aut deducetur.* |

[23] Zu Catos Keltern und Kollergängen siehe Jüngst-Thielscher, *Bonner Jahrbücher* 154 (1954), S. 32 ff. mit Forsetzung in Bd. 157.

Die nächste und in den Leges A letzte Klausel betrifft mögliche Diebstähle:

| cl. 4 | cl. 6, 7 |
|---|---|
| *Qui oleam legerint, omnes iuranto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manli. qui eorum non ita iuraverit, quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur.* | *Oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa, nisi quod custos dederit aut dominus. si sumpserit, in singulas sumptiones s(estertii) n(ummi) XL deducentur neque debebitur.*<br>*Factores, qui oleum fecerint, omnes iuranto aut ad dominum aut ad custodem sese de fundo L. Manli neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam subripuisse. qui eorum non ita iuraverit, quae eius pars erit, omne deducetur neque debebitur.* |

Der Verfasser von c. 145 wurde nachträglich darauf aufmerksam, dass der Unternehmer nicht nur Arbeiter stellen soll, die dem Gutsherrn genehm sind, sondern dass sie beim Keltern auch überwacht werden müssen. Deshalb wird noch eine Bestimmung angeschlossen, der Unternehmer dürfe dazu nur denjenigen seiner Gesellschafter hinzuziehen, mit dem der Gutsherr einverstanden ist (cl. 8).

Der Autor sah jetzt auch, dass in c. 144 A, cl. 6 ein Schadensersatzanspruch für Beschädigung der Leitern vorgesehen war. Die vom Gutsherrn zur Verfügung gestellten Keltern und Kollergänge waren bedeutend wertvoller. Daher wird eine Klausel angefügt, welche die zweite Hälfte der Klausel über die Leitern entsprechend berücksichtigt:

*Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, viri boni arbitratu deducetur.*

Zum Schluss wird gesagt, der Unternehmer soll, wenn nötig, grünes Öl herstellen (cl. 10). Die letzte Klausel (11) sieht dann eine Zulage vor: Öl und Salz für den sofortigen Verbrauch während der Arbeit und eine Prämie von zwei Viktoriaten.

Die jüngeren Leges über die Olivenlese sind nicht mehr auf die Bedürfnisse eines bestimmten Gutes zugeschnitten, sondern passen

infolge ihrer allgemeinen Fassung auf jedes Gut. Sie stammen vielleicht ebenfalls von *M' Man(i)lius*. Hier haben neben den älteren Leges auch die Leges über die Olivenkelterung des c. 145 als Muster gedient:

| c. 145 | c. 144 (B) |
|---|---|
| cl. 2 | cl. 2 |
| *Facito recte arbitratu domini aut custodis, qui id negotium curabit.* | *Oleam cogito recte omnem arbitratu domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit.* |
| cl. 3 | cl. 8 |
| *Homines eos dato, qui placebunt aut custodi aut quis eam oleam emerit.* | *Legulos, quot opus erunt, praebeto et strictores. si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit, deducetur: tanto minus debebitur.* |
| cl. 6, 7 | cl. 9 |
| *Oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa, nisi quod custos dederit aut dominus. si sumpserit, in singulas sumptiones s(estertii) n(ummi) XL deducentur neque debebitur.* | *De fundo ligna et oleam ne deportato. qui oleam legerit qui deportarit, in singulas deportationes s(estertii) n(ummi) II deducentur neque id debebitur.* |
| *Factores, qui oleum fecerint, omnes iuranto aut ad dominum aut ad custodem sese de fundo L. Manli neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam subripuisse. qui eorum non ita iuraverit, quae eius pars erit, omne deducetur neque debebitur.* | |
| cl. 9 | cl. 7 |
| *Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, viri boni arbitratu deducetur.* | *Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito id viri boni arbitratu ⟨aut⟩ deducetur.* |
| cl. 11 | cl. 14 |
| *Accedet oleum et sale suae* | *Accessiones: in mo(dios) MCC accedit: oleae salsae mo(dii) V,* |

*usioni quod satis siet, vasarium vict(oriati)II.*

*olei puri p(ondo) VIII, in tota oleitate: s(estertii) V, aceti q(uadrantalia) V. quod oleae salsae non acceperint, dum oleam legent: in modios singulos s(estertii) s(inguli) dabuntur.*

Es ist mit Thielscher daran festzuhalten, dass nicht ein unbekannter Digestor, der nach Catos Tode seine das ganze Leben lang gesammelten Aufzeichnungen zusammengestellt haben soll[24], die älteren und die jüngeren Leges des c. 144 zu einer Einheit verarbeitet hat, sondern Cato selbst. Gewiss stellt seine Komposition kein systematisches Meisterwerk dar. Sie weist Willkürlichkeiten und Unvollkommenheiten auf, wie ja überhaupt die systematische Darstellung des Rechts nicht zu den Stärken der römischen Jurisprudenz gehört[25]. Cato hat die Normen der älteren Leges lässig-bequem in den Rahmen der jüngeren eingesetzt und sich um die gedankliche Verknüpfung nicht sonderlich bemüht. Doppelt, aber immer etwas unterschiedlich geregelt sind vier Punkte:

1. das Direktionsrecht des Gutsherrn betreffend die richtige und vollständige Einbringung der Ernte durch den Unternehmer (cl. 2 und 5),
2. mögliche Schädigungen des Gutsherrn durch die Tätigkeit des Unternehmers (cl. 6 und 7),
3. die Zahl der zu stellenden Arbeiter (cl. 8 und 11),
4. etwaige Entwendungen von Oliven (und Brennholz; cl. 4 und 9).

Es handelt sich um Doppelfassungen, von denen die eine stets allgemein gehalten ist, während die andere einen konkreten Einzelfall betrifft. Die ihrem Gegenstande nach zusammengehörigen Fassungen hat Cato nur im Punkt 2 auch zusammengestellt, sonst werden sie auseinandergerissen. Er bringt zunächst zwei Klauseln der Leges B (cl. 2 und 3): Das Weisungsrecht des Gutsherrn, wie die Ernte richtig und vollständig einzubringen ist, sowie das Verbot, ohne Genehmigung des Gutsherrn mit der Ernte zu beginnen. Daran schliesst er die Bestimmung über den Eid der Olivenleser aus den Leges A (cl. 4), dass sie nichts gestohlen haben. Hier wird

[24] Hörle a.a.O. S. 141 f.
[25] Schulz, *Prinzipien*, S. 36 ff.

das Gut des *L. Manlius* erwähnt. Dieser Hinweis veranlasst Cato, eine weitere Klausel der älteren Leges anzufügen, die ebenfalls den Namen *L. Manlius* enthält (cl. 5) und sich mit der Bürgschaft für das richtige Einbringen der Ernte befasst, die der Unternehmer beschaffen soll. Dann folgt — auch aus den älteren Leges — die Bestimmung über die Rückgabe der Leitern und die Folgen ihrer Beschädigung (cl. 6). Die nächste Klausel behandelt die Ausdehnung der Vorschrift auf jeden Schaden (cl. 7). Die folgende, aus den Leges B stammende Klausel (8) gibt dem Unternehmer die Beschaffung der nötigen Arbeitskräfte auf. Daran knüpft sich — wiederum den jüngeren Leges entnommen — das Verbot des Holz- und Olivendiebstahls durch Unternehmer und Arbeiter (cl. 9). Eine Strafe wird jedoch nur für die Arbeiter festgesetzt. Nun fügt Cato die Bestimmung an, dass die Olivenernte gereinigt und mit dem Olivenscheffel gemessen werden soll (cl. 10): denn wenn die Oliven durch Laub oder durch den Mist des Weideviehs verunreinigt sind, wird der Gutsherr ebenfalls benachteiligt. Jetzt fallen Cato wieder die zur Olivenernte nötigen Arbeiter ein, und er nennt aus den älteren Leges ihre konkrete Zahl (cl. 11 und 12). Den Schluss bilden zwei Klauseln aus den jüngeren Leges: eine Schutzbestimmung zugunsten des Gutsherrn gegen unlautere Machenschaften der Bietungslustigen (cl. 13) und Zulagen zugunsten der Arbeiter (cl. 14). Es fällt auf, dass in cl. 13 des c. 144, das doch, wie schon seine Überschrift ergibt, nur von der Olivenlese handelt, plötzlich von *olea legunda et faciunda* gesprochen wird[26]. Möglicherweise stand die Klausel zuerst in den Leges über das Keltern. Dort werden in der Klausel 8 ebenfalls Gesellschafter des Unternehmers erwähnt. Vor dieser Klausel wäre dann ursprünglich das Verbot des *concedere* eingesetzt worden, das sich ja auch auf die Gesellschafter des Unternehmers bezieht. Es fiel dem Verfasser der Leges jetzt ein, dass es zweckmässig sei zu bestimmen, der Unternehmer dürfe keinen seiner Gesellschafter zur Leistung und Überwachung des Kelterns heranziehen, mit dem der Gutsherr nicht einverstanden sei. Die *concedere*-Klausel wurde später in die jüngeren, das Einbringen der Olivenernte betreffenden Leges (c. 144 B) übernommen, weil sie auch für diese Verdingung von grosser Wichtigkeit war. Als Cato nun die verschiedenen Leges redigierte, hat er die *concedere*-Klausel in den Ernte-Leges belassen, in den Kelterungs-

[26] Vgl. Hörle a.a.O. S. 44.

Leges jedoch gestrichen, um eine wörtliche Wiederholung zu vermeiden. Es durfte natürlich keine Lücke entstehen. Deshalb hat Cato in der jetzigen Klausel 13 des c. 144 *oleam legere* und *oleam acere* miteinander verknüpft.

## VI. Innere Gründe für das Altersverhältnis der Leges c. 144, 145, 146

Das Altersverhältnis der Leges c. 144—146 lässt sich vor allem auch inneren Gründen entnehmen. Zunächst wird der Gutsherr die Olivenlese und die Kelterung selbst mit seinen Söhnen, Sklaven, Klienten und Freigelassenen durchgeführt haben. Kam er mit diesen Kräften nicht aus, so mietete er freie Arbeiter hinzu (*locatio conductio operarum*). Nach dem Vorbild der staatlichen Vermögensverwaltung erschien es dann, je mehr die patriarchalischen Verhältnisse zurücktraten, zweckmässig, grössere landwirtschaftliche Arbeiten im Wege der *locatio conductio operis* an einen Unternehmer (*redemptor*) zu vergeben[1]. Die Entwicklung vollzog sich wie immer bei den Römern schrittweise. Zunächst wurde die Aberntung der Oliven verdungen, später auch das Keltern, und schliesslich ging man dazu über, die Olivenernte auf dem Baum zu versteigern.

Dann hat Cato, wie Thielscher zutreffend feststellt, die historische Ordnung unterbrochen, weil er den Verkauf der Traubenernte auf dem Stock (c. 147) sofort an den Verkauf der Oliven auf dem Baum (c. 146) anschliessen wollte: denn die Klauseln waren meist dieselben. Das Formular c. 148 (Verkauf des Weines in Fässern) muss vor dem Formular c. 147 (Verkauf der Weinernte auf dem Stock) entstanden sein. Der Gutsherr hat anfangs seinen Wein aus den Fässern im Einzelverkauf abgegeben, auch das Öl, weshalb er sich c. 13,3 Waage und Gewichte gekauft hat. Dann erscheint es bequemer, den ganzen Fasswein an einen oder mehrere Weinhändler zu veräussern (c. 148). Schliesslich hält der Gutsherr es für das einfachste, seine Trauben schon auf dem Stock zu verkaufen (c. 147).

Die Trester soll der Käufer ungewaschen zurücklassen, ferner die Hefe (cl. 2). Trester sind Schalen, Kerne und Stiele der ausge-

[1] Vgl. oben S. 233.

pressten Trauben. Sie werden in Tonfässern aufbewahrt. Sie dienen als Futter für das Rindvieh im Winter (c. 25). Ferner können sie ausgewaschen werden, um ein Getränk (*lorea*) für das Gesinde herzustellen (c. 25). In Trestern werden auch frische Weintrauben konserviert (c. 7, 2 und c. 153). Man kann mit ihnen auch Weinstöcke düngen (c. 33, 3).

Die Hefe wird in kampanischen Kelterbeuteln für Öl noch einmal ausgepresst, um Wein zu gewinnen (c. 153). Man braucht sie ferner zur Herstellung einer Salbe für räudige Schafe (c. 96, 1).

Anscheinend darf der Käufer die Trauben gleich an Ort und Stelle keltern und in die Fässer füllen, die sich im Weinkeller des Gutsherrn befinden. Er muss aber den Wein bis zum 1. Oktober des nächsten Jahres abholen, da die Fässer dann für die neue Ernte gebraucht werden: sonst kann der Gutsherr mit dem Wein machen, was er will (cl. 3).

Thielscher behauptet, dass nur Leutenot den Gutsherrn gezwungen habe, mit einem Unternehmer abzuschliessen. Zuerst sei sie bei der Olivenernte entstanden, dann auch beim Keltern. Diese Vermutung erscheint jedoch unbegründet. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Unternehmer, wenn schon Leutenot herrscht, eher Arbeiter bekommen sollte als der Gutsherr. Die Gutsherren betätigen sich gewöhnlich in der hohen Politik, sind Senatoren oder bekleiden die Ämter des römischen Volkes. Sie müssen sich daher viel in Rom aufhalten und können sich um die Bewirtschaftung ihrer Güter nur wenig kümmern. Aus diesem Grunde werden zunächst die Einbringung der Olivenernte, dann auch das Keltern an einen Unternehmer vergeben. Später erfolgt kurzerhand der Verkauf der Oliven- und der Weinernte auf dem Stamm. Dann braucht sich der Gutsherr um das Einbringen und Keltern der Oliven und Weintrauben überhaupt keine Sorgen mehr zu machen. Er wird auch das Ernterisiko los[2]. Der Öl- und Weinbau trat gegenüber dem Ackerbau mehr und mehr in den Vordergrund. Er gewährte dem in Rom beschäftigten Gutsherrn eine feste Geldrente[3].

Gegen Leutenot spricht c. 144 B, cl. 8. Der Unternehmer soll soviel Leser und Abstreifer stellen, wie nötig sind. Es kann sein,

[2] Vgl. M. Weber, *Röm. Agrargeschichte*, S. 229.
[3] M. Weber a.a.O. S. 225, 226.

dass er, um Arbeitskräfte, die er ja bezahlen muss, einzusparen, weniger als nötig anwirbt. Dann ist der Gutsherr berechtigt, die fehlenden Leute anzuwerben. Für den Fall, dass der Unternehmer zu wenig Arbeitskräfte einstellen wird (Futurum!), behält sich der Gutsherr vor, die Lücke auszufüllen[4]. Das muss ihm also ohne Schwierigkeiten möglich sein. Der Gutsherr wird dann mit den einzelnen Arbeitern Dienstverträge abschliessen (*conducere*), oder aber er wird mit einer Gruppe von Arbeitern einen Werkvertrag abschliessen (*oleam legendam locare*). Bei der *conductio operarum* geht es um die *operae* der einzelnen Arbeiter, bei der *locatio operis* um das durch ihr Zusammenwirken herzustellende Resultat, die *olea legenda* oder *facienda*. Es kann nämlich vorkommen, dass sich beim Gutsherrn nur ein Arbeiterteam meldet, das die Ernte als Ganzes einbringen will und für dieses *opus* bezahlt wird. Die einzelnen Arbeiter oder das ganze Team — je nachdem — muss dann der Redemptor übernehmen, und ihren Lohn zieht ihm der Gutsherr ab.

Eine parallele Bestimmung findet sich in c. 145, cl. 5: *Si operarii....* Zur Zeit der Ankündigung der Versteigerung sind noch keine '*factores, qui oleum fecerint*', vom Herrn oder seinem Inspektor angeworben. Er überlässt aber die Anwerbung nicht schlechthin dem Unternehmer, der den Zuschlag erhalten wird, sondern bestimmt: „Wenn (in der Zeit zwischen der Ankündigung der Versteigerung und der Auktion selbst) Leute zur Kelterung angeworben sein werden (Futurum!) oder die Kelterung an ein Arbeiterteam vergeben sein wird, soll er (der Unternehmer) sie alle bezahlen, oder der Betrag wird ihm (von seinem Werklohn) abgezogen werden". Dieser Vorbehalt ist hier im Gegensatz zu c. 144 B, cl. 8 nicht an die Voraussetzung geknüpft, dass der Unternehmer zu wenig *factores* stellt, er lautet vielmehr ganz allgemein[5]. Dem Gutsherrn liegt daran, tüchtige Fachkräfte aus der näheren oder weiteren Umgebung seines Besitzes nicht dadurch zu vergrämen, dass er die

[4] Bekker a.a.O. S. 428.

[5] Usener, *Rhein. Mus.* 19, S. 143, hält den Satz nur für verständlich, wenn ursprünglich vorausgeschickt worden sei: *Factores* (oder *operarios*) *quot opus erunt praebeto.* Aus demselben Grunde wollen Bruns-Gradenwitz II, S. 48 A. 10, hinter *si operarii* einrücken: *non erunt eo numero ad quem.* Auch Bekker, *ZRG* 3, S. 428, ist der Ansicht, die Klausel setze ebenso wie die Bestimmung 8 des c. 144 voraus: '*si non praebuerit quot opus erunt*'. Die obige Deutung hat den Vorzug, den Text unverändert zu lassen.

Anwerbung ausschliesslich dem Unternehmer überlässt, der vielleicht mit fliegenden Kolonnen arbeitet, die nicht aus der Nachbarschaft stammen, sondern ortsfremd sind. Man kennt sie nicht genau. Daher müssen der Aufseher oder ein etwaiger Käufer der *olea pendens* mit ihnen einverstanden sein (c. 145, cl. 3). Auch wenn der Gutsherr ein Arbeiterteam für das *opus* der Kelterung angeworben hat, überträgt er das Werk trotzdem einem Unternehmer. Denn beim Team hat er es mit vielen zu tun, während er, wenn er mit einem Unternehmer abschliesst, sich nur an einen, und zwar kapitalkräftigen, Vertragspartner zu halten braucht, falls irgendetwas schief geht.

## VII. Die Vertragsparteien

Für einen Redemptor lohnte es sich nicht, die Arbeiten nur auf einem einzigen Gut zu übernehmen. Nach dem Vorbild der *societates publicanorum* tat er sich mit anderen zwecks gemeinsamer Durchführung mehrerer Olivenernten und Kelterungen zusammen. Er bildete mit ihnen eine Gesellschaft. Aber der Vertrag wurde von dem Gutsherrn (*dominus*) stets nur mit einem der *socii* geschlossen. Es wäre für den *dominus* zu unbequem gewesen, mit allen *socii* in einem Vertragsverhältnis zu stehen. Aber selbst wenn der Redemptor namens der Gesellschaft abschliesst, ändert sich nichts. Denn da die Stellvertretung unzulässig ist, wird nur er dem Gutsherrn gegenüber berechtigt und verpflichtet (Paulus D. 17,2,74). Der Redemptor erhält vom Herrn einen Werklohn (*merces*), der in den Leges natürlich nicht genannt wird, da er sich erst durch das Ergebnis der Versteigerung oder durch die einzelne Abmachung herausstellt. Dazu kommen Zulagen (*accessiones*) entweder für den Redemptor und seine Leute (c. 145, cl. 11) oder für die Arbeiter allein (c. 144, cl. 14)[1].

Der Unternehmer kann die Arbeiten natürlich nicht allein ausführen, sondern er muss dazu, wie es auch die Redemptoren der *opera publica* getan haben werden, freie Arbeitskräfte durch *locatio conductio operarum* einstellen[2]. Diese stehen nur mit dem Redemptor, aber nicht mit dem Dominus in einem Vertragsverhältnis.

[1] Vgl. Bekker a.a.O. S. 428; Huvelin, S. 239 mit A. 5.
[2] Karlowa II, S. 645.

## VIII. Die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien

### 1. Sicherheitsleistung und Direktionsrecht

Die älteren Leges bestimmen: „Dafür, dass er die Olivenernte richtig einbringen werde, soll er Sicherheit leisten nach dem Ermessen des L. Manlius" (c. 144, cl. 5). Es besteht die Möglichkeit, dass der Unternehmer entweder gar nicht mit seinen Leuten erscheint oder bei Einbringung der Ernte etwas versieht. Für die ordnungsgemässe Erfüllung seiner Pflicht muss er Sicherheit leisten durch Stellung von Bürgen. Diese Satisdation zeigt, dass die Bürgschaftssponsion sich bereits zu Catos Zeiten auch auf andere Leistungen als Geld erstrecken konnte[1]. Ihr Umfang richtet sich nach dem Ermessen (*arbitratus*) des Gutsherrn *L. Manlius*. Er bestimmt Zahl und Qualität der zu stellenden Bürgen. Diejenigen, die ihm nicht sicher genug scheinen, kann er zurückweisen[2].

Die jüngeren Leges enthalten eine andere Klausel. Danach soll der Redemptor die Ernte richtig und vollständig einbringen nach dem Ermessen des Gutsherrn[3]. Es handelt sich nicht etwa um eine Billigung (*probatio*) der ausgeführten Erntearbeit. Dagegen spricht das *tempus praesens*: *cogito*. Von einem solchen Recht des Bestellers (*locator*), das Werk vor der Abnahme zu prüfen, ob es der Bestellung gemäss und fehlerlos sei, handelt Paulus D. 19,2,24 pr. (*lib. 34 ad ed.*). Die Abrede dieses Rechts erübrigte sich, weil der Gutsherr oder sein Aufseher die Ernte und Kelterungsarbeiten fortlaufend überwachen und der Unternehmer zur Befolgung der Anweisungen verpflichtet ist, die ihm hinsichtlich der Ausführung der Arbeit erteilt werden. Zwischen dem Gutsherrn und dem Unternehmer

[1] Kaser, *Altröm. ius*, S. 280.

[2] Vgl. die Sicherungsklausel im Puteolanischen Baukontrakt: '*qui redemerit, praedes dato praediaque subsignato duumvirum arbitratu*' (Bruns-Gradenwitz I, S. 374). Dazu Weiss, *Inst.*², S. 266 mit Lit. A. 12. Ebenso heisst es in der *lex agraria* von 111 v.Chr. Z. 73: *is pro eo agro loco .... arbitratu praetoris .... satis supsignato* (Bruns-Gradenwitz I, S. 85). Vgl. das. 74 und 83; ferner Cic. *in Verrem* 1, 54, 142. Entsprechend wird im Stadtrecht von Malaca c. 60 bestimmt: *Si de ea is praedibus minus cautum esse videbitur, praedia subsignato arbitratu eiiusdem* (Bruns-Gradenwitz I, S. 152). Siehe dazu Mommsen, *Jur. Schr.* I, S. 360 f.

[3] Eine entsprechende Klausel findet sich im Puteolanischen Baukontrakt: *Hoc opus omne facito arbitratu duovirum et duoviralium, quae in consilio esse solent Puteolis* .... (Bruns-Gradenwitz I, S. 375).

soll ein Werkvertrag (*locatio conductio operis*) abgeschlossen werden. Er ist gewöhnlich ein Vertrag mit selbstbestimmter Arbeit, d.h. Ort, Zeit, Ausführung und sonstige Modalitäten der Arbeit bestimmt grundsätzlich der Unternehmer. Es ist indessen denkbar, dass der Besteller sich ein Direktionsrecht ausbedingt[4]. Dies geschieht im vorliegenden Fall. Der Gutsherr will durch Anweisungen die Art und Weise der Aberntung regeln können; er bedingt sich ein Direktionsrecht auch für seinen Aufseher und einen etwaigen Käufer der Olivenernte aus, das auch in den Kelterungs-Leges c. 145, cl. 2 begegnet. Hier sind m. E. von einem Abschreiber versehentlich hinter *curabit* die Worte *aut qui eam oleam emerit* fortgelassen worden. Das Leitungsrecht der älteren Leges erstreckt sich ausdrücklich auch auf den Käufer der Olivenernte (c. 144, cl. 2). Eine spezielle Anweisung wird in der cl. 3 des c. 144 besonders hervorgehoben. Es soll abgewartet werden, bis die Oliven reif sind, während der Unternehmer, der vielleicht noch viele andere gleichartige Ernteverträge abgeschlossen hat, möglichst früh beginnen möchte. Das Gebot der Sicherheitsleistung ist weggefallen. Sie hatte sich wohl als unnötig herausgestellt.

### 2. Die Stellung einer bestimmten oder der notwendigen Zahl von Arbeitern

Nach den älteren Leges soll der Unternehmer für das Gut des Manlius fünfzig Mann stellen, davon 2/3 Abstreifer (c. 144, cl. 11 und 12). Die Leute sollen in der Umgebung ansässig (*adsidui*) sein. Es handelt sich um freie Arbeiter (*operarii*). Cato empfiehlt, dort ein Gut zu kaufen, wo sie zahlreich vorhanden sind[5], und sich bei diesen Nachbarn beliebt zu machen[6].

Die jüngeren Leges bestimmen: Der Unternehmer hat so viel Leser und Abstreifer zu stellen, wie nötig sind (c. 144, cl. 8). Kommt er seiner Verpflichtung nicht nach, dann schliesst der Gutsherr die Lücke, indem er selbst die fehlenden Leute anwirbt. Ihnen

[4] Vgl. hierzu Hoeniger, *Arbeitsrecht*[6] (1925), Einleitung S. XXX ff. — Das BGB erwähnt einen solchen Ausnahmefall beim Werkvertrag im § 645. Man muss also unterscheiden zwischen dem *opus arbitratu locatoris probandum* und *efficiendum* (vgl. Samter, *ZSSt.* 26, S. 137 mit A. 1).

[5] c. 1,3: *operariorum copia siet.*

[6] c. 4,6: *vicinis bonus esto .... si te libenter vicinitas videbit, facilius tua vendes, opera*[*s*] *facilius locabis, operarios facilius conduces.*

haftet er aus den *conductiones operarum* oder der *locatio operis* auf Zahlung. Zahlt er, so darf er die Beträge dem Unternehmer von der *merces* abziehen. Um diese Zahlungen vermindert sich seine Schuld[7].

Die Kelterung der Oliven ist besonders verantwortungsvoll. Deshalb darf der Unternehmer nur solche Leute stellen, mit denen der Gutsherr oder sein Aufseher oder der Käufer der Olivenernte auf dem Baum (c. 146) einverstanden sind (c. 145, cl. 3):

*Homines eos dato, qui placebunt ⟨aut domino⟩*[8]
*aut custodi aut quis*[9] *eam oleam emerit.*

Der Gutsherr behält sich ausserdem primär, nicht nur subsidiär (c. 144, cl. 8), das Recht der selbständigen Einstellung freier Ölarbeiter aus der näheren oder weiteren Umgebung seines Gutes vor (c. 145, cl. 5), die er oder sein Aufseher kennen, und deren Sympathien er nicht verscherzen will (c. 4,6: *si te libenter vicinitas videbit*). Es sind qualifizierte Fachkräfte, und der Gutsherr kann bei anderer Gelegenheit auf sie angewiesen sein. Es wird dem Unternehmer nicht mehr zugemutet, selbst nur Leute, die in der Umgebung ansässig sind (c. 144, cl. 11), zu nehmen. Er beschäftigt wahrscheinlich ortsfremde fliegende Kolonnen, die bald hier, bald dort eingesetzt werden, und deren Mitglieder weder der Gutsherr noch der Aufseher noch der Käufer der Olivenernte genauer kennen. Gerade aus diesem Grunde bedingt sich der Herr das Plazet aus. Er will sich die Leute genauer ansehen und, wenn ihm dieser oder jener missfällt, ihn ausscheiden können. Thielscher zieht aus der Klausel 5 des c. 145 den Schluss, der Gutsherr habe ursprünglich „wie immer" selbständig keltern wollen, aber „offenbar" nicht genug Leute bekommen und das Geschäft „deshalb" einem

[7] Bekker a.a.O. S. 428.

[8] *domino* ergänzt Usener, *Rhein. Mus.* 19, 1864, S. 143. Zustimmend Keil. In den Klauseln 2,6,7 und 8 ist stets vom Dominus die Rede.

[9] Die Herausgeber verbessern *quis* in *qui*. Usener a.a.O. S. 144 vermutet, in einer alten Handschrift habe *QUISAM* gestanden und das *E*, das ein Kor-
*E*
rektor darübergesetzt hatte (*QUISAM*), sei vom Schreiber irrtümlich in den Text genommen worden. Aber in den Catonischen Formularen wird gelegentlich statt *qui, quae, quod* auch das substantivische Interrogativum *quis* und *quid* als Relativpronomen verwendet (Stolz-Schmalz, *Lateinische Grammatik*, 1910, S. 529). Weitere Beispiele: c. 147, cl. 3 und c. 148, cl. 8: *dominus vino, quid volet, faciet.* Ebenso bereits Keil, *Commentarius*, S. 154 f.

Unternehmer übergeben. Für diese gewaltsame Präsumtion findet sich indessen kein Anhaltspunkt. Im Gegenteil: *L. Manlius* (c. 145, cl. 7) ist entschlossen, die Ölbereitung einem Unternehmer zu übertragen und gibt deshalb die Bedingungen bekannt. Darin sagt er unter anderem:

> *Si operarii (a domino) conducti erunt aut facienda (olea) locata erit, pro eo resolvito, aut deducetur.*
>
> „Wenn Arbeiter (vom Gutsherrn) gemietet sein werden (Dienstvertrag, *conductio operarum*) oder ihnen die Ölherstellung vergeben sein wird (Werkvertrag, *locatio operis*)[10], (dann) soll er (der Unternehmer) dafür zahlen, oder (der Betrag) wird (vom Gutsherrn) abgezogen werden".

In den Leges wird deutlich zwischen Dienst- und Werkvertrag unterschieden (*operarios conducere, oleam legendam, faciendam locare*). Das *aut* (c. 144, cl. 8; c. 145, cl. 5) ist eine disjunktive Konjunktion, es trennt Begriffe als wesentlich verschieden. Der Gutsherr schliesst mit den Arbeitern individuelle Dienstverträge. Eine rechtliche Bindung wird dadurch zwischen den Arbeitern nicht geschaffen. Die zu erledigende Arbeit verbindet sie allein in arbeitstechnischer Hinsicht. Ihr Lohn ist nach den Leges über die Olivenernte Einzellohn. Er bestimmt sich nach der Menge der vom einzelnen Arbeiter gelesenen Oliven (c. 144, cl. 4: *quod is legerit omne*; c. 144, cl. 3: *quod ipse eo die legerit*).

Es konnte aber auch sein, dass mehrere Arbeiter sich aus eigenem Willen zu einer Gruppe (Eigengruppe) zusammenschlossen und gemeinsam die Einbringung und das Keltern der Oliven übernahmen. Bei der *conductio operarum* ging es um die *operae* der einzelnen Arbeiter, bei der *locatio operis* um das durch ihr Zusammenwirken herzustellende Resultat, die *olea legenda* oder *facienda*, und dieses Resultat schuldeten dann alle Arbeiter zusammen. Unter sich bildeten sie wohl eine Gesellschaft[11], und zwar stellten sie dieser *societas* lediglich ihre Arbeitskraft zur Verfügung, ohne geldliche Beitragspflichten zu übernehmen. Im Aussenverhältnis schlossen sie mit dem Gutsherrn einen Werkvertrag ab. Bei dem Redemptor ist an eine Person zu denken, die sich in wirtschaftlich und sozial gehobener und unabhängiger Stellung befindet. Von einem Werkvertrag sind aber nicht diejenigen ausgeschlossen, die nur ihre

[10] Bekker a. a. O. S. 420.

[11] Über solche Arbeitergesellschaften siehe unten S. 354 f.

Arbeitskraft verwerten können, die *operarii* (*leguli*, *strictores*, *factores*); nur sind sie keine *redemptores* im erwähnten Sinne.

In den Kelterungsleges wird der Lohn des einzelnen Arbeiters als *pars* bezeichnet (c. 145, cl. 7). Daraus ergibt sich, dass der Arbeitgeber (Gutsherr oder Unternehmer) die Arbeiter, mit denen er individuelle Dienstverträge geschlossen hat, zu einer Gruppe zusammengefasst hat (Betriebsgruppe) und ihre Angehörigen ebenso wie die Mitglieder der Eigengruppe einen Gesamtlohn erhalten. Dem Arbeitgeber wird die Befugnis gewährt, nach einem verabredeten Schlüssel die Verteilung des Entgelts, das die Gruppen verdient haben, selbst unter die Arbeiter vorzunehmen. Der einzelne Arbeiter erwirbt also einen Anspruch auf einen Anteil (*pars*) des Gesamtentgelts, der vielleicht nach Kopfteilen berechnet wurde. Natürlich ist nicht die Gruppe als solche Vertragsgegnerin des Arbeitgebers, sondern ihre Mitglieder schliessen mit ihm den Vertrag ab.

Das c. 4 überlieferte *operas locare* ist unrichtig. Schneider verbessert mit Recht *opera*. Es ist nicht zu übersetzen: „du wirst deine Arbeiten leichter vergeben", sondern: „du wirst das, was du herstellen lassen willst", zum Beispiel den Bau eines Hauses, „leichter verdingen". *Opus* ist juristisch nicht die „Arbeit" (als Tätigkeit), sondern das mittels der Arbeiten hergestellte „Werk". Wenn man c. 145, cl. 5 und c. 4 miteinander vergleicht, ergibt sich folgendes Bild:

| c. 145, cl. 3: | | c. 4: |
|---|---|---|
| *Si operarii conducti erunt* | ↖ ↗ | *opera*[*s*] *facilius locabis* |
| *aut facienda locata erit* | ↙ ↘ | *operarios facilius conduces* |

### 3. Das Verbot des Wegschaffens von Brennholz und Oliven sowie des Aneignens von Öl durch den Unternehmer

#### a) Wegschaffen von Brennholz und Oliven

Auf den Unternehmer bezieht sich das Verbot des Wegschaffens von Brennholz und Oliven (c. 144, cl. 9).[12] Es stand erst in den jüngeren Leges über die Olivenlese, die älteren handelten nur von einem Olivendiebstahl der Arbeiter (cl. 4). Dann folgt der Satz: '*qui oleam legerit qui deportarit, in singulas deportationes s*(*estertii*) *n*(*ummi*) *II deducentur neque debebitur*'. Das heisst: „Dem Olivensammler, der (Brennholz oder Oliven) fortschafft, werden für die

[12] Huvelin, S. 242 ff.

einzelnen Trachten zwei Sesterzen abgezogen und (dieser Betrag) wird (ihm) nicht geschuldet werden". Der Relativsatz *qui legerit* ist Subjekt zu *qui deportarit* = *qui legulus deportarit*. Deshalb gehört zwischen die beiden Sätze kein Komma, wie es sich in den Textausgaben von Goetz und Bruns-Gradenwitz findet (Thielscher). Der Redaktor drohte dem Redemptor keine besondere Strafe an. In den Leges über die Ölbereitung dagegen wird dem Unternehmer eine Strafe von vierzig Sesterzen in Aussicht gestellt, falls er sich Öl aneignet (c. 145, cl. 6). Die Wegnahme des wertvollen Öles wurde also viel schwerer bewertet als die Wegnahme von Oliven und Brennholz. Letztere Sachen konnte der Unternehmer als einzelner schwerlich in grösserer Menge mitgehen heissen, ohne dass es dem Aufseher sofort auffiel. Deshalb hat das Deportationsverbot ihm gegenüber mehr den Sinn, dass er den Arbeitern kein schlechtes Beispiel geben soll. Wenn jeder Arbeiter Oliven oder Brennholz, wenn auch nur in geringer Menge, fortnahm, so konnte sich insgesamt doch ein nennenswerter Schaden ergeben. Deshalb wird hier eine Strafe festgesetzt. Löst man die starke Breviloquenz der Fassung auf, so besagt der Satz: Schafft ein Leser Brennholz oder Oliven fort, der vom Unternehmer angeworben ist, so darf der Gutsherr dem Redemptor zwei Sesterzen abziehen; denn es würde ihm ja nichts nützen, dass der Unternehmer die Sesterzen vom Lohn des Arbeiters einbehält. Dadurch hätte allein der Redemptor einen Vorteil, während der Herr leer ausgeht. Der Herr kann den vom Unternehmer eingestellten Arbeitern kein Geld vom Lohn abziehen, da er ihnen nichts schuldet. Zwischen ihm und den Arbeitern besteht nämlich kein Vetragsverhältnis. Soweit nun die Arbeiter in Betracht kommen, entfällt der frühere Eid (cl. 4), der der Ermittlung des Diebes dienen sollte. Zieht der Herr dem Unternehmer zwei Sesterzen ab, so kann dieser denselben Abzug vom Lohn des schuldigen Arbeiters vornehmen.

Der Zahlungsanspruch des Gutsherrn gegenüber dem Unternehmer beruht nicht auf der Bestimmung, dass der Unternehmer für allen Schaden haftet, der durch die Tätigkeit (*opera*) des Redemptors oder seiner Leute angerichtet wird (c. 144, cl. 7; c. 145, cl. 9). Der Diebstahl steht nur in einem äusseren, nicht in einem inneren Zusammenhang mit der Einbringung der Ernte oder dem Keltern. Wohl aber gehört es zu den Vertragspflichten des Unternehmers, nicht nur selbst keine Oliven, Brennholz und Öl wegzu-

nehmen, sondern auch seine Leute entsprechend zu überwachen. Um Streitigkeiten über die Höhe des entstandenen Schadens zu vermeiden, wird ein von vornherein bezifferter Strafanspruch festgesetzt, eine Vertragsstrafe[13].

Das Wort '*deportare*' in der Klausel 9 bedeutet „stehlen". Dafür wird sonst *furari* oder *subripere* gesagt. Huvelin[14] meint, es sei hier mit vollem Bedacht gewählt, weil ja die Möglichkeit bestanden habe, dass der Unternehmer sich mit der Behauptung entschuldigte, er habe die Oliven als die seinen Leuten nach Klausel 14 zustehende Zulage an sich genommen, es fehle also am Diebstahlsvorsatz. Aber 1. darf der Unternehmer sich oder andere nicht eigenmächtig befriedigen, 2. sieht die cl. 14 nur „gesalzene Oliven" vor, während sich das Deportationsverbot auf alle Oliven bezieht, und 3. befindet sich Brennholz nicht unter den *accessiones*. Der Unternehmer konnte also keineswegs geltend machen, das Brennholz habe auf Wunsch der Arbeiter als Ersatz für nicht gewährte Oliven dienen sollen[15].

b) Das Aneignen von Öl

In den Kelterungs-Leges wird genau unterschieden zwischen einem Diebstahl der Ölpresser (*factores*, c. 145, cl. 7) und einer unbefugten Ölentnahme durch den Unternehmer (cl. 6). Der Unternehmer soll kein Öl entnehmen, weder für den eigenen Bedarf noch, um es zu stehlen. Die Entnahme von Öl zum sofortigen Gebrauch wird also nicht als Diebstahl angesehen. Der Unternehmer und seine Leute mussten während der Arbeit natürlich essen und trinken. Öl sollen sie deshalb erhalten, soviel sie benötigen (cl. 11). Zu viel Öl widersteht dem Menschen. Ein übermässiger

[13] Bechmann I, S. 538; F. Leonhard, *Aufrechnung*, S. 20. Vgl. unten S. 375.

[14] A.a.O. S. 244.

[15] Georgescu, *Études* I, S. 55 ff., billigt die Meinung Huvelins S. 243 f., dass *deportare* bei Cato stets nur „fortschaffen" bedeutet ohne jeden kriminellen Beigeschmack. Dies trifft für c. 146, cl. 5 und c. 148, cl. 8 zu, aber, wie im Text dargelegt, nicht für c. 144, cl. 9. *Deportare* ist hier = *subripere* oder *furari*. Der Verfasser der Leges liebt es eben, im Ausdruck zu wechseln. Oliven gehören zu den *accessiones*. Handelt es sich, wie Huvelin und Georgescu erwägen, bei den *ligna* um Lieferungen des Dominus an den Redemptor oder aber um Gerätschaften, die der Unternehmer auf das Grundstück eingebracht hat? Die aufgeworfenen Fragen werden weder von Huvelin noch von Georgescu beantwortet. ***Lignum*** (von *legere*) ist aufgelesenes Holz, Brennholz. — Es gibt eine ganze Reihe von Bezeichnungen für den Begriff „stehlen". Dem Katalog Mommsens, *Strafr.*, S. 734 f., ist aus Cato *deportare* hinzuzufügen.

Verzehr ist also nicht zu befürchten. Aber sie könnten, was sie nicht an Ort und Stelle verbrauchen, mitnehmen, und das wäre Diebstahl. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung werden dem Redemptor vierzig Sesterzen abgezogen. Um diesen Betrag ermässigt sich automatisch seine Forderung. Der Abzug ist bei weitem höher als bei der Olivenernte, weil das Öl sehr viel mehr geschätzt wird als rohe Oliven. Das *uti* bezieht sich auf die in cl. 11 genannte Zulage. Danach steht dem Unternehmer und seinen Leuten für ihren eigenen Bedarf das Öl zu, das sie normalerweise während der Kelterung brauchen. Aber er darf es sich nicht eigenmächtig nehmen. Vielmehr müssen der Gutsherr oder sein Aufseher es ihm geben.

### 4. Einstehen des Unternehmers für angerichteten Schaden

Der Unternehmer ist verpflichtet, die Olivenernte richtig einzubringen (c. 144, cl. 5 und 2) und die Ölbereitung sachgemäss vorzunehmen (c. 145, cl. 2). Er verspricht dem Gutsherrn nicht die Herstellung des Werkes durch eigene Arbeit, sondern muss die dazu erforderlichen Arbeitskräfte beschaffen (c. 144, cl. 11, 12, 8). Seine Verpflichtung geht also auf die gehörige Herstellung des *opus* durch die von ihm angeworbenen Leute. Daraus folgt ohne weiteres, dass er für die Versehen der Arbeiter einzustehen hat[16]. Die Klausel 7 des c. 144 und die Klausel 9 des c. 145 bestimmen nun: der Unternehmer muss den durch seine Tätigkeit (*opera*) entstandenen Schaden ersetzen. Dieser kann einmal unmittelbar durch sein eigenes fehlerhaftes Verhalten (beispielsweise durch verkehrte oder ungeschickte Anordnungen), zum anderen auch durch ein Versehen seiner Arbeiter angerichtet sein. Bei anderer Auslegung würde sich die Stellung des Gutsherrn durch die jüngeren Leges ohne ersichtlichen Grund verschlechtert haben. Denn nach der Klausel 6 der älteren Leges über die Olivenernte haftet der Unternehmer für die unversehrte Rückgabe der Leitern. Er muss demgemäss auch dafür einstehen, wenn seine Arbeiter die Leitern

[16] Vgl. Karlowa II, S. 648 f. Genau so entschied das klassische Recht. Gaius D. 19,2,25,7 (*lib. 10 ad ed. prov.*) schreibt:

> *Qui columnam transportandam conduxit, si ea [dum tollitur aut portatur aut reponitur] fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit.*

Dieses Fragment bildete übrigens die Basis der gemeinrechtlichen Lehre der Haftung für Erfüllungsgehilfen. Vgl. Kaser, *RPR.* I, 476 A. 64 mit Lit; Mayer-Maly a.a.O. 28 f.

beschädigt haben. In den neueren Leges sind die Leitern oder andere Geräte nicht mehr besonders genannt. Es ist nur gesagt, dass jeder Schaden, der dem Gutsbesitzer durch die *opera* des Unternehmers erwächst, nach dem Urteil eines Ehrenmannes vom Unternehmer vergütet werden muss[17].

Wie Ulpian D. 19,2,19,2 (*lib. 32 ad ed.*) berichtet, hat Neratius sich in einem in Briefform erstatteten Gutachten mit der Frage befasst, welches Gerät der Verpächter eines Gutes dem Pächter stellen muss, auch wenn darüber im Vertrag nichts ausdrücklich vereinbart ist. Das Gutachten besagt, dem Pächter müssten auf jeden Fall Fässer, eine Kelter und ein Kollergang mit den nötigen Tauen gestellt werden. Dann heisst es weiter:

> '*quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit, ex locato eum teneri*'.

Die Bestimmungen der Catonischen Leges, dass der Unternehmer und der Käufer der Oliven auf dem Baum für Beschädigung der Gerätschaften des Gutsherrn einzustehen haben (c. 144, cl. 7; c. 145, cl. 9; c. 146, cl. 6), gelten also zugunsten des Verpächters auch ohne besondere Abrede, weil sie durch lange Verkehrssitte Bestandteil des objektiven Rechts geworden sind. Eine besondere *peritia* wird vom Pächter nicht verlangt. Er haftet daher nicht für *imperitia*, sondern muss *culpam praestare*, d.h. für allen Schaden aufkommen, wenn er sich durch unachtsame Behandlung die unversehrte Rückgabe der Gegenstände unmöglich macht. Ein „Verschulden" ist nicht erforderlich. *Culpa* ist vielmehr als objektives Haftungskriterium zu verstehen[18].

### 5. Zwei technische Klauseln

*L. Manlius* hat eine grosse Kelterei, in der sechs Keltern miteinander verbunden sind. Der Unternehmer darf und soll sie alle benutzen (c. 145, cl. 2):

*Si sex iugis vasis opus erit, facito.*

Ausserdem soll er mit Kollergängen arbeiten (c. 145, cl. 4):

*Trapeti facito*[19].

[17] Vgl. unten S. 376, 378.

[18] Vgl. Kaser a.a.O. S. 424 mit Lit. A. 25; Mayer-Maly a.a.O. S. 29, 121 f.

[19] Bruns-Gradenwitz II[7], S. 48, setzen den Ablativus instrumenti: *trapetis*. Aber die Verbesserung ist, worauf Thielscher hinweist, überflüssig. *Trapeti* ist der Locativus und hat pluralische Bedeutung.

*Manlius* wünscht, dass der Unternehmer nicht mit Ölmühlen (*molis*), sondern auf Kollergängen arbeitet. Auf diese Weise sollen die Oliven entkernt werden. Vielleicht waren die Ölmühlen damals technisch noch nicht genügend durchgebildet und bestand deshalb die Gefahr, dass mit dem Fleisch auch die Kerne (*nuclei*) zermalmt wurden, die den Geschmack des Öls verderben[20].

Schliesslich behält sich der Gutsherr vor, die Herstellung von grünem Öl zu verlangen (c. 145, cl. 10):

*Si virde*[*m*][21] *oleum opus siet, facito.*

## IX. Leges mit Wirkung für und gegen Dritte

### 1. Das Direktionsrecht zugunsten des Käufers der Olivenernte

Auch der Käufer der Olivenernte soll berechtigt sein, Anweisungen für die Durchführung der Arbeit zu erteilen (c. 144 A, cl. 2), und auch er darf solche Kelterer zurückweisen, die ihm nicht genehm sind (c. 145, cl. 3). Allerdings kann man durch *pactum* und *stipulatio* für einen Dritten nichts ausbedingen, weil ein Schuldverhältnis Wirkungen nur zwischen den aktiv und passiv beteiligten Parteien erzeugt. Aber erst Q. Mucius Scaevola (Konsul 95 v. Chr.) scheint in dieser Beziehung die *legis dictio* beiden Geschäften gleichgestellt zu haben[1]. Er spricht in seinem *liber singularis* ὅρων den Grundsatz aus:

> *nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*[2].

Dagegen vermochten die Leges des staatlichen Verdingungsrechts auch auf einen fremden Rechtskreis einzuwirken[3]. Der Leitsatz des Scaevola erklärt sich daraus, dass die Leges keinen grösseren Wirkungsbereich haben sollten als das Typengeschäft, dessen

[20] Vgl. Columella 12, 51, 2; 52, 6; Cato c. 22, 1; 66, 1; 67, 1.

[21] Bruns-Gradenwitz II⁷, S. 49 A. 1.

[1] Vgl. Pernice, *Labeo* III 1, S. 110.

[2] D. 50, 17, 73, 4. Dazu oben S. 252 mit A. 69. Die schon des öfteren bemerkte Nichterwähnung der Kontrakte (vgl. Wesenberg a.a.O. S. 8 ff.) lässt sich vielleicht damit erklären, dass man sich die vom normalen Vertragsinhalt abweichende Benennung eines Dritten in einem *bonae fidei*-Geschäft nur als Nebenabrede (*pactum*) denken konnte, die gleichzeitig dem Hauptvertrag getroffen wurde. Zu Q. Mucius Scaevola siehe Wenger, *Quellen*, S. 481 f. mit Lit.

[3] Vgl. oben S. 240.

Durchführung sie dienten. Aus der *locatio conductio* aber konnten „angesichts ihrer streng obligationenrechtlichen Konzeption" direkte Rechtsverhältnisse zwischen den Vertragspartnern auf der einen und Dritten auf der anderen Seite nicht entstehen[4].

## 2. Leges zu Lasten der Arbeiter

Der Redemptor sagt nicht nur die Arbeit schlechtweg zu, sondern verspricht das Arbeitsresultat (*opus*) selbst. Bei der Art und dem Umfang der Arbeit gilt es als selbstverständlich, dass sie grösstenteils durch Dritte zu verrichten ist. Die Tätigkeit des Unternehmers besteht hauptsächlich nur in der Direktion der Arbeit der Hilfskräfte. Ihre Mitwirkung wird sogar ausdrücklich vereinbart und dem Redemptor die Heranziehung einer bestimmten oder der erforderlichen Anzahl von Gehilfen zur Pflicht gemacht (c. 144, cl. 11, 12, 8). Versprochen hat aber den Arbeitserfolg allein der Redemptor, nicht die bei der Verrichtung mitwirkenden Dritten. Er stellt sie an. Ihre Mitarbeit erfolgt auf Grund einzelner Dienstverträge oder auch Gruppenwerkverträge. Sie sind Arbeitnehmer des Redemptors und ihm gegenüber verpflichtet, die vereinbarte Arbeit zu leisten. Er schuldet ihnen die versprochene Vergütung. Soweit die Arbeiter vom Gutsherrn angestellt sind (c. 144, cl. 8; c. 145, cl. 5), muss sie der Unternehmer sie beschäftigen und den vom Gutsherrn geschuldeten Lohn zahlen (c. 144, cl. 8; c. 145, cl. 5). Dadurch treten sie zu ihm in persönliche Beziehungen und sind verpflichtet, seinen Weisungen zu folgen. Sie sind zwar nicht *de iure*, wohl aber *de facto* seine Gehilfen. Es erhebt sich die Frage, ob der Unternehmer auch für sie dem Gutsherrn haftet, wenn sie bei der Arbeit Schaden anrichten (c. 144, cl. 7; c. 145, cl. 9). Eine Haftung ist wohl zu verneinen, da der Unternehmer diese Leute nicht selbst ausgesucht hat, sie also nicht auf ihre Zuverlässigkeit und Tüchtigkeit prüfen konnte.

Da die Arbeit im Gutsbetriebe des Dominus zu verrichten ist, treten die vom Redemptor angestellten Gehilfen in unmittelbare persönliche Beziehugen zum Vertragspartner ihres Arbeitgebers. Diese persönlichen Beziehungen ermöglichen es dem Dominus, in die an sich dem Redemptor zustehende Direktion der Arbeit seiner Gehilfen einzugreifen. Eine solche Befugnis ist ihm in den Leges ausdrücklich eingeräumt (c. 144, cl. 2, 5; c. 145, cl. 2). Ferner

[4] Vgl. Mayer-Maly a.a.O. S. 30.

ist dem Gutsherrn das Recht zugestanden, Gehilfen, die ihm nicht passen, von der Kelterung auszuschliessen (c. 145, cl. 3).

Eine die Direktion betreffende Sondervorschrift befasst sich mit dem Beginn der Ernte. Es besteht die Möglichkeit, dass der Unternehmer mit der Ernte beginnt, bevor die Oliven richtig reif sind. Dagegen schützt sich der Gutsherr durch die Klausel 3 des c. 144[5]. Der Unternehmer soll erst auf Geheiss des Herrn oder seines Aufsehers anfangen.

Es kann aber auch sein, dass der einzelne Arbeiter dem Verbot zuwider handelt. Dann wird für die Oliven, die er an dem betreffenden Tage gesammelt hat, „niemand" etwas zahlen, und es wird auch nichts geschuldet werden. Die Olivenleser standen vermutlich im Akkordlohn. Er wird nicht nach der Länge der Arbeitszeit (Zeitlohn) bemessen, sondern nach dem erzielten Arbeitsergebnis. Das '*nemo*' bezieht sich auf den Redemptor und Gutsherrn[6]. Der Arbeiter wird mit der Nichtauszahlung des Akkordlohnes bestraft, den er an dem betreffenden Tage verdient hat; der Gutsherr zahlt nichts an den Unternehmer für die Leistung des Arbeiters[7].

Alle Olivenleser sollen dem Gutsherrn oder seinem Aufseher schwören, dass weder sie selbst von dem Gute Oliven gestohlen haben noch jemand anders mit ihrem *dolus malus* (c. 144, cl. 4)[8]. Die Grundlage des Eides ist der Glaube der damaligen Zeit, die Gottheit werde den Meineidigen selbst strafen, wann und wie sie wolle. Eine fromme Scheu hat sicherlich auch leichtsinnige und bösartige Naturen davon abgehalten, einen falschen Eid zu leisten. Huvelin[9] übersetzt '*suo dolo malo*' „mit ihrem Wissen" (à sa connaissance). Aber das Wort *dolus malus* bedeutet nicht blosse Kenntnis. Im vorliegenden Fall kann nur die Anstiftung oder Beihilfe gemeint sein[10], wofür später die asyndetische Verbindung *ope*

[5] *Stringito, verberato* beziehen sich auf den Redemptor: Huvelin S. 243 A. 1. Die beiden Verben haben hier einen kausativen Sinn.

[6] Vgl. Huvelin S. 240 A. 2.

[7] Siehe S. 262 f.

[8] Das *esse* bei Bruns-Gradenwitz II, S. 48 ist ein Druckfehler (statt *sese*): vgl. c. 144, cl. 4: *sese oleam non subripuisse.*

[9] A.a.O. 242.

[10] Karlowa II, S. 787 A. 2. Dagegen Huvelin, *Études* I, S. 242 A. 1. Nach Kniep, *Gai institutionum commentarius tertius* §§ 88—225, S. 461, kann sich das *quemquam suo dolo* nur auf die Anstiftung beziehen.

*consilio* gebraucht wurde[11]. „Wenn einer von den Arbeitern die Leistung des Eides verweigert, wird ihm niemand (*nemo*) für seine ganze Lese das Geld zahlen; es wird auch nicht geschuldet werden". Der Gutsherr schliesst den Vertrag mit dem Redemptor ab, der seinerseits die Leute stellt. Den Arbeitern selbst schuldet der Gutsherr also nichts[12]. Das *nemo* dürfte daher bedeuten: Der Gutsherr zahlt nichts an den Unternehmer für die Leistung des einzelnen Arbeiters. Denn für Diebstähle muss der Redemptor auf Grund seiner vertraglichen Überwachungspflicht einstehen[13]. Die Masseinheit für den Werklohn des Unternehmers bildete anscheinend der Olivenscheffel (c. 144, cl. 10), er bestimmte sich in seiner Gesamthöhe also danach, wieviel Scheffel gemessen wurden. Der Gutsherr zieht nun vom Werklohn den Preis der von dem ungehorsamen Arbeiter gesammelten und nach dem Olivenscheffel gemessenen Menge ab. Die Merces des Unternehmers richtet sich nach der Zahl der gefüllten Masskörbe. Sie bestand in dem Lohn, den er den Arbeitern für jeden Scheffel zahlte, sowie dem auf jeden Scheffel für ihn hinzutretenden Unternehmerzuschlag. Derjenige Unternehmer blieb Sieger in der Lizitation, der pro Korb am wenigsten verlangte. Hat sich ein Arbeiter durch Verweigerung des Eides für schuldig bekannt, so erhält er vom Unternehmer keinen Lohn[14].

Eine parallele Bestimmung begegnet in c. 145, cl. 7. Die Kelterer sollen alle vor dem Gutsherrn oder dessen Aufseher schwören, sie hätten vom Gut des *Lucius Manlius* weder Oliven noch Öl entwendet und auch kein anderer auf ihre Anstiftung oder mit ihrer Beihilfe. Verweigert einer die Leistung des Eides, dann wird der ganze auf ihn entfallende Anteil am Gesamtlohn[15] abgezogen und auch nicht geschuldet werden (*quae eius pars erit, omne deducetur neque debebitur*). Der Gutsherr kürzt die Merces des Unternehmers in Höhe dieser Lohnsumme, der Unternehmer seinerseits zahlt den Lohn nicht aus.

Privatrechtliche Leges zu Lasten Dritter ohne ihre Zustimmung würden gegen die römische Rechtsanschauung von der individuellen Freiheit und Selbständigkeit des einzelnen Bürgers verstossen.

[11] Pernice, *Labeo* II 1², S. 141 f.
[12] Vgl. Bekker S. 430.
[13] Vgl. oben S. 278 f.
[14] Huvelin S. 240 A. 2; siehe auch A. 3.
[15] Vgl. oben S. 277.

Soweit sie unmittelbar in das Arbeitsverhältnis zwischen dem Redemptor und seinen Gehilfen eingreifen, haben sich ihnen die Gehilfen dadurch unterworfen[16], dass sie in den Betrieb des Vertragspartners ihres Arbeitgebers eintreten. Eine sausdrücklichen Vorbehalts in den vom Redemptor mit ihnen geschlossenen Verträge bedarf es also nicht[17].

Endlich ist auch die dem Redemptor für den zu erbringenden Arbeitserfolg versprochene Vergütung von vornherein zum Teil unmittelbar auf die Arbeit der Gehilfen bezogen. Denn der Gutsherr verpflichtet sich dem Unternehmer gegenüber, neben der Geldvergütung für die Olivenleser bestimmte Zulagen zu entrichten, und zwar auf je 1200 Scheffel 5 Scheffel gesalzene Oliven sowie 9 Pfund reines Öl; im Hinblick auf die ganze Ernte: 5 Sesterzen sowie 5 Krüge (= 130, 45 Liter) Essig. Was sie an gesalzenen Oliven nicht erhalten, dafür bekommen sie für je einen Scheffel einen Sesterz (c. 144 B, cl. 14). c. 67,1 a.E. wird vom Aufseher gesagt, er solle den Kelterern von jedem Keltergang (*factus*) einen Sextar Öl zum Verzehren und genügend Öl für die Lampe geben. Hier kelterte der Gutsherr noch selbst. Jetzt soll der Unternehmer für sich und seine Leute das nötige Öl und Salz für den eigenen Gebrauch empfangen (c. 145, cl. 11). Eigenmächtige Entnahme wird streng geahndet (cl. 6). Die Kelterer erhalten ausserdem eine Zulage von 2 Viktoriaten (*vasarium*) dafür, dass sie die Keltern in Ordung halten[18].

### 3. Die Klausel zu Lasten der Gesellschafter des Unternehmers

Wenn sich mehrere Geschäftsleute zu einer Gesellschaft zusammentun, um bei den Gutsbesitzern die Olivenernte einzubringen oder die Oliven zu keltern, so geben sie damit ihren Willen kund, sich den Bedingungen zu unterwerfen (*accipere*), die für ihren Obmann gelten, soweit die Wirkungen auch sie treffen sollen. Damit werden die Gesellschafter aber nicht Vertragspartei. Auch auf dem Gebiet

[16] Vgl. Alfenus D. 19, 2, 30, 4: *Colonus villam hac lege acceperat, ut .... .*

[17] Vgl. Huvelin, *Études sur le furtum I*, S. 241 A. 2. Er meint, das Recht habe damals noch nichts von der Nichtigkeit solcher Klauseln zu Lasten Dritter gewusst; durch ihre Aufnahme in die Einzelverträge hätten sich jedenfalls alle diesbezüglichen Schwierigkeiten beseitigen lassen (zustimmend Georgescu, *Leges privatae*, S. 135 A. 2).

[18] Vgl. Keil, *Commentarius*, S. 157.

des Gesellschaftsrechts war eine direkte Vertretung eines Gesellschafters durch den andern ausgeschlossen[19].

Es handelt sich um die Klausel 13 des Kapitels 144, deren Sinn allerdings sehr umstritten ist. Sie lautet:

*Ne quis concedat, quo olea legunda et faciunda carius locetur, extra quam si quem socium inpraesentiarum dixerit. si quis adversum ea facerit, si dominus aut custos volent, iurent omnes socii. si non ita iuraverint, pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit neque debebitur ei qui non iuraverit.*

Mommsen[20] übersetzt und erläutert:

„Es soll [bei der Lizitation von Unternehmungslustigen] niemand zurücktreten, um zu bewirken, dass die Olivenlese und Presse teurer verdungen werde, ausser wenn [der Mitbieter den andern Bieter] sofort als seinen Kompagnon namhaft macht. Wenn dagegen gefehlt zu sein scheint, so sollen auf Verlangen des Gutsherrn oder des von ihm bestellten Aufsehers alle Kompagnons [derjenigen Assoziation, mit welcher der Akkord abgeschlossen worden ist,] beschwören [nicht zu jener Beseitigung der Konkurrenz mitgewirkt zu haben]. Wenn sie den Eid nicht schwören, wird der Akkordpreis nicht gezahlt".

Gesner hat die Klausel für völlig unverständlich erklärt. Bekker[21] hält sie eher für mehrdeutig; er betrachtet dies freilich als ein Zeichen, dass die richtige Deutung noch nicht gefunden sei. Seine Ausführungen verraten eine grosse Unsicherheit. Er meint, die Klausel lasse sich so interpretieren, dass die Leute nicht dorthin gehen sollten, wo sie beim Sammeln und Pressen der Oliven mehr zu verdienen glaubten. Aber es sei bedenklich, den Ausdruck '*socius*' vom einzelnen Arbeiter zu verstehen, zumal dann entweder cl. 3 oder cl. 8 als überflüssig erscheine. Er erwägt zweifelnd, ob zwischen dem Redemptor, der mit dem Gutsherrn kontrahiert, und den Arbeitern Dienstmiete oder ein Gesellschaftsvertrag bestehe. Juristisch sei beides möglich, aber Ar-

[19] Kunkel, *RPR.*, S. 242.

[20] *RG.* I[14], S. 852 Sternanm. Mommsens Ansicht schliessen sich Keil, *Commentarius*, S. 152 f., und Ferrini, *Opere* III, 1929, S. 38 ff., an. Ferrini verteidigt sie gegen die Einwendungen Bekkers und Pernices.

[21] A.a.O. S. 429 ff., 433.

beiterassoziationen erweckten doch wegen ihrer Ähnlichkeit mit modernen Verhältnissen einen allzu starken Verdacht gegen sich. Übrigens ergebe die Analogie der '*socii navales*', dass man den Ausdruck '*socii*' auf die Arbeiter beziehen könne, ohne eine Gesellschaft zwischen ihnen und dem Redemptor vorauszusetzen.

Sollten die *socii*, fährt Bekker fort, nicht Arbeiter sein, so müssten sie Mitunternehmer des Redemptors werden. Er übersetzt: „Kein Mitredemptor soll zur Verteuerung des Geschäfts hinzutreten, ausser wenn er sofort als *socius* namhaft gemacht ist". Dagegen erhebt er nun selbst eine Reihe an sich berechtigter Einwendungen: Der Herr brauche doch gar nicht ausser mit dem Redemptor noch mit einem von dessen *socii* den Vertrag abzuschliessen, und wenn er es tue, sei nicht einzusehen, inwiefern dadurch die *locatio conductio operis* verteuert werde. Auch frage man sich vergeblich, was denn nun plötzlich sämtliche Gesellschafter des Redemptors beschwören sollten. Alle diese Probleme tauchen aber nur deshalb auf, weil Bekkers Übersetzung falsch ist. Es handelt sich gar nicht darum, dass die Lokation auch mit einem *socius* des Redemptors abgeschlossen wird.

Mommsens Auslegung hält Bekker ebenfalls für unbefriedigend. Er macht zunächst geltend, sie werde durch keine ähnliche Klausel der anderen Leges unterstützt. Dieses Bedenken ist nicht ganz zutreffend. Die Klausel gilt sowohl für die Lese- wie für die Kelterungsbedingungen und konnte im Einzelfall mühelos auch in die sonstigen Leges aufgenommen werden, falls eine Versteigerung stattfinden sollte. Von einer Auktion spricht ausdrücklich nur c. 146, das den Verkauf der Oliven auf dem Baum betrifft. Wir sind aber nicht berechtigt, daraus zu schl'essen, dass bei den sonstigen Leges keine Auktionen vorkamen[22]. Bekker hat jedoch auch Bedenken gegen das Resultat, das sich aus Mommsens Interpretation ergibt: Verteuerung der Arbeit durch Zurücktreten eines anderen Unternehmungslustigen sei nur denkbar, wenn der andere Konkurrent nicht zu den Kompagnons des ersten gehöre; daher werde kaum ein Fall zu finden sein, wo von der Exzeptionsklausel praktisch Gebrauch gemacht werden könnte. Gewiss setzt nun ein Zurücktreten voraus, dass die Bietungslustigen keine Gesellschafter sind; es muss ja zwischen ihnen eine Konkurrenz möglich sein. Aber der eine Bieter darf sie nicht durch

[22] Vgl. oben S. 256 unten S. 301 ff.

irgendwelche Versprechungen, sondern nur dadurch ausschalten, dass er den andern ohne Zögern bei Abschluss des Vertrages dem Herrn als seinen *socius* namhaft macht. Man könnte, so meint Bekker ferner, den Unternehmer, mit dem dann der Vertrag zustande komme, nicht für das verantwortlich machen, was seine Konkurrenten vor Vertragsschluss getan hätten. Aber darum geht es gar nicht, wie noch zu zeigen sein wird. Es sollen auch nicht sämtliche Gesellschafter in den Vertrag eintreten. Er wird, insoweit ist Bekker gegenüber Mommsen zuzustimmen, nur mit dem Redemptor geschlossen.

Pernice[23] versteht unter den *socii* freie Arbeiter, die Anteil am Gewinn des Unternehmers haben, und identifiziert sie mit den sonst erwähnten *leguli* und *factores*. Er stellt sich das Verhältnis ähnlich vor, wie das der landwirtschaftlichen Arbeiter, an deren Spitze ein Meister (Vorschnitter) steht, mit dem es der Gutsherr allein zu tun hat. Pernice hält — freilich „mit allem Vorbehalt" — zwei Deutungen der Klausel für denkbar: 1. Kein *socius* soll aus der Arbeit gehen, um eine teurere Verdingung der Ernte herbeizuführen. Danach würde es sich um einen Streik handeln, mit dessen Hilfe eine höhere Vergütung erreicht werden soll. Der Streik soll nach Pernice dadurch vereitelt werden, dass derjenige, der die Arbeit niederlegt, sofort einen Ersatzmann stellt. 2. Kein *socius* soll dorthin gehen, wo man besser zahlt: *quo* (*loco*) *olea carius locetur*. Damit würde sich, glaubt Pernice, die zweite Stelle, an der *socius* vorkommt (c. 145, cl. 8), gut zusammenreimen: andere als dem Verpächter genehme Arbeiter soll der Redemptor nicht halten. Diese Ansicht ist folgerichtig; denn die Klausel 8 muss sich derselben Auslegung fügen wie die Klausel 13 des c. 144[24]. Dann aber würde die Klausel 8 überflüssig sein und eben Gesagtes lediglich wiederholen[25]. Es wird nämlich schon in der Klausel 3 des c. 145 bestimmt, dass die Arbeiter dem Aufseher, dem Käufer der Olivenernte und — so darf man ergänzen — auch dem Gutsherrn genehm sein müssen. Denn eine beabsichtigte Ausschaltung des Dominus ist mehr als unwahrscheinlich.

[23] *ZSSt.* 3, S. 50 mit A. 1.

[24] Bekker, S. 430.

[25] Übereinstimmend Arangio-Ruiz, *Società* (1950), S. 24 A. 4. Rezension des Buches: Wieacker, *ZSSt.* 69, S. 488 ff.; Kaden, *Iura* 2, S. 230 ff.

Vor Pernice hatte bereits Lastig[26] unter den *socii* freie Arbeiter verstanden. Er erblickt in der *societas* Catos eine „einseitige" Arbeitsgesellschaft. Der *manceps* sei allein der Unternehmer und Geschäftsherr. Die Arbeiter (*leguli*, *strictores*, *factores*) seien ihm subordiniert, seine *socii*. Ihnen stehe eine Quote der dem Unternehmer vom Gutsherrn versprochenen *merces locationis* zu. Nach Lastig sind die Arbeiter dem Unternehmer gegen Teilnahme am Geschäftsgewinn zu Dienstleistungen verpflichtet, sie sind seine *socii*, nicht umgekehrt auch er ihr *socius*. Daher einseitige Arbeitsgesellschaft. Lastigs Konstruktion haben Ferrini[27] und Arangio-Ruiz[28] mit Recht abgelehnt. Seine „einseitige Arbeitsgesellschaft" ist ein unnatürliches Zwittergebilde, und die Subordination der *socii* unter den Geschäftsherrn widerspricht dem Wesen der Gesellschaft. Ausserdem wird der Vertrag zwischen dem Unternehmer und seinen Arbeitern als *locatio conductio* bezeichnet. Darauf deuten die cl. 8 des c. 144 sowie die cl. 5 des c. 145 hin[29].

Unabhängig von Pernice ist auch Thielscher[30] zu der Auslegung gelangt, kein Arbeiter (*socius*) solle dorthin abwandern, wo die Ernte teurer vergeben werde, es sei denn, dass er sofort einen Arbeitskameraden (als Ersatzmann) stellt[31]. Wenn einer dem zuwider handelt, sollen alle Arbeiter schwören, nicht ebenfalls wegzugehen. Verweigern sie den Eid, so bekommen sie den bereits erarbeiteten Lohn nicht ausgezahlt. Den Ausdruck *socius* in c. 145, cl. 8 deutet Thielscher anders als Pernice: Der Unternehmer soll keinen Genossen (als Helfer) haben, mit dem der Gutsherr oder sein Aufseher nicht einverstanden sind. Nach Pernice und Thielscher sollen die Arbeiter promissorisch schwören zu bleiben (*sese non concessuros*), wenn bereits einer abgewandert ist. Es besteht dann also von Anfang an der Verdacht, dass Arbeiter abwandern. Aus diesem Grunde wird das Verbot '*ne quis concedat*' ausgesprochen.

[26] *ZHR.* 24 (1879), S. 410 f.

[27] A.a.O. S. 37.

[28] A.a.O. S. 24.

[29] Karlowa II, S. 650 f.; Ferrini, S. 43 f.

[30] Er wurde erst durch mich auf den Aufsatz von Pernice aufmerksam, nachdem er mir vorher seine Ansicht vorgetragen hatte.

[31] Huvelin, S. 240 lässt es dahingestellt, ob die *operarii* (*leguli*, *strictores*) Gesellschafter oder Angestellte des Redemptors sind („associés ou employés du redemptor").

Gegen die Interpretation Pernices und Thielschers müssen folgende Einwendungen erhoben werden:

1. Das Wort *socius* ist nach der Person des Schriftstellers (Cato war Jurist) und im Hinblick darauf, dass es sich in einem juristischen Formular findet, nicht in seiner vulgären, sondern in seiner rechtlichen Bedeutung zu verstehen. Der Ausdruck *societas* = Gesellschaft war jedem Römer damals genau so geläufig wie *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mutuum*, *depositum*, *pignus* und vieles andere mehr. Gewiss gibt es, worauf Bekker[32] hinweist, den Ausdruck '*socii navales*' („zur See fahrende Kameraden"). Er ist in den allgemeinen Sprachgebrauch übergegangen („Seeleute"). Mögen die Landarbeiter sich untereinander *socii* (*operarii*) genannt haben oder nicht, jedenfalls liegen sonst keinerlei Zeugnisse dafür vor, die beweisen, dass diese Benennung auch von den Gutsherren oder anderen Arbeitgebern verwendet wurde. Es hätte andernfalls überaus nahe gelegen, den Ausdruck *socii omnes* auch in den übrigen Eidesklauseln (c. 144, cl. 4 und c. 145, cl. 7) zu gebrauchen.
2. Wenn zu befürchten steht, dass Arbeiter abwandern, ist es sinnvoll, sie vor Beginn der Arbeit schwören zu lassen und nicht erst dann, wenn einer von ihnen gegen das Abwanderungsverbot verstossen hat[33]. Man denkt dabei unwillkürlich an das Sprichwort von dem Kind, das in den Brunnen gefallen ist.
3. Dass „Arbeiter" und „*socius*" nicht identisch sind, beweist auch ein Vergleich zwischen den cl. 3: *Homines eos dato....* und 8: *Socium ne quem habeto....* des Kapitels 145. Die cl. 8 wäre dann nämlich überflüssig, weil, was sie für einen speziellen Fall sagt, schon durch die generelle Klausel 3 gesagt worden ist. Es geht nicht an, demselben Wort *socius* nun wieder einen anderen Sinn beizulegen, es jedesmal in verschiedener Bedeutung zu übersetzen, bloss um die unrichtige Interpretation zu retten. Die Übersetzung „Gesellschafter" drängt sich geradezu von selbst auf. Der Unternehmer konnte die Beaufsichtigung des regelmässig Tag und Nacht vor sich

[32] A.a.O. 431.
[33] Vgl. Ferrini a.a.O. S. 43.

gehenden Kelterns nicht allein bewältigen, sondern musste zur Unterstützung seine Mitgesellschafter heranziehen. Deshalb wurde in den Lokationsbedingungen dem Gutsherrn ein entscheidender Einfluss auf die Auswahl der Gesellschafter eingeräumt[34].

4. Wenn sonst ein assertorischer Eid nur von den Arbeitern verlangt wird (c. 144, cl. 4; c. 145, cl. 7), so zwingt dies keineswegs zu dem Schluss, dass nun auch der Eid der cl. 13 von den Arbeitern gefordert wird.
5. *Oleam legundam et faciundam locare* heisst: dass Ernten und Keltern der Oliven als Gesamtwerk (*opus*) vergeben. Ein einzelner Arbeiter, der abwandert, kann dieses *opus* gar nicht anderswo übernehmen. Das kann nur ein Redemptor oder allenfalls eine geschlossene Gruppe von Arbeitern.

Mommsen gebührt das Verdienst, überhaupt die Möglichkeit eines Verständnisses der umstrittenen Klausel geschaffen zu haben. Gefördert ist die Lösung des Problems dann vor allem durch Karlowa[35]. Er gibt keine wörtliche Übersetzung, ihm kam es vielmehr nur darauf an, den Sinn der Stelle herauszuarbeiten:

„Keiner der künftigen Bieter soll anderen, welche ihn unterbieten könnten, irgendwelche Konzessionen machen[36], zu dem Zweck, dass ihm (durch Beseitigung der Konkurrenz) das betreffende Werk zu einem teurern Preise in Verding gegeben werde, mit der Ausnahme jedoch, dass er den, welcher ihm durch Unterbieten Konkurrenz machen will, zur Beseitigung der Konkurrenz zu seinem *socius* annehmen darf, ihn dann aber sofort bei der Übernahme des *opus* als seinen *socius* dem *locator* benennen muss".

[34] Vgl. Karlowa II, S. 657 A. 1.

[35] II, S. 650.

[36] So verstehen auch Bruns-Gradenwitz a.a.O. S. 48, Fussnote 2, die Stelle: *ne quis conductor paciscatur cum alio, ut a conducendo abstineat.* Ebenso Mitteis, *RPR.* I, S. 179; Rabel, *Grundzüge*, S. 502; Kaser, *RPR.* I, S. 467 A. 104. Auch Trumpler, *Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen*, 1906, S. 27, interpretiert die Klausel 13 dahin dass es dem Redemptor und seinen Gesellschaftern verboten ist, Dritte durch das Versprechen eines Anteils am Gewinn vom Mitbieten abzuhalten. Trotzdem überzeugen ihn die Erklärungen Mommsens und Karlowas nicht, aber nur aus dem Grunde, weil der Passus *extra quam si — dixerit* nach seiner Ansicht im vorliegenden Kontext keinen Sinn gibt. Deshalb will er vor *extra quam* nach Analogie des c. 145, cl. 8 einschalten: '*socium ne quem habeto*'.

Die Klausel entstammt den *leges locationis*, die vor der Versteigerung bekannt gegeben wurden[37]. Die Unternehmergesellschaften machten sich zunächst untereinander scharfe Konkurrenz, indem sie sich gegenseitig unterboten. Dies lag wohl im Interesse der Gutsherren, aber nicht der Unternehmer. Deshalb trafen die Redemptores vor den einzelnen Auktionen Vereinbarungen, um die verderbliche Konkurrenz weitgehend auszuschalten. Sie konnten sich beispielsweise gewisse Abstandsgelder bewilligen. Es war auch denkbar, dass sie, wenn die Erntezeit herannahte, das Bieten auf den einzelnen Auktionen unter sich verteilten. Auf diese Weise wurde die Vergebung der Ernte für die Gutsherren verteuert; denn sie waren ja gezwungen, mit einem Redemptor abzuschliessen; sonst drohte die Ernte zu verkommen. Verständlicherweise setzten sie sich gegen die angedeuteten Konventionen der Unternehmer zur Wehr. Auf diesem wirtschaftspolitischen Hintergrund beruht die in Rede stehende Klausel. Damit der Dominus ins Bild gesetzt wird, soll der Redemptor ihm den Mitbewerber, der zurückgetreten ist, sofort als neuen *socius* namhaft machen. Wenn der Verdacht entsteht, dass jemand gegen das Verbot des *concedere* verstossen hat, sollen alle Gesellschafter des Redemptors, mit dem der Vertrag abgeschlossen ist, auf Verlangen des Herrn oder seines Aufsehers einen Schwur leisten. Der Wortlaut des Eides fehlt. Er ist etwa folgendermassen zu rekonstruieren: ***iuro me cum eo, qui in licitatione hanc oleam legendam et faciendam redimere cupiebat et concessit, non pactum esse, ut mancipis mei gratia a conducendo abstineret*** = „Ich schwöre, mit dem zurückgetretenen Bietungslustigen wegen der Olivenlese und Ölherstellung, um die es sich handelt, keine Vereinbarung getroffen zu haben, damit er zu Gunsten meines Redemptors vom Bieten Abstand nahm". Der Unternehmer selbst schwört, er habe mit dem zurückgetretenen Bietungslustigen nicht vereinbart, dass er sich zu seinen Gunsten nicht an der Versteigerung beteiligte, noch einen andern zu einer solchen Abmachung veranlasst. Verweigern sämtliche Gesellschafter die Eidesleistung (*si non ita iuraverint*), so erhält der Unternehmer keinen Werklohn; schwört einer nicht, dann mindert sich der Werklohn um den auf ihn entfallenden Anteil. Der betreffende Gesellschafter erhält daher bei der Auseinandersetzung nichts. Da Verträge zwischen den Beteiligten über die Abstandnahme vom Mitbieten

[37] Karlowa a.a.O. Vgl. oben S. 255 f..

streng geheim gehalten und hinter dem Rücken des Verteigerers geschlossen werden, ist der Gutsherr darauf angewiesen, den Sachverhalt durch Auferlegung eines Eides zu erforschen.

Nach alledem ist die Klausel[38] etwa folgendermassen zu übersetzen:

„Es soll niemand (von der Teilnahme an der Versteigerung) abstehen[39], damit[40] das Einbringen und Verarbeiten der Olivenernte teurer vergeben wird, es sei denn, dass jemand von der Versteigerung zurücktritt, den er (nämlich der andere Bieter, zu dessen Gunsten die Abstandnahme erfolgt ist) sogleich (dem Gutsherrn) als seinen (neuen) Gesellschafter benennt": *extra quam si*[41] (*quis concesserit,*) *quem socium inpraesentiarum dixerit.*

Es geht weiter:

„Wenn einer (von den Bietungslustigen) dagegen verstossen hat (nämlich sich nicht an der Versteigerung beteiligt hat, ohne dass der andere Bieter, zu dessen Gunsten die Abstandnahme erfolgt und mit dem der Vertrag zustande gekommen ist, ihn zu seinem *socius* gemacht und dem Gutsherrn als solchen benannt hat), sollen auf Verlangen des Gutsherrn oder seines Aufsehers alle Gesellschafter (nämlich des Redemptors, mit dem dann der Vertrag zustande gekommen ist einschliesslich dieses Redemptors; denn er gehört ja auch zu den *socii*) schwö-

[38] Mitteis, *RPR.* I, 179, Rabel, *Grundzüge*, S. 502, Wieacker, *Lex commissoria*, 22, und Kunkel, *RPR.*, S. 85 A. 7, sehen in der Klausel eine auflösende Bedingung (vgl. auch Kaser, *RPR.* I, S. 467 A. 104). Ob diese Auffassung richtig ist, erscheint zweifelhaft. Es herrscht hier mehr die *ratio* einer Verwirkung (vgl. unten S. 375) als die einer Lösung des Vertrages. Wenn der Vertrag aufgelöst würde, besteht die Gefahr, dass der Gutsherr auf seinen faulenden Oliven sitzen bleibt.

