



ANDRÁS FÖLDI

SELECTED STUDIES
ON ROMAN LAW AND
COMPARATIVE HISTORY
OF PRIVATE LAW

LUDOVIKA | AURUM

András Földi

SELECTED STUDIES ON ROMAN LAW AND
COMPARATIVE HISTORY OF PRIVATE LAW



ANDRÁS FÖLDI

SELECTED STUDIES
ON ROMAN LAW AND
COMPARATIVE HISTORY
OF PRIVATE LAW



BUDAPEST, 2023

Cover image:
Detail of the Forum Romanum,
with the Arch of Septimius Severus in the foreground
and the Church of Santi Luca e Martina in the background
(Source: depositphotos.com / Creativemarc)

Published jointly by the
University of Public Service
Ludovika University Press
and the
AURUM Foundation
Responsible for publishing: Gergely Deli, Rector

Address: HU-1083 Budapest, Ludovika tér 2.

Contact: kiadvanyok@uni-nke.hu

Managing editor: Zsolt Kilián
Proofreaders: Éva Fülöp,
Zsuzsánna Gergely, Zsolt Kilián
Layout editor: Zsolt Kilián

Printed and bound in Hungary

ISBN 978-615-6598-29-5 (Hardback)

ISBN 978-615-6598-30-1 (ePDF)

© András Földi, 2023

© The publishers, 2023

All rights reserved.

Contents

<i>Preface</i>	ix
<i>List of abbreviations</i>	xv

HISTORY OF ROMAN LAW

1	Remarks on the origin and early history of the distinction between ‘ius publicum’ and ‘ius privatum’	3
2	„Liberalismus“ versus „Etatismus“ in der Entwicklung des römischen Zivilprozessrechts	13

BONA FIDES

3	Osservazioni intorno al cd. dualismo della ‘bona fides’	43
4	Spuren der dualistischen Auffassung der „bona fides“ in der älteren gemeinrechtlichen Literatur bis zum Ende des 16. Jahrhunderts	65
5	Rinascita del principio della buona fede oggettiva in Ungheria	81

LAW OF PERSONS AND LAW OF THINGS

6	Einige Aspekte der „mors servorum“ im römischen Recht	115
7	Esquisse historique sur la condition des descendants d’affranchis en droit public romain à l’époque républicaine	143
8	Historic and dogmatic aspects of the triad of proprietary rights	157

LAW OF CONTRACTS IN GENERAL

9	Zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit im modernen Zivilrecht	207
10	Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung „ex recepto nautarum cauponum stabulariorum“ und der Haftung für „custodia“	223
11	Monism and dualism in the history of ‘arra’	241

COMMERCIAL INSTITUTIONS IN ROMAN LAW

12	Die Entwicklung der sich auf die Schiffer beziehenden Terminologie im römischen Recht	273
13	‘Caupones’ e ‘stabularii’ nelle fonti del diritto romano	285
14	Dubbi e ipotesi in tema della terminologia relativa ai banchieri romani	301
15	Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law	313
16	La responsabilità dell’aveute potestà per atti compiuti dall’‘exercitor’ suo sottoposto	333
17	Einige Probleme der „lex Rhodia“ im römischen Recht	359

RESPONSIBILITY AND LIABILITY

18	Zur Begriffsgeschichte der Verantwortung	381
19	Alcuni problemi sulla legittimazione attiva all’‘actio iniuriarum’	409
20	Appunti sulla categoria dei quasi-delitti	427
21	„Deiecta et effusa“: Etliche rechtspolitische und kulturhistorische Zusammenhänge	447
22	Zur Frage der Passivlegitimation zur „actio de posito vel suspenso“	469

THE NEW HUNGARIAN CIVIL CODE AND THE ROMAN LAW TRADITION

23	Das neue ungarische Zivilgesetzbuch und die römischrechtliche Tradition	483
----	---	-----

	<i>List of András Földi’s studies published in German, Italian, English, French and Portuguese (1982–2021)</i>	511
	<i>List of places of first publication</i>	517
	<i>Index of sources</i>	519
	<i>Abstracts of the studies included in this volume</i>	543

*Excudent alii spirantia mollius aera
(credo equidem), vivos ducent de marmore vultus,
orabunt causas melius, caelique meatus
describent radio et surgentia sidera dicent:
tu regere imperio populos, Romane, memento
(hae tibi erunt artes), pacique imponere morem,
parcere subiectis et debellare superbos.*

Verg. *Aen.* 6.847 ff.

Preface

Marcus Terentius Varro observed in his work *De vita populi Romani* that human life may be divided into five stages. The last stage, *senectus*¹ (from the Middle Ages sometimes referred to as *decrepita aetas*²), begins with the completion of one's 60th year.³ Ageing has also some advantages. As referred to e.g. by STEPHANUS WERBŐCZY in his famous *Tripartitum*, people above 60 years of age can be excused of the burden of guardianship.⁴

Ageing also brings special benefits to the ageing researchers: if lucky, they may receive a *Festschrift* from their colleagues for their birthday or a collection of their selected writings may be published in a single volume.

It is a great honour for me that the volume the esteemed reader now holds in his/her hands, could be published. For this honour, I owe a sincere debt of gratitude to my former excellent student, now dear and esteemed colleague, Professor Gergely Deli, Rector Magnificus of the University of Public Service – Ludovika.

¹ In spite of a similar division referred to in CTh 2.17.1.3 [a. 321], KASER 1975, 116¹, thinks that *senectus* was not a legal concept in Roman law. As regards the grounds of Kaser's reservation, see E. EYBEN, *Die Einteilung des menschlichen Lebens im römischen Altertum*, Rheinisches Museum für Philologie 116/2 (1973), 160⁹. Cf. also n. 4 i. f., *infra*.

² Cf. already Isidorus, *etym.* 10.74.

³ See the references in EYBEN 1973, 168, 176.

⁴ "Notandum deinde quod tutores, praesertim dativi multis modis ab onere tutelae excusare possunt. (...) [§ 7] Item propter senium quando videlicet sunt ultra sexaginta annos." See S. WERBŐCZY, *Tripartitum opus iuris consuetudinarii in clyti Regni Hungariae*, Vienna 1517, pars I, tit. 122 [§ 7], quoted on the basis of the following edition: *The laws of the medieval Kingdom of Hungary. Vol. 5. The customary law of the Renowned Kingdom of Hungary: A work in three parts rendered by Stephen Werbőczy (The "Tripartitum")*, ed. and transl. by J. M. BAK – P. BANYÓ – M. RADY, introd. study by L. PÉTER, Budapest 2005, 204. According to Inst. 1.25.13, however, "[i]tem maior septuaginta annis a tutela vel cura se potest excusare".

The layman might think that such a volume is able to serve, first of all, the purpose for the authors to enjoy and nostalgically recollect their earlier work. It is undeniable that authors are usually delighted when their book is published. However, the publication of my selected essays is also a pleasure for me for other reasons, and I believe that these reasons are relevant to the reader as well.

Catullus writes in one of his poems that it is difficult to suddenly abandon a long love.⁵ In my life, the difficult moments have tended to be rather the cases when I had to break away from a manuscript so that the *imprimatur* can be provided. That is because I was always anxious to see how many and what kinds of errors I would find when one of my papers or – moreover – books was eventually published. Because the nature of errors in publications is such that, even if you go through the manuscript several times, you only notice some of the errors in the printed work, and often very soon, however, already too late to enable correction.

The publication of my selected works, however, now gives me the opportunity to correct all errors I manage to detect in the 23 papers included in this volume.

According to Horace, after finishing a piece of writing, the manuscript should be kept locked up for 9 years,⁶ and if, after 9 years, re-reading it with fresh eyes, the work is found to be in order, it can be published with a clear conscience. For the majority of the papers in this volume, the critical 9 years required by Horace, have elapsed. However, just because of the time elapsed some studies needed updating with regard to the most important developments since their first publication. In this context I especially refer to the fact that the new Hungarian Civil Code, Act No. V of 2013 entered into force in 2014, which made it necessary to add comments to the texts of several studies. The amendments to the French *Code civil* in 2008 and 2016 also required the inclusion of similar supplementary notes for some studies. In 2017 the Hungarian Ministry of Justice published the preparatory documents for the Civil Code of 1959 (furthermore those for two other codes as well as for the 1977 Novel to the Civil Code). I have had only a very limited opportunity to incorporate additional observations based on the study of these documents,⁷ because the study of the vast documentary material requires a dedicated research effort, which I plan to carry out later.

The present volume is more than a mere colligate of individual studies also because I have cross-referenced the text and included an index of sources.

Subsequent corrections to the content and supplementary remarks to the original text are indicated in square brackets, and newly inserted footnotes are indicated by

⁵ Cat. *carmin.* 76.13: “Difficile est subito longum deponere amorem”.

⁶ Hor. *epist.* 2.3.388: “nonumque prematur in annum / membranis intus positis”.

⁷ See pp. 837ⁿ, 200¹⁸⁹, 483 ff., 494⁵⁶ *infra*.

an asterisk. This allows the reader to see what changes have been made to the text of a study in relation to the original text.

Such volumes mostly include studies that are difficult to access. At the suggestion of Professor Gergely Deli, however, this volume includes a few studies that may even be available online, but where the technical importance or close thematic connection makes it useful not to omit the study in question.

As the title suggests, this volume contains studies on Roman law and comparative history of private law. Most of the studies on Roman law deal with institutions of Roman private law, but there are also two studies of interest to readers interested in the *ius publicum*. One of the studies related to *ius publicum*, namely that treating the public law status of the descendants of the freedmen is placed in the section on the law of persons⁸ in view of the fact that the distinction between *ius publicum* and *ius privatum* was not as sharp in ancient Rome as it has become up to the present time (the latter issue is discussed in the first study of the volume).

The thematic distribution of the studies, as well as the entirety of my professional writing is partly reminiscent of the professional interest that characterised the oeuvre of the great XIXth century German Romanist and commercial lawyer Levin Goldschmidt, who, among other topics, dealt in depth with the liability *ex recepto nautarum cauponum stabulariorum*, vicarious liability and finally the history of commercial law.⁹

My lively interest in civil law liability for damages goes back, however, to the work of my “scientific and professional grandfather”, Professor Géza Marton (1880–1957).¹⁰ In relation to my interest in this subject I also considered it important to include my study on the conceptual history of *responsibility* and *liability* in this volume.¹¹

⁸ See pp. 113 ff. *infra*.

⁹ L. GOLDSCHMIDT, *Das „receptum nautarum cauponum stabulariorum“*. Eine geschichtlich-dogmatische Abhandlung, ZgH 3 (1860), 58–118; ID., *Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen*, ZgH 16 (1871), 287–382; ID., *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart 1891, 468.

¹⁰ See especially G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile. Révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire*, Paris 1938, 459; ID., *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, RIDA 3 (1949), 177–191; ID., *Rinascita della dottrina classica della responsabilità per custodia in Ungheria*, Iura 7 (1956), 124–131; ID., *Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung*, AcP 162 (1963), 1–87 [besorgt von J. Zlinszky]. Cf. A. FÖLDI, *La teoria del romanista e civilista Géza Marton (1880–1957) sul sistema unitario della responsabilità civile e la sua influenza sullo sviluppo del diritto civile ungherese*, in A. Petrucci (cur.): *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, Torino 2020, 335–354.

¹¹ See pp. 381 ff. *infra*.

I also wish to emphasise in this context that I have a special interest in the history and conceptual questions of the principle of good faith and fair dealing, which is the subject of three studies in this volume.¹² My study presenting the Roman law elements of the new Hungarian Civil Code¹³ also touches upon that subject.

From a technical point of view, the studies included in this volume are bound together not only by an interest in Roman law and its subsequent fate, but also by the author's *ars poetica*, if I may use that term. I sincerely admire scholars who, with their enormous expertise and knowledge of ancient Greek and possibly further ancient languages, in addition to Latin, explore the unknown details of Roman law as well as the history of the laws of Antiquity by searching epigraphic and papyrological sources. I could never compete with them, not only because of my poor knowledge of ancient Greek, but also, frankly, because of my weak interest in epigraphic and papyrological sources. I am convinced, however, that it is an important task for contemporary Romanists to carry out research for the undergraduate teaching of Roman private law, because it would be a serious mistake to assume that this work was fully completed by the Pandectists of the XIXth century or that the analysis of the *Corpus iuris civilis* and some other extremely important sources of Roman law – with special regard to private law questions – are not still a topical academic task today.¹⁴ Most of the works I have written, and thus most of the essays in the present volume, have been written precisely in an attempt to shed light on questions which already arise in the teaching of the *institutiones* of Roman law, but which can only be answered by painstaking research in the monographs and journal articles.¹⁵ If this book proves to be useful only as a teaching aid textbook, it has already achieved its purpose.

Finally, I would like to take this opportunity to express my deep gratitude to my colleagues without whose help this volume could not have been created. Unfortunately some of them are no longer with us, however, also their names have to be added to the acknowledgments.

I am indebted to the editors of the first publication of the studies included in this volume, namely to Professors Francesco Amarelli (Naples), Hans Ankum† (Amsterdam), Elemér Balogh (Szeged), Zuzanna [Służewska] Benincasa (Warsaw), Jeroen Chorus (Amsterdam), Salvatore Cristaldi (Catania), Maria Floriana Cursi (Rome), Federico Maria D'Ippolito (Naples), Gian Luigi Falchi† (Rome), Luigi Garofalo (Padua),

¹² See pp. 43 ff. *infra*.

¹³ See pp. 483 ff. *infra*.

¹⁴ Cf. CH. BALDUS, *Warum Exegese? Einige Thesen zur Methode der privatrechtlichen Romanistik*, in Essays J. Sondel, Kraków 2008, 87 ff.; H. ANKUM, *Holanda y el derecho romano*, in Id., *Nueva antología romanística*, Madrid 2014, 25.

¹⁵ Cf. especially pp. 57 f., 62 f., 332 *infra*.

Jean-François Gerkens (Liège), Andrzej Gulczyński (Poznań), Gábor Hamza (Budapest), Mária Homoki-Nagy (Szeged), Éva Jakab (Szeged), Otto Jochen (Frankfurt am Main), István Kajtár† (Pécs), Jerzy Krzynówek (Warsaw/Olsztyn), Peter Mach (Trnava), Miklós Maróth (Budapest), Jacques-Henri Michel† (Brussels), Hikaru Mori (Tokyo), Matúš Nemeč (Trnava), Máté Paksy (Budapest/Lille), Antonio Palma (Naples), Matej Pekarík (Trnava), Hansjörg Peter (Lausanne), Isabella Piro (Catania), Attila Pókecz Kovács (Pécs/Budapest), Carmela Russo Ruggeri (Messina), Fritz Sturm† (Lausanne), Philip Thomas (Pretoria), Peter Trenk-Hinterberger (Bamberg), Jakub Urbanik (Warsaw), Roger Vigneron† (Liège), Vojtech Vladár (Trnava), Laurens Winkel (Rotterdam), Maria Zablocka (Warsaw) and János Zlinszky† (Budapest).

For the translation or foreign language editing I am grateful to Dr. iur. Csongor Buzády LL.M., Dr. iur. Éva Földi, Dr. iur. István Gass, Mr András Ottlik, linguist (Budapest), and to Prof. Aldo Petrucci (Pisa).

No less important in the creation of this book, of course, was the help I have received from colleagues at home and abroad for my professional development, especially in terms of foreign study trips, lectures and conference papers delivered abroad and publications appeared in other countries. For this type of very important help, in addition to several of the colleagues already mentioned, I am indebted also to Professors Christian Baldus (Heidelberg), Gisella Bassanelli Sommariva (Bologna), Giannantonio Benacchio (Trento), Ferenc Benedek† (Pécs), Rena van den Bergh (Pretoria), Róbert Brósz† (Budapest), Alberto Burdese† (Padua), Alfons Bürge (Munich), Pierangelo Catalano (Rome), Wojtech Dajczak (Poznań), Márta Dezső (Budapest), Ville Erkkilä (Helsinki), Thomas Finkenauer (Tübingen), Hans-Peter Haferkamp (Cologne), Inge Hanewinkel (Göttingen), Attila Harmathy† (Budapest), Wolfgang Kaiser (Freiburg im Breisgau), Miklós Király (Budapest), Arrigo Manfredini (Ferrara), Eduardo C. Silveira Marchi (São Paulo), Stephan Meder (Hannover), Imre Molnár† (Szeged), Gardiol van Niekerk (Pretoria), Dieter Nörr† (Munich), Henryk Olszewski† (Poznań), Aldo Petrucci (Pisa), Thomas Rüfner (Trier), Gianni Santucci (Trento), Feliciano Serrao† (Rome), Michal Skřejpek (Prague), Emanuele Stolfi (Siena), István Varga (Budapest), Lajos Vékás (Budapest), Anne Wagner (Lille) and Pierre Widmer† (Lausanne).

Last but not least, I would like to thank the Publisher's editors Zsuzsánna Gergely, Zsolt Kilián, Ildikó Loványi-Petró and Krisztina Sztáryné Benkő for their dedicated care of the manuscript.

Budapest, 12 December 2022

András Földi

*List of abbreviations**

SOURCES OF ROMAN LAW

XII tab.	Lex duodecim tabularum (in FIRA, vol. I)
Bas.	Basilica (ed. Heimbach; ed. Scheltema)
C.	Codex Iustinianus (ed. Krueger)
Coll.	Collatio legum Mosaicarum et Romanarum (in FIRA, vol. II)
CTh	Codex Theodosianus (ed. Mommsen–Meyer)
D.	Digesta seu Pandectae (ed. Mommsen [–Krueger])
Ed. Iust.	Edicta Iustiniani (in Nov.)
FIRA	Fontes iuris Romani antejustiniani, vol. I–III (ed. Arangio-Ruiz et al.)
Gai.	Gai Institutiones (in FIRA, vol. II)
Gai. Aug.	Gai Institutionum interpretationis fragmenta Augustodunensia (in FIRA, vol. II)
Inst.	Institutiones seu Elementa (ed. Krueger)
LENEL 1889	O. LENEL, <i>Palingenesia iuris civilis</i> , I–II, Lipsiae 1889
Nov.	Novellae Iustiniani (ed. Schoell [–Kroll])
Nov. Val.	Novellae Valentiniani (ed. Mommsen–Meyer)
Paul. <i>sent.</i>	Pauli Sententiae receptae (in FIRA, vol. II)
Theoph. <i>par. inst.</i>	Theophili paraphrasis Institutionum (ed. Ferrini)
Schol. Bas.	Basilicorum Scholia (ed. Heimbach; ed. Scheltema)
Ulp.	Tituli ex corpore Ulpiani (in FIRA, vol. II)

* For further abbreviations see the *Index of sources* (*infra*, pp. 519 ff).

OTHER ABBREVIATIONS

AAntHung	Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Acta Budapest	Acta Facultatis Politico-iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae
Acta Jur. et Pol. Szeged	Acta Universitatis Szegediensis [de Attila József Nominatae], Acta Juridica et Politica
AG	Archivio giuridico «Filippo Serafini»
AHDE	Anuario de historia del derecho español
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJPhil	American Journal of Philology
Annales Budapest	Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Iuridica et Politica
Annali Macerata	Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata
Annali Palermo	Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo
ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt
AntTan	Antik Tanulmányok
ApR	Archiv für praktische Rechtswissenschaft
Arch. phil. droit	Archives de philosophie du droit
BIDR	Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittoria Scialoja»
BURDESE 1993	A. BURDESE, <i>Manuale di diritto privato romano</i> , Torino 1993 ⁴
CIL	Corpus inscriptionum Latinarum
CLJ	The Cambridge Law Journal
COING 1985	H. COING, <i>Europäisches Privatrecht</i> , I, München 1985
COING 1989	H. COING, <i>Europäisches Privatrecht</i> , II, München 1989
Digesto ⁴ . Disc. priv. sez. civ.	Digesto Quarta edizione, Discipline privatistiche, sezione civile
Digesto ⁴ . Disc. priv. sez. comm.	Digesto Quarta edizione, Discipline privatistiche, sezione commerciale

Digesto ⁴ . Disc. pubbl.	Digesto Quarta edizione, Discipline pubblicistiche
ED	Enciclopedia del diritto
ELR	The Edinburgh Law Review
eod.	eodem titulo
ERPL	European Review of Private Law
DAREMBERG–SAGLIO	CH. DAREMBERG – E. SAGLIO (dir.), <i>Dictionnaire des antiquités grecques et romaines</i>
GrünhZ	(Grünhuts) Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
GUARINO 2001	A. GUARINO, <i>Diritto privato romano</i> , Napoli 2001 ¹²
Heidelb. Index	O. GRADENWITZ, <i>Heidelberger Index zum Theodosianus</i> , Berlin 1925
HEUMANN–SECKEL	E. SECKEL, <i>Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts</i> , Jena 1907 ⁹
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
IJSL	International Journal for the Semiotics of Law
Index	Index. Quaderni camerti di studi romanistici
Index itp. Dig.	E. LEVY – E. RABEL, <i>Index interpolationum, quae in Digestis Iustiniani inesse dicuntur</i>
IRMAE	Ius Romanum Medii Aevi
Iura	Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico
JEHL	Journal on European History of Law
JherJb	(Jherings) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
JJP	Journal of Juristic Papyrology
JRS	Journal of Roman Studies
KASER 1971	M. KASER, <i>Das römische Privatrecht</i> , München 1971 ²
KASER 1975	M. KASER, <i>Das römische Privatrecht</i> , München 1975 ²
KASER–HACKL	M. KASER – K. HACKL, <i>Das römische Zivilprozessrecht</i> , München 1996 ²
KASER et al.	M. KASER – R. KNÜTEL – S. LOHSSE, <i>Römisches Privatrecht</i> , München 2021 ²²
KUNKEL–HONSELL	H. HONSELL – TH. MAYER-MALY – W. SELB, <i>Römisches Recht</i> , aufgrund des Werkes von P. JÖRS, W. KUNKEL und L. WENGER. Berlin – Heidelberg – New York 1987 ⁴

- KUNKEL–WITTMANN W. KUNKEL – R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. II. Die Magistratur*, München 1995
- Labeo Labeo. Rassegna di diritto romano
- LENEL 1927 O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³
- MLR The Modern Law Review
- MOMMSEN, I³ TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I³, Leipzig 1887
- MOMMSEN, III³ TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III³, Leipzig 1887
- MOMMSEN 1899 TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899
- NDI Novissimo digesto italiano
- NRHD Nouvelle revue historique de droit français et étranger
- OIR Orbis Iuris Romani
- OLD *Oxford Latin dictionary* (ed. P. G. W. GLARE), Oxford 1982
- Publ. Miskolc Publicationes Universitatis Miskolcensis, Sectio Iuridica et Politica
- Paulys RE Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft
- RDC Revue de droit comparé
- RDN Rivista del diritto della navigazione
- RDR Rivista di diritto romano
- RHD Revue historique de droit français et étranger
- RIDA Revue internationale des droits de l'Antiquité
- RISG Rivista italiana delle scienze giuridiche
- RTDC Revue trimestrielle de droit civil
- SDHI Studia et documenta historiae et iuris
- Sem. Compl. Seminarios Complutenses de Derecho Romano
- SERRAO 1989 F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989
- SERRAO 2006 F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli 2006
- Studia Pécs Studia iuridica auctoritate Universitatis Pécs publicata
- SZ Rom. Abt. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
- ThLG Thesaurus linguae Graecae

ThLL	Thesaurus linguae Latinae
TR	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis
TLR	Tulane Law Review
VDI	Vestnik Drevnei Istorii
Voc. Cod.	Vocabularium Codicis Iustiniani
Voc. iur. Rom.	Vocabularium iurisprudentiae Romanae
WENGER 1953	L. WENGER, <i>Die Quellen des römischen Rechts</i> , Wien 1953
WIEACKER 1988	F. WIEACKER, <i>Römische Rechtsgeschichte</i> , I, München 1988
WINDSCHEID-KIPP	B. WINDSCHEID [- TH. KIPP], <i>Lehrbuch des Pandektenrechts</i> , I–III, Leipzig 1906 ⁹
ZeuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZgH	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIMMERMANN 1996	R. ZIMMERMANN, <i>The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition</i> , Oxford 1996 ³

HISTORY
of
ROMAN LAW

*Remarks on the origin and early
history of the distinction between
'ius publicum' and 'ius privatum'**

1. It is perhaps not too audacious to expect (or at least to suppose) that every textbook on Roman law (either Roman public law or Roman private law) quotes the famous passage of Ulpian, in which the great classical jurist expounds the distinction between *ius publicum* and *ius privatum*:

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit... (D. 1.1.1.2).¹

It is somewhat surprising, however, that a number of prestigious textbooks of Roman law² fail to refer to the fact that this classical distinction emerged as a result of a long development process, whose details are disputed also in the present day literature. Furthermore, it is not evident that Ulpian's unusually emphatic reference to *ius sacrum* within the notion of *ius publicum* shall be reflected in the textbooks of Roman law.³ In any case I am certain that the origin and the early history of the distinction between *ius publicum* and *ius privatum* cannot be regarded as some species of banality; on the contrary, they would deserve a much deeper analysis than I am able to offer in the present contribution dedicated *summa cum reverentia* to Professor Peter Blaho on the occasion of his 80th birthday.