[39] *concedere* = verstärktes *cedere* bedeutet einmal (intr.): von seinem Platz fortgehen, zum andern (trans.): jemandem etwas (*alicui aliquid*) überlassen, hingeben, bewilligen: Georges s.h.v. I und II; Menge s.h.v. 1 und 2.

[40] *quo* ist nach Menge = *ut eo* = „damit dadurch". Wenn der Komparativ *carius* gleich auf das *quo* folgen würde, hätte *quo* die Bedeutung: „damit desto, damit um so": Menge s.v. *quo* 1 b. Aber der demonstrative Zusatz *eo* ist keineswegs notwendig; *quo* ersetzt das finale *ut*: Siehe auch Stolz-Schmalz, *Lateinische Grammatik* (1910), S. 574 Nr. 337.

[41] *Extra quam si* begegnet im juristischen Sprachgebrauch, wo von einer Ausnahme die Rede ist. Sonst sagte man *nisi* oder *nisi quod*, *praeterquam si* (Krebs, *Antibarbarus* s.v. Extra).

ren (dass derjenige, der Abstand genommen hat, dies nicht zu Gunsten ihres Gesellschafters, des Redemptors, getan hat)[42].

Die Klausel schliesst:

„Wenn sie (die Gesellschafter nicht so schwören, wird für das Ernten und Verarbeiten der heurigen Oliven niemand dem etwas geben oder schulden, der nicht schwört".

Arangio-Ruiz[43] glaubt, derjenige, der die Ausbietung verlässt (*concedere*), gebe die Erklärung ab, dass er sich mit dem begünstigten Konkurrenten in einem Gesellschaftsverhältnis befinde. Dadurch werde die Unerlaubtheit des Sichzurückziehens von der Ausbietung ausgeschlossen. Arangio-Ruiz macht sich selbst den Einwand, wie es dann zu erklären sei, dass man verpflichtet sein solle, an einem Wettbewerb teilzunehmen. Er beantwortet ihn mit der Erwägung, es handele sich um schon schriftlich eingereichte Offerten, denen natürlich verpflichtende Kraft zukomme. Er verhehlt sich indessen nicht, dass jeder Anhaltspunkt für solche Offerten fehlt. In der Tat findet die Auktion mündlich statt. Selbstverständlich ist niemand verpflichtet, sich am Bieten zu beteiligen. Es kam nun aber vor, dass der Redemptor, mit dem schliesslich der Vertrag geschlossen wurde, einem Mitbewerber Versprechungen machte, um ihn zum Rücktritt vom Mitbieten zu veranlassen. Gegen solche Ausschaltungen der Konkurrenz wollte sich der Gutsherr zur Wehr setzen. Gewiss kann man nun den Redemptor nicht für das verantwortlich machen, was andere Konkurrenten während der Auktion getan haben[44]. Wohl aber müssen er und seine Gesellschafter dafür einstehen, wenn sie selbst jemanden zum Rücktritt bestimmt haben, um den Werklohn hochzutreiben. Eine Ausnahme gilt, so meint Karlowa[45] mit Recht,

[42] Thielscher hält das *quem* hinter dem *si* für ein Pronomen *indefinitum* wie schon vor ihm Keil und Goetz, indem sie *si quem* enklitisch schreiben: *siquem*. In Wahrheit handelt es sich um ein Relativum, das sich auf ein zu ergänzendes *quis* bezieht. Stilistisch gesehen, liegt eine auf dem Bestreben nach Kürze des Ausdrucks beruhende Ellipse vor: *extra quam si* (*quis concesserit,*) *quem socium inpraesentiarum dixerit* = „es sei denn, dass jemand zurückgetreten ist, den er sogleich als seinen Gesellschafter benennt". Eine solche Ellipse finden wir auch in c. 145, cl. 8: *Socium ne quem* (Indefinitum) *habeto, nisi* (*quis est*), *quem* (Relativum) *dominus iusserit aut custos* = „Er soll niemanden als Gesellschafter haben, ausser wenn es jemand ist, den der Herr oder sein Aufseher gutheissen".

[43] A.a.O. S. 25.

[44] Insoweit zutreffend Bekker a.a.O. S. 432.

[45] A.a.O. S. 650.

für den Fall, dass der Redemptor denjenigen, der ihm durch Unterbieten Konkurrenz machen will, zwecks Ausschaltung des Wettbewerbs zu seinem *socius* annimmt. Darüber, aus welchem Grunde diese Ausnahme für zulässig erachtet wird, äussert sich Karlowa allerdings nicht. Arangio-Ruiz[46] ist der Ansicht, dass das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen demjenigen, der die Ausbietung verlässt, und dem begünstigten Konkurrenten die Unerlaubtheit des Sichzurückziehens ausschliesse. Aber bei der Versteigerung bietet nur der *manceps*, nicht einer seiner *socii*, falls sie überhaupt zugegen sind. Die Gesellschafter haben doch nicht das geringste Interesse daran, ihrem Oberhaupt in den Rücken zu fallen und ihn zu unterbieten. Sie würden sich damit ins eigene Fleisch schneiden und ausserdem wegen ihres vertragswidrigen Handelns schadensersatzpflichtig gemacht werden können. Der wirtschaftspolitische Hintergrund der Klausel ist, wie schon angedeutet, folgender: Die Unternehmergesellschaften bedienten sich der Vertragsfreiheit, um den ungezügelten, ihnen durch gegenseitiges Unterbieten schädlichen Wettbewerb in Bann zu schlagen. Sie machten mittels der Vertragsfreiheit die Konkurrenzfreiheit illusorisch. Ihnen durch eine Klausel der Versteigerungsbedingungen das Recht der Vertragsfreiheit gänzlich zu nehmen, erschien vielleicht bedenklich. Aber es wurde erheblich eingeschränkt. Nur durch Aufnahme als Gesellschafter[47], aber nicht durch anderweite Abmachungen sollte der Redemptor den unliebsamen Mitbewerber ausschalten dürfen. Die Klausel beruht also — typisch römisch — auf einem Kompromiss zwischen den beiden „Freiheiten" oder mit anderen Worten zwischen den Belangen des Gutsherrn und denen der Unternehmer, der allerdings sehr zugunsten des Dominus ausgefallen ist.

Ein Argument gegen die vorstehende Deutung der Klausel glaubt Thielscher aus dem von den Klassikern aufgestellten Grundsatz entnehmen zu können, dass es bei Kauf und Miete natürlicher-

weise erlaubt sei, einen höheren oder geringeren Preis zu verein-

[46] A.a.O. S. 25.

[47] Der aufgenommene Bieter wird nur Gesellschafter des aufnehmenden Redemptors und der Redemptor nur Gesellschafter des aufgenommenen Bieters, nicht etwa auch der beiderseitigen *socii* (Ulp. D. 17, 2, 19; 20. D. 50, 17, 47, 1). Der *manceps* muss mit dem zurücktretenden Bieter also eine neue Gesellschaft (neben der bereits bestehenden) bilden. Das ist für ihn ungünstig. Deshalb wird er von einem *pactum de non licitando* absehen.

baren, als der Marktwert betrage, und so *invicem se circumvenire* (*circumscribere*)[48]. Gewiss war die Rechtslage in republikanischer Zeit nicht anders. Deshalb hält Thielscher es für unzulässig, die Bieter zu verhindern, beim Gutsherrn einen möglichst hohen Preis herauszuschlagen. Aber, wie bereits dargetan, bestanden keine rechtlichen Bedenken, zwischen der Vertragsfreiheit und der Konkurrenzfreiheit irgendwie einen Ausgleich zu finden, ohne die eine oder andere völlig aufzuheben.

Dass konkurrierende Unternehmer sich miteinander in Verbindung setzen, um ein Über- oder ein Unterbieten zu vermeiden, ergibt sich auch aus

Cicero, *de offic.* 3,61:

*tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium; non inlicitatorem venditor, non qui contra se liceatur, emptor apponet.*

[48] Ulpian D. 4, 4, 16, 4: *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus* [*se circumvenire*] ⟨*quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere*⟩. Paulus D. 19, 2, 22, 3: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere* [*et ita invicem se circumscribere*], *ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.* Dazu von Lübtow, *ZSSt.* 66, S. 499 ff. Für die Klassizität der in eckige Klammern gesetzten Stücke neuerdings wieder Mayer-Maly, *Iura* 6 (1955), S. 128 ff.; *Locatio conductio*, S. 66. Jedoch bedeuten sowohl *circumvenire* wie *circumscribere*': „hintergehen, betrügen" (Heumann-Seckel s.h.v.), also auf dolose Weise übervorteilen (abweichend Genzmer, *Deutsche Landesref. zum II. Intern. Kongr. f. Rechtsvergl.* 1937, S. 37 A. 2, und Mayer-Maly S. 130 f., die darunter jede Form der Übervorteilung verstehen). Die Sprüche haben insoweit orientalisches Getriebe vor Augen. Aus diesem Grunde ist F. Schulz, *ZSSt.* 48, S. 694, zuzustimmen, wenn er sagt, dass sie für das entwickelte klassische Recht viel zu weit gingen. Darf man nun aber den Klassikern solch irreführende Formulierungen wirklich zutrauen, welche beim Wort genommen die Herrschaft der *bona fides* einfach ausser Kraft setzen? Wenn jemand eine Sache für einen ihren Marktwert übersteigenden Preis verkauft, so liegt darin keineswegs schon ein Hintergehen, wie uns D. 19, 2, 22, 3 glauben machen will, ja noch nicht eimal ein Übervorteilen. Derartige Preisdifferenzen entsprechen beim Güteraustausch durchaus der „Natur der Sache" (*naturaliter*). Kaser, *RPR.* I, S. 459 A. 22, hält ohne jede Begründung meine Textkritik für unberechtigt.

Regelsberger, *Civilrechtliche Erörterungen* I (1868), S. 189 f., legt die Gründe dar, die für und gegen die rechtliche Zulässigkeit des sogenannten *pactum de non licitando* sprechen. Er beruft sich in diesem Zusammenhang ebenfalls auf Paul. D. 19, 2, 22, 3 und führt als Argument für die Statthaftigkeit des *pactum* an, das Recht billige das natürliche Bestreben im Handel und Wandel, wonach die eine Partei so teuer wie möglich zu verkaufen, die andere so billig wie möglich zu kaufen suche.

Es soll also jeder Schleichweg beim Abschluss von Verträgen unzulässig sein. Der Verkäufer darf keinen Scheinbieter engagieren, der den Preis in die Höhe treibt, der Käufer darf umgekehrt nicht jemanden abhalten, ein für den Verkäufer günstigeres Gegengebot zu tun[49].

[49] Die mit „Scheinbietern'' getroffene Abrede ist gewissermassen das Widerspiel des sogenannten *pactum de non licitando* (Regelsberger, a.a.O. S. 192). Deshalb liegt es nahe, beide Vereinbarungen in gleicher Weise zu beurteilen. Dies geschieht in den bayerischen „Vorschriften über den Umfang der Befugnisse sowie über den Geschäftsbetrieb der Versteigerer vom 6. Oktober 1910'' (abgedruckt bei Pfeiffer, *Das öffentliche Versteigerungswesen*, Münchener Diss. 1932, S. 76 ff.). § 21 lautet:

> „Jedes unlautere Geschäftsgebaren bei der Versteigerung, wie betrügerisches Anpreisen der Waren, Verleitung zum Überbieten durch Aufstellen von Personen, die nur zum Schein mitbieten, Verabreichung von geistigen Getränken u. dgl. ist unstatthaft. Ebenso sind Verabredungen unzulässig, welche die Beteiligung steigerungslustiger Personen zu verhindern suchen, um nach deren Ausscheiden die zu versteigernden Waren unter ihrem Werte zu erwerben (sog. Kippe machen).
>
> Die Versteigerer haben derartigen Handlungen entgegenzutreten''.

Die VO. zur Durchführung des Gesetzes über das Versteigerergewerbe vom 30.Oktober 1934 (RGBI. I, 1091) bestimmt in § 29:

> „Die (gewerbsmässigen) Versteigerer (fremder Sachen) haben .... alles zu unterlassen und zu verhindern, was zu einer Übervorteilung ihrer Auftraggeber oder der Kauflustigen führen kann, insbesondere haben sie sich aller unlauteren Handlungen zu enthalten und dürfen nichts tun oder zulassen, was die Allgemeinheit täuschen kann''.

Das preussische Recht hatte durch Verordnung vom 14.Juli 1797 die *pacta de non licitando* für nichtig erklärt und gleichzeitig mit Geldstrafe bedroht. Die Verordnung selbst gibt ihren Zweck dahin an:

> „Es nehme der Missbrauch überhand, dass ein Lizitant, um einen anderen Bietungslustigen zu entfernen und von einen Mehrgebote abzuhalten, sich mit demselben über ein sog. Abstandsgeld vereinige und dadurch bewirke, dass er solchergestalt das ausgebotene Objekt zu einem niederen Preise erhalte, als geschehen sein würde, wenn nicht andere Kauflustige durch einen solchen Winkelvertrag vom Mitbieten wären zurückgehalten worden; dergleichen Verabredungen gründeten sich auf einen unmoralischen und unerlaubten Eigennutz, den die Gesetze niemals begünstigen könnten, indem dadurch der Zweck der öffentlichen Versteigerungen gänzlich vereitelt, dem Eigentümer des zu verkaufenden Objekts oder dessen Gläubigern der rechtmässige Vorteil ... entzogen, und gerichtliche Handlungen, bei denen ... ein gerades und offenes Verfahren mit Recht gefordert

Ulpian berichtet von den *societates publicanorum* in D. 17,2,33 (*lib. 31 ad ed.*):

*Ut in conductionibus publicorum, item in emptionibus: nam qui nolunt inter se contendere, solent per* [*nuntium*] ⟨*mediam*

---

werden könne, in Gelegenheiten zu gewinnsüchtigen Spekulationen verwandelt würden".

Die Strafe wurde später durch § 270 des preussischen StGB vom 14.April 1851 folgendermassen geregelt:

„Wer Andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen, dieselben mögen Verkäufe, Verpachtungen, Lieferungen, Unternehmungen oder Geschäfte irgend einer Art betreffen, durch Gewalt oder Drohungen oder durch Gewährung eines Vorteils abhält, wird mit Geldbusse bis zu 300 Thalern oder mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft".

Das Reichsgericht (vgl. RGZ. 60, S. 274 ff.) hat in ständiger, freilich nicht unbestrittener, Rechtsprechung angenommen, dass diese Strafvorschrift durch das Reichsstrafgesetzbuch nicht ausser Kraft gesetzt worden ist. Es hat ausgeführt, ein Vertrag über Abhalten vom Bieten bei einer öffentlichen Versteigerung gegen Zusicherung eines Vorteils sei nicht mit Rücksicht auf § 270 preuss. StGB gemäss § 134 BGB nichtig.

Das Reichsstrafgesetzbuch kennt eine Bestrafung der *pacta de non licitando* nicht mehr. Dies beweist aber noch keineswegs, dass solche Verträge nicht auch gegen die guten Sitten verstossen könnten (RGZ. 58, S. 399). In Schrifttum und Rechtsprechung ist für das gemeine Recht dargelegt worden, dass solche *pacta* nicht immer und grundsätzlich als sittlich verwerflich anzusehen seien, sondern nur dann, wenn die besondere Beschaffenheit des Falles den Vertrag zu einem unsittlichen stempele (RG. a.a.O. S. 400). Ausführlich hatte insbesondere Regelsberger a.a.O. S. 189 f. die gegen und für die Nichtigkeit sprechenden Gründe erörtert und war zu dem Ergebnis gelangt, dass die Waagschale sich zugunsten der Unsittlichkeit und damit der Nichtigkeit der fraglichen Abkommen neige. Zu dem gleichen Ergebnis gelangte Lotmar, *Der unmoralische Vertrag* (1896), S. 71 f.: Die Unterlassung, das Nichtbieten, sei zwar sittlich erlaubt, dürfe aber nicht dem Rechtszwang unterstellt werden, sondern müsse der freien Entschliessung des einzelnen überlassen bleiben.

Nach der Entscheidung des Reichsgerichts JW. 33, S. 425 (dazu RGRK.[10], A. 5 g zu § 826) sind Vereinbarungen, durch welche die freie Konkurrenz bei Zwangsversteigerungen ausgeschlossen wird, jedenfalls dann unsittlich, wenn sie bezwecken, alle anderen Bieter überhaupt auszuschalten, so dass die Zwangsversteigerung ihren gesetzlichen Zweck verfehlt, durch Erzielung eines möglichst hohen Erlöses eine weitgehende Befriedigung der Gläubiger zu erreichen. Dieser Grundsatz muss auch bei freiwilligen Versteigerungen gelten, die ja ebenfalls den Zweck verfolgen, die Sachen möglichst günstig zu verkaufen, mindestens aber als Kaufpreis den Verkehrswert zu erzielen.

Nicht jedes *pactum de non licitando* ist nichtig (von Tuhr, *Allgem. Teil* II 2, S. 27 A. 37). Denn man muss berücksichtigen, dass niemand verpflichtet ist, die

*personam (mancipem)*〉[50] *rem emere in commune, quod a societate longe remotum est.*

Mehrere Publikanengesellschaften beabsichtigen, in öffentlicher Lizitation Staatsgefälle zu pachten oder eine vom Staat zum Verkauf gestellte Sache zu erwerben. Sie vereinbaren, um sich nicht gegenseitig zu überbieten, auf gemeinsame Rechnung (*in commune*) zu handeln[51]. Eine solche Abrede bedeutet noch nicht die Eingehung einer Gesellschaft, mögen die Beteiligten damit auch wirtschaftlich eine Interessengemeinschaft begründen. Die Gesellschafter beauftragen eine Mittelsperson aus ihrem Kreis, den Pacht- oder Kaufvertrag abzuschliessen. Der Ersteher wird aus dem Geschäft selbst berechtigt und verpflichtet; er muss dem Staat Sicherheit leisten, kann also nicht die untergeordnete Funktion eines blossen *nuntius* gehabt haben[52]. Anscheinend hielt Ulpian die Lizitationsabrede für gültig[53], sonst hätte er schwerlich zu untersuchen brauchen, ob ein Gesellschaftsverhältnis vorliege.

---

Ware dem Versteigerer überhaupt oder gar zu einem bestimmten Preise abzunehmen. Die freie Konkurrenz, von der der Versteigerer ausgeht, wird nicht schon dadurch beseitigt, dass der eine oder andere Interessent ausscheidet. Das Bestreben billigen Erwerbes ist rechtlich statthaft und beherrscht den geschäftlichen Verkehr überhaupt. Der Versteigerer ist auch nicht verpflichtet, dem Bieter, zu dessen Gunsten ein anderer gegen oder ohne Entgelt zurückgetreten ist, die Sache zu dem durch den Wegfall des Mitbieters etwa erzielten billigeren Preis abzulassen (vgl. Regelsberger a.a.O. S. 189).

Eine andere Frage ist es, ob der Versteigerer sich irgendwie vom Kaufvertrag lösen kann, wenn er den Zuschlag erteilte, ohne vom Vorliegen eines zulässigen oder unzulässigen *pactum de non licitando* Kenntnis zu haben. Birkel, ***Der Versteigerungsvertrag***, Diss. Erlangen 1938, S. 28 ff., meint, der Versteigerer könne nach § 242 BGB wegen Irrtums über die Geschäftsgrundlage vom Vertrag zurücktreten, weil es die allen Beteiligten erkennbare Voraussetzung des Vertrages bilde, dass jeder Bietungslustige frei bieten könne und die Konkurrenz der Bieter nicht durch bestimmte Abreden unterbunden sei.

Das Reichsgericht, HRR. 35, Nr. 664, hat ferner ausgesprochen, dass das Vorschieben von Strohmännern, die Scheingebote abgeben sollen, um andere Bieter zu höheren Geboten zu veranlassen (Vortäuschung einer Konkurrenz), ebenfalls sittenwidrig ist. Es bewertet also ein solches Verhalten genau so wie Cicero.

[50] Schlossmann, ***Stellvertretung*** I, S. 329 A. 1; Mitteis, ***RPR.*** I, S. 406 A. 60, S. 408; Levy, ***Ehescheidung***, S. 57 A. 5; Beseler, ***ZSSt.*** 45, S. 465. Siehe zu der Stelle auch Wieacker, ***Societas***, S. 319 ff.; Arangio-Ruiz, ***Società***, S. 54 f.

[51] Schlossmann a.a.O.

[52] Schlossmann a.a.O.

[53] Zweifelnd Wieacker a.a.O. S. 322.

Die Versteigerung wird nach dem Muster der staatlichen Lizitationen Eingang in das private Leben gefunden und die zensorischen Leges werden das Vorbild für die privaten gebildet haben. Nach dem Vorgang der *societates publicanorum*[54] sind Gesellschaften gebildet worden, die als Instrumente des Handels und Gewerbes geschäftliche Verbindungen von Unternehmern darstellen[55]. Das älteste Zeugnis einer solchen Erwerbsgesellschaft ist Cato c. 144, cl. 13; 145, cl. 8[56]. Die Zusammenhänge, die hier bestehen müssen, treten besonders deutlich hervor, wenn man sich vor Augen hält, dass die erste Erwähnung der *societates publicanorum* in das Jahr 215 v. Chr. fällt, und, wie Thielscher zutreffend annimmt, Catos Tagebuch während der Zeit von 200—149 v. Chr. verfasst worden ist. Livius 23, 48, 10 — 49, 4 berichtet, dass es damals drei Gesellschaften von 19 Mitgliedern gab, die durch Übernahme der Lieferungen für das Heer und durch Stundung des Preises den Staat von schweren Finanzsorgen befreiten[57].

Die öffentliche Versteigerung spielte im staatlichen wie privaten Geschäftsverkehr eine ungemein grosse Rolle. Verkäufer wie Verpächter pflegten sich mit ihren Anerbieten an das Publikum zu wenden, so dass von ihnen die Initiative zu dem Geschäft ausging[58]. Daher kommt es, dass Cato den Gutsherren empfiehlt, möglichst alle Verkäufe im Wege der öffentlichen Versteigerung zu vollziehen (2,7):

> *auctionem uti faciat: vendat oleum, si pretium habeat, vinum, frumentum quod supersit vendat: boves vetulos, armenta delicula, oves deliculas, lanam, pelles, plostrum vetus, ferramenta vetera, servum senem, servum morbosum, et siquid aliut supersit, vendat.*
> „Er soll eine Versteigerung veranstalten: er soll das Öl verkaufen, wenn es einen (vorteilhaften) Preis hat; überflüssigen Wein und überschüssiges Korn soll er verkaufen; alte Rinder, fehlerhafte Ochsen und Schafe, (Thielscher übersetzt: „entwöhnte Kälber und Lämmer"), Wolle, Häute, den alten Wagen, die alten Eisengeräte, den alten oder kranken Sklaven und, wenn sonst noch etwas überflüssig ist, soll er verkaufen".

[54] Trumpler a.a.O. S. 24 ff.
[55] Rabel, *Grundzüge*, S. 466.
[56] Kaser, *RPR.* I, S. 478 A. 8.
[57] Vgl. Arangio-Ruiz, *Società*, S. 28.
[58] Mommsen, *Jur. Schr.* III, S. 225; Friedländer-Wissowa, *Sittengeschichte Roms*, I (1919), S. 171; Karlowa II, S. 629 ff.; Kniep, *Festgabe Thon* (1911), S. 19 ff.

Mit Rücksicht auf die besonders wichtige Stellung der Auktion im römischen Geschäftsverkehr und die dafür so bezeichnende Empfehlung Catos ist es gestattet, diese Sitte zur Interpretation der Klausel 13 heranzuziehen, mag auch im c. 144 nicht ausdrücklich von einer Versteigerung die Rede sein[59]. Denn wenn der Gutsherr schon kleinere Verkäufe im Wege der Versteigerung vornahm, um wieviel mehr wird er von ihr bei der Verdingung der Olivenernte und Ölpresse Gebrauch gemacht haben, um möglichst billig abzuschliessen.

In Rom fanden die Versteigerungen in der Nähe der Buden der *argentarii* statt[60]. Um eine möglichst grosse Anzahl von Bietungslustigen heranzuziehen, ging der Versteigerung eine öffentliche Bekanntmachung (*proscriptio*) voraus. Man liess die Versteigerungsbedingungen (*tabulae auctionis seu auctionariae*[61] an der Statue des Jupiter Stator und anderen belebten Plätzen Roms anbringen. Sie enthielten die Angabe von Ort und Zeit der Versteigerung sowie eine nähere Beschreibung der zum Verkauf gelangenden Gegenstände. Bei ländlichen Grundstücken zum Beispiel waren Grösse, Lage und Fruchtart näher beschrieben. Die Leitung der Versteigerung oblag den *argentarii*, die gewöhnlich auch das Protokoll führten sowie das Geld sofort in Empfang nahmen oder später einzogen, weshalb sie auch *coactores* hiessen[62]. Als Gehilfe diente ein *praeco*, der die zu versteigernden Gegenstände ausbot.

Dass der Gutsherr nicht bloss Waren versteigert (2,7), folgt aus der obigen Deutung der cl. 13. Auch im Gemeindeverwaltungsrecht war es gang und gäbe, Leistungen im Auktionswege zu verdingen. Es ist keineswegs einzusehen, weshalb es im Privatwirtschaftsverkehr anders gewesen sein sollte. Auch in c. 150 wird übrigens eine Versteigerung der Lämmer und Wolle durch den Käufer des Ertrages der Schafherde vorausgesetzt. Dies ergibt sich aber nur aus der Erwähnung des (*argentarius*) *coactor* (cl. 4). Bei der cl. 13 des c. 144 ist es, wie dargetan, aus den Worten *ne quis concedat, quo* .... zu erschliessen.

Die grosse Beliebtheit bei den Römern verdankt die Auktion vor allem dem Vorteil, dass sie Angebot und Nachfrage konzentriert

[59] So auch Trumpler a.a.O. S. 27.
[60] Vgl. hierzu und zum Folgenden Kindervater, *Iher. Jahrb.* 7, S. 2 f.
[61] Cic. *pro lege agr.* II, 25; *Cat.* II, 8.
[62] Vgl. unten S. 347.

und die Reflektanten veranlasst, mit ihren Geboten in Wettbewerb zu treten. Auf diese Weise wird eine möglichst günstige Preisbildung für den Geschäftsherrn erzielt. Bei der Lokation bezweckt die Versteigerung, denjenigen ausfindig zu machen, der die geringste Forderung stellt. Alle Gebote erfolgen nicht unabhängig voneinander, sondern die Bietungslustigen beteiligen sich abhängig voneinander in der Weise, dass jeder, der über- oder unterbietet, sein Gebot auf der Grundlage des vorhergehenden aufbaut. Die starke Konzentration der Kaufkonkurrenz stellt einen derartigen Anreiz zum gegenseitigen Über- oder Unterbieten dar, dass der Geschäftsherr häufig günstigere Preise zu erzielen vermag als bei der gewöhnlichen Art des Verkaufs oder der Lokation. Er kann in der erhitzten Atmosphäre des Angebotswettbewerbs oft Sachen loswerden, die er im regelrechten Geschäftsverkehr nicht hätte absetzen können. Mit aus diesem Grunde empfiehlt ja Cato die Auktion. Auch lassen sich bei regelmässigen und gut besuchten Versteigerungen Bedingungen durchsetzen, wie sie sonst nur schwer oder gar nicht zu erreichen wären

## X. Die Bestellung eines Pfandrechts

### 1. Verkauf der Oliven auf dem Baum

#### a) Die gesicherte Forderung

Wird die Olivenernte auf dem Baum versteigert, so gewährt der Gutsherr dem Käufer für den Kaufpreis der *olea pendens* eine Zahlungsfrist von zehn Monaten[1], gerechnet vom 1. November ab, an dem wahrscheinlich die Versteigerung stattfindet. Der Werklohn an den Unternehmer ist von ihm dagegen bereits am 13. Dezember zu entrichten, einerlei ob der Gutsherr oder der Käufer die Ernte der Oliven und ihre Kelterung verdungen hat (cl. 4)[2].

Thielscher liest:

*Dies argento (solvendo) ex K(alendis) Nov(embribus) mensum decem oleae legendae faciendae, quae (a domino) locata est; et si emptor locarit, Idibus (Septembribus) solvito.*

[1] So auch Bechmann, *Kauf* I, S. 532; Haymann, *ZSSt.* 48, S. 347.

[2] Bekker S. 426, 428 f.; Kniep, *Gai institutionum commentarius tertius* §§ 88 — 225, S. 280.

Er übersetzt:

„Der Zahltag für das Geld (ist ein Tag der) 10 Monate nach dem 1. November für Oliven, deren Ernte und Kelterung (schon vom Gutsherrn) vergeben worden ist; und wenn sie der Käufer (erst selber) vergibt, soll er am 13. (September) zahlen".

Thielscher versteht den Satz also folgendermassen: Der Gutsherr verkauft seine Oliven auf dem Baum. Er will sie natürlich auch bezahlt haben, lässt aber dem Käufer zehn Monate Zeit. Er setzt nun zwei Fälle: 1. In der Zeit zwischen der Ankündigung der Auktion und ihrer Abhaltung sind die Ernte und das Keltern vom Dominus bereits vergeben worden; dann beginnen die zehn Monate am 1. November zu laufen: Der Kaufpreis soll bis zum 1. September des nächsten Jahres bezahlt sein. 2. Die Ernte und das Keltern müssen vom Käufer erst an einen Unternehmer vergeben werden; dann läuft die Frist vierzehn Tage später an, und zwar erstreckt sie sich bis zum 13. September des folgenden Jahres. Der Käufer braucht ja Zeit, bis er einen Unternehmer gefunden hat. Daher werden ihm zwei Wochen gutgeschrieben. Der an den Unternehmer für das Ernten und Keltern zu zahlende Werklohn bleibt durch die Klausel unberührt. Den Satz *quae locata est* hält Thielscher für einen Bedingungssatz = *si locata est.*

Nach Thielschers Lesart, die sich bereits bei Keil-Goetz findet, muss sich aber *argento* auf *oleae legendae faciendae* beziehen, also auf den Lohn für das Einbringen und Keltern der Oliven[3]. Sonst hätte es im Text heissen müssen: *oleae* (*pendentis*), *quae legenda facienda locata est.* Es ist jedoch höchst unwahrscheinlich, dass vom Kaufpreis für den Erwerb der *olea pendens* überhaupt nicht die Rede gewesen sein sollte. Es gibt allerdings auch hypothetische Relativsätze. Zu ihrer Einleitung ist das Relativpronomen wegen seiner ursprünglichen indefiniten Bedeutung geeignet (*qui* = *si quis*). Aber diese Konstruktion passt hier nicht. Auch hätte der Verfasser dann geschrieben: *quae locata erit.* Denn es wäre fehlerhaft gewesen, bei etwas Zukünftigem (der Zahlung) das im Nebensatz ausgesagte Vorzukünftige (die Vergebung der Ernte und des Kelterns) durch ein Perfektum auszudrücken, anstatt

[3] Es ist demnach zu übersetzen: „Zahltag für das Geld ist (ein Tag) der zehn Monate nach dem 1. November für das Ernten und Verarbeiten der Oliven, das (bereits) vergeben ist, und, wenn der Käufer (beides) vergibt, soll er am 13. zahlen.

ein Futurum II zu gebrauchen[4]. Vielmehr ist der Satz *quae locata est* ein attributiver Relativsatz, der eine nähere Bestimmung zu dem Nomen *oleae* enthält und einen bestimmten (konkreten) Fall betrifft, der sich bereits ereignet hat. Er fasst also nicht wie der *si*-Satz nur eine Möglichkeit ins Auge. Aus diesem Grunde ist das Perfektum gewählt. Daran schliesst sich ein hypothetischer oder konditionaler Satz: *si emptor* (*legendam faciendam*) *locarit* (Fut. II). Er bringt zum Ausdruck, dass der Verfasser die Vergebung der Ernte und des Kelterns durch den Käufer als möglich annimmt und damit rechnet. Es hat somit einen guten Sinn, wenn zuerst das Perfektum steht und dann das Futurum folgt.

Es handelt sich um Leges, welche die Ankündigung der Versteigerung eines ganz bestimmten Gutes bei Venafrum betreffen. Das Perfektum '*locata est*' beweist, dass zur Zeit dieser Ankündigung der Gutsherr die betreffenden Arbeiten bereits vergeben hat. Der Gutsherr stand wahrscheinlich schon längere Zeit mit einem ihm bekannten und bewährten Unternehmer in geschäftlichen Beziehungen und möchte ihn nicht ausschalten, auch wenn er die Oliven auf dem Stamm versteigern lasst. Der Käufer muss nun entweder diesen Unternehmer bezahlen, oder aber er kann auch selbst den Vertrag mit ihm abschliessen, um vollständige eigene Vertragsrechte zu gewinnen, wenn ihm dies sicherer erscheint; denn in den Leges zwischen Gutsherrn und Unternehmer sind für den Käufer nur ganz vereinzelt Rechte ausbedungen (c. 144, cl. 2; c. 145, cl. 3). Dem Gutsherrn konnte es nur recht sein, wenn der Käufer mit dem Unternehmer einen gleichlautenden Vertrag abschloss. Denn in diesem Fall war es Sache des Käufers, sich um alle die Dinge zu kümmern, um die sich der Gutsherr in seinem Interesse nach den Klauseln der Leges c. 144 und c. 145 sonst kümmern muss. Daher wird in die Klausel 4 des c. 146 vorsorglich der Hinweis aufgenommen: *et si emptor locarit*. In jedem Fall muss der Käufer den Unternehmer am 13. Dezember, also nach Beendigung der am 1. Dezember begonnenen Arbeiten, bezahlen. Die Ernte und die Kelterung beginnen regelmässig nicht vor dem Monat Dezember. Es handelt sich nicht um eine Verdingung an einen x-beliebigen Unternehmer; dann würde es dem Gutsherrn gleichgültig sein, wann der Käufer diesen bezahlt, sondern um den Unternehmer, mit dem zunächst der Gutsherr selbst abgeschlossen hat.

[4] Krebs, *Antibarbarus*[4], S. 65 Nr. 111.

Ihm liegt daran, dass dieser Unternehmer pünktlich bezahlt wird. Denn er haftet ihm ja nach wie vor für die Bezahlung des Werklohns.

Für die vorstehende Deutung spricht gerade auch das *et si emptor locarit*. Es beweist, dass die Zahlung des Werklohns an den Iden des Dezember erfolgen soll für die vom Gutsherrn bereits vergebenen Arbeiten, und zwar auch, wenn (*et si*) der Käufer — wirtschaftlich gesehen — in den Vertrag zwischen dem Gutsherrn und dem Unternehmer eingetreten ist. Der Gutsherr kann wohl aus Entgegenkommen den Kaufpreis für die *olea pendens* zehn Monate stunden; darüber hinaus aber den an den Unternehmer zu zahlenden Werklohn für den Käufer der *olea pendens* zu verauslagen und ebenfalls zehn Monate auf Erstattung zu warten, besteht kein triftiger Grund.

Nach alledem ist zu lesen:

> *Dies argento ex K(alendis) Nov(embribus) mensum decem (oleae pendentis)*[5]*. oleae legendae faciendae, quae (a domino redemptori) locata est, et si emptor (huic redemptori) locarit, Idibus (proxumis = Decembribus) solvito.*

Der Bau der Periode ist kunstvoll chiastisch:

| | |
|---|---|
| *dies argento* | A |
| *ex K. Nov. mensum decem* | B |
| zu ergänzen: *oleae pendentis.* | C |
| *oleae legendae faciendae* (Genitiv) | C |
| *Idibus* | B |
| (*argentum*) *solvito* | A |

Das Schema ist ABCCBA:
A = Zahlung
B = Termin
C = Vertragsgegenstand.

Weil ein Redemptor nicht ausdrücklich erwähnt wird, könnte man annehmen, dass es sich um die Vergebung der Lese und Ölbereitung an die Arbeiter handele. Dagegen spricht aber entscheidend die Klausel 7. Hier erst ist davon die Rede, dass dem Gutsherrn das Recht eingeräumt wird, die vom Käufer angeworbenen Arbeiter zu bezahlen, und solange der Gutsherr die verauslagten Beträge nicht zurückerhalten hat, sollen die Gerätschaften genau so als

[5] So interpungiert auch Bekker a.a.O. S. 426.

Pfand dienen wie im Fall der Klausel 4. Die Tatbestände dieser Klausel und der Klausel 7 können also nicht identisch sein. Folglich bezieht sich die Klausel 4 auf die Vergebung an einen Unternehmer. Dafür spricht auch, dass sowohl in den Einerntungs-Leges (c. 144 B, cl. 2: .... *aut cui olea* (*pendens*) *venierit*) wie auch in den Kelterungs-Leges (c. 145, cl. 3 .... *aut quis eam oleam emerit*) ausdrücklich auf einen Käufer der *olea pendens* hingewiesen wird. Es gibt nur drei Arten von Leges: Sie betreffen 1. die Einbringung, 2. die Verarbeitung und 3. den Verkauf der Olivenernte auf dem Baum (*olea pendens*).

Legt der Gutsherr für den Käufer den Lohn für die Arbeitskräfte aus, die natürlich gleich bezahlt werden wollen und müssen, so schuldet der Käufer dem Gutsherrn diese Beträge (cl. 7). Für diese Schuld hat der Käufer Bürgschaft zu leisten und, solange nicht gezahlt oder ein Bürge gestellt ist, haften die eingebrachten Sachen des Käufers als Pfand. Daraus folgt, dass der Gutsherr grosszügig auch hier die Schuld einstweilen stundet, aber eine besondere Stundungsfrist wird nicht festgesetzt. Der Gutsherr bestimmt von sich aus, wann er das verauslagte Geld zurückhaben will. Das wird sich vermutlich nach dem Zeitpunkt richten, in dem der Käufer das gewonnene Öl veräussert hat.

Der Käufer der *olea pendens* soll durch Stipulation versprechen, dass „das richtig gegeben wird und geschieht sowie verbürgt wird nach dem Ermessen des Gutsherrn" (cl. 5):

> *Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitratu domini*[6].

Der Unternehmer soll die Ernte richtig einbringen (c. 144, cl. 2) und die Kelterung ordnungsgemäss durchführen (c. 145, cl. 2). Dafür dass diese Klauseln erst durch eine hinzutretende Stipulation wirksam werden, fehlt es an jedem Anhalt. Allerdings ist über die Folgen einer Vertragsverletzung hier nichts bestimmt. Aller Wahrscheinlichkeit nach erhielten die Redemptores ihr Geld erst dann, wenn sie ihre Verpflichtungen erfüllt hatten, und betrachtete man die Möglichkeit, das Geld so lange einzubehalten, als genügendes Druckmittel[7]. Das *promittito* des c. 146, cl. 5 erklärt sich folgendermassen: Durch Sicherheitsleistung (*satis datio*), die

[6] Vgl. die ähnlich lautenden Gesetzesbestimmungen bei Pernice, *Labeo* I, S. 458 A. 15.

[7] Bekker a.a.O. S. 443.

damals wohl nur durch Bürgenstellung in Form der *sponsio* erfolgte[8], sollten der Kaufpreis und die hinzutretenden anderweitigen Leistungen garantiert werden[9]. Noch nach klassischem Recht kann aber ein Sponsionsbürge nur bestellt werden, wenn das Verpflichtungsgeschäft durch eine *verborum obligatio* zustande gekommen ist[10]. Obwohl dem *satis dato* in c. 144, cl. 5 kein *promittito* voraufgeht, war eine *sponsio* des Unternehmers dahin, dass er die Ernte richtig einbringen werde, gleichwohl erforderlich. Denn nur daran konnte sich, wie bemerkt, eine Sponsionsbürgschaft anschliessen. Der Bürge versprach keine eigene Leistung, sondern war Garant der fremden und versprach nur sie (*idem quod Maevius promisit spondes? — spondeo*). Die Bürgenstellung erfolgte nach dem Ermessen des Gutsherrn (*arbitratu domini*). Er brauchte sich natürlich keinen ungeeigneten, insbesondere zahlungsunfähigen, Bürgen aufdrängen zu lassen[11].

Das *dari* bezieht sich auf die Geldleistungen, das *fieri* auf die Naturallieferungen[12]. Ausserdem soll aber der Käufer durch Stipulation versprechen, Bürgen zu stellen (*satis dare*). Diese Stipulation ist überflüssig; denn die Klausel *satis dato* genügt, um die entsprechende Verpflichtung des Käufers zu begründen[13]. Deshalb wird dem *satis dato* in c. 144, cl. 5 kein entsprechendes *promittito* vorausgeschickt. Man könnte daher an einen Zusatz des Herausgebers denken. Immerhin besteht die Möglichkeit, dass bereits der Verfasser der Formeln es für zweckmässig hielt, die Verpflichtung zur Satisdation in die Stipulation mit aufzuneh-

[8] Pernice a.a.O.

[9] Pernice a.a.O. S. 458 A. 16 (S. 459).

[10] Gai. III, 119. Vgl. dazu Bechmann, *Kauf* I, S. 533; Karlowa II, S. 572; Sohm-Mitteis-Wenger, *Institutionen*[17], S. 405 A. 5; Flume, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulation* (1932), S. 64 ff.; Kunkel a.a.O. S. 214; Kaser, *Eigentum und Besitz*, S. 67; *Altröm. ius.* S. 278; Weiss, *Inst*[2]., S. 326.

[11] Vgl. oben S. 273 mit A. 2.

[12] cl. 3: Zu dem Kaufpreis tritt ein Zuschlag von einem Prozent als Gebühr für den Auktionator hinzu. Davon sind sofort fünfzig Sesterzen zu zahlen. Dazu kommen an Nebenleistungen für den Gutsherrn: römisches Öl (also wohl gewöhnliches Öl) 1500 Pfund, grünes 200, 50 Scheffel Falloliven, 10 Scheffel abgestreifte, beides mit dem Olivenscheffel gemessen, Salböl 10 Pfund. Alles soll nach den Gewichten und Scheffeln des Gutsherrn geliefert werden. Dazu kommen noch zwei Kotylen Öl erster Kelterung (*pressurae primae* nach dem Verbesserungsvorschlag Thielschers).

[13] Die Erklärung bei Bechmann a.a.O. ist unzulänglich.

men, zumal eine *verborum obligatio* ja auf jeden Fall geschaffen werden musste.

Der Abschluss der Stipulation war wohl rechtlich nicht erzwingbar. Wer Meistbietender geblieben war, hatte damit gezeigt, dass ihm daran lag, die Geschäftsbedingungen zu erfüllen und geeignete Bürgen zu stellen[14]. Vorher brauchte der Gutsherr dem Käufer nicht zu gestatten, das Grundstück zwecks Aberntung und Pressung der Oliven zu betreten. Andererseits konnte der Käufer darauf vertrauen, dass ihm der Gutsherr nach vollzogener Stipulation und *satis datio* in dieser Beziehung keine Schwierigkeiten bereiten würde[15].

b) Entstehung des pignus durch Illation

„Bis die Zahlung (der geschuldeten Geldsumme) oder so (wie vorher bestimmt) Bürgenstellung erfolgt ist, soll das (vom Käufer) auf das Gut Eingebrachte als Pfand dienen" (cl. 5):

> *donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt pigneri sunto.*

Es ist streitig, ob ein Faustpfand oder ein besitzloses Pfand vorliegt. Herzen[16] spricht sich für ein Faustpfand aus, die Mehrzahl der Schriftsteller vertritt die entgegengesetzte Ansicht[17]. Herzen ist der Ansicht, dass der Eigentümer alle Sachen besitzt, die sich auf seinem Grund und Boden befinden (also auch die *invecta et illata*) und damit seiner Einflusssphäre unterliegen. Indessen blieben die Inventarstücke, die aus Wagen, Olivenkörben, Leitern, Sklaven etc. bestanden haben werden, nach wie vor im Besitz des Käufers; denn er gebrauchte sie ja für die Durchführung der Ernte. Die Illation wurde als Surrogat einer Übergabe des Pfandes zugelassen, weil ja der Gläubiger den Besitz des Grundstücks hatte, auf dem die Sachen nunmehr waren. Er befand sich dadurch zu ihnen in

[14] Vgl. Kniep, *Gai institutionum commentarius tertius* §§ 88—225 (*Obligationenrecht*), S. 283.

[15] Kniep a.a.O.

[16] *Origine de l'hypothèque Romaine*, S. 35 ff, 102. Ihm folgen Fritze, *Krit. Vjschr.* 43, S. 25 f. Derselben Ansicht Karlowa II, S. 610, 1280, aber ohne Begründung.

[17] Manigk, *Pfandr. Untersuchungen* I, S. 60 ff.; *RE* 20, Sp. 1239, 1242, 1246 f., 1255, 1276 Art. *pignus*; Rabel, *Verfügungsbeschränkungen*, S. 90 f., *Grundzüge*, S. 496; Ebrard, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam*, S. 11; Kreller, *RRg*², S. 168; Kaser *ZSSt.* 64, S. 391; *RPR.* I (1955), S. 127; 395.

einem engeren tatsächlichen Verhältnis, als es bei einem blossen *pacisci* ohne *inferre* der Fall gewesen wäre, und durch das Einbringen war eine gewisse Sinnfälligkeit des Vorgangs gegeben. Deshalb dürfte das Illatenpfand zeitlich zwischen dem *pignus* durch Tradition und dem reinen Vertragspfandrecht stehen. Es kommt nicht schon mit der Pfandabrede zustande, sondern erst, wenn die Illation hinzugetreten ist[18]. Wie der Rechtsschutz des Dominus erfolgt, darüber schweigt das Formular. Herzen[19] hält das Pfand der ersten Entwicklungsstufe nicht für ein Rechtsinstitut: der Gläubiger sei in keiner Weise geschützt, weder durch ein Retentions- noch durch ein Genuss- noch durch ein Verkaufs-, Besitzschutz- oder ein Aneignungsrecht. Die Sicherung des Gläubigers liege lediglich in der Tatsache des Besitzes am Pfandgegenstand. Der Schuldner könne die Sache rechtlich jederzeit vindizieren. Tatsächlich aber werde er sich davor hüten, weil er dann mit Repressalien des Gläubigers zu rechnen habe, die nach dem strengen Schuldrecht der damaligen Zeit sehr hart gewesen seien[20].

Nun bestimmt aber die Schlussklausel des Kapitels 149 über den Verkauf der Winterweide:

> *Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.*

Diese Vereinbarung über den Gerichtsstand bezieht sich auch auf die Pfandbestellung der Klausel 7[21]:

> *Donicum pecuniam ⟨ solverit aut ⟩ satisfecerit aut delegarit, pecus et familia.... pigneri sunto.*

Sie beweist, dass dem Pfandgläubiger ein Rechtsschutz gewährt worden sein muss, seine Sicherstellung also nicht rechtlich bedeutungslos gewesen sein kann. An die Bestellung des Pfandrechts schliesst sich im Kapitel 146, cl. 5 ein Entfernungsverbot: „Der Käufer darf kein Pfandstück vom Gut fortschaffen. Handelt er dem zuwider, so soll es dem Gutsherrn gehören":

> *ne quid eorum de fundo deportato. si quid deportaverit, domini esto.*

Diese seiner Lehre entgegenstehende Bestimmung beseitigt Herzen[22] mit dem Hinweis, den Klauseln der Catonischen Formulare

[18] Fehr, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht*, S. 136 A. 10.
[19] A.a.O. S. 37 ff.
[20] So bereits Dernburg, *Pfandrecht* I, S. 45 f.
[21] Vgl. unten S. 345.
[22] A.a.O. S. 40.

sei überhaupt keine juristische Bedeutung beizumessen. Man fragt sich vergeblich, welchen Zweck dann überhaupt solche Formulare gehabt haben. Ihre Aufstellung war doch nur gerechtfertigt, wenn damit ein Rechtsschutzbedürfnis der interessierten Kreise wirksam befriedigt werden konnte[23]. Über den Sinn der Sanktion ist man sich allerdings nicht einig. Rabel[24] bezweifelt zunächst, ob damit ein Beschlagnahme- oder ein Verfallpfand gemeint sei, entscheidet sich aber schliesslich für die Annahme einer Verfallabrede. Das Recht der Beschlagnahme würde bedeuten, dass dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt wurde, die Sachen dem Schuldner eigenmächtig wegzunehmen und so in seinen Besitz zu bringen (Recht des Arrestbeschlags), um die Vollstreckung seiner Forderung in die Sachen zu sichern. Daran könnte sich dann der spätere Schutz durch die bekannten prätorischen Rechtsbehelfe (*interdictum Salvianum*, *actio Serviana* und *quasi Serviana*) angeknüpft haben. In der Tat findet sich diese schon im vorigen Jahrhundert vertretene Interpretation[25] neuerdings bei Burdese[26] mit der Massgabe wieder, dass er annimmt, der Gläubiger sei bei seiner Eigenmacht durch ein prätorisches Interdikt unterstützt worden. Aber erstens liegen keinerlei Anzeichen für ein solches, schon vor Einführung der bereits genannten Rechtsbehelfe existierendes Interdikt vor[27]. Zweitens ist damit die Frage nicht beantwortet, ob das so erlangte Besitzpfand nun auf unbestimmte Zeit (bis zur Auslösung durch den Verpfänder) in der Schwebe bleibt (Bewahrungspfand)[28], oder welche Rechte dem Gläubiger sonst zustehen. Drittens würde Cato anders formuliert[29] und etwa von *pignora capito* oder *habeto* (= sich bemächtigen dürfen)[30] gesprochen

[23] Vgl. Manigk, *Pignus*, Sp. 1247.

[24] *Verfügungsbeschränkungen*, 91. Für ein Beschlagnahmepfandrecht Wenger, *Quellen*, S. 208 A. 14.

[25] Vgl. Dernburg a.a.O. S. 51 ff.

[26] *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* (1949), S. 103 f.

[27] Kaser, *ZSSt.* 67, S. 563.

[28] Vgl. Ebrard a.a.O. S. 12; Rabel a.a.O. S. 92 A. 1. Nach Sohm-Mitteis-Wenger, *Inst.*, S. 347 f., hatte der Gläubiger mit der Sache, falls es zur Schuldklage kam, einen Vollstreckungsgegenstand in Händen. Diese Ansicht vertrat auch Mitteis (vgl. Rabel a.a.O. S. 88). Allein sie ist nicht haltbar. Denn an den Schuldprozess schloss sich die *manus iniectio* an. Sie gewährte einen Zugriff nur auf die Person, nicht auf das Vermögen des Schuldners (vgl. Kaser, *Altröm. ius*, S. 206, 248 f.).

[29] Kaser a.a.O.

[30] Vgl. von Lübtow, *Studi De Francisci* I, S. 419.

haben[31]. Dernburg[32] meint, die Klausel '*domini esto*' beweise die Klagbarkeit des Pfandvertrages, und denkt an die *actio quasi Serviana*. Vorsichtiger schliesst Ebrard[33] im Anschluss an Mitteis und Naber nur auf das *interdictum Salvianum* und die dingliche *actio Serviana*[34]. Aber so lange sich die Sachen auf dem Grundstück befinden, bedarf der Gutsherr keiner Klage; werden sie entfernt, dann fällt ihm das Eigentum zu, und er kann mit der Vindikation gegen den jeweiligen Besitzer vorgehen[35]. Ebrard[36] behauptet, Catos Formulare seien eigens auf die Praxis des Formularprozesses zugeschnitten. Der Rechtszustand, wo das '*domini esto*' unmittelbaren Eigentumsübergang an den Verpächter bewirkt habe, sei somit bereits damals überwunden worden. Das Amtsrecht habe ordnend eingegriffen: Der Prätor lasse keinen Eigentumsverfall ohne vermittelnde Besitzübergabe zu, sondern schaffe dem Verpächter die Parteistellung des spezifischen Pfandgläubigers. Mit Hilfe der *actio Serviana* erlange der Verpächter das Eigentum an den vom Schuldner eingebrachten Sachen. Diese Art des Schutzes kann jedoch das '*domini esto*' unmöglich betreffen: Mit ihrer Fortschaffung sollen die Pfandsachen dem Pfandgläubiger endgültig gehören und er so zur Vindikation autorisiert sein. Ebrard deutet damit die Vindikation gewaltsam in einen, wenn auch dinglichen, Anspruch auf Erlangung des Eigentums um.

Auf ein Bedenken gegen den unmittelbaren Eigentumsübergang weist Ebrard hin: Es ist doch zur Übertragung von Eigentum — jedenfalls an *res nec mancipi* — Besitzübergang unerlässlich[37]. Schon Rabel[38] hielt einen Eigentumsübergang ohne Tradition für sonderbar. Er glaubt, die Singularität dadurch erklären zu können, dass die Formel '*domini esto*' möglicherweise aus grossgriechischen Formularen übernommen sei. Auch Siber[39] versteht die Formel

[31] Gegen das Beschlagsrecht auch Manigk, *Pignus*, Sp. 1254 f.

[32] A.a.O. S. 66.

[33] A.a.O. S. 11 f., 16.

[34] Zustimmend Manigk, *Pignus*, Sp. 1247. Dagegen mit Recht Kaser, *ZSSt.* 64, S. 391.

[35] Bekker, *ZRG.* 3, S. 445; Pernice, *Labeo* I, S. 426 A. 8; Herzen, S. 39; Fehr, S. 5.

[36] A.a.O. S. 16.

[37] Manigk, *Pignus*, Sp. 1247 f., bestreitet die Existenz eines solchen Rechtssatzes; zum mindesten würde das Illatenpfand ihn durchbrechen.

[38] *Verfügungsbeschränkungen*, S. 91 mit A. 3.

[39] *RR.* II, S. 123.

dahin, dass dem Gläubiger nur eine Forderung auf Übereignung gewährt werde, da eben zum Eigentumsübergang Besitzübergabe nötig sei. Girard[40] vertritt die Ansicht, man sei bei der Formel von der Annahme einer aufschiebend bedingten Tradition ausgegangen, die auch der *lex commissoria* zugrunde liege. Eine solche Konstruktion liesse sich, soweit das *ius civile* in Frage kommt, bestenfalls nur im Hinblick auf *res nec mancipi* halten. Im übrigen fehlt es, wie schon bemerkt, an einer Übergabe. Deshalb wirft Bekker[41] die Frage auf, ob man die Illation als Surrogat der Tradition betrachtet und Catos Zeit schon ein „natürliches Eigentum" — gemeint ist wohl ein bonitarisches[42] — neben dem quiritischen gekannt habe[43].

Das dem Verpfänder mit dinglicher Wirkung auferlegte Entfernungsverbot bildet nach Ebrard[44] ein untrügliches Zeichen dafür, dass die Verpfändung der Illaten von Haus aus lediglich obligatorische Wirkungen hervorrufe: Habe mithin der Pfandschuldner die Sachen vom Grundstück des Gläubigers entfernt, so verliere dieser sein Pfandrecht daran[45]. Demgemäss erblickt Ebrard den Zweck des Entfernungsverbotes darin, solcher Gefahr zu begegnen. Seine Erklärung kann jedoch nicht zutreffend sein. Bei den Pfandbestellungen des c. 149, cl. 7 und des c. 150, cl. 7[46] fehlt das Verbot nebst der Klausel '*domini esto*'. Infolgedessen wäre der Gläubiger schutzlos gewesen, wenn der Schuldner die Pfandobjekte dem Grundstück entfremdete. Da eine solche vertragswidrige Handlung ohne besondere Schwierigkeiten erfolgen konnte, hätte auf diese Weise der Zweck des Pfandrechts leicht vereitelt werden können. Deshalb liegt die Vermutung nahe, dass es auch ohne ein besonderes Deportationsverbot geschützt gewesen sein muss.

Allerdings reden die Formulare schlechthin von *pignori sunto*. Es wird nichts darüber bestimmt, welche Folgen eintreten sollen, wenn der Schuldner mit seiner Leistung in Verzug gerät. Weder ist ein

[40] *Manuel*[8], S. 815 A. 1.

[41] A.a.O. S. 445.

[42] Siehe Girard a.a.O. S. 829.

[43] Zu diesen Konstruktionen siehe unten S. 331 ff.

[44] A.a.O. S. 15.

[45] So übrigens auch Manigk, *Pignus*, Sp. 1252. Nach Rabel, *ZSSt.* 53, S. 591, bedeutet die Klausel '*domini esto*' ein suspensiv bedingtes Eigentum des Grundherrn, das vereinbart werde, weil das Pfandrecht mit der Entfernung der Gegenstände vom Grundstück erlösche.

[46] Vgl. unten S. 344 f., 349 f.

*pactum de vendendo* noch eine *lex commissoria* genannt. Ohne derartige Abreden war das *pignus* nach herrschender Lehre lediglich ein Bewahrungspfand[47]. Demgegenüber hat Manigk[48] mit Recht darauf hingewiesen, dass, wofür auch die Rechtsvergleichung spricht, das älteste römische *pignus ipso iure* ein Verfallpfand war und dieser Verfall ursprünglich nicht besonders verabredet zu werden brauchte, weil er im Wesen des *pignus* lag. Wenn der Verfall (*domini esto*) schon vor der Nichtleistung eintreten sollte, also im Falle eines Verstosses gegen das Entfernungsverbot, musste allerdings eine besondere Abrede getroffen werden[49]. Den Ausgangspunkt der Entwicklung des Pfandrechts bildet überall die reine Sachhaftung[50]. Das ist auch in Rom sicherlich nicht anderes gewesen[51]. Man bezeichnet deshalb das Verfallpfand gewöhnlich auch als Ersatzpfand. Damit ist gemeint: Verfällt bei Säumnis des Schuldners dem Gläubiger das Pfand automatisch zu Eigentum, so hat er weitere Ansprüche gegen den Schuldner aus der Forderung auch dann nicht mehr, wenn die Sache weniger wert ist als die Schuldsumme (*reliquum*, ἐκλεῖπον), oder wenn sie untergegangen oder verschlechtert ist. Andererseits brauchte der Gläubiger dem Verpfänder aber auch nicht den Überwert der Sache (*superfluum*, *residuum*, ὑπεροχή) herauszugeben. Das Wesen des Ersatzpfandes hat man auch für das römische Recht als suspensiv bedingte *datio in solutum*[52] aufgefasst. Ganz abgesehen davon, dass die *datio in solutum* bei *res nec mancipi* Tradition voraus-

[47] Rabel, *Verfügungsbeschränkungdn*, S. 92 A. 1; *Grundzüge*, S. 494 mit A. 1; Girard, *Manuel*[8], S. 565; Siber, RR. II, S. 120 f.; Kunkel, *RPR.*, S. 155; Weiss, *Inst.*[2], S. 245.

[48] *HdR.* IV, S. 461 f.; *Pignus*, Sp. 1246 ff.

[49] Abweichend Burdese, S. 107.

[50] Erbe, *Fiduzia*, S. 37 f. mit Lit. A. 2; Petschow, *Neubabylonisches Pfandrecht* (1956), 119 ff.

[51] Siehe u.a. Sohm-Mitteis-Wenger, *Inst.*[17], S. 342; Rabel, *Grundzüge*, S. 491, 496; Kübler, *Gesch. des röm. Rechts*, S. 45; Kunkel, *RPR.*, S. 153; Kreller, *RRg*[2], S. 166; Weiss, *Inst.*[2], S. 252; Erbe a.a.O. S. 38; Manigk, zuletzt *Pignus*, Sp. 1248 f.; Koschaker, *Symbolae Hrozny* IV (1950), S. 217, 221; Kaser, *ZSSt.* 67, S. 559; *RPR.* I, S. 126 f.

[52] Rabel a.a.O. S. 491, 494; Siber, *RR.* II, S. 120; Manigk, *Pignus*, 1247, 1254, 1256, 1258; Seidl, *RPR.*, S. 45. Für das germanische Recht O. von Gierke, *Schuld und Haftung*, S. 24 A. 10; Planitz, *DPR.*[3], S. 91. Vgl. ferner Erbe a.a.O. S. 38. Vorsichtiger Kaser, *ZSSt.* 67, S. 558: „Verfallswirkung mit dem Erfolg einer Leistung an Erfüllungsstatt". Gegen die These von der *datio in solutum* Pernice, *ZSSt.* 5, S. 134 f.

setzte, war sie bei den wichtigsen Sachen, den *res mancipi*, ausgeschlossen, weil das römische Recht keine bedingte *mancipatio* kannte[53]. Die Pfandbestellungen c. 149, cl. 7 (*familia*) und c. 150, cl. 6,7 (*pastor* = *servus*)[54] lassen aber die Zulässigkeit des Verfallpfandes gerade auch an *res mancipi* erkennen[55]. Kaser[56] freilich meint neuerdings[57], den Formularen Catos liege nicht mehr die „reine Sachhaftung" zugrunde; beim Fehlen einer Verkaufsabrede sei das *pignus* ein „Bewahrungspfand" gewesen. Nach fruchtlosem Verstreichen der Zahlungsfrist sei die Forderung nicht mehr untergegangen; der Gläubiger habe mit ihr im Wege der Klage vorgehen können. Im Hinblick auf das *pignus* ständen ihm weiter keine Rechte zu, als auf die Einlösung des Pfandes zu warten. Es ist indessen schon generell höchst unwahrscheinlich, dass ein blosses Retentionspfand dem Sicherungsbedürfnis des kreditierenden Gläubigers genügt hätte[58]. Wenn das Pfand bereits bei Entfernung vom Grundstück des Gläubigers in dessen Eigentum fiel, so muss derselbe Grundsatz erst recht bei Nichtleistung der Schuld nach Fälligkeit gegolten haben. Noch zu Zeiten Catos war das *pignus* also Verfallpfand und trat, wenn der Schuldner in Verzug geriet, an die Stelle der Forderung. Es stand in der Macht des Gläubigers, sich nur mit solchen Pfandsa-

[53] Steiner, *Datio in solutum*, S. 110.

[54] Manigk, *Pfandrechtl. Untersuchungen* I, S. 30.

[55] Mommsen, *Jur. Schr.* III, S. 142 A. 1, vermutet, die *fiducia* habe ursprünglich der Verpfändung von *res mancipi* gedient, das *pignus* dagegen habe sich auf die übrigen Eigentumsobjekte bezogen. Auch Kaser, *RPR.* I, S. 127, 384, erblickt den Ausgangspunkt des *pignus* in der formlosen Pfandbestellung an *res nec mancipi* und glaubt, die *res mancipi* seien zunächst nur durch fiduziarische *mancipatio* oder *in iure cessio* verpfändet worden. Indessen dürfte das *pignus* auch an *res mancipi* gegenüber der *fiducia* das ältere Rechtsinstitut gewesen sein (vgl. dazu Erbe, S. 1 ff. mit Lit.). Es kam zustande durch Besitzübertragung an der Pfandsache und förmliche Verlautbarung dieses Aktes (*pignori sunto*). Die *fiducia* setzt voraus, dass man das Eigentumsrecht durch *mancipatio* und *in iure cessio* ohne reale Gegenleistung übertragen konnte (Karlowa II, S. 569; Kreller, *ZSSt.* 62, S. 206). Dem Gläubiger passte es oft schlecht, die Pfandsache physisch in seinem Besitz zu haben, während der Schuldner andererseits ein Interesse daran hatte, in ihrem Besitz zu bleiben. So entstand das Bedürfnis nach einer grösseren Beweglichkeit des Sicherungsrechts, und da die Zeit noch nicht reif dafür war, vom Besitzpfandrecht abzugehen, erfand die Jurisprudenz das Institut der *mancipatio* und *in iure cessio fiduciae causa*.

[56] *ZSSt.* 67, S. 563.

[57] Anders noch *ZSSt.* 64, S. 392; *Altröm. ius*, S. 313 f.

[58] Manigk, *Pignus*, Sp. 1252 f.

chen zufrieden zu geben, deren Wert den der Forderung mindestens deckte. Die Konstruktion des '*domini esto*' als *poena conventionalis*[59] scheint allerdings nicht glücklich. Denn eine solche Konventionalstrafe würde den Bestand der Forderung unberührt lassen. Der rechtsgeschichtliche Zusammenhang ist ein anderer. Die Haftung bezieht sich ursprünglich nur auf Menschen. Der Begriff der Sachhaftung ist erst von der Personalhaftung übernommen[60]. Die Pfandschaft wird in den Quellen häufig als *obligatio pignoris* bezeichnet[61]. Das Gegenstück bildet die *obligatio personae*. Der Ausdruck *obligatio* = Bindung passt von Haus aus nicht für leblose Sachen. Es ist von der Personalhaftung auf das Sachpfand übertragen worden. Sie beruht ursprünglich auf der realen Geiselschaft. Zur Sicherung des Anspruchs wird dem Gläubiger ein Geisel gestellt, an dem er sich im Falle der Nichtleistung „schadlos" halten kann. Bis zur Tilgung der Schuld wird der Geisel vom Gläubiger in Gewahrsam genommen und im wahren Sinne des Wortes „gebunden" (*obligare*)[62]. Ist der Termin für die Zahlung fruchtlos verstrichen, so verfällt der Geisel der Willkür des Gläubigers. Er kann an ihm blutige Rache üben, ihn töten, verstümmeln oder in die Fremde verkaufen. Ein solcher Verkauf ist übrigens schon eine aus ökonomischen Gründen erfolgte Milderung der Härte des Schuldrechts. Die Forderung erlischt; denn an den nicht vergeiselten Schuldner kann der Gläubiger sich nicht halten, da der Geisel als Ersatzmann des Schuldners gestellt wird[63]. Die Art der Sachhaftung vollzieht sich analog dieser ursprünglichen Geiselhaftung. Das Pfand ist gewissermassen ein „Sachgeisel"[64]. Es kommt durch Tradition in die Gewalt des Gläubigers — bei Cato wird das Einbringen auf das Grundstück der Übergabe gleichgestellt. Bis zur

[59] So Manigk, *Pignus*, Sp. 1249, 1253.

[60] Lutteroth, *Der Geisel im Rechtsleben* (1922), S. 15, 20.

[61] Siehe z.B. Modest. D. 20, 1, 23, 1; Modest. D. 48, 10, 28; Gaius D. 22, 4, 4; Ulp. D. 13, 7, 11, 3; Scaevola D. 13, 7, 43. Vgl. Manigk, *Pfandrechtl. Untersuchungen* I, S. 54 ff.; Koschaker, *Symbolae Hrozny* IV, S. 217, 247 A. 25, 269. Hübner, *DPR.*[5], S. 402 f., bemerkt zur Gebundenheit der als Pfand gesetzten Sache im germanischen Recht: Die Bezeichnungen *wadium*, *Wette*, *Weddeschaft* führen auf das alte Verbum *vidan* = binden zurück und bringen die Verstrickung des Pfandes zugunsten des Gläubigers zum Ausdruck.

[62] Lutteroth, S. 13, 63; von Lübtow, *ZSSt.* 56, S. 245, 248 f.; *ZSSt.* 67, S. 124, 132, 135.

[63] Lutteroth, S. 11; von Lübtow, *ZSSt.* 56, S. 247; 68, S. 329.

[64] Lutteroth, S. 21.

Schuldfälligkeit besteht ein Schwebezustand. Der Schuldner kann durch Tilgung der Schuld das Pfand auslösen. Diesen Schwebezustand kennzeichnen die Catonischen Formulare dahin: *donicum solutum erit aut ita satis datum erit ... pigneri sunto* (c. 146, cl. 5; c. 149, cl. 7; c. 150, cl. 7). Zahlt der Schuldner oder stellt er Bürgen, so wird das Pfand frei. Nach fruchtlosem Ablauf des Schwebezustandes tritt wie bei der Geiselschaft der Verfall des Pfandes ein. Es gehört jetzt dem Gläubiger (*domini est*). Dieser kann damit verfahren, wie er will. Für den Zeitraum des Schwebezustandes wirkt das Pfand als Pressionsmittel. Will der Schuldner es nicht einbüssen, so muss er rechtzeitig zahlen. Bei Nichterfüllung der Schuld diente das Pfand dem Gläubiger ursprünglich — genau wie der Geisel — als Mittel, um sein Rachegefühl zu befriedigen und seine Wut zu kühlen. Diese Gefühle waren anfangs stärk , als das eigene wirtschaftliche Interesse. Der Gläubiger zerstör[e]r die Pfandsache. Dafür spricht noch die Zerstörung statt Verwe[t]e tung der Pfandsache, das *pignus caedere* des öffentlichen Rechts[6]r- Es erfolgte auf Grund magistratischer Pfandnahme (*pignoris capio*)[5]. die zu den Koerzitionsmitteln gehörte. Später trat dann an die, Stelle des emotionalen mehr und mehr das ökonomisch-rationale Moment. Der Gläubiger betrachtete nach der Nichtleistung das Pfand als Mittel, um dadurch Deckung für die Schuldsumme zu erhalten. Er vernichtete das ihm zugefallene Pfand nicht mehr,

[65] Mommsen, *StR.* I, S. 160 mit A. 2; Karlowa I, S. 167; Siber, *RR.* II, S. 123; Thormann, *Der doppelte Ursprung der Mancipatio*, S. 173, dort A. 76 Quellen; Kaser, *RPR.* I, S. 385 A. 6; Steinwenter, *RE.* 20, 1, Sp. 1235. Über das Recht, das der Pfandgläubiger bei der feierlichen *pignoris capio* (Gai. IV, 28, 29) erwarb, sind wir nicht unterrichtet. Steinwenter a.a.O. Sp. 1237 nimmt ein blosses Retentionsrecht an, weil von einem Verkaufsrecht keine Rede sei. Karlowa, *Röm. Zivilprozess*, S. 206 f., und Kaser, *Altröm. ius* S. 207, glauben, dass das Pfand nach Ablauf einer bestimmten für die Einlösung gesetzten Frist an den Gläubiger zu Eigentum verfallen sei. Auch Siber a.a.O. spricht von einem Aneignungspfand. Die Rechtsvergleichung und die Analogie der öffentlichen *pignoris capio* legen die Vermutung nahe, dass das genommene Pfand nicht etwa zur Befriedigung des Gläubigers dient, sondern Willenspression bezweckt. Löste der Schuldner das Pfand nicht innerhalb einer bestimmten Frist ein, so wurde es vernichtet (*pignora caedere*). Die Pfändung sollte also zunächst den Willen des halsstarrigen Schuldners brechen, und, wenn dieser Versuch erfolglos blieb, ihn durch Vernichtung seines Eigentums bestrafen (Sohm-Mitteis-Wenger, *Inst.*, S. 658). Mit zunehmender Ökonomisierung des Exekutionsrechts wird das Pfand dem Gläubiger zu Eigentum verfallen sein, und die Sitte, es zu zerstören, gehörte der Vergangenheit an.

sondern verwendete es so wie auch seine sonstigen Vermögensstücke. Der Geschäftssinn hatte den Rachetrieb zurückgedrängt.

Kaser[66] hat die These aufgestellt, dass dem Pfandgläubiger im älteren Recht ein relatives oder funktionell geteiltes Eigentum an der Sache zustand[67]. In der Tat kannte die alte Zeit den Gegensatz zwischen dem allumfassenden, absoluten Eigentumsrecht und den beschränkten dinglichen Rechten an der Sache noch nicht; dies wird durch die universalgeschichtlichen Erfahrungen der Rechtsvergleichung bestätigt[68]. Kaser beruft sich für das „Pfandeigentum" des Gutsherrn-Pfandgläubigers auf die schon eröterten Catonischen Pfandformulare. Er unterscheidet zwischen dem Besitzpfand und dem besitzlosen Pfand[69]. Beim erstgenannten erhalte der Gläubiger das relative Eigentum (Recht zum Besitz) schon mit der *traditio ex causa pignoris*, beim zweitgenannten erst mit Schuldverfall, dem Cato die Wegschaffung der Illaten gleichstelle. Das besitzlose Pfand habe dem Gläubiger ebenso wie im griechischen Recht nur eine Gebundenheit, eine Verfangenschaft der Sache gewährt. Diese Ansicht scheint Kaser[70] aber neuestens nicht mehr aufrecht erhalten zu wollen. Er geht jetzt wohl davon aus, dass das „Pfandeigentum" auch beim besitzlosen Pfand bereits mit dem Pfandvertrag und der Illation entsteht. Es gibt bei Cato Pfandbestellungen, denen keine Deportationsklausel beigefügt ist (c. 149, cl. 7; c. 150, cl. 6, 7). Wie schon bemerkt[71], können sie nicht schutzlos gewesen sein, wenn der Schuldner das *pecus*, die *familia* oder den *pastor* vom Grundstück entfernte. Das Schutzmittel bildete die *legis actio sacramento in rem* (*rei vindicatio*)[72]. Daraus folgt, dass das *pignus* nicht, wie-

[66] *Eigentum und Besitz*, S. 21 ff.; *ZSSt.* 64, S. 391 ff.; *Altröm. ius*, S. 313 f., 394; *ZSSt.* 67, S. 562 f.; *DPR.* I, S. 126 f., 384.

[67] Zustimmend Koschaker, *Symbolae Hrozny* IV, S. 269 f. Die Einwendungen Burdeses a.a.O. 96 A. 2 sind, wie Kaser, *ZSSt.* 67, S. 562 f., zutreffend dargelegt, unbegründet.

[68] Koschaker, a.a.O. S. 222, 225 f., 227 f., 269 f.; Kaser. *ZSSt.* 68, S. 130 186 ff.; von Lübtow, *Schenkungen der Eltern*, S. 26; *Studi De Francisci* I, S. 466, 475; *Berliner Festschr.* S. 130, 180 mit A. 312. Vgl. oben S. 243 mit A. 16 und jetzt Petschow a.a.O. S. 133 ff. mit weiteren Nachweisen A. 400, 401.

[69] *ZSSt.* 64, S. 391 f.

[70] *ZSSt.* 67, S. 563 A. 26.

[71] Oben S. 313.

[72] Vgl. Kaser, *Eigentum und Besitz*, S. 22 f.; *ZSSt.* 64, S. 391 ff.; ebenda 67, S. 562; *RPR.* I, S. 127, 394.

man zumeist annimmt[73], erst ein vom Amtsrecht geschütztes Institut ist. Ursprünglich dürfte dem Gläubiger bei Schuldverfall ein eigenmächtiges, aussergerichtliches Zugriffsrecht auf die Sache gestattet worden sein. Das Pfand musste vom Gläubiger zunächst aufbewahrt werden. Bei Schuldverfall durfte er es ohne weiteres als ihm gehörig an sich nehmen. Dafür sprechen die bei Festus[74] überlieferten Worte des Latinerbündnisses (493 v. Chr): *si quid pignoris nanciscitur* (ursprünglich wohl *nancitor*), *sibi habeto*[75]. Die föderierten Völker tauschten als Unterpfand für die Bundestreue Geiseln aus[76]. Wird der Vertrag, für den sie einstehen, gebrochen oder verletzt, so darf der berechtigte Staat sich ihrer bemächtigen, weil sie ihm jetzt auf Gnade oder Ungnade verfallen sind. Gewiss steht das *sibi habeto* in einem Staatsvertrag. Jedoch sind trotzdem Schlüsse auf die älteste Gestalt des privaten Pfandrechts zulässig; denn primitiven Rechten ist der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht noch nicht bekannt[77]. Als der Eigentumsprozess vor dem staatlichen Gericht aufkam, konnte der Gläubiger jetzt dem Schuldner oder einem besitzenden Dritten gegenüber mit den Worten '*meum esse aio*' = mir gehört die Sache, nämlich als *pignus*, das bessere Recht auf sie in Anspruch nehmen. Wenn der Gegner ebenfalls mit '*meum esse aio*' kontravindizierte, so drang er nicht durch; denn sein Recht auf die Sache war das schlechtere. Löste der Schuldner das Pfand durch Bezahlung der Schuldsumme aus, so verwandelte sich sein bis dahin schlechteres Recht automatisch in das bessere. Weigerte sich der Gläubiger, das Pfand herauszugeben, so durfte der Schuldner gegen ihn mit der *rei vindicatio* erfolgreich vorgehen. Die auf Herausgabe des *pignus* gerichtete, *in factum* konzipierte *actio pigneraticia* des Amtsrechts beruht auf dem Schriftformelprozess, der damals noch

[73] Vgl. z.B. Mitteis, *RPR.* I, S. 191 A. 37; Siber, *RR.* II, S. 123.

[74] s.v. *Nancitor.*

[75] Dazu Manigk, *Pignus*, Sp. 1248; Kaser, *Eigentum und Besitz*, S. 22 A. 22. — Zu *habeto* siehe oben S. 311. Die Existenz eines prähistorischen allgemeinen Pfandnahmerechts, als dessen Relikt die *pignoris capio* anzusehen wäre, ist angesichts der Entwicklung des römischen Vollstreckungsrechts von der Personal- zur Realexekution nicht anzunehmen (Kaser, *Altröm. ius*, S. 206 mit A. 58).

[76] Vgl. Lutteroth a.a.O. S. 179 ff.

[77] Danz, *Der sakrale Schutz im röm. Rechtsverkehr* (1857), S. 179; Lutteroth a.a.O. S. 162, 164; Kaden a.a.O. S. 18 mit weit. Lit. A. 3, S. 19.

nicht auf Bürger angewandt wurde[78]. Sie ist wahrscheinlich im ersten Jahrhundert v. Chr. entstanden[79]. Das Entfernungsverbot mit der Klausel '*domini esto*' sollte der Gefahr entgegenwirken, dass der Schuldner die Pfandstücke irgendwohin verschleppte und dem Gläubiger die Sachverfolgung auf diese Weise erschwerte. Der dem Entfernungsverbot zuwiderhandelnde Verpfänder verlor wie beim Schuldverfall sein Einlösungsrecht, woraus sich ergab, dass sich das vorläufig bessere Recht des Gläubigers auf die Sache in ein endgültiges verwandelte. Diese Bedeutung hat das '*domini esto*'. War dagegen die Einlösungsfrist abgelaufen, so trat der endgültige Verfall an den Gläubiger ohne besondere Abrede ein. Das Pfandeigentum trug die Bestimmung in sich, mit Fristablauf in ein nunmehr funktionell unbeschränktes Volleigentum des Gläubigers überzugehen. Seiner *rei vindicatio* konnte niemand mehr ein besseres Recht zur Sache entgegenstellen.

Im Laufe des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts entstand der Gedanke des absoluten Eigentums[80]. Die Konstruktion des funktionell geteilten Eigentums wurde aufgegeben und als Eigentümer nur derjenige angesehen, der als Kläger die rechtliche Vollherrschaft über die Sache geltend machte. Dem in steigendem Masse differenzierenden Rechtsgefühl entsprach es nicht mehr, funktionell beschränkte Sachherrschaftsverhältnisse unter den einheitlichen Eigentumsbegriff zu subsumieren. Damit entfiel der bisherige zivilrechtliche Rechtsschutz des Pfandes. Der Gläubiger konnte im Vindikationsprozess nicht mehr die Behauptung '*meum esse*' aufstellen. Das Pfandstück gehörte einzig und allein dem verpfändenden Eigentümer, für den Gläubiger war es eine *res aliena*. Die sich ergebende Rechtsschutzlücke wurde vom Prätor ausgefüllt. Er gewährte wohl in der ersten Hälfte des ersten vorchristlichen Jahrhunderts dem Verpächter das *interdictum Salvianum*, kraft dessen der Verpächter den Besitz der Sache erlangte; ob es sich nur gegen den Pächter oder auch gegen andere Besitzer richtete, ist umstritten[81]. Bald darauf schuf der Prätor zugunsten des Verpächters die *actio Serviana*. Sie vermied die

[78] Vgl. unten S. 365 ff.

[79] Kaser, *Eigentum und Besitz*, S. 22; *ZSSt.* 64, S. 393 und schon Herzen a.a.O. S. 46 f.

[80] Kaser, *Eigentum und Besitz*, S. 277—312; *ZSSt.* 64, S. 393; *RPR.* I, S. 341.

[81] Kaser, *ZSSt.* 64, S. 393 f.; *RPR.* I, S. 395 mit Lit. A. 17.

Gefahren des Interdiktsprozesses und verhalf dem Verpächter auch zur Wiedererlangung verlorengegangenen Besitzes[82]. Sie wurde demnächst modifiziert und zum Schutz aller Pfandgläubiger gegeben (*actio quasi Serviana*)[83].