* English translation by ANDRÁS OTTLIK.

¹ As it is well-known, this text, in a somewhat paraphrased and shortened form, made its way also into the Institutes of Justinian (1.1.4).

² Instead of enumerating the textbooks of Roman law omitting such a reference I wish to refer e.g. to W. DAJCZAK – T. GIARO – F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2016², 41, who give a short but good synthesis of the historical development of the distinction in question.

³ As a positive example I can refer to J. ZLINSZKY, *Ius publicum. A római közzog* [= Ius publicum. Roman public law], Budapest 1994, 17.

2. As for the terminology applied in the famous text of Ulpian, it is remarkable that the Roman state is referred to here by the expression *res Romana*, which would even qualify as an archaism, but was often preferred to *res publica* during the imperial period.⁴ As far as the expression *status rei Romanae* is concerned, it would deserve a deeper analysis, too. Here I can refer only to the fact that there is disagreement in the literature on the exact meaning of this expression,⁵ which could have in my opinion a significant role in the formation of the modern meaning of the word *status* in the Middle Ages.⁶

3. Some researchers claim that Ulpian does not refer in this text to two areas of positive law, but to two spheres of jurisprudence given that he explained this dichotomy in the introduction of his textbook entitled *Institutiones*, and was referring to the division of *studium*, not that of *ius*.⁷ I would not draw, however, far-fetched

⁴ As W. SUERBAUM, *Vom antiken zum frühmittelalterlichen Staatsbegriff*, Münster 1977³, 165 f., points it out, *res Romana* had been the favourite phrase of Ennius living around 200 BC, and the phrase was also used later by Livius, and then by Ammianus Marcellinus living in the IVth century AD. SUERBAUM (*ibid.*), notes that in the imperial period soldiers loyal to the emperor's person could be more effectively inspired to serve the *res Romana*, also meaning 'Roman cause' than to serve the *res publica* no longer functioning as the common cause of the people.

⁵ According to S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze 1928², 86, *status rei Romanae* means "l'essere e l'attività dello Stato romano"; according to M. KASER, „*Ius publicum*“ und „*ius privatum*“, SZ Rom. Abt. 103 (1986), 8 f., the word *status* means in this context "primär einfach die Existenz, das 'Dasein und Sosein' des Staates in seiner gegebenen Beschaffenheit"; according to G. LOMBARDI, *Diritto pubblico (diritto romano)*, NDI V, Torino 1968, 1021, the expression *status rei Romanae* means "il particolare modo di essere della organizzazione giuridica della società romana". V. MAROTTA, *Ulpiano e impero*, Napoli 2000, 153 ff., emphasises the role of public interest in this context, while A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino 2017, 48, stresses both the activity of various public actors and the organisational aspect.

⁶ As for the formation of the modern notion of *status* (*state*, *État*, *Staat*, etc.), see above all SUERBAUM 1977; see furthermore G. MARANINI – S. BASILE, *Repubblica*, NDI XV, Torino 1968, 462; H.-J. TOEWS, *Republik*, HRG IV, Berlin 1987, 916 ff.; D. WILLOWEIT, *Staat*, HRG IV, Berlin 1990, 1792 ff.; G. BIANCO, *Repubblica*, Digesto⁴. Disc. pubbl., Torino 1997 [quoted on the basis of the DVD edition of 2011]; B. DURAND, CH. CHÊNE – A. LECA, *Introduction historique au droit*, Paris 2004, 69; H. HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 2004⁴, 420; A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, III, Paris 2006, s. v. république. See also, from the Hungarian literature, P. PACZOLAY, *Államelmélet I. Machiavelli és az államfogalom születése* [= State theory. I: Machiavelli and the birth of the notion of state], Budapest 1998.

⁷ See KUNKEL–HONSELL, 51 (*nota bene*, P. JÖRS – W. KUNKEL – L. WENGER, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1949³ did not yet refer to this problem); R. BRÓSZ – E. PÓLAY, *Római jog* [= Roman law], Budapest 1974, 547; G. HAMZA, *Reflections on the classification ('divisio')*

conclusions from the use of the word *studium*. On the one hand, Ulpian contradistinguishes clearly the *ius publicum* and the *ius privatum*, and, on the other hand, the problems of *sacra*, *sacerdotes*, *magistratus* were not really often treated in the works of Roman jurists. Considering these facts I share Valerio Marotta's view, i.e. I would not find it appropriate if we undervalued the significance of the dichotomy on the basis of the *studium* terminology.⁸

4. As for the more meritory problems of the text, Ulpian characterises *ius publicum* by the triad *sacra*, *sacerdotes*, *magistratus*, which he provides as examples.⁹ One clearly sees that *ius sacrum*, mentioned first, and highlighted by a quasi hendiadys¹⁰ forms part of *ius publicum* in Ulpian's view. That is a significant change of perspective compared to Quintilian's trichotomy of *ius sacrum* – *publicum* – *privatum*, and significant even compared to Cicero and Gaius, who categorised the pair notions *ius publicum* – *ius privatum* within the *ius humanum*, contrasting the latter to *ius divinum*.¹¹ At this point I anticipate the thesis rarely reflected upon in the literature whereby, through a politely performed incorporation of *ius sacrum*,¹² Ulpian meant to demarcate *ius publicum* as sharply, and as clearly as possible from *ius privatum* in a way that by narrowing down the reference of *ius publicum* to state and religious issues the overwhelming majority of the legal system should come under *ius privatum*. To corroborate that hypothesis we have to flash back at least as far as the IInd century BC.

into "branches" of modern legal systems and Roman law traditions, in *Studii L. Labruna*, IV, Napoli 2007, 2449 ff.

⁸ MAROTTA 2000, 153 f.

⁹ Ulpian was inspired by Cicero's *De legibus*, whose second book discusses sacral law, and the third the magistrates, see MAROTTA 2000, 162; PETRUCCI 2017, 48. P. STEIN, *Ulpian and the distinction between 'ius publicum' and 'ius privatum'*, in *Études H. Ankum*, II, Amsterdam 1995, 502, notes that the triad only constitutes a list for use as example, but the endeavour to narrow down the concept of *ius publicum* is obvious. See similarly KASER 1986, 9, whereas LOMBARDI 1968, 1021, claims, however, that the list is taxative ("una specificazione formulata in termini tassativi"), and that excludes the harmonisation of the 'public law' and 'cogent law' meanings of *ius publicum*. See similarly PETRUCCI 2017, 48, who claims that *sacra* means the *sacra publica*, namely "culti istituzionali appartenenti a tutto il popolo romano", *sacerdotes* means "attività e funzioni dei colleghi sacerdotali (*sacerdotia*) incaricati della gestione dei rapporti religiosi e sacrali della *res publica*", while *magistratus* means "attività e funzioni di tutti gli organi 'laici' della comunità".

¹⁰ According to PETRUCCI 2017, 48, the expression *sacra sacerdotes* does not constitute a kind of hendiadys, cf. the previous note.

¹¹ Cic. *partit. or.* 130; Gai. 2.2,10; cf. STEIN 1995, 500.

¹² KASER 1986, 9²¹, recommends a more accurate phrasing concerning the interpretation of *sacra*, which, however, is of little relevance from the point of view of our subject.

5. We have no information when Roman law was first divided into *ius publicum* and *ius privatum*.¹³ It is likely that the two concepts did not emerge at the same time.¹⁴ There is evidence to suggest that *ius publicum* was created first. Its first documented mention was in Terence's comedy *Phormio* first shown in 161 BC. The context is that someone is justified to claim that belongs to him under *ius publicum*.¹⁵ *Ius publicum* in that text did not mean public law (in its contemporary meaning), but a cogent rule. In Cicero's works *ius publicum* and *ius privatum* are essentially each other's contrasts meaning public law, and private law (in the modern sense), respectively.¹⁶ However, as the expression *ius privatum* had been a neologism in his time and its meaning was not fully clear either,¹⁷ sometimes Cicero finds it necessary to add the epithet *civile* to confirm: "non publicum ius, non privatum et civile cognoverat"

¹³ STEIN 1995, 500, claims that Roman jurists did not divide law into *ius publicum* and *ius privatum* prior to Ulpian. Obviously Stein does not attribute any significance to the relevant pre-Ulpianic sources – quoted partly also by himself – from the point of view of jurisprudence.

¹⁴ See LOMBARDI 1968, 1021.

¹⁵ "An ne hoc quidem ego adipiscar quod ius publicumst?" Ter. *Phorm.* 412; cf. E. PÓLAY, *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Budapest 1964, 297; KASER 1986, 56.

¹⁶ See Cic. *Brut.* 222: "Brute, iuris quoque et publici et privati sane peritum", cf. *ibid.* 311: "causas et privatas et publicas". Cicero interpreted the pair *ius publicum* – *ius privatum* ab ovo within the sphere of *ius humanum*, see STEIN 1995, 500. The trichotomy (*ius sacrum, publicum, privatum*) expounded by Quintilian (*inst. or.* 2.4.33) does not essentially differ from the Ciceronian distinction in that regard, even if not fully congruent, but it lends itself to easy comparison with the classification of things described in Gaius' *Institutes* (2.2,10). MAROTTA 2000, 161, calls Quintilian's trichotomy – agreeably – an existing, but different classification. Pólay's criticism on Cicero's and Quintilian's classification ("juristisch kaum haltbar", see PÓLAY 1964, 298) is unfounded. I wish to note at this point that E. PÓLAY, *Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen*, Acta Jur. et Pol. Szeged 26/6 (1979), 98, quotes the classification of Quintilian already objectively, and without criticism. As it is well-known, Livius 3.34.6 referred to the Twelve Tables as "fons omnis publici privatique iuris". That dual division had been perfectly accepted in the early imperial period, see Plin. *ep.* 1.22.2; 8.14.1; Gell. 10.20.2; Pomp. D. 1.2.2.46. See PÓLAY 1964, 298 f.

¹⁷ Cicero in his work *Partitiones oratoriae* (c. 130) names laws, decisions by the Senate (for the nature of the *senatus consulta* regarded by Cicero in this passage as legal norms see WIEACKER 1988, 410⁵⁸) and international contracts as written sources of public law, while wills and contracts between private individuals as being written sources of private law (for this interpretation of the passage in question see e.g. G. PUGLIESE [collab. F. SITZIA – L. VACCA], *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991, 214; BURDESE 1993, 5; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 63). STEIN 1995, 500, claims that Cicero "[h]aving first separated human law from divine law, he divides human law into written and unwritten. He then sub-divides written law into public and private." This interpretation is in my opinion not convincing. Cicero's deduction is *ab ovo* not so clearly linear as Peter Stein is willing to state; it does not even refer to *ius*, but *scripta*, in addition when it lists the *scripta privata*, Cicero mentions exactly wills (*tabulae*), which, even in the eyes of classical jurists, shared features of public law, see Pap. D. 28.1.3; Ulp. D. 29.3.2 pr. KASER 1986, 59²⁵⁵,

(*Brut.* 214). It seems that we are dealing here with an unusual type of hendiadys whose individual elements, *ius privatum* and *ius civile* did not *in se* necessarily mean private law in its classical (Ulpian's) sense in Cicero's time, but in combination with each other they did.¹⁸ As put it by Peter Stein, the jurists prior to Ulpian did not divide law into *ius publicum* and *ius privatum*. He sees this as an explanation of the fact that the expression *ius privatum* is mentioned only six times in the sources given that private law was normally called *ius civile* by Romans.¹⁹

6. Some researchers – sometimes perhaps relying on the false assumption that the pair *ius publicum* – *ius privatum* had reflected the dualism of public and private spheres ever since their origin – are of the opinion that any references of an opposite meaning reflect a Greek influence.²⁰ This view is in my opinion hardly acceptable. That is because if the Greek influence was really a factor in the dualism of public and private law, then – in the wake of Mario Lauria's research – we may much more firmly suppose an influence pointing toward the currently widespread interpretation. Nota bene, Lauria claims that certain antecedents of the division of public and private law may be identified in Demosthenes and Aristotle.²¹ Kaser and Pólay suggest that the belief whereby *ius publicum* means the cogent rules, and *ius privatum* the permissive rules is ascribable to some classical jurists or to Papinian's influence respectively.²² Pólay puts it very pointedly saying that as a result of this new approach public law – so to speak – swallowed a large part of private law.²³

refers, notwithstanding, to Quint. *declam. min.* 374 in regard to the private law nature of the wills. See to these problems also KASER 1986, 58.