Mit Hilfe des Interdikts und der *actio Serviana* erhielt der Gläubiger den Besitz des Pfandes, nicht aber das Eigentum. Der blosse Besitz berechtigte ihn nicht zur Veräusserung des *pignus*. Höchstens stand ihm ein Retentionsrecht zu, bis die Forderung getilgt war. Aber mit einem so schwachen Recht dürfte er sich in der Regel kaum begnügt haben. Daher wurde jetzt die Abrede üblich, dass es dem Gläubiger gestattet sei, das Pfand zu verkaufen (*pactum vendendi*)[84]. Eine Notiz Ulpians[85] lässt erkennen, dass bereits Servius Sulpicius Rufus (Konsul 51 v. Chr.) die *venditio pignoris* kannte. Das Aufkommen der Verkaufsabrede geht sicherlich bereits in die vorservianische Zeit zurück[86]. Das Verkaufsrecht verstand sich nicht von selbst, sondern musste bis in die hochklassische Zeit stets ausdrücklich vereinbart werden[87]. Nach Iavolenus[88]

[82] Kaser a.a.O.

[83] Kaser *RPR.* I, S. 396.

[84] Dazu eingehend Burdese, S. 131 ff.

[85] D. 47, 10, 15, 32 (*lib. 77 ad ed.*).

[86] Dazu Karlowa II, S. 1285; Manigk, *Pfandr. Unters.* I, S. 26; *RE.* 9 Art. *Hyperocha*, Sp. 297 f.; *Pignus*, Sp. 1256.

[87] Auch die *fiducia pignoris iure* (Gai. II, 60, dazu Kaser, *RPR.*, S. 385 A. 4) war ursprünglich ein Verfallpfand (Erbe, *Fiduzia*, S. 36 ff. mit Lit.; Kaser, *RPR.* I, S. 386. Gegen das Verfallstadium Burdese, S. 10 ff.; dazu Kaser, *ZSSt.* 67, S. 557 ff.). Im *pactum fiduciae* mussten damals in erster Linie die Modalitäten der Remanzipation (Erbe, S. 4 ff., 62, 105 A. 3) geregelt werden. Nicht in dem Glauben, das uns dem Wortlaut nach unbekannte *pactum* restituieren zu können, sondern um den Gedanken herauszuarbeiten, der in dem *pactum* zum Ausdruck gelangt sein muss, soll folgende Formel hierher gesetzt werden: *Pactum conventum factum est inter Titium* (Fiduziant) *et Maevium* (Fiduziar), *ut hominem Stichum, quem Titius Maevio fidi et fiduciae causa mancipio dabit, eum Maevius Titio remancipet, si pecunia Maevio Kalendis Novembribus primis soluta erit.* Der Fiduziar war also zur Remanzipation nur verpflichtet, wenn die Schuld fristgemäss getilgt wurde. Der Unterschied zum Verfallpfand bestand darin, dass der Schuldner hier nicht sein Eigentumsrecht einbüsste; denn er hatte es ja bereits nicht mehr, sondern das Recht auf Remanzipation verlor. Und der Gläubiger erwarb nicht erst das Eigentum, es stand ihm ja schon vorher zu, vielmehr wurde er ein freier Eigentümer. Darauf konnte er sich nun der *actio fiduciae* gegenüber mit Erfolg berufen. Nunmehr war die Schuld erloschen; denn es ging natürlich nicht an, dass der Gläubiger sowohl die Sache wie die Forderung in vollem Umfang behielt. Verkaufte er die Sache jetzt, so trug er die Gefahr des Aus-

liegt ein Diebstahl vor, wenn der Gläubiger das Pfand ohne Abrede verkauft, der Jurist sieht also das *pactum* als unerlässlich an, und

---

falls, andererseits brauchte er einen etwaigen Überschuss nicht an den Schuldner herauszugeben.

Das überwiegende Interesse des Gläubigers, dessen Position die stärkere war, führte später zum *pactum vendendi*. Erbe, S. 36 ff., meint deshalb, dieses *pactum* sei nur dazu bestimmt gewesen, um bei zunächst weiter bestehender reiner Sachhaftung dem Fiduziar den Anspruch auf das *reliquum* zu verschaffen. Burdese, S. 32 ff., 75 f., dagegen ist der Ansicht, das *pactum* habe dem Fiduziar überhaupt erst die Verkaufsbefugnis verliehen; ohne diese Abrede sei der Verkauf ein Verstoss gegen die *fides* und der Gläubiger daher aus der *actio fiduciae* haftbar gewesen (so schon Karlowa, II, S. 572 f.: Kunkel, *RPR.*, S. 154 f.; neuerdings F. Schulz, *Class. Rom. Law.*, S. 415). Aber ein Veräusserungsrecht stand dem Fiduziar schon auf Grund seines Eigentumsrechts zu; er verging sich auch nicht gegen die Treupflicht, wenn er bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Schuld die Sache veräusserte (von Mayr, *RRg.* I 2, S. 64).

Die Quellen sprechen von '*vendere licere*' (Burdese, S. 30 ff.). Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass der Fiduziar die Sache nach Fälligkeit der Schuld nicht mehr endgültig als Eigentum behalten darf, sondern nur zum Verkauf berechtigt ist und deshalb das Einlösungsrecht des Schuldners abweichend vom Verfallpfand bis dahin fortbesteht. Der Fristablauf hatte also nicht mehr die Rechtsfolge des Verfalls (abweichend Erbe, S. 39). Dafür spricht auch die *Formula Baetica*: '*.... usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent, donec ea omnis pecunia fidesve persoluta .... esset*' (vgl. Schulz a.a.O. S. 414). Daran schliesst sich unmittelbar die nach Fälligkeit der Schuld eintretende Verkaufsbefugnis des Gläubigers. Als bestes Mittel zur Feststellung des Sachwertes galt der Verkauf. Der Betrag des *reliquum* sollte vom Gläubiger nicht willkürlich bestimmt, sondern nach dem objektiven Wert der Sache bemessen werden. Der Gläubiger wurde kraft besonderer Klausel ermächtigt, die nichtgedeckte Restschuld (*residuum*, *reliquum*) beizutreiben. Dem Schuldner konnte — ebenfalls durch besondere Abrede — das Recht eingeräumt werden, einen etwa vorhandenen Mehrwert des Pfandes (*superfluum*) herauszuverlangen (vgl. unten S. 328 ff.). Aber vor allem verfolgte das *pactum de vendendo* das Ziel, den Gläubiger vor Ausfall zu sichern. In diesem Zusammenhang ist ein Bericht des Pomponius von grosser Wichtigkeit, der allerdings stark überarbeitet ist (vgl. die Angaben im *Ind. Itpl.*, ferner Erbe, S. 42 f.; Burdese, S. 34 ff.; Kaser, *ZSSt.* 67, S. 559 f.; *RPR.* I, S. 388 A. 18):

D. 13, 7, 6 pr. (*lib. 35 ad Sab.*):

*Quamvis convenerit, ut fundum* [*pigneraticium*] ⟨*fiduciarium*⟩ *tibi vendere liceret, nihilo magis* [*cogendus es vendere*] ⟨*teneri te fiduciae actione Sabinus ait*⟩, *licet solvendo non sit is qui* ⟨*fiduciam*⟩ [*pignus*] *dederit, quia tua causa id caveatur. sed Atilicinus ex causa* ⟨*fiduciae teneri*⟩ [*cogendum*] *creditorem* [*esse ad vendendum*] *dicit* [: *quid enim*] ⟨,⟩ *si multo minus sit quod debeatur et hodie pluris venire possit* [*pignus*] ⟨*fiducia*⟩ *quam postea* [?] ⟨.⟩ *melius autem est dici eum, qui dederit* [*pignus*] ⟨*fiduciam*⟩, *posse* ⟨*eam*⟩ *vendere et accepta pecunia solvere id quod debeatur ita* [*tamen*], *ut* [*creditor-praestanda*]

Gaius II, 64 leitet das Verkaufsrecht des Gläubigers, der ja nicht Eigentümer sei, aus der *pactio* ab. Gemeint ist nicht der Pfandbe-

---

⟨*rem sibi remancipatam praestet emptori*⟩. *invitum enim creditorem cogi vendere satis* [*inhumanum*] ⟨*iniuriosum*⟩ *est.*

Die herrschende Meinung bezieht die Stelle zutreffend auf die *fiducia*, von der Pomponius im 35. Sabinusbuche spricht. Nach Sabinus greift die *actio fiduciae* nicht Platz, wenn der Gläubiger den Verkauf unterlässt, mag auch der Pfandschuldner zahlungsunfähig sein und folglich ein Interesse am Verkauf haben, um den strengen Folgen einer etwaigen Personalexekution zu entgehen. Denn das Verkaufsrecht ist im Interesse des Gläubigers vereinbart, nämlich um ihm das *reliquum* zu sichern. Atilicinus dagegen zog auch die Belange des Sicherungsgebers in Betracht und nahm daher eine Haftung des Fiduziars an. Er konnte sich dafür auf die Klausel der *actio fiduciae* berufen (F. Schulz, Einf. S. 88): '*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*' (dazu Kaser, *Altröm. ius*, S. 294 mit Lit. A. 29; *RPR.* I, S. 387 mit A. 13). Die *in factum* gerichtete persönliche *actio pigneraticia* enthielt dagegen keine ähnliche Klausel, und eine *in ius* konzipierte Formel mit dem Bestandteil '*ex fide bona*' gab es aller Wahrscheinlichkeit nach nicht (streitig, siehe die Lit. bei Kaser, *RPR.* I, S. 449 A. 8). Deshalb konnte das in Rede stehende Problem, wenn ein *pignus* bestellt war, im klassischen Recht gar nicht auftauchen (dies gegen Erbe, S. 43). Die dingliche Pfandbestellung blieb rein amtsrechtlich. Es ist daher schwerlich anzunehmen, dass für den persönlichen Rückgabeanspruch des Verpfänders ein zivilrechtliches *bonae fidei iudicium* geschaffen wurde. Atilicinus sieht das Interesse des Fiduzianten am Verkauf darin, dass die Sache den Wert der Forderung übersteigen und heute zu einem höheren Preise verkauft werden könnte als später. Er hat wahrscheinlich den Ausweg gefunden, dass der Schuldner die Sache selbst verkaufte, aus dem Erlös den Gläubiger befriedigte, sich die Sache zurückgeben liess und sie dann dem Käufer übereignete (Gradenwitz, *Interpolationen*, S. 22; F. Schulz, S. 88). Diesen Modus bezeugen die Paulussentenzen 2, 13, 3 gerade für die Fiduzia (vgl. dazu Levy, *Weström. Vulgarrecht, Obligationenrecht*, 1956, S. 192 f.).

Ungeachtet des Aufkommens der Verkaufsbefugnis blieb es jedoch zulässig, im *pactum fiduciae* statt des regelmässigen *ius vendendi* den Verfall der Sache zu vereinbaren. Die Fiduzia war also in der Regel ein Verwertungs-, ausnahmsweise ein Verfallpfand, auch ein blosses Bewahrungspfand (dazu Kaser, *RPR.* I, S. 386 A. 9) lässt sich denken, wenn nämlich das Paktum dahin ging, dass die Fiduzia bis zur Tilgung der Schuld dauern sollte und eine Verkaufsabrede fehlte. Dann bestand die Wirkung der Fiduzia eben nur darin, dass der Schuldner kein Verfügungsrecht über die Sache besass und der Gläubiger ihm mit der Klage aus der persönlichen Forderung drohen konnte, um dadurch die Einlösung des Pfandes zu erzwingen. Die Fiduzia konnte also im Einzelfall sehr verschieden ausgestaltet sein.

Ein *pactum, ut vendere non liceat*, bewirkte zugunsten des Schuldners wohl ein reines Retentionspfand. Die Klausel erübrigte sich, solange die Abrede des Verkaufs besonders getroffen werden musste. Burdese, S. 84 ff., nimmt an,

stellungsvertrag als solcher[89], sondern eben das für notwendig erachtete *pactum de vendendo*[90]. Erst in der spätklassischen Epoche

---

das *ius vendendi* sei in spätklassischer Zeit dem Fiduziar auch ohne *pactum* zugestanden worden (zweifelnd Kaser a.a.O. S. 386 mit A. 9). Jedenfalls konnte erst jetzt ein *pactum de non vendendo* Bedeutung gewinnen. Für ein Veräusserungsrecht ohne besondere Vereinbarung spricht die Analogie zum Pfandrecht (Kunkel, *RPR.*, S. 154 mit A. 4; Erbe, S. 45 f. Vgl. unten A. 90). Dafür spricht ferner Paulus D. 20, 5, 13: *Creditor, qui iure suo* [*pignus*] ⟨*fiduciam*⟩ *distrahit, .... Iure suo* bedeutet die Befugnis zur Vornahme des Verkaufs aus eigenem Recht (so auch Burdese a.a.O; zweifelnd Erbe, S. 24 f.; Kaser, *ZSSt.* 67, S. 562). Die nachklassischen Paulussentenzen 2, 13, 5 erklären ein *pactum de non vendendo* für unverbindlich. Der Fiduziar darf also trotzdem verkaufen, wofern er nur dem Schuldner in aller Form vorher Anzeige macht (Kunkel a.a.O.; Erbe, S. 45; Schulz, S. 416, 419. Vgl. aber auch Burdese, S. 87 f.).

[88] D. 47, 2, 74.

[89] So Manigk, *Pfandr. Unters.* I, S. 78 A. 1, 114.

[99] Wie hier bereits Dernburg, *Pfandrecht* I, S. 86; Kunkel, *RPR.*, S. 154 A. 4 a.E. Gaius II, 64 lautet: .... *item creditor pignus ex pactione* (*alienare potest*), *quamvis eius ea res non sit.* [*sed*] ⟨*nam*⟩ *hoc* [*forsitan*] *ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui* [*olim*] *pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.* Beseler, *B.* III, S. 83, und Albertario, *Studi* V, S. 444 ff., halten den Satz *sed — solvatur* für gänzlich unecht, während Burdese, S. 135 f., die Echtheit verteidigt. Das *forsitan* (vielleicht) ist gänzlich fehl am Platze, es wird bereits von Kniep, *Gai institutionum comm. sec.* §§ 1—96, S. 24 A. 2, beanstandet. *Olim* kann nicht den Sinn von „vorher", d.h. bei Vertragsschluss, haben, wie Dernburg, *Pfandrecht* II, S. 109, Herzen, *ZSSt.* 25, S. 455, und Burdese annehmen. Denn dass dieser in der Vergangenheit lag, brauchte nicht besonders betont zu werden. Das *olim* heisst vielmehr „einstmals" und will besagen, dass „jetzt" die Vereinbarung einer speziellen Verkaufsbefugnis nicht mehr notwendig ist. Es handelt sich also um einen nachgajanischen Zusatz (Kniep a.a.O. S. 210). Er steht im Widerspruch zu dem vorhergehenden Satz, der die *pactio* als Quelle des Verkaufsrechts angibt und als geltendes Recht bezeichnet. Gaius legt sich die Frage vor, woher die Befugnis des Gläubigers, der doch Nichteigentümer sei, stamme, eine fremde Sache wirksam zu veräussern. Vermag doch sonst niemand mehr Rechte zu übertragen, als ihm selbst zustehen. Die Jurisprudenz konnte den Grund hierfür einzig und allein in der Erlaubnis des Eigentümers finden. Eine andere Möglichkeit gab es nicht. Deshalb passt das schwankende und zweifelnde *forsitan* in keiner Weise. Mit dem Ausdruck *pactio* meint Gaius wohl weniger die Vereinbarung, die Pfandsache verkaufen zu dürfen. Den Kaufvertrag als Verpflichtungsvertrag kann der Pfandgläubiger wie jeder Dritte wirksam auch im Hinblick auf eine fremde Sache abschliessen. Deshalb spricht Gaius korrekt von einem *pignus alienare voluntate debitoris*. Wenn er gleichzeitig von der Befugnis des Pfandgläubigers spricht, *pignus vendere*, so hat er diese Terminologie wohl gewählt, um anzugeben, dass das Kausalgeschäft, auf Grund dessen die Veräusserung erfolgt, entgeltlich sein soll,

setzt sich die abredelose Geltung des Verkaufsrechts durch[91].

---

Dernburg a.a.0. S. 109 ff. wirft dem Gaius vor, er arbeite mit einer Fiktion: der Verpfänder selbst sei derjenige, von dem die Übergabe der Pfandsache ausgehe, und der Pfandgläubiger handele nur als sein Vertreter und als Exekutor seines Willens. Es ist aber unerfindlich, inwiefern in den Worten des Gaius eine Fiktion liegen soll (so auch Kniep a.a.O.). Der Pfandgläubiger veräussert die Sache in eigenem Namen und führt damit sein eigenes Geschäft (Pap. D. 13, 7, 42); zu Inst. 2, 8, 1 siehe Rotondi, *Scr. giur.* II, S. 580 ff. Ihm wird vom Eigentümer die Ausübung der Veräusserungsbefugnis übertragen. Dadurch ist er in der Lage, den Kaufvertrag durch Übereignung der Sache zu erfüllen.

[91] Kunkel a.a.O. S. 154 mit A. 4; Erbe, S. 45 f.; Levy, *ZSSt.* 49, S. 251 A. 2. Dagegen nimmt F. Schulz, S. 416, an, das Erfordernis des *pactum de vendendo* habe bis zum Ausgang der klassischen Zeit fortbestanden. Zweifelnd Kaser a.a.O. S. 394 mit A. 9. Nach Burdese, S. 152, war bis zur Severerepoche die ausdrückliche Abrede des *pactum* notwendig; indessen sei es, meint er schwierig, über die Stellungnahme der Spätklassiker zu einem bestimmten Ergebnis zu kommen.

Die Hauptstelle ist Ulp. D. 13, 7, 4 (*lib. 41 ad Sab.*):

*Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor* ⟨*rem in bonis aut*⟩ *dominium rei habere.*

*Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat.*

*Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur* [*nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit*].

Der erste Satz stammt von Massurius Sabinus, dessen Werk Ulpian kommentiert (Dernburg, *Pfandrecht* I, S. 91). Ebrard, *ZSSt.* 44, S. 535, will die Worte *sive ab initio sive postea* als Glossem streichen. Gewiss müssen der Regel nach formlose Nebenabreden bei den *iudicia bonae fidei* unmittelbar bei Vertragsschluss ('*in continenti*') hinzugefügt werden. Aber weil das *pactum* die Zustimmung des Verpfänders zur Veräusserung seiner Sache bedeutet, hielt schon die klassische Jurisprudenz auch nachträglich vereinbarte Verkaufsabreden für zulässig. Beseler, *B.* IV, S. 129, tilgt *dominium rei* und setzt statt dessen *rem in bonis*, weil der Verpfänder nur bonitarischer Eigentümer zu sein brauche, und der Pfandgläubiger als Vertreter an *res mancipi* nicht quiritisches Eigentum verschaffen könne. Jedoch veräussert der Gläubiger gar nicht als Vertreter des Eigentümers, sondern auf Grund seiner Zustimmung (vgl. Kaser a.a.O. S. 394, eingehend Burdese, S. 165 ff.). Handelt es sich um die Veräusserung einer *res mancipi* im Wege der Manzipation oder *in iure cessio*, so wird der Erwerber bonitarischer Eigentümer (Burdese a.a.O.; F. Schulz, S. 416 f.; Kaser a.a.O.). Bei den genannten Geschäften ist alles an ausdrückliche und formelle Erklärungen gebunden. Infolgedessen bedurfte die Zustimmung einer bestimmten Form. Eine solche Solennisation gab es jedoch nicht (Mitteis, *RPR.* I, S. 208, 281). Daher konnten formelle Verfügungen des Pfandgläubigers, mit denen der Schuldner-Eigentümer einverstanden war, nur bonitarisches Eigentum übertragen. Bei der *traditio* als einem formlosen Akt war dagegen die Zustimmung des Eigentümers formlos zuläs-

sig. Die Übergabe von *res nec mancipi* durch den Pfandgläubiger verschaffte dem Erwerber folglich ziviles Eigentum (Burdese a.a.O.; Schulz a.a.O.; Kaser a.a.O.).

Die Echtheit des zweiten Satzes ist umstritten (für Interpolation: Albertario bei Rotondi, *Scr. giur.* II., S. 582 A. 1; Ebrard a.a.O.; Burdese, S. 147: Schulz, S. 419 sources zu Nr. 724. Dagegen Kunkel, S. 154 A. 4; Levy a.a.O. Auch Beseler äussert keine Bedenken. Zweifelnd Kaser, S. 394 A. 9). Von *sed etsi* an nimmt Ulpian das Wort und fügt der Meinung des Sabinus die zu seiner Zeit geltende Praxis an. Es bedurfte keines besonderen *pactum de vendendo* mehr. Eine solche Abrede war im Verkehr so allgemein üblich geworden, dass man den objektiven Sinn des Vertrages gemäss der Verkehrssitte dahin deutete (vgl. von Lübtow, *ZHR.* 112, 242 f.), dass dem Gläubiger das *ius vendendi* auch da zustehen sollte, wo es im Einzelfall nicht nachweislich vereinbart war. In dieser Periode ist, wie auch Cod. Iust. 8, 34, 1 (222 n. Chr.) beweist, das *ius vendendi* ein *ius commune* geworden (Manigk, *Pignus*, Sp. 1267). Wenn man weiterhin das *pactum de vendendo* in der Urkundenpraxis beibehielt, so beruht dies einmal auf der Kraft der Tradition, zum andern bot nur ein *pactum* die Möglichkeit, Modalitäten des *ius vendendi* wie Zeit und Ort des Verkaufs oder die Befristung des Verkaufsrechts zu regeln (Manigk, *Pfandr.-Unters.* I, S. 85 f.; *Pignus*, Sp. 1267 f.). Aus diesen Gründen blieb das *pactum* ein *vulgare* (Cod. Iust. 4, 24, 4, 223 n. Chr.).

Burdese, S. 147, 217 hält den Ausschluss des Verkaufsrechts für interpoliert. Er glaubt, der dritte Satz habe im Original gelautet: *Ubi vero ⟨non⟩ convenit* [*ne distraheretur*], *creditor*, *si distraxerit*, *furti obligatur*. Beseler streicht den ganzen Satz als Glossem sowohl aus einem sprachlichen (*ubi* = *si*) als auch aus einem sachlichen Grunde: statt *furti obligatur* fordere der Gedankengang: „der Rechtsübertragungsversuch misslingt". Diese Thesen verdienen jedoch keinen Beifall. Das *pactum de non vendendo* wurde sinnvoll und nötig, als man dazu überging, auf Grund einer allgemeinen entsprechenden Verkehrssitte dem Gläubiger das Verkaufsrecht auch ohne besondere Abrede zuzubilligen. Er musste dann, falls er nicht die Schuldklage anstrengte und dadurch einen mittelbaren Druck auf den Schuldner zur Einlösung des Pfandes ausübte, das Sicherungsobjekt bewahren. Es handelte sich um ein blosses Retentionspfand. Verstiess der Gläubiger gegen das Veräusserungsverbot, so beging er einen Diebstahl. Die Rechtslage war genau wie früher, wenn das *pactum de vendendo* nicht besonders vereinbart war. Strafbarkeit und Nichtübergang des Eigentums laufen parallel. Manigk, *Pfandrechtl. Untersuchungen* I, S. 77 mit A. 1, beruft sich auf Pomp. D. 13, 7, 5 zum Beweise dafür, dass bereits zu Zeiten des Pomponius die Rechtslage die gleiche gewesen sei, wie Ulpian sie schildere. Er meint, das von Pomponius erwähnte *pactum de non vendendo* involviere die Erstarkung des *ius vendendi* zu einem gesetzlichen Recht. Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend. Denn es lässt sich sehr wohl denken, dass auch überflüssige Klauseln in den Vertrag aufgenommen wurden (Herzen, *ZSSt.* 25, S. 454; zustimmend Erbe, S. 41, 45). Davon abgesehen ist das von den Kompilatoren anhangsweise angefügte Pomponiusfragment nicht unverändert geblieben (vgl. Burdese, S. 141 f. mit Lit.). Pomponius wird in seinem Sabinuskommentar, wie später Ulpian, zunächst die Ansicht des Sabinus vorgetragen und dann hinzugesetzt haben, der Gläubiger mache sich auch dann

Manigk[92] vermutet, das *pactum de vendendo* sei als Zusatzvertrag schon geschaffen worden, als das *pignus* noch Verfallpfand gewesen, d.h. *ipso iure* in das Eigentum des Gläubigers gekommen sei[93]. Es sei im Interesse des Gläubigers geschaffen worden, um die Haftung des Schuldners für das *residuum*, die Höhe des Ausfalls, festzulegen. Manigk beruft sich auf die Rechtsvergleichung (Griechenland) und die „sich hier niederschlagende natürliche Logik der Interessengestaltung". Demgegenüber wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Gläubiger mit der Entstehung des absoluten Eigentums auch bei Verzug des Schuldners eine *res aliena* besass und ihm aus diesem Grunde das Verkaufsrecht besonders gewährt werden musste[94]. Beim Verkaufspfand ergreift die Haftung nicht mehr die Substanz der Sache, sondern ihren Wert, der durch privaten Verkauf festgestellt wird. Daraus folgt: Der Gläubiger ist aus dem Erlös zu befriedigen. Der Mehrwert des Pfandes gebührt dem Eigentümer, im Falle des Minderwertes haftet der Schuldner in Höhe des Ausfalls weiter. Die Schuld erlischt erst, wenn der Gläubiger aus dem Pfande oder anderweitig voll befriedigt wird. Diese Regelung entsprach am besten den Belangen sowohl des Gläubigers wie des Schuldners. Es konnte leicht die Meinung vertreten werden, der Wert des Pfandes gebühre dem Gläubiger in derselben Weise wie früher die Substanz; er trage das Risiko, wenn der Erlös die Höhe der Schuldsumme nicht erreiche, brauche andererseits aber auch den etwaigen Mehrwert nicht herauszugeben. Dieser Gedankengang hätte allerdings dem Sinn des Verkaufspfandes nicht entsprochen. Jedoch legte das ältere

---

des Diebstahls schuldig, wenn er gegen eine die Verkaufsbefugnis beschränkende Klausel des *pactum de vendendo* verstosse.

Die Unechtheit des einschränkenden *nisi* — Satzes wird allgemein anerkannt (vgl. die Angaben im *Ind. Itpl.*, ferner Manigk, *Pignus*, Sp. 1267; Burdese, S. 147; F. Schulz, S. 419 sources zu Nr. 724; Kaser, S. 394 A. 9). Das Verkaufsrecht ist schon in frühnachklassischer Zeit unabdingbar geworden. Es steht dem Gläubiger also auch dann zu, wenn es durch ein ausdrückliches *pactum de non vendendo* ausgeschlossen war. Nur muss er dem Schuldner dreimal Anzeige machen und begeht dann keinen Diebstahl. Damit stimmt die Rechtslage bei der Fiduzia überein (Paul. sent. 2, 13, 5). Diese dreimalige Anzeige ist auch dann notwendig, wenn eine Verkaufsabrede überhaupt fehlt (Paul. sent. 2, 5, 1. Dazu Burdese, S. 146 mit Lit. A. 2, 164 f.; Kaser, *ZSSt.* 67, S. 566 mit A. 35).

[92] *Pignus*, Sp. 1257 ff.

[93] Dagegen Burdese, S. 132 f.

[94] Vgl. oben S. 321.

Recht entscheidenden Wert auf das ausdrücklich Vereinbarte; es erkannte keinen Willen an, der auf blosser Schlussfolgerung beruhte[95]. Daher musste das *pactum de vendendo* zunächst mit der Abrede verknüpft werden: *ut quo minus pignus venisset residuum debitor redderet.* Eine solche Klausel begegnet im Anschluss an ein *pactum de vendendo* in der Fiduzia-Urkunde der Poppaea Note vom Jahre 61 v. Chr.[96], Zeile 24 f.: *si quo minoris ea mancipia quibus de agitur venierint, in sortis vicem debebuntur mihi heredive meo quae reliqua erunt. Quod si pluris ea mancipia quibus de agitur venierint, id quod superfluum erit reddetur tibi heredive tuo*[97]. Nach Manigk stammt die Abrede von dem für die *fiducia* vorbildlichen *pignus*. Er plädiert also für eine Rezeption aus dem Pfandrecht. Aber es kann sich auch um eine Parallelentwicklung bei *pignus* und *fiducia* handeln[98]. Es kam dann die Zeit, wo die Haftung des Schuldners für das *residuum* auch ohne besondere Abrede als selbstverständlich unterstellt wurde. Paulus berichtet D. 20, 5, 9, 1 (*lib. 3 quaest.*):

> *Pomponius ... ita scripsit: quod in pignoribus dandis adici solet, ut, quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo*[99].

Pomponius bezeichnet die in der Praxis übliche Vereinbarung, der Schuldner solle für den beim Verkauf des Pfandes ungedeckten Rest der Forderung weiter haften, als überflüssig, weil diese Haftung von Rechts wegen eintrete. Er war also der Ansicht, dass sich durch die immer wiederkehrende Klausel eine feste Verkehrssitte gebildet hatte und die Parteien ein solches *pactum* beim Abschluss des Vertrages ohne Bedenken weglassen konnten. Der Richter musste den ins objektive Recht eingegangenen Satz über die Zahlung des *reliquum* anwenden, auch wenn im konkreten Fall keine spezielle Abrede dafür vorlag[100]. Seit wann sie aber als überflüssig

[95] Von Lübtow, *Studi de Francisci* I, S. 513, und schon Dernburg, *Pfandrecht* I, S. 87.

[96] Bruns-Gradenwitz, *Fontes* I[7], S. 332 ff.

[97] Dazu Manigk, *Pignus*, Sp. 1260; Weiss, *Inst*[2], S. 253. Die Rekonstruktion folgt Arangio-Ruiz, *Fontes* III, S. 293 f.

[98] Vgl. Erbe, *Fiduzia*, S. 40 mit Lit.

[99] Dazu Manigk, *Pfandr. Unters.* I, S. 74 ff.; *Hyperocha*, Sp. 298; *Pignus*, Sp. 1259; Burdese, S. 197.

[100] Vgl. Karlowa II, S. 685.

betrachtet worden ist, wissen wir nicht. Der Geschäftsgebrauch hielt jedenfalls noch im zweiten Jahrhundert n. Chr. an der Klausel fest, nicht etwa weil Zweifel bestanden, ob sie *supervacua* sei, sondern einfach aus Gründen der Tradition. Mit Recht bemerkt Erbe[101], in dem zähkonservativen Urkundenstil verschwinde eine Abrede nur, wenn ein gewichtiger Anlass vorliege. Ein solcher bestand nicht, und so dauerte die Gepflogenheit der Kautelarpraxis ungeachtet des von Pomponius gegebenen Hinweises fort, wie das bei Qu. Cervidius Scaevola[102] (zweite Hälfte des zweiten Jahrhunderts n. Chr.) mitgeteilte Geschäftsformular beweist[103].

Es ist keineswegs notwendig, dass sich dieselbe Entwicklung wie beim *pactum, ut reliquum debitor redderet*, im Hinblick auf die Abrede vollzogen hat, ein *superfluum* müsse an den Schuldner zurückgegeben werden[104]. Die Ansicht Manigks[105], diese beiden Rechtssätze seien mit der Institution des Pfandverkaufs von selber gegeben und von Anfang an geltendes Recht gewesen, lässt sich, wie schon dargelegt[106], nicht halten[107]. Die Abrede eines Anspruchs auf den sich aus dem Verkauf ergebenden Überschuss taucht bereits in der Urkunde der Poppaea Note auf[108]. Wie wir sahen[109], halt Pomponius das Nachforderungsrecht des Gläubigers in Höhe seines Ausfalls für selbstverständlich. Eine entsprechende, den Anspruch auf das *superfluum*[110] betreffende Äusserung findet sich in den Quellen, soweit ersichtlich, nicht. Dieses Schweigen fällt immerhin auf. Es ist denkbar, dass mit Rücksicht auf die starke Stellung des Gläubigers Abreden über das *superfluum* viel seltener vorkamen als solche, die für das Nachforderungsrecht des Gläubigers in Höhe des *reliquum* sorgten. Möglicherweise wurde daher der Anspruch

[101] *Fiduzia*, S. 105.

[102] D. 46, 1, 63: *pactum intercesserat, ut si .... non solventur .... liceret ei vendere et quo minoris venissent, quodque sortis vel usurarum nomine deberetur, id creditrici redderetur.*

[103] Vgl. auch Pap. D. 46, 1, 52 pr.

[104] Dazu Burdese, S. 199 ff.

[105] *Pfandr. Unters.* I, S. 74 f.

[106] Vgl. oben. S. 321, 327.

[107] Der Ansicht Manigks stimmt Burdese, S. 204 (vgl. auch S. 197 mit A. 2) zu; im *Pignus*-Artikel (vgl. Sp. 1259, 1263 f.) scheint Manigk seine Meinung geändert zu haben.

[108] Oben S. 328.

[109] Oben S. 328 f.

[110] An einer Stelle der Digesten (D. 20, 4, 20) *hyperocha* genannt.

des Schuldners auf das *superfluum* bis in die hochklassische Zeit noch nicht als selbstverständlich betrachtet[111]. Bei den Spätklassikern setzte sich dann die Ansicht durch, dass ein solcher Anspruch von Rechts wegen (*iure*) gegeben sei. So heisst es bei Papinian

D. 13, 7, 42 (*lib. 3 resp.*):

> *Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex* [*facto*] ⟨*pacto*⟩, *suum negotium creditor gerat*[112].

Der Gläubiger wird mit der persönlichen Aktio auf Rückgabe des Pfandes zur Auszahlung des Überschusses gezwungen, und zwar *iure* (*pignoris*), also auch ohne dass eine dahingehende Abrede vorliegt. Mit der Formel dieser Aktio, die nach den eindeutigen Worten Papinians nur die *formula pigneraticia in factum concepta*, nicht etwa eine von Fall zu Fall gewährte besondere *actio in factum* sein kann, liess sich diese Funktion vereinbaren; denn die Forderung war getilgt, das Pfand aber nicht zurückgegeben[113]. Die Litisästimation wurde auf die Überschuss-summe eingeschränkt[114]. Der Gläubiger kann nicht verlangen, dass der Verpfänder den Käufer als Schuldner annimmt, sondern hat die Sache selbst zu erledigen. Denn mit dem Verkauf, der auf dem Pfandbestellungsvertrag beruht, führt der Gläubiger sein eigenes Geschäft[115]. Nach D. 13, 7, 6, 1 scheint schon Pomponius ohne konkrete Abrede den Anspruch des Verpfänders auf das *superfluum* bejaht zu haben. Aber diese Stelle bezog sich ursprünglich auf die Fiduzia[116]. Hier führte die Fides-Klausel der *formula fiduciae* zur Annahme eines solchen Anspruches[117]. Schliesslich kommt noch ein Erlass des Kaisers Diokletian aus dem Jahre 294 in Betracht:

[111] Zu den *residuum*- und *superfluum*- Abreden bei der *fiducia*, insbesondere zur Vererblichkeit der *pacta*, siehe Erbe, *Fiduzia*, S. 18, 87 ff., und vor allem Burdese, *Studi Solazzi*, S. 324 ff. Vgl. oben S. 321 A. 87.

[112] Dazu Kreller, *ZSSt.* 62, S. 171, 173 mit A. 126; Burdese, S. 79 ff.

[113] Kaser, *Quanti ea res est*, S. 79. Ablehnend Burdese, S. 202.

[114] Kaser a.a.O.

[115] Ein Widerspruch zwischen Papinianus und Ulpianus D. 13, 7, 24, 2 besteht m. E. nicht. Papinianus setzt voraus, dass der Kaufpreis bereits an den Pfandgläubiger entrichtet ist (vgl. dazu Kreller a.a.O. S. 174, 205; Burdese, S. 79 ff.).

[116] Kreller, S. 173 mit A. 129.

[117] Vgl. oben S. 321 A. 87.

C. 8, 27, 20:

*Secundum placiti fidem, si nihil convenit specialiter,* [*pignoribus*] ⟨*fiduciis*⟩ *a creditore maiore quam ei debebatur pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam* [*id est pigneraticia*][118] *de superfluo competit actio.*

Der Anspruch des Verpfänders auf das *superfluum* folgt nach diesem Erlass aus der Vertragstreue. Damit kann nur auf eine Fides-Formel angespielt sein. Kreller[119] und Burdese[120] denken an eine *in ius* konzipierte Pfand-Formel mit *bona-fides*-Klausel. Da es eine solche jedoch nicht gab[121] und der Erlass sich ausdrücklich auf die Fides stützt, wird im Originaltext von der Fiduzia die Rede gewesen sein. Auch wenn der Fiduziar von der Überschuss-summe ein Grundstück erworben hat, geht der Anspruch des Fiduzianten nicht auf Herausgabe des Grundstücks, sondern nach wie vor auf Restitution des *superfluum*.

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass die Parteien — auch nach Ausbildung des absoluten Eigentums — ein Verfallpfand des Inhalts vereinbaren konnten, dem Gläubiger solle bei Nichtbefriedigung der Pfandgegenstand von selbst zufallen[122]: Mangels besonderer Abreden würde weder dem Gläubiger ein Anspruch auf das *residuum* zustehen, noch würde der Schuldner einen etwaigen Mehrwert verlangen können. Die Formel, in welche die *lex commissoria* gefasst zu werden pflegte, lautete nach Dernburg[123] etwa so:

*si pecunia intra diem certum soluta non sit, fundus creditoris esto.*

Er hat sie also der Verfallklausel bei Cato nachgebildet. In den Quellen findet sich aber seit Entstehung des absoluten Eigentums keine Spur einer solchen Vereinbarung. Dieses Schweigen auch der klassischen Schriften wird gewöhnlich damit erklärt, dass die Kompilatoren — übrigens mit einer sonst nicht bei ihnen zu beobachtenden Sorgfalt — die einschlägigen Texte mit Rücksicht auf das fortgeltende Konstantinische Verbot lückenlos gestrichen hätten[124]. Wenn

[118] Wohl Glossem: Kreller, S. 175 mit A. 139; Burdese, S. 203 mit A. 2.

[119] A.a.O. S. 175.

[120] A.a.O. S. 203.

[121] Vgl. oben S. 321 A. 87 (S. 323).

[122] Siehe statt aller Dernburg, *Pfandrecht* II, S. 273 ff.; Girard, *Manuel*[8] S. 815 A. 1, 829; Manigk, *Hyperocha*, S. 296 f; *Pignus*, Sp. 1270 f.; F. Schulz, *Classical Roman Law*, S. 414 f.; Burdese, S. 110 ff.

[123] A.a.O. S. 276.

[124] Dernburg a.a.O. S. 275; Manigk, *Hyperocha* a.a.O.

andererseits schon die Klassiker die Verfallabrede gemissbilligt hätten, würden die Kompilatoren solche Äusserungen schwerlich ausgemerzt haben[125]. Die wahre Erklärung für das Schweigen der Quellen ist, dass es seit der Entstehung des absoluten Eigentums überhaupt keine Verfallabrede, die dem Gläubiger ohne weiteres das Eigentum verschafft, gegeben hat, vor allem auch nicht in der klassischen Periode[126]. Alle Versuche, ein solches Verfallpfand zu konstruieren, müssen als gescheitert betrachtet werden. F. Schulz[127] unterscheidet in diesem Zusammenhang das Besitzpfand und das besitzlose Pfand:

> Wurde eine *res nec mancipi* durch Tradition verpfändet und die *lex commissoria* beigefügt, so handelt es sich um eine aufschiebend bedingte *traditio dominii*. Der Gläubiger soll Eigentümer werden, wenn die Schuld bei Fälligkeit nicht bezahlt wird. Bei einer *res mancipi* erwarb er in einem solchen Fall bonitarisches Eigentum, ziviles erst durch Ersitzung.
> Wurde ein Gegenstand (*res mancipi* oder *nec mancipi*) unter einer *lex commissoria* ohne Tradition verpfändet, so ging das entsprechende Eigentum erst mit Besitzerwerb auf den Gläubiger über.

Burdese[128] führt den Eigentumsübergang beim Faustpfand darauf zurück, dass die *datio pignoris* und die *lex commissoria* zusammen im Ergebnis auf eine *traditio ex iusta* hinausgekommen seien, während beim besitzlosen Pfand das Eigentum erst mit fehlerfreiem Besitzerwerb übergehe. Der Gläubiger habe die Wahl gehabt, sich entweder für das Verfallrecht zu entscheiden oder die gesicherte Forderung geltend zu machen.

Die Konstruktionen von Schulz und Burdese stehen im Widerspruch zur Struktur des römischen Rechts seit der Umwandlung des relativen zum absoluten Eigentum. Die Tradition ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein blosses Faktum, das notwendig ist, damit der Partner Eigentümer wird[129]. Deshalb ist eine bedingte

[125] Kaser, *ZSSt.* 67, S. 564.

[126] Kaser a.a.O.; *RPR.* I, S. 393. Zustimmend Levy *Weström, Vulgarrecht, Obligationenrecht,* S. 188 mit A. 175. Kaser vermutet, schon die Klassiker hätten die Abrede mit Rücksicht auf die Gefahr wucherischer Ausbeutung des Verpfänders verpönt.

[127] A.a.O. So bereits Girard a.a.O.

[128] A.a.O. S. 112 ff.

[129] Vgl. Pflüger, *Zur Lehre vom Erbe des Eigentums nach röm. Recht*, S. 1 ff.

Tradition nicht möglich. Vor allem aber gehört zum Eigentumserwerb eine *iusta causa*[130]. Seit der erwähnten Umwandlung wurde jedoch die *causa pignoris* nicht mehr als Eigentumserwerbsgrund anerkannt[131]. Es ist also nicht richtig, wenn man mit Manigk[132] davon ausgeht, es habe im römischen Pfandrecht zwei verschiedene Arten von *lex commissoria* gegeben, den Selbstverfall des Pfandrechts und die Abrede zwischen Pfandgläubiger und Schuldner, ersterer solle das Pfand *emptionis causa* erstehen. Manigk nennt sie die *lex commissoria* neueren Stils. Eine „Verfalls" abrede war vielmehr nur in der Weise möglich, dass zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ein aufschiebend bedingter Kaufvertrag geschlosen wurde, bedingt durch Ausbleiben der rechtzeitigen Leistung. Die gegenwärtige Einräumung des Besitzes an der Pfandsache erfolgt zur Sicherung (Pfandbesitz). Der Besitzwechsel zum Befriedigungszweck wird bis zum Eintritt der Nichtbefriedigung hinausgeschoben. Über den Kauf des Pfandes durch den Gläubiger[133] wird uns allerdings erst von den Juristen der spätklassischen Zeit berichtet[134]. Parallelen finden sich im Recht der Papyri und in anderen Rechten[135]. Kaser[136] nimmt deshalb an, dass die *emptio per creditorem* aus der provinziellen Praxis stammt. Man wundert sich nur, weshalb sie nicht weit früher Eingang in die römische Vertragspraxis gefunden hat; wurde der Gläubiger doch durch eine solche Klausel der Mühe und Verantwortung eines Pfandverkaufs an Dritte enthoben. Die Jurisprudenz konstruierte die Abrede als bedingten Kauf; das zukünftige Ereignis, von dem das Geschäft abhing, war die Nichtbezahlung der gesicherten Forderung[137].

[130] Vgl. von Lübtow, *Berliner Festschrift*, S. 169 ff.

[131] So zutreffend Kaser, *ZSSt.* 64, S. 393.

[132] *RE.* Art. *Hypotheca*, Sp. 356; *Pignus*, Sp. 1270.

[133] Dazu Dernburg, *Pfandrecht* II, S. 279 ff.; Manigk, *Pignus*, Sp. 1271 f.; Burdese, S. 119 ff.

[134] Steiner a.a.O. bezieht sich auch auf Pomponius D. 18, 3, 2. Aber hier handelt es sich nicht um eine Pfandsache.

[135] Rabel, *ZSSt.* 28, S. 351 ff.

[136] *ZSSt.* 67, S. 564.

[137] Die herrschende Meinung unterscheidet zwischen der *lex commissoria* beim Pfandvertrag, wonach die Pfandsache dem Gläubiger, wenn er nicht rechtzeitig befriedigt werde, an Zahlungs Statt zufalle, und dem bedingten Kauf der Pfandsache. Gegen diese Unterscheidung wendet sich mit Recht Steiner a.a.O. S. 106 ff. Er weist darauf hin, dass die Grundstruktur der *lex commissoria* beim Kaufvertrag und bei der Verpfändung identisch sei (ihm folgend Levy a.a.O. S. 188 f.;

Bedenken äussert Burdese, S. 123 ff., ihm zustimmend Kaser, *ZSSt.* 67, S. 565 A. 32).

Allerdings sprechen die Klassiker bei dem im Zusammenhang mit einer Verpfändung abgeschlossenen bedingten Kauf nicht von einer *lex commissoria*, weil dieser *terminus technicus* schon eine feststehende Bedeutung hatte: Für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises (*si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*, Pomp. D. 18, 3, 2) sollte der Verkäufer vom Vertrage zurücktreten dürfen. Erst die Nachklassiker haben die Bezeichnung *lex commissoria* von hier auf die Verpfändung übertragen.

Papinian (*Vat. 9*) behandelt im lib. 3 respons. den Fall des bedingtes Kaufes bei der Bestellung des Pfandrechts:

> *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.*

Die Frage, ob ein aufschiebend bedingter Kauf des Pfandes gültig sei, konnte mit Rücksicht auf das Erfordernis des *certum pretium* zweifelhaft sein. Der Klassiker bejaht die Zulässigkeit. Den Kaufpreis bildete der Betrag der Forderung des Gläubigers nebst Zinsen. Darauf, ob damit der Sachwert des Pfandes erreicht wurde, kam es nicht an. Unzutreffend ist also die Ansicht von Manigk, *Pignus*, Sp. 1272: auch ohne Abrede sei der Gläubiger als Käufer verpflichtet, eine *hyperocha* herauszugeben (ebenso Levy a.a.O., S. 190), der Schuldner dagegen, einen Ausfall zu zahlen. Auch von einer bedingten Hingabe an Erfüllungs statt ist keine Rede. Die Übergabe der Sache erfolgt zu Pfandzwecken. Wenn die Bedingung eintritt, geht das Eigentum über lediglich auf Grund des Kaufvertrages und der Fortdauer des Besitzes (Ulp. D. 6, 2, 9, 1. Dazu Ehrhardt, *Justa causa traditionis*, S. 148. Das Stück *vel pignori sibi datam* ist kein Glossem, sondern echt. Nur hat es der Abschreiber verstellt. Es gehört vor *emerit*). Wenn der Schuldner die Pfandsache zwecks Tilgung der Schuld an den Gläubiger veräussert, gehen sowohl die Darlehns- wie die Kaufvertragsobligation *sine numeratione uno momento* unter (Marcianus D. 46, 3, 44. Dazu Steiner a.a.O. S. 81 A. 3; Manigk a.a.O. S. 1271; weitere Lit. *Ind. Itpl.*).

Marcianus schreibt in seiner Pfandrechtsmonographie

D. 20, 1, 16, 9:

> *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem* [*iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio*]. *et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

Die Worte '*iusto pretio tunc aestimandam*' sind von den Kompilatoren mit Rücksicht auf das Konstantinische Verbot der *lex commissoria* interpoliert (vgl. die Angaben im Ind. Itpl., ferner Genzmer, *Deutsche Landesreferate zum II. Intern. Kongress für Rechtsvergl. im Haag* 1937, 45; Burdese, S. 120; Levy a.a.O. S. 190 A. 184; 195). Die Kompilatoren legen das Verbot in demselben Sinne aus wie Manigk, *HdR.* Art. Pfandrecht, Sp. 463, 466. Danach wollte Konstantin

nur die absolute Verfallabrede treffen, die dem Schuldner die Sache ohne Rücksicht auf ihr Wertverhältnis zur Forderung entzog. Wenn der Gläubiger bei Verzug das Pfand nur nach seinem von einem unparteiischen Dritten zu taxierenden Wert erwerben darf, können eine *captio* und *asperitas* im Sinne des Verbotes gar nicht vorliegen. Mit dieser Massgabe haben die Kompilatoren den Gläubigerpfandkauf in die Digesten übernommen. Die Worte *hoc* bis *venditio* sind erläuternde Glosse, die insofern falsch ist, als sie den Vertrag nur als einen „gewissermassen" bedingten bezeichnet. Aus dem angegebenen Grunde will Manigk im Gegensatz zu den Motiven III, S. 821 auch die Vorschrift des § 1229 BGB nicht auf die Abrede beziehen, bei Nichteinlösung das Pfand zum Börsen- oder Marktpreis zu behalten (dagegen Raape, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung*, 1913, S. 16 ff., 28 ff., 62, weil Umgehungsgefahr bestehe).

Den Gläubigerpfandkauf erörtert Tryphoninus

D. 20, 5, 12 pr. (*lib. 8 disp.*):

*Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.*

Er beruft sich für die Gültigkeit eines solchen Geschäfts auf ein Reskript des Kaisers Caracalla, das wohl von Papinian verfasst war: Während der Kaufvertrag bei der *fiducia* unzulässig ist, weil die Sache dem Gläubiger ja bereits gehört (Ulp. D. 50, 17, 45 pr. Paul. sent. 2, 13, 3. Vgl. Levy, S. 192 f.), bestehen im Hinblick auf das *pignus* keine Bedenken; denn der Schuldner ist ja sein Eigentümer geblieben.

Scaevola behandelt die Frage, ob ein suspensiv bedingter Verkauf der Pfandgrundstücke an den Bürgen gültig sei. Die Antwort kann nach den bisherigen Ergebnissen nicht zweifelhaft sein. Ein Vertrag mit dem Bürgen ist genau so zu beurteilen wie die mit dem Gläubiger getroffene Abrede. Das *responsum* des Scaevola ist überliefert in

D. 18, 1, 81 pr. (*lib. 7 dig.*):

*Titius cum mutuos acciperet tot* [*aureos*] *sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum: quod si id non fecerit die supra scripta* (= am Tage des Ablaufs der drei Jahre) *et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia empta esse, quae creditoribus obligaverat. quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, empta haberet supra scripta praedia. respondit* [*, si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub condicione emptio facto est et*] *contractam esse obligationem.*

Titius hatte seinem Gläubiger für ein Darlehn Grundstücke verpfändet und einen Bürgen bestellt. Er hatte mit ihm vereinbart, dem Bürgen sollten die Grundstücke verkauft sein, wenn er anstelle des Schuldners den Gläubiger befriedigen müsse. Scaevola entscheidet kurz und bündig, es liege eine gültige Kaufobligation vor. Der nachklassische Bearbeiter kam unter dem Einfluss der spätantiken Willenslehre auf den unglücklichen, durch den vorgetragenen Sachverhalt in keiner Weise gerechtfertigten Gedanken, trotz des Wortes *emere* könne die Absicht

der Parteien auch dahin gegangen sein, die Grundstücke dem Bürgen zu verpfänden. Augenscheinlich unterstellt Scaevola als Preis den Betrag des Darlehns nebst Zinsen. Die Kompilatoren dagegen haben bei Aufnahme des Fragments vergessen, ein *iustum pretium tunc aestimandum einzufügen* (vgl. zum Vorstehenden die Angaben im *Ind. Itpl.*, ferner Burdese, S. 121 ff., und vor allem — zutreffend — Levy, S. 188 A. 176).

Es ist natürlich auch denkbar, dass nach Fälligkeit der Forderung eine unbedingte *datio in solutum* stattfindet. Der Schuldner überlässt dem Gläubiger das Pfand zu Eigentum an Zahlungs Statt als Ersatz für die Forderung, die damit erlischt. Mit einem solchen Fall beschäftigt sich das Reskript der Kaiser Diokletian und Maximian vom Jahre 293 (C. 8, 13, 13):

> *Cum dominam non minorem viginti et quinque annis ea quae obligaverat tibi iure dominii possidere permisisse et in solutum dedisse precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit.*

Das kaiserliche Reskript erklärt hier die nachträgliche (*obligaverat!*) *datio in solutum* des Pfandes für gültig. Der Bittsteller war vielleicht der Meinung, es bedürfe zum Eigentumsübergang beim Pfand stets einer *impetratio dominii*, wie sie notwendig war, wenn der Verkauf sich nicht verwirklichen liess (Dernburg, *Pfandrecht* II, S. 281 A. 6). Die Kaiser belehrten ihn darüber, dass die *impetratio* nur notwendig sei, wenn der Gläubiger das Eigentum ohne Abrede mit dem Pfandgeber erwerben wolle. Im vorliegenden Fall genüge die Erlaubnis der Schuldnerin. Die Kompilatoren konnten das Reskript ohne Bedenken aufnehmen. Denn unter das Konstantinische Verbot fallen nicht der Verkauf oder die blosse *datio in solutum* der Pfandsache, wenn diese Rechtsgeschäfte nach dem Verfalltage abgeschlossen werden (Steiner, S. 111; Kaser, *ZSSt.* 67, S. 565).

Der Gläubigerpfandkauf konnte zu wucherischer Ausbeutung der Kreditnehmer führen, wenn der Wert der Pfandsache den Betrag der Schuldsumme erheblich überstieg (Weiss, *Inst.*², S. 253). In der Zeit Konstantins scheinen die Gläubiger die Notlage der Schuldner in wachsendem Umfang ausgenützt zu haben, um sich unangemessenen Gewinn zu verschaffen. Es ist also verständlich, dass der Kaiser zum Schutz der wirtschaftlich Schwachen *utilitatis publicae causa* eingriff (vgl. auch Brassloff, *Socialpolitische Motive der röm. Rechtsentwicklung*, S. 128 ff.). Der im Jahre 320 ergangene, an das Volk gerichtete Erlass, der die *lex commissoria* verbietet, lautet (C. Theod. 3, 2, 1):

> *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt.*

Das Motiv des Verbotes war die Ausbeutung (*captio*) der Schuldner, die sich zu einer wachsenden Härte auswuchs (*crescit asperitas*). Die *lex commissoria* wird deshalb mit rückwirkender Kraft untersagt, selbst ihr Name soll ewiger Vergessenheit preisgegeben werden. Den Schuldnern gewährte der Erlass eine Atempause (*respiret*). Die Gläubiger verloren das Eigentum an der Pfandsache, behiel-

ten jedoch ihre Forderung und konnten sie einziehen. Der Erlass steht im Codex Theodosianus mitten unter den Titeln über den Kaufkontrakt, woraus sich ergibt, dass man damals die *lex commissoria* noch als suspensiv bedingten Kauf auffasste. Diese Auslegung wird durch die westgotische Interpretation bestätigt:

> *Commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppigneratam ad tempus vendere per necessitatem conscripta cautione promittit.*

Vgl. dazu Levy, S. 191 f. Das *vendere per necessitatem* weist darauf hin, dass der in wirtschaftlicher Not befindliche Schuldner dem Geldgeber die Verfallsklausel nicht freiwillig einräumt, sondern sich diktieren lassen muss. Das Verbot richtete sich aber auch gegen entsprechende Abreden des hellenistischen Pfandrechts, das wohl regelmässig als antezipierte Hingabe an Erfüllungs Statt aufgefasst werden muss (Steiner, S. 110 mit Lit. A. 4; Manigk, *Pignus*, Sp. 1258, 1262 f.; Seidl, *RPR.*, S. 44).

Aus der allgemeinen Fassung ergibt sich, dass Konstantin das Verbot nicht auf die Fälle beschränkte, in denen wirklich der Wert des Pfandes in auffälligem Missverhältnis zum Betrag der Forderung stand. Vielmehr erklärt er die Klausel in jeder Form für unwirksam ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner im Einzelfall durch sie geschädigt wird oder nicht (RGZ 2, S. 334). Es genügt die abstrakte Gefahr wucherischer Ausbeutung des kreditbedürftigen Schuldners, welche die Klausel mit sich bringt. Auch das geltende Recht (§§ 1149, 1229 BGB) erklärt eine vor Fälligkeit der Forderung vereinbarte Verfallklausel für nichtig Dem Eigentümer ist eine solche Abrede, der er in der Hoffnung auf rechtzeitige Ablösung des Pfandrechts zustimmt, gefährlich. „Nach Fälligkeit besteht die Gefahr eines falschen Optimismus nicht mehr; es gilt daher uneingeschränkte Vertragsfreiheit", natürlich begrenzt durch § 138 BGB (Westermann, *Sachenrecht*[3], S. 477). Die Interpretatio zu den Paulussentenzen (2, 12, 6; 7) fasst den Erlass Konstantins ebenfalls dahin auf, dass die *lex commissoria* schlechthin verboten sei: *Creditor rem sibi oppignoratam a debitore emere non potest* (vgl. Levy, S. 193). Nach klassischem Recht (Paul. sent. 2, 13, 4; dazu Levy, S. 193 mit A. 195) war nicht jeder Verkauf des Pfandes an den Gläubiger untersagt, wohl aber durfte der Pfandgläubiger, um Kollisionen zwischen ihm und dem Pfandkäufer zu verhüten (Brassloff, S. 91), das Pfand nicht gegen den Willen des Schuldners durch einen Strohmann für sich erwerben. Die Kompilatoren haben, wie bereits erwähnt, eine Ausnahme vom Konstantinischen Verbot dann gestattet, wenn der bei Fälligkeit der Schuld zu ermittelnde wahre Wert der Sache als Kaufpreis vereinbart war. Denn hier konnte von einer *captio* des Schuldners keine Rede sein.

Der Erlass Konstantins lässt deutlich erkennen, dass die Abrede bis zu diesem Zeitpunkt gültig gewesen ist. *Infirmari placet*, sagt der Kaiser, er will die *lex* entkräften und betont ferner, die Härte für die Schuldner habe immer mehr zugenommen. So konnte er sich nur ausdrücken, wenn die Klausel bis zu seinem Eingreifen gang und gäbe war. Ausserdem legt der Kaiser seinem Verbot rückwirkende Kraft bei. Es richtete sich also auch gegen die Verpfändungen, deren Verfalltag noch nicht eingetreten war. Eine unbegrenzte Rückwirkung hätte sich praktisch gar nicht durchführen lassen. Weiter darf man der Titelüberschrift

### c) Das Verhältnis von Pfandrecht und Bürgschaft

Wenn das Pfandrecht mit der Zahlung der geschuldeten Geldsumme erlischt[138], so ist dies mit Rücksicht auf den Zweck der Institution selbstverständlich. Dagegen fällt auf, dass das Pfand auch

---

*De lege commissoria* der Paulussentenzen 2, 13, 6—9 entnehmen, dass ihr Verfasser die Abrede im Zusammenhang mit der *fiducia* behandelt hat. Die Westgoten haben wohl mit Rücksicht auf das Konstantinische Verbot davon nur die Überschrift stehen lassen (Levy, S. 190 A. 183).

Von den Kompilatoren wurde der Erlass Konstantins *de commissoria rescindenda* mit wenigen Änderungen in den Codex aufgenommen (C. Iust. 8, 34, 3):

> *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. si qui igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.*

Wenn die Verfasser des Codex Theodosianus den Erlass unter die Titel über den Kauf stellten und nicht in die Rubrik '*de pignoribus*' (2, 30), so darf man daraus keineswegs schliessen, Konstantin habe auch die Kaufkommissoria aufgehoben und erst Justinian das Verbot auf die Pfandkommissoria beschränkt. Mag auch der erste Teil des Verbotes nicht auf das Pfand hinweisen, so spricht doch der Schlusssatz nur von Gläubigern, die gegen Pfand ein Darlehn gegeben haben (Pringsheim, *Kauf mit fremdem Geld*, S. 80 A.9; Wieacker, *Lex commissoria*, S. 8 A. 4; Brassloff, S. 130 A. 281). Wenn die Leute Justinians zwischen *commissoriae* und *legis* das Wort '*pignorum*' einschalteten, so geschah dies nur zum Zweck der Verdeutlichung (Levy, S. 190). Die Kompilatoren des Codex Theodosianus haben das Verbot deshalb zum Kaufrecht gestellt, weil sie an der Konstruktion des klassischen Rechts festhielten, wonach die „Verfalls"abrede als suspensiv bedingter Kauf angesehen wurde. Im Gegensatz hierzu nahm Justinian den Erlass aus dem Kaufrecht heraus und ordnete ihn in das Pfandrecht ein, und zwar unter dem Titel '*De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*'. Wahrscheinlich ging der Kaiser von der Verfallklausel in ihrer einfachsten Gestalt aus, dem *ipso iure*-Anfall des Eigentums an den Gläubiger für den Fall seiner Nichtbefriedigung, ohne dass ihm konstruktive Bedenken gekommen wären. Auch die Basiliken (Heimbach III, 90) reden nicht mehr von einem bedingten Kauf des Pfandes, sondern betonen die dingliche Wirkung der *lex commissoria*:

> Ἐὰν εἴπῃ ὁ δανειστής, ὅτι, εἰ μὴ καταβληθείη μοι τὸ χρέος ἐντὸς τοῦδε χρόνου, δεσπότης ἔσομαι τοῦ ἐνεχύρου, τοῦτο τὸ σύμφωνον ἀνίσχυρον ἔστω.
>
> *Si creditor dixerit: si debitum intra hoc tempus mihi solutum non sit, dominus pignoris ero: hoc pactum invalidum esto.*

Es wird hier vorausgesetzt, dass der Eigentumsübergang auch ohne *traditio* eintreten kann (vgl. Pringsheim a.a.O. S. 83).

[138] Nicht mit dem Untergang der *obligatio* als solcher; vgl. von Lübtow, *Schenkungen*, S. 82; *Festchr. H. Lechmann* I, S. 328 A. 3; Wesenberg, *Symbolae Taubenschlag* I, S. 561. Lit. bei Kaser, *RPR*. I, S. 392 A. 39.

durch Bürgenkaution (*satis dare, satis facere*)[139] eingelöst werden kann. Karlowa[140] erklärt diese provisorische Verwendung des *pignus* mit der ursprünglich verschiedenen Aufgabe der beiden Kautionsmittel: Die Bürgschaft habe den Zweck der Befriedigung (*satisfactio*) des Gläubigers: er solle wie vom Hauptschuldner Zahlung verlangen können. Das Pfandrecht dagegen habe vor Ausbildung der Verkaufsbefugnis des Gläubigers ihm zur Sicherung ein blosses Retentionsrecht gewährt. Karlowas Erklärung kann nicht richtig sein. Schon Rabel[141] hat bemerkt, dass Bürgschaft und Pfand aus derselben Wurzel stammen und Hingabe einer Person oder Sache zur Haftung bedeuten. Der Bürge verfiel ursprünglich dem Gläubiger genau so wie das *pignus*[142]. Der wahre Grund, weshalb die Römer eine ausgesprochene Vorliebe für die Form der persönlichen Kreditsicherung zeigten und demgegenüber die reale Sicherheit anders als heutzutage eine untergeordnete Rolle spielte, ist ein anderer[143]. Die Bürgen setzen sich ursprünglich mit ihrem Leben, später mit ihrer Freiheit für den Schuldner ein. Die Härte der Personalexekution zwingt sie, im ureigensten Interesse Solvenz und Redlichkeit des Hauptschuldners dauernd zu überwachen, da sie ja gegebenenfalls ihr Vermögen für die Bezahlung der Schuld opfern müssen. Unter solchen Umständen wird ein ökonomisch und moralisch unzuverlässiger Schuldner nicht leicht Bürgen finden. Umgekehrt zeugte die Bereitwilligkeit, für einen Schuldner zu bürgen, für seine wirtschaftlichen und ethischen Qualitäten. Die Grundlage des Personalkreditsystems bildeten die zahlreichen Freundschafts-, Treu- und Nahver-

[139] Dernburg, *Pfandrecht* I, S. 47.

[140] II, S. 610.

[141] *Grundzüge*, S. 491.

[142] Manigk, *HdR.* IV, S. 461 f. Vgl. oben S. 313 ff.

[143] Vgl. dazu Dernburg, *Pfandrecht* I, S, 3 ff.; Herzen, a.a.O. S. 91 ff; Karlowa II, 732; Mommsen, *Jur. Schr.* I, S. 368; Pernice, *ZSSt.* 191, S. 26 f.; Dernburg-Sokolowski, *System des röm. Rechts* I[8], S. 478 f.; Weiss, *Pfandrechtl. Untersuchungen* I (1909), S. 46, 141; Girard, *Manuel*[8], S. 820, 821 mit A. 1; Rabel a.a.O.; F. Schulz, *Prinzipien*, S. 160 f.; *Class. Rom. Law*, S. 402 f.; Kunkel a.a.O. S. 212 A. 2; Kaser, *Altröm. ius*, S. 266; *RPR.* I, S. 383, 553. Heck, *Sachenrecht*, S. 317, erklärt das Zurücktreten des Realkredits bei den Römern durch die Mängel des römischen Grundpfandrechts. Ihnen hätten die Grundbuchverfassung und auch die sichersten Pfänder unter den beweglichen Sachen (öffentliche Wertpapiere) gefehlt. Aber diese Umstände sind nicht die Ursache, sondern die Folge davon, dass die Römer das Hauptgewicht auf die Personalsicherung legten. Rabel und Weiss verzichten auf eine Erklärung.

hältnisse[144], die das ganze soziale Leben Roms durchzogen[145]. Daher war es einem redlichen und tüchtigen Schuldner nicht übermässig schwer, für geeignete Bürgen zu sorgen. Die grössere Bedeutung der Bürgschaft ergibt sich nicht nur aus den Catonischen Formularen. So berichtet uns Varro[146], dass das Versprechen eines *in ius vocatus*, an einem bestimmten Tage sich vor Gericht zu stellen, in alter Zeit durch einen Gestellungsgeisel (*vas*), also nicht durch Pfand gesichert wurde. Ferner geht die *cautio praedibus* der *cautio praedibus praediisque* vorauf[147]. Das Stadtrecht von Malaca c. 60[148] verlangt Sicherstellung durch Grundstücke nur, wenn die Kaution durch Bürgen nicht ausreicht: *Si de ea re is praedibus minus cautum esse videbitur, praedia subsignato arbitratu eiiusdem.*

Zum ständigen Inhalt der Pfandrechtsbestellung gehörte wie bei Cato so auch später die Klausel: *donec merces* (*pecunia*) *soluta aut satisfactum esset.* Labeo erwähnt sie

D. 20, 6, 14 (*lib. 5 poster. a Iav. epitom.*):

*Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti. satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse desisse.*

Die Pfandrechtsformeln, die sicherlich auf einschlägige Abreden der Parteien zurückgingen, sie aber nicht mehr als unerlässlich voraussetzten, enthielten die Klausel: *.....eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse....* (*actio pigneraticia in personam*[149]); *eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse ....* (*actio Serviana*)[150].

Dieses System der allgemeinen Bevorzugung des Personalkredits ist jedoch nur denkbar in einer Zeit, wo sich die römische Gesellschaft auf den erwähnten Freundschafts-, Treu- und Nahverhältnissen aufbaute. Mit ihrem Aussterben und dem Aufhören des politischen Lebens in der Kaiserzeit musste das Pfandrecht mindestens eben-

[144] Dazu von Lübtow, *Das römische Volk, sein Staat und sein Recht*, S. 120 f.

[145] F. Schulz a.a.O., Kunkel a.a.O., Kaser a.a.O. und schon Dernburg, *Pfandrecht* I, S. 4 f.

[146] L.L. VI, 74. Dazu von Lübtow, *ZSSt.* 68, S. 342 f.

[147] Dion. Hal. 7, 15, 5; Liv. 22, 60, 4. Dazu Herzen, S. 92.

[148] Bruns-Gradenwitz, *Fontes* I[7], S. 152.

[149] Lenel, *EP.*[3] § 99. Ebenso die *actio fiduciae*: Lenel § 107.

[150] Lenel § 267. — Zur *satisfactio*: Kaser, *RPR.* I, S. 395 A. 24 mit Lit.

bürtig neben die Bürgschaft treten. Pfänder waren jetzt unter Umständen leichter zu beschaffen als Bürgen. Pomponius stellt in seinem 11. Buch ad Sabinum, wo er den Kauf behandelt, die Real- sogar über die Personalsicherheit:

D. 50, 17, 25 (*lib. 11 ad Sab.*):

*Plus cautionis in re est quam in persona.*

Bei der durch *recta cautio* vorzunehmenden Kollation lässt er D. 37, 6,1,9 neben der Bürgschaft auch die Pfandbestellung zu. Und Paulus entscheidet

D. 13, 5, 21, 2 (*lib. 29 ad ed.*):

*Si quis autem constituat se satisdaturum, fideiussorem vel pignora det, non tenetur, quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat.*

Beim Pfandrecht dagegen blieb man der alten durch Geschäfts-und Klagformeln gefestigten Tradition treu, und ebenso wurde vom Prätor bei seinen Satisdationen der Grundsatz aufrechterhalten, dass der Gläubiger sich nicht mit Pfändern, ja nicht einmal mit barem Gelde zu begnügen brauche, sondern stets die Stellung von Bürgen verlangen könne. Darüber berichtet Ulpian

D. 46, 5, 7 (*lib. 14 ad ed.*):

*Praetoriae stipulationes personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur.*

Der Prätor wollte dadurch vor allem vermeiden, seinen Schutz unwürdigen Leuten angedeihen zu lassen. Sie würden nicht leicht Bürgen finden[151].

d) Die Bezahlung der vom Käufer angeworbenen Arbeitskräfte

Das Pfandrecht spielt bei Cato noch in einem anderen Zusammenhang eine Rolle. Gewöhnlich bringt der Unternehmer die nötigen Arbeitskräfte mit. Es ist nun aber auch möglich, dass der Käufer selbst sich um zuverlässige, in der Nachbarschaft des Gutes ansässige Olivensammler und Kelterer bemüht, die mit den Verhältnissen schon vertraut sind, und sie anwirbt — genau so, wie dies der Gutsherr selbst tun kann (c. 145, cl. 5). Dann haftet der Käufer den Arbeitern. Es liegt jedoch im Interesse des Gutsherrn, dass

[151] Dernburg, *Pfandrecht* I, S. 7; Herzen a.a.O. S. 99.

sie ihren Lohn pünktlich empfangen. Denn er ist bei künftigen Ernten und Kelterungen auf sie angewiesen, und sie sollen nicht verärgert werden. Kommt der Käufer seiner Pflicht nicht nach, so ist der Herr berechtigt, die Arbeiter auszuzahlen, und der Käufer muss ihm die verauslagten Beträge erstatten. Dafür ist ihm das Eingebrachte (cl. 5) ebenfalls verpfändet (cl. 7):

> *Si emptor legulis et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit, cui dari oportebit, si dominus volet, solvat: emptor domino debeto et id satis dato, proque ea re ita uti s(upra) s(criptum) e(st) item pignori sunto.*

## 2. Verkauf der Winterweide

Das Kapitel 149 betrifft den Verkauf der Winterweide eines Gutes. Cato sieht die Nutzung der Winterweide nicht als Verpachtung, sondern als Verkauf (*venire*) an. Auch diese Auffassung ist auf das Gemeindevermögensrecht zurückzuführen. Der „Verkauf" der *pascua* stellte das älteste und längere Zeit einzige *vectigal* dar. Ausserdem war der Weidepächter kein *colonus*, weil er mit dem Bebauen des Bodens (*colere*) nichts zu tun hatte, sondern seine Befugnis sich darauf beschränkte, das Futter durch seine Herde abweiden zu lassen[152]. Es handelt sich, wie Thielscher vermutet, um Catos in der Nähe des Tiber gelegene *Villa suburbana*[153]. Das Kapitel beginnt mit einem Ratschlag: *Qua vendas, finis dicito*: „An welchen Stellen du die Weide verkaufst, gib (dem Käufer) die Grenzen (der Stellen) an". Ist es doch notwendig, die Grenzen des Graslandes, auf dem geweidet worden darf, genau festzulegen[154]. Darüber, ob eine örtliche oder zeitliche Begrenzung gemeint ist, herrscht allerdings Streit. Bekker[155] entscheidet sich für die zweite, Hörle für die erste Alternative. Die zeitliche Begrenzung wird in den auf die Empfehlung folgenden Bestimmungen scharf umrissen und nach der Art der Grasflächen verschieden vorgenommen. Deshalb bezieht sich der erste Satz auf die örtlichen Grenzen. In den Leges des konkreten Falles wird eine bestimmte Grenzab-

[152] Degenkolb, *Platzrecht und Miete*, S. 141 A. 4.

[153] Vgl. c. 4 dritter Satz; c. 7, 1—8, 1: *fundum suburbanum;* c. 8, 2: *sub urbe hortum;* Nachträge zu c. 7, 1—8, 1 in c. 9.

[154] Hörle a.a.O. S. 43.

[155] A.a.O. S. 433.

markung gestanden haben, die der Redaktor (Cato) wegliess und durch eine allgemeine Empfehlung ersetzte[156].

Auf die Orts- folgen die Zeitbestimmungen. Der Beginn der Weide wird auf den 1. September festgesetzt. Dieser Termin gilt rfü alle drei Weideflächen. Das Ende dagegen ist verschieden (cl. 2). 1. Von der trockenen Wiese, die höher liegt und daher vom Wasser unerreichbar ist, soll der Herdenbesitzer heruntergehen, sobald die Birnbaumblüte anfängt. Ein bestimmter Tag wird nicht genannt, weil der Frühling bald früher, bald später beginnt. 2. Von der bewässerbaren Wiese unten am Fluss soll der Herdenbesitzer heruntergehen, wann die benachbarten Ober- und Unterlieger dem Gutsherrn versprechen (*promittet*), die Schleusen zu öffen[157]. Denn dann werden alle Wiesen, durch die das durch zwei Schleusen verschliessbare Rinnsal (*rivus*) fliesst, überflutet. Der Zeitpunkt steht nicht fest. Aber ebenso gut kann der Gutsherr, worauf das Formular aufmerksam macht, mit den Nachbarn einen bestimmten Tag vereinbaren, an dem die Schleusen geöffnet werden sollen (*vel certam diem utrique facito*). Dann wird dieser Tag als Endpunkt der Weide in die Leges aufgenommen. 3. Am höchsten liegt das Land unter Öl- und Obstbäumen. Es soll am 1. März geräumt werden.

Die Nutzung dauert also vom 1. September bis längstens zum 1. März. Vom März bis zum August braucht der Gutsherr die Flächen selbst für die Fütterung des eigenen Viehs, teils um Grünfutter, teils um Heu zu gewinnen. In den Wintermonaten aber überlässt er sie einem Herdenbesitzer, der im Sommer sein Vieh auf den Bergwiesen weiden lässt und im Winter in das Flachland herabsteigt. Es sind Schafe und wohl auch Ziegen, in den cl. 5 und 7 *pecus* genannt. Beide Tierarten sind sehr anspruchslos. Der Gutsherr bezieht aus der Pacht eine Einnahme und hat ausserdem den Vorteil, dass sein Land durch den Schaf- und Ziegenmist gleichmässig und kostenlos gedüngt wird. Allerdings ist der

[156] Hörle a.a.O.

[157] Der überlieferte Text hat *promittet*. Die Herausgeber schreiben statt dessen *permittet*, Bruns-Gradenwitz II[7], 50 A. 7, *submittet*. *Permittet* würde erlauben bedeuten. Aber die Nachbarn haben den Abzug des Herdenbesitzers nicht zu erlauben. Er kann abziehen, wann er und der Gutsherr es wollen. Wohl aber können sie sich, wie Thielscher mit Recht hervorhebt, dem Gutsherrn gegenüber verpflichten: *spondetisne* (*promittitisne*) *rivum Idibis Februariis vos aperturos esse? spondemus* (*promittimus*).

Mist bei der Olivenernte, die gewöhnlich im Dezember beginnt lästig.

Das Gut war verhältnismässig klein, es hatte nur zwei Gespanne Ochsen und einen Wallach. Es wurde viel Gemüse gebaut[158]. Diese Tiere sollen zusammen mit dem Vieh des Herdenbesitzers weiden (cl. 3). Für die Gemüse- und Spargelbeete, das Brennholz, das Wasser, die Wege und die Viehtrift wird für den Herrn das Nutzungsrecht vorbehalten (cl. 4).

Es bestand die Möglichkeit, dass der Käufer, seine Hirten oder seine Schafherde auf den Ländereien des Gutsherrn Schaden anrichteten. Dann soll ihn der Käufer ersetzen (c. 149, cl.5)[159]. Die Klausel 7 lautet: *Donicum pecuniam ⟨solverit aut⟩*[160] *satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunto.* Unter den Begriff *pecunia* fällt wohl nur die Hauptforderung (Kaufpreis). Denn die Höhe der Schadenssumme sollte ja im *arbitrium* festgesetzt werden. Über diese Forderung wurde also keine Stipulation errichtet. Die Bürgschaftssponsion konnte aber nur an ein Stipulationsversprechen des Hauptschuldners angeknüpft werden[161]. Das *satis facere* ist auch hier als Stellung eines Bürgen zu verstehen. Infolgedessen musste die Zahlung des Kaufpreises stipuliert werden. Hinzukommt das *delegare*. Es bedeutet die Anweisung des Käufers (*delegans*) an seinen Schuldner (*delegatus*), das ihm Geschuldete statt an ihn an den Gutsherrn (Delegatar) zu gewähren. Dies kann in doppelter Weise geschehen: 1. Der Schuldner zahlt an den Gutsherrn, wodurch eine Simultantilgung eintritt: Sowohl die Schuld des Delegaten wie des Deleganten werden getilgt. 2. Der Schuldner verspricht dem Gutsherrn zunächst nur zu zahlen. Nimmt der Gutsherr das Versprechen ohne Vorbehalt an, so wird der Schuldner seinem Gläubiger (dem Käufer) gegenüber befreit;

[158] Der Gemüsebau trat neben dem Öl- und Weinbau gegenüber dem Ackerbau mehr und mehr in den Vordergrund (M. Weber, *Röm. Agrargeschichte*, S. 226).

[159] Unser Text *boniuare soluat* geht auf eine Handschrift zurück, die stark mit Abkürzungen arbeitete: *boni u ȧ resoluat = boni u(iri) a(rbitratu) resoluat.* Man hat später die Worte falsch getrennt (Hauler, *Zu Cato's Schrift über das Landwesen*, (1896), S. 26; Thielscher).

[160] Diese beiden Worte werden von Rudorff eingefügt. Ihm zustimmend Keil-Goetz p. 62. Vgl. c. 146, cl. 5; c. 150, cl. 7. Vermutlich war *solverit aut* abgekürzt geschrieben: *s a.* Die beiden Buchstaben wurden dann vor dem folgenden *sa-tisfecerit* weggelassen, weil man sie für einen Schreibfehler hielt.

[161] Vgl. oben S. 308.

ausserdem tritt eine Befreiung des Käufers gegenüber dem Gutsherrn ein[162]. Solange die Schuldtilgung oder die Stellung eines Bürgen nicht erfolgt sind, dienen die Herde und die unfreien Knechte als Pfand.

In der Schlussklausel des Kapitels heisst es:

*Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.*

Es ist die einzige Klausel der Leges, die den Ort des Rechtsstreits erwähnt. In die Munizipalstädte wurden vom stadtrömischen Prätor *praefecti iure dicundo* gesandt. Kraft besonderer Vereinbarung unter den Vertragsparteien konnte aber die Streitsache, für die an sich der Präfekt zuständig war, vor den Prätor in Rom gebracht werden. Eine solche Vereinbarung liegt hier vor[163]. Thielscher bemerkt zutreffend, dass der *fundus* des Gutsherrn in der Nähe Roms gelegen haben wird. Darauf deutet auch der Gemüsebau hin, der auf den Absatz in einer Grossstadt berechnet war. Die Parteien hatten daher keinen weiten Weg. Sie sahen es vielleicht lieber, wenn ein vom stadtrömischen Prätor ernannter *iudex* oder *arbiter* mit der Entscheidung betraut wurde als ein einheimischer.

Bekker[164] bezieht die Schlussklausel nur auf die in cl. 7 genannten Pfänder. Für eine solche Einschränkung liegt jedoch kein Grund vor. Gemeint sind sämtliche Abreden (cl. 5,6,7)[165].

Nach Karlowa[166] betrifft die Klausel vor allem die Verpflichtung des Gläubigers, nach Erlöschen des Pfandrechts die Sache zurückzugeben, prozessual gesprochen also die *actio pigneraticia in personam*. Aber einmal setzt diese *actio* den Besitz des Gläubigers voraus, woran es im vorliegenden Fall fehlt. Zum andern existiert die Rückforderungsklage erst seit dem 1. Jahrhundert v. Chr.[167]. Zunächst war jedoch eine Rückgabeklage überhaupt überflüssig. Denn hatte der Käufer gezahlt oder Bürgen gestellt, so konnte er die Pfänder ohne weiteres vom Gut entfernen. Setzte sich der Gutsherr inzwischen in ihren Besitz, dann bot die Vindikation des Käufers die geeignete Abhilfe.

[162] Vgl. statt aller Heumann-Seckel s.v. delegare.

[163] Vgl. Mommsen, StR. III, 813 A. 2, Ensslin, *RE.* Art. *Praefectus*, Sp. 1310; Sachers, ebendort Art. *Praefectus*, Sp. 2385.

[164] A.a.O. S. 445.

[165] So auch Karlowa, *Röm. Zivilprozess*, S. 137 f.; Herzen, *Origine de l'hypothèque rom.*, S. 41.

[166] II, S. 611.

[167] Kaser, *ZSSt.* 64, S. 393 mit Lit. A. 22.

### 3. Verkauf der Schafnutzung

Die Leges für den Verkauf der Schafnutzung sind im Kapitel 150 niedergelegt. Es handelt sich nicht um die „Verpachtung der Schafnutzung", sondern um „allgemeine Bedingungen" (*lex*), unter denen der Gutsherr bereit ist, das Eigentum an den künftigen „Früchten", dem Ertrage seiner Schafherde (Milch, Käse, Wolle, Lämmer), gegen Entgelt zu veräussern (*venire fructus ovium*). Der Kaufpreis wird, wie immer, noch nicht in der Lex festgesetzt, sondern er muss erst mit dem Käufer ausgehandelt werden und gehört in den konkreten Vertrag, der auf Grund der Lex dann später geschlossen wird. Zu dem Kaufpreis treten bestimmte Naturalleistungen (Käse, Milch, Lämmer), die sich der Gutsherr ausbedingt (cl. 2). Für je ein Schaf soll er 1 1/2 Pfund Käse liefern, die Hälfte gedörrt. „Am Feste"[168] beansprucht der Gutsherr die Hälfte der gemolkenen und ausserdem noch eine Urne Milch, weiter ein Lamm, das einen Tag und eine Nacht gelebt hat. Aber ein solches Tierchen ist ein Kadaver und zu nichts zu gebrauchen. Der Satz *hisce legibus*: *agnus diem et noctem qui vixerit* dürfte daher verstellt sein. Er gehört zur Klausel 4, und zwar hinter den Passus *Agnos XXX ne amplius promittat*. Ein Schreiber hatte den Satz *hisce legibus* versehentlich ausgelassen und ihn am Rande nachgetragen, ohne genau zu bezeichnen, wohin er gehört. Ein anderer Schreiber fügte ihn fälschlich der Klausel 2 an.[169] Ausser den Naturalleistungen wird natürlich ein Geldbetrag (*argentum*) für die Schafnutzung vereinbart, der jedoch nicht im voraus durch die Leges festgesetzt werden kann, sondern im Einzelfall zwischen den Parteien auszuhandeln ist.

Es folgt die Klausel 3 über den Zeitraum der Nutzung. Bruns-Gradenwitz[170] haben richtig gesehen, dass der Tag des Nutzungsbeginns ausgelassen ist. Sie rekonstruieren: *in fructum ⟨Kal. Iun. emptor veniat⟩ et Kal. Iun. emptor fructu decedat*. Danach beträgt die

[168] Gemeint sind, wie Thielscher ansprechend vermutet, die Palilien, das Fest der Hirtengöttin Pales, der 21. April, der Geburtstag der Stadt Rom. Da mussten alle Lämmer entwöhnt sein.

[169] Gewiss hat der Verfasser der Formulare die einzelnen Klauseln nicht immer in der logisch gebotenen Folge aneinander gereiht (vgl. oben S. 267 f.). Aber im Zusammenhang mit den Naturallieferungen der cl. 2 ergibt der Satz *hisce legibus* überhaupt keinen vernünftigen Sinn.

[170] II[7], S. 51 A. 2.

die Nutzung zwölf Monate. Sie läuft um 1. Juni oder, wenn ein Monat eingeschaltet ist, am 1. Mai ab. Den Schafhirten hat nun aber der Käufer noch für zwei weitere Monate (Juni und Juli) zur Verfügung zu stellen (cl. 6). Folglich beginnt ein neuer Vertrag mit demselben oder einem neuen Käufer am 1. August (*Sextilis*). Die Käufer treten also an diesem Tage in die Nutzung ein und am 1. Juni aus. Der Vertrag läuft daher nicht zwölf, sondern nur zehn Monate. Infolgedessen hat die Wiederherstellung mit Thielscher zu lauten: *in fructum ⟨Kalendis Sextilibus empto rveniat⟩ et Kal(endis) Iun(iis) emptor fructu decedat.*

Dann wird gesagt, der Käufer brauche nicht mehr als dreissig Lämmer zu versprechen (cl. 4). Sie dienen als Ersatz für ausgemerzte Schafe. Wenn der Käufer die dreissig Lämmer für den Gutsherrn ausgesondert hat, wird ein Lamm, das einen Tag und eine Nacht gelebt hat und dann verendet ist, mitgezählt, d.h. der Gutsherr kann in diesem Fall keine Nachlieferung verlangen. Ferner rechnen Schafe, die nicht geworfen haben, bei der Nutzung zwei für eins (cl. 4). Unfruchtbare Schafe rechnet man zehn vom Hundert. Dieser Prozentsatz kann durch gelegentliche Zwillingswürfe etwas herabgemindert werden. Der Käufer ist befugt, einen entsprechenden Abzug vom Kaufpreis vorzunehmen.

Der Käufer lässt an einem bestimmten Tage die ihm gehörenden Lämmer und die Wolle versteigern. Die Versteigerung erfolgt durch einen *argentarius coactor*, der hier schlechtweg *coactor* heisst[171]. Er bedient sich dabei der Hilfe eines Ausrufers (*praeco*) und schliesst den Kauf im eigenen Namen ab, so dass ihm die Forderungen gegen den oder die Käufer zustehen (Gai. IV, 126 a)[172]. Die Benennung *coactor* stammt von dem Einziehen der einzelnen Auktionsforderungen. Der *coactor* verspricht seinem Geschäftsherrn, dem Käufer der Schafnutzung, durch Stipulation, den Auktionserlös an ihn zu zahlen, natürlich nach Abzug einer Gebühr für seine Mühewaltung und der Auktionssteuer (*argentaria stipulatio*)[173]. Ob der Ver-

[171] Vgl. dazu Mommsen, *Jur. Schr.* III, S. 226 ff.

[172] Mommsen a.a.O. S. 228. Zustimmend Pernice, *Labeo* II 1², S. 475 mit A. 2 und 3. Dagegen Bechmann, *Kauf* II, S. 293; Karlowa II, S. 630.

[173] Vgl. Karlowa I, S. 804; II, 26 A. 1, 631; Mommsen a.a.O. S. 229, 246. In den Pompejanischen Quittungstafeln wird häufig erwähnt die *pecunia, quae in stipulatum venit L. Caecilii Secundi*. Mommsen a.a.O. S. 245 f. versteht darunter die Stipulation zwischen dem versteigernden Bankier und dem Käufer (ihm folgend Kniep, *Festgabe Thon*, 1911, S. 46). In Wahrheit handelt es sich um die

kauf gegen bar oder auf Kredit erfolgen soll, bestimmt der Bankier. Dieses Verfahren macht sich der Gutsherr zunutze. Wie sich auch aus c. 146, cl. 4 ergibt, scheint der Gutsherr bei grösseren Geschäften, zu denen der Verkauf der Olivenernte auf dem Stamm sowie der Verkauf des Ertrages der Schafherde gehören, eine Frist von zehn Monaten gewährt zu haben. Diese Frist war ursprünglich eine Jahresfrist, das Jahr zu zehn Monaten gerechnet[174]. Vom Bankier soll nun der Kaufpreis für die Schafnutzung innerhalb von zehn Monaten an den Gutsherrn gezahlt werden. Die Frist beginnt mit dem Tage der Versteigerung der Wolle und der Lämmer durch den *coactor*, weil ja von da ab die Gelder aus dem Auktionsverkauf eingezogen werden können. Es handelt sich nicht etwa darum, dass den Käufern der Wolle und Lämmer eine Zahlungsfrist gewährt werden soll[175]. Der Käufer der Schafnutzung soll den Bankier, seinen Schuldner, anweisen (*delegare*), innerhalb von zehn Monaten den Auktionserlös in Höhe des Kaufpreises statt an ihn an den Gutsherrn zu zahlen oder vielmehr zunächst die Zahlung zu versprechen. Dieses Versprechen des *coactor* gegenüber dem Gutsherrn, mit dem er die Anweisung befolgt, musste in Stipulationsform erfolgen.

Der Satz ist also folgendermassen zu rekonstruieren:

> ⟨*argentum, ex quo*⟩[176] *die lanam et agnos vendat, menses X; ab coactore releget.*

Das Geld für die Schafnutzung soll der Käufer innerhalb von zehn Monaten, gerechnet vom Tage der Versteigerung der Wolle und Lämmer, zahlen. Er soll es vom Bankier an den Gutsherrn überweisen lassen. Es gibt speziell catonische Wörter, die in dem jeweils vorliegenden Sinn sonst nicht belegt sind. Dazu rechnet nach

---

Stipulation, die der Geschäftsherr mit dem Auktionator, L. Caecilius Iucundus, einging (Karlowa I, S. 804; zustimmend Kübler, *RRg.*, S. 302 A. 2 mit weit. Lit.). Zur Eigenart des Vertrages, den der Geschäftsherr mit dem Auktionator abschliesst, siehe Samter, ***Nichtförmliches Gerichtsverfahren***, 1911, S. 35 ff. Auf Grund der vor der Versteigerung abgeschlossenen Stipulation erfolgte in der Regel nach der Auktion Barzahlung an den Geschäftsherrn, oder der Bankier versprach auf dessen Delegation, den Auktionserlös nach Abzug der Vergütung (*mercede minus*) an einen anderen auszuzahlen (vgl. Karlowa a.a.O.).

[174] Karlowa a.a.O. S. 631.

[175] So unrichtig Karlowa a.a.O.

[176] Auch im Text dieses Satzes muss etwas ausgelassen sein. Bruns-Gradenwitz II⁷, S. 51 A. 3, fügen vor *die* hinzu: *ex quo*.

Thielscher das Wort *relegare* = etwas dahin überweisen, wohin es gehört[177]. Ausserdem haben die lateinischen Verben alle auch kausativen Sinn.

Der Käufer soll noch für die Dauer von zwei Monaten nach dem Ende der Schafnutzung einen (unfreien) Hirten für die Herde stellen. Dieser genügt jetzt zur Wartung der Herde, dient aber gleichzeitig solange als Pfand, bis der Käufer einen Bürgen gestellt oder den Kaufpreis getilgt sowie die in cl. 4 aufgeführte Leistung von dreissig Lämmern erbracht hat (cl. 6 und 7). Es heisst nicht '*agnos XXX ne amplius det*', sondern '*promittat*' (cl. 4), weil die Verpflichtung des Bürgen eine gleichfalls verbale Obligation des Hauptschuldners verlangt[178].

Die Milch musste zu Käse und Molke verarbeitet, der Käse gedörrt und die Molke als Ferkelfutter verwendet werden. Deshalb bestimmt cl. 5: „Molkeferkel soll er (der Käufer der Schafnutzung) je eins auf zehn Schafe füttern".

Der Erwerber der Schafnutzung wird in den Leges mit Recht weder Pfleger (*curator*) noch Gesellschafter (*socius*), sondern Käufer (*emptor*, cl. 3) oder auch *conductor* (cl. 6) genannt. Dieser Käufer, den die vertragliche Nebenpflicht trifft, die Schafherde pfleglich zu behandeln, verkauft seinerseits die Wolle und die Lämmer. Im Verhältnis zum Gutsherrn ist er nur Käufer, er kauft den Ertrag der Schafherde. Wenn jemand seine Arbeitskraft „verkauft", so betrachten die Römer dieses Geschäft als Dienstmiete. Der Arbeitnehmer heisst dann *locator* (nicht etwa *conductor*). Ein Dienstvertrag mit partiarischer Lohnbemessung würde vorliegen, wenn einem Hirten oder Viehwärter als Lohn oder Teil des Lohnes ein Anteil am Ertrage gewährt wird dafür, dass er als Hauptverpflichtung die Hut und Pflege des Viehs übernommen hat[179].

Es taucht nun die Frage auf, wie es sich erklärt, dass der *emptor* auch *conductor* heisst (cl. 6). Dieser zunächst auffällige Sprachgebrauch beruht auf dem Vorbild der Verträge des Gemeinderechts. Hier findet das Wort *vendere*, dem *emere* korrelat ist, Anwendung auf den Verkauf der Feldfrüchte staatlicher Ländereien und weiter der Nutzungen überhaupt. Es wird als Übertragung des Eigentums

[177] Es ist daher nicht nötig, mit Gronovius *releget* in *deleget* zu verbessern, obwohl in. c. 149, cl. 7 das Wort *delegare* gebraucht wird.

[178] Vgl. oben S. 308.

[179] Crome, *Die partiarischen Rechtsgeschäfte*, S. 160 ff.; O. von Gierke, *DPR.* III, S. 568.

gedacht[180]. Gleichzeitig ist der Vertrag aber auch eine *locatio*, insofern als die Behörde das Bodeneigentum des Staates zur Nutzung überweist[181]. Wenn der Gutsherr jemandem den Ertrag seiner Schafherde überlässt, liegt einmal eine *venditio* vor: verkauft und übereignet werden die „künftigen Früchte" der Herde. Zum andern fällt das Geschäft auch unter den Begriff *locatio*. Der Gutsherr überlässt die Herde zur zeitweisen Nutzung einem andern, bringt sie in nützlicher Weise an den Mann (*locare*). Das Korrelat zu *locare* bildet *conducere*, und deshalb wird der Käufer auch *conductor* genannt, obwohl er die Herde weder zusammenbringt noch wegführt. Wie man sieht, ist die Grundbedeutung von *conducere* völlig verblasst. Es wird nur noch als Gegensatz zu *locare* empfunden[182]. Es liegt nach alledem kein triftiger Grund für die Annahme vor, dass *conductor* erst von späterer Hand an die Stelle von *emptor* gesetzt worden ist[183].

Es finden sich bei Cato auch Verträge des Inhalts, dass der Kontrahent, für die Herstellung eines Arbeitsresultats vom Gutsherrn als *merces* einen Anteil am Arbeitsprodukt erhält[184]. Auch dort, wo eine sogenannte Teilpacht vorliegt, wird nicht der Verpächter, der statt des Pachtgeldes oder zusätzlich einen bestimmten Teil der Früchte bekommt, sondern umgekehrt der Pächter (*colonus*) als *partiarius* bezeichnet. So heisst es bei Gaius D. 19,2,25,6: *partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur*. Gaius will damit das Verhältnis nicht etwa unter die Kategorie der Gesellschaft bringen, sondern es nur in einem einzelnen Punkte durch die Parallele verdeutlichen. Er sagt, dass der Verpächter „gewissermassen nach Gesellschaftsrecht" Gewinn und Verlust gemeinsam mit dem Pächter trage, nämlich insofern, als der Grundherr weniger Früchte erhält, wenn infolge von Missernten, Überschwemmungen und anderen Unglücksfällen weniger geerntet worden ist[185]. Eine

[180] Mommsen, *StR.* III, S. 441; *Jur. Schr.* III, S. 134.

[181] Vgl. Mommsen, *Jur. Schr.* III, S. 135; Burckhardt, *Zur Geschichte der Locatio Conductio*, 1889, S. 28 f. Siehe oben S. 236.

[182] Vgl. Mommsen a.a.O. 137.

[183] Vgl. oben S. 238 A. 53.

[184] Vgl. demnächst im Text.

[185] Pernice, *ZSSt.* 3, S. 57 mit A. 4; Ferrini, *Arch. ziv.Prax.* 81, S. 11; Crome, Die *partiaritchen Rechtsgeschäfte*, 1897, S. 102; Dernburg-Sokolowski, RR. II[8], 782; Kobler, *Der Teilbau im römischen und geltenden italienischen Recht*, 26, 50.

Identität zwischen *partiarius* (*colonus*) und *socius* besteht daher nicht. Mit Ausnahme des *partiarius legatarius, id est cui pars bonorum legabatur* (Gai. II, 254; Ulp. 25,15; Inst. 2,23,5,6) dienen alle überlieferten partiarischen Geschäfte landwirtschaftlichen Interessen. Diese Einheit der Zweckbestimmung legt es nahe, sie alle derselben rechtlichen Kategorie zu unterstellen, wobei von vornherein zu beachten ist, dass die Römer die partiarischen Geschäfte niemals zur *societas* rechnen.

## XI. Die partiarischen Rechtsgeschäfte bei Cato

Partiarische Rechtsverhältnisse beschreibt Cato in c. 16, 136 und 137, ohne sie aber zu definieren. In c. 16 ist von einem Kalkbrenner die Rede:

> *Calcem partiario coquendam*[1] *qui dant, ita datur:*
>
> *perficit et coquit et ex fornace calcem eximit calciarius et ligna, conficit ad fornacem. dominus lapidem, ligna ad fornacem, quod opus siet, praebet.*

Der Gutsherr braucht Kalk für den Bau seines Hauses (vgl. c. 14 und 15). Er beschafft ihn in der Weise, dass er einen Kalkbrenner dingt und ihm Kalkstein gegen Gewinnbeteiligung zum Brennen gibt. Der Kalkbrenner bereitet den Kalk, brennt ihn und nimmt ihn aus dem Ofen. Er haut das Holz für den Ofen. Der Gutsherr liefert den Kalkstein und das nötige Brennholz. Die Höhe des Anteils des Kalkbrenners am Arbeitsprodukt, den der Gutsherr dem *partiarius* aushändigt, bleibt ungenannt. Ebensowenig wird gesagt, ob der Vertrag als partiarische Werkverdingung oder als Gesellschaft gemeint ist[2]. Für eine *locatio operis*[3] spricht der im c. 14

[1] Der Marcianus und der Parisinus lesen übereinstimmend statt *coquendam*: *locandam*.

[2] Bekker, *ZRG*. 3, S. 421 f., und Karlowa II, S. 648, 658, fassen die Verträge mit dem Kalkbrenner, dem Politor und dem Weinbergbesorger (c. 137) als Werkverträge auf. Crome a.a.O. S. 143 ff. betrachtet sie sämtlich als Gesellschaftsverträge, von der vorgefassten Meinung ausgehend, das römische Recht habe Quotallohnverträge nicht gekannt. Pernice, *ZSSt* 3, S. 60 A. 2; 7, S. 101, lässt die Entscheidung vorsichtig dahingestellt sein, weil unsere Rechtsbücher solche Verträge nicht erwähnten und aus Cato nichts zu schliessen sei.

[3] Trumpler, *Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen* S. 20; Kobler, a.a.O. S. 39.

erwähnte Vertrag mit dem Baumeister (*faber*). Es handelt sich, wie Cato ausdrücklich sagt, um ein *locare* der *villa aedificanda*. Dem Baumeister, den Cato auch *conductor* nennt (14,3), sind Bauholz, Kalk u.a. zu liefern. Das Bauhoz soll der *conductor* selbst fällen und zurechtmachen. Es liegt eine *locatio conductio operis* vor.

In c. 136 wird von einer *politio* gesprochen:

*Politionem quo pacto dari oporteat*[4]:

*In agro Casinate et Venafro in loco bono parti octava corbi dividat, satis bono septima, tertio loco sexta; si granum modio dividet, parti quinta. in Venafro ager optimus nona parti corbi dividat. si communiter pisunt, qua ex parte politori pars est, eam partem in pistrinum politor. hordeum quinta modio, fabam quinta modio dividat.*

Die dem *politor* für das Einbringen der Ernte zugeteilte Quote am Ertrage des Ackers schwankt je nach der Güte des Landes. Je schwerer die Ähren sind, um so mehr nimmt die Quote des *politor* ab, weil dann seine Arbeit schon mit einem kleineren Anteil hinreichend entlohnt ist[5]. Auf der Feldmark von Casinum und Venafrum erhält er auf gutem Boden jeweils den achten Korb der mit der Sichel abgeschnittenen Ähren, auf ziemlich gutem den siebenten, auf drittklassigem den sechsten. Vom ausgedroschenen Korn bekommt er jeweils den fünften Scheffel. Von Gerste und Bohnen empfängt er ebenfalls den fünften Teil. Auf bestem venafrischen Boden erhält er den neunten Ährenkorb. Er ist berechtigt, sein Korn zusammen mit dem Gutsherrn in der Stampfmühle mahlen zu lassen. Die Verteilung des Mehls erfolgt proportional dem Anteil, der dem Politor an den Ähren oder dem Korn zusteht. Cato hielt diese Klausel für notwendig, um zu verhüten, dass der Politor aus dem gemeinsamen Mahlen das Recht auf Teilung je zur Hälfte ableitete. Der Politor hat die Wahl, entweder unausgedroschenes Getreide in den Erntekörben oder ausgedroschenes Korn in Scheffeln zu verlangen. Er empfängt vom guten Boden weniger, vom schlechten mehr Körbe. Die Kornmenge dagegen ist stets die gleiche, nämlich ein Fünftel. Gerste und Bohnen werden nur gedroschen gegeben.

[4] Keil-Goetz schalten hinter *pacto* das Wort *partiario* ein.

[5] Crome a.a.O. S. 144.

Der *politor* Catos ist nicht ein fachlich vorgebildeter Kulturtechniker, der den Boden zwecks Gewinnung höherer Erträge verbessert und mit dem Gutsherrn einen Gesellschaftsvertrag auf Halbpart schliesst. Als solchen betrachtet ihn Pernice[6]. Die Erklärung kann nicht richtig sein. Es wäre dann nämlich kaum zu begreifen, weshalb Cato 5,4 den *politor* auf eine Stufe mit dem gewöhnlichen Lohnarbeiter stellt:

> *operarium, mercennarium politorem diutius eundem ne habeat die*[7].

Der Wirtschafter (*vilicus*) soll den Tagelöhner und den *politor* — die Singulare sind kollektivisch gemeint — täglich wechseln[8]. Das ist keine Anordnung, die sich Cato aus Übermut leistet, weil es damals genug Arbeitswillige gab, sie bezweckt vielmehr etwas anderes. Cato 4, 6 rät dem Gutsherrn, sich in der Nachbarschaft beliebt zu machen. Der Gutsherr kann nicht alle Arbeiter seiner Nachbarschaft gleichzeitig beschäftigen, will aber jeden heranziehen. Deshalb soll ein täglicher Wechsel eintreten, der ebenfalls gegen ein Gesellschaftsverhältnis spricht, ausserdem aber auf ein Überangebot von Arbeitskräften deutet.

[6] *ZSSt.* 3, S. 58 ff.; 7, S. 99 ff. Ebenso Crome a.a.O. S. 55 ff., 143 f. und Arangio-Ruiz, *Società*, S. 26 f., unter Hinweis auf Celsus D. 17, 2, 52, 2.

Die verfeinerte Art der Bodenpflege spielte in der Zeit Catos keine grosse Rolle. Infolge der mangelnden Rentabilität des Getreidebaues sah man damals davon ab, Kapital zu dem Zweck aufzuwenden, um den mit Getreide bebauten Acker zu meliorieren (M. Weber, *Röm. Agrargeschichte*, S. 226).

[7] Unverständlich ist die Argumentation Cromes a.a.O. S. 56: weil dem Politor eine besondere Sachkenntnis verlangende Arbeit obgelegen habe, deswegen habe ihn Cato mit den Tagelöhnern zusammengestellt. Gegen ihn mit Recht Geiss, *Die politio in der römischen Landwirtschaft*, Freib. Diss. 1910, S. 24.

[8] Geiss a.a.O. S. 53 legt im Anschluss an Gesner die Stelle dahin aus, dass der *vilicus* den *politor* nicht über den von vornherein bestimmten Endtermin der Arbeitszeit behalten dürfe. Der Sinn dieser Anweisung sei, der Arbeiter solle von Anfang an genau wissen, dass er niemals länger als bis zu dem bestimmten Endtermin in seiner Arbeitsstelle bleiben dürfe, auch wenn er seine Arbeit nicht vollende. Dadurch verliere er jegliches Interesse daran, die Arbeit in die Länge zu ziehen und sich so die Fortdauer seines Arbeitsverhältnisses zu sichern. Diese Deutung von Geiss widerspricht dem klaren Wortlaut des Satzes und ist insbesondere mit dem *eundem* unvereinbar (vgl. Pernice, *ZSSt.* 7, S. 101). Geiss meint, bei der im Text vertretenen Auffassung der Stelle hätte nach lateinischem Sprachgebrauch unbedingt das Zahlwort *uno* hinzugefügt werden müssen. Das ist unzutreffend. Cicero sagt *ad Att.* 7, 3, 1: *ne diutius anno in provincia essem.*

T. Frank[9] versteht unter dem *politor* des c. 136 einen Arbeiter, der das Unkraut auf dem Felde durch Hacken (*sarire* mit der mehrzinkigen Hacke, dem *sarculum* oder *raster*) und — so fügt Thielscher ergänzend hinzu — die Dornen und Disteln mit der Sichel beseitigt (*runcare* mit dem *runco*). Gegen diese Erklärung spricht die Art der Naturalentlohnung, die aller Wahrscheinlichkeit nach doch in unmittelbarer Verbindung mit der Tätigkeit des *politor* steht. Ein einfacher Jäter („weeder") kann nicht Monate lang bis zur Ernte auf den Lohn warten, den er zum Leben braucht. Auch müsste er während der Erntezeit ständig zur Kontrolle und zum Empfang der Naturalien dabei sein, ohne seine Arbeitskraft anderweitig verwerten zu können. Deshalb verdient die Deutung Mommsens[10] den Vorzug. Er versteht unter *politio* das Einbringen der Ernte[11]. Dieselbe Ansicht vertritt Trumpler[12]. Er weist zutreffend darauf hin, dass der *politor* kein einfacher Erntearbeiter gewesen sein könne. Für einen solchen wäre die Entlohnung in der Tat viel zu hoch gewesen. Wir wissen aber, dass sich alljährlich Kolonnen von Erntearbeitern (*turmae messorum*) unter einem Führer (*ductor* oder *manceps operarum*) bildeten, die sich zur Übernahme von Erntearbeiten zu verdingen pflegten[13]. Ein solcher Führer wird auch der *politor* des Cato gewesen sein, wie Trumpler mit Recht vermutet. Del Chiaro[14] vergleicht den *politor* ebenfalls mit dem *manceps* und lehnt die Annahme eines Gesellschaftsvertrages ab. Alle Arbeiter einschliesslich des „Vorschnitters" standen zueinander in einem Gesellschaftsverhältnis, und es gehörte zu den Obliegenheiten des Politors, den vom Gutsherrn empfangenen Naturallohn auf Grund interner Vereinbarungen auf die einzelnen Arbeiter zu verteilen. Die Kolonne des Politors hatte die Ähren abzuschneiden und das von den Ochsen auf der Tenne aus den Ähren

[9] *The American journal of philology* 54, 1933, S. 162 ff.; ihm teilweise zustimmend Thielscher. Geiss a.a.O. S. 45 ff. fasst die *politio* als Brachebestellung auf.

[10] *RG.* I, S. 831 Sternanm., und S. 835.

[11] Vgl. auch Columella 2, 21, 1 f.

[12] A.a.O. S. 21.

[13] Mommsen, *RG.* I, S. 835; Pernice, *ZSSt.* 7, S. 97 ff.; F. Schulz, *Class. Rom. Law*, S. 546. In Ostpreussen kannte man das „Anteildreschen", so genannt, weil das Entgelt für die Arbeit der Gruppe in Form eines Anteils an dem gedroschenen Getreide gegeben wurde.

[14] *Le contrat de société en droit romain*, 1928, 35, 36 mit A. 1.

herausgetretene Korn zu reinigen (*polire*)[15]. Ernten und Reinigen des Korns sind als Verrichtungen zu betrachten, die von derselben Kolonne ausgeführt werden. Der wichtigste und schwierigste Teil der Arbeit war das Reinigen der Körner erst vom Schmutz und von der Spreu, dann vom Unkrautsamen. Danach hiess der ganze Vorgang *politio* (*frumenti*). Es handelt sich nach alledem um eine *locatio conductio operis* zwischen dem Gutsherrn und dem *politor*[16].

Thielscher beruft sich für seine Deutung auf einen viel zitierten Ennius-Vers:

*Rastros dentefabres capsit causa poliendi*
*Agri.*

„Er ergriff die vom Schmiede mit Zähnen (Zinken) bewehrte Hacke, um seinen Acker zu glätten".

Nach Thielschers einleuchtender Vermutung handelt es sich um Cincinnatus. Ein anderer Vers des Dichters lautet:

..... *testes sunt*
*Lati campi quos gerit Africa terras politos.*

„Zeugen" (vielleicht für den Wiederaufstieg Karthagos) „sind die weiten geglätteten Felder, die das Land Afrika zur Schau stellt".

Was *agrum polire* bedeutet, erfahren wir aus Vergils *Georgica* 1,94 f.:

*Multum adeo rastris glaebas qui frangit inertis*
*Viminaesque trahit crates, iuvat arva.*

„Viel auch hilft seinem Felde, wer mit seiner Hacke die harten Schollen zerschlägt und (dann) ein Geflecht aus Weidenruten darüber hinwegzieht".

Beim Pflügen bilden sich Schollen, die zerschlagen und eingeebnet werden müssen. Die Arbeiter schreiten über das Land und zerkleinern

[15] Columella 2, 20, 6, spricht vom Reinigen und Wiederreinigen des Getreides (*expolire* und *repolire frumenta*). Bei Varro *de re rustica* 3, 2, 5 ist von einem *fundus politus cultura* die Rede. Das kann nicht einfach ein bestelltes Landgut im Gegensatz zum unbestellten bedeuten. Dann müsste auch *polire agrum* schlechthin dasselbe sein wie *colere agrum* (vgl. Pernice, *ZSSt.* 3, S. 58; 7, S. 100). *Politor agri* wäre demnach nichts anderes als ein Bebauer des Ackers. *Fundus politus cultura* ist ein Landgut, das durch sorgfältige Bebauung besonders fein instand ist. Aus Gellius 4, 12 ergibt sich, dass *politio* das Gegenteil von *impolitia* ist, die als *incuria* bezeichnet wird, also eine sorgfältige (*diligens*) Bebauung (*cultus*) des Ackers im Gegensatz zu dem Ackerland, das schlecht bebaut oder verwahrlost ist (vgl. Geiss a. a. O. S. 55). — Bei Vitruv und in den Bauinschriften ist *polire* das „Abputzen" von Gebäuden.

[16] So auch Trumpler a.a.O. S. 22.

mit der Hacke (*raster = sarculum*) alle Erdklumpen. Dabei verteilen sie die Erde gleichmässig über die Oberfläche, so dass der Acker eingeebnet („geglättet") wird. Sodann fahren die Ochsen eine Schleppe aus Weidengeflecht darüber hinweg, wodurch die Einebnung des Bodens vollständig wird. Auch Columella 2, 17, 4 lässt zuerst die Schollen mit Hacken zerstückeln (*glaebas sarculis resolvere*) und dann die *crates* in Tätigkeit treten. Nonius Marcellus 66, 18 spricht, die beiden Ennius-Verse zitierend, von *politiones agrorum cultus diligentes, ut polita dicimus omnia exculta et ad nitorem deducta.* Nach seiner Ansicht ist die *politio agri* „die sorgfältige Pflege des Ackers, so wie wir „poliert" alles nennen, was besonders gepflegt und auf Hochglanz gebracht worden ist". Er versteht also das *agrum polire* des Ennius nicht mehr. Zum ersten Mal begegnet *polire* in den XII Tafeln (tab. X, 2):

> ..... *hoc plus ne facito: rogum ascea ne polito.*

Das Holz für den Scheiterhaufen soll so, wie es gesägt ist, zur Verwendung gelangen und nicht etwa erst mit dem Beil geglättet werden. Das Glätten geschieht durch das Beseitigen der Borke oder Rinde und der Astreste. Es handelt sich um ein Verbot, das gegen den Begräbnisluxus gerichtet und nach Cic. *de leg. 2, 23, 59* aus der Gesetzgebung Solons übernommen ist. Mit dem Begräbnisluxus der Mächtigen und Reichen kann der kleine Mann nicht wetteifern. Er hält es für eine Vergeudung von Arbeitskraft, das Holz zu glätten. Ausserdem erhöht die Borke die Glut des Feuers, so dass, wenn sie entfernt wird, mehr Holz erforderlich ist.

Bei Festus (234,34) heisst es: *Polimenta.... a politione segetum aut vestimentorum.* Damit ist das Ausroden des Unkrauts aus dem Saatfeld[17] und das Reinigen der Kleidungsstücke gemeint, das dem Walker (*fullo*) obliegt (Gai. III, 205). Der Politor des c. 136 wird mit dem Politor des c. 5 nicht identisch sein. Bei der Politio des c. 5 handelt es sich darum, die Erdklumpen zu zerschlagen und den Boden einzuebnen, ferner die Saaten und das Getreide von Unkraut, Dornen und Disteln zu säubern (*segetes, frumenta polire = sarire et runcare*). Die Saaten und Feldfrüchte werden wieder „glatt", wenn Unkraut, Dornen und Disteln beseitigt sind. Sie stehen dann auch „sauber". Hier ist eine Entlohnung des Politors aus dem

[17] Geiss a.a.O. S. 13, 37 f.

Ergebnis seiner Arbeit naturgemäss nicht möglich[18]. Er erhält als Lohn Geld, und deshalb nennt ihn Cato '*mercennarius politor*'[19] im Gegensatz zu dem Politor des c. 136, der ein *partiarius* ist, und auf den sich die Anweisung des c. 5,4 nicht bezieht. Der Politor, der eine Quote des Ernteertrages als Lohn empfängt, kann unmöglich auf täglichen Wechsel eingestellt gewesen sein. Die *operarii* können der Herr oder sein Aufseher bald zu dieser, bald zu jener Tätigkeit anweisen[20]. Es kommt aber natürlich auch vor, dass ein Tagelöhner nur eine bestimmte Arbeit übernimmt wie die Einerntung oder das Pressen der Oliven, die Lese der Weintrauben oder ihre Kelterung, die *politio agri aut segetum*. An landwirtschaftlichen Arbieten werden von Columella u.a. erwähnt: die *aratores* (Col. 1,9,3; Verro 2 *praef*. 4), die den Acker umpflügen, die *occatores* (Col. 2,13,1), die ihn eggen, die *sarritores* (Verro 1,29,2), die ihn hacken, die *runcatores* (Col. 2,12,1)[21], die Disteln und Dornen mit der Sichel vernichten die *messores* (Col 2,12,1) welche die Ähren schneiden, und die *foenisecae* (Heumäher, Col. 2,18, 4,5). Der Ausdruck *politor agri*, der sich bei Columella nicht findet[22], wird sodann auch auf den Vormann erstreckt, der mit seinen Leuten die Ähren abschneidet und das ausgedroschene Korn reinigt.

Das folgende Kapitel 137 handelt vom *curator* eines Weingutes:

*Vineam curandam partiario*[23]
*bene curet fundum, arbustum, agrum frumentarium. partiario faenum et pabulum, quod bubus satis siet, qui illic sient. cetera omnia pro indiviso.*

[18] Vgl. Trumpler a.a.O. S. 20.

[19] Keil-Goetz setzen hinter jedes Wort ein Komma: *operarium, mercennarium, politorem.* In Wirklichkeit gehört *mercennarium* zu *politorem*, wie bereits Schneider nach dem Vorbild von Pontedera angenommen hat (vgl. Geiss a.a.O. S. 7). Nach Thielscher ist ein und derselbe Mann gemeint: Er heisst *operarius* nach seiner sozialen Stellung, *mercennarius* nach seiner Entlohnung in Geld und *politor* nach der Art der Tätigkeit. Aber warum der Aufseher nur den Politor täglich wechseln soll, bleibt rätselhaft.

[20] Pernice, *ZSSt.* 9, S. 244.

[21] Thielscher bemerkt: „*runco* ist bedeutungsgleich mit *falcastrum. falx* ist = Sichel, *falcastrum* ist eine grosse Sichel. Es haben sich deren zwei gefunden, und eine Miniatur, die ich abbilden werde, zeigt die Handhabung. Die Wurzel der Distel kann im Boden bleiben, weil sie verrottet und düngt. Die abgeschnittene Distel frisst der Esel als Delikatesse".

[22] Zu Ulp.-Celsus D. 17, 2, 52, 2 vgl. unten S. 361 ff.

[23] sc. *quo pacto dari oporteat*: Bekker a.a.O. S. 421; Crome a.a.O. S. 144. Der Marcianus und der Parisinus lesen übereinstimmend: *vineam redemptori partiario.*

Der *curator* soll das Gut, den Buschwald und den Getreideacker sorgsam pflegen. Er darf das für seine Pflugochsen benötigte Heu und Grünfutter laufend entnehmen. Der gesamte übrige Ertrag gilt als ungeteilt, d.h. er steht im Miteigentum vom *dominus* und *partiarius* zu gleichen Teilen.

Die juristische Qualifikation des Geschäfts fehlt auch hier. Es handelt sich weder um einen Gesellschaftsvertrag noch um eine Teilpacht (*colonia partiaria*)[24], sondern um eine Werkverdingung. In der Überschrift und im Text wird der *curator* ausdrücklich als *partiarius* und nicht als *socius* bezeichnet, weil er dem Gutsherrn weder wirtschaftlich noch sozial ebenbürtig ist. Der Gutsherr verdingt die Bestellung seines Gutes, das aus einer Weinpflanzung, Buschwald und einem Getreidefeld besteht, an einen kleineren Bauern der Nachbarschaft. *Pro indiviso* bedeutet: An der Ernte haben Gutsherr und *curator* bis zur Teilung Miteigentum nach Bruchteilen. Es liegt nur ein gedachtes (ideelles, intellektuelles) Teilverhältnis vor, kein reales. Geteilt ist nicht die Ernte als solche, sondern das Recht an ihr[25]. Wenn nichts anderes vereinbart ist, sind die Teile gleich: Jeder bekommt daher die Hälfte des Ertrages[26]. Das Rechtsgeschäft setzte sich also aus einer *locatio conductio*[27] und einer *communio* zusammen. Deshalb übersetzt der Thesaurus linguae Latinae *pro indiviso* kurzerhand mit *aequis partibus*. Die Verteilung der Ernte wird in Gegenwart beider Parteien erfolgt sein. Gab es Streit, so griff die *actio communi dividundo* ein. Abwegig ist die Erklärung Koblers[28], das *cetera omnia pro indiviso* beziehe sich auf die Kosten der Weinbergsbestellung, die einer der Parteien ungeteilt zur Last

[24] So Mommsen, *RG.* I, S. 831 Anm.; Trumpler a.a.O. S. 20.

[25] Ulp. D. 45, 3, 5: *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore.* Ulp. D. 27, 9, 5, 16: *pro indiviso communia praedia.* Pap. D. 46, 3, 94, 1: *communio pro indiviso.* Vgl. dazu statt aller Kunkel, *RPR.*, S. 80; Kaser, *RPR.* I, S. 323 f., 346 ff. Der Begriff *pro indiviso* stammt wahrscheinlich aus der Erbengemeinschaft, die ursprünglich ohne Teilungsbefugnis (von Lübtow, *Studi De Francisci* I, S. 431) das Familiengut nach dem Tode des *pater familias* weiter bewirtschaftete. Seit den XII Tafeln ist die Teilung zulässig (von Lübtow a.a.O.), und wenn geteilt wird, dann zu gleichen Teilen.

[26] Mommsen a.a.O.; Trumpler a.a.O.; del Chiaro a.a.O. S. 31.

[27] Es lässt sich hier nicht unterscheiden, ob eine *locatio conductio operis* oder *operarum* vorliegt. Man kann ebenso gut sagen *vineam curandam conduxit* wie *operas locavit in vinea curanda* (vgl. F. Schulz, *Class. Rom. Law*, S. 543).

[28] A.a.O. S. 36; dazu Eisser, *ZSSt.* 49, S. 554 f. Vgl. auch Crome a.a.O. S. 95·

fielen, wobei es allerdings ungewiss sei, welche von beiden sie zu tragen habe. Der Anteil des *curator* beträgt übrigens deswegen die Hälfte, weil gerade die Pflege der Weinpflanzungen besondere Sorgfalt verlangt.

Es braucht nicht allemal ein Gesellschaftsvertrag angenommen zu werden, wenn die Begründung von Miteigentumsverhältnissen erfolgt (Gaius D. 10,3,2 pr.). Umgekehrt ist es nicht notwendig, dass die Kapitalbeiträge der Gesellschafter einer Erwerbsgesellschaft (*societas quaestus*) Miteigentum nach Bruchteilen werden[29]. Besteht ein Miteigentum nach Bruchteilen, so liegt sowohl ein Gesellschaftsvertrag (*societas*) als auch eine Gemeinschaft (*communio*) vor[30]. Die Lösung der durch *communio* begründeten dinglichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern, die Auseinandersetzung, erfolgt mit der *actio communi dividundo*, während die Beziehungen aus dem obligatorischen Gesellschaftsvertrag erst nach beendeter *societas* mit der *actio pro socio* geltend gemacht werden können[31]. Ursprünglich gab es keine Kapital-Arbeit-Gesellschaft. Der in alter Zeit wohl mechanisch gehandhabte Grundsatz der Gleichheit, der damals das Gesellschaftsrecht beherrschte, führte dazu, dass jeder *socius* den gleichen Kapitalbeitrag einbringen musste, und zwar — nach Analogie der *societas omnium bonorum* — zu Miteigentum[32]. Später wurde auch eine Kapital-Arbeit-Gesellschaft zugelassen, wenn die eingebrachte Arbeit dem Kapital als gleichwertig erachtet werden konnte, was im Einzelfall zu prüfen war (Gai. III, 149). Sonst konnte der „weniger wohlhabende" Gesellschafter (*pauperior socius*) das fehlende Kapital durch seine Arbeit für das Wohl der Gesellschaft ergänzen, aber nicht ersetzen (Ulp. D. 17, 2, 5, 1; 29, 1[33]). Volle Gleichberechtigung scheint erst in der Zeit des Überganges vom Prinzipat zum Dominat anerkannt worden zu sein, wie aus einem Erlass Diokletians (C. 4, 37, 1) hervorgeht, der noch auf frühere Zweifel hinweist[34]:

*Societatem uno pecuniam conferente alio operam posse contrahi magis obtinuit.*

[29] Wieacker, *ZSSt.* 69, S. 308 ff.; 322 ff.; Kaser, *RPR.* I, S. 479 mit A. 22.
[30] Vgl. dazu Trumpler a.a.O. S. 28 ff.
[31] Arangio-Ruiz, *Società*, S. 195 ff.; Kaser, *RPR.* I, S. 480 f.
[32] Karlowa II, S. 657.
[33] Vgl. dazu De Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto romano* (1946), S. 241 ff.
[34] Dernburg-Sokolowski, *RR.* II[8], S. 815 A. 1.

Als man es für zulässig hielt, dass ein Gesellschafter Kapital, der andere nur gleichwertige Arbeit (*opera*) einschoss, war eine solche Gesellschaft rechtlich zunächst wohl nur dann möglich, wenn der Kapitalgesellschafter den Arbeitgesellschafter zum Miteigentümer machte[35]. Das führte indessen zu unbilligen Ergebnissen. Denn der Arbeitgesellschafter erhielt auf diese Weise bei der Realteilung im Wege der *actio communi dividundo* einen entsprechenden Anteil an der Kapitaleinlage, obwohl er kein Kapital eingeschossen hatte. Deshalb gestattete die Jurisprudenz, dass der Kapitalgesellschafter Alleineigentümer blieb, und nahm auch in diesem Fall ein Gesellschaftsverhältnis an.

Den Fall einer Kapital-Arbeit-Gesellschaft behandelt Cicero in seiner Rede *pro Q. Roscio comoedo*. Roscius und Fannius hatten einen Gesellschaftsvertrag miteinander geschlossen, wonach Fannius den Sklaven Panurgus einbrachte, Roscius ihn in der Schauspielkunst ausbildete. Die Talente des Sklaven sollten für gemeinschaftliche Rechnung verwertet werden. Cicero bezeichnet hier (10,27) den Sklaven als *res communis*, also als im Miteigentum der beiden Gesellschafter stehend. Diese Ansicht war zutreffend[36], wenngleich Cicero (10,28) dann mit Rücksicht darauf, dass sich der Wert des Sklaven durch die Ausbildung als Künstler beträchtlich erhöht hatte, das Alleineigentum für seinen Mandanten in Anspruch nahm. Diese Replik war nur als rhetorisches Argument gegen die Behauptung des gegnerischen Sachwalters, Saturius, gedacht, der Sklave gehöre seinem Auftraggeber.

Die klassische Jurisprudenz dagegen liess eine Gesellschaft auch dann zu, wenn der Kapitalgesellschafter Alleineigentümer blieb, und vermied so das unbillige Ergebnis, dass der Arbeitgesellschafter bei der Realteilung den entsprechenden Anteil an der Einlage seines *socius* erhielt. Vielmehr fand hier eine Auseinandersetzung mit der *actio communi dividundo* überhaupt nicht statt. So nahm Julian (Ulp. D. 19,5,13,1) eine Gesellschaft an, wenn dem Arbeitgesellschafter ohne Begründung eines Miteigentums ein Sklave zur Ausbildung oder Vieh zur Verbesserung des Bestandes mit der Abrede der Teilung des Verkaufserlöses überlassen wurde:

[35] Pernice, *ZSSt.* 3, S. 97; Trumpler a.a.O. S. 12.

[36] Del Chiaro a.a.O. S. 67, 121; abweichend Trumpler, S. 13.

D. 19,5,13,1 (Ulp. *lib. 30 ad Sab.*):

*Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero..., ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, ...hic dominus esse non desinit, qui prius fuit: competit igitur pro socio actio.*

Dieselbe Ansicht vertrat Celsus in dem bekannten Politor-Fall, der ebenfalls eine Kapital-Arbeit-Gesellschaft betrifft, und den man mit Unrecht zum Verständnis des c. 136 der Schrift Catos herangezogen hat. Ulpian berichtet in

D. 17,2,52,2 (*lib. 31 ad ed.*)[37]:

*Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides. utrum ergo tantum dolum an etiam [culpam] ⟨imperitiam⟩ praestare socium oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum [et culpam] praestare oportet. ⟨sed⟩ si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, [veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus], nimirum ibi etiam [culpa] ⟨imperitia⟩ praestandae est. pretium enim operae artis⟨ve⟩ est [velamentum] ⟨emolumentum⟩. quodsi rei communi socius nocuit, magis admittit [culpam quoque venire] ⟨dolum tantum praestare⟩.*

Den Politor des Celsus hält man des öfteren für einen Kulturtechniker, der durch Meliorationen die Ertragsfähigkeit des Bodens steigert[38]. Nach Geiss[38a] ist er ein Unternehmer, der die Politio durch seine Leute ausführen lässt und dessen Aufgabe darin besteht, altes Kulturland, das bisher der Weidewirtschaft diente, in fruchtbares Ackerland zurückzuverwandeln.

Aber *ager* bedeutet nicht Weideland, sondern stets ein begrenztes Feld, das mit Getreide oder anderen Früchten bestellt wird[39]. Es kommt nach Ulpian D. 17,2,5,1 darauf an, ob sich die eingebrachte

[37] Vgl. die Angaben im *Ind. Itpl.* Weitere Lit. bei Kaser, *RPR.* I, S. 481 A. 37.

[38] Pernice, *ZSSt.* 3, S. 58 ff.; 7, 100 ff.; Crome a.a.O. S. 55 ff., 145; M. Weber a.a.O. S. 236; Ferrini, *Arch. giv. Prax.* 81, S. 10; *Opere* III, S. 48; Heumann-Seckel s.v. *Politor;* Kobler a.a.O. S. 26. Dagegen Geiss a.a.O. S. 22 ff. und Thielscher.

[38a] A.a.O. S. 26, 48.

[39] Westerath, *Die Fachausdrücke des Ackerbaues bei den röm. Agrarschriftstellern*, Diss. Münster (1938), S. 10, 17.

Arbeit und das eingebrachte Kapital ungefähr die Waage halten, damit ein gültiger Gesellschaftsvertrag entsteht. Keineswegs ist jede gewöhnliche Arbeit dem Kapital gleichwertig. Deshalb kann Celsus weder von einem Hirten noch von einem „Jäter" (so T h i e l s c h e r) gesprochen haben[40]. Die Beispiele sind vielmehr von einem Glossator eingeschoben, dessen Muster D. 19,2,9,5 bildete. Von *agrum polire* weiss er nur durch Cato und wahrscheinlich auch Ennius. Er hat sich nichts Bestimmtes darunter vorgestellt, sondern sich nur gedacht, dass es etwas Gutes und Nützliches sei. *Fructus quaerere* bedeutet übrigens keine Ertragssteigerung[41], was ebenfalls gegen die Ansicht spricht, der Politor sei ein Kulturtechniker. Von einem Hirten spricht auch ein Erlass des Kaisers Alexander Severus vom Jahre 222 (2,3,9). Nach dem vorliegenden Tatbestand ist der Hirte (*pastor*) als *partiarius* an einer Quote der Nachzucht beteiligt. Der Charakter des partiarischen Rechtsverhältnisses wird nicht definiert[42]. Da von '*pascenda pecora partiaria*' die Rede ist, liegt kein Gesellschaftsvertrag vor[43]. Es handelt sich um einen einfachen Hirten, nicht um einen Viehmeister in höherem Sinn. Wahrscheinlich haben wir es mit einer Dienstmiete zu tun. Der Hirt soll das Vieh weiden, es warten und pfleglich behandeln. Um seinen Eifer zu erhöhen, erhält er eine zu vereinbarende Quote der Nachzucht.

Die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust sind im Zweifel gleich (Gai. III, 150; Ulp. D. 17,2,29 pr.). Ulpian führt die Haftung des Gesellschafters auf die *bona fides* zurück. Daraus ergibt sich ohne weiteres die Haftung für *dolus*; er bildet ja den Gegensatz zur *bona fides*[44]. Ulpian wirft dann die Frage auf, ob die

[40] Die enklitische Partikel *-ve* hat im Altlatein mehr kopulative als disjunktive Bedeutung (S t o l z-S c h m a l z, *Latein. Grammatik*[4], S. 503 Nr. 261). Celsus neigte dazu, alte Ausdrucksweisen wieder zu beleben (P e r n i c e, *ZSSt.* 7, S. 100). *Ars operave* heisst also: „Arbeit und Kunst". Auch aus diesem Grunde scheiden blosses Weiden der Schafe oder blosses Jäten des Ackers als Beispiele aus. — Vgl. auch Gai. III, 149 von *nam et* bis *valet*: *saepe — valet* kann nur bedeuten: wenn die Arbeit im Einzelfall dem Kapital g l e i c h g e s t e l l t werden kann (vgl. zu Gai. III, 149 die bei K a s e r. *RPR.* I, S. 479 A. 20, angeführte Lit.).

[41] Paulus D. 5,3,36,5 bestimmt den Fruchtbegriff dahin, dass die Aufwendungen abgezogen werden müssen, die gemacht sind, um die Früchte anzubauen (*quaerere*), zu ernten (*cogere*) und aufzubewahren (*conservare*). Ebenso rechnet Ulpian D. 33, 7,8 pr. zur Einrichtung eines Gutes alles, was den genannten Zwecken dient.

[42] Vgl. C r o m e a.a.O. S. 161 f.

[43] Abweichend A r a n g i o - R u i z, *Società*, S. 27.

[44] M i t t e i s, *RPR.* I, S. 317, 326.

Haftung sich auf den *dolus* beschränke oder ob sie auch strenger sein könne. Er berichtet in diesem Zusammenhang nun über zwei von Celsus erörterte Fälle, die, wie das *quodsi* = „wenn aber" andeutet, von Celsus verschieden beurteilt worden sind. Celsus stellt darauf ab, ob die von dem Arbeitgesellschafter verwaltete Sache dem Kapitalgesellschafter allein gehört oder ob sie im Miteigentum beider steht. Liegt die erste Alternative vor, dann hat der Arbeitgesellschafter für *imperitia* einzustehen. Wer einen Beruf ausübt, der besondere Kenntnisse und Fähigkeiten voraussetzt, weiss in der Regel, wozu er fähig ist und was er leisten kann. Fehlt ihm die *peritia*, so muss ihm der dadurch angerichtete Schaden allerdings zugerechnet werden. Steht die beschädigte Sache aber im Miteigentum beider Gesellschafter, so lässt Celsus es doch lieber (*magis admittit*) bei der Dolus-Haftung bewenden.

Die überlieferte Begründung des Celsus: „Der Preis für Arbeit und Kunst ist die Hülle" (*velamentum*) gibt, wie man längst erkannt hat, keinen Sinn. Von allen Emendationen (*hostimentum*, *levamentum*, *aequamentum*, *sociamentum*) leuchtet am meisten *emolumentum* ein, das in der Bedeutung „Gewinnbeteiligung" gerade im Gesellschaftsrecht begegnet (D. 17,2,63,8). Das Entgelt für die *opera* oder *ars* ist der Gewinn, an dem der Arbeitgesellschafter teilnimmt. In dem Entgeltscharakter der Gewinnbeteiligung liegt der Grund, weshalb Celsus die strengere Haftung eintreten lässt und damit die Kapital-Arbeit-Gesellschaft bestimmten Werkverträgen annähert. Ulpian berichtet nämlich in

D. 19,2,9,5 (*lib. 32 ad ed.*)[45]:

> *Celsus* [*etiam imperitiam culpae adnumerandam*] *libro octavo digestorum scripsit*: *si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, eum praestare debere et quod imperitia peccavit* [*culpam esse*]: *quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

Da es sich um einen Werkvertrag handelt (*conducere*!), hat man nicht sowohl an das Weiden als an das Mästen der Kälber zu denken. Daneben werden der Flickschneider (*sarcinator*) genannt, der Kleidungsstücke ausbessert (*sarcire*), und der Walker (*fullo*), der sie säubert (*polire*). Ihre *custodia*-Haftung bespricht vor allem Gaius III, 205, 206. Dem *fullo* und dem *sarcinator* wird die *actio*

[45] Dazu die Angaben im *Ind. Itpl.*, weitere Literatur bei Kaser, *RPR*. I, S. 426 A. 45, 425 A. 28.

*furti* zugestanden, weil sie für den Ersatz der gestohlenen Sache einstehen müssen und daher ein unmittelbares Interesse daran haben, zur *actio furti* zugelassen zu werden. Die Haftung knüpft an den objektiven Tatbestand des *custodiam praestare* an und ist nicht von einem innerem Verhalten des Schuldners her bestimmt[46]. Von einer *culpa in custodiendo* als Grund der Haftung ist keine Rede.

Die dem Viehmeister, dem Flickschneider, dem Walker anvertrauten Sachen sind der Wachsamkeit des Eigentümers entzogen und zum Vorteil des Schuldners, der im Entgelt liegt[47], in dessen Obhut gegeben. Der Empfänger hat sie daher anstelle des Eigentümers zu bewachen. Die *custodia*-Haftung scheint recht alt zu sein. Denn sie ist von Haus aus eine Erfolgshaftung, die allerdings auf der Vorstellung eines typischen Verschuldens beruht; sie wird zunächst durch besondere Abreden (*pactum de custodiendo*) begründet[48]. Diese Abreden gehen im Laufe der Zeit in das objektive Recht über, das mit solchen Verträgen ohne weiteres die Garantie für die Sicherheit der anvertrauten Sachen verbindet.

Die Worte *etiam-adnumerandam* müssen gestrichen werden, weil sie den Satzbau stören[49]. Es geht auch nicht am, *culpae* einfach durch *custodiae* zu ersetzen und so den Mangel an Kunstfertigkeit als *custodia* zu qualifizieren. Denn man kann durch Bewachung verhüten, dass eine Sache durch Dritte gestohlen oder beschädigt wird; man kann aber durch sie nicht eine mangelnde *peritia* verhüten[50]. Nun heisst es allerdings bei Gaius D. 50,17,132: *Imperitia culpae adnumeratur*. Aber diese traditionelle Redewendung stammt aus dem 7. Buch des Gaius zum Provinzialedikt und bezieht sich auf die *actio legis Aquiliae*. Hier hat die Regel einen guten Sinn. Wer als *artifex* vorgibt, die nötige Erfahrung und Kunstfertigkeit zu besitzen, handelt schuldhaft, wenn er gegen die Regeln der Kunst verstösst[51].

Celsus rechtfertigt die *imperitia*-Haftung damit, dass der Unternehmer die Herstellung des Werkes als '*artifex*', also als Fachmann

[46] Condanari-Michler, *Studi Ferini* III, (1948), S. 105.

[47] Condanari-Michler a.a.O.

[48] Vgl. statt aller Rabel, *Grundzüge*, S. 479; Kunkel, *RPR.*, S. 175; Weiss, *Inst.*², S. 295; F. Schulz, *Class. Rom.* Law, S. 515; Kaser, *RPR.* I, S. 125.

[49] Beseler, *B.* IV, S. 210 f.; Pflüger, *ZSSt.* 65, S. 196.

[50] Vgl. Kaser, *RPR.* I, S. 426 A. 45.

[51] Die Interpolationsannahme Beselers, *B.* IV, S. 211; *ZSSt.* 52, S. 39, ist unbegründet.

nach den Regeln der Kunst, übernommen habe. Der Unternehmer garantiert damit eine diesen Regeln entsprechende Ausführung der Arbeit und muss deshalb für den Schaden einstehen, den er durch mangelnde *peritia* anrichtet[52]. Es gab *artifices* der verschiedensten Schattierungen (Ulp. D. 46,3,31: *inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis*), und es ist eine bunte Gesellschaft, der die Römer das Prädikat '*artifex*' verleihen: Zu ihr gehören der Walker, der Schneider, der Viehmeister, der Koch, der Weber, der Baumeister, der Schulmeister[53]. Auch den Kalkbrenner Catos wird man hierher rechnen dürfen.

Dass die *imperitia*-Haftung der *artifices* keine von Celsus eingeführte Neuerung ist, folgt aus der Entscheidung des Proculus[54], die sich mit den zivilrechtlichen Folgen ärztlicher Kunstfehler befasst. Ulpian berichtet:

D. 9,2,7,8 (*lib. 18 ad ed.*):

*Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.*

Ein Arzt begeht bei der Operation eines Sklaven einen Kunstfehler. Dem Herrn des Sklaven steht dann sowohl die Klage aus dem Werkvertrag wie auch die Klage wegen Sachbeschädigung zu[55].

## XII. Die Frage der Klagbarkeit der Verdingungs- und Kaufverträge (*bonae fidei iudicia*?) — Der *arbitratus boni viri*

### 1. Die Stipulationstheorie

Die Catonischen Leges beweisen zunächst, dass damals Kauf und Lokation als relativ formfreie Geschäfte schon längere Zeit klagbar gewesen sind[1]. Cato behandelt den Kauf künftiger Sa-

[52] Pflüger, *ZSSt.* 65, S. 196 f.; Kreller, *RR.* II, S. 302 mit A. 3; Mayer Maly, *Locatio Conductio*, S. 214.

[53] Vgl. Pernice, *ZSSt.* 7, S. 102 mit Quellenbelegen.

[54] Karlowa II, S. 694 f.

[55] Vgl. dazu Heldrich, *Iher. Jahrb.* 88, S. 150 ff.; Below, *Der Arzt im röm.-Recht* S. 84 ff.; Mayer-Maly a.a.O. S. 126.

[1] So auch Kaser, *Altröm. ius*, S. 297. Er gibt (*Iura* 6, 1955, S. 545 f.) einen kurzen Bericht über das von Pringsheim auf dem X. Deutschen Rechtshi-

chen (*olea pendens*, *pabulum hibernum*, *fructus ovium*). Er ist nicht als unmittelbar vollzogener denkbar, sondern nur als blosse Abrede[2]. Es fragt sich nur, ob die Vereinbarungen formlos gültig waren oder wechselseitiger Stipulationen bedurften. Bekker[3] vermutet, die *actio ex stipulatu* sei das Vorbild der *bonae fidei iudicia* gewesen. Er beruft sich hierfür auf die präsumtive geschichtliche Entwicklung des Kaufs, der Miete und ähnlicher Geschäfte. Wenn die Sitte, solche Geschäfte in Stipulationsform zu kleiden, bis in die Zeit der Pandektenjuristen fortbestanden habe, so erkläre sich dies einmal aus dem Beharrungsvermögen wohlbegründeter Sitten und Gebräuche, zum andern aus dem für den Kläger bestehenden Vorteil, neben der eigentlichen Geschäftsklage einen zweiten, wegen der grösseren Beschränktheit des richterlichen Offiziums günstigeren Rechtsbehelf zu besitzen. Entstanden aber könne man sich diese Sitte doch nur zu einer Zeit denken, wo der formlose Abschluss noch nicht bindend gewesen sei. Zum Beweise seiner These beruft sich Bekker auf die von Plautus, Cato und Varro[4] (angeblich) bezeugten Einkleidungen der fraglichen Geschäfte in die Stipulationsform[5]. Arangio-Ruiz[6] macht gegen das Argument, dass die Catonischen Formulare keine Stipulationsformulare seien, zwei Einwendungen geltend:

> Er behauptet einmal, dass Cato keine wahren Vertragsformulare gegeben habe; vielmehr handele es sich bei der *olea pendens* um eine Auktion. Die Leistungen des Käufers würden im Futurum imperativum festgesetzt, die des Gutsherrn im Futurum indicativum in Aussicht gestellt (Beispiel c. 147, cl. 3; c. 148, cl. 2 und 3). Es sei Cato nur darauf angekommen, die besten ökonomischen Bedingungen herauszustellen, aber

---

storikertag 1954 über das Thema „Der erste karthagisch-römische Staatsvertrag und der Ursprung der Konsensualverträge" gehaltene Referat. Siehe ferner den Bericht von Broggini, *ZSSt.* 72, S. 517 ff.

[2] Karlowa II, S. 613 f.

[3] *Aktionen* I, S. 157 f.; vgl. auch *ZRG.* 3, S. 442 ff.

[4] Vgl. dazu unten S. 368 ff.

[5] Übereinstimmend F. Leonhard, *Die Aufrechnung* (1896), S. 20; Kniep, *Gai institutionum commentarius tertius* §§ 88—225 (*Obligationenrecht*), S. 277 ff.; Arangio-Ruiz, *Compravendita* I, S. 74 ff. Dagegen Demelius, *ZRG.* 2, S. 200; Karlowa, *Röm. Zivilprozess*, S. 133 ff.; *RRg.* II, S. 613 f.; Bechmann, *Kauf* I, S. 505 ff.; Burckhardt a.a.O. S. 48 ff.; Georgescu a.a.O. S. 111 f.; Kaden a.a.O. S. 16 ff.

[6] A.a.O.

nicht die Art und Weise anzugeben, wie die Parteien sich rechtlich verpflichteten.

Wenn diese Interpretation der wahren Sachlage nicht entsprechen sollte, so müsse man, fährt Arangio-Ruiz fort, zum andern berücksichtigen, dass die Catonischen Leges wie das ganze Werk nur als Ratschläge für den Besitzer eines grossen Gutes gedacht seien[7], und Cato es nicht für geboten erachtet habe, immer wieder auf die Notwendigkeit einer *verborum obligatio* hinzuweisen. Wo es für den Gutsherrn besonders wichtig gewesen sei, seine Forderungen durch Satisdatio und Pfand zu sichern, habe Cato eine *promissio* empfohlen (c. 146, cl. 5).

Indessen ist nicht der mindeste Beweis dafür erbracht worden, dass die Verpflichtungen der Parteien einer Stipulation bedurften. Überall handelt es sich um ein *legem dicere* des Gutsherrn[8]. Das Werk selbst spricht von *leges locationis* und *leges venditionis*[9]. Ihre Form zeigt, dass sie genau denselben Charakter tragen wie die später in den Digesten hier und da erörterten *leges locationis* und *emptionis*[10]. Mit Recht bemerkt Mitteis[11]: „Wer die Wirksamkeit dieser Klauseln auf eine hinzutretende Stipulation zurückführt, muss sie sich erst dazu denken und annehmen, dass Cato seinem Leser das Wesentliche verschwiegen habe". Wenn Cato dem kontrahierenden Gutsbesitzer mit gutem Rat helfen wollte, so hätte er sich insofern einer schweren Unterlassungssünde schuldig gemacht, als er den Hinweis unterliess, dass für die Verpflichtungen des Käufers die Form der Stipulation geboten sei. Eine eigentliche Stipulationsklausel kommt in den Leges überhaupt nicht vor, sondern in einem bestimmten Zusammenhang findet sich die Aufforderung, der Befehl des Gutsherrn an seinen Kontrahenten, eine Stipulation abzuschliessen. Damit hat es aber, wie schon gezeigt[12], seine besondere Bewandtnis. Es hätte überaus nahe gelegen, alle

[7] Dazu oben S. 254.

[8] Vgl. oben S. 241 ff.

[9] c. 144, cl. 1; c. 145, cl. 1; c. 146, cl. 1; c. 147, cl. 1 und 4; c. 148, cl. 1 und 9; c. 149, cl. 1; c. 150, cl. 1.

[10] Karlowa, *Röm. Zivilprozess*, S. 135 f.; Georgescu a.a.O. S. 111. Siehe die Quellenstellen oben S. 247 A. 40.

[11] *RPR.* I, 48 A. 22. Dagegen Arangio-Ruiz a.a.O. S. 76 A. 1.

[12] Oben S. 307 f.

obligatorisch wirkenden Klauseln zu einem einzigen Stipulationsganzen zu verbinden und dieses an den Schluss der Leges zu setzen, damit das *spondesne spondeo* statt zehnmal nur einmal ausgesprochen zu werden brauchte[13]. Statt dessen steht der Stipulationsbefehl aber mitten im Text des c. 146. Kniep[14] sucht sich diesem Argument durch einen Gewaltstreich zu entziehen. Er nimmt an, dass die Bestimmungen über das Pfandrecht sowie die Klauseln 6 und 7 des c. 146 Zusätze von späterer Hand seien und so das *promittito satisque dato arbitratu domini* einmal den Schluss des Formulars gebildet habe. Dafür besteht aber kein Grund. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Vereinbarung eines Pfandes erst später angefügt sein soll. Die Verträge über die *olea legenda facienda* können, wie sich aus der Klausel 4 ergibt, entweder vom Gutsherrn oder vom Käufer mit dem Unternehmer geschlossen sein[15]. Die Olivenleser und die Kelterer können vom Käufer gemietet werden. Es liegt im Interesse des Gutsherrn, dass sie ihren Lohn pünktlich erhalten, da er vielleicht bei anderer Gelegenheit auf sie angewiesen ist. Versäumt der Käufer seine Lohnzahlungspflicht, dann ist der Herr berechtigt zu zahlen und hat eine entsprechende Ersatzforderung an den Käufer (cl. 7). Die Schlussklausel steht also nicht, wie Kniep behauptet, im Widerspruch zur Klausel 4. Auch wenn die Olivenlese und Ölbereitung, sei es vom Gutsherrn sei es vom Käufer, an einen Unternehmer verdungen sind, besteht die Möglichkeit, dass die erforderlichen Gerätschaften wie Keltern, Taue, Leitern und Kollergänge teils vom Käufer teils vom Gutsherrn selbst zur Verfügung gestellt werden. Für den ersten Fall ist bestimmt: *pigneri sunto*, für den zweiten gelten das *reddito* oder das *aequom solvito* (cl. 6). Es fehlt demnach auch hier jeder Anhaltspunkt dafür, dass die zuletzt erwähnte Klausel nachträglich angereiht worden ist. Kniep[16] meint ferner, bei der Auktion liege in der Frage des Ausrufers und in der Antwort des Bieters schon eine Stipulation vor. Das ist unzutreffend. Das Gebot des einzelnen Bieters bedeutet eine Vertragsofferte an den Auktionsherrn. Sie wird erst durch den Zuschlag (*addictio*) des *praeco* angenommen[17].

[13] Vgl. Bechmann, *Kauf* I, S. 532.
[14] A.a.O. S. 282.
[15] Vgl. oben S. 303 ff.
[16] A.a.O. S. 281.
[17] Karlowa II, S. 630.

Auch auf Varro *de re rustica* 2, 2, 5 und 6 kann sich die Stipulationstheorie nicht mit Erfolg berufen. Dort heisst es:

> *In emptionibus (ovium) iure utimur eo, quo lex praescripsit. ... De reliquo antiqua fere formula utuntur: cum emptor dixit: 'Tanti sunt mi emptae?' et ille respondit 'sunt' et expromisit nummos (6) emptor, stipulatur prisca formula sic: 'Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est, .... habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?' Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote⟨st⟩ ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.*

Varro (gest. 26 vor Chr.) teilt eine alte, noch im Gebrauch befindliche Frage- und Antwortformel für den Konsensualkauf mit[18]. Das ist keine Stipulation, sondern nur der unfeierliche Ausdruck für die endgültige Willenseinigung[19]. Diese Form deklarativer Frage und Antwort war zu Varros Zeit zwar noch üblich, aber nicht mehr notwendig[20]. Bei ihm findet sich ebensowenig wie bei Cato eine Spur wechselseitiger kontraktbegründender Stipulationen[21]. An die Frage und Antwort schliesst sich üblicherweise die *expromissio nummorum* durch den Käufer. Er verpflichtet sich zur Erfüllung der bereits bestehenden Verbindlichkeit durch Stipulation, den Kaufpreis zu bezahlen. Von einer entsprechenden Stipulation des Verkäufers auf *possessionem tradere* ist keine Rede. Der Vorläufer der *expromissio nummorum* war wohl das *satis facere*, die Sicherheitsleistung durch Bürgen, die erfolgte, wenn der Kaufpreis nicht bar gezahlt wurde[22]. Die *sponsio* und *fidepromissio* sicherten

[18] Vgl. Kaser ‚*Altröm. ius*, S. 258 mit A. 19, und neuestens Meylan, *Aequitas und bona fides* (*Festgabe Simonius* (1955), S. 247 ff.).

[19] Pernice, *Labeo* I, S. 458; Bechmann, *Kauf* I, S. 462 ff.; Burckhardt a.a.O. S. 50.

[20] Bechmann a.a.O. S. 465.

[21] Pernice a.a.O. S. 458 A. 16; Bechmann a.a.O. S. 460 A. 1; Monier, II², S. 168 f. Abweichend ausser Bekker Ihering, *Geist* II 2, S. 549; III 1, S. 201 ff.; auch Mitteis, *RPR.* I, S. 45 A. 12, behauptet, bei Varro sei eine beiderseitige Stipulation vorausgesetzt; ihm zustimmend Haymann *ZSSt.* 41, S. 52 mit A. 2.

[22] Vgl. Pernice a.a.O. S. 458; Pringsheim, *ZSSt.* 50, S. 392 mit A. 3; Meylan, *Festgabe*, S. 250 A. 5.

stets nur eine Stipulation des Hauptschuldners[23]. Deshalb musste die Kaufpreisschuld in die Form der Stipulation gekleidet werden. Diese Form behielt man bei, auch als nicht mehr in jedem Fall Bürgen gestellt wurden. Eine andere Stipulation schliesst sich an, und zwar verspricht der Verkäufer, dass die Tiere gesund seien, und übernimmt die Eviktionshaftung.

Varro fährt dann fort: „Wenn dies geschehen war" — nämlich 1. der Abschluss des Vertrages, 2. der Abschluss der beiden Stipulationen—, „wechselte dennoch die Herde erst dann ihren Eigentümer, wenn sie zugezählt übergeben wurde". Der Eigentumserwerb erfolgte also erst mit der Übergabe[24]. „Wohl aber" (*nec non*) kann der Käufer aus der blossen Kaufabrede klagen und den Verkäufer, auch bevor dieser den Kaufpreis erhalten hat, verurteilen lassen[25], wenn ihm die Sache nicht übergeben wird. Der Verkäufer ist ja durch die *expromissio nummorum* gesichert[26]. Vom Verkäufer sagt Varro nur, er könne den Käufer durch ein ähnliches *iudicium* verurteilen lassen, wenn er den Kaufpreis nicht zahlt. Varro lässt nichts davon verlauten, dass der Verkäufer sich der *actio venditi* mit Erfolg auch schon vor der Übergabe der Ware bedienen könne. Die Worte '*quamvis non tradiderit*' hat Varro absichtlich nicht hinzugesetzt[27]. Sowohl dem Käufer wie dem Verkäufer steht also eine *actio ex empto vendito* zu. Einer Stipulation des Kaufpreises hätte es infolgedessen nicht mehr bedurft. Sie wurde aus Traditionsgründen beibehalten. Dass Varro unter den Worten '*emere*', '*vendere*' geradezu den Abschluss der einschlägigen Geschäftsstipulation verstanden hat, oder dass man gar mit dem Namen *actio empti*, *actio venditi* gleichfalls die Klagen aus diesen Stipulationen belegte[28], dürfte nach alledem ausgeschlossen sein.

[23] Vgl. oben S. 308.

[24] Pringsheim, *Kauf mit fremden Gelde*, S. 73; *ZSSt.* 50, S. 337 f.; Schönbauer, *ZSSt.* 52, S. 207; Kreller, *RRg.*², S. 144.

[25] Zu *damnare* siehe Kaser, *Altröm. ius*, S. 125 A. 32.

[26] Pernice, *Labeo* I, S. 459; Haymann a.a.O. S. 52. Die Varrostelle wird aber auch anders ausgelegt. Eine Reihe von Autoren nimmt nämlich an, dass Varro hervorheben wollte, Anspruch und Gegenanspruch seien in der Geltendmachung von einander unabhängig: Siber, *RR.* II, S. 196; Weiss, *Inst.*², S. 359; Kaser, *RPR.* I, S. 442 mit Lit. A. 10. Vgl. auch Kreller a.a.O. S. 150 und insbesondere Bechmann, *Kauf* I, S. 542 ff.

[27] Haymann a.a.O. S. 53.

[28] So Bekker, *Aktionen* I, S. 157 f.

Die beiderseitigen Leistungspflichten entstehen zu Varros Zeit bereits in und mit dem Vertrag.

Pringsheim[29] ist es aufgefallen, dass Varro den Verkäufer nicht aus einer Stipulation, sondern mit der Klage aus dem konsensualen Kauf (*simili iudicio*) den nicht gezahlten Preis einklagen lässt. Deshalb steckt nach seiner Ansicht in '*expromisit nummos*' offenbar keine Stipulation. Über die eigentliche Bedeutung der Klausel äussert er sich jedoch nicht. Longo[30] hält die Wendung '*et expromisit nummos*' für verderbt[31], weil nach dem grammatischen Zusammenhang der Verkäufer (nicht der Käufer) die Erklärung abgibt[32] und Varro den Verkäufer nicht *ex stipulatione*, sondern *ex vendito* klagen lässt. Die grammatische Schwierigkeit wird beseitigt, wenn man der Interpunktion Knieps[33] folgt, wie es oben geschehen ist. In dem mit temporalem *cum* eingeleiteten Satz folgen drei Perfekta aufeinander: *cum emptor dixit ... et ille* (der Verkäufer) *respondit ... et expromisit nummos emptor, stipulatur* (nämlich der Käufer) ..... .

Die sachliche Schwierigkeit dagegen bleibt bestehen, falls *expromittere* bedeutet, sich dem Gläubiger zur Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit durch novierende Stipulation verpflichten[34]. Dann wäre nämlich die Kaufobligation novatorisch aufgehoben.

[29] A.a.O. S. 340.

[30] *BIDR.* 45, S. 30. Übrigens vertritt auch Kunkel, *RPR.* S. 129, A. 21, den Standpunkt, dass der in Rede stehende Satz grammatisch unklar und vermutlich verderbt sei.

[31] Beseler, *Acta Congr. Iur. Intern.* I (1935), S. 339, will sie als „unsinnig, ja geradezu irrsinnig" streichen. Er hält *expromittere* für einen spätlateinischen Ausdruck. Schon Pringsheim S. 340, 359 bezeichnete es als seltsames Wort, über dem ein Geheimnis zu schweben scheine. Kaser, *RPR.* I, S. 544 A. 26, kritisiert die Ausführungen Beselers als „zu radikal". Vgl. auch sein *Altröm. ius*, S. 279 A. 56.

[32] Darauf wies bereits Pringsheim, S. 340 hin.

[33] A.a.O. S. 297. Schönbauer, *ZSSt.* 52, S. 207, streicht das *et* vor *expromisit* als sinnstörend und setzt hinter *nummos* einen Punkt. Dagegen Archi, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, S. 111, der die Konjektur für willkürlich hält. Pringsheim, *ZSSt.* 53, S. 492, bezeichnet die Streichung des *et* und die Interpunktion Schönbauers aus dem zutreffenden Grunde für unmöglich, weil *expromisit* ein Perfektum ist, *utuntur* aber und *stipulatur* im Präsens stehen.

[34] So die frühere These Meylans, *Scritti Ferrini* IV, S. 179 ff.; vgl. jetzt *Festgabe Simonius*, S. 249 mit A. 3. Siehe auch Heumann-Seckel s.v. *expromittere* 1 a) aa). Keine Novation liegt vor, wenn die neue Verbindlichkeit

und es bliebe nur für eine *actio ex stipulatu* Raum. Indessen bedeutet *expromittere* jedenfalls hier nur *promittere*. Die *stipulatio nummorum* wird von Varro 2, 1, 15 audrücklich erwähnt: *necque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini⟨i⟩*[35]: „in allen diesen Fällen genügt die Stipulation oder Zahlung des Kaufpreises nicht, um eine Änderung des Eigentumsrechts herbeizuführen[36]. War wie üblich eine *expromissio nummorum* nach der Kaufabrede erfolgt, so hatte der Verkäufer zwei *actiones*, die sich beide auf Zahlung des Kaufpreises richteten, die *actio ex stipulatu* und die *actio ex vendito*, zwischen denen ihm die Wahl zustand[37]. Wenn Varro nur die *actio ex vendito* erwähnt, so tut er es deshalb, weil er unmittelbar vorher von der *actio ex empto* des Käufers auf Übergabe der Sache gesprochen hatte, und nun darauf hinweisen will, dass es sich bei der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises um ein *simile iudicium* handelt. An sich bot die *actio ex stipulatu*, da sie auf einer *obligatio verborum* beruhte, dem Verkäufer grössere prozessuale Vorteile; denn bei ihr spielte im Gegensatz zu den *iudicia bonae fidei* das *arbitrium* des Richters keine Rolle[38].

Stampe[39] hat die Ansicht vertreten, dass in altrömischer Zeit die *causa* Kauf als solche nicht ausgereicht habe, um die normalen Abwicklungen der Wertbewegung (Eigentumsverschaffung durch den Verkäufer, Übereignung des Geldes durch den Käufer) sowie die Reaktionswirkungen (z. B. gegen Rechts- und Sachmängel) hervorzurufen. Denn der ungelenke Formalismus habe damals für jede Station, um welche die Wertbewegung vorschreiten sollte, ein besonderes Geschäft verlangt. Zur Entstehung der normalen Leistungspflichten und der Reaktionswirkungen sei der Abschluss von Stipulationen (Beispiel: die *stipulatio duplae*) notwendig gewesen. Um dieses schwerfällige Verfahren zu vermeiden, seien die wichtigsten Umsatzgeschäfte wie zum Beispiel Kauf und Lokation

---

gegenüber der alten kein *novum* enthält: vgl. Daube, *ZSSt.* 66, S. 91 ff.; Arangio-Ruiz, *Società*, S. 176 f.; Beck, *Festgabe Simonius*, S. 18 A. 37; Kaser, *RPR.* I, S. 542. Siehe auch schon Bechmann, *Kauf* III 2, S. 71.

[35] Pringsheim, S. 339 ff. bezieht die *stipulatio* ohne Grund auf Gewährschaft und Mängel: Vgl. Meylan, *Festgabe Simonius*, S. 249 ff.

[36] Vgl. Pringsheim, S. 341; Schönbauer, S. 206.

[37] Vgl. Karlowa II, S. 717 f.; Haymann a.a.O. S. 53.

[38] Karlowa a.a.O.

[39] *ZHR.* 55, S. 390 ff.; *Arch. ziv. Prax.* 108, S. 54 ff.

allmählich zu Konsensualkontrakten umgebildet worden, was nichts anderes bedeute als die Ausstattung dieser *causae* mit Abwikkelungswirkungen.