¹⁸ KASER 1986, 60, notes that Cicero did not use the term *ius civile* in exactly the same meaning as the jurists of his time.

¹⁹ STEIN 1995, 500. A more fundamental reason for the same is pinpointed by Lombardi as we will see below.

²⁰ See PÓLAY 1964, 311 ff.; KASER 1986, 20. Also KASER et al. 2 f. assumes a Greek influence in this regard (specifically concerning the concept of the *utilitas publica* served by the laws).

²¹ M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*, Napoli 1967, quoted by MAROTTA 2000, 156.

²² PÓLAY 1964, 320. KASER 1986, 100, claims that this tendency began under the jurists of the *Hochklassik* (Neratius, Pomponius).

²³ PÓLAY 1964, 320. Later Pólay adopted a different view of the question, see PÓLAY 1979, especially 130, where he states that *testamenti factio* was transferred from *ius privatum* to *ius publicum*. However, in the textbook by Brósz and Pólay – perhaps at the advice of Róbert Brósz? – he used a different phrasing: “public law exceptionally applied not only to the structure of the state, the state [itself], but typically also to legal relations of a private nature [e.g. making a will, Pap. D. 2.8.1.3]”, see BRÓSZ–PÓLAY 1974, 54; see similarly G. HÄRTEL – E. PÓLAY, *Römisches Recht und römische Rechtsgeschichte*, Weimar 1987, 61 f. KUNKEL–HONSELL, 51, also allude

Researchers often try to eliminate the contradictions of sources discussing the essence of *ius publicum* and *ius privatum* by the explanation – fundamentally true, but ultimately still qualifying as defeatist – that the borderlines of *ius publicum* and *ius privatum* were not sharp enough in the minds of the Roman jurists and became further blurred over time.²⁴ The modernist perception of *ius publicum* and *ius privatum* may be reinforced by the experience rooted also in non-legal sources whereby a very neat line divided the public sphere, and the private sphere in ancient Rome. The families (*familiae*) headed by the *pater familias* with practically unlimited power operated like an identical number of states within the state.²⁵ The power of the *consules* ended at the threshold of private homes beyond which *ius privatum* was in effect, and which public officials were not allowed to cross.²⁶

However, we have no proof, moreover, it does not even seem likely that the notions *ius publicum* and *ius privatum* had their modern sense from the beginnings. The above quotation from Terence proves the archaic origin of the verbiage by classical jurists already signalised also by Mommsen which named *ius publicum* every cogent rule of positive law including a long list of legal institutions that would qualify today as belonging under private law.²⁷ Based on

to the fact that Romans handled provisions of cogent private law “later” (“dann”) as *ius publicum*. In regard to the expansion of *ius publicum* the role of Papinian is highlighted also by A. BESSENYŐ, *Római magánjog* [= Roman private law], Budapest–Pécs 2010⁴, 16, referring, however, not to cogent law but to *leges publicae*.

²⁴ PÓLAY 1979, 130.

²⁵ E. ALBERTARIO, *Il diritto romano*, Messina 1940, 91 f., made a witty observation whereby Roman public law did not have a single institution that should not have had its counterpart in private law, the first one being that the *pater familias* exercises the power of a *rex* over his family.

²⁶ For the sharp distinction of the public and the private sphere in ancient Rome see E. MEYER, *Römischer Staat und Staatsgedanke*, Zürich–Stuttgart 1964³, 257 ff. The sharp distinction between *ius publicum* and *ius privatum* is illustrated by a story reported by Gellius (2.2.13) that Professors JÁNOS ZLINSZKY and BÉLA ADAMIK pointed out to me. A *pater familias* once wished to put his son, still subject to *patria potestas* to the test despite the son being a *consul*. The *filius familias* was walking in the street as consul in the company of his lictors, when the father coming the opposite direction demonstratively blocked the way of the group, and was unwilling to move out of the way even despite instructions. However, given that the street is public area subject to *ius publicum*, the consul instructed the lictors to clear that man out of his way. That moment the father readily obeyed, moreover, he praised his son in a satisfied tone for having enforced the authority traditionally granted to the consuls.

²⁷ MOMMSEN I³, 31, mentions the rules of *usucapio* (D. 39.2.18.1), the invalidity of sales contracts in breach of the rules of matrimonial property law (D. 24.1.7.6), the nullity of the onerous contract related to *manumissio* (D. 38.1.42), the prohibition of fraudulent alienation by the insolvent debtor (D. 26.1.8), the *excusationes* (D. 26.2.29; D. 27.1.36.1), the liability of the tutor (D. 26.7.5.7; D. 27.8.1.9), the *quarta Falcidia* (D. 35.2.15.1), the *cautio* to be provided by the heir

certain sources (e.g. Cic. *partit. orat.* 130) many of the researchers attempting to explore the original Roman concepts share the view that the Romans – at least during the period of the late republic – called *ius publicum* the entire body of legislation, namely the *leges publicae*, in contrast to which *ius privatum* consisted of the *leges privatae*.²⁸ Besides these two “aspects of systemisation”, i.e. the cogent rules, and *leges publicae* that one may assume to be archaic, and that appear to be *ab ovo* uncertain, and not necessarily mutually reinforcing points of reference for the contemporary scholar seeking to understand the formation of the concept of *ius publicum*, Peter Stein emphasises that the Romans traditionally classified with *ius publicum* also the legal acts that addressed not specific private individuals, but the entire people: that is why wills qualified as belonging to public law, and that is why the clause *secundum legem publicam* comes up in the formal language of the mancipatory will (Gai. 2.104), and the *imaginaria solutio* effected through mancipation (Gai. 3.174).²⁹

7. Gabrio Lombardi describes the genesis of the concept of *ius publicum* very graphically, and clearly, if not, in all respects, documentably.³⁰ Lombardi claims that *ius publicum* as the body of legislation recorded in *leges publicae* was a separate set from the other parts of *ius* during the republican period without the former part, i.e. “the rest” ever being called *ius privatum* (which means that this latter was simply considered *ius civile*).³¹ A feature of *ius publicum* recorded in *leges publicae* and regulating issues of both public and private life was cogency. It took a slow and gradual development process before *ius publicum* started to be conceived of (also) public law from the age of Cicero, and, at the same time,

(D. 35.1.77.3; D. 36.3.12), and the rules concerning interment (D. 11.7.20 pr.) as rules considered in the sources to belong *expressis verbis* under public law due to cogency. For the duality of the *ius publicum* – *ius privatum* distinction as the duality of cogent and permissive norms see H. ANKUM, SZ Rom. Abt. 97 (1980), 302 ff.; WIEACKER 1988, 492.

²⁸ See LOMBARDI 1968, 1021; G. ARICÒ ANSELMO, ‘*Ius publicum*’ – ‘*ius privatum*’ in Ulpiano, *Gaio e Cicerone*, Annali Palermo 37 (1983) [quoted by MAROTTA 2000, 154 f.]; WIEACKER 1988, 493¹⁰; TALAMANCA 1990, 63; STEIN 1995, 500; GUARINO 2001, 97.

²⁹ STEIN 1995, 501.

³⁰ LOMBARDI 1968, 1021. [G. DULCKEIT – F. SCHWARZ –] W. WALDSTEIN – J. M. RAINER, *Römische Rechtsgeschichte*, München 2005¹⁰, 40, offer a different view, which is in my opinion less convincing. Still less convincing is the view of PÓLAY 1964, 315, who following lengthy discussions, reaches the conclusion of little apparent adequacy that by contrasting *lex publica* and *lex privata* the full set of private property relationships came under *ius privatum*.

³¹ Such a (temporary) asymmetry of notions was not quite unusual in Roman law. It is enough to refer to the fact that the notion of *actiones bonae fidei* came into being much earlier than that of *actiones stricti iuris*.

the new category of *ius privatum* was contrasted to it.³² The dating of the phases of the later development depends especially on our assessment of the classicity of Ulpian's *ius publicum* – *ius privatum* distinction as many scholars suspect this passage of post-classical, or perhaps Justinianic interpolation.³³ In the light of the sources, it seems to be more than probable that the meanings so much unusual for many (modernist) researchers of *ius publicum* (i.e. the meanings 'leges publicae' and 'cogent law') not only did not emerge during the imperial period, but almost certainly these meanings so unusual for us are the older ones. At the same time a tendency became apparent in Cicero's age³⁴ whereby the pair *ius publicum* – *ius privatum* gradually espoused the meaning of 'public law – private law' in the modern sense of these terms. Accordingly Cicero, in his *De oratore* (1.46.201) contrasts *ius publicum* to *ius civile* in the sense that an orator dealing with public affairs must be experienced in *ius publicum*, and an orator dealing with private law cases (*rerum privatarum causae*) must be erudite in *ius civile*.³⁵ Although the terminology has not crystallised yet, that text hallmarks a change of direction, a new tendency unfolded by the famous text by Ulpian offering a novel distinction between *ius publicum* and *ius privatum* that also served as a basis of the subsequent development of this pair. It is to be noted, however, that Ulpian himself did not intend to break with the traditions radically, either, and, as a result of his conservatism he also used the expression *ius publicum* in the older, 'cogent law' meaning of the word (see e.g. D. 50.17.45.1).³⁶

³² Gábor Hamza, unwilling to demonstrate tendencies of concept development, realises only that different meanings of the pair *ius publicum* – *ius privatum* emerge in the sources, see HAMZA 2007, 2449 ff. TALAMANCA 1990, 64, is likewise sceptical as regards the solvability of the conceptual mystery of *ius publicum*.

³³ For allegations of interpolation related to the text see e.g. PÓLAY 1964, 317 f.; LOMBARDI 1968, 1021; KASER 1986, 6 ff.; MAROTTA 2000, 154¹⁷⁴. The more recent literature, e.g. PUGLIESE 1991, 214, rejects the suspicion of interpolation.

³⁴ BURDESE 1993, 5, sees the appearance of this tendency with the beginning of Cicero's age.

³⁵ Cf. WIEACKER 1988, 493; MAROTTA 2000, 160. WIEACKER (*ibid.*), claims that at that passage (*de orat.* 1.46.201) Cicero interprets *ius publicum* as law applicable to *civitas* and *imperium*. As for the areas of application of *ius publicum*, Cicero mentions the penal courts (*causae publicae iudiciorum*), the *comitia* (*contiones*), and the *senatus*, and refers to the *publici iuris auctoritas*, and *regendae rei publicae ratio*, of which the latter is clearly a political category. It is a noteworthy fact that here Cicero contrasts *ius publicum* to *ius civile*, and fails to mention *ius privatum*, however, the meaning of *ius civile* here is obviously private law. MAROTTA (*ibid.*), claims that *ratio rei publicae* means the good governing of the state, and constitutes the antecedent to Ulpian's thoughts creating the correlation between *status rei publicae* and *utilitas publica*.

³⁶ STEIN 1995, 502.

8. There is disagreement in the literature on why Ulpian found it important to re-interpret the pair *ius publicum* – *ius privatum*. Peter Stein claims that by clearly demarcating *ius publicum* from *ius privatum*, and narrowing down public law to legal norms concerning state and religious affairs Ulpian wished to achieve two objectives: on the one hand he wanted to defend private law from imperial interventions, a threat of unusual intensity compared to any previous experience during the time of Caracalla,³⁷ and, on the other hand – *nota bene*, we are in 213 or 214 – Ulpian wanted to appease the citizens freshly winning *civitas Romana* through *constitutio Antoniniana* by assuring them that private law was not going to change because the emperor’s ambition is to regulate public affairs. As formulated by Stein himself: “Ulpian would be concerned to spread the idea that the emperor was primarily concerned with public matters, especially state religion and state officialdom”.³⁸ Marotta says that Ulpian wanted to defend traditional Roman social order, not least the institutions of the pagan Roman state religion against Christian ideas, which were in the time propagated in particular by Tertullian.³⁹

In my opinion, however, Stein and Marotta overestimated Ulpian’s ambitions. Even if one takes into account the fact that Ulpian was in the last period of his life *praefectus praetorio*, he could hardly have fought either the emperor’s ambitions of power or Christian ideas in the slightest hope of victory using the introductory sentences of a law textbook as his weapon, and a law textbook would have been similarly unsuitable to calm down large masses of new citizens. The reason is more likely that Ulpian as a jurist excelling at synthesising, and systemising recognised the conceptual chaos related to the pair *ius publicum* – *ius privatum*, and wished to draw a clear dividing line between the two spheres in an attempt to promote law education, and jurisprudence.⁴⁰

³⁷ “[T]o protect private law from imperial interference”, see STEIN 1995, 503.