Stampe geht von der Formlosigkeit des Kaufvertrages aus und ist der Meinung, dass die beiderseitigen Leistungspflichten dem formlosen Kontrakt ursprünglich nicht immanent waren, sondern eines neuen selbständigen Geschäfts bedurften. Für die Vertreter der Stipulationstheorie in ihrer herrschenden Richtung dagegen besteht der Kauf in der Summe von je zwei einander gegenüberstehenden Stipulationen und ist später diese Form allmählich abgestreift worden. Für Stampe handelt es sich nicht nur um die Abstreifung der Stipulationsform, sondern in erster Linie darum, dass der Kaufvertrag ursprünglich bloss eine *causa* für den Abschluss der Stipulationen ist, der nicht erzwingbar war, während er später die *actio empti* und *venditi* aus sich selbst heraus erzeugt.

Indessen ist dieses Bild von der Entwicklung des Kaufes nicht ganz zutreffend. Nicht nur der formelle Kauf (*mancipatio*), sondern auch der formlose waren anfangs Bargeschäfte, bei denen der Abschluss und der Vollzug der beiderseitigen Leistungen zusammenfielen[40]. Der nächste Schritt der Loslösung des formlosen Barkaufs von diesem System bestand wohl darin, dass man die Zahlung des Kaufpreises stundete, sie gleichzeitig aber durch Bürgen sicherstellte[41]. Die *satisdatio* durch Bürgen setzte eine Stipulation des Hauptschuldners voraus[42]. Die *prisca formula* Varros zeigt, dass die Praxis zäh an der *stipulatio nummorum* festhielt, auch als eine *satisdatio* nicht mehr regelmässig erfolgte. Dagegen findet sich keine Spur einer alten Stipulation, die den Verkäufer zur Besitzübertragung verpflichtete. Die Leistung der Kaufsache konnte im Gegensatz zur Zahlung des Kaufpreises zunächst nicht in die Zukunft verschoben und durch *satisdatio* sichergestellt werden. Vielmehr war sie ein notwendiges Merkmal des Kaufvertrages[43]. Allmählich aber kam man zu dem Ergebnis, dass schon die formlose Kausalabrede die normalen Abwickelungswirkungen erzeugt, die dann prozessual durch das *bonae fidei iudicium* geltend gemacht werden. Des Abschlusses einer Stipulation in Hinsicht auf die Lei-

[40] Vgl. statt aller Kaser, *RPR.* I, S. 455 f.
[41] Pernice, *Labeo* I, S. 458; Kaser, S. 456.
[42] Vgl. oben S. 308.
[43] Vgl. Pernice a.a.O. S. 460 f.

stung des Käufers bedurfte es nach wie vor dann, wenn die Stellung von Bürgen erfolgte[44].

Bei der formlosen Veräusserung von *res mancipi* erwuchs die Reaktionswirkung gegen Rechtsmängel nicht schon aus der Kaufabrede selbst, sondern musste durch ein besonderes Geschäft geschaffen werden[45], die *stipulatio duplae*, deren Wirkungen denen der *actio auctoritatis* nachgebildet waren[46], und die erst später durch ein formloses *pactum in continenti adiectum* ersetzt werden konnte. Aber die *actio emptio* gewann schrittweise Garantiefunktion. In klassischer Zeit vermochte der Käufer mit der *actio empti* kraft der *bona fides* den Abschluss der Stipulation zu erzwingen, wenn sie unterblieben war. Alter römischer Sitte entsprach die *dupla* und die *bona fides* gebot, diesen Brauch zu beachten[47]. Abweichende Vereinbarungen von der regelmässigen *dupla* nach oben (*tripla*, *quadrupla*) wie nach unten (*simpla*) waren allerdings zulässig[48]. Enthielt die Eviktionsabrede keine bestimmte Summe, so konnte der Käufer nur das *simplum* verlangen[49]. Einen Schritt weiter ging Julian: er liess in allen Eviktionsfällen die *actio empti* auf das Interesse des Käufers am Unterbleiben der Eviktion zu[50].

## 2. Das Deduktionsrecht

Aus den zahlreichen Deduktionsbefugnissen, die sich der Gutsherr ausbedingt[51], zieht Bekker[52] einen eigentümlichen Schluss: Weil das *deduci* so häufig und nichts anderes als das *deduci* erwähnt werde, müsse man annehmen, der Dominus habe nur dies Recht und kein weiteres gegen den Unternehmer gehabt. Eine Klage des Gutsherrn wider ihn sei unbekannt gewesen, mithin sei auch keine Stipulation vorausgegangen. Andererseits habe der Unternehmer gegen den Dominus klagen können, wofür schon das wiederholte '*debebitur*' spreche. Wahrscheinlich sei, dass der Gutsherr sich

[44] Vgl. oben S. 308, 349.

[45] Rabel, *Haftung des Verkäufers* I, S. 64.

[46] Vgl. oben S. 253.

[47] Bechmann, *Kauf* III 2, S. 64; siehe oben S. 253.

[48] Kaser a.a.O. S. 463 A. 59 mit Quellenstellen.

[49] Iavolenus D. 21, 2, 60. Dazu Bechmann a.a.O. S. 71 f.

[50] Kaser, *RPR.* I, S. 464. — Zur *stipulatio habere licere* vgl. ebendort S. 463 mit Lit. A. 61.

[51] Dazu unten S. 375 f.

[52] *ZRG.* 3, S. 442 f.

durch förmliche *promissio* zur Zahlung verpflichtete. Wenn Cato darüber nichts sage, so erkläre sich dies aus seiner Tendenz, nur dem kontrahierenden Landmann mit gutem Rat zu helfen. Demgegenüber hat Bechmann[53] mit Recht hervorgehoben, dass, wenn die Klagbarkeit einer Verbindlichkeit des Dominus auf Stipulation beruhe, es ihm doch nicht verwehrt gewesen sei, sich ebenso stipulieren zu lassen. Ausserdem konnte ein Gegenanspruch des Dominus keineswegs nur in Gestalt eines Abzugs geltend gemacht werden. Neben der Deduktion wird in c. 144, cl. 7[54] eine Zahlungspflicht des Unternehmers festgesetzt. Aber auch sonst finden wir solche Pflichten des Vertragspartners des Gutsherrn (c. 146, cl. 6 und 7; c. 148, cl. 6; c. 149, cl. 5; c. 150, cl. 7). Das *resolvito* (*resolvat*) ist ein Beweis für die Klage des Gutsherrn, die auf den formlosen Vertrag und die ihn ergänzenden Leges zurückgeführt werden muss[55]. An der rechtlichen Erzwingbarkeit des *resolvere* kann kein Zweifel obwalten. Was nun das angebliche förmliche Zahlungsversprechen des Gutsherrn anlangt, so ist die Berufung Bekkers auf die Tendenz des Catonischen Werkes ein viel zu vages Argument, als dass es überzeugend wirken könnte[56]. Die dominierende Stellung des Gutsherrn als Lokator und Verkäufer[57] brachte es mit sich, dass er in der *lex dicta* seine Verpflichtungen lediglich im Futurum aussprach (c. 144, cl. 14; c. 145, cl. 11; c. 147, cl. 3; c. 148, cl. 2, 3, 7 und 8; c. 149, cl. 6), während er die Verpflichtungen seines künftigen Vertragspartners entweder im Imperativ oder im befehlenden Konjunktiv aufführte (c. 144, cl. 2, 3, 5—9, 11, 12; c. 145, cl. 2, 3—6, 8, 10; c. 146, cl. 3—7; c. 147, cl. 2; c. 148, cl. 4—6; c. 149, cl. 2, 5; c. 150, cl. 3, 4—6).

Bekker[58] gibt selbst zu, dass seiner These die Klausel 5 des c. 144 widerspricht; denn Bürgen könnten nur für Leistungen, die man zu machen, nicht für Abzüge, die man zu leiden habe, gestellt werden. Er sieht ohne jede Spur von Beweis in dieser Klausel einen der nachcatonischen Zusätze, hineingeflickt zu einer Zeit, wo man sich dem Unternehmer gegenüber nicht mehr mit Abzügen

[53] *Kauf* I, S. 537.
[54] Vgl. unten S. 379 f.
[55] Vgl. Karlowa, *Röm. Zivilprozess*, S. 137.
[56] Kaden a.a.O. S. 17. Vgl. auch oben S. 254.
[57] Dazu oben S. 245 f.
[58] A.a.O. S. 443.

begnügen wollte, sondern gegebenenfalls auch aus seinem Vermögen Entschädigung begehrte. Aus dem gleichen Grunde müsste Bekker auch die Klausel 5 des c. 146 aus dem ursprünglichen Catonischen Formular streichen.

Die Abzüge tragen verschiedenen Charakter[59]. Es sind

a) Abzüge auf Grund einer Verwirkungsklausel wegen verfrühten Erntebeginns und wegen verweigerter Eidesleistung (c. 144, cl. 3, 4, 13; c. 145, cl. 7). Hier verspricht der Schuldner keine Geldleistung, sondern er unterwirft sich einem Rechtsverlust, der im Abzug des Verdienstes besteht.

b) Abzüge einer Konventionalstrafe wegen Aneignung von Holz, Oliven und Öl (c. 144, cl. 9; c. 145, cl. 6). Ihr Zweck bestand in erster Linie darin, den Erfüllungszwang zu verstärken. Zugleich aber diente sie dazu, den Ersatz für entstandenen Schaden in Höhe eines im voraus festgesetzten Betrages zu sichern. Die Forderung auf Ersatz des wirklich entstandenen Schadens war dadurch wohl nicht ausgeschlossen[60].

c) Abzüge von Schadensersatzforderungen, die sich aus vertragswidrigem Verhalten des Unternehmers oder Käufers ergeben. Zum Beispiel die Leitern werden nicht unversehrt zurückgegeben oder dem Gutsherrn sonstige Schäden vom Unternehmer der Olivenlese zugefügt (c. 144, cl. 6 und 7; c. 145, cl. 9). Die Höhe des Schadens steht nicht von Anfang an ziffernmässig fest, sondern ist erst durch ein *arbitrium boni viri* zu ermitteln.

d) Abzüge von sonstigen Forderungen. Hier handelt es sich um Ersatz des vom Gutsherrn verauslagten Arbeitslohnes (c. 145, cl. 5; c. 146, cl. 7).

Natürlich darf der Dominus nicht beliebige Abzüge machen, sondern nur solche, die in den Leges vorgesehen sind. Anderen Deduktionen gegenüber würde der Vertragsgegner seine Forderung gerichtlich durchsetzen können[61].

Übrigens zeigt auch die Festsetzung der Deduktionen des Gutsherrn, dass gegen ihn durch den Abschluss der *locatio conductio* oder der *emptio venditio* klagbare Forderungen begründet wurden. Andernfalls wäre sie ja überflüssig gewesen[62].

[59] Bechmann a.a.O. S. 538.
[60] F. Leonhard, *Die Aufrechnung*, S. 20 f.
[61] Bechmann a.a.O. S. 453 A.1.
[62] Karlowa a.a.O. S. 136.

### 3. Die Entstehung der *bonae fidei iudicia*

Waren nun auch schon zu Catos Zeit die Konsensualkontrakte Kauf und Miete klagbar, so ist damit noch nicht die Frage bejaht, ob die Ansprüche aus ihnen bereits damals im Wege des *bonae fidei iudicium* geltend gemacht werden konnten[63]. Bekker[64] hat behauptet, dass die vorsichtige und ausführliche Fassung der einzelnen Leges sich mit der Natur der *bonae fidei iudicia* kaum vereinigen lasse. Dieselbe Ansicht vertritt mit noch grösserer Entschiedenheit Girard[65]. Jedoch ist, wie sich zeigen wird, die eingehende Formulierung der einzelnen Abreden für sich allein kein durchschlagendes Argument. Zunächst muss jedenfalls geklärt werden, welche Folgerungen sich daraus ergeben, dass in den Leges so scharfe Grenzen zwischen dem *arbitrium domini* (c. 144, cl. 2, 5; c. 145, cl. 2; c. 146, cl. 5) und dem *viri boni arbitrium* (c. 144, cl. 6, 7; c. 145, cl. 9; c. 148, cl 3; c. 149, cl. 5, 6) gezogen werden. So heisst es zum Beispiel in den älteren *Manlius*-Leges (c. 144, cl. 6):

[63] Zur Entstehung dieser *iudicia* vgl. von Lübtow, *Das römische Volk, sein Staat und sein Recht* (1955), S. 548 ff. Die dort vertretene Auffassung wird hier auf Grund des Studiums der Catonischen Formulare berichtigt. Vgl. neuestens Kaser, *RPR*. I, S. 181 f., 406 ff., 422 ff. Die einzige Stelle, wo das Wortpaar *fides bona* bei Cato vorkommt, ist c. 14, 3:

> *huic operi* (für den im Vorstehenden beschriebenen Bau) *pretium ab domino bono, qui bene praebeat quae opus sunt et nummos fide bona solvat, in tegulas singulas II S.*

Für den ehrenhaften Gutsherrn, der ordnungsgemäss alles Notwendige liefert und das Geld ehrlich zahlt, stellt sich der Preis auf zwei Sesterzen für jeden Ziegel. Es handelt sich um den Preis für eine den Neubau einer *villa* betreffende *operis locatio*. Cato gibt hier eine Wirtschaftsregel, aber nicht das Formular einer *lex locationis*. Mit der späteren *bonae fidei locatio* haben die Worte *qui bona fide solvat* nichts zu schaffen (Bechmann, *Kauf* I, S. 618; Pernice, *Labeo* II 1[2], S. 159 A. 1 gegen H. Krüger, *ZSSt*. 11, S. 184). Die *virtus* des *dominus bonus* als eines Ehrenmannes (*vir bonus*) wird durch *bene* und *bona fides* noch unterstrichen. Er soll die Geldstücke „ehrlich" zahlen, d.h. gute Münzen geben. Denn es befand sich, wie Thielscher betont, genügend falsches und minderwertiges Geld im Umlauf.

[64] A.a.O. S. 437, 442.

[65] *Manuel*[8], S. 571 A. 4. Ebenso Ferrini, *Opere* III, S. 63. Allerdings lässt er dann diesen entscheidenden Gesichtspunkt bei der Analyse des Celsus-Fragments D. 19, 1, 38, 1 unberücksichtigt (vgl. unten S. 419 mit A. 237).

*Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt. si non erunt ⟨redditae, aequom viri boni⟩ arbitratu deducetur*[66].

[66] Der Satz '*si non erunt reddet eaeque arbitratu deducetur*' ist verderbt und unvollständig. Usener, *Rhein. Mus.* 19, S. 142, und Bekker a.a.O. S. 424, 427 verbessern: *si non erunt, reddet aequas aut ⟨viri boni⟩ arbitratu deducetur.* Die Worte *viri boni* werden auch von anderen Autoren eingefügt. Sonst aber ist die Textherstellung verschieden:

*si non reddet aequom ⟨solvito, id viri boni⟩ arbitratu deducetur*:

Keil unter Anlehnung an c. 146, cl. 6.

*si non erunt ⟨redditae, aequom viri boni⟩ arbitratu deducetur*:

Hauler, Bruns-Mommsen-Gradenwitz, Albertario, *Studi* IX, S. 276.

Thielscher ändert und versteht:

'*si non erunt (sc. vetustate fractae), reddet, eaeque ⟨viri boni⟩ arbitratu deduce⟨n⟩tur*'.

„Wenn sie nicht (vor Alter zerbrochen) sind, soll er sie ersetzen, und zwar werden sie nach dem Ermessen eines Ehrenmannes abgezogen werden".

Dagegen bestehen folgende Bedenken:

a) „Er soll sie ersetzen", müsste *reddat* oder *reddito* heissen. In den Formularen erscheinen die Zusagen des Gutsherrn und die Bestimmungen seines Kompensationsrechts stets im Futurum, die dem künftigen Vertragsgegner auferlegten Leistungen dagegen stets im Imperativ oder im befehlenden Konjunktiv (vgl. oben S. 244, 255, 257, 375). Ausserdem kann sich das *erunt* des zweiten Satzes ohne Künsteleien doch nur auf den ersten Hauptsatz beziehen; deshalb ist hinter *erunt* ein *redditae* zu ergänzen: 1. Rückgabe der nicht vor Alter zerbrochenen Leitern. 2. Wertersatz, wenn Leitern, ohne altersschwach zu sein, nicht so, wie sie hingegeben sind (nämlich heil), zurückgegeben werden, d.h. wenn sie vom Unternehmer oder seinen Leuten beschädigt worden sind: *si non erunt redditae* (sc. *ita uti datae erunt*): Usener a.a.O. S. 142.

b) Das *eaeque .... deduce⟨n⟩tur* = „und zwar sollen sie abgezogen werden" passt nicht. Die Ausübung des Abzugsrechts (*deductio*), statt Erstattung des Wertes zu verlangen (*reddere* = *solvere*), ist ein Mittel, die Obligation aufzuheben. Als wahre Erfüllung (*reddere*) kann man die Aufrechnung jedoch nicht ansehen (Siber, *Kompensation*, S. 18 ff.; F. Leonhard, *Die Aufrechnung*, S. 112). Deshalb hätte gesagt sein müssen: *aut eae.* Hinzukommt, dass *arbitratu* schon vor *reddet* gehört und im überlieferten Text *deducetur* steht.

c) Der überlieferte Text ist vielleicht folgendermassen entstanden: Der Schreiber las *reddet-* statt des undeutlich geschriebenen *reddit-*. Das *ae* war hiervon getrennt. Der Schreiber zog es irrigerweise zu *aequ-* und verbesserte es gleichzeitig in *eaequ-*. Er las *aeque* statt *aequo* und hielt den Strich über dem vermeintlichen *aeque* für falsch. So schrieb er *reddet eaeque*. Er übersah dabei, dass es nun *reddat* heissen und statt des Singulars der Plural *dedu-*

Die jüngeren Leges machen den Redemptor nicht nur für zerbrochene Leitern, sondern für allen Schaden verantwortlich (cl. 7):

> *Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito id viri boni arbitratu ⟨aut⟩*[67] *deducetur.*

*Viri boni arbitratu* ist gleich *viro bono arbitro.* Im Streitfall soll ein *vir bonus* als *arbiter* die Höhe des zu leistenden Schadensersatzes feststellen. Dem Gutsherrn steht ein doppelter Weg zu seiner Befriedigung offen: entweder zahlt der Redemptor die Schadenssumme oder sie wird ihm von seinem Werklohn abgezogen.

### a) Der Abzug von Gegenforderungen im Legisaktionenprozess und im *bonae fidei iudicium*

Auf das *deducetur* folgt teils der Zusatz '*neque debebitur*' oder '*tanto minus debebitur*' (c. 144, cl. 8 und 9; c. 145, cl. 6 und 7), teils fehlt er (c. 144, cl. 6 und 7; c. 145, cl. 5 und 9). Bekker[68] meint, die Worte seien in diesem Fall als „selbstverständlich" weggelassen worden. Seine Deutung befriedigt aber nicht. Es erscheint doch schwerlich glaubhaft, dass der Verfasser der Leges den Zusatz nach Belieben ausliess oder hinzufügte. Vielmehr lässt sich das Fehlen des '*neque debebitur*' allein als Abschreiberversehen erklären. Die Abzugsbefugnis (*deducere*) verstand sich nach Zivilrecht keineswegs von selbst, sondern musste ausdrücklich bestimmt werden. Ebensowenig führte die blosse Deduktion

---

*centur* gesetzt werden musste. Auch vergass er das Sigle *u b* vor *arbitratu* und unterliess es, das Wort *arbitratu* schon vor *reddet* zu stellen.

Solche fehlerhaften Textgestaltungen finden sich auch sonst. Vgl. c. 149, cl. 5: *boniuare soluat = boni u(iri) a(rbitratu) resoluat* (Keil-Goetz).

d) Cl. 6 des c. 146 ist doch offenbar der cl. 6 des c. 144 nachgebildet. Beide eng verwandten Klauseln sind zum Zweck ihrer gegenseitigen Ergänzung miteinander zu vergleichen:

α) *si non erunt redditae, aequom viri boni arbitratu deducetur.*

β) *si non reddet, aequom viri boni arbitratu solvito.*

Zu β) Abkürzungen und Siglen wurden in den Cato-Handschriften häufiger verwandt. Infolgedessen konnten leicht Irrtümer, Schreibfehler und Auslassungen vorkommen. Wenn in einer Handschrift hinter *aequom* stand: *uba* (Prob. 5, 4), ist es sehr wohl möglich, dass ein Abschreiber dieses Sigle nicht verstand und es deshalb einfach wegliess.

[67] Bruns-Gradenwitz, S. 47 A. 7. Bekker, S. 424, 427 setzt *aut* statt *id.*

[68] A.a.O. S. 437. Ihm zustimmend F. Leonhard a.a.O. S. 21.

dazu, dass das gegenseitige *deberi* als *ipso iure* getilgt erachtet wurde. Vielmehr war auch die materiellrechtliche Folge des *deducere*, das *minus deberi*, in der Lex ausdrücklich hervorzuheben. Sonst durfte sie der Richter nicht beachten[69]. Der Legisaktionenprozess liess dem Beklagten nur die Wahl, die Behauptung des Klägers, er schulde ihm 10000 (*decem milia dare oportere*), zu bejahen oder zu verneinen[70]. Seine Verteidigung hatte also in Form der Negation zu geschehen. Bei der *deductio* des Gutsherrn wirkte sich dieses Negationssystem, das mit der *intentio certa* der Klagformel zusammenhing, folgendermassen aus[71]: Der beklagte Gutsherr negierte *in iure* einfach die Existenz der Klagforderung des Unternehmers (*nego me tibi decem milia dare oportere*). Er begründete seine Negation demnächst *apud iudicem* unter Hinweis auf die Lex damit, dass er den vom Arbiter festgestellten Betrag seiner Gegenforderung aussergerichtlich aufgerechnet habe und in dieser Höhe seine Schuld getilgt sei (*se non debere*). Einen Zusatz zu den solennen Parteisprüchen, der es dem Richter erlaubte, selbst die Gegenforderung zu verrechnen und die Verteidigung des Beklagten auch gegen eine an sich richtige Intentio zu sichern, kannte der Legisaktionenprozess nicht. Deshalb wurde der Sache die Wendung gegeben, dass sich *deductione facta* die Schuld des Gutsherrn um den Betrag seiner Gegenforderung vermindere. Die Kompensation beider Forderungen vollzog sich also vor und ausserhalb des Prozesses. Den Streitgegenstand bildete daher einzig und allein der schon vorher um die Gegenforderung verringerte Werklohnanspruch des Unternehmers[72]. Stellte sich vor dem Richter heraus, dass der Gläubiger einen höheren Betrag gefordert hatte, als die aussergerichtliche Deduktion des Schuldners für ihn ergab, so trafen ihn die Folgen der *pluris petitio*, d.h. er verlor den ganzen Prozess[73]. Die Aufrechnung vollzieht sich durch die einseitige Erklärung, das Aufgerechnete wurde von der Forderung des Unternehmers abgezogen, so dass er von vornherein um so

[69] Vgl. Bekker a.a.O. S. 438; F. Leonhard a.a.O. S. 21 f.

[70] Gai. IV, 17[a], 17[b]. Vgl. Ihering, *Geist* III 1, S. 57 ff.; Karlowa, *Röm. Zivilprozess*, S. 346; F. Leonhard S. 22. Die Rekonstruktion der in ihrem Wortlaut nicht überlieferten *legis actio sacramento in personam* bei Wenger, *Inst.*, S. 120, dürfte zutreffend sein.

[71] Vgl. Ihering a.a.O. S. 65.

[72] Vgl. Ihering a.a.O. S. 69.

[73] Vgl. Bekker, S. 437, 438; F. Leonhard, S. 22.

viel weniger verlangen darf und nur der Überschuss *in iudicio* ist. Wenn nichts gezahlt zu werden braucht, weil ein Arbeiter zu früh mit der Olivenernte begonnen (c. 144, cl. 3) oder den ihm auferlegten Eid verweigert hat (c. 144, cl. 4), wird zu der Verneinung der Zahlungspflicht stets hinzugefügt, dass keine Schuld besteht (*nemo dabit neque debebitur*). Dasselbe gilt im Fall der Eidesverweigerung durch den Unternehmer oder seine Gesellschafter (c. 144, cl. 13).

Mit der Bestimmung des Deduktionsrechts war die Kompensation natürlich noch nicht vollzogen. Denn die beiden Forderungen bestanden ja noch nicht. Der Abzug soll erst in Zukunft durch eine Erklärung des Gutsherrn, unabhängig vom Willen des Vertragsgegners, erfolgen. Es liegt also kein Kompensationsvertrag[74], sondern eine *lex de compensando* vor[75]. Das *deducere viri boni arbitratu* gehört zwar dem materiellen Recht an, verfolgt aber einen prozessualen Zweck. Es erschien dem Verfasser der Leges billig, dem Gutsherrn ein Abzugsrecht wegen des vom Redemptor oder seinen Leuten angerichteten Schadens einzuräumen. Darin lag eine Begünstigung des Dominus[76]; denn ohne die Bestimmung des Deduktionsrechts konnte er seinen Gegenanspruch nur im Wege der Klage, und zwar durch *legis actio per arbitri postulationen*[77], geltend machen[77a]. Die Möglichkeit des *deducere* sicherte den Gutsherrn gegen die Gefahr, den Werklohn begleichen zu müssen, ohne auf die eigene Forderung etwas zu erhalten. Der Verfasser der Leges denkt noch nicht daran, auch für die Ermittlung der Höhe des selbständigen Zahlungsanspruchs des Gutsherrn den aussergerichtlichen *viri boni arbitratus* einzuführen. Sein ganzes Augenmerk richtete sich vielmehr darauf, ein Mittel zu finden, mit dessen Hilfe sich der Abzug juristisch-technisch vollziehen liess. Dieses Mittel entdeckte er, angeregt durch die Institution des Arbiters in der *legis actio per arbitri postulationem*, in dem *boni viri arbitratus*. Das *deducere viri boni arbitratu* verfolgte den Zweck, dem beklagten Gutsherrn dem Zah-

[74] Dazu Siber, *RR.* II, S. 273; Solazzi, *Compensazione*, S. 227 ff.
[75] F. Leonhard, S. 21.
[76] Bechmann, *Kauf* I, S. 537.
[77] Vgl. dazu unten S. 406 ff.
[77a] Die geschilderten Zusammenhänge sind Karlowa II, S. 680, verborgen geblieben.

lungsbegehren des klagenden Unternehmers gegenüber eine Berufung auf seine Gegenforderung in Form der Negation zu ermöglichen. Ein ohne *viri boni arbitratus* erfolgtes *deducere* konnte vom Judex im Prozess nicht berücksichtigt werden. Die Klagformel des Systems der *intentio certa* bot im Gegensatz zum System der *intentio incerta* bei den *bonae fidei iudicia* dafür keine Handhabe. Dem Richter war nur aufgegeben, darüber zu entscheiden, ob eine genau bezifferte Geldsumme geschuldet wurde, er konnte indessen nicht gleichzeitig als *arbiter* fungieren. Eines solchen bedurfte es aber, um die Höhe des Schadens festzustellen und so die Ausübung des Abzugsrechts zu ermöglichen. Deshalb sollte und musste eben stets ein aussergerichtlicher Schiedsgutachter bestellt werden, dessen Aufgabe es war, die Höhe des vor dem Prozess entstandenen Schadens zu ermitteln.

Der Einwand des Beklagten, er habe eine Gegenforderung abgezogen, hält sich innerhalb der Grenzen der Negation, und es bedarf keines besonderen Vermerks in der Klageformel, um den Anspruch des Klägers *ipso iure* auszuschliessen. Ohne diese Regelung hätte der Beklagte den Einwand gegenüber einer sogenannten *actio stricti iuris*, wenn überhaupt, so nur in Gestalt der *exceptio* vorschützen können, die es aber im Legisaktionenprozess nicht gab (Gai. IV, 108), und im *bonae fidei iudicium* war nicht einmal die Einfügung einer *exceptio* notwendig. Deshalb schuf die alte Jurisprudenz mit der Klausel '*deducetur neque debebitur*', also auf materiellrechtlicher Basis, das Mittel, um einen prozessualen Zweck zu erreichen: Dem Beklagten sollte auf diese Weise die Berufung auf seinen Gegenanspruch ermöglicht werden. Wenn es damals schon den Formularprozess und die *bonae fidei iudicia* gegeben hätte, würde die Jurisprudenz, wie die spätere Entwicklung zeigt, eine ganz andere prozessuale Verteidigungsform gefunden haben. Unter der Herrschaft des Formularprozesses führte nämlich die Kompensation nicht mehr zum zivilrechtlichen Untergang der aufgerechneten Forderungsbeträge, zum materiellen *tanto minus debere*[78]. Sie trug jetzt vielmehr einen rein

[78] Auf die Sonderform des *agere cum compensatione* des Bankiers und des *agere cum deductione* des Erwerbers einer Konkursmasse (*bonorum emptor*) braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Vgl. dazu Gai. IV, 64 ff. und Solazzi, *Compensazioue* (1950), 31 ff., 65 ff. Die Klage des Bankiers auf den Saldo aus laufender Rechnung hat noch am meisten Ähnlichkeit mit der Denkform der catonischen Kompensation. Der Argentarius muss die Aufrechnung ausserge-

prozessualen Charakter[79]. Der Weg des materiellen Rechts war nicht mehr notwendig; denn die Wettschlagung des Gegenanspruches konnte nunmehr im Verfahren über die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung erfolgen. So löst sich das Rätsel, weshalb sowohl die Institutionen des Gaius (IV, 61 ff.) als auch noch die Justinians (4, 6, 30) die Kompensation nicht als Schuldtilgungsgrund aufführen, sondern lediglich im Zusammenhang des Prozessrechts behandeln[80].

Die Intentio der *bonae fidei iudicia* ist stets eine *incerta*, auch wenn der Kläger *certam pecuniam* oder *certam rem* verlangt[81]. Denn sie lautete stets auf *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Hier handelte es sich um Ansprüche auf Leistungen für Gegenleistungen oder auch auf Leistungen, die mit der Leistung des Klägers im engsten Zusammenhang standen. Es wäre daher unbillig gewesen, den Beklagten mit seinen Gegenansprüchen aus demselben Geschäft auch dann auf den Weg einer besonderen Klage zu verweisen, wenn sie ohne zeitraubende Ermittelungen festgestellt werden konnten. Der Richter durfte demgemäss kraft der ihm eingeräumten Ermessensfreiheit Gegenforderungen aus demselben Schuldverhältnis (*ex eadem causa*) auf die Forderung auch dann verrechnen, wenn der einen oder der anderen Partei ein Kompensationsrecht nicht vertraglich eingeräumt war[82]. Gaius III, 137 weist auf diese Aufgabe des Richters mit den Worten hin:

> *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, ....*[83].

Der Richter war aber nicht zur Verrechnung verpflichtet (Gai. IV, 63). Er konnte beispielsweise davon absehen, wenn die Ge-

---

richtlich vornehmen. Schon die Intentio darf wie die Werklohnklage des catonischen Unternehmers nur auf den Überschuss lauten; nur er ist Streitgegenstand (Gai. IV, 64). Diese Kompensation hat also ebenfalls schuldtilgende Wirkung. Ergibt die Verhandlung vor dem Richter, dass der Bankier mehr eingeklagt hat, als ihm nach der Kompensation zusteht, so verliert er wegen *pluris petitio* den ganzen Prozess.

[79] Vgl. Pernice, *Labeo* II 1², S. 275 ff.

[80] Vgl. Kunkel, *RPR.*, S. 201, 202 A. 4; Weiss, *Inst.*², S. 439 ff.; Kaser, *RPR.* I, S. 539 mit Lit. A. 1.

[81] Czyhlarz-San Nicolò, *Inst.* (1933) S. 187, 455; Düll, *Gütegedanke*, S. 21. Vgl. unten S. 406 ff.

[82] Gai. IV, 61 ff.

[83] Kreller, *RRg.*², S. 160; Wieacker, *ZSSt.* 69, S. 322, 329; F. Schwarz. *ZSSt.* 71, S. 203 A. 337. Abweichend Kaser, *RPR.* I, S. 539 A. 6. Vgl. unten S. 411.

genforderung längerer Ermittelungen bedurfte und dadurch die Entscheidung über den Klageanspruch unbillig verzögert wurde[84]. Unter dieser Voraussetzung stand also unter der Herrschaft des Systems der *intentio incerta* der Ermittelung und Feststellung eines Schadens, den der Gutsherr durch den Unternehmer erlitten hatte, kein prozessuales Hindernis mehr im Wege. Der Abzug durch den Richter hatte jedoch keine schuldtilgende Wirkung, sondern war ein blosser Rechnungsvorgang. Wurde die Gegenforderung in einem neuen Prozess eingeklagt, so half man mit einer *exceptio pecuniae pensatae* oder einer *exceptio doli* (Ulp. D. 22, 3, 19, 3)[85]. Die Verrechnung führte dazu, dass der Richter auf die Differenz verurteilte. Nicht etwa durfte er die Klage wegen *pluris petitio* abweisen. Die Elastizität der *intentio incerta* schützte den Kläger vor der Pluspetitionsgefahr.

Nach dem Bericht Justinians (*Inst.* 4, 6, 30) soll die allgemeine Kompensation auf dem Gebiet der strengrechtlichen Klagen erst auf Grund eines Reskripts des Kaisers Mark Aurel eingeführt worden sein[86]:

> *in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur*[87].

[84] Karlowa II, S. 823; Kunkel, *RPR.*, S. 202 A. 7; Kaser, *RPR.* I, S. 539.

[85] Siber, *RR.* II, S. 274. Vgl. dazu auch Solazzi a.a.O. S. 41 f.

[86] Das Imperfektum deutet nach Pernice a.a.O. S. 307, F. Leonhard a.a.O. S. 68 und Kretschmar, *Entwicklung der Kompensation*, S. 3 A. 4, das Allmähliche dieses Vorganges an. So auch Kreller, *Iura* 2, S. 222. Der Verfasser hat aber diese Zeitform gewählt, um zu schildern, was in einem Zeitpunkt der Vergangenheit geschah. Das Perfektum hätte auf den aus der abgeschlossenen Handlung hervorgehenden und jetzt noch bestehenden Zustand hingewiesen. Das Reskript galt jedoch zur Zeit der Abfassung der Institutionen nicht mehr.

[87] Im klassischen Prozessrecht sah die Sache folgendermassen aus: Wenn der Beklagte eine aufrechenbare Gegenforderung hatte, forderte er den Kläger *in iure* auf, mit ihm einen Kompensationsvertrag abzuschliessen. Weigerte sich der Kläger, auf den Vorschlag einzugehen, dann opponierte der Beklagte ihm die *exceptio doli*. Sie wurde der Klagformel eingefügt, wenn der Prätor es nach den Umständen des Falles für angemessen erachtete. Der Kläger lief dann Gefahr, ganz abgewiesen zu werden, wenn der Richter sein *in iure* an den Tag gelegtes Verhalten für dolos hielt. Durch die drohende Aufnahme der *exceptio doli* in die Formel wurde der Kläger also mittelbar zur Kompensation genötigt.

Die *exceptio doli* hat nicht die Kraft, die *stricti iuris iudicia* den *bonae fidei iudicia* so weit anzunähern, dass der Richter die eingeklagte Summe um die Gegenforderung kürzen darf.

Aber auch im *bonae fidei iudicium* muss der Beklagte seine Forderung *compen-*

Drei Umstände standen der gerichtlichen Kompensation entgegen. Einmal sollten die *stricta iudicia* einen schneidigen schnellen Rechtsschutz des Klägers gewährleisten. Es bestand die Gefahr, dass dieses Ziel durch exzeptionsweises Vorbringen eines Gegenanspruches vereitelt oder beeinträchtigt wurde, der erst nachgeprüft werden musste. Man hielt die Interessen des Beklagten dadurch für hinreichend gewahrt, dass er jederzeit durch eigene Klage ein Urteil gegen den Kläger erzielen konnte. Zum andern war hier — anders als bei den *bonae fidei iudicia* — ein Vorbringen von Gegenforderungen *ex eadem causa* begrifflich nicht denkbar[88]. Drittens konnte bei den *bonae fidei iudicia* eine Verrechnung auch ohne voraufgegangenes *pactum de compensando* erfolgen. Die *iudicia stricta* dagegen enthielten keine *ex fide bona*-Klausel, die es gestattete, eine Kompensation auch dann zu berücksichtigen, wenn das Recht dazu nicht vertragsmässig eingeräumt war. Erst das Eingreifen der kaiserlichen Autorität hat die Einfügung der *exceptio doli* für zulässig erklärt. Wahrscheinlich ist es auf die Anfrage eines Prätors ergangen[89] und galt seitdem als ein für andere gleichliegende Einzelfälle bindendes Präjudiz (*exemplum*)[90]. Aufgabe des Richters war es zu untersuchen, ob der Kläger *in iure* dolos die Aufrechnung verweigert hatte. Das *fiat* der *exceptio* bezog sich nur auf den Zeitpunkt der *litis contestatio*. Gaius konnte das Reskript noch nicht anführen; denn als er seine Institutionen schrieb (160—161), war Mark Aurel eben erst zur Regierung gelangt[91]. Es erhebt sich die vielumstrittene Frage, ob die Einfügung der *exceptio doli* in die Formel mit *intentio certa*[92] den Richter stets zwang, den Beklagten freizusprechen, auch wenn die

---

*sando* entgegensetzen. Die Berufung darauf ist jedoch nicht an die prozessuale Form der *exceptio* gebunden. Die Forderung kann vielmehr ohne weiteres kraft des richterlichen Offiziums berücksichtigt werden und zu einer Teilabweisung des Klägers führen (Pernice a.a.O. S. 267, 275).

[88] Stampe, *Kompensationsverfahren*, S. 39; F. Leonhard a.a.O. S. 75; abweichend R. Leonhard, *RE.* s.v. *Compensatio*, Sp. 787.

[89] F. Leonhard, S. 75.

[90] Karlowa I, S. 650; von Schwind, *Zur Frage der Publikation*, S. 139 ff.; von Lübtow, *Das römische Volk, sein Staat und sein Recht*, S. 464 f. Eine ausführliche Erörterung der einzelnen Probleme bei Solazzi a.a.O. S. 97 ff.

[91] Weiss a.a.O. S. 440.

[92] Die *formula incerta* dagegen ermöglichte es dem Richter, auf soviel zu erkennen, als ohne *dolus* verlangt werden konnte (Gai. IV, 54, Siber, *Kompensation*, S. 12, und Kretschmar a.a.O. S. 27).

festgestellte Gegenforderung geringer war als der Klaganspruch, ob die *exceptio doli* urteilsmindernd wirkte oder ob die Bereitschaft des Klägers zur Kompensation noch *apud iudicem* berücksichtigt werden durfte und eine Minderverurteilung zuliess[93]. Die *exceptio doli* konnte nur zur Kondemnation oder Absolution, nicht aber zur Minderung des Urteils führen[94]. Eine urteilsmindernde Kraft der *exceptio doli* widerspricht der logischen Struktur der Formel, in die eine *exceptio* inseriert worden ist. Entweder ist der Beklagte auf die in der Intentio genannte Summe zu verurteilen, oder er ist freizusprechen (Gai. IV, 119). Die Kondemnationsklausel der Formel weist den Richter an zu verurteilen unter der Bedingung, dass die *intentio* richtig ist und der Tatbestand der *exceptio* nicht vorliegt. Stellt sich die eine oder andere Bedingung als unzutreffend heraus, so muss der Richter freisprechen. Die Formelworte führen nur zu einem „Entweder — Oder", nicht aber zu einem „Mehr oder Weniger". Lag darin, dass der Kläger *in iure* die Aufrechnung verweigert hatte, ein doloses Verhalten, so muss der Richter freisprechen, auch wenn die Gegenforderung niedriger ist als der Klageanspruch. Durch die *exceptio doli* wird also die Kompensation nicht herbeigeführt, wie uns der Bericht Justinians glauben machen will, sondern nur ein Druck auf den Kläger ausgeübt, sich mit der Kompensation einverstanden zu erklären. Wollte der Kläger das Risiko eines vollen Prozessverlustes vermeiden, so musste er bereits *in iure* seine Forderung entsprechend kürzen. Das Verhalten des Klägers konnte dann wohl nicht als dolos bezeichnet werden, wenn *in iure* berechtigte Zweifel an der Existenz oder der Höhe der Gegenforderung bestanden. Es wäre im Gegenteil eine unbillige Härte gewesen, ihn ohne Beweisaufnahme schon *in iure* zur Kompensation zu zwingen[95]. Hier musste dem Beklagten ein anderer Weg eröffnet werden, um zur Kompensation zu gelangen, und zwar mit Hilfe einer Formel, die einen Zusatz zur Kondemnationsklausel enthielt, nämlich folgende: *deducto eo, quod invicem praesenti die debetur et eiusdem generis est*[96]. Verweigerte der Kläger *in iure* ohne triftigen Grund das Zugeständnis der Deduktionsklausel, so wurde seine

[93] Dazu statt aller Kunkel, *RPR.*, S. 203 f.

[94] F. Schulz, *Class. Rom. Law*, S. 54; Kaser, *RPR.* I, S. 541 mit Lit. A. 19.

[95] Kretschmar a.a.O. S. 52; Kaser a.a.O.

[96] Vgl. R. Leonhard, *Mélanges Girard* II, S. 96 f. Auf die nachklassischen Paulussentenzen 2, 5, 3, eine formell wie inhaltlich gleich anstössige Stelle, wird

Aktio denegiert. Die Einfügung der *exceptio* bot für den Kläger den Vorteil, dass vom Richter geprüft werden konnte, ob die Einwendung der Gegenforderung nicht zu einer unbilligen Verzögerung des Prozesses führte, gefährdete den Kläger aber insofern, als der Beklagte auch dann freigesprochen werden musste, wenn seine Gegenforderung nur teilweise begründet war[97]. Erschien dem Kläger dieses Risiko zu gross, dann blieb ihm kein anderer Weg, als sich mit der Deduktionsklausel einverstanden zu erklären, selbst wenn auf diese Weise die Entscheidung über seinen Anspruch verzögert wurde. Anders als bei der *exceptio doli* hatte übrigens jetzt der Beklagte die volle Sicherheit, dass die Kompensation vollzogen würde, falls seine Gegenforderung wirklich bestand. Die Verwendung des *agere cum compensatione* mit Pluspetitionsgefahr empfahl sich nicht. Es war gegenüber einem Bankier angebracht, der pflichtgemäss ein Kontokorrentbuch führte und genau über seine Ansprüche und die Gegenansprüche im Bilde sein musste. Einem gewöhnlichen Privatmann dagegen — und dies war auch der *bonorum emptor* — konnte eine genaue Kenntnis der Gegenforderungen nicht zugemutet werden[98]. Deshalb half man hier mit einer Änderung der Deduktionsklausel der Klagformel des *bonorum emptor*, die ohne Schwierigkeiten möglich war. Es brauchte nur der Hinweis auf die Fälligkeit und Gleichar igkeit der Gegenforderung aufgenommen zu werden[99].

Eine andere These hat Appleton[100] aufgestellt[101]: Wenn bei

---

man sich zum Beweise allerdings kaum berufen dürfen. Vgl. dazu Levy, *Weströmisches Vulgarrecht* (1956), S. 145 ff.

[97] War die Gegenforderung ganz geringfügig, so konnte in ihrer Nichtberücksichtigung kein Dolus des Klägers gefunden werden. Der Beklagte wurde dann zur Zahlung der vollen Klagesumme verurteilt. Die Gegenforderung war nicht durch prozessuale Erteilung der *exceptio* konsumiert worden (Siber, *Kompensation*, S. 32 ff.; *RR*. II, S. 274). Die *exceptio doli* bezog sich nur darauf, ob der Kläger durch die Nichtberücksichtigung des Gegenanspruchs sich eines dolosen Verhaltens schuldig gemacht hatte (vgl. Geib, *Theorie der gerichtl. Kompensation*, S. 147, 281).

[98] Vgl. Karlowa II, S. 825, 1394; F. Leonhard a.a.O. S. 58 f., 64 f.; Kretschmar a.a.O. S. 22 f.; R. Leonhard a.a.O.; Lenel, *EP.*[3], S. 504; Weiss a.a.O. S. 440.

[99] Dies gegen Kretschmar a.a.O. S. 23.

[100] *Histoire de la compensation en droit romain*, (1895), S. 264 ff.

[101] Dazu Eisele, *ZSSt.* 17, S. 350 ff.; Wenger, *Actio iudicati*, S. 69 ff.; Kretschmar a.a.O. S. 6 f., 24 ff., 52; Solazzi a.a.O. S. 106 ff. mit weit. Lit.

Illiquidität der Gegenforderung zu befürchten war, dass dem Beklagten die Inserierung der *exceptio doli* nichts nütze, so konnte er seine Gegenforderung im Klagewege geltend machen. Bei beiderseitiger Verurteilung griff der *actio iudicati* gegenüber die *exceptio doli* ein, falls eine der Parteien wegen der ganzen Forderung vollstrecken wollte. Nicht die Neueinführung der *exceptio* überhaupt, sondern die Aufgabe der *exceptio* im Vollstreckungsverfahren zu bestimmen, war der Inhalt des Reskripts Mark Aurels. Appleton beruft sich zum Beweise auf verschiedene Kaiserkonstitutionen (Macer D. 49, 8, 1, 4; C. 4, 31, 6), wonach bei Erhebung von *mutuae petitiones* die Partei, die zu einem früheren Zeitpunkt obgesiegt hatte, mit der *actio iudicati* solange warten musste, bis auch das Urteil in dem anderen Prozesse ergangen war. Er glaubt, diese Konstitutionen seien nur begreiflich, wenn sie bezweckten, dem Beklagten die Möglichkeit zu gewähren, seine Forderung im Wege der Widerklage zum Zwecke der Kompensation liquid zu stellen. Dagegen erhebt sich das Bedenken, dass es seltsam wäre, wenn im Formularprozess der klassischen Zeit kein Mittel geschaffen worden sein sollte, diesen Zweck auch ohne Widerklage zu erreichen. Es kam nun aber vor, dass im Prozess über die Hauptforderung die Einfügung der *exceptio doli* oder der Deduktionsklausel aus irgendwelchen Gründen unterblieben war. Wenn jetzt der Beklagte verurteilt wurde, musste er die Vollstreckung über sich ergehen lassen, falls nicht seine Gegenforderung inzwischen erwiesen war. Dieser Gefahr wollten die Konstitutionen vorbeugen. Auch konnte es sein, dass es an dem Erfordernis der Gleichartigkeit der gegenseitigen Forderungen fehlte. Hier ermöglichten die Konstitutionen die Kompensation im Vollstreckungsstadium. Hatte nämlich in jedem Prozess eine Verurteilung stattgefunden, so gingen ja beide Forderungen auf Geld. Insofern dienten die Konstitutionen der Weiterentwicklung des Kompensationsrechts[102].

Eine urteilsmindernde Funktion der *exceptio doli* steht, wie schon bemerkt, im Widerspruch zur logischen Struktur der Formel des klassischen Zivilprozesses. Lag ein doloses Verhalten des Klägers vor, so musste der Richter den Beklagten freisprechen (Gai. IV, 119)[103]. Auch die von Jörs aufgestellte Hypothese, der

[102] Eisele, *Kompensation*, S. 121 f.
[103] Dazu Solazzi a.a.O. S. 100 ff.

Kunkel folgt, ist nicht haltbar: Danach durfte der Richter den Beklagten auf den Überrest verurteilen (Minderverurteilung im Gegensatz zur Urteilsminderung), wenn der Kläger *apud iudicem* den Betrag seiner Forderung ermässigte. Die *condemnatio certa* lautete jedoch auf alles oder nichts. Sie konnte daher unmöglich auf einen in der Formel nicht genannten Betrag gehen[104]. Daran scheitert auch die Berufung auf Gai. IV, 114. Es ist durchaus fraglich, ob Sabinus und Cassius bei teilweiser, nach Litiskontestation erfolgter Befriedigung des Klägers eine teilweise Kondemnation gebilligt haben, selbst wenn sie das *si paret dare oportere* auf den Zeitpunkt des Urteils bezogen. Ausserdem steht die Kompensation keineswegs einer Befriedigung gleich, weil keine Partei dadurch erhält, was sie zu fordern hat, nämlich Barzahlung[105]. Die Leute Justinians verstehen das Reskript Mark Aurels offenbar dahin, dass die *exceptio doli* echte Kompensationswirkung haben und der Beklagte daher auf den Überschuss verurteilt werden sollte. Dahin interpretiert das Reskript Theophilos in seiner Paraphrase zu dieser Stelle der Institutionen. Einen so tiefen Eingriff in die Grundsätze des Formularprozesses darf man indessen von einem Reskript, das für den Einzelfall gegeben wird, nicht erwarten[106]. Kretschmar[107] meint, der Prätor habe bei *intentio certa* der Klage beiden Parteien novierende Stipulationen mit *incerta formula* und *clausula doli* auferlegt[108]. Diese komplizierte Regelung ist schon aus dem Grunde nicht wahrscheinlich, weil, wie gezeigt, ein einfacherer Weg gangbar war. Mit Rücksicht auf die Änderung des gerichtlichen Kompensationsverfahrens durch Justinian sind die direkten Hinweise auf ein *agere cum compensatione* von den Kompilatoren offenbar beseitigt worden. Auch die *exceptio doli* wird als Druckmittel zur Erzwinung der Kompensation aus demselben Grunde nirgends erwähnt[109]. Die Institutionen Justinians lassen auf den kurzen Bericht über das

[104] Siber, *RR.* II, 276. — Dagegen setzt die Deduktionsklausel der Kondemnation keine *intentio incerta* voraus: Gai. IV, 68. Unrichtig also Pernice a.a.O. S. 275.

[105] Siber, *Kompensation*, S. 18.

[106] Vgl. Pernice a.a.O. S. 307.

[107] A.a.O. 38 ff.

[108] Vgl. Koschaker, *ZSSt.* 30, S. 458 ff.; Kunkel, S. 203 A. 13; Solazzi a.a.O. S. 105 f.

[109] Pernice a.a.O. S. 306.

Reskript Mark Aurels unmittelbar die Darstellung der vom Kaiser eingeführten Neuerung folgen:

> *sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant....*

Damit war die *exceptio doli* als Mittel des Kompensationsrechts beseitigt. Der Satz '*ipso iure fit compensatio*' bedeutet, dass die Zulassung der Kompensationseinrede des Beklagten aus liquider Gegenforderung nicht mehr vom Ermessen des Rechtsprechungsorgans abhängen soll, sondern dass dem Schuldner das Recht zur Aufrechnung kraft Gesetzes zusteht. Er darf die Einrede in jedem Prozess-Stadium vorbringen[110].

Der zur Zeit Neros lebende Philosoph Seneca erwähnt in seinem Werk *de beneficiis* 6, 4—6, die Kompensation bei strengen Klagen[111]. Er erörtert dort die philosophische These, dass die Dankbarkeit für eine erwiesene Wohltat durch ein Verbrechen des Wohltäters aufgewogen werde, und zieht zum Vergleich die Kompensation im Recht heran:

> *Tamquam pecuniam aliquis mihi credidit, sed domum meam incendit: pensatum est creditum damno, nec reddidi illi nec tamen debeo.*

Es handelt sich um *mutuae actiones*. Die Kompensation wird auf indirektem Wege durch Widerklage[112] erzwungen und nicht etwa damals schon wie seit dem Reskript Mark Aurels der Klagformel selbst eine *exceptio doli* eingefügt. Bei den *stricta iudicia* sollte damals der Prozess nicht dadurch verzögert werden, dass sich der Beklagte in Form einer Einrede auf eine Gegenforderung berufen durfte[113]. Wenn aber der Brandstifter trotz beiderseitiger Verurteilung mit Hilfe der *actio iudicati* wegen der ganzen Forderung vollstrecken wollte, wurde er durch Einfügung einer *exceptio doli* mittelbar zur Kompensation genötigt. Seneca geht auf die prozessuale Gestaltung der Dinge nicht ein, sondern sieht nur auf das Ergebnis, so dass es den Anschein gewinnt, als finde eine Vonselbstkompensation statt. Die Funktion der *exceptio doli* im

[110] Dazu im einzelnen Solazzi a.a.O. S. 147 ff.

[111] Dazu Siber, *Kompensation*, S. 6; F. Leonhard a.a.O. S. 27 f.; Kretschmar a.a.O. S. 19 f.

[112] Vgl. Wenger, *Röm. Zivilprozess*, S. 164 f.

[113] Vgl. Ihering, *Geist* III 1, S. 48 ff.; Kreller, *ZSSt.* 49, S. 512.

Vollstreckungsverfahren ist also älter als ihre Kompensationszwecken dienende Aufgabe im Prozess.

Auch zu Julians Zeit existiert die *exceptio doli* als allgemeines Mittel, die Kompensation in die Wege zu leiten, noch nicht[114]. Wenn sie schon damals allgemein zulässig gewesen wäre, so lässt sich nicht erkennen, welchen Fortschritt das Reskript des Mark Aurel herbeigeführt haben sollte. Auf jeden Fall lässt doch der Bericht der Institutionenverfasser bei unbefangener Betrachtung ersehen, dass erst auf Grund des Reskripts die *exceptio doli* dem Zweck der Kompensation im Erkenntnisverfahren dienstbar gemacht worden ist[115]. Bis dahin gab es sie nur im Judikatsprozess. Julian sagt in

D. 16, 2, 2 (*lib. 90 dig.*):

> *Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem ⟨exceptione⟩ summovet, si ⟨de compensando pactum fecit et⟩ paratus est compensare.*

Die Echtheit des Fragments und seine Rekonstruktion sind sehr umstritten[116]. Auf eine erfolgreiche Verteidigung durch *exceptio* weist der Ausdruck *summovere* hin[117]. Das Wort *exceptione* haben die Kompilatoren mit Rücksicht auf die Verordnung Justinians vom Jahre 531 (C. 4, 31, 14 pr.) *compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus* gestrichen. Der Hinweis auf eine *exceptio* zeigt, dass Julians Satz sich nicht auf die Kompensation im *bonae fidei iudicium* bezogen hat[118]. Er sprach also von der Aufrechnung bei den strengrechtlichen Klagen. In diesem Zusammenhang gewinnt das zu Unrecht verdächtigte Wort *unusquisque* besondere Bedeutung[119]. Auf dem Gebiet der *iudicia stricta* gab es vor dem Reskript Mark Aurels keine allgemeine Kompensation. Das Recht, ein *agere cum compensatione* aus laufendem Rechnungsverhältnis zu verlangen, stand nur dem Kunden eines Bankiers (*argentarius*) zu (Gai. IV, 64), das Recht, ein *agere cum deductione* zu fordern, nur dem Schuldner gegenüber der Klage

[114] Kretschmar a.a.O. S. 41.

[115] Vgl. auch Solazzi a.a.O. S. 98 A.3, dessen Polemik gegen Siber, *RR.* II, S. 274, zutreffend ist.

[116] Vgl. *Ind. Itpl.* sowie Solazzi a.a.O. S. 46 ff., 98.

[117] Kunkel, S. 203 A. 10.

[118] Brinz, *Kompensation*, S. 79; Eisele, *Kompensation*, S. 42 mit A. 50.

[119] Karlowa II, S. 1397.

des Erwerbers der Konkursmasse (*bonorum emptor*), mit der dieser eine Forderung des Gemeinschuldners (*defraudator*) geltend machte (Gai. IV, 65). Von diesen Sonderfällen abgesehen, darf, so bemerkt Julian, ein jedweder Schuldner seinen Gläubiger, der zugleich sein Schuldner ist, mit Hilfe einer *exceptio* mittelbar zu einer Aufrechnung nötigen[120]. Diese *exceptio*, die Julian sicherlich ausdrücklich als solche erwähnt hat, kann nicht die *exceptio doli* gewesen sein[121]; denn sie wurde erst durch das Reskript Mark Aurels eingeführt. Es bleibt nur die *exceptio pacti conventi* übrig[122]. Der Gläubiger konnte dem Schuldner vertragsmässig ein Recht auf künftige Kompensation bestimmter Gegenforderungen durch

[120] Karlowa a.a.O.

[121] Dies nehmen Brinz a.a.O. S. 77, Karlowa a.a.O. S. 1397 f. und Kreller, *RRg.*², S. 159 an, der irrtümlich Ulpian als Verfasser des Satzes bezeichnet.

Appleton fasst die Einrede, auf die das *summovet* hinweist, unter Hinweis auf Lenel, *EP.* § 272, als *exceptio pensatae pecuniae* des Bankiers auf, der von seinem Kunden verklagt wird, und ersetzt *unusquisque* dementsprechend durch *argentarius* (dagegen Kretschmar S. 11 ff.; Solazzi S. 46 ff.). Julian handelte im 90. Buche seiner Digesten von verschiedenen Bürgschaftsgesetzen. Kretschmar versucht, den ursprünglichen Gedankengang des Juristen aufzuspüren, in den die Kompensationsfrage eingegliedert war. Er nimmt an, dass mit Hilfe einer *exceptio in pactum* bei gegenseitiger Regressberechtigung der Sponsoren und Fidepromissoren auf eine Kompensation hingewirkt werden sollte. Es liegt indessen kein Anlass vor, dem Satz des Julian eine so stark einschränkende Deutung zu geben. Der Bürge kann alle Einreden geltend machen, die dem Hauptschuldner zustehen, also auch die *exceptio pacti* (Ulp. D. 46, 1, 32; dazu Siber, *RR.* II, S. 296; Weiss, *Inst.*², S. 331; Kaser, *RPR.* I, S. 555 mit A. 29). In diesen Zusammenhang passt die Erörterung der Frage, wann dem Hauptschuldner ein Kompensationsrecht zusteht, auf das sich der Bürge berufen kann. Zu Paulus D. 16, 2, 4 und Gaius D. 16, 2, 5 siehe die Angaben im *Ind. Itpl.*, ferner Solazzi S. 55 ff. — Der Kunde eines Bankiers brauchte nicht wie der *argentarius* selbst *cum compensatione agere;* denn von ihm konnte man nicht verlangen, dass er so genau über die aus der Geschäftsverbindung entstandenen Forderungen und Gegenforderungen Bescheid wusste wie der *argentarius* (Karlowa II, S. 925; Lenel, *EP*³, S. 504). Es entsprach aber der Billigkeit, dem Bankier, der als Kläger die Kompensationspflicht hatte, als Beklagtem auch das Kompensationsrecht zu sichern (Lenel a.a.O.). Nur diente diesem Zweck nicht, wie Lenel glaubt, die *exceptio pecuniae pensatae*, sondern die *exceptio doli* (vgl. Siber, *Kompensation*, S. 2). Es handelt sich also um einen Sonderfall, der nicht zur Annahme eines allgemeinen Kompensationszwanges bei strengen Klagen für die Zeit vor Mark Aurel berechtigt.

[122] An eine solche denkt auch Stampe a.a.O. S. 44.

ein *pactum de compensando* einräumen[123] — so wie die Catonischen Formulare eine *lex de compensando* kennen. Es muss nicht nur ein solches *pactum* vorliegen, sondern der Beklagte muss auch bereit sein zur Kompensation, sich zu ihr erbieten. Wenn er sich dazu erboten und der Kläger, so müssen wir ergänzen, das Angebot abgelehnt hat, wird die *exceptio* inseriert. Man fragt sich, weshalb Julian diese Bereitschaft des Beklagten verlangt. Der Grund dafür liegt auf der Hand. Das *pactum de compensando* berechtigte keineswegs zu einer rechtswirksamen einseitigen Aufrechnung mit schuldtilgender Kraft[124]. Vielmehr erfolgte der Vollzug durch Kompensationsvertrag[125]. Zum Abschluss eines solchen Vertrages war der Kläger ohne voraufgegangenes *pactum de compensando* nicht verpflichtet. Der Beklagte berief sich nun vor dem Prätor auf das *pactum* und erklärte sich bereit, die vertragsmässige Kompensation vorzunehmen. So erhalten die Worte *paratus est compensare* einen guten Sinn. Wies der Kläger das Anerbieten zurück, so erbat der Beklagte die *exceptio pacti*, und der Prätor schaltete sie in die Formel ein, wenn der Abschluss des behaupteten *pactum* oder das Bestehen (die Höhe) der Gegenforderung streitig war. Der Kläger konnte jetzt seine Aktio nicht mehr auf einen etwaigen Überschuss beschränken. Die *exceptio pacti* übte also ebenso einen mittelbaren Zwang zur Kompensation aus wie die *exceptio doli* im Judikatsprozess, von der Julian vielleicht ebenfalls gesprochen hat. Bei dieser Interpretation lässt sich dem Fragment eine befriedigende Deutung abgewinnen, ohne dass man zur Annahme einer Interpolation der Worte *unusquisque* und *paratus* schreiten muss[126]. Die Kompilatoren haben die Hinweise auf die *exceptiones pacti* und *doli* beseitigt, weil ein *pactum* zur Begründung des Kompensationsrechts längst nicht mehr nötig war und eine Aufrechnung nicht mehr auf dem künstlichen Wege der Widerklage erfolgen sollte.

Der Prozess der hadrianischen Zeit kennt also — abgesehen von der Verrechnung *officio iudicis* in den *bonae fidei iudicia* —

[123] Vgl. Stampe, S. 38 f.; F. Leonhard a.a.O. S. 18, 21.

[124] Kretschmar, S. 73, 75 f.

[125] Der formlose Vollzug der Aufrechnung hatte wegen der nur exzeptivischen Wirkung eines solchen Paktums wenig Zweck. Deshalb war es wohl üblich, nach vorheriger Verrechnung die gegenseitigen Forderungen durch Akzeptilation zu tilgen und den Saldo neu zu stipulieren (Kretschmar, S. 76).

[126] Dies gegen Stampe a.a.O. Gegen ihn auch Karlowa, S. 1397.

vier sehr verschiedenartige Wege der Kompensation: das *cum compensatione agere*, das *cum deductione agere*, die durch *exceptio doli* a) im Judikatsprozess, b) im Prozess des Kunden gegen seinen Bankier und die durch die *exceptio pacti* mittelbar erzwungene Kompensation. Die Wirkung dieser *exceptio* ist, wie das *summovere* ausdrücklich bezeugt, nicht die Kondemnationsminderung, sondern die volle Abweisung des Klägers, mochte auch die Gegenforderung des Beklagten nur teilweise begründet sein[127]. Mit der darin liegenden Unbilligkeit musste sich der Kläger abfinden. Er hätte sich ja auf das *pactum de compensando* nicht einzulassen brauchen: *de se queri debet*. Vielleicht waren deshalb solche *pacta* verhältnismässig selten. Daher lässt sie Gaius in seinem Anfängerlehrbuch, das ja auf absolute dogmatische Vollständigkeit keinen Wert legte[128], unberücksichtigt[129].

Die Leges c. 144 A, cl. 6 erwähnen nur das Abzugsrecht des Gutsherrn, wenn die Leitern zerbrochen sind, ebenso noch die Leges c. 145, cl. 9, wenn dem Gutsherrn bei der Kelterung ein Schaden zugefügt ist. Es ist in das Belieben des Gutsherrn gestellt, die eigene Forderung zur Tilgung des Anspruchs des Unternehmers zu verwenden. Es liegt jedoch keine Veranlassung vor, ihn auf die Deduktion zu beschränken, wenn er es vorzieht, seine Schadensersatzforderung selbständig in einem Prozess geltend zu machen. Das *deducere* setzt eine klagbare Aktivforderung des Schuldners voraus, die gegen den Anspruch des Gläubigers (Passivforderung) verrechnet werden darf. Allerdings war es mangels einer ausdrücklichen Abrede nicht möglich, im Fall eines offensiven Vorgehens den Schaden zunächst durch einen aussergerichtlichen Schiedsgutachter feststellen zu lassen. Seine Ermittelung

[127] Brinz a.a.O. S. 77 f.; vgl. auch Eisele, *Kompensation*, S. 42 A. 50, S 70 ff.; Pernice, *Labeo* II 1², S. 291, 305.

[128] Kretschmar a.a.O. S. 21.

[129] Nicht in die Geschichte der Kompensation gehört Ulp. D. 44, 4, 4, 8. Die Interpretation der Stelle von Pernice, *Labeo* II 1², S. 244, dürfte richtig sein. Vgl. auch Kretschmar a.a.O. S. 8 f. Er glaubt, die spezialisierte *exceptio in factum*, an deren Stelle Ulpian auf Grund des Reskripts Mark Aurels die *exceptio. doli* setze, habe die Berücksichtigung der Schadensersatzforderung des Pfandeigentümers erzwingen sollen, die durch den vom Gläubiger verschuldeten Untergang der Pfandsache entstanden war. Aber es handelt sich um eine *exceptio pacti*, nur nicht eines *pactum de compensando*. Durch die *exceptio* wurde die Abrede geltend gemacht, dass die verpfändeten Perlen nach Zahlung der Schuldsumme zurückgegeben werden sollten. Siehe auch Erbe, *Fiduzia*, S. 16.

erfolgte daher durch den vom Prätor bestellten Arbiter der *legis actio per iudicis postulationem* genau so, wie Sextus Aelius und Drusus das *pro cibariis indemnitatem servari* als selbstverständliches Element dieses Verfahrens betrachteten[130]. Inzwischen hatte sich jedoch die Abschätzung des Schadens durch einen aussergerichtlichen Arbiter bewährt. Man konnte auf diese Weise einen Prozess vermeiden. Deshalb lassen die jüngeren Leges c. 144, cl. 7 neben dem *deducere* ein *resolvere viri boni arbitratu* zu. Einen solchen Modus kennen dann auch die Leges c. 146, cl. 6 und c. 149, cl. 5 und 6. Dürfen dagegen von vornherein festbestimmte Beträge zum Abzug gebracht werden (c. 144, cl. 8 und 9; c. 145, cl. 5, 6 und 7), so erübrigt sich natürlich ein *viri boni arbitratus*. Ein blosses *deducere* solcher Beträge wird für den Fall der Wegnahme von Brennholz und Oliven sowie von Öl bestimmt (c. 144 B, cl. 9; c. 145, cl. 6 und 7). Auch hier ist aber nicht anzunehmen, dass der Dominus auf diese Abzüge beschränkt sein und ihm kein selbständig einklagbarer Anspruch gegen den Unternehmer zustehen sollte. Nach c. 145, cl. 5 der Kelterungs-Leges muss der Redemptor den Lohn für die vom Gutsherrn bereits angeworbenen Arbeiter zahlen, oder der Betrag der Lohnsumme wird ihm abgezogen werden. Bei diesem Sachverhalt handelt es sich nicht um eine sekundäre Ersatzpflicht wie im Fall des c. 144 B, cl. 8. Daher musste die Zahlungspflicht besonders begründet werden (*pro eo resolvito*). Daran schloss sich dann die Abzugsbefugnis. Wenn dagegen der Unternehmer bei der Olivenernte nicht die nötige Zahl von Arbeitern stellt, wozu er verpflichtet ist, liegt eine Vertragsverletzung vor. Daraus entsteht ohne weiteres eine Ersatzforderung. Der Gutsherr füllt die Lücke aus und kann als Ersatz den Lohn verlangen, den er den Arbeitern zahlen muss. Hier verstand sich das *resolvito* von selbst und braucht nicht vorgeschrieben zu werden, während der ausdrückliche Hinweis auf die Deduktion — wie immer — notwendig war, um das Kompensierungsrecht zu begründen. Ein Abzugsrecht des Gutsherrn kam nicht in Frage im Falle der cl. 6 des c. 146 und der cl. 5 des c. 149. Denn den Kaufpreis für die Oliven auf dem Baum und für die Winterweide schuldet der Käufer. Der Betrag des Schadens tritt hinzu. Im Fall der cl. 6 des c. 149 verheisst der Gutsherr dem Käufer der Winterweide eine Vergütung des Schadens, gesteht ihm aber nicht

[130] Vgl. unten S. 418 f.

das Recht zu, den Betrag vom Kaufpreis abzuziehen. Der Käufer muss daher den Kaufpreis voll entrichten, kann jedoch die Schadensersatzforderung in einem besonderen Prozess geltend machen. Die weitere Vergünstigung, sie kompensieren zu dürfen, soll allein dem Gutsherrn zuteil werden.

Da die Höhe des vom Redemptor oder seinen Leuten angerichteten Schadens erst ermittelt werden musste, ging es nicht an, den *arbitratus domini* darüber entscheiden zu lassen. Er wäre dann ja Richter in eigener Sache gewesen. Ein ungerechtes *arbitrium* des Gutsherrn hätte keinesfalls der Korrektur durch den Richter unterlegen. Sie wäre nur möglich gewesen, wenn es damals schon die *bonae fidei iudicia* gegeben hätte. Dann wäre es wahrscheinlich zulässig gewesen, die Bestimmung der Höhe des Schadens dem *arbitratus domini* zu überlassen. Andererseits darf aus der Bezugnahme auf den *arbitratus boni viri* keineswegs geschlossen werden, dass es damals noch nicht möglich gewesen sei, die ganze Angelegenheit als zivilprozessuales *arbitrium* zu behandeln in der Weise, dass der Prätor eine *legis actio per arbitri postulationem* gestattete.

### b) Der Kauf von Fasswein und der *viri boni arbitratus*

In diesem Zusammenhang ist vor allem das den Kauf von Fasswein betreffende Formular Catos (c. 148) bedeutsam, weil auch hier der *arbitratus boni viri* begegnet (cl. 4):

> *In triduo proxumo viri boni arbitratu degustato. si non ita fecerit, vinum pro degustato erit. quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet, totidem dies emptori procedent.*

Es handelt sich um den Verkauf einer *species*, also des Inhalts eines oder mehrerer Weinfässer (*vinum doliare*, *in doliis*), nicht um den Detailverkauf dieser oder jener Menge aus den Fässern. Davon zu unterscheiden ist auch der Detailverkauf in Flaschen und Krügen (*amphorae*, *cadi*). *Vinum amphorarium* ist der ältere bessere Wein, den man auf Krüge abgefüllt hat, *vinum doliare* der junge Wein, bei dem die Gefahr des Umschlagens und Kahmigwerdens grösser ist[131].

[131] Zum Weinkauf: Haymann, *ZSSt.* 41, S. 99 ff.; 48, S. 390 ff.; Seckel-Levy, *ZSSt.* 47, S. 204 ff. Die klassischen Quellen sind stark überarbeitet.

Den Wein soll der Käufer vor dem nächsten l. Januar, also bis Ende des Jahres, abnehmen. Der Satz '*si non ante acceperit*' gehört nicht zur Klausel 5, wie Bruns-Gradenwitz[132] glauben (*vinum accipito ante K*(*alendas*) *Ian*(*uarias*) *primas, si non ante acceperit*), sondern zur nächsten Klausel 6[133]. Der erste Satz der Klausel 6 lautet folglich:

*Si non ante acceperit, dominus vinum admetietur.*

Der Käufer soll den Wein bis zum 1. Januar abnehmen, d.h. körperlich entgegennehmen, damit der Verkäufer vom Besitz des Weines befreit wird. Nimmt der Käufer den Wein bis zu diesem Termin nicht ab, so gerät er in Gläubiger- oder Annahmeverzug (*mora accipiendi*). Nach einem von den *veteres* entwickelten Rechtssatz durfte der Verkäufer in diesem Fall den Wein ausgiessen und sich dadurch von seiner Lieferungspflicht befreien. Die Klassiker scheinen aber das Recht zur Preisgabe eingeschränkt zu haben[134].

Wie der zweite Satz der Klausel 6 im Original gelautet hat, ist umstritten. Die überlieferte Lesart lautet:

*quod admensus erit, pro eo dominus rem solvito.*

Dann wäre die Klausel 6 dahin zu verstehen: Wenn sich der Käufer im Annahmeverzug befindet, wird der Gutsherr den Wein an andere ausmessen, d.h. im Einzelverkauf abgeben, und den Erlös an den Käufer abführen.

Es würde sich um einen Selbsthilfeverkauf handeln, den möglicherweise auch die Klassiker dem Verkäufer statt der sofortigen Ausschüttung des Weines empfehlen (Ulp. D. 18, 6, 1, 3: *vendere vinum bona fide*). Durch den Annahmeverzug des Käufers wird der Verkäufer noch nicht seiner Lieferungspflicht ledig, er kann sich jedoch durch Auszahlung des Erlöses befreien.

Gegen diese Interpretation spricht indessen, dass der Gutsherr durch den Fassverkauf gerade den Detailverkauf vermeiden wollte. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass er sich jetzt, wo der Käufer im Annahmeverzug ist, der mühevollen Arbeit des Einzelverkaufs freiwillig für nichts und wieder nichts unterzieht.

[132] *Fontes* II[7], S. 50.

[133] So mit Recht Keil-Goetz, Haymann, *ZSSt.* 41, S. 103, 113; Seckel-Levy, *ZSSt.* 47, S. 256, und Thielscher.

[134] Ulp. D. 18, 6, 1, 3—4; von späterer Hand überarbeitet, in seinem Kern aber doch wohl echt; dazu Jörs, *RPR.*, S. 128 mit A. 2; Siber, *RR.* II, S. 258 ff.; Kunkel, *RPR.*, S. 186 mit A. 10 und 11; Kaser, *RPR.* I, S. 432 mit A. 37 und 38.

Ferner darf man die Klausel 8 nicht ausser Betracht lassen. Dort heisst es:

> *Locus vinis ad K(alendas) Octobres primas dabitur. si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet.*

Wenn der Wein bis zum 1. Oktober nächsten Jahres in den Kellern des Gutsherrn lagern darf, hat dieser kein Recht, den Wein vorher im Einzelverkauf abzugeben! Es wäre unbegreiflich, dass zwei Klauseln, von denen die eine das Gegenteil von der anderen besagt, ohne jede Beziehung nebeneinander in denselben Leges gestanden haben sollten.

Die Klausel 8, wonach der Wein bis zum 1. Oktober nächsten Jahres in den Kellern des Gutsherrn lagern darf, scheint allerdings der Klausel 5, die eine Abnahme bis zum 1. Januar vorsieht, zu widersprechen. Wohl aus diesem Grunde bezeichnen Bruns-Gradenwitz[135] die Klausel 8 als unangebrachte Herübernahme aus dem c. 147. Die Dinge liegen aber anders.

Befindet sich der Käufer im Annahmeverzug, so tauchen nämlich zwei Fragen auf: 1. Kann der Verkäufer jetzt den Kaufpreis verlangen? 2. Was geschieht mit dem Kaufgegenstand, dem Wein? Beide Fragen werden in den Leges beantwortet, die erste in der cl. 6, die zweite in der cl. 8.

Wie aus der cl. 2 hervorgeht, wird der Fasswein nicht *uno pretio*, sondern Culleus-weise verkauft, der einzelne Culleus zu dem und dem Preis. Das *pretium certum* richtet sich also nach dieser Masseinheit[136]. Der Culleus umfasst rund 522 Liter. Er wird zu 41 statt 40 Urnen gerechnet (eine *urna* = 13,04 Liter), weil beim Umfüllen aus dem Fass auf kleinere Gefässe leicht Verluste eintreten können. Zur Ermittlung des Gesamt-Preises muss folglich durch Ausmessen (*admetiri*) festgestellt werden, wieviel *cullei* das einzelne Fass enthält[137]. Die Art und Weise des Ausmessens beschreibt Cato in c. 154. Der Kauf ist schon vor dem Zumessen vollendet (perfekt) und nicht etwa bedingt. Der Kaufpreis ist keineswegs ein *incertum*, er steht objektiv fest, wenngleich ihn die Parteien vor der Zumessung noch nicht kennen[138].

Normalerweise erfolgt das Ausmessen, wenn der Wein vom

[135] *Fontes* II[7], S. 50 A. 3.
[136] Karlowa II, S. 617.
[137] Vgl. Haymann, *ZSSt.* 41, S. 99 ff.; Seckel-Levy a.a.O. S. 160 f., 207.
[138] Haymann a.a.O. S. 102, 104 ff.

Käufer abgeholt wird. Denn dann soll er bezahlt werden. Das Ausmessen ist in diesem Fall ein wahres *admetiri*: dem Käufer wird in seiner oder seiner Gehilfen Gegenwart der Wein „zugemessen", Culleus um Culleus.

Befindet sich der Käufer aber im Annahmeverzug, so misst der Gutsherr den Wein einseitig zu[139]. Aus dem Ergebnis der Zumessung ist nun der Preis leicht durch Addition zu berechnen, den der Käufer jetzt zu bezahlen hat. Der Gutsherr muss auf sein Verlangen einen Eid dahin leisten, dass die Zumessung ehrlich erfolgt ist (cl. 7).

Das Recht des Käufers, den Wein in Empfang zu nehmen, bleibt unberührt. Dem Gutsherrn wird jetzt noch nicht die Befugnis zugebilligt, mit dem Wein nach Belieben zu verfahren, vielmehr hat er ihn gemäss der cl. 8 bis zum ersten Oktober nächsten Jahres lagern zu lassen, da die Fässer erst nach der kommenden Weinlese gebraucht werden. Holt der Käufer den Wein auch nicht bis zum ersten Oktober ab, so darf der Gutsherr damit machen, was er will. Er kann ihn also auch ausschütten. Zu diesem Mittel wird er allerdings nur im äussersten Notfall greifen.

Nach alledem ist der zweite Satz der cl. 6 folgendermassen zu lesen:

*quod admensus erit*[140] *dominus, pro eo re*[*m*]*solvito*[141].

Der Fasswein (*vinum doliare, in doliis*) darf nicht sauer (*acere*) oder kahmig (*mucere*) sein (cl. 3). In den ersten drei Tagen nach Aufforderung zur Probe soll ihn der Käufer *viri boni arbitratu* = *viro bono arbitro* kosten (cl. 4). Es ist also zur Kostprobe ein römischer Ehrenmann als unparteiischer Dritter hinzuzuziehen, der im Streitfalle selbst kostet und dessen Meinung sich die Parteien unterwerfen.

[139] Haymann a.a.O. S. 103; Seckel-Levy a.a.O. S. 186, 256.

[140] Seckel-Levy a.a.O. S. 181 mit A. 5 lesen *admensum*. Dagegen mit Recht Haymann, ZSSt. 48, S. 383 A. 1.

[141] Ich folge damit ebenso wie Haymann a.a.O. S. 103, 113 und Thielscher der einleuchtenden Umstellung Keils. *dominus* hat durch die Schuld des Abschreibers seinen Platz mit *pro eo* gewechselt und gehört davor statt dahinter. Karlowa, *Röm. Zivilprozess.* S. 137, und Bechmann, *Kauf* I, S. 536, lesen mit Pithoeus *pro eo domino resolvito*. Bruns-Gradenwitz streichen das Wort *dominus* überhaupt, ebenso Goetz und Seckel-Levy a.a.O. S. 256. *remsolvito* kann versehentlich aus *resolvito* entstanden sein, wo möglicherweise das *r* den falschen Strich über dem *e* veranlasst hatte (Thielscher).

Paulus D. 18, 1, 34, 5 betont den Unterschied zwischen den Zwecken des Probens (*degustare*) und des Messens (*metiri*). Zweck des Probens sei es, dem Käufer das Recht der Missbilligung zu gewähren (*ut improbare liceat*); das Messen dagegen diene nicht dazu festzustellen, dass mehr oder weniger verkauft sei, nämlich als die von den Parteien angenommene Menge betrage, sondern zur Ermittlung der gekauften Quantität (*ut appareat quantum ematur*[142]. Die Stelle bezieht sich offenbar auf den Kauf eines Fasses Wein *ad mensuram*. Paulus weist darauf hin, dass hier die Quantität objektiv feststeht. Es ist nun wahrscheinlich, dass die Parteien darüber gesprochen haben, wieviel Masseinheiten das Fass wohl enthalte. Aber es kommt nicht darauf an, ob diese Schätzung mehr oder weniger beträgt, als die Ausmessung nachher ergibt. Denn verkauft wird der Inhalt eines bestimmten Fasses Wein, nur nicht für eine Pauschalsumme von 1000, sondern die einzelne Amphore für 10. Der Zweck der Messung besteht also darin, die Quantität klarzustellen, d.h. der Preis muss nach der Zahl der einzelnen Masseinheit (*culleus*, *amphora*), für die ein bestimmter Preis abgemacht ist, errechnet werden[143]. Wie das Catonische Formular zeigt, kamen beim Fassweinkauf sowohl *degustare* wie *admetiri* vor.