³⁸ STEIN 1995, 503 f.

³⁹ MAROTTA 2000, 157.

⁴⁰ An esteemed Hungarian colleague, ÁDÁM SZABÓ directed my attention to the possibility that Ulpian may have had also political motivations to involve *ius sacrum* in the category of *ius publicum*, and to place it in the foreground, a fact that is given *expressis verbis* mention in the text of the *constitutio Antoniniana*, requiring that the new citizens should, as much as possible, become part of the Roman state religion. I find that suggestion a plausible hypothesis noting that Ulpian may surely have considered several aspects at a time. In any case, Ulpian’s dichotomy did not fail to work its influence on the late imperial period: in a work by Hermogenian D. 35.1.14, and then also in a decree by Constantine the Great (C. 9.51.13.2c [a. 321]) we see signs that Ulpian’s concept of the pair *ius publicum* – *ius privatum* had become accepted at both the imperial chancery and in jurisprudence, see STEIN 1995, 504.

9. On the basis of the above I find the view widespread in the literature (shared e.g. by Max Kaser, and in the Hungarian literature by Gábor Hamza) excessively cautious whereby the reason behind Ulpian's dichotomy is not that the Roman legal system should be divided into two different, mutually exclusive areas (*partitio*), and in contrast, Ulpian only speaks about a mere *divisio*, i.e. he refers to diverging centres of gravity.⁴¹ In that regard I can more readily share the view of Peter Stein and Marotta⁴² with the remark that Ulpian surely did not intend to absolutise the dichotomy conceived by him.⁴³

10. One can hardly overestimate the significance of impact of the Ulpianic distinction between *ius publicum* and *ius privatum*. This famous text quoted both in the beginning of the Institutes and in that of the Digest have determined the later history of these notions up to the present. We must not forget, however, that one (if not more) of the elder meanings of these notions existed still in the age of Justinian, namely the meaning 'cogent law' – 'permissive law'.⁴⁴ The jurists inclined to forget this old meaning only in the later times.

⁴¹ KASER 1986, 10 f. Kaser regards the verb *spectare* – carefully selected in his opinion – a sign that Ulpian's objective was not a real two-way distinction of the legal system. For the concept of *partitio* and *divisio* in Roman law see D. NÖRR, „*Divisio*“ und „*partitio*“, München 1972.

⁴² Also MAROTTA 2000, 155, follows *grosso modo* this view, assuming that Ulpian “isola due diverse sfere: una pubblica, a protezione degli ‘interessi’ della stabilità e della ‘*res Romana*’, [e] una meramente privata, nella quale devono trovar tutela, invece, gli interessi dei singoli”.

⁴³ It is subject to dispute in the literature how consistently, at the level of specific cases, e.g. as regards the *operis novi nuntiatio*, Ulpian could gain effect to the dichotomy. Giuseppina Aricò Anselmo's sceptical views on this problem (ARICÒ ANSELMO 1983) are criticised by G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova 2001, 151 ff.

⁴⁴ See LOMBARDI 1968, 1021.

„Liberalismus“ versus „Etatismus“ in der Entwicklung des römischen Zivilprozessrechts*

So gut wie alle Lehrbücher des römischen Rechts heben hervor, dass das materielle Privatrecht und das Zivilprozessrecht im antiken Rom noch nicht getrennt wurden, vielmehr bildeten sie eine Einheit. Solche Begriffe wie *actio* und *exceptio* stellten materiellrechtliche und zugleich verfahrensrechtliche Phänomene dar.¹ Hält man sich diese Prämisse vor Augen, so ist es vielleicht nicht allzu bedenklich, über die Entwicklung des römischen Zivilprozessrechts zu sprechen.

Dafür, dass die Römer das Prozessrecht als solches auch begrifflich erfassen konnten, bieten anschauliche Beweise die beiden im J. 17 v. Chr. entstandenen augusteischen Gesetze über die Zivil- bzw. Strafprozessordnung an, die als *lex Iulia iudiciorum privatorum* bzw. *lex Iulia iudiciorum publicorum* bekannt sind.² Das Wort *iudicium* bedeutet nämlich in der Sprache der römischen Juristen auch das gerichtliche Verfahren als solches.³

Um die diesbezüglichen Grenzen und die jedoch vorliegenden Möglichkeiten zu veranschaulichen, darf ich die berühmte Definition der *actio* des klassischen römischen Juristen Celsus

* Der Text dieses Aufsatzes beruht auf einem Vortrag, den der Verf. am III. „ELTE–Göttingen“ Fakultätskolloquium in Budapest am 29. April 2016 gehalten hat. Für die freundliche Einladung sei Herrn Prof. István Varga auch an dieser Stelle herzlichst gedankt.

¹ Siehe etwa KASER et al. 48 ff. WIEACKER 1988, 244, behauptet gerade, dass die Rechtsdurchsetzung in Rom „ursprünglich nicht Verwirklichung des einer materiellen Normenordnung entsprechenden Zustandes durch das öffentliche Gericht (...), sondern die Bestätigung einer (regelmäßig, aber nicht notwendig durch Urteil bestätigten) Zugriffsbefugnis“. Siehe dagegen SERRAO 2006, 424, mit Hinweis auf den Satz „ubi societas ibi ius“.

² Zum Namen und zur (bezüglich einiger Details in der Literatur umstrittenen) Entstehung der augusteischen Prozessgesetze siehe F. BERTOLDI, *La 'lex Iulia iudiciorum privatorum'*, Torino 2003, 5 f.

³ So SERRAO 2006, 424; anders aufgrund von Interpolationsverdächtigungen HEUMANN/SECKEL, s. v.

anführen: *Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeat, iudicio persequendi* (D. 44.7.51). Das heißt: „Die Aktion ist nichts anderes, als das Recht, etwas gerichtlich zu verlangen, was uns zusteht.“ Die Aktion bedeute also das Klagerecht, mit dem ein materiellrechtlicher Anspruch geltendzumachen ist. Auf den Anspruch weist der periphrastische Ausdruck „quod sibi debeat“ hin. Dieser Definition, überhaupt der Terminologie der römischen Juristen müssen wir jedenfalls nicht allzu große Bedeutung zuschreiben. Nicht einmal die einleitenden Worte des Satzes „nihil aliud est actio“ sind maßgebend, weil das Wort *actio* in den Quellen dem Heumann/Seckel'schen Handlexikon zufolge nicht weniger als fünf verschiedene Hauptbedeutungen hat.⁴ Berücksichtigen wir all diese Umstände, so sind wir wohl berechtigt, die Vorläufer der modernen Begriffe in den Quellen des römischen Rechts zu entdecken.⁵

Was die beiden anderen modernen Begriffe im Titel meines Vortrags, also den Liberalismus und den Etatismus angeht, waren sie im antiken Rom natürlich nicht bekannt, man kann aber ihre relevanten antiken Vorbilder nicht nur nachweisen, sondern die geistesgeschichtlichen Wurzeln des terminologisch am Anfang des XIX. Jh. entstandenen Begriffs des Liberalismus⁶ können eindeutig zur römischen Antike zurückgeführt werden.⁷ In diesem Zusammenhang ist es hervorzuheben, dass die *libertas* im alten Rom, insbesondere in der Zeit der Republik einen hervorragenden Grundwert darstellte. Auch in den Digesten (D. 50.17.122) lesen wir den berühmten Satz von Gaius, nach dem „*libertas omnibus rebus favorabilior est*“. Die Freiheit der stolzen römischen Bürger bedeutete nicht nur etwa, dass sie keine Sklaven waren, sondern unter anderem ebenfalls, dass sie grundsätzlich auch dem Staat gegenüber eine breite Autonomie, sogar eine gewisse Souveränität hatten, dessen Wesen mit dem englischen Satz „*my house is my castle*“ beschrieben werden

⁴ Dass die Wendung „*nihil aliud est*“ in den Quellen nicht allzu ernst auszulegen ist, zeigt sich im bekannten Satz von Julian, nach dem „*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*“ (D. 50.17.62).

⁵ M. KASER, *Römisches Privatrecht*, München 1981¹², 310, sagt diesbezüglich, dass die Identifizierung der modernen Bedeutungen der römischen Begriffe nur „nachträgliche Reflexionen“ seien, „die den Römern erst in Ansätzen bewusst geworden sind“. Vgl. KASER et al. 48. Noch vorsichtiger warnt vor dem Anachronismus R. SANTORO, *Il tempo ed il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, *Annali Palermo* 41 (1991), 284³.

⁶ Das englische Wort *liberalism* erschien erst am Anfang des XIX. Jh. (siehe etwa www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=liberalism), die Ideologie des (klassischen) Liberalismus, die vorzugsweise gegen die absolute Monarchie gerichtet war, wurde aber früher, und zwar von Benjamin Constant und John Stuart Mill begründet, siehe (aus der jüngeren ungarischen Literatur) S. VADÁSZ (hrsg.), *19. századi egyetemes történelem 1789–1914* [= Weltgeschichte des XIX. Jh.], Budapest 2011, 456.

⁷ Siehe VADÁSZ 2011, ebd.

kann. Dementsprechend^{7a} mischte sich der römische Staat im Zeitalter der Republik in die Gelegenheiten der Bürger nur in dem notwendigsten Maße ein.⁸ In diesem Zusammenhang lässt sich bemerken, dass das alte Rom, mit den Worten von Franz Wieacker, „ein Verband adliger Geschlechter“ war.⁹ Wieacker gibt dabei noch zu: „In einem solchen Gemeinwesen beruht die Gerichtshoheit von vornherein auf anderen Grundlagen als im spätrömischen oder im modernen Beamtenstaat.“¹⁰

Diese Lage änderte sich erheblich in der Kaiserzeit. Bereits der Prinzipat und noch mehr der Dominat zeigten sozusagen die Züge eines Wohlfahrtsstaates. Dieses Zeitalter lässt sich dementsprechend mit einem gewissen Etatismus¹¹ beschreiben, worunter die weitgehende Rolle des Staates in breitem Kreise der gesellschaftlichen Verhältnisse zu verstehen ist.¹²

In den folgenden möchte ich darstellen, wie sich die allgemeine Entwicklungstendenz vom Liberalismus zum Etatismus¹³ in der Entwicklung des römischen

^{7a} Wie G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1929³, 314, mit Recht festsetzte, „Der Römer ist auch dem Staat gegenüber Person“ (zit. in G. HAMZA, *Iura antiqua ac iura moderna* [...]. *Opera selecta*, I, Budapest 2010, 51).

⁸ Vgl. WIEACKER 1988, 379. Siehe immerhin A. BÜRGE, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt 1999, 151 f., der die unbegründeten Vorstellungen über den Individualismus des römischen Privatrechts kritisiert. Vgl. in diesem Sinne auch É. JAKAB, „*Praedicere*“ und „*cavere*“ beim Marktkauf. *Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München 1997, 102 ff.

⁹ F. WIEACKER, *Vom römischen Recht*, Stuttgart 1961², 86.

¹⁰ Vgl. A. WATSON, *The spirit of Roman law*, Athens/London 1995, 172.

¹¹ Zum Begriff siehe die übernächste Fußnote.

¹² [G. DULCKEIT / F. SCHWARZ / J. M. RAINER, *Römische Rechtsgeschichte*, München 2005¹⁰, 221, spricht bezüglich der Spätkaiserzeit über „bürokratischen Zentralismus“. Trotz der Zentralisierungstendenz wird aber auch darauf hingewiesen (S. 222), dass wegen des „zunehmenden Verfalls“ und der „Unsicherheit der staatlichen Gerichtsbarkeit ... eine Sondergerichtsbarkeit der christlichen Bischöfe (*episcopalis audientia*)“ (von Kaiser Konstantin dem Großen) eingeführt worden war. Vgl. W. KUNKEL / M. SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte*, Köln/Weimar/Wien 2005¹⁴, 187.

¹³ Um dieses Begriffspaar zu benutzen, haben mich hauptsächlich die Werke von ALFONS BÜRGE inspiriert, insbesondere seine schöne Monografie *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main 1995². Mit der Geschichte dieser Begriffe beschäftigte sich Bürge m. W. nicht. Der Begriff *étatisme* ist in der französischen Sprache seit etwa 1880 bekannt, und bedeutet (vorzugsweise) „un système dans lequel l'État intervient directement dans le domaine économique“, siehe *Grand Larousse encyclopédique*, IV, Paris 1961, 735. Im Lichte dieser Definition lässt sich bemerken, dass der von John Stuart Mill geprägte englische Begriff *liberalism* anfangs eben in der Sphäre der Wirtschaft erschien, siehe VADÁSZ 2011, 457. In der englischsprachigen juristischen Fachliteratur kommt zwar manchmal die französische Form *étatisme*, viel verbreiteter ist aber das englische Äquivalent *statism*, der im modernen Sinne ebenfalls seit 1880 benutzt wird (seit 1919 dem Individualismus gegenübergestellt), siehe

Zivilprozessrechts widerspiegelte.¹⁴ Wir werden immerhin erfahren, dass es auch solche Phänomene gab, die der genannten allgemeinen Tendenz im Gegensatz standen. Auch deshalb habe ich im Titel die Formel „Liberalismus‘ versus ‚Etatismus““ der bedenklicheren Formel „Vom ‚Liberalismus‘ zum ‚Etatismus““ bevorzugt.

Mit Rücksicht auf die Notwendigkeit der objektiven Beurteilung des dialektischen Verhältnisses der beiden Phänomene ist es vorzuschicken, dass sowohl der Liberalismus als auch der Etatismus in den verschiedenen historischen Epochen wichtige Vorteile, aber auch erhebliche Nachteile aufzeigten, und die Präkonzeptionen bei ihrer Auswertung durchaus gefährlich sind. Es soll hier nur auf das Paradox hingewiesen werden, dass in einem liberalen und daher (in gewissem Sinne) schwachen¹⁵ Staat die Willkür der stärkeren Bürger die wirkliche Freiheit der Schwächeren weitgehend beeinträchtigen kann. In diesem Sinne stellt der Liberalismus offenbar eine Gefahr für die Freiheit selbst dar.¹⁶

Um noch eine wichtige Prämisse vorzuschicken, ist es darauf hinzuweisen, dass sich die Entwicklung des römischen Zivilprozessrechts nicht einfach als eine langsame und von Widersprüchen nicht ganz freie Entwicklung, *grosso modo* formuliert, vom Liberalismus zum Etatismus, sondern auch als Zivilisierung der ursprünglich durchaus wilden Verhältnisse beschreiben lässt, wobei die allmähliche Zurückdrängung der ursprünglich aufgrund der *mores maiorum* bestehenden, so gut wie unbeschränkten Eigenmacht¹⁷ hervorzuheben ist. Dem archaischen römischen „Liberalismus“ gegenüber wurde den Schwachen durch die allmählich steigende Rolle des römischen Staates immer größerer Schutz angeboten, und damit wurde die Willkür der Starken allmählich beschränkt. Der archaische und dementsprechend noch ziemlich wilde römische „Liberalismus“ hatte also natürlich ganz andere Wurzeln, als der höchst zivilisierte neuzeitliche Liberalismus des XIX. Jh., der seinerseits vorzugsweise gegen die Adelsprivilegien gerichtet war und sich in Frankreich als die Negation des dekadenten *ancien régime* beschreiben ließ. Die

www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=statism. (Der *anti-statism* von Herbert Spencer ist gut bekannt, siehe *The New Enc. Brit.* 15th ed., vol. 27, Chicago etc. 1989, 472.)

¹⁴ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, Torino 1986, 1 ff., der ebenfalls den mangelnden Etatismus im altrömischen Zivilprozess darstellt, benutzt diesbezüglich das Wort „statalità“.

¹⁵ Die Schwachheit des liberalen römischen Freistaates stellte natürlich keineswegs eine dekadente Kraftlosigkeit dar, die letztere war vielmehr bei dem spätkaiserzeitlichen Staat zu beobachten, vgl. etwa A. DEMANDT, *Die Spätantike*, München 1989, 252 ff.

¹⁶ In diesem Zusammenhang lässt sich bemerken, dass einige griechische naturrechtliche Theorien (etwa Kallikles) skeptisch das menschliche (positive) Recht beurteilten, weil es trotz der Ordnung der Natur die Schwachen schützte, siehe dazu Plat. *Gorg.* 483b, vgl. Á. SZABÓ, *Periklész kora* [= Das Zeitalter von Perikles], Budapest 1977, 105. Hier schlägt in gewissem Sinne die Einrichtung des *defensor civitatis* ein.

¹⁷ Vgl. M. LAURIA, *Ius civile – ius honorarium*, in Scritti C. Ferrini, Milano 1946, 602.

Anwendung des modernen Begriffs „Liberalismus“ kann also grundsätzlich bloß als eine Antonomasie verwendet werden, was inhaltlich nicht allzu ernst zu nehmen ist.

Zutreffender ist die Feststellung von Alfons Bürge, der anstatt des Liberalismus des römischen Zivilprozessrechts über die „uns heutigen eher ungewohnte Staatsferne“ spricht.¹⁸ Wäre es sprachlich ein bisschen bequemer, so würde ich anstatt des offenbar anachronistischen und deshalb im antiken römischen Kontext bedenklichen Begriffs „Liberalismus“ gerne diesen zutreffenden Ausdruck von Bürge anwenden.¹⁹

Was die ältesten Wurzeln des römischen Zivilprozesses angeht, wird auch heute noch oft auf die „Selbsthilfetheorie“ von Jhering hingewiesen. Von Jherings Nachfolgern in Göttingen teilte seine Ansicht (mit gewissen Reserven) etwa Franz Wieacker,²⁰ nicht aber Okko Behrends.²¹ Für die Selbsthilfetheorie kann z. B. der Ritus der *legis actio sacramento in rem* sprechen, der als ein stilisierter Privatkampf (Scheinkampf) vor uns steht, wobei anstatt des Speeres (*hasta*) ein Stab (*festuca, vindicta*) benutzt wurde.²² Selbst das Wort *vindicta* (wohl von *vim dicere*)²³ scheint dafür zu sprechen, dass man seinen Willen ursprünglich mit physischer Gewalt geltend machte.²⁴ Cannata weist zutreffend darauf hin, dass in der *legis actio sacramento*, anders als es bei den beiden anderen

¹⁸ BÜRGE 1999, 3. Vgl. WIEACKER 1961, 83 f.

¹⁹ Hier lässt sich bemerken, dass FRITZ SCHULZ in seinem berühmten Buche *Prinzipien des römischen Rechts* (München/Leipzig 1934) unter den elf Prinzipien auch die Freiheit aufzählt, und in dem betreffenden Kapitel viele Beispiele für den römischen „Liberalismus“ anführt (namentlich aus dem Kreise des römischen Verfassungsrechts sowie des römischen Privatrechts), über das Verfahrensrecht spricht aber Schulz in diesem Kontext überhaupt nicht. Dieses Schweigen hängt wohl eben mit der erwähnten allgemeinen Entwicklungstendenz, des Näheren mit dem Aufstieg des Etatismus zusammen, der sich auch in der Entwicklung des römischen Zivilprozessrechts anschaulich widerspiegelt.

²⁰ WIEACKER 1988, 241 f., siehe aber auch ebd. 248⁷⁴f.; ähnlich BÜRGE 1999, 48¹⁴.

²¹ Gegen die Zurückführung zum Privatkampf siehe O. BEHRENDTS, *Der Zwölftafelprozess: Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen 1974, 11 f.; vgl. KASER/HACKL, 28²¹, 81 f., 96⁴⁰ff.; J. G. WOLF, *Zur „legis actio sacramento in rem“*, in Symp. F. Wieacker, Ebelsbach 1985, 5 f., 37. Vgl. ferner H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 46⁴.

²² Gai. 4.16: „festuca autem utebantur hastae loco“. Vgl. BÜRGE 1999, 47; WIEACKER 1988, 241 f.; SERRAO 2006, 423; J. ZLINSZKY, *Gedanken zur „legis actio sacramento in rem“*, SZ Rom. Abt. 106 (1989), 119. Zum Ritus siehe ausführlich WOLF 1985, 5 f. M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, 327 f. spricht aber ablehnend über die „hausbackene Erklärung“ von Gaius. Gegen die Hypothese des ritualisierten Kampfes siehe auch G. MACCORMACK, *Formalism, symbolism and magic in early Roman law*, TR 37 (1969), 467.

²³ Siehe zur Etymologie eingehend BÜRGE 1999, 47¹² m. w. Lit.

²⁴ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, Roma 1962, 33, erwähnt als weitere Zeichen für die ursprüngliche „difesa privata“ auch die *legis actio per manus iniunctionem* bzw. die *l. a. per pignoris captionem*. J. M. KELLY, *Roman litigation*, Oxford 1966, 2 hält die Theorie von Jhering für die einzige plausible Rekonstruktion der Herkunft des römischen Prozessrechts. Demgegenüber

kontradiktorischen *legis actiones* der Fall war, die Parteien vorzugsweise miteinander kommunizierten, und kaum einen Blick auf den anwesenden Gerichtsmagistrat warfen.²⁵

Um die Stimmung der Szene vor dem Gerichtsmagistrat im Legisaktionenverfahren zu veranschaulichen, lässt sich noch auf die dabei üblichen mündlichen Erklärungen hinweisen. Auf die Frage der einen Partei, aufgrund welcher *causa* die andere vindiziere, antwortet die andere mehr als lakonisch: *ius feci*, also „ich habe mein Recht ausgeübt“. Heinrich Pflüger, ehemaliger Professor in Bonn qualifizierte diese überraschende Reaktion als eine „verblühte Verweigerung der Antwort“²⁶. Ein anderer Altmeister, August von Bechmann sagte ebenfalls zutreffend, dass sich in dieser formellen Antwort „Spott und Hohn“ äußert.²⁷ Ich habe in diesem Kontext nicht nur wegen der Symmetrie des Dialogs vermieden, Kläger und Beklagten zu sagen. Wie darauf besonders Cannata hingewiesen hat, ist es gar nicht selbstverständlich, ob in der dinglichen *legis actio sacramento* wirklich der „qui prior vindicaverat“ (vgl. Gai. 4.16) als Kläger galt.²⁸

Es ist auch charakteristisch, dass die Parteien, wenn sie überhaupt etwas dem Prätor sagten, sich gar nicht höflich äußerten, sondern schlugen sie vielmehr einen nachdrücklichen, fast imperativen Ton. In der *legis actio per iudicis sive arbitri postulationem* sagte der Kläger dem Prätor: „te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des“ (Gai. 4.17a). Merkwürdigerweise benutzt der Kläger dasselbe entschlossene Verb (*postulo*), das er in dem vorigen Moment noch dem Beklagten gegenüber benutzte. Von einem Etatismus stehen wir hier wirklich sehr fern. Obwohl mit dem früher üblichen wirklichen Kampf verglichen das Legisaktionenverfahren natürlich einen gewissen Grad der Zivilisierung aufzeigt, ist der von den Parteien angeschlagene Ton noch immer ziemlich hart.

meint R. DÜLL, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, München 1931, 124 f., dass die Römer die Streite grundsätzlich friedlich, etwa durch *pactio* lösen wollten.

²⁵ C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, Torino 1980, 62 f.

²⁶ H. H. PFLÜGER, *Die „legis actio sacramento“*. Ein Versuch auf dem Wege der Rechtsvergleichung, Leipzig 1898, 55. Anderswo (S. 49) hält Pflüger den Satz *ius feci* für ein „spätes Flickwerk“. Siehe dazu kritisch R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, Annali Palermo 30 (1967), 441.

²⁷ A. VON BECHMANN, *Studie im Gebiete der „legis actio sacramenti in rem“*, München 1888, 133. W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des „iudex“ in der „legis actio“*, in Gedächtnisschrift W. Kunkel, Frankfurt am Main 1984, 406, formuliert vorsichtiger („etwas lakonische Antwort“); ähnlich spricht ZLINSZKY 1989, 129, über eine „ausweichende Antwort“ (vgl. ebd. 135: „schlicht und einfach“), während LÉVY-BRUHL 1960, 53 f., diese Antwort für adäquat hält. Zu den grammatikalischen Aspekten siehe S. TONDO, *‘Vindicatio’ primitiva e grammatica*, Labeo 16 (1970), 77 ff.