Der Gutsherr verspricht, weder sauren noch kahmigen Wein zu geben (cl. 3):

*Quod neque aceat nec muceat, id dabitur.*

Die Gefahr, dass der Wein nach Abschluss des Kaufvertrages sauer oder kahmig wurde, das *periculum acoris et mucoris* (Ulp. D. 18, 6, 4 pr., § 1 i.f.) traf also bis zur Zumessung den Verkäufer. Sie war bei Fasswein besonders gross, weil in den Fässern nur junger Wein lagerte[144]. Verkauft sollte sein, was künftig zugemessen werde, weshalb der Verkäufer die Gefahr bis zur Zumessung trug[145].

[142] Für echt halten die Stelle Haymann, a.a.O. S. 105, 113, und Seckel-Levy, a.a.O. S. 158, während Beseler, *Tijdschr.* 8, (1928) S. 288, sie als Glossem betrachtet.

[143] Vgl. L. Goldschmidt, *ZHR.* 1, S. 79; Seckel-Levy a.a.O. S. 160 f., 200.

[144] L. Goldschmidt, *ZHR.* 1, S. 92; Seckel-Levy a.a.O. S. 209.

[145] Kohler, *Grünh. Ztschr*, 12 (1885), S. 11; Karlowa II, S. 617. Lit. zur Gefahrtragung bei Kaser, *RPR.* I, S. 460 A. 33. Vgl auch Kreller, *RRg.*², S. 151. Haymann, nach dessen Ansicht die Klassiker die Gefahr regelmässig erst mit der Übergabe auf den Käufer übergehen lassen, kommt beim Weinkauf zu einer anderen Auffassung: Hier ergebe sich bei einer nach Treu und Glauben vorge-

Innerhalb der nächsten drei Tage soll der Käufer den Wein daraufhin kosten, ob er sauer oder kahmig sei (cl. 4):

*In triduo proxumo viri boni arbitratu degustato.*

Die Frist beginnt mit dem Tage der Aufforderung zur Probe, die erst nach dem Ausgegorensein erfolgen kann. Der Gärungsprozess ist etwa dreissig Tage nach der Weinlese beendet. Eine vorherige Zumessung oder Weinprobe (*degustatio*) wäre völlig verfrüht. Denn der Wein muss mindestens einen Monat in der Obhut des Verkäufers bleiben, weil die Gärung nicht gestört werden darf[146]. Nach Abschluss der Fassruhe ist der Wein zumessungsreif. Es war üblich, dass der Käufer den Wein bei der Zumessung, die mit dem *dare* zusammenfiel, probierte; denn er sollte ihm ja *sine acore et mucore* geliefert werden (*quod neque aceat neque muceat, id dabitur*). Mit der Zumessung ging die Gefahr des Umschlagens auf den Käufer über. Nach Eintritt der Zumessungsreife konnte vom Käufer jederzeit verlangt werden, die Probe vorzunehmen. Je früher sie stattfand, desto eher wurde der Gutsherr von der Gefahr frei. Dann musste der Käufer innerhalb von drei Tagen probieren. Es liess sich sonst schwerlich feststellen, ob der Wein erst beim Käufer schlecht geworden oder ob er es bereits zur Zeit der Zumessung gewesen war. Jedem Streit darüber sollte das Institut der *degustatio* vorbeugen. Es stand nun im Belieben des Käufers, sich unmittelbar nach der Probe den Wein zumessen zu lassen und abzubefördern. Deshalb gingen, wenn er den Wein weiterhin im Keller des Gutsherrn lagern liess, von der günstig ausgefallenen Probe oder der fruchtlos verstrichenen Frist an das *periculum acoris et mucoris* und das *periculum interitus* auf ihn über. Er musste also, falls der Wein erst nach der Probe sauer oder kahmig wurde oder unterging, trotzdem den Kaufpreis zahlen. Es war ja nur ein Entgegenkommen, wenn der Verkäufer sich mit einer Aufbewahrung auch nach Vornahme der Probe einverstanden erklärte. Lag es jedoch am Gutsherrn, dass sich die fristgemässe Probe verzögerte, so verlängerte sich die Probefrist um die da-

---

henden Auslegung des Parteiwillens von selbst, dass die Gefahren des organischen Werdeprozesses des bis zum Ausgegorensein beim Verkäufer verbleibenden jungen Weins der Käufer tragen müsse: *ZSSt.* 41, S. 71, 98 f.; 48, S. 390 f. Dazu Rabel, *ZSSt.* 42, S. 551; Seckel-Levy a.a.O. S. 205. Es ist jedoch nicht einzusehen, inwiefern eine *bona fide*-mässige Auslegung des Kaufvertrages verlangt, dass die Gefahr des Umschlagens des Weins den Käufer treffen soll.

[146] Krückmann, *ZSSt.* 60, S. 33.

durch versäumten Tage (cl. 4). In diesem Fall trug der Verkäufer das *periculum acoris et mucoris* auch über die drei *dies* hinaus. Ergab die Probe *acor* (Säure) oder *mucor* (Kahm), so durfte der Käufer vom Vertrage zurücktreten, selbst wenn der Wein erst innerhalb der Probefrist schlecht geworden sein sollte. Bis zur Probevornahme trug der Gutsherr das *periculum acoris et mucoris* und auch die Gefahr des zufälligen Unterganges, weil der auf *degustatio* abgestellte Kauf hinfällig wurde, wenn sie nicht mehr vorgenommen werden konnte[147]. Versäumt der Käufer die Frist, so gilt der Wein als gekostet (cl. 4):

*si non ita fecerit, vinum pro degustato erit.*

Sein Recht zur *degustatio* mit der Folge, den Wein beanstanden und vom Kauf zurücktreten zu dürfen, erlosch.

Zu Catos Zeit bildete die *degustatio* noch eine ausdrückliche Klausel der Leges. Später — seit wann, ist unbekannt — wird sie wie so manche privatautonome Abrede im Wege ergänzender Vertragsauslegung subintelligiert und schliesslich als Regel ins objektive Recht aufgenommen worden sein, allerdings nur beim Verkauf von jungem Fasswein (*doliare vinum*), nicht bei dem nach Ablauf des ersten Jahres in Amphoren oder Krüge (*amphorae, cadi*) gefüllten Wein[148].

Es stand nicht im freien Belieben des Käufers, den Wein zu billigen oder zu missbilligen. Es lag kein Kauf auf Probe im Sinne des § 495 BGB vor. Nur darauf kam es an, ob der Wein sauer oder kahmig war. Wollte sich der Käufer durch eigenes Kosten davon überzeugen, ob ihm die Sorte gefiel, so musste er ein *pactum displicentiae* abschliessen. Die *degustatio* gab ihm kein Recht, willkürlich zu verfahren[149]. Deshalb entschied im Streitfall das *arbitrium viri boni*. In der spätrepublikanisch-klassischen Zeit wird dieses *arbitrium* auch ohne besondere Abrede gegolten haben[150]. Wenn Paulus D. 18, 1, 34, 5 sagt: *gustus ... ad hoc proficit, ut improbare liceat*, so lässt sich aus dem Missbilligendürfen keineswegs ein willkürliches Rücktrittsrecht des Käufers folgern, das

[147] Krückmann, *ZSSt.* 64, S. 40, und schon Bechmann, *Kauf* II, S. 542.

[148] L. Goldschmidt a.a.O. S. 98 ff., 108; Karlowa II, S. 628; Seckel-Levy S. 209; Kaser, *RPR.* I, S. 461 A. 40.

[149] L. Goldschmidt a.a.O. S. 85 ff., 109, 117.

[150] L. Goldschmidt a.a.O. S. 88; Seckel-Levy a.a.O. S. 212.

selbst dann bestehen sollte, wenn in Wahrheit *acor* und *mucor* gar nicht vorlag[151].

Nur brauchte nach klassischem Recht nicht mehr unbedingt ein Dritter hinzugezogen zu werden[152]. Denn wenn dem Gutsherrn das *arbitrium* des Käufers ungerecht erschien, konnte er es vom Richter im *bonae fidei iudicium* nachprüfen lassen[153]. Im Zweifel war das *arbitrium* einer Partei stets als *arbitrium boni viri* zu verstehen und unterlag ebenso wie das *arbitrium* eines Dritten (Paul. D. 17, 2, 79) richterlicher Kontrolle. Dieser Ansicht war bereits Proculus. Er unterscheidet zwei Arten von *arbitri*:

D. 17, 2, 76 (*lib. 5 epist.*)[154]:

*Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.*

Die eine Kategorie der *arbitri* ist nicht an Gesetz und Recht gebunden, sie entscheidet nach freiem Ermessen (sog. *arbitrium merum*). Dazu gehört vor allem der Schiedsrichter (*arbiter ex compromisso*). Die andere Gruppe bilden die Schiedsgutachter. Hier geht es nicht um die schiedsrichterliche Entscheidung eines Rechtsstreits, sondern darum, gewisse Verhältnisse oder Zustände für die Parteien bindend festzustellen, um praktisch einem Rechtsstreit vorzubeugen[155]. Diese Gutachter dürfen nicht nach Will-

[151] L. Goldschmidt a.a.O. 85 ff.; Bechmann a.a.O. S. 541; Seckel-Levy a.a.O. S. 212.

[152] So dürfte sich der Streit zwischen Albertario und F. Schulz lösen. Albertario (*Studi* III, S. 289; VI, S. 277 f.; *Corso di dir. rom., le obbligazioni, parte generale* I, S. 263) versteht unter dem *arbitrium viri boni* das eines unparteiischen Dritten, während F. Schulz (*ZSSt.* 48, S. 695) die Klausel dahin auslegt, der Käufer solle die Kostprobe binnen drei Tagen so vornehmen, wie es dem Verhalten eines *vir bonus* entspricht.

[153] Vgl. Karlowa II, S. 649.

[154] Dazu Arangio-Ruiz, *Società*, S. 112 f.; Grosso, *Obbligazioni*², S. 100 ff. Bei Ulp. D. 50, 17, 22, 1 (*lib. 28 ad Sab.*) findet sich die allgemeine Regel: *Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.* Es handelt sich um einen von den Leuten Justinians aufgestellten Leitsatz, der aus der Behandlung des von Ulpian D. 18, 1, 7 pr. erörterten Falles gewonnen ist (Albertario, *Studi* III, S. 306 ff.; Grosso a.a.O. S. 121 ff.).

[155] Vgl. Heumann-Seckel s.v. *Arbiter* 2 c.

kür entscheiden, sondern müssen ihr *arbitrium* wie ein *vir bonus* nach Recht und Billigkeit abgeben. Bei offenbarer Unbilligkeit kann ihr *arbitrium* vom Richter nachgeprüft werden:

Paul. D. 17, 2, 7, 9 (*lib. 4 quaest.*):

*Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.*

Cato unterscheidet nun genau die Fälle, wo das *arbitrium domini* den Ausschlag gibt, von denen, wo das *arbitrium* eines *vir bonus* eingreift. Der Gutsherr kann nach seinem Ermessen Anweisungen für die Ausführung der Olivenernte und Ölbereitung erteilen (c. 144, cl. 2; c. 145, cl. 2). Es liegt in seinem eigenen Interesse, nur solche Anweisungen zu geben, die sachgerecht sind. Der Unternehmer ist für ihre Ausführung nicht verantwortlich und kann seinen Werklohn auch dann verlangen, wenn sie falsch waren. Ebenso ist es allein Sache des Gutsherrn, darüber zu befinden, ob er die ihm vom Unternehmer angebotenen Bürgen akzeptieren will oder nicht (c. 144, cl. 5; 146, cl. 5).

Ganz anders liegen die Dinge aber, wenn es sich um den Ersatz des Schadens handelte, den der Unternehmer oder seine Leute angerichtet oder der Käufer des Wintergrases dem Gutsherrn und umgekehrt zugefügt hatten (c. 144, cl. 6 und 7; c. 145, cl. 9; c. 149, cl. 5 und 6). Hier wären der Gutsherr oder der Käufer Richter in eigener Sache gewesen, wenn sie die Höhe des Schadens aus eigener Machtvollkommenheit hätten regeln können. Dafür, dass Cato hier nicht den *arbitratus domini* entscheiden liess, obwohl die Leges sonst den Gutsherrn begünstigen, werden sicherlich triftige Gründe vorgelegen haben. Es bestand nämlich die Gefahr, dass die Jurisprudenz und damit der Richter eine solche einseitige Schadensfestsetzung für ungültig erklärte. Sie wäre unbedenklich zugelassen worden, falls der Richter hätte prüfen können, ob der Gutsherr bei der Festsetzung die Grundsätze eines *vir bonus* innegehalten hatte. Diese Kontrolle war indessen nicht möglich, weil es damals noch kein *bonae fidei iudicium* gab. Infolgedessen blieb kein anderer Weg, als die Höhe des Schadens durch einen unparteiischen Dritten als *arbiter* und *vir bonus* bestimmen zu lassen. Zwar war auch sein *arbitrium* nicht nachprüfbar, bot aber trotzdem eine weitaus grössere Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung als das Ermessen des Gutsherrn. Aus

denselben Gründen wurde bei der Weinprobe des Käufers ein *vir bonus* als Schiedsgutachter hinzugezogen.

Der *vir bonus*[156], dessen *arbitratus* nach den Catonischen Leges entscheiden soll, ist also ein Dritter ohne richterliche Befugnisse[157], wie ihn auch das klassische Recht kennt[158]. Er ist kein privater Schiedsrichter (*arbiter ex compromisso*)[159]. Das Kompromiss wird von beiden Parteien durch gegenseitige Konventionalstrafstipulationen gesichert, da der Spruch ja nicht staatlich garantiert ist[160]. Von einer Konventionalstrafe aber steht bei Cato kein Wort. Ausserdem entscheidet der Schiedsrichter, wie schon dargetan, nach freiem Ermessen, während das *arbitrium viri boni* den Regeln von Recht und Billigkeit folgen soll. Ebensowenig handelt es sich um einen *arbiter*, den der Prätor auf Verlangen einer oder beider Parteien bestellt und zur Urteilsfällung ermächtigt[161].

Der Schiedsgutachter Catos hat die Aufgabe festzustellen, ob tatsächlich *acor* oder *mucor* vorliegen, wenn es der Käufer bei der Weinprobe behauptet, ferner ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist. Dagegen obliegt ihm — im Gegensatz zum *arbiter* des Zivilprozesses — nicht die Streitentscheidung durch Ausspruch von Rechtsfolgen. Sein Arbitrium bindet die Vertragsparteien. Auf diese Weise wird vielfach praktisch einem Rechtsstreit vorgebeugt oder ihm doch die massgebliche Richtung gegeben. Klagt der Gutsherr zum Beispiel den Kaufpreis für den Wein ein, so kann sich der Käufer nicht auf *acor* oder *mucor* berufen, wenn der Schiedsgutachter das Gegenteil festgestellt hat. Der römische Gutsherr scheut sich vor umständlichen Prozessen, die ihn einer nützlichen Tätigkeit fernhalten[162]. Daher werden die erwähnten Aufgaben einem aussergerichtlichen Arbiter übertragen.

[156] Vgl. darüber von Lübtow, *ZSSt.* 66, S. 519 ff.

[157] Karlowa, *Röm. Zivilprozess*, S. 141 A. 1.; Wlassak, *RE.* II, 1, Sp. 414 s.v. *Arbitrium* Nr. 4; Albertario, *Studi* III, S. 285 Sternanm., 288 ff.; IV, S. 273 ff.; *Corso dir. rom. Obbligazioni* I, 1936, S. 261 ff.

[158] Vgl. unten S. 437 ff.

[159] Mitteis, *RPR.* I, S. 48. Monier a.a.O. S. 172 ff. denkt an eine blosse Schiedsgerichtsbarkeit; vgl. Kaser a.a.O. S. 299 A. 55.

[160] Wenger, *Röm. Zivilprozess*, S. 330.

[161] So Mitteis a.a.O. S. 48 ff. Über den Unterschied zwischen *iudex* und *arbiter* siehe Karlowa a.a.O. S. 54 ff.; Mitteis a.a.O. S. 46 ff.; Düll, *Der Gütegedanke im röm. Zivilprozessrecht* S. 2 ff., 26 ff.

[162] Burckhardt, *Zur Geschichte der Locatio Conductio*, S. 11 mit A. 23.

### c) *Iudicium* und *arbitrium* im Legisaktionen- und im Formularprozess

Die Abgabe eines Arbitriums ist nur dann gesichert, wenn die Person des Gutachters von vornherein feststeht[163]. In den Leges wird er noch nicht angegeben. Kam es zum Streit, ohne dass die Parteien den Gutachter im Vertrage benannt hatten oder sich nachher über ihn einigten, so musste der *iudex* des *bonae fidei iudicium* die Rolle des *arbiter* übernehmen[164], zur Zeit Catos dagegen trat nunmehr der *arbiter* des Legisaktionenprozesses (*legis actio per arbitri postulationem*) in die Bresche.

Dieser *arbiter* soll als römischer Ehrenmann eine billige Entscheidung treffen. Wenn eine bestimmte Geldsumme oder Sache (*certa res, certa pecunia*) geschuldet wird, ernennt der Prätor einen *iudex*. Ein *iudex* wird bei Streitigkeiten berufen, die einfach durch richterliches Ja oder Nein zu entscheiden waren[165]. Nun gab es Rechtsverhältnisse, deren Wesensgehalt in einem *incertum* bestand und die nicht ungeschützt bleiben durften. Für solche unbestimmten Ansprüche, bei denen die Frage des Ob von der des Wieviel nicht getrennt werden kann, war das Sakramentsverfahren „mit seiner ausgeprägt zweiseitigen und kontradiktorischen Fragestellung" ungeeignet[166]. Hier musste ein rechtschaffener, erfahrener und sachkundiger Schiedsmann eingreifen, der hingeht und sich die Sache ansieht („Gangrichter" oder „Augenscheinrichter"[167]), zum Beispiel die zerbrochenen Leitern oder den sonst von den Leuten des Redemptors angerichteten Schaden, und der ihn dann angemessen abschätzt. Der Arbiter hat nunmehr auf eine Einigung unter den Parteien hinzuwirken. Schlägt der Vergleichsversuch fehl, so fällt der Arbiter als *vir bonus* ein

[163] Wlassak a.a.O.

[164] Wlassak a. a.O. S. 415.

[165] Karlowa S. 54.

[166] Kaser, *Altröm. ius*, S. 291, 299.

[167] *arbiter* ist entstanden aus *ad* und *baetere* = „gehen": Walde-Hofmann³ s.v. *arbiter*. So bereits Karlowa a.a.O.; Wenger a.a.O. S. 330 A. 5; Levy, *ZSSt.* 36, S. 13 mit älterer Lit. A. 1; Kübler, *RRg.*, S. 34, 42; Huwardas, *Beiträge zur Lehre von den actiones arbitrariae*, S. 38; Kaser, *Festschr. Wenger* I, S. 115 A. 1; vgl. auch sein *Altröm. ius*, S. 250. *Arbiter* ist also ein Mann, *qui adbitit* = *ad disceptantes duos betit* (*baetit*). Es ist nur seltsam, dass das lange *e* oder *ae* von *baetere* in *arbiter* kurz ist. Thielscher erklärt: „die Ableitung *arbiter* ist vorrömisch, d.h. gesamtitalisch".

Urteil nach seinem Ermessen, wobei er die ungeschriebenen Regeln der *fides* zu beachten hat. Der Gegensatz von *iudicium* und *arbitrium* besteht also bereits in der Periode vor Schaffung der *bonae fidei iudicia*. Die Bezeichnungen *iudex* und *iudicium* finden sich für die strengen Prozesse der *legis actio sacramento*, *per condictionem* und *per iudicis postulationem*. Hier wird über *certa pecunia* und *certa res* nach festen Gesetzen und Rechtsregeln entschieden. Die Ausdrücke *arbiter* und *arbitrium* dagegen begegnen in dem milden und freien Prozess der *legis actio per arbitri postulationem*. Hier ist dem Richter eine *infinita largitio* eingeräumt, ihn bindet nicht die fesselnde Enge des Gesetzes, hier stehen Ansprüche mit unbestimmtem, schwankendem, bildsamen Leistungsinhalt zur Debatte[168]. Der *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* wird also eine doppelte prozessuale Funktion zugewiesen: Sie war teils ein *iudicium directum asperum simplex*, bestimmt für genau umrissene Ansprüche auf *dare* von *certa pecunia* und *certa res*, teils stellte sie ein *arbitrium mite moderatum* dar für Ansprüche, zu deren Wesen das *incertum* gehörte, wie die von Gaius IV, 17a angeführten Beispiele zeigen[169]. Auch Arangio-Ruiz[170] vertritt die Meinung, der Richter sei im Sponsionsstreit *iudex*, im Teilungsprozess *arbiter* gewesen, und das *sive* der gajanischen Formel gehöre daher nicht zu ihren Bestandteilen, sondern deute an, dass es je nachdem zur Erbittung und Bestellung eines *iudex* oder eines *arbiter* komme[171]. Allerdings konnte das Urteil erst nach Abschätzung des Sachwertes ergehen, wenn das Klagebegehren sich auf eine *certa res* richtete. Aber dadurch wurde der Anspruch nicht zu einem *incertum*[172], das die Einsetzung eines Arbiters erforderte. Insoweit dürfte eine Schätzung bereits zu den Aufgaben des *iudex* gehört haben[173].

Der alte Gegensatz zwischen *iudicium* und *arbitrium* kehrt noch bei Cicero in seiner Rede *pro Q. Roscio comoedo* (4, 10 ff.) wieder. Der Kläger Fannius macht gegen Roscius die *condictio certae cre-*

[168] Vgl Keller-Wach, *Röm. Zivilprozess*[5], S. 31 ff., 76 ff.

[169] Vgl. unten S. 418.

[170] *BIDR.* 42, S. 614 ff.; *Cours de droit romain* (*Les actions*), S. 21 A. 1.

[171] Zustimmend Kaser, *Altröm. ius*, S. 280 A. 60. Anderer Ansicht Levy, *ZSSt.* 54, S. 303 f.; von Lübtow, *ZS*St. 68, S. 357; De Zulueta, *The institutes of Gaius* II, S. 240.

[172] Vgl. Kaser, *RPR.* I, S. 409.

[173] Vgl. Levy a.a.O. S. 304 A. 2.

*ditae pecuniae* geltend; er hätte ihn auch, meint Cicero, mit der *actio pro socio* vor dem *arbiter* verklagen können (9,25). Und nun hebt Cicero den Unterschied zwischen *iudicium* und *arbitrium* hervor:

> *Quid est in iudicio? directum asperum simplex: si paret H.S. dari .... quid est in arbitrio? mite moderatum: quantum aequius et melius sit dari.*

Cicero will trotz der durch das Kondiktionsverfahren gezogenen strengen Grenzen alles vorbringen, was ihm zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Rechtfertigung seiner Partei zweckdienlich erscheint[174], Deshalb kündigt er, rhetorisch übertreibend[175], an (*pro Roscio com. 5,15*):

> *Perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica* (privates Schiedsgericht)[176] *conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus.*

Cicero stellt also die *iudicia legitima* den *arbitria honoraria* gegenüber. Die einen beruhen auf gesetzlicher Grundlage, die andern auf prätorischer Machtvollkommenheit. Damit ist jedoch keineswegs gesagt, dass das *ius civile* bis dahin von einem *dare oportere* aus Kauf, Miete, Gesellschaft u. s. w. nichts wusste und die *intentio* mit dem Zusatz *ex fide bona* erst später in das Zivilrecht übergegangen ist[177]. Nicht auf den Gegensatz von zivilrechtlichen und prätorischen Ansprüchen stellt Cicero ab, sondern auf den Unterschied der Verfahrensarten. Mitteis[178] will Ciceros Worte nicht ernst nehmen, weil die von ihm gemeinten *arbitria honoraria* durch die *lex Aebutia* zu *iudicia legitima* geworden seien, und Cicero dann einen schon seit vielen Dezennien obsolet gewordenen Sprachgebrauch wieder aufgreifen würde. Mitteis glaubt Cicero tadeln zu müssen, weil er zwei ganz verschiedene Dinge — den Gegensatz von zivilem und prätorischem Prozessrecht und von strengem und freiem materiellem Recht — einfach zusammengeworfen habe. Dieser Vorwurf ist indessen unbegründet. Er ist nur so zu erklären, dass Mitteis die Tragweite der *lex Aebutia* überschätzt. Sie hatte das Schriftformelverfahren des Fremdenprozesses nur für die Kondiktionen auf *certa pecunia* und

[174] Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht* (1937), S. 56 f.
[175] Pflüger a.a.O.
[176] Pflüger, S. 57, Lit. A. 16.
[177] So Pflüger a.a.O. S. 57. Vgl. auch Kaser, *Altröm. ius*, S. 290 f.
[178] *RPR.* I, S. 47 A. 18.

*certa res* mit ziviler Geltungskraft ausgestattet[179]. Cicero denkt bei den '*iudicia legitima*' vor allem an die gegen Q. Roscius erhobene *condictio certae creditae pecuniae*, deren Schriftformel ja eine gesetzliche war (*lex Aebutia*), bei den '*arbitria honoraria*' hat er die *bonae fidei iudicia* im Auge, insbesondere die seiner Zeit beabsichtigte, aber infolge der Vereinbarung eines Schiedsgerichts nicht zustande gekommene *actio pro socio*[180]. Diese zählt er also nicht zu den *iudicia legitima*. Er spricht ferner von einem '*arbiter honorarius*'[181]. Das ist der Schiedsrichter, den der Prätor bei *bonae fidei iudicia* ebenso wie den *iudex* zur Urteilsfällung staatlich ermächtigt und dessen Urteil vollstreckbar wirkt.

Die *bonae fidei iudicia* sind vom Prätor ohne Gesetz kraft seines magistratischen Imperiums eingeführt worden. Dies ergibt sich auch aus einer anderen Äusserung Ciceros[182]:

> *Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria: et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona.*

Gewiss können die Worte *sine lege* nicht unmittelbar auf *iudiciis* bezogen werden[183]. Cicero sagt, der *dolus malus* wurde einmal durch Gesetze geahndet, zum andern ohne Gesetz durch die *bonae fidei iudicia*. Daraus ergibt sich, dass diese *iudicia* nicht auf ein Gesetz zurückgehen im Gegensatz zur *actio de rationibus distrahendis*, die sich auf die XII Tafeln gründet, und zu der *exceptio*, die den Jugendlichen gegen eine Ausbeutung ihrer Unerfahrenheit auf Grund der *lex Plaetoria* gewährt wird[184].

Cicero[185] berichtet ferner über einen Ausspruch des berühmten Juristen Q. Mucius Scaevola pontifex (Konsul 95 v. Chr.):

> *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona:*

[179] Pflüger S. 56 ff. mit Lit.; *ZSSt.* 63, S. 305 ff. Zustimmend Kaser a.a.O. S. 73 mit A. 46, 93, 291; *RPR.* I, 181 mit A. 10.

[180] Pflüger a.a.O. S. 57; Kaser a.a.O. S. 93, 290 f.

[181] *Tusc. disp.* 5, 41, 120; *de fato* 17, 39.

[182] *De off.* 3, 15, 61.

[183] Pflüger, S. 57 A. 20 mit Lit.

[184] Karlowa, *Röm. Zivilprozess*, S. 128.

[185] *De off.* 3, 17, 70. Vgl. dazu Krüger, *ZSSt.* 11, S. 195 ff. Beseler, *BIDR.* 39 (1931), S. 338 f., bestreitet zu Unrecht die Echtheit eines Teiles der Stelle. Gegen ihn auch Kübler, *Atti Roma* I, S. 88 A; 6. Arangio-Ruiz, *Compravendita* II, S. 207 A. 1; Kaser, *RPR.* I, S. 406 A. 5.

*fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur: in his magni esse iudicis statuere (praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria) quid quemque cuique praestare oporteret.*

Q. Mucius pflegte also zu sagen, dass den *arbitria*, bei denen die Klausel *ex fide bona* hinzugefügt werde, eine weitreichende Bedeutung zukomme. Er war der Meinung, dass, wenn auch die Klausel als solche auf bestimmte *arbitria* beschränkt sei, der Begriff der *bona fides* sich viel weiter ausdehne, nämlich über jene *arbitria* hinaus auf andere *iudicia*, die Q. Mucius in dem folgenden Katalog mit aufführt, ohne sie besonders zu kennzeichnen[186]. Es handelt sich um Geschäfte, auf denen der Verkehr der Menschen untereinander beruht. Zu den *iudicia*, die nicht die typische *ex fide bona*-Klausel haben, gehört vor allem die *actio fiduciae*[187], die den Zusatz enthält: '*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*'[188]. Er bezeichnet nach Pernice[189] „genau das, was die *bona fides* ausmacht". Der Satz *praesertim — contraria* passt nicht in diesen heutigen Zusammenhang[190]. Allein dieser Fehler lässt sich durch einfache Umstellung beheben. Der Satz gehört hinter *contineretur* und besagt, es gibt bei sehr vielen Judizien *iudicia contraria*, deren Dasein die Zahl der *iudicia bonae fidei* noch erhöht. Die Äusserung über die *iudicia contraria* beweist zugleich, dass Q. Mucius und Cicero keine erschöpfende Aufzählung der *iudicia bonae fidei* beabsichtigt haben[191]. Unter den von ihnen genannten begegnen nur bei Tutel, *fiducia* und Mandat *iudicia contraria*[192]. Bei allen diesen *iudicia*, so fährt Q. Mucius fort, sei es die Aufgabe des Richters festzuset-

[186] Krüger a.a.O. S. 196.

[187] Dazu statt aller Kaser, *RPR*. I, S. 387 f. mit Lit.

[188] Cicero, *de off*. 3, 15, 61; 3, 17, 70; *de nat. deor*. 3, 74; *top*. 17, 66; *ad fam*. 7, 12.

[189] *Labeo* II 1², S. 196. Vgl auch Lenel, *EP*.³, S. 292 A. 3.

[190] Beseler a.a.O.

[191] Karlowa II, S. 603.

[192] Schwarz, *ZSSt*. 71, S. 213, behauptet im Anschluss an Pernice a.a.O. S. 258 A. 1, der Begriff *iudicia contraria* sei hier nicht technisch gebraucht. So auch Kunkel, *RPR*., S. 208 A. 1 mit Lit.; Kaser, *RPR*. I, S. 441 A. 6. Dagegen zutreffend schon Karlowa a.a.O.: Er fragt mit Recht, welche Klage zum Beispiel beim Kauf das *iudicium contrarium* sein solle, zumal Cicero vorher beide Klagen aus dem Kaufvertrag erwähnt habe: *in rebus emptis, venditis*.

zen, was die eine Partei der andern zu leisten verpflichtet sei[193]. Damit wird nicht nur darauf angespielt, dass der Richter kraft seines Offiziums ermächtigt sei, liquide Gegenforderung anzurechen[194]. Vielmehr fallen gleichartige Erwägungen wie für die Kompensation auch für das Recht der Rückbehaltung der eigenen Leistung ins Gewicht. Retention und Aufrechnung sind Zwillingsschwestern und werden sich im *bonae fidei iudicium* gleichzeitig entwickelt haben[195]. Die Gegenansprüche konnten im *iudicium contrarium*[196] geltend gemacht, aber auch — ohne *exceptio doli*, die es zur Zeit des Q. Mucius noch gar nicht gab — im *iudicium directum* kraft der *bona fides*-Klausel vom Richter berücksichtigt werden. Dementsprechend heisst es bei Gaius III, 137:

> *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur*[197].

Es handelt sich bei diesen *iudicia* nicht um streng einseitige, sondern um wechselseitige Ansprüche auf Leistung und Gegenleistung oder auch um einen einseitigen Hauptanspruch, mit dem ein Gegenanspruch des Beklagten auf Aufwendungs- oder Schadensersatz als blosser Nebenanspruch innerlich verknüpft sein konnte. Gaius betont, dass die Parteien nicht wie bei den Verbal- und Litteralkontrakten schlechthin die Leistung einer Vertragspartei wollen, sondern dass auch die andere leisten soll. Die herrschende Meinung vertritt den Standpunkt, die Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungspflichten habe sich erst in klassischer Zeit allmählich entwickelt[198]. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Der Legisaktionenprozess war allerdings streng einseitig: „ein Prozess, eine Frage", diese Maxime galt sowohl für den Kläger wie auch für den Beklagten[199]. Wenn also der Kläger mit der *legis actio per iudicis postulationem* den Kaufpreis (*certa pecunia*) verlangte, konnte sich der Beklagte nicht darauf berufen, dass

[193] Vgl. auch Cic. Top. 17.
[194] Karlowa II, S. 679 f.; Wieacker, *ZSSt.* 69, S. 322; F. Schwarz a.a.O.
[195] Vgl. Wlassak, *Negotiorum gestio*, S. 195 f. Dagegen Pernice a.a.O.
[196] Dazu Kaser, *RPR.* I, S. 440 f. mit Lit.
[197] Vgl. dazu oben S. 383 mit A. 83 sowie Gai. III, 155.
[198] Kunkel, *RPR.*, S. 209 mit A. 5; Kaser, *RPR.* I, S. 442 mit A. 10.
[199] Ihering, *Geist* III 1, S. 22.

er die Ware noch nicht erhalten habe. Vielmehr musste er seinen Gegenanspruch selbständig mit der *legis actio per iudicis postulationem* auf *certa res* geltend machen. Ihering[200] behauptet zwar, die Parteien hätten die Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungspflichten durch zwei bedingte Stipulationen sichern können: *centum dare spondes, si equum dederim? equum dare spondes, si centum dederim?* Mit der Kategorie der Bedingung liess sich jedoch eine gegenseitige Abhängigkeit nicht erreichen. Die Verpflichtung eines jeden würde dann erst mit der Leistung des anderen entstehen. Die beiden Stipulationen würden sich also in einem unauflöslichen Zirkel bewegen[201]. Mit der Schöpfung der *bonae fidei iudicia* trat nun eine grundlegende Wandlung ein. Die *intentio incerta* liess es im Verein mit der *bona fides*-Klausel zu, dass ausser der im Interesse des Klägers gestellten Frage stets auch die Belange des Beklagten berücksichtigt werden konnten. Schon Q. Mucius weist auf die wechselseitige Abhängigkeit beiderseitiger Leistungspflichten hin und gebraucht gerade in diesem Zusammenhang die Doppelbezeichnung *emere, vendere* sowie *locare, conducere*, die nicht als Tautologie betrachtet werden darf, sondern das Abhängigkeitsverhältnis zum Ausdruck bringen soll[202] und auch wohl unter dem Einfluss der beiden Klagen *actio ex empto* und *actio ex vendito* steht. Es kann keine Rede davon sein, dass sich die Hervorhebung der beiden Seiten des Kauf- und Mietvertrages aus der ursprünglichen Stipulationsform (*stipulatio empti* und *venditi, locati* und *conducti*) erkläre und die genannten Rechtsgeschäfte eben nur ein Kompositum von zwei Verträgen seien, wie Ihering[203] behauptet. Schon in spätrepublikanischer Zeit wurde also die Interessenlage bei Kauf und Miete prozessual berücksichtigt, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die beiden Leistungsverpflichtungen in einem Austauschzusammenhang stehen und ein jeder erst zu leisten braucht, wenn er auch den Gegenwert erhält[204].

Es fragt sich nun, mit welchen prozesstechnischen Mitteln das Abhängigkeitsverhältnis verwirklicht wurde. Die prozessuale Ge-

[200] A.a.O. S. 52, 201 f.

[201] Bechmann I, S. 17.

[202] Kunkel, *RPR.*, S. 208, 227; Kaser, *RPR.* I, S. 440, 456 f. Vgl. auch Bechmann I, S. 30 f.

[203] A.a.O. S. 202 f.

[204] Vgl. Heck, *Schuldrecht*, S. 126; F. Leonhard, *Allgem. Schuldrecht*, S. 336.

staltung, die uns im klassischen Recht begegnet, dürfte bereits im spätrepublikanischen gegolten haben[205]. Ulpian sagt

D. 19, 1, 13, 8 (*lib. 32 ad ed.*):

*offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit*[206].

Beim Barkauf gelangt der Austauschgedanke in voller Reinheit zum Ausdruck. Jeder Teil ist durch die Leistung Zug um Zug gesichert. Anders liegt die Sache beim Konsensualkauf. Wer ein Opfer bringt, will dagegen geschützt sein, dass er es nicht umsonst bringt[207]. Er verlangt daher Herstellung einer gesicherten Lage. Voll gesichert ist er erst, wenn er das Eigentum an dem ihm geschuldeten Gegenstande erhalten hat. Aber das römische Recht begnügt sich, um keine Vorleistung des Käufers zu erzwingen, mit der pfandartigen Sicherung des Verkäufers gegen die Gefahr, selbst zu leisten, ohne auf die eigene Forderung etwas zu erhalten. Ein Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers gewähren auch Marcellus (in D. 21, 1, 31, 8) sowie Scaevola (D. 18, 4, 22). Sie bringen ebenfalls den Vergleich mit dem Faustpfand. Die Worte *nondum est ex empto actio* bei Ulpian bedeuten, dass eine erfolgreiche Klage nicht möglich ist, solange nicht der Käufer den vollen Kaufpreis angeboten hat[208]. Das Zurückbehaltungsrecht entfällt, wenn der Beklagte kraft Gesetzes oder Vertrages zur Vorleistung verpflichtet ist. Es kann durch Sicherstellung des Kaufpreises (Delegation, Bürgschaft oder Pfand) abgewendet werden[209]. Liegen die Dinge bereits *in iure* klar, so kann der Prätor den Beklagten auffordern, die Ware Zug um Zug gegen Empfang des Kaufpreises anzubieten. Andernfalls geht das Arbitrium des Richters dahin, dass der Beklagte gegen Angebot des Kaufpreises zu leisten hat.

[205] Varro *de re rustica* 2, 2, 5 f. steht dem keineswegs entgegen: vgl. oben S. 369 ff.

[206] Vgl. dazu die Angaben im *Ind. Itpl.*, ferner Bechmann III 1, S. 199 ff. Siber, *RR.* II, S. 197.

[207] F. Leonhard a.a.O.

[208] Jörs, *RPR.*, S. 143 A. 4; Kunkel, S. 209 A. 7.

[209] Marcellus in D. 21, 1, 31, 8: *Nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciat.* Vgl. § 276 III BGB, anders § 320 I S. 3. Siehe auch Pernice, *Labeo* II 1², S. 284 A. 4, und Rabel, *Grundzüge*, S. 483. Ähnlich steht der Stipulationsklage des Auktionators eine *exceptio mercis non traditae* entgegen (Gai. IV, 126a).

Weigert sich der Kläger ohne Grund, den Kaufpreis anzubieten, so wird der Beklagte freigesprochen. Weigert sich der Beklagte, die Ware trotz des Angebots zu übergeben, so wird er verurteilt[210]. Den Zusammenhang der Leistungen berücksichtigen die römischen Juristen wie auch die Verfasser des BGB (§ 320) nur in der Form des Weigerungsrechts. Der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung wird nicht von Amts wegen beachtet, sondern nur, wenn er sich darauf beruft. Dazu bedurfte es im *bonae fidei iudicium* keiner *exceptio*. Der Käufer kann seinen Anspruch auf Leistung zunächst ohne Rücksicht auf die von ihm zu bewirkende Gegenleistung erheben. Der Verkäufer andererseits kann die Ware übergeben, ohne sich auf seinen Anspruch auf den Kaufpreis und das Retentionsrecht zu berufen. Er begnügt sich dann eben mit dem Vertrauen auf die *fides* seines Vertragspartners[211]. Es besteht kein begrifflicher oder rechtspolitischer Grund, das Verlangen des Käufers automatisch von der Berücksichtigung der Gegenleistung abhängig zu machen.

Der *arbiter ex compromisso* ist bei seiner Entscheidung völlig frei; er ist weder an Gesetz und Recht noch an die *aequitas* gebunden, sondern darf lediglich seinem persönlichen Rechtsempfinden folgen[212]. Diese Regel gilt jedoch für die übrigen *arbitri* nicht. Sie durften nicht nach ihrem persönlichen Belieben entscheiden, sondern mussten ihr Arbitrium *ad arbitrium boni viri redigere*[213]. Dies gilt insbesondere für den *arbiter-iudex* bei den *iudicia bonae fidei*. Die *bona fides* ist die *fides boni viri*[214]. Diesen Massstab soll der Richter anlegen. Aus den Grundsätzen eines *vir bonus*, eines römischen Ehrenmannes[215], soll er erschliessen, was in dem besonderen Fall die eine Partei der andern schuldet. Ein *vir bonus* pocht nicht auf seine vertraglichen oder gesetzli-

[210] Bechmann III 1, S. 201.

[211] Vgl. Bechmann I, S. 576 f.

[212] Seneca *de beneficiis* 3, 7, 5: *Ideo melior videtur conditio causae bonae si ad iudicem quam si ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit et certos quos non excedat terminos ponet; huius libera et nullis adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest et adiicere.* Proculus D. 17, 2, 76: Dazu oben S. 403, ferner Herdlitczka, *Formula arbitraria* (1934), S. 10 ff., 15 A. 42.

[213] Herdlitczka a.a.O. S. 11.

[214] Karlowa II, S. 682; Krüger, *ZSSt.* 11, S. 177; von Lübtow, *ZSSt.* 66, S. 508, A. 172 a. Vgl. auch Pringsheim, *ZSSt.* 52, S. 95 f.

[215] Zu diesem Zentralbegriff von Lübtow a.a.O. S. 519 ff.

chen Rechte, wo die Berufung darauf unbillig erscheint. Deshalb muss der Richter selbstschöpferisch die Entscheidung treffen und kann, was die Parteien sich schulden, nicht lediglich durch eine logische Subsumtion des Sachverhalts unter einen schon bestehenden Rechtssatz feststellen. Er muss sich „für den einzelnen Fall gleichsam selbst die Norm neu schaffen"[216]. Er hatte also eine bei weitem kompliziertere Aufgabe zu lösen als der *iudex* bei der *actio certae creditae pecuniae*. Die Lösung konnte ihm nur gelingen, wenn er, wie Q. Mucius sagt, ein grosser Richter war[217]. Für den zeitlichen Ansatz der Entstehung der *bonae fidei iudicia* gibt es nunmehr zwei feste Anhaltspunkte. Sie fallen in die Zeit zwischen Cato und Q. Mucius. Beseler[218] hat daher wohl recht, wenn er ihre Schöpfung um das Jahr 100 v. Chr. datiert[219].

### d) Plautus *Mostellaria* 671 f.

Kunkel[220] hat die Ansicht vertreten, dass bereits Plautus, einem wenig älteren Zeitgenossen Catos — seine Komödien sind um die Wende vom dritten zum zweiten Jahrhundert verfasst—, die *iudicia bonae fidei* bekannt gewesen seien[221]. Er beruft sich vor allem auf die *Mostellaria* 671 f. Theuropides, ein Kaufmann aus Athen, unternimmt eine Geschäftsreise nach Ägypten und bleibt drei volle Jahre von Hause abwesend. In der Zwischenzeit hat sich sein Sohn Philolaches in eine hübsche Flötenspielerin verliebt und sie aus dem Sklavenstand freigekauft. Das Geld hierzu hat er sich durch Vermittlung des Sklaven Tranio von einem Wucherer geliehen. Als Theuropides unerwartet zurückkehrt, schwindelt ihm Tranio vor, Philolaches habe ein anderes Haus gekauft, da das bisherige durch Spukerscheinungen unbewohnbar geworden sei, und als Anzahlung (*arrabo*) das entliehene Geld verwendet.

[216] Schönbauer, *Studi Riccobono* II, S. 393, 394, 415.

[217] Vgl. Karlowa II, S. 683. Über die Grundprinzipien der *bona fides* im Vertragsrecht siehe jetzt Beck, *Aequitas und bona fides*, *Festgabe Simonius*, S. 9 ff., über ihre Rolle beim Übergang vom Bar- zum Konsensualkauf Meylan, ebendort, S. 247 ff., über die Beziehungen zwischen *fides* und magistratischen Imperium Paoli, ebendort, S. 273 ff.

[218] *Jur. Min.*, S. 63.

[219] Kaser a.a.O. S. 300 A. 57 hält — allerdings zweifelnd — diesen Zeitansatz für zu spät.

[220] *Festschr. Koschaker* II, S. 12 ff. Vgl. auch Fraenkel, *Rhein. Mus.* N.F. 71, S. 191 A. 3; Heinze, *Vom Geist des Römertums*, S. 35 A. 8.

[221] Zustimmend Kaser, *Altröm. ius*, S. 290.

Der Kaufpreis beträgt nach den Angaben Tranios zwei Talente = 120 Minen, die Anzahlung 40 Minen, so dass angeblich noch 80 Minen geschuldet werden. Auf die Frage seines Herrn, wo denn das Haus liege, zeigt ihm Tranio das Haus des Nachbarn Simo. Ungläubig fragt Theuropides: *bonan fide* (sc. *istuc dicis*)?: „Sprichst du wirklich die Wahrheit oder lügst du?" Tranio missversteht diese Frage absichtlich, indem er sie nicht auf die Wahrheit seiner Erzählung, sondern auf den Kauf bezieht. Er antwortet:

*Si quidem tu argentum reddituru's, tum bona,*
*Si redditurus non es, non emit bona.*

Es soll also von der Zahlung des Restkaufpreises durch den Vater abhängen, ob der Sohn *bona* oder *mala fide* gekauft hat. Bechmann[222] legt zutreffend dar, dass der Ausdruck *bona fides* hier in einem doppelten Sinn verstanden werden könne: einmal als Vertrauen des Sohnes zum Vater, dass er bezahlen werde; zum andern liesse er sich auch auf das Verhältnis zwischen dem Sohn und dem Verkäufer beziehen: der Sohn stehe seinem Vertragspartner gegenüber in einem schlechten Licht da, wenn er kaufe, ohne bezahlen zu können. Bechmann möchte nach dem ganzen Zusammenhang der erstgenannten Deutung den Vorzug geben. Indessen scheint ein Entweder — Oder nicht angebracht zu sein. Vielmehr dürfte Tranio mit dem *bona fide emere* des Haussohnes sowohl die Beziehungen zum Vater als auch zu dem Verkäufer meinen. Der Sohn hat sich darauf verlassen, dass der Vater den Kauf billigen und ihn erfüllen würde. Wenn jetzt der Vater nein sagt, wäre das Vertrauen des Sohnes enttäuscht und er ausserdem blamiert. Denn der Verkäufer durfte auf Grund des abgeschlossenen Kaufvertrages die Zahlung erwarten. Weigert sich der Vater jetzt, so muss der Verkäufer denken, dass Philolaches schon bei Eingehung des Vertrages nicht mit der Erteilung des väterlichen Einverständnisses gerechnet hat und folglich unredlich (*mala fide*) verfahren ist. Tranio appelliert also in doppelter Weise an die väterlichen Gefühle des Theuropides. Wir haben es nach alledem nicht mit einer Anspielung des Plautus auf die *bonae fidei iudicia* zu tun. Die Klausel: *quidquid dare facere oportet ex fide bona condemna* wendet sich an den Richter und gebietet ihm festzustellen, was im konkreten Fall die Art und die Sitte rechtlich denkender Leute erfordern. Das plautinische *bona fide emere* dagegen bezieht sich nur auf das Ver-

[222] *Kauf* I, S. 617 f.

halten des Käufers, das auf seine *bona* oder *mala fides* geprüft wird. Daher dürften die Schlussfolgerungen, die sich aus einer Betrachtung der Catonischen Formulare ergeben, doch ein grösseres Anrecht auf Beachtung haben als die Plautusstelle. Es war eine rechtspolitische Tat von grösster Tragweite, als zum ersten Mal ein unbekannter Prätor sicherlich auf Anregung aus Kreisen der Jurisprudenz[223] die Formeln der *bonae fidei iudicia* proponierte. Bis dahin wurden die Ansprüche aus den einschlägigen Geschäften zivilrechtlich durch die *legis actio per iudicis* oder *per arbitri postulationem* geschützt. Von den Legisaktionen waren, wenn auch nicht im jugendlichen Rom, so doch späterhin die Peregrinen ausgeschlossen[224]. Der Privatrechtsschutz der Fremden beruhte jetzt allein auf dem magistratischen Imperium. Er erfolgte im Wege des Schriftformelprozesses, der also in der Fremdengerichtsbarkeit entstanden ist[225]. Dieser Prozess wurde frühzeitig auch zwischen römischen Bürgern angewandt[226]. Neben der alten Legisaktio bestand also für Streitsachen unter Römern nach Wahl der Parteien — aber noch nicht als *legitimum iudicium* — das Schriftformelverfahren. Hier gewährte der Prätor für die Konsensualkontrakte, aber auch für Realkontrakte wie Leihe und Verwahrung Rechtsschutz durch *actiones in factum*. Beispielsweise dürfte eine *actio empti in factum* etwa folgendermassen gelautet haben: *Si paret $A^m$ $A^m$ de $N^0$ $N^0$ hominem Stichum emisse, qua de re agitur, eumque $A^0$ $A^0$ traditum non esse, quanti ea res est, tantam pecuniam* etc. Beim Kommodat und Depositum wurde die ältere *actio in factum* neben dem *bonae fidei iudicium* beibehalten (Gai. IV, 47).

### e) Das Alter der Klagbarkeit der Konsensualverträge unabhängig vom Alter der *bonae fidei iudicia* — Prätorischer Ursprung dieser *iudicia*

Aus der vorstehenden Darlegung ergibt sich, dass man die Frage der Klagbarkeit der Konsensualverträge von jener der Schöpfung der *iudicia bonae fidei* trennen muss[227]. Gewiss ist die vor allem

[223] Ehrlich, *Theorie der Rechtsquellen* I, S. 147.

[224] Vgl. Kaser, *Altröm. ius*, S. 83 A. 8; von Lübtow, *Berliner Festschr.*, S. 128.

[225] Kaser a.a.O. S. 34 mit Lit. A. 10, 295 mit A. 36.

[226] Kaser a.a.O. S. 295 mit Lit. A. 35. S. 296, 298.

[227] Im Ergebnis übereinstimmend Bechmann a.a.O. S. 467 ff. Gegen ihn Mitteis, *RPR.* I, S. 45 A. 12. Weitere Lit. bei Burckhardt a.a.O. S. 3 A. 37.

von Keller-Wach[228] vertretene Ansicht unzutreffend, wonach die *bonae fidei iudicia* schon aus der Legisaktionenzeit stammten und die *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* der Einleitung dieser *arbitria* gedient habe[229]. Trotzdem aber dürfte diese Klage zuständig gewesen sein[230]. Gaius IV, 17a sagt ausdrücklich, mit ihr könne ein *iudex* oder ein *arbiter* vom Prätor verlangt werden[231]. Die *actio* war keine Allerweltsklage für beliebige Ansprüche[232], sondern, wie Gaius ausdrücklich betont, nur zugelassen, wenn eine Gesetzesnorm es bestimmte. Gaius nennt drei Beispiele: die Klage aus *sponsio certae pecuniae*, die *actio familiae erciscundae* — beide auf Grund der XII Tafeln — sowie die *actio communi dividundo* gemäss der *lex Licinnia*. Gerade die Teilungsprozesse erstreckten sich auf ein *incertum* und erforderten deshalb einen *arbiter*. Die Ansprüche aus Konsensualverträgen werden nicht erwähnt. Aber die Beweiskraft eines argumentum e silentio ist immer fraglich. Ausserdem musste das alte Verfahren durch die neuen *bonae fidei iudicia* demnächst völlig in den Hintergrund gedrängt werden, und so erklärt es sich, dass die einschlägigen Gesetze der Vergessenheit anheimfielen[233]. Ob alle Konsensualverträge durch ein einziges Gesetz der *legis actio* erschlossen wurden, ist zweifelhaft. Man wird wohl mit mehreren Gesetzen zu rechnen haben.

Wenn die Catonischen Leges immer wieder bei Leistungen auf ein *incertum* auf das *arbitrium boni viri* verweisen, so folgt daraus nicht, dass eine solche Bezugnahme notwendig war und ohne sie der widerstrebende Beklagte vom Prätor nicht zur Annahme eines solchen Arbitriums gezwungen werden konnte[234].

Zu demselben Ergebnis führt auch eine Betrachtung des Berichts des Celsus in

[228] *Römischer Zivilprozess*[5] (1876), S. 31 ff., 76 ff.

[229] Vgl. Mitteis a.a.O. S. 44 A. 11.

[230] A. A.: Bechmann a.a.O. S. 469, der an die *legis actio sacramento* denkt, Mitteis, *RPR.* I, S. 44 mit A. 11, 48 A. 21 und Kaser, S. 291, 299.

[231] Dazu Kaser a.a.O. S. 250 ff. — Vgl. auch Val. Probus *de not.* 4, 8.

[232] Kaser, S. 251 A. 4.

[233] Von Bethmann-Hollweg, *Röm. Zivilpr.* I, S. 166 f., nahm an, die Klagbarkeit der Konsensualkontrakte beruhe auf einem uns unbekannten Volksbeschluss des fünften oder sechsten Jahrhunderts, der die *legis actio per iudicis postulationem* auf jene Fälle ausgedehnt habe. Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realkontrakte*, S. 82 mit A. 130, führt demgegenüber die *bonae fidei iudicia* auf verschollene Gesetze zurück. Vgl. unten S. 460 ff.

[234] Vgl. auch Mitteis a.a.O. S. 51 mit A. 29.

D. 19, 1, 38, 1 (*lib. 8 digestorum*)

*Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium (sc. boni viri) indemnitatem posse servari, Sextus Aelius, Drusus dixerunt; quorum et mihi iustissima videtur sententia*[235].

Danach haben Sextus Aelius (Konsul 198) und Livius Drusus (Konsul 144) die Meinung vertreten, der Verkäufer könne bei Annahmeverzug des Käufers durch *arbitrium* Erstattung der Unterhaltskosten für den verkauften Sklaven verlangen. Der Gläubiger haftete also bei Annahmeverzug auch ohne ausdrückliche Abrede für den eintretenden Schaden. Das *arbitrium*, auf das hier verwiesen wird, ist nicht das eines privaten Schiedsrichters[236], sondern das des Arbiters der *legis actio per arbitri postulationem*, zur Zeit des Celsus natürlich schon längst das Ermessen des über die *actio venditi* entscheidenden *iudex*. Gegenüber dem klaren und unzweideutigen Wortlaut des Berichts erscheint Bekkers[237] Interpretation doch recht gewaltsam. Er will den Bericht dahin verstehen, dass Aelius und Drusus die Aufnahme solcher Klauseln wie '*pro cibariis per arbitrium indemnitatem servari*' in die zu ihrer Zeit üblichen *leges venditionis* empfohlen hätten. Später seien dann solche Klauseln ständig geworden und als feste Bestandteile in den Vertrag übergegangen. Bekker[238] meint ferner, die Catonischen

[235] Vgl. dazu Beseler II, S. 114; Kaser a.a.O. S. 299 mit Lit. A. 55.

[236] Mitteis a.a.O. S. 48.

[237] *Aktionen* I, S. 314 f. Gegen Bekker: Karlowa a.a.O. S. 133 A. 1; Burckhardt a.a.O. S. 12 A. 25. Auch in der Annahme irrt Bekker, dass die *leges venditionis* ihre obligierende Kraft nicht *ex consensu*, sondern *ex verbis* erhielten. Er setzt also eine *stipulatio* voraus. Arangio-Ruiz, *Compravendita* I, S. 74, denkt an eine *stipulatio incerti*, die mit *der actio incerti ex stipulatu* geltend gemacht wird. Vgl. auch Girard, *Manuel*[8], S. 571 A. 2 und A. 4. Die Quellenstelle kann weder für die Stipulationstheorie noch als Zeugnis für das Alter der *actio venditi* als *bonae fidei iudicium* (vgl. Bechmann, *Kauf* I, S. 539, 637) verwertet werden. Ferrini, *Opere* III, S. 63 f., ist der Meinung, das *arbitrium* der *actio empti venditi* sei schon bekannt gewesen und hätte den damals einsetzenden Erwägungen der *bona fides* Raum geben dürfen. Horvat, *Studi Arangio-Ruiz* I, S. 437, folgert aus dem Bericht, das *bonae fidei iudicium* habe bereits zur Zeit des Sextus Aelius existiert. Vgl. auch Longo, *Corso* II (1937), S. 305, der sich mit Recht gegen Girard wendet.

[238] Aktionen I, S. 162. Dagegen Karlowa a.a.O. S. 141 A. 1; Burckhardt, S. 10. Vgl. oben S. 286, 287 mit A. 73.

Leges zeigten überhaupt, dass der Richter oder Arbiter damals bei den in Rede stehenden Geschäften nichts beachten konnte, was nicht zwischen den Parteien besonders vereinbart war. So mag es früher gewesen sein. Dafür sprechen die Ergebnisse der vergleichenden Rechtsgeschichte, wonach sich das Verkehrsrecht aus den Vereinbarungen der Parteien entwickelt hat[239]. Aber schon zu Zeiten des Sextus Aelius und Catos lagen die Dinge anders. Die Ausführlichkeit der Leges beruhte darauf, dass Differenzen möglichst vermieden und die Abwicklung des Vertragsverhältnisses möglichst ungestört und ohne richterliche Intervention vor sich gehen sollten. Lieber tat man des Guten zuviel und traf aus Vorsicht auch solche Vereinbarungen, die ein Arbiter vielleicht als selbstverständlich unterstellte, weil sich auf Grund von Abreden mit ständig wiederkehrendem Inhalt eine feste Verkehrssitte gebildet hatte. Dazu kam das zähe bäuerliche Beharrungsvermögen, das aus Gründen alter Tradition manche Vertragsklausel konservierte, auch wenn sie inzwischen überflüssig geworden war[240].

Der die Aktionen der *bonae fidei iudicia* proponierende Prätor entnahm das Muster der Schriftformel aus dem Peregrinenprozess. Im übrigen folgte er dem Vorbild der *legis actio per arbitri postulationem*, deren materiellrechtliche Grundlage das zivile *dare facere oportere* eines *incertum* bildete. Der Prätor stellte die *intentio* der Einfachheit halber auf *quidquid dare facere oportet* ab, selbst wenn Gegenstand des Anspruchs eine *certa res* oder *certa pecunia* war[241]. Deshalb nennt Cicero[242] diese Judizien *arbitria*. Bald dürfte sich dafür die Bezeichnung *bonae fidei iudicia* eingebürgert haben[243]. Sie sind aus der Verbindung zweier Prozesse geschaffen worden, der *legis actio per iudicis postulationem*, bei der lediglich über *certa pecunia* und *certa res* entschieden wurde (*iudicium asperum*), und der *legis actio per arbitri postulationem*, bei der ein *incertum* Gegenstand des Streites war und der *arbiter* „nach rechtlicher Leute Art

[239] Ebrard a.a.O. S. 12. Raape, *Der Verfall des griechischen Pfandes*, S. 31, bezeichnet das Formular als den „Pionier der Gesetzgebung".

[240] Vgl. Karlowa a.a.O. S. 141; *RRg.* II, S. 685 f.; Burckhardt a.a.O. S. 10 ff; Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 207; Manigk, *Pfandrechtl. Unters.* I, S. 76 f.

[241] Czyhlarz-San Nicolò, *Institutionen*[19], S. 455; Düll a.a.O. S. 21.

[242] *De off.* 3, 17, 70.

[243] Karlowa II, S. 683.

und Sitte"[244] den Streit der Parteien rechtsgestaltend schlichten sollte (*arbitrium mite moderatum*). Mit dem neuen Verfahren war in einem Prozess zu erreichen, was vorher nur in zwei Prozessen erreicht werden konnte. Wenn beispielsweise der Unternehmer seinen Werklohn einklagte, so durfte der Richter im Verfahren *per iudicis postulationem* einen Schaden, den der Unternehmer oder seine Leute dem Gutsherrn zugefügt hatten, erst berücksichtigen, wenn er vereinbarungsgemäss vorher durch einen aussergerichtlichen Arbiter festgestellt worden war und der Gutsherr von dem ihm eingeräumten Abzugsrecht Gebrauch gemacht hatte. Fehlte eine solche Abrede, so blieb dem Dominus kein anderer Weg, als die Schadensersatzforderung mit der *legis actio per arbitri postulationem* in einem besonderen Prozess einzuklagen[245]. Im *iudicium bonae fidei* dagegen konnte der Gutsherr der Werklohnklage ohne weiters seine Schadensersatzforderung gegenüberstellen. So erklärt sich die von Cicero berichtete Formulierung des Q. Mucius: *quid quemque cuique praestare operteret*[246].

Das Ob und das Wieviel des *dare facere* ist nach einer Norm zu bemessen, die zunächst nicht in einzelnen Regeln sich ausgeprägt findet, sondern aus der redlichen Gesinnung eines Ehrenmannes zu schöpfen ist[247]. Schon für den *arbiter* der *legis actio per arbitri postulationem* war diese Richtschnur massgebend und der Prozess daher nicht ein '*directum asperum simplex*', sondern ein '*mite moderatum*'. Damit dürfte die von Mitteis[248] aufgeworfene Frage beantwortet sein, wie es sich erkläre und wie der Prätor darauf rechnen konnte, dass bei Kauf, Miete, Mandat u.s.w. der Geschworene ein *dare facere oportere ex fide bona* ohne weiteres als gegründet ansehen werde. Der Prätor ernannte zunächst wie bisher einen *arbiter*. Dann aber verwischten sich allmählich die Unterschiede zwischen *iudex* und *arbiter*; auf den *iudex* ging das arbiträre Element des *arbiter* über[249]. Noch Cicero[250] spottet darüber, dass die Juristen sich nicht hätten einigen können, ob man *iudex* oder *arbiter* sagen müsse[251].

[244] Keller-Wach a.a.O. S. 32.
[245] Vgl. oben S. 414 f., 428 f.
[246] Vgl. oben S. 443 f.
[247] von Lübtow a.a.O. S. 522 f.
[248] A.a.O. S. 50.
[249] Vgl. Düll a.a.O. S. 26 ff.
[250] *Pro Murena* 12, 27.
[251] Vgl. Keller-Wach a.a.O. S. 81.

### f) Die Formlosigkeit der Kauf- und Mietverträge — Die *bona fides* keine Verpflichtungsgrundlage, sondern nur Massstab für das *officium iudicis*

H. Krüger[252] geht davon aus, dass in Rom so wichtige Lebensgeschäfte wie z. B. Kauf und Miete schon frühzeitig formlos abgeschlossen worden sind. Es scheint ihm aber nicht gerechtfertigt zu sein, ihnen um deswillen allein schon zur Zeit des Legisaktionenprozesses Klagbarkeit beizulegen. Vielmehr habe die Erfüllung hier lediglich von der Vertragstreue der Partei (*fides* im subjektiven Sinn) abgehangen. Der ehrsame Bauer des alten Rom werde das in ihn gesetzte Vertrauen nicht leicht enttäuscht haben. Zu anderen Zeiten sei mehr Vorsicht geboten gewesen. Man habe zum Eid als wirksamem, wenn auch nur indirektem Zwangsmittel gegriffen. Mit dem Sinken seines Wertes habe nur noch die zivile Klage geholfen. Die Klagbarkeit der Konsensualkontrakte bringt H. Krüger mit dem *ius gentium* in Zusammenhang: sie reiche nicht über das sechste Jahrhundert der Republik zurück. An die Stelle der Fides des einzelnen sei nun die *bona fides* als objektive Norm getreten, auf die sich die Klage selbst gründete. Ebenso ist Ihering[253] der Meinung, im Zeitalter des altrömischen Formalismus sei die Wirkung eines formlosen Geschäfts ausschliesslich auf den guten Willen des Verpflichteten, auf seine Scheu vor der öffentlichen Meinung, seine Gewissenhaftigkeit, Redlichkeit, Zuverlässigkeit, kurz auf die *bona fides* gestellt gewesen. Auch nach Bernhöft[254] sind formlose Verträge noch lange Zeit juristisch unverbindlich gewesen und daher *bonae fidei contractus* genannt worden. Die Bezeichnung bedeute ursprünglich, dass die Erfüllung des Vertrages von der Redlichkeit (*bona fides*) des Schuldners abhänge. Erst lange nach der Klagbarkeit sei die *bona fides* auf die Auslegung des Vertrages bezogen und in der Weise gedeutet worden, dass die Abmachungen der Parteien nicht wörtlich, sondern so zu verstehen seien, wie es nach den Anschauungen des Verkehrs als ihr wahrer Wille angenommen werden musste. Jörs[255] ist ebenfalls der Ansicht, dass vor der Rezeption des „Weltrechts" als des römischen Fremdenrechts in das römische Bürgerrecht jemand, der ein Rechtsgeschäft form-

[252] A.a.O. S. 194.
[253] *Geist* II 2, S. 488 f.
[254] *Röm. Königszeit*, S. 173 f.
[255] *Röm. Rechtswissenschaft* I, S. 150 ff.

los abschliesst, lediglich auf die Gewissenhaftigkeit (*fides*) seines Vertragspartners angewiesen sei. Der Weltverkehr habe Kauf und Miete längst als formlose, nach Treu und Glauben zu bemessende Geschäfte gekannt; sie seien im Fremdenrecht für klagbar erklärt und in der zweiten Hälfte des sechsten Jahrhunderts in das Recht der römischen Bürger aufgenommen worden, wie die Catonischen Leges bewiesen[256]. Die Gewissenhaftigkeit des anständigen Menschen (*fides*) sei der Angelpunkt des Weltrechts gewesen, als man es rezipierte, und sie sei es auch in der Folgezeit geblieben[257].

Vor allem ist es Vogt[258], der für die ersten Jahrhunderte des Freistaates der freiwilligen Erfüllung einer Zusage eine ganz besondere Bedeutung beimisst. Nach diesen und ähnlichen Anschauungen sei die Rechtsordnung neben der Sitte auf eine subsidiäre Stellung beschränkt gewesen. Dem alten Römer, der nur die *fides Romana*, noch nicht die *Punica* oder *Graeca fides* kennc, bedeute die Erfüllung formloser Kontrakte eine ethische Notwendigkeit. Er bedürfe nicht des Zwanges durch eine im Hintergrund stehende Rechtsordnung. Daneben übe für den Notfall die Sitte einen starken indirekten Druck aus. Das Urteil der Mitbürger verdamme den Wortbrüchigen als schimpflich. Ausserdem würden schwere Verstösse gegen die Sitte vom König, Konsul, Zensor geahndet. Wenn zu der *fides* schliesslich noch der Eid hinzutrete, so sei ihre Unverbrüchlichkeit besonders gesichert; denn sakrale Strafen träfen den Treulosen. Erst seit ungefähr dem sechsten Jahrhundert der Stadt greife das Recht regulierend ein, weil die Sitte an Kraft eingebüsst habe, der alte Götterglaube ins Wanken geraten sei, die Fremden, insbesondere Punier und Griechen, in das Verkehrsleben eindrängen und sich moralische Verfallserscheinungen bemerkbar machten. Als Vertreter der These, dass die Fides anfänglich das Surrogat der direkten Klagbarkeit gewesen sei, ist schliesslich noch Brinz[259] zu nennen. Nach seiner Ansicht waren die *bonae fidei negotia* einst lediglich auf Treu und Glauben gestellt, also klaglos. Wie die vorausgusteischen Fideikommisse waren sie nur durch die Fides bindend, d. h. nur insoweit, als der Schuldner mit der Fides nicht brechen wollte. Seit ihrer Klagbarkeit sind sie nun zwar rechtlich bindend und

[256] A.a.O. S. 146 ff.
[257] A.a.O. S. 149.
[258] *Ius naturale* III, S. 221 ff.
[259] *Pandektenrecht* II², S. 59.

insoweit unter der Herrschaft des Rechts, immerhin aber noch in bestimmten, näher ausgeführten Beziehungen der Moral von Treu und Glauben unterstellt. Ihre Klagbarkeit verdanken sie also nach Brinz nicht der *bona fides*, sondern dem Recht, das ihr gegenübergestellt wird[260].

Bechmann[261] hat gegen diese Anschauungen schroff polemisiert und sie als idealistisch-idyllisch abgelehnt. Die einschlägigen antiken Berichte kennzeichnet er als *laudationes temporis acti*, die ein Schlaglicht mehr auf die Zeit werfen, als sie entstanden, als auf die Zustände, von denen sie berichten. Vorsichtig abwägend äussert sich Burckhardt[262]. Er leugnet weder den richtigen Kern jener Anschauungen noch den der Kritik Bechmanns. Es geht in der Tat nicht an, der Herrschaft der Fides eine so überragende Bedeutung beizulegen und demgegenüber die Rolle des rechtlichen Zwanges zu unterschätzen. Schon das Schuldrecht der XII Tafeln, die Satisdationen, die von Misstrauen diktierten Catonischen Leges und anderes mehr deuten nicht gerade auf das ideale Walten von Treu und Glauben[263]. Gerade in der Zeit der ausschliesslichen Herrschaft des Formalismus im Recht muss die *fides* im Geschäftsverkehr bedeutungslos gewesen sein, weil der Gebrauch bestimmter Worte und die tatsächliche Vollziehung des Verlautbarten allein entscheidend waren[264]. Es ist natürlich denkbar, dass in der Periode der zunehmenden Befreiung vom Formalismus zunächst die Zensoren dafür sorgten, dass auch formlose Zusagen bestimmter Art eingehalten wurden, weil Sitte und Anstand im Verkehr es verlangten[265]. Indessen liegen die Dinge doch so, dass Kauf und Miete Rechtsgeschäfte waren und die Parteien sehr wohl verschiedener Meinung darüber sein konnten, was die Gewissenhaftigkeit des Schuldners im gegebenen Fall verlange. Um solche Streitfragen zu entscheiden, bedurfte es eines staatlich geregelten Rechtsverfahrens, und es erschien nicht länger angebracht, die Erfüllung solcher elementaren Geschäfte des täglichen Lebens wie Kauf und Miete in einer Zeit, wo die Wirtschaftsverhältnisse immer komplizierter wurden, allein der

[260] Vgl. dazu Karlowa II, S. 682.

[261] *Kauf* I, S. 471.

[262] A.a.O. S. 46 ff.

[263] Bechmann, a.a.O.; Karlowa I, S. 455; Burckhardt a.a.O. S. 47 mit A. 149; Longo a.a.O. S. 294 ff.

[264] Heinze a.a.O. S. 33; von Lübtow, *ZSSt.* 66, S. 509.

[265] Vgl. von Lübtow a.a.O. S. 507 ff.

Gewissenhaftigkeit des Schuldners anheimzustellen, wenn dieser Zustand überhaupt jemals real bestanden hat. Wir dürfen deshalb davon ausgehen, dass insbesondere der formlose Kauf und die Miete schon beträchtlich vor Plautus' Zeit und nicht allzu lange nach den XII Tafeln zivilen Rechtsschutz genossen, ihnen also Klagbarkeit schon in der Periode des Legisaktionenprozesses zukam[266]. Damit erhebt sich erneut die Frage nach dem zuständigen *modus lege agendi*. Bechmann[267] hat sich für die *legis actio sacramento* ausgesprochen. Dem steht entgegen, dass die *bonae fidei iudicia* einen unbestimmten Leistungsinhalt (*incertum*) umfassten und deshalb für die kontradiktorische Fragestellung des Sakramentsverfahrens ungeeignet waren[268]. Nach Demelius[269] schlossen sich diese *iudicia* an die *legis actio per condictionem* an. Er beruft sich hierfür auf Gai. IV, 33. Aber sie ging ebenfalls nicht auf ein *incertum*, sondern auf *certa pecunia* und *certa res*[270]. So bleibt nur die *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* übrig, die, wie dargetan, sowohl ein *certum* wie ein *incertum* umfasste. Lenel[271] glaubt allerdings aus Gai. IV, 33 folgern zu können, dass es Legisaktionen aus Kauf, Miete, Gesellschaft nicht gegeben habe, weil Gaius sie bei der Aufzählung seiner Beispiele nicht übergangen haben würde. Er verlegt den Ursprung der *actio in factum commodati* und der *actio negotiorum gestorum* in die Legisaktionenzeit. Dazu veranlasst ihn die Zusammenstellung mit der *actio fiduciae*, deren Fassung bei Cic. *de off.* 3, 17, 70 er als Stück der Legisaktio ansieht. Jedoch fügt Gaius hinzu: *et aliae innumerabiles*, was beweist, dass seine Beispiele nicht zu der von Lenel gezogenen Schlussfolgerung berechtigen[272]. In der Textlücke hatte Gaius wohl davon gesprochen, dass die Aktionen des Formularprozesses, soweit er persönliche Klagen umfasst, von den Legisaktionen formell unabhängig sind, obwohl

[266] Bechmann a.a.O. S. 467 ff.; bes. 472, 499; Burckhardt a.a.O. S. 54 f.

[267] *Kauf* I, S. 469. Zustimmend Burckhardt a.a.O. S. 56.

[268] Vgl. oben S. 406.

[269] *ZRG.* 2, S. 236 f. Auch Bekker, *Aktionen* I, S. 142 ff., 160 leitet die *bonae fidei iudicia* von den Kondiktionen her. Dagegen Kaser, *Altröm. ius*, S. 291 mit A. 13.

[270] Gai. IV, 19.

[271] *ZSSt.* 30, S. 353.

[272] Vgl. Kaser, *Altröm. ius*, S. 295 A. 33 mit Lit. Siehe ferner von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der Condictio*, S. 117 f.; F. Schwarz, *Condictio*, S. 284. Beseler, *Scritti Ferrini* II, S. 84, hält den § 33 für das einfältige Gerede des „Pseudogaius".

viele von ihnen materiell mit den Legisaktionen, nicht nur der *legis actio per condictionem*, zusammenhängen. Mag auch die *actio commodati* kondiktionenähnlich sein, so lässt sich dasselbe von der *actio fiduciae* und der *actio negotiorum gestorum* nicht sagen[273]. Hier kommen andere Legisaktionen in Betracht. Soll die Bemerkung des Gaius überhaupt einen Sinn haben, so setzt sie doch voraus, dass neben den besonders aufgeführten zahlreiche weitere Ansprüche im Legisaktionenprozess verfolgbar waren und dass sie dann in den Formularprozess direkt und ohne vermittelnde Fiktion einbezogen worden sind. Es liegt kein triftiger Grund vor, die Ansprüche aus Kauf, Miete, Gesellschaft aus diesem Entwicklungsgang auszuschliessen. Auch Kaser[274] nimmt an, dass sie bereits Rechtsschutz genossen, bevor der Schriftformelprozess auch unter Bürgern angewandt wurde. Da eine gesetzliche Grundlage nicht überliefert ist[275], glaubter jedoch keinen anderen Ausweg zu sehen, als zu der — nicht haltbaren — Hypothese eines „amtsrechtlichen Spruchformelverfahrens" *inter cives*[276] seine Zuflucht zu nehmen.

Für einen gesetzlichen Ursprung der Klagen aus Kauf, Miete und anderen Rechtsgeschäften spricht vor allem die auf *dare oportere* abgestellte *intentio*. Kunkel[277] hat dargetan, dass die grosse Mehrzahl dieser zivilen *actiones in personam* auf einer volksgesetzlichen Grundlage beruht — von der urrechtlichen *actio sacramenti in personam* abgesehen; sie darf daher auch bei den übrigen angenommen werden. Kunkel lässt diese Feststellung allerdings nur von den *in ius* konzipierten Klagen gelten, deren Formel nicht den Zusatz *ex fide bona* enthielt. Seine Einschränkung ist indessen unzutreffend, da der Zusatz als blosse Modifikation der auf *oportere* ohne diesen Zusatz lautenden *intentio* angesehen werden muss. Die herrschende Meinung betrachtet allerdings mit Kunkel die *bona fides* nicht nur als Masstab für den Inhalt des Anspruches, sondern als Verpflichtungsgrund-

[273] Dies gegen Kaser a.a.O. S. 295.

[274] A.a.O. S. 298 f.

[275] Vgl. dazu oben S. 418

[276] Vgl. auch seine Bemerkungen *ZSSt.* 71, S. 435.

[277] *Festschr. Koschaker* II, S. 4 A. 4. Dazu beifällig Kaser, *Altröm. ius*, S. 72 f., 290; *ZSSt.* 71, S. 432 A. 5 mit weiterer Lit.

[278] So vor allem Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach röm. Recht*, S. 57; Kaser, *ZSSt.* 59, S. 69 ff.; 61, S. 181 ff.; 71, S. 436 ff.; *Altröm. ius*, S. 290 ff.; *Festschr. F. Schulz* II, S. 52 f.; *RPR.* I. S. 387 mit A. 14, S. 406 f., 455; Horvat a.a.O. S. 423 ff.; F. Schulz, *Rom. Leg. Science*, S. 83; *Class. Rom. Law*, S. 36.

lage[278]. Diese Lehre ist, soweit ersichtlich, zuerst von Hugo Krüger[279] aufgestellt worden. Später hat sich Karlowa[280] ihr angeschlossen Danach ist es also nicht das *ius civile*, das dem Geschäft die Sanktion verleiht, sondern allein die *fides bona*. Erst durch sie wird die Obligation erzeugt, sie ist der „rechtsbegründende Faktor". Unmittelbare Zeugnisse dafür, dass der Entstehungsgrund ziviler Verträge oder Klagen in der *bona fides* liegt, fehlen. Sie finden sich bezeichnenderweise erst in nachklassischer Zeit[281]. So bezeichnet der Pseudo-Paulus D. 18, 1, 57, 3 die Kaufklage als ein *iudicium, quod ex bona fide descendit*, und spricht *sent.* 2, 17, 13 vom Kauf als einem Kontrakt, *qui ex bona fide descendit*. Justinian nennt C. 4, 34, 11 pr. das Depositum einen Vertrag, *qui ex bona fide oritur*. Die herrschende Meinung nimmt ferner an, dass die *iudicia bonae fidei* zunächst nicht als *actiones civiles* gegolten hätten, wohl aber später in das *ius civile* rezipiert worden seien[282]. Den Gedanken einer Rezeption prätorischen Rechts in das Zivilrecht hat seinerzeit bereits Wlassak[283] ausgesprochen. Danach vollzog sie sich technisch in der Weise, dass der Prätor an die Stelle der vorher allein zulässigen *actio in factum* eine *in ius* konzipierte, mit der *ex fide bona*-Klausel versehene Formel setzte. Wlassak[284] lehrt somit keineswegs den zivilrechtlichen Ursprung der *iudicia bonae fidei*, sondern nimmt an, dass der Anerkennung einer zivilrechtlichen Leistungspflicht, eines *oportere*, stets eine auf dem freien Imperium des Magistrats beruhende *actio in factum* voraufgegangen ist.

Über die rechtliche Grundlage des Rezeptionsvorganges bestehen allerdings verschiedene Auffassungen. Mitteis[285] hat sich auf die Entstehung eines zivilen Gewohnheitsrechts berufen: Ein durch Jahrhunderte vom Prätor geschützter Anspruch sei allmäh-

[279] *ZSSt.* 11, S. 165 ff.

[280] II, S. 681 ff.

[281] Krüger a.a.O. S. 189 f.; Kaser *ZSSt.* 59, S. 69 A. 1. Gai III, 137, auf den sich Kaser, *RPR.* I., S. 455 mit A. 4, jetzt beruft, ist für seine These nicht beweiskräftig. Vgl. Pringsheim, *ZSSt.* 52, S. 114 ff.; Wieacker, *ZSSt.* 69, S. 322 f.; F. Schwarz, *ZSSt.* 71, S. 217.

[282] Vgl. ausser den Genannten zum Beispiel Mitteis, *RPR.* I, S. 54 ff.; Sohm-Mitteis-Wenger, *Inst.*, S. 80 mit A. 11; Wenger, *Krit. Vjschr.* 51, S. 163; Levy, *Privatstrafe*, S. 13 f.; Kübler, *ZSSt.* 39, S. 196; Beseler, *Jur. Min.*, S. 64 A. 1; F. Schwarz, a.a.O. S. 217.

[283] *Zur Geschichte der negotiorum gestio* (1879), S. 153 ff.

[284] *Die klassische Prozessformel* I, S. 22 A. 44.