²⁸ Siehe dazu LÉVY-BRUHL 1960, 172 ff.; A. WATSON, *Towards a new hypothesis of the l.a.s.i.r.*, RIDA 14 (1967), 456 f.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 76; CANNATA 1980, 18 ff.; DERS., *‘Qui prior vindicaverat’: la posizione delle parti nella ‘legis actio sacramento in rem’*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg 1993, 83 ff.; ZLINSZKY 1989, 135¹³³, anders G. PUGLIESE, *Iura* 33 (1982), 171 f.; M. KASER, *Zur „legis actio sacramento in rem“*, SZ Rom. Abt. 104 (1987), 71.

Einen formellen Imperativ darf aber immerhin nur der Prätor benutzen. Als er in der dinglichen *legis actio sacramento* die Parteien auffordert, das Streitobjekt aus der Hand loszulassen, sagt er kurz: „Mittite ambo hominem“ (Gai. 4.16). Hier äußert sich eindeutig die staatliche Hoheit, die dem ritualisierten Privatkampf Ende macht, und der keiner widersprechen darf.

Wie bekannt, war der römische Prozess seit alters auf zwei Abschnitte geteilt: der erste, „in iure“ genannte Teil spielte sich vor dem Gerichtsmagistrat ab, der zweite, „apud iudicem“ genannte Teil vor dem geschworenen Richter. Die Herkunft dieser Zweiteilung ist in der Literatur sehr umstritten und dieser Streit kann aufgrund des zur Verfügung stehenden, nicht allzu reichen Quellenmaterials kaum entschieden werden.

Im älteren Schrifttum war die von Moriz Wlassak ausgearbeitete Schiedsgerichtstheorie verbreitet. Laut dieser Theorie dürfte sich der altrömische Prozess aus einer frühzeitlichen Schiedsgerichtsbarkeit auf die Weise entwickeln haben, dass der ursprünglich rein private Schiedsvertrag unter staatliche Aufsicht gestellt wurde.²⁹

Nach jüngeren Theorien war die Gerichtsbarkeit ursprünglich ohne Zweiteilung, also ausschließlich vom König³⁰ oder von den Priestern³¹ ausgeübt,³² und

²⁹ M. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien 1921, zit. KASER/HACKL, 33. Für diese Theorie spricht etwa Dion. 4.25, vgl. SERRAO 2006, 428. Siehe dazu kritisch WIEACKER 1961, 97. Zur vorrömischen Schiedsgerichtsbarkeit siehe ZLINSZKY 1989, 112 ff., 138.

³⁰ Dafür spricht Cic. *rep.* 2.21.38; Liv. 1.41.5; Dion. 10.1.2. Siehe zusammenfassend KASER/HACKL, 33⁴⁹ m. Lit., siehe ferner ZLINSZKY 1989, 126; SERRAO 2006, 428. B. ALBANESE, *Riflessioni in tema di 'legis actiones'*, in Studi E. Volterra, II, Milano 1971, 169, betont, dass sich die Entwicklung von der vom König ausgeübten Gerichtsbarkeit zum geschworenen Richter allmählich abspielte.

³¹ Es gibt mehrere interessante Theorien, die sich teilweise auf bemerkenswerte etymologische Erklärungen stützend annehmen, dass die Gerichtsbarkeit in der Frühzeit von Priestern (*pontifices*, *haruspices* oder *augures*?) versehen wurde. Siehe F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937 (zit. bei SERRAO 2006, 425 f., der seinerseits diese Hypothese als überholen qualifiziert); G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, Ius 11 (1960), 364; LÉVY-BRUHL 1960, 40 ff.; BISCARDI 1968, 100 f.; CANNATA 1980, 18 ff., 61 f. PUGLIESE 1962, I, 30 f., bemerkt in diesem Zusammenhang, dass die verschiedenen Theorien einander nicht notwendig ausschließen, wirft aber die einschlägige Hypothese von R. DÜLL, *Zur Frage des Gottesurteils im vorgeschichtlichen Römischen Zivilstreit*, SZ Rom. Abt. 58 (1938), 17 ff., völlig weg (ebd. 58). Vgl. noch KASER 1949, 208 f., 214 f. Auch KASER/HACKL, 32, lehnt die Gottesurteiltheorie mit der Bemerkung ab, dass der Rationalismus der Römer ein solches Verfahren sehr früh ablehnen musste. Jedenfalls kann der irrationale Formalismus der *legis actiones* mit ihrem sakralen Ursprung erklärt werden, vgl. SERRAO 2006, 434.

³² Wie ZLINSZKY 1989, 115, feststellt, „Die Schiedsgerichtsbarkeit der Stammesältesten, von alther bekannt, hatte in Rom der Gründungszeit wohl nicht die natürliche Autorität, um sich automatisch durchzusetzen.“ Vgl. aber ZLINSZKY ebd. 141.

sich die Zweiteilung erst später, und zwar entweder zur Zeit von Servius Tullius³³ oder unter den etruskischen Königen oder gegen 510, oder aber erst gegen 366 entwickelte.³⁴ Es ist auch umstritten, ob die Zweiteilung ab sofort bei allen *legis actiones* galt oder nicht.³⁵

Laut der wohl als isoliert geltenden Ansicht des italienischen Romanisten Giovanni Nicosia wäre der *in iure* Teil des Verfahrens, selbst noch in der Zeit des Zwölftafelgesetzes nicht vom Magistrat, sondern von den anwesenden Bürgern erledigt.³⁶

Die Zweiteilung des Verfahrens auf die *in iure* bzw. *apud iudicem* Abschnitte scheint mir als eines der wichtigsten Zeichen des „Liberalismus“ des römischen Prozessrechts zu gelten. Diesbezüglich meine ich, dass die römischen Bürger einen vom Gerichtsmagistrat mit ihrer Mitwirkung ernannten geschworenen Richter sowie sein Urteil vielmehr akzeptierten, als etwa ein von dem Gerichtsmagistrat selber erbrachtes Urteil. Dieser These steht nicht im Gegensatz, wenn Kaser und seine Schüler meinen, dass die Erscheinung der ursprünglich noch nicht dagewesener Zweiteilung als eine Rationalisierung galt, wobei im Hintergrund der Anspruch der Parteien für sachgerechte und unparteiliche Entscheidung stand.³⁷

Dem Wesen des „Liberalismus“ des altrömischen Zivilprozesses gehört auch die Notwendigkeit der grundsätzlich freiwilligen Unterwerfung der Parteien. Diesbezüglich wird in der Literatur hervorgehoben, dass das von dem Richter als Privatmann erbrachte Urteil die Parteien ursprünglich nur dann band, wenn sie sich ihm unterworfen hatten. Die Unterwerfung blieb auch später erforderlich, als sie wegen der prätorischen Autorisierung der Richter hätte bereits überflüssig sein können.³⁸ Meinerseits würde ich dieser Auffassung gegenüber vielmehr betonen, dass im „liberalen“ römischen Freistaat in privatrechtlichen Prozessen nicht einmal der Prätor wider den Willen der Parteien einen Richter ernennen und mit Richtermacht bekleiden durfte. Die alten Römer dachten an den Prätor m. E. ein bisschen

³³ Dafür spricht vielleicht Dion. 4.25, so etwa vorsichtig bereits V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma 1936, 120, zit. übereinstimmend von SERRAO 2006, 429. Siehe dagegen KASER/HACKL, 33⁵⁰. Wie SERRAO, ebd. 429¹⁶, bemerkt, lässt De Martino die Hinweise von Dionysios außer Acht, während Pugliese diese Stellen zwar anführt, aber nur formell.

³⁴ Siehe die Lit. bei PUGLIESE 1962, I, 79¹²⁶; KASER/HACKL, 30 ff.; SERRAO 2006, 427 f.

³⁵ Siehe die Lit. bei PUGLIESE 1962, I, 84^{138 ff.}; KASER/HACKL, 34⁵².

³⁶ NICOSIA 1986, I, 178 ff., folgert darauf aufgrund der Tatsache, dass in den überlieferten Fragmenten des Zwölftafelgesetzes gar kein Hinweis auf den Gerichtsmagistrat befindlich ist. Siehe gegen diese Hypothese A. CORBINO, *XII tab. 2, 2 e la presenza del magistrato nel processo privato romano dell'epoca decemvirale*, in Estudios J. Iglesias, III, Madrid 1988, 1179 ff., zit. zustimmend von GUARINO 2001, 171.

³⁷ KASER/HACKL, 34, 45 f.

³⁸ KASER et al. 68 f. Zur Notwendigkeit der Unterwerfung siehe KASER/HACKL, 290²⁷.

so, wie Lohengrin an den König Heinrich den Vogler in der Oper von Richard Wagner: „Ja, selbst dem König darf ich wehren, und aller Fürsten höchstem Rat!“³⁹

Der vom Prätor ernannte Richter durfte die Aufgabe grundsätzlich nicht ablehnen, weil das *munus iudicandi* eine öffentlichrechtliche Pflicht (*munus publicum*) der römischen Bürger war. Es ist hierbei irreführend, dass im öffentlichen Verzeichnis der potentiellen Richter, im *album iudicum* anfangs nur Senatoren und erst seit der *lex Sempronia* (122 v. Chr.) auch noch Ritter angenommen werden durften.⁴⁰ Es ist nämlich anzunehmen, dass die Parteien mit ihrem gemeinsamen Willen eine beliebige Person – also auch außerhalb des *album iudicum*⁴¹ – auserwählen durften, die gewissen minimalen Kriterien entsprach.⁴² Hierbei stoßen wir ja auf einen seltsamen Widerspruch, aber nicht den einzigen.⁴³

Aus dem archaischen „Liberalismus“ bzw. aus der liberalen Demokratie der Römer folgte es eben, dass als Richter in einem Zivilprozess vor der Kaiserzeit grundsätzlich nur ein von den beiden Prozessparteien angenommener *iudex* und zwar als ein Geschworener verfahren durfte.⁴⁴ Die Rolle des Gerichtsmagistrats beschränkte

³⁹ In diesem Zusammenhang lässt sich auch auf den Gedanken von Mommsen hinweisen, der in der Zweiteilung eine demokratische Rechtsschutzgarantie gegen die Willkür der Oberämter sah. Siehe ähnlich KASER/HACKL, 442, siehe aber kritisch WIEACKER 1961, 95 f.

⁴⁰ Es ist in der Literatur umstritten, ob sich in den privaten Prozessen nach der gracchanischen Reform auch die Ritter als *iudices* verfahren durften, siehe P. LAMBRINI, *Titius iudex esto*, in L. Garofalo (cur.), *Il giudice privato nel processo civile romano*, II, Padova 2012, 304. In den Provinzen war der einschlägige Zensus, wie der *lex Irnitana* zu entnehmen ist, viel niedriger, siehe LAMBRINI, ebd. 308. Nach U. WESEL, *Geschichte des Rechts*, München 2014⁴, 177, hatte die Richterliste am Ende der Republik 3.000 bis 4.000 Namen. Zur sozialen Autorität der (senatorischen) *iudices* siehe WIEACKER 1961, 87 f., 99.

⁴¹ Zur verfeinerten Technik (*album iudicum selectorum* usw.) der Auswahl des *iudex* siehe KASER/HACKL, 192 ff.; KASER et al. 67. Die Einrichtung der *sortitio* (KASER et al. ebd.) lässt hierbei darauf folgern, dass das Recht der freien Ablehnung eines Richters dem Beklagten (siehe aber dagegen, bezüglich der *reiectio*, eben KASER et al. ebd.), anders als etwa bei den heutigen Ausschlussregeln, ohne weiteres zustand.

⁴² So etwa L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, 130; KASER/HACKL, 49 f.; LAMBRINI 2012, 313 f. Zur (selten vorkommenden) Mitwirkung von Juristen an Prozessen an der Seite des Richters siehe CH. LEHNE, *Die Stellung der Juristen im Formularverfahren*, SZ Rom. Abt. 131 (2014), 286 ff.

⁴³ Es ist auch rätselhaft, wie die strengen Regeln der *excusatio* mit jener Möglichkeit im Einklang standen, dass der ernannte Richter schwören durfte, dass die Sache ihm nicht klar sei (*non liquet*), und in diesem Fall konnte er sich von der Aufgabe befreien. Diese Regeln fanden auch für die im *album* nicht aufgenommenen Bürger Anwendung. Siehe dazu LAMBRINI 2012, 306, 315.