[285] A.a.O.

lich so tief in das allgemeine Rechtsbewusstsein eingedrungen, dass er als gewohnheitsmässiges und daher ziviles *dare facere oportere* erscheine. Aber der prätorische Schutz bestimmter Verhältnisse durch *actiones in factum* führte doch allen Bürgern immer wieder von Augen, dass sie vom *ius civile* nicht anerkannt waren[286]. Wie sollte sich in schroffem Gegensatz hierzu ein ziviles Gewohnheitsrecht entwickeln? Es wurde bereits ausgeführt, dass die *iudicia bonae fidei* weder einem Gesetz noch der Gewohnheit ihr Dasein verdanken, sondern aus der *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* komponiert worden sind. „Wissenschaftliche Entwicklung bereits bestehender ziviler Obligationen und gewohnheitsrechtliche Neubildung" sind ganz verschiedene Dinge[287]. Kunkel hält es ebenfalls für unmöglich, dass der Prätor den Richter durch ein schlichtes *oportere* auf Gewohnheitsrecht verweisen konnte, allerdings aus einem anderen Grund, nämlich weil schlichtes *oportere* immer eine gesetzliche Leistungspflicht bedeute. Gerade deshalb sei es notwendig gewesen, die Prozessformel auf *dare facere oportere ex fide bona* zu stellen. Von der klassischen Theorie seien dann die *bonae fidei iudicia* irrtümlich zum Zivilrecht gerechnet worden und hätten auf diese Weise hier Aufnahme gefunden[288]. Ebenso wie Kunkel sieht Kaser[289] in der *bona fides* eine übernationale Verhaltensordnung, die, weil sie ausserhalb des Rechtes gestanden habe, weder *ius civile* noch Gewohnheitsrecht gewesen sein könne. Auch Kaser glaubt, dass die römische Jurisprudenz einem historischen Irrtum zum Opfer gefallen sei: Das Fehlen eines die *bonae fidei iudicia* verheissenden Edikts und die Ähnlichkeit ihrer Formeln mit den altzivilen *actiones incertae ex stipulatu, ex testamento* usw. habe die interpretierenden Juristen zu der irrtümlichen Auffassung veranlasst, auch die *bonae fidei iudicia* gehörten dem *ius civile* an. Gegen den Gedanken einer Rezeption prätorischen Rechts in das *ius civile* spricht sich F. Schulz[290] aus. Er behauptet, man habe die auf *dare facere oportet ex fide bona* lautenden Klagen anfangs als *actiones in factum* betrachtet. Erst als die Wissenschaft begonnen habe, die Aktionen zu klassifizieren, sei die Intentio als *in ius* konzipiert angesehen worden. Zur Zeit der Entstehung der

[286] Von Lübtow, *Röm* Volk, S. 551.
[287] Ubbelohde a.a.O. S. 83.
[288] A.a.O. S. 8.
[289] *ZSSt.* 59, S. 71.
[290] *Rom. Legal Science*, S. 83 f.

*bonae fidei iudicia* sei den Juristen die Unterscheidung der Klagen in zivile und prätorische noch gar nicht geläufig gewesen. Jedoch steht die *intentio in ius — in factum concepta* in gar keinem Zusammenhang mit dem in der Tat einer viel späteren Zeit angehörenden Gegensatz des *ius civile — honorarium*[291]. Die Aktionen der *bonae fidei negotia* waren prozessrechtlich bis zu den *leges Iuliae* des Augustus ein *iudicium imperio continens*, kein *iudicium legitimum* wie die Legisaktionen, materiellrechtlich aber wurde mit ihnen ein aus dem *ius civile* oder einer *lex* stammender Anspruch geltend gemacht, und zwar von Anbeginn ihres Bestehens. Schon nach den ältesten Zeugnissen[292] lautete die Formel auf '*quidquid dare facere oportet*' und dürfte demnach ursprünglich sein. Während die Vindikation ein '*meum esse ex iure Quiritium*' enthielt, fehlte den obligatorischen Klagen dieser Zusatz. Schon die *legis actio sacramento in personam* ging auf das schlichte *dare oportere*. Die Erklärung ist darin zu suchen, dass die Grundlage des *oportere* nicht die *lex* (*ius*), sondern die rechtsgestaltende Privatvereinbarung bildet[293]. *Dare oportere* bedeutet — vom Urrecht abgesehen — immer: es liegt eine erzwingbare Rechtspflicht vor, die von einer *lex* anerkannt ist, mag auch die Verknüpfung mit dem Gesetz durch die interpretierende Jurisprudenz, also die *disputatio fori*, oft erst künstlich hergestellt werden. Jedenfalls ist *dare oportere* also von Anfang an als *iure civili oportere* zu verstehen und setzt ein *negotium civile* voraus. Dass in den Gesetzen des öfteren Klagen auf *dare oportere* aufgestellt wurden, ist uns bekannt[294], mochten auch die meisten von ihnen sich direkt oder indirekt auf die XII Tafeln gründen. Dementsprechend ist die *intentio* der Formeln der *bonae fidei iudicia* schon seit ihrer Schöpfung als *intentio iuris civilis* aufzufassen. Deshalb brauchte der Prätor die *bonae fidei iudicia* auch nicht in einem besonderen Ankündigungsedikt zu verheissen[295]. Ein solches Edizieren war nur für diejenigen Aktionen geboten, die als *actiones in factum* ausschliesslich auf seinem Imperium beruhten. Wenn man davon ausgeht, dass die Konsensualkontrakte wie Kauf, Miete,

[291] Ehrlich, *Theorie der Rechtsquellen* I, S. 140, unter Bezugnahme auf Ermann.

[292] Cic. *de off.* 3, 15, 61; 16, 66; 17, 10. *Lex Rubria* c. 20, Z. 21 ff. Dazu H. Krüger a.a.O. S. 172, 193 und unten S. 435 ff.

[293] Von Lübtow, *Röm.* Volk, S. 33 A. 22.

[294] Vgl. Pernice, *Labeo* III 1, S. 204 A. 1, 233.

[295] Von Lübtow a.a.O. S. 548 mit Lit A. 461.

Gesellschaft bis dahin im geltenden *ius civile* keine Anerkennung gefunden hatten, wie hätten sich Kläger und Prätor darauf verlassen können, dass der Bürgerrichter sich für befugt halten werde, ein *dare facere oportere*, also ein zivilrechtliches Leistenmüssen, zu bejahen, dessen Grundlage „überhaupt nicht im Bereich des Rechts, sondern in dem der Verkehrsmoral gelegen war"[296]! Erblickt man in der *bona fides* den die Obligation und die Aktio erzeugenden Faktor, so würde die Formel an einem inneren und äusseren Widerspruch scheitern. Mit Recht bemerkt deshalb Pernice[297], man dürfe das *ex fide bona* der Formel gar nicht von der Begründung der Obligation verstehen. „Damit wäre", so fährt er fort, „eine neue Rechtsquelle genannt, die das Römische Recht sonst nicht kennt"[298]. Die durch die *bonae fidei iudicia* verwirklichten Obligationen verdanken ihr Dasein nicht erst dem Prätor, sondern gehörten dem Zivilrecht an[299]. Ebenso war die Verpflichtung aus der Stipulation bereits zur XII Tafelzeit Bestandteil des Zivilrechts. Aber die Schriftformel der *actio ex stipulatu* ist vom Prätor aus eigener Machtvollkommenheit eingeführt worden[300]. Schon bei den gewöhnlichen Zivilklagen mit *intentio incerta* war dem Richter ein freierer Spielraum gawährt als bei den Kondiktionen. Der Zusatz *ex fide bona* bezweckte nun von Anfang an, das Ermessen des Richters noch weiter auszudehnen[301], vor allem auf das *compensare officio iudicis*. Ganz zutreffend spricht Cicero[302] von einem fast schrankenlosem Ermessen des *arbiter*, von einer *largitio infinita*, im Gegensatz zur fesselnden Enge, zur *angustissima formula* der *actio certae creditae pecuniae*. Erzwungene oder erlistete Kaufverträge sind nicht von Zivilrechts wegen nichtig, was angenommen werden müsste, wenn erst die *bona fides* das Geschäft klagbar machen würde. Vielmchr hatte der Richter einem solchen Vertrag kraft der *fide bona*-Klausel die Beachtung zu versagen, ohne dass es nötig war, sein *officium* erst

[296] Kunkel a.a.O. S. 11.

[297] *Labeo* II 1², S. 161 A. 3 (S. 163), 311 A. 2. Zustimmend Beseler, *ZSSt.* 45, S. 425.

[298] Brinz, *Kauf* I, S. 475, 629 ff., verneint ebenfalls kategorisch, dass die *bona fides* ein schulderzeugendes Prinzip sei.

[299] Unzutreffend P. Krüger, *Quellen*, S. 48 f.

[300] Pflüger a.a.O. S. 58 f., 60.

[301] Pernice a.a.O. S. 161 A. 3 (S. 162), 167 A. 3, 171 mit A. 1, 190; Endemann, *RPR.*, S. 143.

[302] *Pro Roscio com.* 5, 14.

durch die *exceptio metus* oder *doli* zu erweitern[303]. Im Rahmen der *bonae fidei iudicia* kommt also dem zum Urteilen berufenen Bürger ein besonders umfangreicher Anteil an der Handhabung der Aequitas zu. Denn auch die *bona fides* als objektive Norm ist ein Erzeugnis der Billigkeit[304]. Genau wie der Prätor konnte der Richter einem volksgesetzlich begründeten Anspruch prozessual die bindende Kraft entziehen. Aber nicht nur in dieser negativen Richtung wirkte sich seine Macht aus. Er durfte vielmehr unter anderem gewohnheitsmässige Nebenabreden auch dann berücksichtigen, wenn sie ausnahmsweise einmal fehlten[305]. Der Richter soll sich eben bei seiner Entscheidung nicht nur von den Normen des Zivilrechts und den ausdrücklichen Vertragsbestimmungen leiten lassen, sondern „die ganze eingeklagte Leistungspflicht unterliegt der Beurteilung nach Art und Sitte anständiger Leute"[306]. Daraus ergeben sich für den Richter so vielseitige Befugnisse, dass sie sich gar nicht erschöpfend aufzählen lassen[307].

Massurius Sabinus behandelte in seinem Zivilrechtssystem nur die *actiones empti*, *venditi* und *pro socio*, nicht auch die übrigen *bonae fidei iudicia*. Daraus darf man aber keineswegs mit Kaser[308] schliessen, dass sie damals noch nicht zum *ius civile* gehört hätten[309]. Sabinus wollte nur solche Obligationen darstellen, für die es eine Anknüpfung im alten *ius civile* gab. Solche Anknüpfungspunkte boten *mancipatio* und *consortium*. Für Miete, Mandat usw. dagegen fehlte es an entsprechenden altzivilen Instituten, während die Aufführung der Klagen aus Tutel, *fiducia* und *dos* wieder durch Attraktion entsprechender altziviler Verhältnisse erklärt werden kann[310].

H. Krüger[311] stellt die *fides bona* als eine Norm nicht des *ius civile*, sondern des *ius gentium* dar: beides seien korrelate Begriffe. *Ex fide bona* und *ex iure gentium* seien daher von gleicher Bedeutung. Die in Frage kommenden Geschäfte hätten ihren Ursprung im

303 Von Lübtow, *ZSSt.* 66, S. 503 ff.
304 Bechmann, *Kauf* I, S. 632.
305 Pernice a.a.O. S. 189. Vgl. oben S. 253 mit A. 73.
306 Pernice a.a.O. S. 161 A. 3 (S. 163).
307 Siehe darüber jetzt Kaser, *RPR.* I, S. 407 f.
308 *ZSSt.* 71, S. 438.
309 Von Lübtow, *Röm. Volk*, S. 548 A. 459.
310 Lenel, *Sabinussystem*, S. 100 ff.
311 A.a.O. S. 191 ff.

*ius gentium*[312]. Gewiss rechnen die römischen Juristen die Konsensual- und Realkontrakte zum *ius gentium*[313]. Damit sollte aber nicht die Frage nach der geschichtlichen Herkunft dieser Verträge entschieden werden. Zum *ius gentium* gehört auch das Darlehn[314], und doch fehlen in der Klagformel die Worte *ex fide bona*[315]. Folglich lässt sich schon aus diesem Grunde die These Krügers nicht halten. Ausserdem ist das *ius gentium* keine neben dem *ius civile* und dem *ius honorarium* stehende besondere Rechtsquelle, sondern derjenige Teil der römischen Rechtsordnung, dessen Anwendungsbereich auch auf die Peregrinen erstreckt wird[316]. Wenn das *ius gentium* die Quelle der Klagbarkeit der genannten Kontrakte sein sollte, so war es entweder überflüssig oder irreführend, dafür den Ausdruck *ex fide bona* zu wählen, da er nur eine ethische Verbindlichkeit bezeichnete[317].

Überhaupt ist die weitverbreitete, auch von H. Krüger vertretene Anschauung unzutreffend, dass die Konsensualverträge zunächst nur für die Fremden anerkannt und erst später für die römischen Bürger zugelassen worden seien[318]. Zweifellos sind, wie H. Krüger[319] selbst zugibt, so elementare Alltagsgeschäfte wie Kauf und Miete schon frühzeitig in Rom formlos abgeschlossen worden. Die Herausbildung der formlosen Verträge ging jedoch

[312] Auch Frezza weist sie dem *ius gentium* als einer vom *ius civile* und *ius honorarium* verschiedenen dritten Kategorie zu: dagegen Kaser, *Altröm. ius*, S. 86 A. 21, 292 A. 15.

[313] Das Quellenmaterial bei Krüger, *Quellen*, S. 47 A. 22—28; Kipp, *Quellen*, S. 15 A. 15 und 16.

[314] Gai. III, 132.

[315] Vgl. von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der Condictio*, S. 139 ff.

[316] Von Lübtow, *Röm. Volk*, S. 490 ff. Lit. zum *ius gentium* jetzt bei Kaser, *RPR.* I, S. 182 A. 19.

[317] Pernice a.a.O. S. 161 A. 3 (S. 163).

[318] Dagegen von Lübtow a.a.O. mit Lit. A. 92. Vgl. auch Bechmann, *Kauf* I, S. 437. Eine vermittelnde Stellungnahme findet sich bei Kaser, *Altröm. ius*, S. 90 f., 296 ff.; *ZSSt.* 71, 436 f.; *RPR.* I, S. 181 f., 406, 455. Er vermutet, der formfreie Kauf und vielleicht auch die *societas* habe eine, wenn auch nicht die einzige Wurzel im Fremdenrecht, während die übrigen *ex fide bona* klagbaren Verhältnisse in den innerrömischen Bereich gehörten; ihre Wurzel liege in den engen gesellschaftlichen Treubindungen, die das Leben der jüngeren Republik kennzeichneten; sie seien mit der Zeit aus der bloss gesellschaftlichen in die juristische Sphäre übernommen worden.

[319] A.a.O. S. 194.

innerhalb des *ius civile* vor sich[320]. Es hätte wirklich eine „erschrekkende Rechtlosigkeit"[321] im kultivierten Rom geherrscht, wenn die Ansprüche aus solchen Geschäften Jahrhunderte lang ohne den Schutz des *ius civile* geblieben wären. Ein grösseres Armutszeugnis kann man dem Rechtsvolk der Römer kaum ausstellen, als wenn man annimmt, dass sie den notwendigen Rechtsschutz erst aus dem Fremdenprozess rezipieren mussten, um den fraglichen Ansprüchen die Klagbarkeit zu verleihen. Diese Erwägungen sprechen dafür, dass die Konsensualkontrakte ebenso wie zum Beispiel die *stipulatio*[322] ursprünglich als Institute des *ius civile* entstanden und nachträglich aus praktischen Gründen in die Kategorie des *ius gentium* versetzt worden sind[323]. Karlowa[324] sieht in der Fides ein nicht nur die römischen Bürger, sondern alle Menschen (*societas hominum*) miteinander verknüpfendes Band, das die Grundlage des internationalen Rechtsverkehrs gebildet habe. Wenn ein römischer Bürger einem Peregrinen eine Leistung verspreche und umgekehrt, so berufe er sich damit auf diese Fides und bringe zum Ausdruck, seine Willenserklärung solle unwandelbar sein und eine rechtliche Gebundenheit erzeugen. Dieselbe Auffassung vertritt Kaser[325]. Auch er betrachtet die Fides, die Pflicht zum Worthalten, als rechtliche Bindungsgrundlage, die für alle Menschen ohne Unterschied der Nation gelte, und verweist in diesem Zusammenhang auch auf die umfassenden Treupflichten, die in der römischen Gesellschaft der jüngeren Republik eine Rolle spielten. Dieser reiche Wirkungskreis der Fides in den Beziehungen *inter cives Romanos* sei mit der Zeit in die juristische Sphäre übernommen worden. Schon Pernice[326] hat den Versuch gemacht, das römische Vertragssystem wenigstens teilweise unmittelbar auf die Fides zurückzuführen, sie also zu einem juristischen Prinzip zu erheben. Die dagegen von Bechmann[327] vorgebrachten Argumente sind schlechthin überzeugend. Es ist, wie er sagt, in

[320] Pernice, *Labeo* I, S. 407.

[321] Mitteis, *RPR.* I, S. 45.

[322] Vgl. dazu von Lübtow a.a.O. S. 492.

[323] So bereits Karlowa I, S. 454 f., ferner Ehrlich a.a.O. S. 100, aber ohne Begründung.

[324] II, S. 703.

[325] *ZSSt.* 59, S. 71; *Altröm. ius*, S. 90 ff.; 262; 289 ff.; *RPR.* I, S. 181, 406, 455.

[326] *Labeo* I, S. 408 ff.

[327] A.a.O. S. 479 A. 2.

der Tat unmöglich, eine Geschichte des römischen Vertragsrechts vom Standpunkt der Fides aus zu schreiben, und Pernice[328] bezweifelt selbst, dass die Fidesidee so ohne weiteres die Klagbarkeit herbeigeführt habe: Zwischenstufen habe es hier vermutlich überall gegeben. Karlowa, Kunkel[329] und Kaser berufen sich zum Beweis ihrer These vor allem auf die *fidepromissio* und *fideiussio*, die, wie sie meinen, schon in ihrem Namen zum Ausdruck brächten, dass sie nur auf der ausserrechtlichen Grundlage der Fides verbindlich seien[330]. Aber beide Geschäfte sind doch Formalgeschäfte, also kann die Fides nicht ein neben die rechtserzeugende Form tretender rechtserzeugender Faktor sein[331]. Dass die Fides als solche keine rechtliche Verpflichtungskraft besitzt, zeigt die grosse Masse der schuldrechtlichen *pacta*, die grundsätzlich als solche klaglos sind; allenfalls haben sie exzeptivische Wirksamkeit[332]. Wäre die Fides wirklich jemals eine allgemeine Verpflichtungsgrundlage gewesen, so bliebe völlig unerklärt, weshalb sie nicht in ihrer Totalität in das Rechtsgebiet übernommen, sondern nur stückweise klagbar gemacht worden ist[333]. Wer sich lediglich auf die Fides seines Vertragspartners verlässt, kann nicht schon deswegen auf den Schutz durch rechtlichen Zwang rechnen, wie die Entwicklung der *fidei commissa* am besten beweist[334]. „Nicht soweit die *fides* tatsächlich reicht, wird sie rechtlich geschützt, sondern umgekehrt: Die Rechtsordnung bestimmt die Grenzen, innerhalb deren Versprechungen und sonstige auf *fides* beruhende Verhältnisse auch juristisch anerkannt sind"[335]. Die *fides* eines *vir bonus* ist von Haus aus kein übernationaler, sondern ein sowohl dem Alter wie dem Wesen nach urrömischer Begriff, der nicht etwa erst im Bereich des *ius gentium* entstanden ist[336]. Die *fides bona* darf nicht als ein abstraktes Prinzip von „Treu und Glauben" aufgefasst werden[337]. Vielmehr weist diese Klausel der

[328] A.a.O. S. 416.
[329] A.a.O. S. 9 f.
[330] Vgl. dazu unten S. 435 ff.
[331] Bechmann a.a.O.
[332] Bechmann a.a.O. S. 479.
[333] Bechmann a.a.O. S. 479 A. 2.
[334] Vgl. von Lübtow, *Röm. Volk*, S. 390.
[335] Bechmann a.a.O. S. 477 A. 1.
[336] Huwardas a.a.O. S. 50 f.; von Lübtow, *Röm. Volk*, S. 547.
[337] Huwardas a.a.O.

*bonae fidei iudicia* den Richter an, das Ob und Wieviel der Leistung, wie bereits bemerkt, auch dann zu prüfen, wenn das Geschäft nach *ius civile* rechtsgültig zustande gekommen ist. Der *vir bonus*, der römische Ehrenmann[338], und sein Verhalten ist der Massstab, den der Richter der Bemessung der Leistungspflicht zugrunde legen muss. Die *fides bona* verlangt von den Parteien, dass sie sich bei Eingehung und Abwicklung des als verpflichtend vorausgesetzten Rechtsverhältnisses gegeneinander so verhalten, wie dies im gegebenen Fall von römischen Ehrenmännern erwartet werden kann (*ut inter bonos bene agier oportet*)[339]. Es stand nichts im Wege, diesen Massstab auch dann anzulegen, wenn es sich um einen Rechtsstreit zwischen einem Römer und einem Peregrinen oder zwischen Peregrinen untereinander handelte. Denn auch von einem Nichtbürger kann man dasselbe, den Regeln des Anstands und der Ethik entsprechende Betragen fordern wie von einem römischen Bürger.

In der *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* begegnen zwei Prozessformeln, die sich auf das *damnum infectum* beziehen (c. 20, Z. 21 ff.). Sie sind dem Album des Peregrinenprätors entnommen und gingen auf fiktizisches[340] *quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona* usw. Es handelt sich um die *actio incerti ex stipulatu*[341]. Lenel[342] meint, die Aufnahme der Klausel *ex fide bona* in die Klagformel sei daraus zu erklären, dass man damals ein *oportere* schlechtweg zugunsten und zu Lasten von Peregrinen nicht anerkannt habe. Kunkel[343] hat den Deutungsversuch Lenels weiter ausgebaut. Er kommt zu dem Ergebnis, schlichtes *oportere* und *oportere ex fide bona* bezeichnen verschiedene Verpflichtungsgründe, von denen der erste nur für römische Bürger, der zweite auch für Peregrinen Geltung besitze. Indessen ist diese Unterscheidung nicht haltbar. Wenn das *dabis? dabo*, *promittis? promitto*, *facies? faciam* der Peregrinen[344] klagbar sein sollte, so

[338] Dazu von Lübtow, *ZSSt.* 66, S. 519 ff.; *Röm. Volk*, S. 24.

[339] Vgl. Bechmann a.a.O. S. 630.

[340] Lenel, *EP.*[3], 373: *quidquid... oporteret, si ... cautum fuisset.* Kaser, *ZSSt.* 71, S. 437.

[341] Die Formel bei Gai. IV, 136, Vgl. Kunkel, *RPR.*, S. 165 mit A. 10, 218; Kaser, *RPR.* I, S. 451 f.

[342] *EP.*[3], S. 4. A. 1.

[343] *Festgabe Koschaker* II, S. 1. ff.; dazu Kaser, *ZSSt.* 71, S. 437 f.

[344] Gai. III, 92, 93.

konnte ihnen unmöglich die Intentio auf schlichtes *dare oportere* versagt sein[345]. Da die Fassung der Klagformel der Fassung der Stipulation entspricht[346], ist die Annahme gestattet, dass die *stipulatio damni infecti* des Peregrinenedikts auf *quidquid te mihi dare facere oportet ex fide bona* gelautet haben müsste[347], wenn sie in concreto abgeschlossen und nicht durch eine Fiktion ersetzt worden wäre. Es gab also eine Zeit, wo auch in die Stipulation — offenbar nach dem Vorbild der *bonae fidei iudicia* — die *bona fide*-Klausel aufgenommen werden konnte. Jedoch blieb es nicht dabei[348]. Man sah nämlich bald ein, dass man zu weit gegangen war, als man es zuliess, dass auch Formalkontrakte in die Reihe der *bonae fidei iudicia* eingestellt werden konnten. Nur die Einfügung der Dolus-Klausel (*dolum malum abesse afuturumque esse* und ähnliche Wendungen) wurde gestattet, mit welcher der eine Vertragspartner verspricht, dass bei ihm kein *dolus malus* vorwalte[349]. Sie unterstellt aber keineswegs das gesamte Geschäft der Herrschaft der *bona fides*[350]. Dass mit der *bona fides*-Klausel der rubrischen Stipulationsklage nur auf die *fides* als Verpflichtungsgrund der *fidepromissio* hingewiesen wurde[351], ist nicht zutreffend. Zwar nennt Gaius III, 92 als Stipulationsformel des *ius gentium* auch die Worte: *fidepromittis? fidepromitto*; *fideiubes? fideiubeo*. Aber damit ist keineswegs gesagt, dass anfangs die Bezugnahme auf die Fides notwendig war, um eine Verpflichtung zugunsten oder zu Lasten von Peregrinen zu begründen, wie bereits Karlowa[352] behauptete, und Varianten wie *dabis? dabo* u.s.w., wo sich kein Hinweis auf die Fides findet, erst späteren Datums sind. Denn wer die Leistung mit dem einfachen *promitto* (sc. *manum*) verspricht, ist mit dieser solennen Antwort schon gebunden. Der förmlich erklärte Wille genügte. Der Zusatz *fide* (*mea*) bedeutet, dass der

345 Kniep, *Gai inst. comm. tertius* §§ 88 — 225, S. 158.

346 Karlowa II, S. 708.

347 Karlowa II, S. 1240.

348 Kreller, *RRg.*², S. 75.

349 Vgl. dazu Coing, *Festschr. F. Schulz* I, S. 97 ff.

350 Birkmeyer, *Die Exceptionen im bonae fidei iudicium*, S. 151 ff.; Bechmann, *Kauf* I, S. 641 A. 1; Coing a.a.O. S. 122 mit A. 6; Beck, *Festgabe Simonius*, S. 13 A. 16.

351 So Kaser a.a.O. S. 438.

352 II, S. 702 f. Ebenso jetzt Kunkel a.a.O. 10; Kaser, *Altröm. ius*, S. 262 Bedenken bei Kniep a.a.O. S. 144.

Schuldner zu der rechtlichen noch eine sittliche Verpflichtung übernimmt und so seine besondere Zuverlässigkeit zum Ausdruck bringt[353].

## 4. Zum *arbitratus boni viri* des Obligationenrechts der klassischen Zeit

Der *arbitratus boni viri* spielt auch in der Periode der Klassiker eine Rolle. Paulus sagt

D. 19, 2, 24 pr. (*lib. 34 ad ed.*):

*Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.*

Albertario[354] behauptet, das klassische Recht habe eine Obligation nicht als gültig anerkannt, wenn die Erfüllung oder nähere Bestimmung der Leistung in das *arbitrium boni viri* des Gläubigers oder Schuldners gestellt war. Von dieser These ausgehend[355], ersetzt er *domini* durch *Nervae* und erklärt den Satz *idemque servatur — comprehensum sit* für interpoliert. Für diese Annahme liegt indessen kein triftiger Grund vor[356]. Die richtige Interpretation der Quellenstelle findet sich bereits bei Karlowa[357]. Dem Besteller des Werkes steht, bevor er es abnimmt, das Recht zu, dass geprüft werde, ob das *opus* vertragsmässig sei. Die Billigung (*probatio*) oder Missbilligung (*improbatio*) kann entweder durch den Besteller oder einen unparteiischen Dritten erfolgen. Das richtet sich nach den besonderen Abmachungen. Ist nichts vereinbart worden, so obliegt die Prüfung wohl dem Besteller. Wenn nicht nach den Vertragsbedingungen ein *arbitrium merum* gelten soll, muss der Besteller oder der Dritte sich im Rahmen eines *boni viri arbitrium* halten. Ob aber diese Grenze gewahrt ist, kann der Unternehmer

[353] Heinze, *Vom Geist des Römertums*, S. 33 A. 6.

[354] *Studi* III, S. 300; VI, S. 275; *Corso* a.a.O. S. 260.

[355] Sie hat teils Beifall, teils Ablehnung erfahren: Siehe die Angaben bei Albertario, *Studi* III, S. 285 Sternanm.; VI, S. 275 A. 2, 3 und 5.

[356] So auch F. Schulz, *ZSSt.* 48, S. 696; Grosso, *SDHI.* 3, S. 445; *Obbligazioni*[2], 1955, S. 113 ff.; De Robertis a.a.O. S. 70 f.; Haymann, *Studi Riccobono* IV, S. 351 ff.; Solazzi, *Compensazione*, S. 8 f. Kaser, *RPR.* I, S. 412 A. 23, hält die Stelle mindestens im Kern für echt.

[357] *RRg.* II, S. 649.

im *bonae fidei iudicium* nachprüfen lassen, wenn er auf Zahlung des Werklohns klagt und der Besteller entgegnet, das Werk sei nicht vertragsgemäss[358].

Die Frage des *arbitrium* der Vertragspartei oder eines Dritten wird von den Klassikern auch auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts erörtert. Pomponius schreibt

D. 17, 2, 6 (*lib. 9 ad Sabinum*):

*Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, velut si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*

Nach Albertario[359] ist die Stelle von *ad boni viri arbitrium* bis *in societatem collaturus sit* interpoliert[360]. Er behauptet, die Klassiker hätten einen Gesellschaftsvertrag für ungültig gehalten, bei dem eine der Vertragsparteien den Anteil des einzelnen bestimmen sollte. Diese These ist nicht zu billigen. Das Ermessen des bestimmenden Gesellschafters muss ein *boni viri arbitrium* sein, genau so wie in dem zuvor besprochenen Paulusfragment. Ein solches *arbitrium* verlangt nicht, dass die Anteile unter allen Umständen gleiche seien: Der eine Gesellschafter kann ja mehr an Arbeitskraft und Geld eingebracht haben als der andere.

Albertario[361] beruft sich für seine Lehre vor allem auf Proculus D. 17, 2, 76; 78; 80 und Paulus D. 17, 2, 79. Die Kompilatoren haben folgende Fragmente der beiden Klassiker aneinandergereiht:

D. 17, 2

76 Proculus *lib. 5 epist.*:

*Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitrorum enim genera sunt*

[358] Karlowa a.a.O.

[359] *Studi* III, S. 297 f.; *Corso* a.a.O. S. 253 ff.

[360] Für die Echtheit Arangio-Ruiz, *Società*, S. 113 ff.

[361] *Studi* III, S. 298 ff.; VI, S. 274 ff.; *Corso* a.a.O. S. 253 ff., 258 ff.

*duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.*

77 Paulus *lib. 4 quaestionum:*

*(veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat):*

78 Proculus *lib. 5 epist.:*

*in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

79 Paulus *lib. 4 quaestionum:*

*Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.*

80 Proculus *lib. 5 epist.:*

*[Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset?] illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.*

Proculus[362] behandelt folgenden Fall: Zwei Personen haben einen Gesellschaftsvertrag unter der Bedingung geschlossen, dass ihr gemeinsamer Freund Nerva die Anteile bestimmt. Nerva setzt den Anteil des einen auf ein, den Anteil des andern auf zwei Drittel fest. Das Bestimmungsrecht des Nerva muss sich in den Grenzen eines *arbitrium boni viri* halten. Ein solches *arbitrium* verlangt nicht, dass die Anteile gleichmässig ausfallen. Denn, sagt Proculus genau wie Pomponius, der eine Gesellschafter kann ja ein Mehr an Arbeit, Fleiss, Kredit und Geld einbringen[363]. Albertario schliesst aus den Proculus-Fragmenten, dass nur ein Dritter, aber nicht eine Vertragspartei den Anteil des einzelnen Gesellschafters bestimmen könne. Die Voreiligkeit dieses Schlusses liegt auf der Hand. Proculus kann sehr wohl auch den Fall erörtert haben, dass die Bestimmung des Anteils einem der Gesellschafter übertra-

[362] Vgl. Lenel, *Pal.* II, Proculus Nr. 12.

[363] Die mit dem berüchtigten '*quid enim si*' (Beseler, *B.* I, S. 61 ff.) eingeleitete rhetorische Frage ist eine alberne byzantinische Randglosse. Der *arbiter* des Glossators ist nicht ganz bei Sinnen: er beteiligt den einen Gesellschafter mit eins pro mille, den andern mit zwei pro mille, während 997 pro mille einfach unberücksichtigt bleiben.

gen ist. Im Paulus-Fragment 77 ersetzt Albertario *locatoris* durch *Nervae* und beruft sich dafür auch auf das Fragment 79. Die Kompilatoren haben beide Fragmente aus ihrem Zusammenhang gerissen. Wahrscheinlich schrieb Paulus, beim Werkvertrag ist das *arbitrium boni viri* auch dann massgebend, *cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat*, und fuhr dann fort: *unde si* [*Nervae*] ⟨*locatoris*⟩ *arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei*[364]. Der Kompilator dachte an den Nerva der Fragmente 76 und 80, vergass dagegen, im Fragment 77 *locatoris* durch *Nervae* zu ersetzen[365].

Albertario stützt seine Textkritik auf die Catonischen Formulare. Er behauptet, Cato ziehe die Grenzlinie zwischen dem *arbitrium* der Partei und dem *arbitrium* eines Dritten und schliesse das erstgenannte *arbitrium* aus, wenn es sich darum handele, die Güte des verkauften Gegenstandes oder das Mass der Leistung zu bestimmen. Umgekehrt berufen sich F. Schulz[366], Grosso[367], De Robertis[368] und Arangio-Ruiz[369] gerade für die Echtheit von D. 19, 2, 24 pr. und D. 17, 2, 77 ebenfalls auf Cato[370]. Paulus spricht in D. 19, 2, 24 pr. von der Billigung des bereits hergestellten Werkes, die nach dem *arbitratus domini* erfolgen soll[371]. Eine gleiche Klausel fehlt in den Catonischen Formularen[372]. Wohl aber bestimmen sie ein Direktionsrecht des Gutsherrn bei der Olivenernte (c. 144, cl. 2) und der Ölbereitung (c. 145, cl. 2)[373]. Hier ist nach Albertario ein *arbitrium domini* zulässig, weil Leistung (Olivenernte, Kelterung) und Gegenleistung (*merces*) schon festgesetzt seien. Aber genau dasselbe gilt für das Paulus-Fragment 77. Es setzt die Vereinbarung eines bestimmten *opus* voraus und lässt eine Klausel der *lex locationis* des Inhalts zu, dass das

[364] Lenel, *Pal.* I, Paulus Nr. 1320, stellt mit Recht die Fragmente 77 und 79 in einen unmittelbaren Zusammenhang.

[365] Grosso, *SDHI.* 3, S. 444, meint, Paulus habe sowohl das *arbitrium Nervae* als auch das des *locator* behandelt.

[366] A.a.O. S. 696.

[367] A.a.O. S. 442 ff. und *Obbligazioni*², S. 113 f.

[368] A.a.O. S. 70 f.

[369] A.a.O. S. 111 ff.

[370] F. Schulz erwähnt ausdrücklich nur D. 19, 2, 24 pr.

[371] Vgl. oben S. 437.

[372] Insoweit befinden sich F. Schulz und Grosso in einem Irrtum.

[373] Vgl. oben S. 273 f.

Werk nach dem Ermessen des Bestellers auszuführen ist. Wenn schon gegen das Direktionsrecht des Bestellers keine Bedenken obwalten, so bestehen sie erst recht nicht gegen eine Billigungsbefugnis des *dominus* nach Vollendung des Werkes[374].

Zur Zeit Catos konnte es nicht dem Ermessen des Gutsherrn überlassen werden, die Höhe des vom Unternehmer der Olivenlese oder der Kelterung angerichteten Schadens zu bestimmen, weil die billige Ausübung des Ermessens vom Richter damals nicht nachprüfbar war[375]. Seit der Schöpfung der *iudicia bonae fidei* bestanden dagegen keine Bedenken mehr, die Festsetzung der Höhe des Schadens vom Arbitrium sowohl eines Dritten als auch des Gutsherrn selbst abhängig zu machen. Auch wenn keine Abrede über die Ausübung des Ermessens getroffen war, durften beide nicht willkürlich verfahren, sondern mussten nach dem Massstab eines *vir bonus* handeln[376]. Diese Regelung war rechtspolitisch einwandfrei, da letzten Endes dem Richter die Entscheidung darüber oblag, ob sich das *arbitrium* des Dritten oder des Gläubigers im Rahmen der für einen *vir bonus* geltenden Richtlinien bewegt hatte[377].

[*Berlin*] *Ulrich von Lübtow*

[374] Vgl. oben S. 437 f.

[375] Vgl. oben S. 395 f.

[376] Vgl. auch Bechmann II, S. 227; Karlowa II, S. 649.

[377] Vgl. F. Schulz a.a.O. S. 693; Arangio-Ruiz a.a.O. S. 114 f.
Weitere Fälle des *arbitrium boni viri*:
Die Bestimmung des Kaufpreises und anderer Leistungen kann auch dem billigen Ermessen einer Vertragspartei oder eines Dritten überlassen werden, nicht aber dem freien Belieben einer Vertragspartei (vgl. Kaser, *RPR*. I, S. 412 mit Lit. A. 23; Grosso., *Obbligazioni*², S. 99 ff.).

Der Niessbraucher musste vor Übergabe der Sache dafür Sicherheit leisten, dass er die Nutzung und Fruchtziehung nach den Grundsätzen der Wirtschaftsführung eines Ehrenmannes (*boni viri arbitratu*) ausüben werde: *cautio usufructuaria* (Lenel, *EP*.³, S. 358 f.; Kaser a.a.O. S. 378 f.). F. Schulz, *ZSSt*. 48, S. 695 A. 7, verweist in diesem Zusammenhang auf andere prätorische Stipulationen, welche die Klausel *boni viri arbitratu* enthalten.

Es gab schliesslich Fälle, in denen der Erblasser das Fideikomiss eingeschränkt hatte durch Klauseln wie *si putaveris, si utile tibi fuerit visum, si videbitur*. Sie werden mit Ausnahme der Bedingung *si volueris* nicht als Gewährung eines *liberum arbitrium*, sondern nur eines *arbitrium boni viri* aufgefasst und daher schon von den Klassikern für gültig erachtet (streitig: vgl. Siber, *RP*. II, S. 358 A. 27; F. Schulz a.a.O. S. 697; Kunkel, *RRR*., S. 357 A. 4; Kaser a.a.O. S. 632 A. 22 mit Quellenstellen und weiterer Lit.; Grosso a.a.O. S. 124 ff.).

# LA POSITION DE LABÉON VIS À VIS DE L'EXPRESSION „MORBUS VITIUMVE" DANS L'ÉDIT DES ÉDILES

*SUMMARIUM: Disputationis argumentum hoc modo exponi potest: 1. quod Labeo de voce 'morbus vitiumve' in edicto aedilium exstante censerit, 2. quo modo voces 'morbus' et 'vitium' Labeonis opinione inter se differunt.*

Labéon, que Pomponius représente comme le premier chef de l'école proculienne (D.I.2., fr. 47—48), est en réalité un jurisconsulte „hors série", qui, seul de tous les jurisconsultes classiques, est un théoricien, donnant des divisions, des définitions et des distinctions fondées, d'une manière abstraite sur la logique, alors que Proculiens et Sabiniens résolvent ou énumèrent des cas d'espèce.

Nous ne possédons malheureusement pas une étude complète qui n'envisa gerait que l'oeuvre personnelle de Labéon, car le gros ouvrage de Pernice, intitulé *Labeo*, est en réalité un aperçu général du droit du début du Haut-Empire. Nous avons émis l'hypothèse que c'était lui l'auteur de la division des choses en *res corporales* et *res incorporales*, car c'est dans son oeuvre qu'elle est poussée à ses extrêmes conséquences, alors que ses successeurs en atténuent progressivement la portée[1].

M. Michel Villey a très bien montré que Labéon, suivant l'influence des rhéteurs et des philosophes grecs attribue une grande importance à la recherche du sens exact des mots, essayant d'attribuer à chaque expression juridique un sens précis et distinct.

Labéon tente de distinguer le *morbus* du *vitium* dans l'Edit des édiles relatif aux vices de la chose vendue par des critères applicables à tous les cas: le *vitium* est contraire à la *natura* de l'être animé envisagé (esclave ou animal); l'expression désigne les caractères anormaux de la personne physique: par exemple, celui qui

[1] C'est pourquoi, nous ne pouvons adopter l'opinion de M. Arangio-Ruiz qui continue à estimer, qu'en dehors des Institutes de Gaius, les textes qui y sont relatifs, sont interpolés (*Istituzioni di diritto romano*, 11e éd., pp. 162—163). On peut d'ailleurs se demander, pourquoi Gaius, généralement considéré comme peu original, serait le seul jurisconsulte classique à exposer cette division.

bégaie ou articule mal. *Morbus* ne doit pas être traduit par 'maladie', mais par 'défaut accidentel' survenu après coup.

Nous avons la bonne fortune d'avoir dans Aulu-Gelle (IV, 2 et s.) la manière de voir de Labéon, qui est, il est vrai reproduite au D. 21, 1, fr. 1, 7; mais avec une erreur manifeste et des remaniements, ce qui fait que notre modeste étude est à la fois instructive pour les conceptions de Labéon et la manière négligente de travailler des compilateurs du Digeste. Nous nous permettons de mettre en parallèle le texte du Digeste et celui d'Aulu-Gelle.

Certains remaniements du texte du Digeste qui nous paraissent presque évidents ont échappé à d'éminents spécialistes de la recherche des interpolations (M. Beseler[2], M. Schulz[3]), bien qu'ils aient passé le texte au crible.

| Ulpien, D. 21, 1, fr. 1, 7 | Anlu-Gelle, *Noct. Att. IV, 2, 3* |
|---|---|
| *Sed sciendum est morbum apud [Sabinum] (Caelium) sic definitum esse habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id facit deteriorem, cuius causa natura nobis eius corporis sanitatem dedit, id autem alias in toto corpore, alias in parte accidere: . . . . . partis, veluti caecitas [licet homo itaque natus sit]; vitiumque a morbo multum differre, ut puta si quis balbus sit, nam hunc vitiosum magis quam morbosum. Ego puto aediles tollendae dubitationis gratia bis [κατὰ τοῦ αὐτοῦ] idem dixisse [ne qua dubitatio superesset][4]* | *Caelius Sabinus refert, quid esse morbum hisce verbis definisse: morbus est habitus cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius facit deteriorem. Totius corporis morbum esse . . . . partis autem veluti sit caecitas aut pedis debilitas. Balbus autem, inquit, et atypus vitiosi magis quam morbosi sunt, et equus mordax aut calcitro vitiosum, non morbosus est. IV. 2, 15. — Verba Masuri Sabini apposui ex libro juris civilis secundo: furiosus mutusve cuique quod membrum lacerum laesumque est aut obest, quo ipse minus aptus sit morbosi sunt. Qui natura longe minus, tam sanus est, quam qui tardius currit.* |

[2] *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen* IV (1920) p. 315.

[3] *Einführung in das Studium der Digesten* (1916) p. 222.

[4] Les passages que nous considérons comme des gloses ou des interpolations sont placés entre crochets.

M. Schulz se borne à voir dans notre texte deux gloses qui sont de simples paraphrases de la pensée d'Ulpien qui au Digeste nous fait connaître l'opinion de Labéon: à notre avis, l'intérêt de l'étude de Schulz est d'établir l'existence dans la même phrase, de deux gloses d'âge différent, l'une étant en latin et l'autre en grec. Beseler, tout en lui faisant des compliments, d'avoir montré l'existence de gloses, suppose que toute la dernière phrase indiquant l'opinion personelle d'Ulpien d'après le Digeste est interpolée (*unecht*); mais il ne justifie pas sa remarque et on ne comprendrait pas que des gloses soient venues se greffer à une phrase qui n'existait pas encore. Nous admettons donc les gloses qui sont inutiles, mais non l'interpolation de l'opinion d'Ulpien, qui nous parait tout à fait logique et conforme à celle de l'immense majorité des auteurs de son temps: sans se soucier de vouloir faire de la philologie, les édiles avaient utilisé l'expression *morbus vitiumve* pour éviter toute discussion.

Mais le fragment d'Ulpien que nous commentons, renferme à notre avis de graves inexactitudes, qui, à notre connaissance n'ont jamais été signalées.

A lire le Digeste, on croirait que la définition théorique du *morbus* et du *vitium* est due à Massurius Sabinus (*apud Sabinum*), et non à Labéon, mais Aulu-Gelle nous atteste que l'opinion de Labéon avait été simplement rapportée par Caelius Sabinus (consul en 60 ap. J.C.). L'inexactitude que nous décelons ainsi au Digeste, vient de ce que nous constatons qu'Ulpien emploie le mot Caelius[5] pour désigner Caelius Sabinus (D. 21, 1, fr. 17, 1, 6, 8, 12, 13, etc), tandis que le même Ulpien vise le jurisconsulte Massurius Sabinus qui a donné son nom à l'école sabinienne, lorsqu'il parle simplement de Sabinus (D. 21, 1, fr, 9; fr. 14 pr.).

D'autre part, un lecteur maladroit a cru bon de donner une précision en contradiction avec le fondement même de la distinction de Labéon: c'est un exemple frappant du danger d'utiliser uniquement des critères de pure forme pour affirmer qu'il y a une interpolation: on passe ainsi à côté de remaniements certains et l'on condamne des phrases authentiques des jurisconcultes classiques qui ne renferment que des incorrections grammaticales, ne changeant rien à la pensée du jurisconsulte envisagé ou des gloses qui sont

[5] Venuleius observe le même usage (D. 21,1, fr. 65,2) tandis que Gaius (D. 21,1, fr. 20) emploie l'expression plus complète: Caelius Sabinus.

de simples répétitions de cette pensée sous une forme différente. Pourquoi Ulpien n'aurait-il pas dit que c'est pour éviter toute discussion que les édiles ont employé l'expression *morbus vitiumve*, lorsque l'on voit Caton l'Ancien, l'un des premiers commentateurs de l'Edit, qualifier de *morbosus*, l'esclave à qui un doigt de la main ou du pied a été coupé (Ulpien, D. 21, 1, fr. 10)? Mais on ne signale pas que le Digeste fait de l'aveugle un *morbosus* bien qu'il soit né ainsi, dans un passage, en réalité, fondé sur les définitions de Labéon: une erreur aussi grossière ne nous parait pouvoir provenir que d'une mauvaise interprétation due à un glossateur de basse époque: le texte d'Aulu-Gelle nous prouve que dans l'esprit de Labéon, la *caecitas* ne pouvait être considérée comme un *morbus* que si elle était survenue accidentellement: l'aveugle de naissance serait rentré dans la catégorie du *vitium*.

Mais les efforts de Labéon pour établir une distinction doctrinale entre *vitium* et *morbus* ne furent pas suivis: l'extrait du livre II du *ius civile* de M. Sabinus donné par Aulu-Gelle ne renferme qu'une énumération de cas d'espèce, et les Proculiens employèrent la même méthode.

[*Paris*] † *Raymond Monier*

# A SPANISH CORPORATION AND ITS PATRONS

*SUMMARIUM: Tituli CIL II suppl. 5812 novum textum adiectis et adnotationibus de libris et apparatu critico hic praebetur. Extractum videtur esse ex commentariis collegii privati quod Genium publicum colebat. Patronam unam iam habuerat collegium, sed nunc alii quattuor adlecti sunt ut simul patroni essent omnes quinque.*

A virtually complete bronze plaque discovered at Sasamón, the ancient Segisamo in Hispania Tarraconensis, and now at Burgos in the Casa de Miranda, which houses the Archaeological Museum of the province, constitutes a document full of interest for the distinguished student of documents whom we wish to honor.

Emil Hübner, *Ephemeris epigraphica*, II (1875) pp. 244—8, no. 322 (with a note by Th. Mommsen at the end); idem, CIL II supplement (1892), 5812; Alvaro d'Ors, *Epigrafia juridica de la España Romana* (Madrid 1953) pp. 395—7, no. 30; Basilio Osaba y Ruiz de Erenchun, *Museo Arqueologico de Burgos* (= *Guias de los Museos de España*, III) (Madrid 1955) pp. 57—8 with an excellent photograph on Plate XII.

A. D. 239

Vot(a) su⟨s⟩ci(pimus)
fel(iciter) liben(tes)
patronis merentissimis, et fe(minae)
ei p(atronae) n(ostrae) i(ndulgentissimae), a[m]antissimis et pientissimis
cives pientissimi et amicissimi Seg(isamonales
dom(ino) nostro Aug(usto) Gor(diano) et Aviola cos(ulibus)
C. Sempronio Flavo
Valerie Severine patrone nostre
C. Severio Presso
C. Valerio Lupo
C. Tupellio Cassiano
Pub Paratus Anti Caliope
Pub Martialis libertus Gen Vale Donata
Pub Maritimus lib Gen Botia

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 15 | Pub | Mascellio | lib Gen | Valeria Britta |
| | Pub | Mercator | lib Gen | Va⟨l⟩e Avana |
| | Val | Candidus | pectenarius | |
| | Val | Quintio | | |
| | Iul | Morinus | | |
| 20 | Beb | Valoddus | fullo | |
| | Ant | Missillus | sutor | Oct Severa |
| | Iul | Eufimus | ma⟨ch⟩inius | |
| | | Elenus | fullo | |
| | | Aevaristus | ser(vus) Gen | |
| 25 | Emilius | | Secundus | |
| | Pelagius | | clavarius | |

APPARATUS CRITICUS: — 1—2 vot(a) su⟨s⟩ci(pimus) fel(iciter) liben(tes) Oliver, vot(a) su⟨s⟩c⟨e⟩(perunt) fel(iciter) liben(tes) Hübner, vot(a) fel(iciter) suce(perunt) tantissimis d'Ors. 3 fe(minae) Oliver, fe(licissimis) Hübner. 4 ei p(atronae) n(ostrae) i(ndulgentissimae) a[m]antissimis Oliver, et prestantissimis Hübner. 5 Seg(isamonales) Oliver, Seg(isamonenses) Hübner, Seg(isamoneneses) d'Ors. 6 Hübner. 12—16 Pub(licius) Hübner; libertus gen(ii publici) Oliver, libertus gen(tilis) Hübner, libertus gen(itivus) Mommsen, libertus gen(tilitatis?) d'Ors; Anti(stia), Va(leria), Va⟨l⟩e(ria) Hübner. 17—18 Val(erius) Hübner. 19 Iul(ius) Hübner. 20 B(a)eb(ius) Hübner. 21 Ant(onius), Oct(avia) Hübner. 22 Iul(ius) Eufimus ma⟨ch⟩inius Oliver, Iul(ius) Eufimus Amainius Hübner. 24 ser(vus) gen(ii publici) Oliver, ser(vus) gen(tilis) Hübner, ser(vus) gen(itivus) Mommsen, ser(vus) gen(tilitatis) d'Ors.

The inscription contains a dedication to its patrons by a society which refers to itself as *cives pientissimi et amicissimi Seg*. The inscription consists of three or four parts: (1—2) the heading with the date by the consuls of A.D. 239, (3) the list of patrons, (4) the list of members of the society. It will be easier to examine first the roll of the society, then the list of patrons, and finally the heading.

List of members in lines 12—26: — Lines 12—24 are engraved in four columns as follows: column I contains the abbreviated nomen of the member; column II contains his cognomen, which in this period would be his personal name; column III is blank in three cases but elsewhere contains notations, in four cases that he was *libertus gen*( ), in one case that he was *ser*(*vus*) *gen*( ), and in five cases that his humble occupation was such and such; column IV contains feminine names. The gap between the feminine names in lines 12—16 and that of Octavia Severa in line 21 can be explained on the assumption that her name belongs in line 21 because that is the line where her husband's name is engraved. Hence the

other names too owe their position to the fact that they belong to wives or concubines or fiancées of the men whose names are engraved opposite theirs. The feminine name in line 14, Botia, was interpreted by Hübner and d'Ors as possibly a second cognomen of the woman mentioned in the preceding line; otherwise one would have to assume that she did not have Roman citizenship. The latter is the explanation both Hübner and I prefer. Lines 25 and 26 are engraved by the same hand as the rest, but the engraver no longer adheres to his distinctions among columns I-III.

The solid core of the society may be described as the five men listed first, whose names occupy lines 12—16. As Hübner and d'Ors recognized, they all have the nomen Pub(licius). No other resolution of the abbreviation is possible. A praenomen Publius, for example, cannot be postulated, because only nomina appear abbreviated in column I, and praenomina in the case of common people had by this time lost their importance anyway. A nomen Publilius might seem possible at first sight, but one piece of evidence enables us to choose with certainty between these two nomina. Though the first and most important name has no identification in column III, the next four men are identified as *libertus gen*( ), while in line 24 a man without a nomen is identified as *ser*(*vus*) *gen*( ). Hübner called attention to the Spanish organization in *gentilitates* or *gentes*, which appears often in inscriptions, even close by as late as A.D. 152 (CIL II 2623 = d'Ors 24). Hence he and d'Ors would resolve *gen*(*tilis*) or *gen*(*tilitatis*)?, and they concluded that the freedmen took the name Publicius because they had once belonged to the *res publica gentilitatis*. Mommsen in a note appended to the *editio princeps* rejected the resolution *gen*(*tilis*), but his own proposal, *gen*(*itivus*), has won no adherents. To me it seems that Hübner was right in explaining the nomen Pub(licius) as derived from the adjective *publicus*, but the resolution *gen*(*tilis*) seems to me incorrect. I know of no *servus gentilis* even before the time of Gordian III, but I do know of public slaves attached to a public cult in a state with a city or „political" organization. At Athens, for instance, the slave ἐπὶ Σκιάδος appeared among the ἀίσειτοι of Athenian prytany catalogues of the Roman Period.[1] Now as the index of CIL II sup-

[1] In addition to the examples cited in Hesperia and IG II² see my article, *On the Order of the Athenian Catalogues of aiseitoi*, in *Harv. Theol. Rev.* XLIII (1950) pp. 233—5.

plement will show the reader, the cult of the Genius of the city was an important feature of Spanish towns, as of African and Italian towns. I cannot adduce an example from Segisamo itself, but I select instead just one example from the great provincial capital which served as a model to other towns of Hispania Tarraconensis. It is CIL II 4071, reproduced with an excellent photograph and correctly resolved by Pio Beltràn, *Boletin arqueologico*, LII (1952) pp. 36—7 and plate VII. This inscription, which dates from the Hadrianic Period, reads:

*Genio Col(oniae) I(uliae) U(rbis) T(riumphalis) Tarrac(onis)*
*L. Minucius Apronianus*
*Ilvir q(uin)q(uennalis) testamento*
*ex arg(ento) libris XV*
*5 poni iussit*

Similarly at Segisamo the cult of the Genius may be assumed, and if so, I prefer to derive the nomen Publicius, which is borne by the first five, from the Genius publicus.[2] Four of these first five then are surely freedmen of the Genius publicus; the first and ranking member of the society may be the freeborn son of an ex-slave of the Genius publicus. The social and religious purpose of the society now becomes apparent: it is connected with the cult of the Genius. The ex-servants of the Genius with their wives and friends and with the present servant assemble on various occasions in honor of the Genius and have a good time at a common banquet. A genius was honored with offerings of wine and flowers.

Among the members a second group emerge: they are the Valerii, doubtless ex-slaves of a prominent local family of Valerii. In line 16 the name of the wife, who had a nomen sufficiently familiar to be abbreviated, is Va⟨l⟩e(ria) Avana rather than Baebia Avana, because Baebia (see line 20) would have been abbreviated BEB, not VAE. Accordingly, three of the five most important members have wives who were ex-slaves of the Valerian family, it would seem, and if Botia is the name of a slave, as I at least believe, a fourth even may have a fiancée who is still a slave in that family. Then the two men whose names follow immediately upon those of the

[2] In the third century after Christ the genius types were particularly common on Roman coins. See C.H.V. Sutherland, *Flexibility in the 'Reformed' Coinage of Diocletian* in *Essays in Roman Coinage Presented to Harold Mattingly* (Oxford 1956) pp. 174—189.

five most important members are likewise ex-slaves of the Valerian family or owe their nomen in some way to the Valerian family. It should, however, be emphasized that the recognizable retainers of the Valerii do not constitute the nucleus; hence I hesitate to read into this inscription evidence of a "régimen de industria colectiva familiar" or even to describe it as an "agrupaciòn que parece familiar." The religious character, of course, hides another purpose, social or economic. The social purpose, which to me seems more likely, would be a purpose less directly connected with the Valerian household; it does not exclude, but renders unnecessary, a second explanation.

In line 14, column III, appears, not another cognomen (so Hübner) of Iulius Eufimus (read Euphemus), but a word indicating his occupation, AAAAINIVS. Since M is in this inscription written AA, there are three equally possible readings, none of which looks like any known name; but in that column it should not be a name. A and H are easily confused. The word is perhaps best interpreted as *ma⟨h⟩inius* or *ma⟨ch⟩inius*; he may be a Greek μηχάνιος. If so, the word is derived from *machina* and means one who works with an irrigation machine or with some other mechanical equipment. He might well be a mason (compare *machio*).

One more point: only three of the last four names can be those of slaves, because one bears a nomen (Aemilius).

List of patrons in lines 7—11: — The dative case shows that the entire inscription including the two catalogues is conceived as one sentence. There are five patrons, but the second name is accompanied by the note *patron⟨a⟩e nostr⟨a⟩e*. While all five are patrons, she is the patron par excellence, Valeria Severina. Since her name stands in second place, the first name must be that of her husband. The third name, C. Severius Pressus, suggests a relative like an uncle, because her cognomen is derived from the nomen Severius. The fourth patron, C. Valerius Lupus, may be her brother. With d'Ors I assume that all the patrons are closely related.

Accordingly, the inscription of Segisamo supplements the famous inscription of Vulsinii, ILS 7217 which J.-P. Waltzing examines in the *Étude historique sur les corporations professionelles chez les romains ...*, I (= *Mémoires couronnées ... publiées par l'Académie... de Belgique*, L, 1895), pp. 425—46, while the inscription of Vulsinii helps to explain the inscription of Segisamo. At Vulsinii a *collegium*

displays gratitude to its patron by naming his wife as patroness. At Segisamo a *collegium* adds to a patroness four relatives of hers as new patrons.

The interest of Valeria Severina in the society must be connected with the presence of Valerii in the society. The wives of three and perhaps the fiancée of a fourth of the most important members, it seems, are or were maids of Valeria Severina, who doubtless gave material aid in arranging the marriages and who continues to extend a helping hand to their husbands. For a third such marriage no longer looks coincidental.

The heading in lines 1—5:— The abbreviation SVCI cannot be resolved *su⟨s⟩c⟨e⟩(perunt)*, as Hübner suggested even though he recognized that the last letter was not an E. For one thing, the third person would not be in accord with line 8, which attests for this inscription the use of the first person. Still the verb *suscipere* seems to be indicated, and if so, we have to restore the first person plural of the present tense. H. Hübner and A. d'Ors were misled into resolving the verb as a third person plural of the perfect tense because they knew so many parallels in that form. But the recourse to emendation spoils the argument from such parallels. Moreover, from the time of Antoninus Pius on, the first person of the present tense is also encountered, and one example may be cited from CIL II 2211 = A. d'Ors no. 31, which contains among other things the words *offerimus tibi cuncti tesseram pat(ronatus) fabri sub⟨ae⟩diani quem libenti animo iubem[us] suscipi*, "we, subaedian artisans[3], unanimously offer you the tablet of a contract of patronage, the undertaking of the mutual obligations of which on our side we do gladly decree." On the analogy of this parallel our inscription may be translated, "we do gladly undertake solemn commitments to patrons most deserving," etc.

In line 2 Hübner's reading seems to me certain, while that of d'Ors, *tantissimis*, is excluded, or so I at least believe after examination of the original. In line 4 Hübner's reading will not bear a careful

[3] The *fabri subaediani* are defined by Albert Grenier, *Economic Survey of Ancient Rome*, III (Baltimore, 1937), p. 470, as "artisans et affranchis réunis autour du temple principal de la cité pour le culte des Lares Augustaux". Why not "pour le culte des Lares de la cité"? They are defined by Tenney Frank, *Economic Survey*, V (Baltimore, 1940), p. 215, note 75, as "carpenters who work on finishing the interiors of buildings".

examination of the bronze. Hübner reads ETPRESTANTISSIMIS, but I read EIPNI..ANTISSIMIS very clearly, so that the word *prestantissimis* is excluded. The letters PN or PNI must be an abbreviation for a phrase that occurred frequently in the minutes of the society. I should like to connect this abbreviation with the abbreviation in line 3, FE, which Hübner resolved as *fe*(*licissimis*) without evidence or reason and which I would resolve as *fe*(*minae*) and then read as a special reference to Valeria Severina in lines 3—4, *et fe*(*minae*) *ei p*(*atronae*) *n*(*ostrae*) *i*(*ndulgentissimae*), the epithet *indulgentissimus* being, as the index of the Corpus shows, one of the most common to accompany the word *patronus*. The phrase [..]*antissimis et pientissimis* in line 4 is balanced by the phrase *pientissimi et amicissimi in* line 5, and this suggests the restoration [*am*]*antissimis*. In fact, I think I see *a*[*m*]*antissimis*.

In line 5 the phrase *cives ... Seg.*, especially on a bronze plaque serving the same purpose as all bronze *tesserae patronatus*[4], must be the official name of the society. If the society has been correctly identified as a social and religious group of rather humble folk uniting under the protection of the Genius publicus of Segisamo, the abbreviation *Seg*( ) might indicate the name of that deity or of an eponymous hero. Hübner's resolution *Seg*(*isamonenses*) has then less probability than *Seg*(*ismonales*) a term like Mercuriales, Martiales, Martenses, Asclepiastae, Poseidoniastae, etc. Or the abbreviation *Seg*( ) may have been resolved as the name of a deity or hero in the genitive, e.g. *Seg*(*isamonis*) or *Seg*(*isami*). At least many parallels for the genitive of the substantive instead of the adjectival form may be adduced in the title *collegium Geni fori vinari* at Ostia and the names of societies who call themselves merely *cultores* of this or that deity, e.g. the *cultores Larum publicorum* at Capera in Lusitania (CIL II 816 and 817) or the *cultores Larum* at Emporiae[5] in

[4] As d'Ors notes, the document may not be a *tessera patronatus* of the earlier type, but the plaque served the same purpose in the sense that it was to be suspended, probably in the house of a patron, as formal evidence and reminder of the *clientela*. The use of the first person in public and private inscriptions of decrees and catalogues from the time of Marcus Aurelius on, often with a tendency to dramatize the high point of the meeting, is due to the influence of the minutes in which the exact words were recorded and to a change in the public attitude toward voting in assembly.

[5] M. Almagro, *Las inscripciones ampuritanas griegas, ibéricas y latinas* (Barcelona 1952) pp. 90—92 and 261 with a photograph: *Man*(*io*) *Cornelio* | *Man*(*i*)

Hispania Tarraconensis. But the protecting deity was by no means always mentioned in the name. I find it easiest to suppose that the term *cives ... Seg(isamonales)* was so clearly distinguishable from the phrases *cives Romani* and *municipes Segisamonenses* that nothing would hinder a society from adopting it as a name, and that this name meant to the members an ideal community under the protection of the Genius publicus of Segisamo. The closest parallel for our catalogue of members is the *familia publica* of CIL XIV 255 and 32.

No matter how the reader chooses to interpret the abbreviation, they called themselves *cives*. The society, which did not discriminate between men and women or between free and slave and in no way represented the *populus Segisamonensis*, considered itself a community like a *civitas dei*. This document of a purely local society not only has an interest for the study of Roman social and legal institutions but illustrates one of the many origins out of which St. Augustine's great picture of a universal society derived at least its name.

[*The John Hopkins University in Baltimore*] *James H. Oliver**

---

*fil(io) Gal(eria)* | *Saturnino pat(rono)* | *aed(ili) IIvir(o) flam(ini)* | *cultores Larum* It is included by J.-P. Waltzing in his second supplement, *Le musée belge* V (1901) p. 126, who comments: "Les *cultores Larum* sont un collège domestique et funéraire, de la maison de M. Cornelius Saturninus, que ces *cultores* appellent leur *patronus*". I should of course agree that the *cultores Larum* constituted a *collegium* and that one purpose was funerary, and I should likewise agree that M. Cornelius Saturninus was the patron (for the abbreviation *pat.* compare CIL II 2211 = d'Ors no. 31). But the Lares were surely the Lares of Emporiae, and the society was scarcely a household society. I imagine it was rather like the society at Segisamo.

* In writing this article the author enjoyed financial assistance from the John Simon Guggenheim Memorial Foundation to whom grateful acknowledgment is here offered.

# LE CARACTÈRE JURIDIQUE DE L'ACTIO CIVILIS INCERTI À LA LUMIÈRE DES SCOLIES DES BASILIQUES

## (Note critique sur l'inteprétation du D. 2, 14, 7, 2)

*SUMMARIUM: Opinio secundum quam in iure romano epochae classicae actio specialis in executionem contractuum innominatorum, quae „agere praescriptis verbis" vel „actio civilis incerti" appellabatur, existabat, novis argumentis, quae ad Scholias Basilicorum spectant, illustratur.*

Lorsqu'il y a vingt ans je m'occupais du problème des contrats innommés, l'analyse des textes m'a amené à conclure qu'à l'époque classique il devait exister une action particulière en exécution du contrat, définie comme *agere praescriptis verbis* ou encore *actio civilis incerti*[1]. Cette action, au contraire de la *condictio*, était le

[1] Voir W. Osuchowski, *O nieoznaczonych prawnie stosunkach kontraktowych w klasycznym prawie rzymskim* [= *Sur les rapports contractuels juridiquement indéterminés dans le droit romain classique*] (*Archiwum Tow. Nauk. we Lwowie*, Dzial II, t. 11, zesz. 2, Lwòw 1933) p. 17 ss. J'ai constaté dans ce travail que le système des contrats admis par le droit devient, dès le début de l'Empire, insuffisant et que le développement des rapports économiques fait naître maintes situations qui, en résultant d'une convention, en exigent la sanction. Les juristes de cette époque et surtout les adhérents de l'école sabinienne, conservaient la division des contrats traditionellement établie et tâchaient toujours de subordonner les accords des parties méritant une sanction, à la structure d'un des contrats reconnus, malgré que la nature juridique d'un rapport donné, ne satisfaisait pas exactement aux exigences qualifiant une convention comme contrat. Dans le cas, où une opération ne pouvait être classée parmi les contrats reconnus ni parmi les délits, mais elle exigeait pourtant la sanction en raison de la protection des intérêts des parties, on en trouvait une issue dans l'application de l'action prétorienne *in factum*, qui avait pour but de dédommager la personne lésée par l'évènement en question.

A côté de ces opinions, une nouvelle tendance se fraye cependant le chemin, propagée par certains représentants de l'école proculienne, particulièrement par Labéon lui-même ainsi que par Aristo, et concernant l'ainsi-dit συνάλλαγμα. En entendant par ce terme, selon le modèle grec, une opération juridique donnant naissance à l'obligation de prestation réciproque ces juristes admettent l'existence d'un contrat, là où l'on a affaire à un accord tel qu'une partie se charge d'exécuter une prestation contre la prestation préalablement effectuée par

seul moyen de procédure, grâce auquel l'on pouvait obtenir l'exécution du contrat au cas de la prestation préalable par l'un des contractants[2].

Je me permets aujourd'hui, pour justifier la thèse que je défendais alors, d'attirer l'attention sur les renseignements qui nous ont été transmis dans les scolies des Basiliques et qui n'ont pas été jusqu'à présent suffisamment étudiés et éclaircis. Les précieux travaux de M. Giffard[3] n'ont pas réussi à démontrer l'im-

---

l'autre partie. La prestation préalable devait naguère s'appuyer sur une certaine *datio* et la contre-prestation pouvait consister en *dare* ainsi qu'en un certain *factum* (*facere*). La conséquence de la reconnaissance de ces opérations comme contrats, était l'acceptation du caractère civil des rapports en question et l'application d'une action civile à l'*intentio* incertaine pour les sanctionner, à savoir l'*actio civilis incerti;* cette action contenait alors, en tête de la formule, une phrase destinée à expliquer l'opération faite (à la place de la *demonstratio*), dans la procédure *per formulas*, et c'est pour cette raison qu'elle était désignée par les termes: *agere praescriptis verbis*. On accordait cette action en vue d'obtenir l'exécution du contrat, et notamment la prétention du demandeur d'accomplir la contre-prestation par le défendeur et de lui compenser l'*interesse* positif né à ce titre.

A côté de l'*agere praescriptis verbis*, qui était une mesure légale tendant à obtenir l'exécution par l'autre contractant, il existait une action civile en enrichissement injuste — la *condictio* (*causa data causa non secuta*) qui, étant appliquée à l'époque de la jurisprudence classique dans le domaine de contrats innommés, a trouvé une application particulière dans les constitutions impériales. L'existence parallèle de deux actions civile (l'*actio civilis incerti* et la *condictio*) en vue de sanctionner les rapports contractuels juridiquement indéterminés, s'explique par le fait que la *condictio* avait pour but la restitution de la prestation effectuée (faisant déjà partie du patrimoine de l'autre contractant) et non pas la demande d'exécuter la convention; elle ne pouvait donc pas être appliquée dans le cas, où la prestation préalable concernait certains services (*facere*) et ne touchait en général pas le patrimoine de l'autre contractant dans la sphère matérielle (p.ex. dans le cas, où l'objet de la prestation préalable était l'affranchissement d'un esclave).

[2] On verra l'argumentation de cette thèse dans mon travail: *Znaczenie doktryny Aristona dla ochrony umów synallagmatycznych w prawie rzymskim* [= *L'importance de la doctrine d'Aristo dans le sanctionnement des conventions synallagmatiques en droit romain*] (*Księga pamiątkowa ku czci Leona Pinińskiego*, Lwów 1936) p. 4 ss.

[3] Cfr. A. Giffard, *Condictio incerti et actio praescriptis verbis* (*RHD* 1930, p. 605 ss.); idem, *Actio in factum, id est praescriptis verbis* (*RHD* 1930, p. 377 ss.); idem, *„Precarium", „condictio incerti" et „actio praescriptis verbis"* (*Studi Riccobono* 2 [1936] p. 275 ss.); idem, *Jurisconsultes byzantins et actio praescriptis verbis* (*ZSS* 51 [1931] p. 600 ss.); idem, *Les maîtres de Beyrouth et l'action praescr.*

portance de la *condictio incerti* pour les conventions synallagmatiques. Cette action jouait le rôle de l'action en exécution de la prestation seulement dans le cas de contrats unilatéraux[4]. En analysant le D. 2, 14, 7, 2 je constatais que l'on ne peut identifier l'action contractuelle à la *condictio* extracontractuelle, vu que les circonstances suivantes dans le texte d'Ulpien le contredisent:

1. le *responsum* d'Aristo,
2. l'opposition de la *condictio* à l'action en exécution de la contre-prestation,
3. les effets juridiques de la *condictio* et de l'action contractuelle en cas de responsabilité pour le *periculum* et le délai,
4. la position de Julien relative au *negotium contractum*.

## I

1. Ulpien reproduit dans son rapport[5] le texte du *responsum* d'Aristo en termes suivants:

> *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias; hoc* συνάλλαγμα *esse et hinc nasci civilem obligationem.*

Si Aristo donne à l'un des plus éminents représentants de l'école proculienne, Celsus, le *responsum* — la raison la plus probable en est que celui-ci était d'un autre avis en la matière, ou du moins qu'il avait certains doutes, justement quant à ce qui faisait le fond du *responsum* en question. Dans le cas de la convention du type *do ut des* ou bien *do ut facias*, quand elle ne revêt pas la forme d'un contrat admis, il nait — selon Aristo — une obligation civile, à savoir: le contrat — συνάλλαγμα en raison de l'existence de la

---

*verbis* (*Mnemos. Pappoulia* p. 143 ss.); idem, *L'actio civilis incerti et la donation avec charges* (*Atti Congr. intern. dir. rom.-Roma*, 2 [1935] p. 135 ss.); idem, *L'action qua incertum petimus* (*SDHI* 4 [1938] p. 152 ss.); idem, *Observations sur l'enrichissement injuste incertain* (*RIDA* 4 [1950] p. 499 ss.). Cfr. aussi De Villa, *Actio incerti* (Sassari 1932).

[4] Si la *condictio* pouvait donc jouer, même le rôle d'une action en exécution, dans des cas certains — tel le *precarium* ou la convention de restitution de la dot connexe à la *datio dotis causa* (donc les conventions unilatérales) — la sanction de la *condictio* était d'autant plus insuffisante quant aux conventions synallagmatiques qui faisaient naître une obligation bilatérale.

[5] Cfr. D. 2, 14, 7, 2.

cause juridique (*causa*), qui, elle apparaît à la suite de la prestation préalablement effectuée[6].

Si Aristo fait cette réponse à Celsus, c'est parce que celui-ci, tout en percevant dans la convention du type *do ut des* certains caractères du contrat, hésite toutefois à adopter, dans ce cas, le contrat, et il considère plutôt le fait comme une obligation *ob rem dati re non secuta*, donc comme une obligation qui engendre l'action en restitution — la *condictio*[7]. Par contre Aristo ne regarde pas uniquement la convention du type *do ut des* ou *do ut facias*, comme une obligation à titre d'enrichissement injuste. S'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait pas eu de divergences entre les opinions d'Aristo et celles de Celsus, et le *responsum* donné à Celsus en cette matière n'aurait eu aucun fondement. La différence des opinions des deux juristes consiste en ce qu'Aristo tient la convention de ce genre pour un συνάλλαγμα — ce qui répond, selon la définition de Labéon[8], au terme de *contractus*, donc à l'obligation relative à la prestation réciproque[9].

2. Que *l'actio civilis incerti* et la *condictio* soient, dans les sources, deux actions différentes, cela apparaît encore mieux par l'opposition de ces deux actions dans le domaine des contrats innommés. La *condictio*, comme l'action en restitution de l'enrichissement injuste, a pour objet une chose déterminée et aboutit au *strictum iudicium*. Sa formule avait pour contenu le *dare oportere*. Par contre, la formule de l'*actio civilis incerti*, comme Gaius[10] nous le rapporte, contenait à la place de la *demonstratio* une certaine *praescriptio*, et son *intentio*, le fond essentiel de la prétention, portait sur l'*incertum*, car cette action avait pour but l'exécution du contrat et non pas la restitution de la prestation effectuée.

L'*actio civilis incerti* devenait une action en *interesse*, ce qui n'était pas le cas de la *condictio*. Les juristes le soulignent bien

[6] Cfr. H. J. Wolff, *Consensual contracts in the Papyri?* (*JJP* 1 [1946] p. 55 ss.); voir cependent G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti* (1950) p. 96 et la critique de M. Wolff, *IVRA* 2 (1951) p. 261.

[7] Voir la remarque de Celsus dans D. 12, 4, 16: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum.*

[8] Voyez D. 50, 16, 19.

[9] Donc une *ultro citroque obligatio*, cfr. P. Collinet, *L'invention du contrat innommé: le responsum d'Aristo* (*D. 2, 14, 7, 2*) *et la question de Celsus* (*D. 12, 4, 16*) (*Mnemos. Pappoulia* p. 93 ss.).

[10] Gai IV, 131a, 136.

souvent[11]. La différence entre ces deux actions dans le domaine des conventions synallagmatiques est manifeste. Les juristes eux-mêmes remarquent que l'application de ces actions se fait alternativement, ce par quoi il faut comprendre qu'il s'agit là de deux voies diverses de la procédure. Et voici ce qu'en disent Papinien et Paul:

D. 19, 5, 7. — *Papinianus libro secundo quaestionum*: *...agam, praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.*

D. 19, 4, 1, 4. — *Paulus libro trigesimo secundo ad edictum*: *...non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit; sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est quasi re non secuta.*

D. 19, 5, 5 §§ 1, 2. — *Paulus libro quinto quaestionum*: *...dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta... sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio...condici ei potest vel praescriptis verbis agi...*

Il en résulte que la *condictio* et l'*actio civilis incerti* ou *agere praescriptis verbis* ne sont pas des actions identiques.

3. Les conséquences pratiques qui découlent de l'adoption du contrat—συνάλλαγμα apparaissent en cas de responsabilité pour le péril et le délai. Si Celsus[12], qui n'est pas un partisan de la doctrine d'Aristo, ne met pas à la charge du créancier le risque de l'accident, si Proculus[13] applique la *condictio* en cas de délai, Paul[14] par contre — qui reconnaît la nouvelle théorie contractuelle — en tire des conséquences pratiques, car il rejette sur le créancier la responsabilité pour le *periculum*.

Malgré l'évolution du συνάλλαγμα — contrat à l'époque classique, on n'a pas su entièrement profiter des avantages pratiques de la nouvelle doctrine. Les opinions d'Ulpien, qui n'est pas toujours

[11] Cfr. D. 2, 5, 3.
[12] D. 12, 4, 6.
[13] D. 12, 4, 3, 3.
[14] D. 19, 5, 5, 1 — voir Pernice, *Labeo* 3, 1, p. 302 ss.

très conséquent dans ses décisions, en sont une preuve[15]. Les véritables résultats de la théorie d'Aristo ne seront obtenus que par le droit post-classique, dans la législation impériale[16]. Au cas, où le contrat ne revêt pas la forme rigoureuse du contrat verbal (*stipulatio*), le droit impérial applique l'*actio civilis incerti* pour sanctionner les conventions synallagmatiques, en l'introduisant dans la pratique sur le modèle de l'action *ex stipulatu* en tant que certaine *actio ex stipulatu utilis*. Nous en trouvons un exemple dans la transaction (*transactio*). La constitution d'Alexandre Sevère de l'an 230 établit qu'il faut, dans le cas d'absence de la stipulation — *si omissa verborum stipulatio* est[17] — accorder une *actio utilis quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*, pour sanctionner la transaction. C'est justement là, cette *actio civilis incerti*, définie également dans les sources classiques par les termes *agere praescriptis verbis*, et qui a son fondement dans la doctrine d'Aristo.

4. La contradiction des opinions de Mauricien et de Julien en matière de sanction, prouve que Mauricien regardait l'*actio civilis incerti* comme une action contractuelle et non pas comme une *condictio*. Julien en effet, s'était fait l'apôtre de la sanction d'un certain *negotium contractum* au moyen de la *condictio*[18]. Si Mauricien appliquait la *condictio* pour la sanction de la convention synallagmatique, la position adoptée par Julien serait incompréhensible, puisqu'étant le partisan, ou peut-être même le créateur de la sanction relative au *negotium contractum* au moyen de la *condictio*[19], il épouse une opinion différente à l'égard des propagateurs de la doctrine d'Aristo. La contreverse des opinions est d'une autre nature, puisqu'on entend par *actio civilis incerti* une action contractuelle en exécution du contrat. Julien ne tenait pas pour nécessaire la création de l'action contractuelle pour sanctionner les

[15] Cfr. D. 12, 4, 5, 4, et D. 12, 4, 3, 3.

[16] Cfr. C. 4, 6, 10.

[17] C. 2, 4, 6.

[18] Cfr. D. 12, 6, 33; D. 30 (I) 60; D. 39, 5, 2 §§ 3 et 4, et D. 44, 4, 7.

[19] Cfr. F. Trampedach, *ZSS* 17 (1896) p. 116 ss., ainsi que les fragments de Julien cités, illustrant la théorie de ce juriste sur la sanction du *negotium contractum* au moyen de la *condictio*. Quant aux conventions unilatérales, cette *ondictio* pouvait même avoir la fonction d'une action en exécution de la prestation, étant donné que l'objet de la prétention était la restitution de l'objet de l'enrichissement, ce qui correspond dans les conventions en question à l'obligation d'exécuter la convention.

conventions synallagmatiques qui n'étaient pas comprises dans la sphère des contrats admis, car il appliquait ici, soit l'action du contrat le plus proche, soit l'action prétorienne *in factum*[20].

Dans les cas où la restitution de la prestation avait le caractère d'un contrat à remplir (comme en matière du *precarium*), Julien fait appliquer la *condictio*. Étant donné que la *datio Stichi contra manumissionem Pamphili* n'avait pu être subordonnée à un type admis de contrat, et comme d'autre part, elle excluait la restitution de la prestation, en raison du caractère indéterminé de son objet qui s'appuyait sur le *facere*, qu'était l'affranchissement de l'esclave, — Julien use de l'action prétorienne *in factum*, faute de pouvoir appliquer l'action connexe au contrat admis ou la *condictio*.

Par contre Mauricien, à la suite de la doctrine d'Aristo, admet dans ce cas la conclusion entre les parties d'un contrat et applique dès lors, pour le sanctionner, l'action contractuelle contenant l'intention incertaine: *actio civilis incerti*[21]. A la lumière de ces faits, le texte suivant d'Ulpien devient intelligible[22]:

> *... et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem ... esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde haec nascitur actio.*

## II

Nous savons indirectement, par les mentions qu'en font les scolies des Basiliques, qu'il y avait bien eu à ce sujet une différence d'opinions entre les juristes. Dans la rédaction byzantine, le fameux passage d'Ulpien dans le D. 2, 14, 7, 2 a été considérablement raccourci, par contre dans la scholie Μαθῶν[23], Κυρίλλου et Τῶν φυσι-

[20] Ou bien une *actio de dolo*, cfr. D. 19, 5, 5, 2 *in fine*.

[21] Ceci apparaît d'une manière la plus évidente dans le fragment de Marcien D. 19, 5, 25 qui corrobore la sanction contractuelle de la convention du type *facio ut facias* en excluant ainsi l'application de la *condictio*.

[22] Dans D. 2, 14, 7, 2.

[23] Cfr. Sc. Μαθῶν du Bas. XI, 1, 7 — Heimb. 1, 559: σαφῶς ὁ Ἀρίστων ἀπεκρίνατο τῷ Κέλσῳ, λέγων, ὅτι καὶ οὕτω τίκτεται ἀγωγή, μόνον εἰ προηγήσατο δόσις ἐπὶ δόσει, ἢ ποίησις ἐπὶ ποιήσει ἢ ἐπὶ δόσει...; la trad. lat. de Heimb.: *eleganter Aristo Celso respondit, dicens, etiam sic nasci actionem, dummodo praecesserit datio, ut aliquid daretur, vel factum, ut aliquid fieret vel daretur...* nous lisons dans la suite: .. καὶ γὰρ καὶ ὁ Οὐλπιανὸς ἐρωτηθεὶς ὑπὸ Μαυρικίου τοιοῦτο θέλει. ὅρα, τί μὲν ἀπεκρί-

κῶν[24] les considérations relatives aux opinions d'Aristo et de Celsus, de Mauricien et de Julien, ont été rapportées d'une manière plus détaillée. Nous avons là, la preuve du fait que les opinions des juristes citées ci-dessus sont authentiques, et qu'elles n'ont pas été inventées par la doctrine post-classique. Du point de vue de la jurisprudence post-classique il serait vraiment vain de forger des opinions qui auraient une importance de réminiscence historique plutôt que celle d'une application pratique à cette époque.

L'*actio civilis incerti* à l'époque post-classique est d'une application généralisée sous la dénomination d'*actio praescriptis verbis*[25]. La scolie Μαθῶν donne même les éléments matériels de cette action. Le scoliaste, dans son commentaire du passage d'Ulpien dans le D. 2, 14, 7, 2, distingue deux voies de droit qui servent à sanctionner le συνάλλαγμα; c'est d'une part l'action civile *praescriptis verbis* ou *in factum* (elles sont selon le scoliaste identiques) et la *condictio*. La première est une action en exécution du contrat, la seconde — en restitution de la prestation effectuée. Le scoliaste remarque alors[26]:

> ...δὸς πολιτικὴν ἀγωγὴν τὴν πραεσκρίπτις βέρβις, ἔνθα δηλονότι βούλεται ὁ δεδωκὼς γενέσθαι τὸ συνάλλαγμα, τὸ ἐφ' ᾧ καὶ παρέσχε τὴν δόσιν· ἢ ἐάν μὴ βούληται, δὸς τὸν καῦσα δάτα καῦσα νὸν σεκοῦτα κονδικτίκιον, ἔνθα ὁ δεδωκώς ἴντεγρα ῥὲ δηλονότι μεταμέλεται καὶ οὐ θέλει γίνεσθαι τὸ συνάλλαγμα...

---

νατο, πῶς δὲ αὐτὸν ἐνότευσεν ὁ Μαρκιανός. et la trad. lat. de Heimb.: ... *Nam etiam Ulpianus a Mauricio consultus hoc vult. Vide, quid responderit, quomodo autem eum Marcianus notaverit.*

[24] Cfr. Sc. Τῶν φυσικῶν du Bas. XI, 1, 7 — Heimb. 1,562: ... σαφῶς ὁ Ἀρίστων ἀπεκρίνατο τῷ Κέλσῳ, τίκτεσθαι καὶ ἐκ τούτου τοῦ συμφώνου ἐνοχήν...; et la trad. lat. de Heimb.: ...*eleganter Aristo Celso respondit, nasci ex hac quoque conventione obligationem...*

[25] Ainsi Patricius (V^e^ siècle après J.-C.) appelle tout simplement cette action *utilis* dans la constitution d'Alexandre Sévère: ***actio praescriptis verbis;*** cfr. Sc. du Bas. XI, 2, 23 — Heimb. 1, 695: Ὁ μὲν τῆς περιφανοῦς μνήμης Πατρίκιος τὸ εἰς διαφέρον ἐνάγεσθαι τοὺς διαλυσαμένους καὶ μὴ πληροῦντας, ἃ ἐπηγγείλαντο, πρὸς μόνην τὴν πραεσκρίπτις βέρβις ἐνόησεν...; la trad. lat. de Heimb.: ...*Patricius quidem insignis memoriae, de eo, quod interest, conveniri eos, qui transegerint nec promissa praestiterint, de sola praescriptis verbis actione intellexit...*

[26] Cfr. Sc. Μαθῶν du Bas. XI, 1,7 — Heimb. 1,559 et l'édition de Scheltema, *Series* B., vol. I, *Scholia in libr.* I—XI, p. 187—8. La trad. lat. de Heimb.: ...*da civilem actionem praescriptis verbis, quum scilicet qui dedit, impleri velit contractum, ob quem etiam aliquid dedit; aut si nolit impleri, da condictionem causa data causa non secuta, quum eum, qui dedit, integra re scilicet poeniteat, isque nolit impleri contractum...*

L'argumentation du scoliaste est d'autant plus vraisemblable qu'en s'appuyant sur le développement du problème dans le commentaire d'Ulpien, elle met en relief les facteurs qui, dès l'époque post-classique, étaient dépourvus de toute importance pratique et qui dans la compilation de Justinien, ont été complètement omis. Nous envisageons avant tout la mention du scoliaste, relative aux trois parties de la formule prétorienne, *demonstratio*, *intentio* et *condemnatio*, qui étaient en réalité propres à la procédure *per formulas*. On lit alors dans la scolie[27]:

> ...ἐπὶ γὰρ τῶν συναλλαγμάτων οὐ πραιτωρία ἰμφάκτουμ, ἀλλὰ πολιτικὴ δίδοται ἀγωγή. διὸ δίδωμι τὴν ἰγκέρταν, τουτέστιν, τὴν πραεσκρίπτις βέρβις, ἥτις διηγεῖται μὲν ὡς ἐν δεμονστρατίωνι τὸ πρᾶγμα, μετέρχεται δὲ εἰς ἰντεντίονα ἰγκέρταν, καὶ καταλύει λοιπὸν εἰς τὸ κοινὸν τέλος, τουτέστι, τὴν συνήθη κονδεμνατίωνα...

Ayant sans doute trouvé dans le commentaire d'Ulpien un vaste traité concernant le mode de conduire l'assignation de l'action *civilis incerti*, en particulier la façon de présenter l' état de cause dans la *demonstratio*, puis d'exiger la *condemnatio* sur la base de l'*intentio incerta*, le scoliaste ne fait que répéter l'argumentation du juriste classique, sans s'inquiéter dans son travail des résultats pratiques, qui pourraient ressortir de ses déductions[28]. A notre avis, le traité inséré dans la scolie Μαθῶν et comparé au texte des Digestes D. 2, 14, 7, 2 est la meilleure preuve que les notions juridiques et les termes techniques dont se sert le scoliaste dans son travail, ne provenaient pas de l'époque post-classiques et n'étaient pas non plus une création byzantine, mais dataient du temps d'Ulpien et reflétaient uniquement la pensée du juriste classique.

Les recherches relatives à l'importance des scolies dues aux auteurs qui avaient vécu au temps — ou presque au temps — de

[27] La trad. lat. de Heimb.: *...Nam in contractibus non praetoria in factum, sed civilis actio datur. Ideo incertam tribuo, id est, praescriptis verbis actionem, quae rem quasi demonstrationis causa enarrat, in intentionem incertam transit, et in fine communi, id est, in condemnatione consueta desinit...*

[28] C'est pour cela que le scoliaste, en abordant l'analyse d'Ulpien ne se borne — comme nous l'avons souligné — qu'à la mention sur la contreverse entre Julien et Mauricien, étant donné que les observations suivantes concernant cette contreverse des opinions juridiques avaient, à son époque, une importance uniquement historique.

la codification justinienne, ont été couronnées par des résultats identiques. Les scolies en question ne sont pour la plupart du temps que des explications concernant les études faites sur les sources en vue de la codification justinienne, elles ne portaient donc probablement que sur les textes préjustiniens. Il s'agit surtout des recherches entreprises par MM. Riccobono[29], Ferrini[30], et dernièrement par M. Guarino[31], qui ont justement attiré l'attention sur ces faits.

En effet, les scolies portent des traces d'interprétation ou même de traduction des travaux antérieurs à Justinien, dont avaient été l'objet les textes classiques des juristes ou les constitutions impériales. Puisqu'il été question de l'interprétation du D. 2, 14, 7, 2, il conviendrait de s'intéresser non seulement aux scolies du paragraphe cité de Stephanos, à savoir sc. Μαθῶν, mais encore aux deux autres scolies, celle de Cyrillus et Τῶν φυσικῶν, jointes au Bas. XI, 1, 7. Ce n'est pas par hasard que, dans son interprétation du D. 2, 14, 7, 2, et surtout lorsqu'il mentionne à la suite d'Ulpien le *responsum* d'Aristo, le scoliaste fait observer que[32]:

> ... τοῦτο συνάλλαγμά ἐστι καὶ ἐκ τούτου τίκτεται προσωπικὴ ἐνοχή. εἰ γὰρ θέλω σε πληρῶσαι τὸ συμφωνηθὲν, ἔχω κατὰ σοῦ τὴν πραεσκρίπτις βέρβις, ἤ σου μὴ ποιήσαντος τὸ συμφωνηθέν, θέλω ἀναλαβεῖν, ὅπερ σοι δέδωκα, κινῶ κατὰ σοῦ τὴν πράγματος ἀγωγὴν ἤτοι κονδικτίκιον καῦσα δάτα καῦσα νὸν σεκοῦτα...

Le scoliaste souligne dans ce passage la nature de l'action qui sanctionne la convention synallagmatique. Il s'agit ici de l'action en exécution du contrat et non pas de la *condictio*. Commentant l'exemple cité par le juriste dans le passage sus-dit et relatif à l'affranchissement réciproque des esclaves, Cyrillus signale que l'ac-

[29] Cfr. S. Riccobono, *Mélanges Fitting* 2, p. 469 ss.

[30] Cfr. C. Ferrini, *Scritti* 1, p. 15 ss., 81 ss.

[31] Cfr. A. Guarino, *Sull'importanza delle compilazioni giuridiche bizantine per l'indagine storico-critica* (*Studi Ferrini* p. 309 ss.); on consultera également Scheltema, *Les sources du droit de Justinien dans l'Empire d'Orient* (*RHD* 1952 p. 1 ss.).

[32] Cfr. Sc. Τῶν φυσικῶν du Bas. XI, 1,7 — trad. lat. de Heimb. 1,562: ... *Hoc est contractus et ex eo nascitur civilis obligatio. Nam si velim, ut conventionem impleas, adversus te praescriptis verbis actionem habeo, aut si, quum id, quod convenit, non feceris, recuperare velim, quod tibi dedi, adversus te condictione causa data causa non secuta experior...*

tion en question sera l'*agere praescriptis verbis*. À cet effet, le scoliaste emploie l'expression suivante[33]:

...κινεῖς κατ' ἐμοῦ πραεσκρίπτις βέρβις....

Il faut admettre qu'au temps, où s'élaborait la codification justinienne, l'auteur a probablement employé le terme propre pour déterminer l'action en exécution du contrat qu'était l'*agere praescriptis verbis*. Il n'est pas exclu non plus qu'à cet effet, il n'ait tiré parti du texte inchangé d'Ulpien, dans lequel l'action sus-mentionée pouvait justement être rapportée sous cette forme même. On sait que les compilateurs ont formulé d'une manière erronée du point de vue grammatical le nom de l'action, lorsqu'il la changèrent en *actio praescriptis verbis*. La teneur en aurait dû être: *actio praescriptorum verborum*; tel était dans le droit du Bas-Byzance le terme technique propre, dans la traduction grecque: ἡ περὶ τῶν προγεγραμμένων συμφώνων ἀγωγή. Si l'on confronte les observations des scoliastes et les renseignements détaillés que nous donne Stephanos sur le caractère et la formule de l'action qui servait à sanctionner la convention synallagmatique, il en résulte que Stephanos devait avoir également à sa disposition les sources préjustiniennes, qui contenaient la version exacte de la déclaration d'Ulpien figurant dans le passage cité des Digestes, et plus abondante que celle qui a été inserée dans les Digestes de Justinien. C'est pour cette raison que nous trouvons chez ce scoliaste non seulement l'action en exécution du contrat, qu'il oppose à la *condictio*, mais aussi la formule même de l'*actio civilis incerti*. Les compilateurs n'ont pas donné là-dessus de détails, comme le faisait Ulpien, les jugeant sans doute superflus pour la procédure extraordinaire au temps de Justinien. Si nous admettons donc que les scolies contiennent le commentaire des textes classiques, qui n'ont pas été modifiés par les compilateurs, les renseignements qu'elles nous fournissent peuvent indubitablement corroborer la thèse, suivant laquelle il y avait à l'époque classique une action distincte en exécution de la prestation, nommée *actio civilis incerti*, pour sanctionner les conventions synallagmatiques.

[*Université Jagéllonique, Kraków*] *Wacław Osuchowski*

[33] Cfr. Sc. Κυρίλλου du Bas. XI, 1,7 — trad. lat. de Heimb. 1,562: ... *agis adversus me praescriptis verbis*... Voir Scheltema, Scholia 1, p. 192.

# THE CHRONOLOGY OF DURA—EUROPOS

*SUMMARIUM: Quomodo civitas Europaeorum in ripa dextra fluminis Euphratis locata sub imperio vel Macedonum vel Parthorum vel Romanorum annos menses diesque dinumeraverint quaesitum explicatumque est.*

The exact dating of ancient records in terms of the Julian calendar is a consummation desirable in all branches of our studies, and not least in those of papyrology and legal history. It is for this reason that I venture to offer to my old friend and revered colleague, Rafael Taubenschlag, the following report on the chronological systems in use at Dura, which will be the basis of my dating of the parchment and papyrus documents from that city, now in process of publication. Much of this has been long known, but difficulties remained, and it was only in the past months that a fortunate discovery of Otto Neugebauer has resolved them and made everything clear. I have to thank him for permission to refer to his results, in advance of his own publication of the evidence.

„Dura, the city of Nicanor, a foundation of the Macedonians, called by the Greeks Europos", to quote the words of Isidore of Charax, was founded about 300 B.C. by a general of Seleucus I[1] but the king was regarded as the founder. The personal name Nicanor was borne by many of the descendants of the original Macedonian settlers, but it was the king who had a civic cult, and who was pictured in art as representing the city before her „Gad", Zeus Olympius[2]. In the last days of the city, her citizens were known as Εὐρωπ[αῖοι Σελεύκου] Νεικάτορος, if the brilliant suggestion of Herbert C. Youtie may be accepted[3]. Dura, as the city continued

[1] For the problem of the founding of Dura cf. M. Rostovtzeff, *Annales de l'Institut Kondakov* X (1938) 99—106; and for the evidence of the coins, A. R. Bellinger, *The Excavations at Dura-Europos*, Final Report VI (1949) p. 196.

[2] The priest of King Seleucus Nicator is mentioned in Parchment 23 (*Münch. Beitr.*, XIX [1934] pp. 381—388). The relief of Seleucus worshipping Zeus Olympius is published in *Dura Preliminary Report* VII/VIII pp. 258—260, Plate XXXIII

[3] This is his suggested reading and restoration of Papyrus 90 (cf. *Preliminary Report* VI pp. 437 f.). I have found no parallel for such a title, and there is scant

to be called in ancient as well as in modern times although this may never have been her official name, was no typical Greek city. There was no βουλή and no ἐκκλησία, so far as our evidence goes; no popular court, no gymnasium and no theater, and the government was headen by a (probably) hereditary στρατηγὸς καὶ ἐπιστάτης τῆς πόλεως appointed by the king from among her leading citizens, and not by elected magistrates[4]. None the less, the city preserved its Hellenism and the relative exclusiveness of its European inhabitants, and as a matter of course, employed the Macedonian year and the Seleucid Era as a means of dating[5].

We have few records from the period of her existence as a member of the community of cities of various types which made up the Seleucid kingdom, but these date, as we should expect, by the era which began with the Macedonian New Year in the autumn of 312 B.C. Since this era had begun, actually, with the Babylonian New Year in the spring of 311 B.C., the months were coequal with the Babylonian months, and the years followed the nineteen-year cycle of intercalations which was a Babylonian institution. Parchment 1 mentions the month Panemus and the years 117 and 123 (196/5 and 190/89 B.C.), while the fragmentary Parchment 11 gives the month Dius of the year 197. This was still, presumably, the first month of the Macedonian year, and the date testifies that Dura was still in Seleucid hands as late as the autumn of 116 B.C.[6]

---

room for the restoration Σελεύκου, but his reading of the fragmentary Νεικάτο̣ρος is convincing. The same text shows the city bearing the epithets ἱερὰ καὶ ἄσυλος καὶ αὐτόνομος, so there was some antiquarianism in the air, evidently.

[4] An archon is mentioned in a text of A.D. 137/7, but his functions are unknown (*YClS* XIV [1955] pp. 165 f., no. 66). Cf. otherwise my summary, *Studies in Roman Economic and Social History in Honor of Allan Chester Johnson* (1951) pp. 251—274.

[5] There was some intermarrying with the Aramaean and Arab stocks of the vicinity, but much more inbreeding among the few Macedonian families of the city. See my paper in the *Johnson Studies*, cited in note 4. Of the literary fragments found in Dura, the Herodotus belongs to the Parthian period (*TAPA* LXX [1939] pp. 203—211). A parchment dating from the first century of the Christian Era, legible at all only with the aid of an infra-red photograph, contains a text in columns, with short items separated by what may be subject headings. It is possible to think of a grammatical text, or perhaps of medical prescriptions.

[6] Parchment 1 was published by F. Cumont, *Fouilles de Doura-Europos* (1926) pp. 286—296. My reëdition in *Arch.f.Pap.* XVI (1956) pp. 1—12 makes it unnecessary for me to cite later commentary. For Parchment 11, cf. *Dura Re-*

Shortly thereafter, however, came the Parthian conquest[7], and with it the Parthian Era, dating from 248/7 B.C. and so sixty-four years later than the Seleucid. The latter was not replaced, and appears beside the other in the official datings of the legal documents. The parchments between A.D. 87 and 160 bear double dates, and continue the Macedonian months: ἔτους ϡλτ' ὡς ὁ βασιλεὺς βασιλέων ἄγει, ὡς δὲ πρότερον ηοτ', μηνὸς Πανήμου τρεισκαδεκάτῃ[8]. The New Year's Day remained the same, and the nineteen-year cycle was continued, and the people of Dura in general ignored the new reckoning. The Seleucid Era alone is used in the numerous dedications and memoranda of the Parthian period, and even Parchment 32, drawn up in the village Ossa in the autumn of A.D. 133 and an official document, omits the Parthian Era. There seems to have been no effective compulsion in its use, and while the Parthian kings were formally titled „philhellene", they seem not to have been popular[9].

The confirmation of the method of dating in this period comes from a text which is actually a little later; this is the horoscope of A.D. 176, published by Jotham Johnson from calculations of Dirk Brouwer and confirmed by Otto Neugebauer[10]. This was found in a private house in a somewhat ruinous condition, but enough survived to show the position of the heavenly bodies, and the date: year 487, Panemus 9. The phase of the moon was not mentioned, but as the conjunction of the moon and sun occurred in the latitude of Babylon in that year on 24 June, with the observed new moon a day later, and as the position of the planets dates the horoscope to the period 3—5 July, it is a reasonable assumption that the

---

*port* II, p. 215, no. 1. The earliest document from Dura is the fragmentary statement under oath on a sherd, which belongs to the first half of the third century B.C., but the preserved fragments contain no date. Cf. *YClS* XIV (1955) pp. 169 f., no. 83.

[7] A. R. Bellinger, *Berytus* IX (1948) p. 66, has argued that Dura was occupied by the Parthians about 113 B.C.

[8] For Parchment 23, cf. above, note 2. The latest text in this series is Parchment 26 (*Dura Report* VI pp. 427 f., no. 3).

[9] *Dura Report* VI pp. 424—427, no. 2. The general omission of the Parthian Era in the dated texts of this period is the more remarkable because these are not, for the most part, casual scratchings. I count thirty-four building inscriptions and no fewer than eighty dedications of stone seats, mostly in the Temples of Artemis, Atargatis, and Azzanathkona, all of a somewhat formal character, in contrast with only a handful of graffiti and dipinti.

[10] *Dura Report* II pp. 161—164; cf. J. Johnson, *Dura Studies* (1932) pp. 1—15.

9th of Panemus was the 9th of the (observed) moon. Professor Neugebauer cautions me that there is much uncertainty in these matters[11], but agrees that the Macedonian months may be given Julian equivalents with some confidence, allowing for possibility of error of a few hours in any given case. While this horoscope was inscribed after the occupation of Dura by the Romans in A.D. 165, it reflects no change due to their arrival, and its evidence may be applied to the earlier period. This evidence is, that the year no longer began with the month Dius, as in the old Macedonian system, but with Hyperberetaeus[12]. How and when this change occurred, we have no way of knowing. Such a dislocation of the New Year involved either a dual intercalation or something else certainly upsetting to the business community, and would be expected only in a time of trouble or confusion. Perhaps it occurred in the obscure period at the end of the second century B.C. At all events, for the richly documented Parthian period from the late first century B.C. to the Roman conquest, there is nothing to suggest any variation in the regular nineteen year cycle of intercalations following the lunar year. The only intercalary month known is Dystrus, the sixth month of the new calendar. This is recorded in a graffito from the Temple of Bel, recorded and published by Cumont, and now at Yale[13]. The text is a temple account and is undated, but the coarse writing suggests a date in the Roman period.

With the Romans came the Roman calendar, with the dating of the year by the consuls primarily, or secondarily by the name and titles of the Emperor. The earliest instance of this is isolated;

[11] I may quote from his letter of 20 December 1955: "I wish I could know what κατὰ σελήνην (see below) means. Negatively it means that it does not, or need not, agree with some civil calendar. But do we have to assume (a) real observation of first visibility, or (b) accurate (say Babylonian- type) computation of full or hollow months, or (c) schematic lunations, e.g. of the type of P. Carlsberg 9, with a well-regulated sequence of 29 or 30 day long months such that the mean length of the synodic month is accurately represented? I see no means to distinguish between these (at least) three possibilities, and all of them do not exclude a one-day discrepancy with modern computations — which, by the way, are far from secure as far as visibility problems are concerned".

[12] J. Johnson, *Dura Studies*, *l.c.* p. 1—15.

[13] F. Cumont, *Fouilles de Doura-Europos* pp. 385 f., no. 23. This month corresponded to the last month of the Babylonian year, Adar, so that the intercalation took place at the same time as in Babylonia.

this is the triumphal arch erected by the Legio Tertia Cyrenaica outside the city in, apparently, A.D. 116, at the time of the temporary occupation of Dura by Trajan. Other imperial dedications and consular datings, mostly in Latin, range in date from the reign of Commodus to that of Elagabal[14].

In the two parchments of the early Roman period which show the official style of the registry office, we find a rather complex situation. Parchment 23[15], of A.D. 180, gives a long formula: the consuls, regnal years of Marcus Aurelius and of Commodus, the Seleucid Era with the Macedonian month, and four eponymous priests of „Europos next to Arabia". Parchment 22[16], of A.D. 204, gives the consuls, regnal years of Septimius Severus and his two sons, the year of the Seleucid Era, and the Macedonian month. A somewhat similar pattern is shown by the Syriac slave sale of A.D. 243, drawn up in Edessa in northern Mesopotamia: the Roman consuls, the Seleucid Era with Babylonian month, the colonial era of Edessa, and three eponymous officials[17]. These formulae permit us to confirm the years of the Seleucid Era in terms of the Roman consul lists.

The colonial status of Dura is proved by the heading of Papyrus 90, of A.D. 254[18]. We do not know when Dura beçame a Roman colony, although the city had a curia (βουλή) from the first years of the third century, and the massive construction of the Dux' Palace under Elagabal may indicate some change in its status at that time[19]. At all events, the documents of the later Roman period show a new phenomenon, the equation of the Roman and the Macedonian months. Papyrus 101, of A.D. 227, was drawn up in a Roman military camp, and gives only a Roman dating, but Papyrus 74, of A.D. 232 and also drawn up in a Roman camp,

[14] The earliest is the altar from the Main Gate, dated under Commodus by a pair of consuls who have not been identified (*Dura Report* I pp. 42—44), the latest the dipinto from the Dux' Palace (*Dura Report* IX 3, pp. 27—30, no. 944). For the triumphal arch. cf. *Dura Report* IV pp. 56—68; *Dura Report* VI pp. 480—482.

[15] Above, note 2.

[16] *Münch. Beitr.* XIX pp. 388—395.

[17] C. C. Torrey, *Zeitschrift für Semitistik und verwandte Gebiete* X (1935) pp. 33—45; A. R. Bellinger and C. B. Welles, *YClS* V (1935) pp. 95—154.

[18] Above, note 3.

[19] *Dura Report* IX, 3, pp. 1—26.

adds a new element; after the names of the consuls follows the day given in both Roman and Macedonian style: Καλάνδαι Ὀκτώβριαι, μηνὸς Ὑπερβερεταίου νουμηνίᾳ. Papyrus 73, of A.D. 251, and Papyrus 90, of A.D. 254, repeat the formula with the addition of the Seleucid Era. Both were drawn up in Dura itself. The second reflects the point of view of a Greek scribe, perhaps, in equating *A.D. II Kal. Mai.* with the twenty-ninth, not the thirtieth, of the preceding month, Xandicus[20].

This equation of the Macedonian and the Roman months is, of course known elsewhere, and was probably the standard practice of the Roman administration in the East[21]. It would be expected in Dura as she became, probably, first a municipium and then a colonia. There was, however, no specific evidence that the practice became general in the city until Neugebauer's study of the horoscopes led to a new dating of the horoscope of Alexander Macedo, in the House of Nebuchelus[22]. In its best form, this read as follows:

ἔτους λφ′, μηνὸς Αὐδινέου θ′,
κατὰ σελήνην ε′, ἡμέρα Κρόνου

and was interpreted by Dirk Brouwer as 11 December, A.D. 218. This led to difficulties, since it involved the hypothesis that the Macedonian year began with Dius, and gave no explanation of the discrepancy between the Macedonian calendar and the moon. With Neugebauer's discovery that the horoscope could be dated equally well on 9 January, A.D. 219, all difficulties fell away. The 9th of Audinaeus was the 9th of January, according to the Roman calendar, and the day of the moon was added because the Macedonian month was no longer lunar. The new moon was still observed and noted, but the months followed each other in the Roman arbitrary fashion. The horoscope also provided the information that this was a Saturday, which was confirmed by the calculations of modern chronologists.

[20] This is the suggestion of H. C. Youtie. For Papyri 73 and 74, cf. *Dura Report* VI pp. 433—437, nos. 9 and 11; for Papyrus 101, cf. *Dura Report* VII/VIII pp. 433—441.

[21] E. Bickermann, *Chronologie* (A. Gercke and E. Norden, *Einleitung in die Altertumswissenschaft* III, 5, 1933) p. 19: „Die kaiserliche Regierung führte das julianische Jahr allmählich in allen östlichen Provinzen ein... und zwar in der Weise, dass der bestehende Kalender dem julianischen angepasst wurde".

[22] *Dura Report* IV pp. 105—110, nos. 231—232; pp. 115—119, nos. 235—238.

A certain difficulty, nevertheless, was felt because of another graffito from the same house[23], which stated

ἐποίησα σφῆρον Δαισίου α′,
κατὰ σελήνην λ′· μνησθῇ ὁ γράψας.
ἡμέρᾳ Σελήνης.

If, as one would naturally assume, this was written on the wall in the same year as that of the horoscope itself, namely A.D. 219, it did not fit. The 1st of Daesius should be the 1st of June, but in that year this was neither a Monday nor the 30th day of the moon. Discarding this assumption, then, I checked systematically all days which were the 1st of June in the possible period, A.D. 219—256, after which we suppose that Dura was captured and destroyed. Happily, such a coincidence was found. In the year 246, the 1st of June was Monday, and since the astronomical new moon fell on the same day, the observed new moon may very properly be placed one day later, making the 1st of June also the 30th of the moon[24]. Thus we have additional confirmation of the general use of the Macedonian months in their Roman equation in the city, and may proceed with some confidence to equate all Macedonian month datings in Dura's last years with Julian equivalents. The Persian „descent" on Dura, for example, recorded in another graffito from the same House of Nebuchelus, and dated by an unintelligible pair of Roman consuls but in Xandicus 30 of the Seleucid year 550, must have occurred on the 30th of April, A.D. 239[25].

A puzzling feature of Dura chronology has been the Iranian dipinti of the Synagogue. These give the Iranian months and days, and are dated in the years 14 and 15. It was recognized by Antonino Pagliaro, the first scholar to concern himself with these, that the years must be the regnal years of the Sassanian king Shapor, but in view of the uncertainty of the date of his accession[26], it has

[23] *Dura Report* IV pp. 95 f., no. 220.

[24] Allowing for the seven leap years (A.D. 220, 224, 228, 232, 236, 240, and 244), there are 10,005 days between 9 January 219 and 1 June 246, a sum which is divisible by 7 with a remainder of 2, thus advancing the week from Saturday to Monday. On the observation of the moon, cf. the caution expressed by Professor Neugebauer, above, note 11.

[25] *Dura Report* IV pp. 110—114, no. 233.

[26] *Dura Report* VII/VIII pp. 393—395. A full publication of the dipinti, with bibliography and interpretation, appears in *The Excavations at Dura-Europos*, *Final Report* VIII, Part I: *The Synagogue*, by Carl H. Kraeling (1956),

been difficult to equate these confidently with Julian dates. Since, however, W.B. Henning has established a good case for Shapor's first year being A.D. 239/240, we are on surer ground[27]. The earliest dipinto with a complete date, that in year 14, month 7, and day 4, would be 20 April, and the latest one, giving year 15, month 1, day 18, would be 7 October, both of A.D. 253. Since the existence of these dipinti, together with some other indications, have suggested a Sassanian occupation of Dura which M. Rostovtzeff and A.R. Bellinger would date on the basis of Shapor's Kaabah inscription to A.D. 253[28], everything seems to be in order. The dipinti without a year date but mentioning the second, fifth, and sixth months, will have been earlier or later than the others[29].

Thus, in its five hundred and fifty years of existence, Dura witnessed four different ways of reckoning years, and three different systems of months. We are fortunate to be able to reduce these all to one.

[*Yale University*] *C. Bradford Welles*

---

pp. 283—317, cf. p. 507. The following dates have been supported previously as Shapor's first year: A.D. 240/1 (Ensslin), 241/2 (Maricq), 242/3 (Nöldeke), and 243/4 (Taqizadeh).

[27] The evidence is presented in *Asia Major* III (1952) pp. 200 ff., knowledge of which I owe to the kindness of Professor Henning.

[28] M. Rostovtzeff, *Berytus* VIII (1943) pp. 53—60; A. R. Bellinger, *ibid.*, pp. 64 f.

[29] Between A.D. 252 and 256, the Iranian New Year fell on 19 September (cf. Th. Nöldeke, *Geschichte der Perser und Araber zur Zeit der Sasaniden aus der arabischen Chronik des Tabari übersetzt* [1879] p. 436). Of the other dates in the dipinti, the second month ran from 19 October to 17 November, the 19th day of the fifth month was 6 March, and the 29th day of the sixth month was 15 April. If we assume that the second month was that of the 15th year, and the fifth and sixth those of the 14th year, all of these Iranian dates will fall between 6 March and 17 November of A.D. 253, and square with the hypothesis of an occupation of Dura by the Persians during one campaign season only. The further the period of this supposed occupation is extended in either direction, of course, the more difficult it becomes to maintain the hypothesis. It may be remarked that one small indication of the occupation has been overlooked. I refer to the mutilation of the faces, and especially the eyes, of figures in the frescoes of the Synagogue. There may be little reason why Persian soldiers should have done this, but there is even less reason why it should have been done by the Syrian soldiers of the Dura garrison, when they partially demolished the Synagogue in preparation for the siege of A.D. 256.

# QUAMVIS SI LIBERUM ESSET NOLUISSEM TAMEN COACTUS VOLUI (D. 4, 2, 21, 5 PAULUS)

*SUMMARIUM*: *Abicienda est nonnullorum adhuc vigens opinio, quod axioma: 'coactus tamen volui' a stoicorum doctrina originem ducit.*

The opinion that this world-famous Axiom was deeply rooted in Greek philosophy, namely, in Aristotle and the Stoics, has been current for a long time[1]. Some time ago (in 1922) when Schulz had to adopt a standpoint concerning this opinion, he fully supported[2] it in spite of the fact that the Stoic origin had been sharply attacked by Puchta[3]. In justification of his standpoint against Puchta, Schulz[4] quoted five points from the sources of *Epicteti Dissertationes*, two sentences of Simplicius from his comment on Epictet's *Enchiridion* and excerpts from Aristotle's *Nicomacheian Ethics*: 3.1. p. 1. 110. Independently of Schulz, but without quoting sources v. Lübtow[5] adopted a similar attitude. Maschke in his profound research on *Willenslehre*[6] reaching back to the time of Aristotle, pointed out in what the links between Paulus' "*tamen coactus volui*" with the ethics of Aristotle consisted. Kübler[7] supported Maschke but failed to mention the Stoic origin. Had science rejected this origin? No! Two scientists: Coing[8] and Wieacker[9] took up the matter almost at the same

[1] See F. Schulz, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, ZSS XLIII, p. 180—182.

[2] *Ibid.* p. 180 n. 6.

[3] Puchta, *Cursus d. Institutionen* (1841, 1845[3] § 102) note "e".

[4] F. Schulz, *l.c.*, p. 181 seq.

[5] U. v. Lübtow, *Der Edictstitel „Quod metus causa gestum erit"* p. 62—63, 69—73, 74—81.

[6] R. Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht* (1926) p. 137—149.

[7] B. Kübler, *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenshaft gegen Ende der republikanischen Zeit*, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* (1933), vol. I p. 94 seq.

[8] Coing, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, *ZSS* LXIX p. 54—55.

[9] F. Wieacker, *Der Besitzverlust an den heimlichen Eindringling*, *Festschrift Lewald* (1953) p. 197.

time. Basing on Schulz and von Lübtow, Coing firmly maintained the Aristotle origin, considering the Stoic one as merely possible (möglicherweise). Wieacker, on the other hand, fully advocated Schulz's and von Lübtow's standpoint remarking that he had been chiefly convinced of the Stoic origin by Schulz's quotation of the sentences of Simplicius: Διὸ κ'ἄνακουσίως ποιῶμεν, ἀλλ' αἱρούμεθα ὅμως καὶ οὕτω ποιῆσαι.

Considering the above, we decided that it would be right to study the Stoic origin of "*tamen coactus volui*" once more.

## I

1. Let us begin by stating that, according to the Stoics, human perception begins by sensual impressions, that is, by a mechanical, according to Bonhöffer[10], or by a physiological, according to Pohlenz[11], impression of the object of perception on the senses. We are not going here into the details of this sensual perception (αἴσθησις) we shall only say that, with the Stoics it acquired significance only when, with the participation of *pneuma* (πνεύματα νοερά) it had been transferred to the supreme authority of psychic life, that is, to the *hegemonikon* in the form of a spiritual impression of the discerned object (τύπωσις ἐν ἡγεμονικῷ), in other words, when it had been transferred to consciousness as a perception[12] (φαντασία). Any one thinking that this Stoic φαντασία was the achievement of a sensual reflection of the object alone would be mistaken. Epictet, to whom we chiefly look for information, has clearly emphasized that φαντασία was also the action of *hegemonikon*, that is, of the mind (διάνοια) which, whether linked with the sensual reflection, with bonds of recollection, or finally out of itself, in any case spontaneously, adds its own esthetic and, particularly, ethic appraisal of the discerned object[13].

We have intentionally emphasized this double kind of φαντασία, because we wish to state in this way that its entire sense is the

[10] Bonhöffer, *Epictet und die Stoa* p. 126 seq.

[11] Pohlenz, *Die Stoa* p. 55.

[12] The same in W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii:* I *Filozofia starożytna i średniowieczna.* [= *History of Philisophy:* I *Ancient and Medieval Philosophy*, in Polish] (1946²) p. 170. Jankowski on the other hand in his Polish translation of Epictet's book (1912) II, interpreted φαντασία to mean an image.

[13] Bonhöffer, *Epictet und die Stoa* p. 141—142, 156.

result of two different reasons: the sensual reflection and the mind. In other words, the Stoic φαντασία formed a field through which ran the frontier where the two worlds touched: here it was that the outer world ended its discerning activities and here, at the same time, the internal human world began its independent work. The ascertaining of this state of things must necessarily have given the Stoics the basis for variously establishing these two meanings of the φαντασία.

It would emanate from Bonhöffer's reasoning that this difference was directly proportional to the degree of deviation from the normal, and thus the healthy, practical functioning of the sensual organs as well as of διάνοια itself[14]. And this possibility of deviations lent to the Stoics the assumption to separate at an angle of critical outlook these normal φαντασίαι from the various anomalous ones. The first were named φαντασίαι καταληπτικαί, whereas the second ἀκαταληπτικαί. To the question what discerning values were brought by the first and what by the second, the Stoics replied: the normal ones contain a substance rendering to the highest degree the reality of things and imposing their obviousness and certainty, whereas the anomalous ones are deprived of these characteristics.

Keeping in view this division of discernment, we can now, in turn, begin to approach the culminating point of the Stoic process of discernment. The two groups of perception, that is, the cataleptic and the acataleptic, according to Stoic psychology, had by their subject, an impact on the mind (διάνοια) requiring its approval[15] (συγκατάθεσις, *assensio*, Zustimmung). As to the value of this συγκατάθεσις it did not, according to Bonhöffer's[16] arguments, bring any assertion or non-assertion of the objective of the discerned thing, but was a purely formal act, the mind supporting or refusing to support the given discernment with the reservation that φαντασία καταληπτικὴ forced the mind to impart its recognition, whereas φ. ἀκαταληπτικὴ did not contain this power. Stressing the difference of influencing the mind or imposing its discernment in order to obtain its approval, Stoic psychology emphasized, at the same time that διάνοια, imparting or re-

[14] *L.c.* p. 138—168.

[15] So W. Tatarkiewicz, *op. cit.* 171. Jankowski, *Epictete's textbooks* II, interprets σνγκατάθεσις to mean agreement.

[16] Bonhöffer, *Epictet und die Stoa* p. 168 n.

fusing to impart its approval, always acted on its own (ἐφ' ἡμῖν), in other words, its every συγκατάθεσις was an independent act of the mind, free from the influence of the outer world.

By placing at the culminating point this ἐφ'ἡμῖν, the Stoa thereby settled for itself the whole problem of the independence of human action; an independence urged by every ethic, the Stoic one above all. If it is said that the Stoics demanded an excessive tension of the soul at every step, then the συγκατάθεσις based on φαντασία καταληπτικὴ had to become the highest plea of every wise man. Since, however, in life, people are, most of the time, unwise and psychically ill, it would seem that their συγκατάθεσις based on φαντασία ἀκαταληπτικὴ is, to a certain extent dependent, on the outer world. The Stoic philosophy, however, has denied this.

This much about the basic psychic functions directed by Stoic philosophy to acquire knowledge of the outer world.

2. Before we begin to examine, in turn, the functions directed towards efficient human activities, let us note very at the beginning that, differing in this from the Academicians and the Peripatetics, who, apart from the intellectual part of the soul, recognized the existence of an unintellectual part (ἐπιθυμία, θυμός), the Stoics ascribed all psychic activities to one part only of the human soul — the *hegemonikon* or διάνοια. This difference was thus scientifically expressed: while the Academicians and the Peripatetics remained stuck in psychological dualism, the Stoics, particularly from the time of Chrysippus, recognised monism alone[17]. The latter ones considered that only in this system could the independence of human activities be fully guaranteed. When charged that, because of this psychological monism, the difference between various psychic functions was obliterated, they replied that, in spite of their joint origin from the same διάνοια, every one of them is accompanied by specific changes in the state of the soul (ἑτεροίωσις). As the first psychic function directed by the intellectual part of the soul towards efficient activities Stoic psychology mentions ὄρεξις *appetitio* desire. Science reched the conclusion that συγκατάθεσις and also ὄρεξις was adopted by the Stoics as the vox media or an abstract form whereby the desire was either discriminately (βούλησις) or, more often than not, indiscriminately (ἐπιθυμία, ἄλογος

[17] *L.c.* p. 81. See Pohlenz, *Die Stoa* p. 61.

ὄρεξις)l concretely fulfilled. The object of Stoic desire had necessariy to be something good, but for discriminate desire there could only be internal real good (προηγμένα, προαιρέτικα), whereas the object of indiscriminate desire was external and thus illusory good (ἀπροηγμένα, ἀπροαιριτικά)[18]. And since, according to the Stoic doctrine, every desire was based on its own ἐφ' ἡμῖν, then no wonder that discriminate as well as indiscriminate desires were considered to be free psychic functions absolutely independent of the outer world.

Mutatis mutandis all that we have said about ὄρεξις should be applied to its opposite that is to loathing for, and escape from evil (ἔκκλισις, *declinatio*) which also could be discriminate (ἐ. εὐλογος = εὐλάβεια) or indiscriminate (ἐ. ἄλογος = φόβος).

The next psychic function of the mind directed on efficient action is ὁρμή. When considering the significance of this function it represents, according to Bonhöffer[19], all the aspects of human desire in the broadest sense of the word, beginning with sensual desire and ending in its highest spiritual form. In a more narrow sense it was accepted to mean desire not as a passive state, because this was ὄρεξις, but as an external and urging activity. Apart from this, as argued by the same scientist, ὁρμὴ differed in no way from ὄρεξις and thus was also considered to be ***vox media***, that is it referred to discriminate and indiscriminate desire and through its own συγκατάθεσις it became an independent act of the mind.

It should also be remarked that in the relation of ὁρμὴ towards ὄρεξις, already mentioned a while ago, not only Epictet but also the more ancient Greek Stoics joined these two psychic functions together with συγκατάθεσις into a general sense of προαίρεσις, and this in order to emphasize in man, differing in this from animals, the capability to an independent (ἐφ' ἡμῖν) taking of decisions in discernment and activities[20]. There remains only affect (πάθος,

[18] Tatarkiewicz, in his *Ancient and Mediaeval Philosophy*, *op. cit.*, p. 161, speaking about προηγμένα and ἀπροηγμένα maintains that the Stoicians understood this to mean goods worthy and unworthy of choice. It would be more exact to say that they were worthy or unworthy to be accepted since in the Stoician philosophy it is difficult to speak about any choice in the strict meaning of the word. See Bonhöffer, *Die Ethic des Stoiker Epictet* p. 263.

[19] Bonhöffer, *Epictet und die Stoa* p. 251 seq.

[20] *L.c.* p. 118, 119, 259—261; Bonhöffer, *Die Ethic des Stoikers Epictet* p. 263.

*affectus*) to be examined, this symptom imposed on human psychology from the outside and which the Stoics expressed as κίνησις ἄλογος τῆς ψυχῆς, *aversa a recta ratione contra naturam animi commotio* (Tusc. IV, 11) or as ὁρμὴ πλεονάζουσα, that is desire exceeding the limits established by the norms of common sense, in any case, a symptom the Stoa warned against, since it bears within itself a menace to the entire life of ethics. Zenon's argument that every affect has its seat in the indiscriminate rule of the soul was rejected by Chrysippus who, in accordance with his psychological monism, ascribed it to a sick or anomalous judgement of the mind (συγκατάθεσις) having a specific practical colouring (προσφατόν)[21]. According to the Stoics there were four main affects: ἐπιθυμία, φόβος, ἡδονή, λύπη .

Apart from these indiscriminate affects, they knew ἐυπάθεια, which consisted in the lack or in the riddance of any πάθη, and thus was the expression of normal and healthy judgement. The fact that both πάθη and εὐπάθεια were the voluntary acts of the mind goes without saying.

## II

1. When summing up the most important stages of the Stoic psychic life directed towards discerning some outward object and towards a practical relation of the *hegemonikon* or of the διάνοια with it, we have ascertained at every step the endeavours of the Stoics to achieve a complete independence of Man from the influence of the outward world. It was with this purpose in mind that they have introduced into their psychology two special factors. One of them is φαντασία with its διάνοια originating from the accounting of the object. The other factor is the συγκατάθεσις ascertaining the independence (ἐφ' ἡμῖν) of the judgement of the mind. Since Chrysippus thought that the admission by Zenon of the indiscriminate power of the soul, besides the discriminate one did not sufficiently guarantee the ἐφ' ἡμιν, he rejected its separate existence and linked it up, as he did other psychic activities, with διάνοια

[21] Bonhöffer, *Epictet und die Stoa* p. 266—273. See M. Wyszyński, *Metus maioris malitatis in Roman Law*, *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego*, [*Scientific Bulletin of the University in Wrocław*] Ser. A, No. 6. (1956) p. 40—45 (in Polish, with an English summary).

or, to be more exact, with its συγκατάθεσις. This step was required, according to Chrysippus, by psychological monism on the one side and by the Stoic ideal of ethics, built up on the greatest possible independence of Man from the outer world, on the other.

Bonhöffer who, in his research, devoted so much attention to this Stoic independence, stated at the same time that this independence had been adopted by the Stoics with determinism. And here, in brief, is his argument[22]: According to the Stoics the whole cosmos is linked up by a chain of necessary, unchangeable causes and consequences. Human psychic life is a part of this Cosmos. It is normal when adjusted to the necessary laws of the Cosmos. And since φαντασία καταληπτικὴ by its discerning value, leads human psychic life on to the tracks of the necessary laws of the Cosmos, it is not to be wondered at that when considering the impact of this kind of discernment on διάνοια to obtain its assent (συγκατάθεσις), it has to be stated that this φαντασία καταληπτικὴ imposes its assent on the mind. In no way can this be done by φαντασία ἀκαταληπτικὴ. This determinism is not only noted in the discernment of an object, since Stoic discernment implies, as a rule an impulse to activity. Hence, the Stoic psychology, in strict connection with this division of discernment into cataleptic and acataleptic, sees also in desire (ὄρεξις) and will (ὁρμή), as well as in affect, two categories of action, that is, normal and abnormal ones.

When the Stoics were confronted with the question of how personal independence could be made to agree with Cosmic determinism which embraces all the normal psychic acts, they answered briefly that they failed to see any discrepancy in this. On the contrary, from the point of view of Stoic ethics it was only through this kind of determinism that human independence became real. Whoever was following normal discernment, desire, will and affect, the Stoa argued, followed, by the same token, the order directing the psychic inside of his logos. Presenting this great ethical value contributed towards the independence of human action by this Cosmic determinism, the Stoics emphasized, at the same time, that this value considered from the psychological side was in no way contrary to the awareness that the real cause (causa efficiens) of a given psychic activity is none other than

[22] *L.c.* p. 170—171.

διάνοια. This much about the relation of this determinism towards cataleptic discernment.

Concerning the relation of this determinism towards a-cataleptic discernment, the Stoics primarily emphasized its negative aspect. According to them, whoever based his συγκατάθεσις on illusory and uncertain and, above all, on thoughtless opinions, became a slave. Does this mean that he became dependent on the outer world, on its incentives and its illusory good or evil? In connection with this problem Chrysippus[23] divided the general causes first into those themselves deciding about their consequences and into those which influence, as if in the second sequence, the results. Transferring this division to psychic life, he said that the influence of the outward world on psychic activities has the character of a purely outward incentive and not of a main cause which exists in man himself and acts by itself (ἐφ' ἡμῖν). Referring to this opinion the διάνοια is not only the main and sole cause in the origen of συγκατάθεσις on the basis of cataleptic perceptions but also on the basis of those anomalous a-cateleptic ones. The difference in the consequences lay, as we have noted previously, in that the normal and healthy συγκατάθεσις arose in the first case and the abnormal or sick in the second case. Decisive here, therefore were not external incentives but the ethical state of the mind — a state to be blamed on man. He it was, according to the Stoics, who determined that in the case of the existence of an a-cataleptic perception the weak διάνοια conquered itself deviating from normal activities. Speaking about this, Stoics state at the same time that cataleptic perception cannot cause an abnormal or sick συγκατάθεσις as, conversely an a-cataleptic perception can in no case cause a normal or healthy συγκατάθεσις. This is how far Stoic cosmic determinism reached.

We have intentionally expounded on this determinism at some length, since in its total scope, embracing the two groups of perceptions, we wish to prove that, in Stoic psychology, it was impossible to speak on the subject of whether *vis eligendi* if any was the prerogative of the mind in the process of imparting or not imparting its recognition to perceptions (συγκατάθεσις). In any case, Bonhöffer failed to find in the sources any proof that whoever of the orthodox Stoics had spoken about this aptitude of the

[23] Pohlenz, *Der hellenistische Mensch* p. 31 seq.

mind. We say: "mind", and not "will" because, as was correctly argued by Pohlenz[24] at a recent time, the Greek philosophic thought did not consider will to be a separate psychic power. The Stoics considered as noted above, that any desire or wish was to be ascriqed to acts of the mind. Returning to this *vis eligendi*, the only expression which could be taken into account was προαίρεσις or αἵρεσις. Bonhöffer[25] had noted indeed that at some time in the beginning, προαίρεσις could have meant choice or the capability to choose, on the other hand, however, basing on sources, he proved that, over the time of prevalence of the crystallized Stoic thought this term only meant the intellectual and independent part of psychic function. This primarily was maintained by Epictet.

2. On the basis of the above data, it would be possible, here, to undertake at last the formulation of the answer to our main question of whether and how far Paulus' "*tamen coactus volui*" can be ascribed to Stoic doctrine. We think, however, that it would be too early yet, since, the whole power of proof of these Stoic data should be fully enhanced. And this can be done only when compared with those of Aristotle. The fact is known that the great problem of the ethical independence of man from the external world set up by Socrates found after Plato its full solution only with Aristotle namely in his two ethics. Anyone refusing to perceive the entire solution of this complicated problem in the Eudemeian ethic would be mistaken. In reality the *Nicomacheian ethic* contains only a certain adjustment and completion of the "Eudemeian" solution. Would not this be an indication that Aristotle had undergone a certain evolution in his work on this problem? An affirmative answer to this question is given by science which states that this evolution concerned Socrates' argument, not immediately apprehended by Aristotle (that an intelligent and enlightened man would never desire anything evil but would always follow whatever was good)[26]. After this initial remark, let us now pass on to the solution itself.

This was established by Aristotle in the form of two interconnected notions: ἑκούσιον and ἀκούσιον.

[24] *L.c.* p. 210—235—304; Idem, *Die Stoa* p. 124.
[25] Bonhöffer, *Epictet und die Stoa* p. 118—119, 259—261.
[26] Pohlenz, *Der hellenistische Mensch* p. 29, 235.

What is this ἑκούσιον? According to Aristotle it is the most essential qualification of human activities independent of the external world. It means that the beginning (ἀρχή), the cause (δι' αὐτόν), the master (κύριός ἐστιν) of conscious human activity does not lie outside the agent but within him (ἑκούσιον). These definitions, however, had not satisfied the searching mind of the Stagirite. He considered that it was necessary to indicate from the psychological aspect with which function of the human soul this ἑκούσιον was connected. First we must realizee that Aristotle admitted of only two parts of the human soul: the discerning and the undiscerning one: the third part, consisting in the will, as recently proved by Pohlenz[27] was still unknown to him. As to the will, Aristotle had limited it to the general notion of ὄρεξις or desire to which he also joined βούλησις, θυμὸς and ἐπιθυμία. Βούλησις meant desire flowing from the mind, that is, intellectual desire. From βούλησις, he still separated προαίρεσις whose function consisted in the fact that, while βούλησις concerned the realization of the intention alone of the mind, προαίρεσις entered the sphere of implementation of the measures selected in order to achieve its end[28]. It is intentional that we have centered particular attention in our research on the scale of human will or, to be exact, desire so broadly expanded by Aristotle, because we wish to clarify the reason why he had failed to consider at a greater length any point in the gamut (ὄρεξις) presented above while establishing the scope of the subject for his newly constructed hecussion. The reason is that the whole gamut of human desire, beginning with the sensual desire (ἐπιθυμία) and ending with the intellectual one (βούλησις, προαίρεσις) had, according to pre-Aristotlean? philosophy, only good as an object, either real or illusory. Wishing, therefore, to include evil as well within the scope of his hecussion — a necessity urged by life at every step — he had to raise this ἑκούσιον above βούλησις and προαίρεσις, and link it directly with the mind (διάνοια).

Having achieved this significant observation, we are in turn confronted with the further question of whether Aristotle had motivated this connection of the mind with *hekousion*. He adopted

[27] See note 24. See P. Sokolowski, *Zum Willensproblem im römischen Recht*, (*Mélanges Cornil*) (1926) p. 434 seq.

[28] R. Maschke, *Willenslehre* p. 146 seq.; Pohlenz, *Der hellenistische Mensch* p. 235.

as a starting point the opposite of *hekousion*, that is *akausion*, proving that, in life it could exist in two cases that is when the agent was deprived of appropriate knowledge (δἰ ἀγνοίαν) and under external constraint (διὰ φόβον). Leaving aside lack of knowledge, we shall examine constraint. It appears that the same Aristotle, who opposed the linking up of *hekousion* even with the higher functions of ὄρεξις, βούλησις and προαίρεσις, based acussion on the affect of fear. Was it on any kind of fear? In cases of physical constraint it was on every kind, in cases of moral constraint (βία, *vis compulsiva*) it was only if somebody had to act under the pressure of an external danger greater (διὰ φόβον μειζόνων κακῶν) to life or to the body and when this danger could be repelled (ἡ αὐτοῦ φύσις οἵα τε φέρειν, *vis maior quam cui resisti potuit*). As an example of the latter constraint Aristotle gave the following:[29] a tyrant ordered someone to commit a dishonest act under the threat that, should he fail to commit it, his parents and children who were in the hands of the tyrant, would perish. Aristotle had not been content to quote this example of *vis compulsiva*. He was well aware of the fact that in *vis physica* it is not only the beginning of the activity that comes from the outside, but that the entire incentive and reason for such activity is outside the agent. On the other hand, in cases of *vis compulsiva*, he found a different and most complicated status. Here too, indeed, the incentive to the action appears from outside but when it comes to making the choice imposed externally, whether to fulfil the demand of the one who is threatening, or to submit to the evil threatened by him, then at the moment of decisien (τὸ πράττειν καὶ μή) the agent himself makes the choice, thus becoming the cause and reason of the action. But, at the same time, Aristotle had to state that the agent had not in the least intended the action and would not have committed it if it had not been imposed on him under a greater threat. How is this complicated psychological symptom in which hecussion meets with acussion in the same soul to be determined? And then came Aristotle's great reply in the *Nicomacheian ethic* (III, Cap. I): Μικταὶ μὲν οὖν εἰσιν αἱ τοιαῦται πραξεις ἐοίκασι καὶ μᾶλλον ἑκουσίοις αἵρεται γὰρ εἰσι τότε ὁτε πράττονται. In other words, Aristotle determined it as a mixed symptom, samerohat approaching *hekousion*, in consideration of the choice made by the agent.

[29] Aristotle, *Nikomacheian Ethic* III. c.l.

By subordinating this symptom to *hekousion* the Stagirite had lent to the qualified *vis compulsiva* the role of the motive, thus justifying the imposed bad action (ἐν δὲ τοῖς ἀκουσίοις, συγγνώμης ἐνίοτε δὲ καὶ ἐλεύου).

Bearing in mind these most important data from Aristotle, we think that it will not be difficult now to perceive that Paulus' whole *quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui* has found a place with Aristotle alone, excluding the Stoics. The latter as proved above, did not admit in their psychology of the existence in a human soul of a similar symptom composed of *hekousion* and *akousion* since they reject the idea of the soul having an indiscriminate part — particularly in the matter of choice between an ethically unwise, that is an evil action and an ethically wise, that is a good action, not to mention the fact that the Stoics ἐφ' ἡμῖν in the sense of determinism did not admit of any choice whatever.

## III

The reply we have given above to our main question would not be complete if we failed to mention Schulz's and Wieacker's argument on the Stoic origin from the five points in *Epicteti Dissertationes*, from two statements by Simplicius from his commentary on Epictet's *Enchiridion*, and primarily from Simplicius: Διὸ κ'ἂν ἀκουσίως ποιῶμεν, ἀλλ' αἱρούμεδα ὅμως καὶ οὕτω ποιῆσαι.[30]

Let us begin with the arguments in 5 places in Epicteti *Dissertationes*. All of them can be summed up in Epictet's statement that ἐφ' ἡμῖν belongs to προαίρεσις. It is to be deplored that we have no direct proof of what Schulz meant by προαίρεσις. The fact that all these points were suggested to Schulz by Bonhöffer's, *Die Ethik des Stoikers Epicket* (p. 50, note 10) and the προαίρεσις quoted there, should be understood to mean the same as that which was presented by this author in his *Epictet und die Stoa*, p. 259 (the place referred to by Schulz) and thus: "Die προαίρεσις bedeutet also bei Epictet nichts anderes als die Fähigkeit freier, vernünftiger Selbstbestimmung" it can well be surmised that here Schulz was following Bonhöffer. This being so, it might be said, then in the ἐφ' ἡμῖν quoted by him one

[30] See above p. 475.

could perceive some connection with Paulus' *tamen coactus volui* in so far as, in the case of *vis compulsiva* the person acting under duresse, according to Epictet, did not lose his independence of action (συγκατάθεσις, ὄρεξις, ὁρμὴ). In our opinion, however, the force of evidence of this argument concerning the Stoic origin is non-existent because, from the Stoics' point of view, the person acting under compulsion maintained his independence of action not only in *vis compulsiva* but also in *vis physica*, and even in *vis divina* (τὴν προαίρεσιν δὲ οὐδ, ὁ Ζεὺς νικῆσαι δύναται).[31] In other words, according to the Stoic doctrine, Aristotle's hecussion could never meet with acussion.

Before passing on to the other proof, i.e. the two statements by Simplicius, we wish to remark at the beginning that their author was not a Stoic but a Neo-Platonic.[32] He had begun his broad commenting activities in Alexandria and continued it in Athens. It is being currently surmised among scientists that Simplicius had written his comment on Epictet's Enchiridion when still in Alexandria. This observation is important to our research in so far as that, in the same period of time, our author began to create comments on Aristotle's work and to confront them with the work of Plato, sometimes in the form of exhaustive scientific treatises, which frequently by their contents disgressed from the problems he was commenting on.[33] Hence it is not impossible but, as we shall see, quite probable, that, when writing his commentary on Epictet's Enchiridion, Simplicius had attempted — as others had before him — to make the Plato-Aristotle and Neo-Platonic outlook agree with the Stoic one in certain problems. In view of the fact that science has failed so far to establish in detail what, in the commentary to Epictet's Enchiridion, is Stoic and what is not, and, particularly what, is Aristotle's, we are going to attempt here to do it on our own in connection with that part of Simplicius' commentary from which Schulz and Wieacker quoted his two statements.

Thaɪ part of the commentary is Simplicius' first treatise and refes to the initial words of the *Enchiridion* which are: τῶν ὄντων

[31] Schenkl, *Epicteti dissertationes ab Arriano digestae* I. 1, 23—24. See Schulz, *Die Lehre* p. 181.

[32] Praechter, „*Simplicius*" *R.E.* (1927) 204.

[33] C. l.c.

τὰ μέν ἐστιν ἐφ' ἡμῖν τὰ δὲ οὐκ ἐφ' ἡμῖν. ἐφ'ἡμῖν μὲν ὑπόληψις, ὁρμή, ὄρεξις, ἔκκλισις καὶ ἓν λόγῳ, ὅσα ἡμετέρα ἔργα. "Some of these things are ours, and some are not. Ours is ὑπόληψις (or the συγκατάθεσις we already know) ὁρμή, ὄρεξις, ἔκκλισις in other words all our works".

It appears that to this brief introduction of Epictet, Simplicius had written a treatise of about 20 pages in $8^0$ in print.[34] There is no doubt whatever that in this treatise, we are not dealing with a simple explanation of Epictet's texts, but with a complex of problems concerning science contemporary to Simplicius, that is, at the turn of the Vth and VIth centuries, put forward by this great ἐφ' ἡμῖν. This is evidenced by the construction of the treatise itself. In it Simplicius first briefly presented the psychological aspect of the psychic functions enumerated by Epictet, then he examined the basic problem of πάντων τῶν ὄντων πηγὴ καὶ ἀρχὴ τὸ Ἀγαθόν ἐστιν and then passed on to a more exhaustive examination of the contemporary directions of human thought, which questioned the possibility of the existence of a full value ἐφ' ἡμῖν.

Concerning the introductory part, we think that two remarks merit attention. The first is that to the basic psychic functions enumerated by Epictet and based on ἐφ'ἡμῖν, Simplicius had added one more: αἵρεσις; the second is that when establishing the psychological order Simplicius stated that, contrary to his, the Stoisc maintained a different order (οἱ μέντοι Στοικοὶ τὴν ὁρμὴν καὶ ἀφορμὴν προτίδεσαν [τῆς ὀρέξεως καὶ]τῆς ἐκκλίσεως). Without going more profoundly into the sense of these remarks, for the time being, let us put them to the account of Simplicius' standpoint different from that of the Stoics.

Passing in turn to Simplicius' argument on the subject of Ἀγαθόν, as the main principle of the universe, it is not difficult to observe that this argument is not based on Stoic ethic or on that of Aristotle but on that of Plato, or, to be more exact, on Neo-Platonic ethic.[35] This principle was presented by Simplicius in this place, because he wished to point out according to the scale of absolute good and of originating good not only the various subjects of such psychic functions such as: ἔφεσις, ὄρεξις, ὁρμὴ and αἵρεσις, but also to separate people inclined by nature (Plato;) whereas the Stoics

[34] Calculated on the basis of Schweighaeuser's edition of Simplicii *Commentarius in Enchiridion* (Lipsiae 1800).

[35] Praechter; „Simplicius" *l.c.*

divided people into those acting in accordance with their discerning nature, or those ethically healthy, and those who acted in disaccord as a result of acquired deviations or the unhealthy ones, in the choice of one or another good. We shall not go, nevertheless, into the details of this problem, but we wish to return to the psychic functions enumerated by Simplicius. The fact that he had enumerated one more: ἔφεσις (*desiderium*) unknown in Stoic psychology, will be left aside. On the other hand we shall note that here Simplicius quoted a definition for προαίρεσις: ἄλλου αὐτ' ἄλλου τινός ἐστιν αἵρεσις and also that (ἐφ'ἡμῖν) this possibility of the choice of good (διὰ τοῦτο πεφυκυῖαι καὶ πρὸς ἐκεῖνα ἐπιστρέφεσθαι καὶ πρὸς ταῦτα) between good and its opposite (καὶ διὰ τῆς αἱρέσεως καὶ προαιρέσεως τυνχάνομεν τοῦτε ἀγαθοῦ καὶ τοῦ ἐναντίου) belongs to us. When, therefore, this latter statement of Simplicius is compared with those of the Stoics and of Aristotle as enumerated above, we have to state that: 1⁰ the Stoics and Epictet, in particular, under αἵρεσις or προαίρεσις did not mean the choice itself or a preliminary choice but emphasized the dependence of functions such as: συγκατάθεσις, αἵρεσις and προαίρεσις on the agent himself (ἐφ'ἡμῖν) and not on external factors (ἔξωδεν). 2⁰ Aristotle, on the other hand, while recognising this same independence in action still admitted the possibility of selection between good alone and between good and evil as well.[36]

We are now at last confronted with the third, and, to our research, most important part of the treatise, since it includes Simplicius' answer to all the trends of philosophic thought which combatted this great human ἐφ' ἡμῖν. This being not the place for dissecting all the answers to respective trends ascribing every human activity either to incident (αὐτόματον), necessity, as a result of a feeling of deficiency (ἔδειαν), to the course of stars or to fate (εἱμαρμένη) we are only noting two considerations. The first concerns the necessity to which the determinism of human desires in the sphere of good somebody is in lack of is ascribed. Here it was pointed out by Simplicius in his reply that there were two kinds of necessities which could take place in ἐφ'ἡμῖν, one was opposing it and the other was not (ἡ μὲν ἀντικειμένη πρὸς τὸ αὐτεξούσιον, ἡ δὲ συνυπάρχουσα αὐτῷ). According to Simplicius, only the external necessity cancelled independence ἐφ' ἡμῖν (ἡ μὲν ἔξωδεν ἀναιρεῖ τὸ

[36] See above p. 485.

αὐτεκούσιον), whereas internal necessity rather asserted this independence. It should, therefore, be noted again that this statement of Simplicius could not be made to agree with the Stoics' standpoint according to which — as we argued ab ove[37] the ἐφ' ἡμῖν could in no way be infringed externally. Concerning the origin of this statement of Simplicius, it should, in our opinion, be sought for only in Aristotle's work. The other remark we wish to note here is Simplicius' statement that the Stoics put a different construction on the necessity arising from εἱμαρμένη. It goes without saying that this remark corresponds with our data on Stoics. Let us only recall that with this determinism, the Stoics had their own way of connecting an inviolable independence ἐφ'-ἡμῖν[38].

It would be possible to conclude from what we have ascertained in our first observation on tamen *coactus volui* that Simplicius had expressed himself in "Aristotle's language" and not in the "Stoic" one, even if he had written no more on our problem. In reality, however, Simplicius devoted the concluding part of his treatise to this problem, directing it against all those who combatted independence ἐφ'ἡμῖν.

Referring to the awareness which tells us about our independent will or unwillingness (τοῦ θέλειν καὶ μὴ θέλειν = Arist. ἐνδεχόμενον ἄλλως ἔχειν), Simplicius undertook to answer the question whether, for example, under menace on the part of tyrants, we do not choose activities, or we do not remain passive in opposition to our will (μὴ βουλόμενοι). "Although" — Simplicius replies— "the thing which was forced on us was not desirable in the least at first, nevertheless, in comparison with worse things, it seems desirable and we choose it ... therefore, although we act under compulsion, we also make a choice and act": κ'ἄν γὰρ προηγουμένως οὐκ ἦν αἱρετὸν ἐκεῖνο ἐφ'ὃ δὶ ἀνάγκην φερούμεθα, ἀλλ', ὡς πρὸς ἄλλο τι χεῖρον παραβαλλόμενον, αἱρετὸν δοκεῖ καὶ αἱρούμεθα αὐτὸ... διὸ κ'ἄν ἀκουσίως ποιῶμεν, ἀλλ' αἱρούμεθα ὅμως καὶ οὕτω ποιῆσαι. We have quoted literally this last sentence of Simplicius, because it was the one that had chiefly struck Schulz and Wieacker, not only by its contents corresponding with Paulus' *quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui*, but also by its form

[37] See above p. 480 and further p. 487.
[38] See above.

of construction[39]. In order to enhance still more this last proof of the origin of Simplicius solution from Aristotle, we should like to quote his further statement, omitted by Schulz and Wieacker: Τοιγαροῦν, τῆς αὐτῆς ἀνάγκης ἐπαιχθεῖσης, οἱ μὲν εἵλοντο ποιεῖν τὸ ἐπιταχθέν, δέει μειζόνος κακοῦ. οἱ δὲ οὔχ' εἵλοντο, μείζον κακὸν ποιῆσαι τὸ ἐπιταχθὲν τοῦ ἀπειλουμένου τοῖς μὴ ποιοῦσι νομίζοντες ... καὶ ἐστὶ δὲ ὅτε καὶ τὸ ἑκούσιον συμμίγνεται τῷ ἀκουσίῳ, in which the expressions: μειζόνος κακοῦ, ἑκούσιον, ἀκούσιον, the mixing of these two statuses and αἵρεσις and προαίρεσις, in the meaning of choice, or initial choice, are characteristic of Aristotle's way of thinking and mode of expression and, not of the Stoics or above all not of Epictet.

This most important argument, therefore, taken by Schulz and Wieacker from Simplicius' commentary to Epictet's *Enchiridion* as the proof of the alleged origin of Paulus' *tamen coactus volui*, has, in our opinion, to be abandoned.

[*Wrocław University*] *Michael Wyszyński*

[39] It is, in our opinion not impossible but on the contrary very probable that this construction was based on Paulus' saying current in the legal practice as well as in life.

# SYMBOLAE RAPHAELI TAUBENSCHLAG DEDICATAE
# (EOS XLVIII, FASCICULI 1 – 3)

## CONSPECTUS AUCTORUM


| | Fasc. | Paginae |
|---|---|---|
| L. Amundsen – S. Eitrem, *Sale of Wine on Delivery (P. Osl. inv. No. 1440)* | 2 | 77 – 81 |
| V. Arangio-Ruiz, *Una divisione di area edificatoria (P. Univ. Stat. Milano No. 91 inv.)* | 3 | 47 – 52 |
| A. Bataille, *Un inventaire de vêtemens inédit* | 2 | 83 – 88 |
| H. I. Bell – B. R. Rees, *A repudium from Hermopolis* | 1 | 175 – 177 |
| A. Berger, *Interdicta noxalia* | 1 | 395 – 414 |
| E. Berneker, *Hochverrat und Landesverrat im griechischen Recht* | 1 | 105 – 137 |
| B. Biondi, *Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano* | 2 | 177 – 205 |
| M. Bohaček, *Zur Geschichte der Stationarii von Bologna* | 2 | 241 – 295 |
| E. Boswinkel, *La médicine et les médecins dans les papyrus grecs* | 1 | 181 – 190 |
| H. Braunert, *Zur Terminologie der Volkszählung im frühen römischen Ägypten* | 3 | 53 – 66 |
| A. Calderini, *Alcuni rilievi preliminari di toponomastica greco-egiziana* | 3 | 67 – 73 |
| R. Cantarella, *Dal papiro ercolanese 1413 (II)* | 3 | 77 – 81 |
| G. Cardascia, *L'éviction par parents du vendeur dans la vente babylonienne (Etude sur la clause pâqirânu)* | 3 | 3 – 13 |

| | Fasc. | Paginae |
|---|---|---|
| L. Casson, *New Light on Maritime Loans* . . . . | 2 | 89 — 93 |
| J. Cvetler, *The Authorship of the Novel on the Reform of Legal Education at Constantinople (about 1045 A. D.)* . . . . . | 2 | 297 — 328 |
| M. David, *Ein Beitrag zu P. Col. 123, 13 — 17* . . | 1 | 191 — 195 |
| F. de Robertis, *La responsabilità del "negotiorum gestor" nel diritto giustinianeo* . . . . . | 3 | 197 — 205 |
| И. М. Дьяконов, *Muškênum и повинностное землевладение на царской земле при Хаммураби* . . | 1 | 37 — 62 |
| A. d'Ors, *Notulas sobre los Apokrimata de P. Col. 123* | 3 | 83 — 88 |
| S. Eisenstadt, *Paralleleinblicke in das jüdische und römische Erbrecht* . . . . . | 3 | 15 — 18 |
| P. Frezza, Παραχαταθήκη . . . . . | 1 | 139 — 172 |
| A. Fuks, *Kritias, Pseudo-Herodes, and Thessaly* . . | 2 | 47 — 50 |
| H. Gerstinger, *Zehn byzantinische Urkunden und Briefe aus der Sammlung "Papyri Erzherzog Rainer" Wien* . . . . . | 1 | 197 — 216 |
| J. F. Gilliam, *Enrollment in the Roman Imperial Army* . . . . . | 2 | 207 — 216 |
| G. Grosso, *Dies veniens* . . . . . | 1 | 415 — 420 |
| H. Henne, Χρόνος ἐπίγυος *(P. Ent. 15,5)* . . . . | 2 | 95 — 99 |
| Н. Б. Янковския, *Зависимость распоряжения совственностью в Аррапхе от особенностей ее общественного строя* . . . . . | 2 | 3 — 13 |
| M. Kaser, *Condicio iuris und condicio tacita* . . . . | 1 | 421 — 438 |
| J. Klabouch, *Die Lehre von der subsidiären Gültigkeit des gemeinen Rechtes in der juristischen Literatur der böhmischen Länder im 17. und 18. Jahrhundert* . . . . . | 2 | 329 — 356 |
| J. Klíma, *La société d'Ugarit d'après les textes cadiens de Ras Šamra* . . . . . | 1 | 63 — 75 |
| K. Koranyi, *Zur Geschichte antiker Rechtsgrundsätze im mittelalterlichen Recht* . . . . . | 2 | 357 — 365 |
| V. Korošec, *Voies de communication dans l'ancien Orient* . . . . . | 3 | 19 — 28 |

| | Fasc. | Paginae |
|---|---|---|
| C. Kunderewicz, *Evolution historique de la responsabilité des fonctionnaires dans l'Egypte ptolémaïque* | 2 | 101 — 115 |
| W. Kunkel, *Auctoratus* | 3 | 207 — 226 |
| H. Kupiszewski, *Les formulaires dans la procédure d'exécution* | 3 | 89 — 103 |
| E. Levy, *Zum Kapitel 312 des Codex Euricianus* | 2 | 376 — 374 |
| H. Lévy-Bruhl, *Note sur les contacts entre les systèmes juridiques* | 1 | 27 — 33 |
| N. Lewis, Τῇ φροντίδι τῶν οἰκείων πραγμάτων ἐξαρκεῖν | 1 | 217 — 219 |
| И. Лурье, *К проседуре древнеегипетского судебного оракула* | 2 | 15 — 20 |
| U. von Lübtow, *Catos leges venditioni et locationi dictae* | 3 | 227 — 441 |
| G. I. Luzzatto, *Il "verba praeire" delle più antiche magistrature romano-italiche* | 1 | 439 — 472 |
| Я. М. Магазинер, *Основные черты старовавилонского права как права рабовладельческого общества (Законы Хаммураби)* | 3 | 29 — 44 |
| D. Meredith, *Inscriptions from Amethyst Mines at Abu Diyeiba (Eastern Desert of Egypt)* | 2 | 117 — 130 |
| C. Michurski, *Les avances aux semailles et les prêts de semences dans l'Egypte gréco-romaine* | 3 | 105 — 138 |
| J. Modrzejewski, *Les travaux de Raphaël Taubenschlag* | 1 | 1 — 16 |
| J. Modrzejewski, *Note sur P. Strasb. 237 (Une contribution au problème de l'ἄγραφος et ἔγγραφος γάμος)* | 3 | 139 — 154 |
| † R. Monier, *La position de Labéon vis à vis de l'expresion "morbus vitiumve" de l'Edit des édiles* | 3 | 443 — 446 |
| W. Müller, *Zensus-Deklaration einer civis Romana* | 3 | 155 — 160 |
| E. Nardi, *L'origine della ritenzione* | 2 | 217 — 227 |
| J. H. Oliver, *A Spanish Corporation and its Patrons* | 3 | 447 — 474 |

| | Fasc. | Paginae |
|---|---|---|
| W. Osuchowski, *Le caractère juridique de l'actio civilis incerti à la lumière des scolies des Basiliques (Note critique sur l'interprétation du D. 2, 14, 7, 2).* | 3 | 455 — 465 |
| W. Peremans — E. van 't Dack, *Notes concernant PSI VIII 969* | 2 | 121 — 132 |
| G. A. Petropoulos, *Lettre de dotation inédite de l'île de Sifanto* | 2 | 375 — 387 |
| H. H. Petschow, *Zur Forderungsabtretung im neubabylonischen Recht* | 2 | 21 — 27 |
| Н. Н. Пикус, *Из практики применения ἐπιβολή по письмам Герода* | 1 | 221 — 235 |
| J. Pirenne, *Le caractère du pouvoir pendant la IX^ème^ et X^ème^ dynastie dans l'ancienne Egypte* | 1 | 77 — 88 |
| K. Preisendanz, *Ein Wiener Papyrusfragment zum Testamentum Salomonis* | 3 | 161 — 176 |
| F. Pringsheim, *Some Suggestions on P. Col. 123 (Apokrimata)* | 1 | 237 — 249 |
| L. Robert, *Inscriptions et institutions agonistiques.* | 2 | 229 — 238 |
| Г. Х. Саркисян, *Социалная роль клинописной нотариально-правовой системы в эллинистической Вавилонии* | 2 | 28 — 44 |
| E. Schönbauer, *Neue Rechtsquellen zum Constitutio Antoniniana-Problem* | 1 | 473 — 498 |
| E. Seidl, *Die juristische Bildung der Richter in Ägypten* | 1 | 256 — 260 |
| S. Solazzi, *Su Gai I, 199—200* | 1 | 499 — 203 |
| S. Srebrny, *De novo comoediae novae fragmento.* | 2 | 51 — 65 |
| V. Steffen, *Qua lege fretus Cleon Aristophanen in iudicium deduxerit* | 2 | 67 — 73 |
| A. Steinwenter, *Vis maior in griechischen und koptischen Papyri* | 1 | 261 — 271 |
| E. Szlechter, *Neuf tablettes juridiques datées du règne d'Abi-eshuh* | 1 | 89 — 101 |
| A. Świderek, *Zenon fils d'Agréophon de Caunos et sa famille.* | 2 | 133 — 141 |

| | Fasc. | Paginae |
|---|---|---|
| Е. М. Штаерман, *Из истории идеологических течений II—III вв.* | 1 | 505 — 528 |
| V. Tcherikover, *Jewish Apologetic Literature Reconsidered* | 3 | 169 — 193 |
| W. Till, *Die koptischen Arbeitsverträge* | 1 | 273 — 329 |
| E. G. Turner, *A Note on P. Hamb. 132* | 2 | 143 — 146 |
| J. C. van Oven, *Gaius 3,158 : mandatum post mortem mandatis* | 1 | 529 — 540 |
| J. Vergote, *Le Nouveau Testament et la papyrologie juridique* | 2 | 147 — 160 |
| A. Vetulani, *Un manuscrit bolonais du chapitre cathédral de Cracovie* | 2 | 389 — 409 |
| F. de Visscher, *La pseudo-stipulation* ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησα | 2 | 161 — 169 |
| E. Volterra, *Sulla D. 1, 5, 24* | 1 | 541 — 552 |
| E. P. Wegener, *The entolai of Mettius Rufus (P. Vindob. G. Inv. 25824, V-VI, 7)* | 1 | 331 — 353 |
| C. B. Welles, *The Chronology of Dura-Europos* | 3 | 467 — 474 |
| † G. Wesenberg, *Zur Dogmengeschichte der schuldrechtlichen confusio* | 1 | 553 — 578 |
| † W. L. Westermann, *Upon the Slave Systems of Greek and Roman Antiquity* | 1 | 19 — 25 |
| F. Wieacker, *Zum Ritual der Adoptio* | 1 | 579 — 589 |
| H. J. Wolff, *Zwei Miszellen* | 1 | 355 — 371 |
| M. Wyszyński, *Quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui (D. 4, 2, 21, 5 Paulus)* | 3 | 475 — 491 |
| H. C. Youtie, *Linguistic Notes on Papyrus Texts* | 1 | 373 — 391 |
| F. Zucker, *Personennamen in J. Scherers "Papyrus de Philadelphie"* | 2 | 171 — 174 |

SKŁADALI: HENRYK HANAK, KAZIMIERZ KULIGOWSKI i BRONISŁAW MLECZKO; ŁAMAŁ: EDMUND STRZELECKI; TŁOCZYLI: Adam Jakimiak, Jerzy Bandke, Ludwik Skwara, Henryk Mech, i Andrzj Kilijańczyk.
NADZÓR TECHNICZNY NAD CAŁOŚCIĄ SPRAWOWAŁ BOLESŁAW TRAWIŃSKI

Zakład Narodowy im. Ossolińskich – Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław–Warszawa 1957. Wydanie I. Nakład 742+100 egz. Objętość ark. wyd. 32,70, ark. druk. 31,50+2 wklejki. Pap. masz. gł. kl. III g 70 70x100 (16). Oddano do składania 8 I 1957 r. Podpisano do druku 10 XII 1957 r. Druk ukończono w grudniu 1957 r. Cena zł 92,– Drukarnia im. Rewolucji Październikowej, Warszawa. Nr zamówienia 271a/57. B-28

Printed in Poland

CENA ZŁ 92.—