⁴⁴ Wie darauf oben (Fn. 34.) hingewiesen worden ist, nehmen viele Romanisten an, dass das älteste römische Streitverfahren noch einheitlich war, und die Zweiteilung des Prozesses erst

sich auf den ersten, also auf den *in iure* Teil des Verfahrens. Erst in dem kaiserlichen Kognitionsverfahren kam es dazu, dass in privatrechtlichen Sachen die kaiserlichen Beamtenrichter das ganze Verfahren jedenfalls bis zum Urteil erster Instanz leiteten. In dem gemeinsamen Wahlen des *iudex* durch die Parteien drückt sich anschaulich die „Herrschaft der Parteien über das Prozessgeschehen“, die laut Kaser eines der Prinzipien des römischen Zivilprozessrechts (vor dem Kognitionsverfahren) darstellte.⁴⁵

Aus dem oben Gesagten folgt logisch, dass die Erlassung der *formula* sowie die Ernennung des *iudex* die Mitwirkung der beiden Parteien voraussetzte, und zwar vorzugsweise im Sinne, dass sie sich diesen prätorischen Akten und dadurch auch dem weiteren Verfahren nebst dem zu erbringenden Urteil des *iudex* zu unterwerfen hatten. Alle diese Akte bildeten in ihrer Gesamtheit im Formularverfahren die *litis contestatio*.

Die vorherige und grundsätzlich freiwillige Unterwerfung der Parteien lässt sich mit jener Unterwerfung vergleichen, die bei der klassischen römischen Schiedsgerichtsbarkeit mit den beiderseitigen Strafstipulationen erfolgte. Als moderne Analogie lässt sich über die Schiedsgerichtsbarkeit hinaus auch auf die Unterwerfung der souveränen Staaten unter die Gerichtsbarkeit der internationalen Gerichte hinweisen. Dieses Gleichnis ist auch dadurch gerechtfertigt, dass sich die *patres familias* in den alten Zeiten sozusagen für „souveräne“ Mitglieder der *civitas* hielten.⁴⁶

Aus der grundsätzlich freiwilligen Unterwerfung folgt eben, dass die Parteien gegen das Urteil nicht appellieren durften. Gegen die *sententia* konnte nicht einmal eine *intercessio* des Volkstribuns beantragt werden. In der Kaiserzeit wurde diese Regel durchgebrochen und eine Berufung an den Kaiser möglich gemacht. Diese Entwicklung gehört bereits, auch wenn die Berufung gegen ein in dem Formularverfahren erbrachtes Urteil gerichtet worden war, dem Kognitionsprozess.

Der *iudex* war zwar ein Privatmann, sein Urteil war aber von Staats wegen verbindlich, weil er einerseits aufgrund der Unterwerfung der Parteien und andererseits aufgrund eines prätorischen Dekrets verfuhr. Diese Voraussetzungen galten als konjunktiv. Ohne das prätorische Dekret konnte jemand höchstens als ein Schiedsrichter (*arbiter ex compromisso*) verfahren, wobei die vorherige Unterwerfung durch

später erschien. KASER et al. 67, bemerkt, dass anfangs der Richter einfach von dem Prätor bestellt wurde.

⁴⁵ KASER et al. 58, erwähnt in diesem Zusammenhang auch die Ladung und die Vollstreckung als Privatakte, diese Einrichtungen spiegeln aber vielmehr die Eigenmacht wider.

⁴⁶ So etwa P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano 1923, I³, 63 ff.

beiderseitige Strafstipulationen garantiert werden konnte.⁴⁷ Erst im Kognitionsverfahren konnte ein Prozess ohne die Mitwirkung des Beklagten eingesetzt werden.⁴⁸

Trotz der Notwendigkeit der beiderseitigen Unterwerfung der Parteien standen dem Prätor sowohl im Legisaktionenverfahren als auch im Formularverfahren solche Zwangsmittel zur Verfügung, die geeignet waren, den weigernden Beklagten erfolgreich darauf zu zwingen, in der Prozessbegründung mitzuwirken. So konnte der Prätor gegebenenfalls die Privathaft des Beklagten⁴⁹ oder ein Konkursverfahren gegen sein Vermögen verordnen (*missio in bona rei servandae causa*). Die Privathaft verwirklichte sich dadurch, dass der Kläger aufgrund der Ermächtigung des Prätors den Beklagten abführte.⁵⁰ Auch hierbei äußert sich die unter staatlicher Kontrolle auszuübende Eigenmacht.

Der „Liberalismus“ oder besser gesagt die Staatsferne des altrömischen Zivilprozesses äußerte sich bereits in der Weise der Ladung vor den Gerichtsmagistrat. Das Zwölftafelgesetz beginnt bekannterweise mit dem Satz: „Si in ius vocat, ito“ (*XII tab. I.1*). Die Ladung erfolgte im archaischen Zivilrecht dadurch, dass der Kläger am Haus des Beklagten erschien, und ihn laut, möglicherweise vor Zeugen aufforderte, mit ihm unverzüglich zum Gerichtsmagistrat zum *forum Romanum* zu gehen. Wir wissen nicht, ob die Aufforderung formell sein musste (ich neige dazu, dies anzunehmen),⁵¹ jedenfalls musste der Kläger den Klagegrund (die *causa*) merkwürdigerweise nicht nennen.⁵² Weigerte sich der Beklagte, so durfte ihn der Kläger mit Gewalt zum *forum Romanum* bringen. Dieser Gewaltakt wurde wohl mit Hilfe von Sklaven und/oder Freunden ausgeübt.⁵³

Es handelt sich hierbei um eine zwar nicht unbeschränkte, aber doch eindeutige Eigenmacht, anders gesagt um eine erlaubte Selbsthilfe. Die Eigenmacht war ursprünglich aufgrund der alten Sitten (*mores maiorum*) so gut wie unbeschränkt.⁵⁴

⁴⁷ Im justinianischen Recht genügte dazu ein grundsätzlich formfreies (meistens aber wohl schriftliches) *pactum*, siehe C. 2.55.5 [a. 530].

⁴⁸ Diocl. C. 7.43.7 [a. 290]; Paul. *sent.* 5.5.

⁴⁹ SELB 1984, 408. Die Privathaft des Beklagten konnte eventuell auch in der *legis actio sacramento in rem* verordnet werden, und zwar dadurch, dass der weigernde Beklagte als Dieb betrachtet wurde.

⁵⁰ Siehe dazu *Lex Rubria*, cap. 21 [lin. 19 sq.]; LENEL 1927, 413 f.; KASER/HACKL, 277.

⁵¹ So ALBANESE 1987, 29, anders PUGLIESE, I, 255; SERRAO 2006, 444; siehe zusammenfassend KASER/HACKL, 64⁸.

⁵² Anders im Formularprozess, wo die vorherige Bekanntgabe der Klage (*edere actionem*) nötig war, siehe dazu PUGLIESE 1962, I, 255; A. BÜRGE, *Zum Edikt „De edendo“*, SZ Rom. Abt. 112 (1995), 1–50.

⁵³ KELLY 1966, 6².

⁵⁴ So LAURIA 1946, 602. Nach BISCARDI 1968, 64, galten als Quellen des archaischen Rechts nicht die *leges*, sondern die *mores*.

Als die ersten bekannten Beschränkungen der Eigenmacht galten hier sowie anderswo die einschlägigen Vorschriften des Zwölftafelgesetzes.⁵⁵ Der bezüglich der *in ius vocatio* anwendbare private Gewaltakt kann aufgrund des Gesetzestextes als eine Art *manus iniectio* genannt werden. Im Zwölftafelsatz (1.2) ist nämlich der Ausdruck „manum endo iacito“ zu lesen, wobei das archaische *endo* für das Präfix *in* steht. In der Literatur ist es umstritten, in welchem begrifflichen Verhältnis dieser Gewaltakt mit der als *legis actio per manus iniectio* bekannten Zwangsvollstreckungsform stand.⁵⁶ War die Anwendung einer Spruchformel (*lex* im archaischen Sinne) notwendig, so konnte dieser Gewaltakt als eine Art *legis actio* gelten.⁵⁷ Hier lässt sich darauf hinweisen, dass die gewaltsame Führung des Beklagten *in ius* nur in der Anwesenheit von Zeugen zugelassen war. Diese Regel gilt als Beschränkung der Eigenmacht bzw. als eine prozessrechtliche Garantie.

Eine weitere und zwar sehr wichtige Beschränkung der Eigenmacht stellte jene Regel dar, nach der der Kläger nicht berechtigt war, das Haus des Beklagten zu betreten.⁵⁸ Die Privatautonomie des Beklagten liegt ja auch in seinem Verhältnis zum Kläger vor. Wie aber die physische Gewalt mit Handauflegung seitens des Klägers ausgeübt werden konnte, wenn der Beklagte aus seinem Haus nicht herauskommen wollte, bleibt unklar. Nach Lübtow durfte der Kläger notfalls sogar den Hausfrieden des Beklagten gewaltsam überwinden,⁵⁹ dafür gibt es aber keinen Quellenbeleg. Pugliese meint, dass der Kläger abwarten musste, dass der Beklagte

⁵⁵ Die Eigenmacht behielt ihre archaische Härte trotz der Beschränkungen durch das Zwölftafelgesetz bis zur *lex Poetelia Papiria* 326 v. Chr. bei.

⁵⁶ PUGLIESE 1962, I, 254. Gegen die Gleichsetzung siehe GUARINO 2001, 191.

⁵⁷ Diese Frage ist umstritten, gegen die Qualifizierung der mit der Ladung verbundenen *manus iniectio* als eine *legis actio* siehe KASER/HACKL, 67 (mit der Begründung, dass die mit der Ladung verbundene *manus iniectio* milder war, als die *legis actio per manus iniectio*). In der jüngeren Literatur ist es in breitem Kreise angenommen, dass im Kontext der *legis actiones* die *lex* (ursprünglich, und insbesondere im Ausdruck *lege agere*) nicht die *lex publica*, sondern die archaischen Spruchformeln bedeutete, siehe zusammenfassend KASER/HACKL, 35, siehe demgegenüber, aber wenig überzeugend G. BROGGINI, *Ius lexque esto*, in Festgabe M. Gutzwiller, Basel 1959, 39; C. GIOFFREDI, *Su Gai 4, 11*, in Studi C. Sanfilippo, III, Milano 1983; 335 f. Zum Irrtum von Gaius (4.11) bei der Erklärung des Ursprungs der Bezeichnung *legis actio* siehe auch A. FÖLDI, *Begriffsgeschichtliche Fragen im Bereich des „ius publicum“*, Pázmány Law Review 6 (2018), 43 f. mit weiterer Literatur.

⁵⁸ Das Betreten eines fremden Hauses gegen den Willen des Eigentümers galt als *vis* oder *iniuria*, siehe KASER/HACKL, 66²¹ mit Q. u. Lit.; PUGLIESE 1962, I, 256. Gegen den angeblichen Schutz durch die Hausgötter siehe O. LICANDRO, *‘In ius vocatio’ e violazione del domicilio*, SDHI 57 (1991), 205 ff.

⁵⁹ U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der „condemnatio pecuniaria“*, SZ Rom. Abt. 68 (1951), 325.

aus dem Hause herauskomme.⁶⁰ Serrao versucht das Problem durch diejenige Hypothese zu lösen, dass die Ladung normalerweise auf der Straße oder auf sonstigem öffentlichen Gebiet erfolgte.⁶¹ Dabei ist es aber fraglich, wie der Kläger (mit den nötigen Zeugen) den Beklagten praktisch treffen konnte. Ich nehme diesbezüglich an, dass der Kläger den Beklagten zuerst in seinem Hause suchte, und erst nach einem oder zweien erfolglosen Besuchen konnte es dazu kommen, die Ladung auf öffentlichem Gebiet vorzunehmen.

Serrao bemerkt noch, dass der Beklagte, wenn er nicht vor den Prätor gehen wollte oder konnte, einen *vindex* senden musste.⁶² Die meisten Romanisten betonen demgegenüber vielmehr, dass die Rolle des *vindex* bei der Ladung grundsätzlich nicht verschieden von dem *vindex* bei der *legis actio per manus iniectioem* war.⁶³ Bei der anlässlich der Ladung verwendeten *manus iniectio* durfte nämlich der Beklagte nicht selbst schützen, ein *vindex* konnte aber in seinem Schutze auftreten und ihn von der *manus iniectio* mindestens vorübergehend retten. Dabei durfte der *vindex* wohl, so Kaser und Hackl, die Hand des Klägers rituell wegschlagen (*manum depellere*), wie dies auch bei der *legis actio per manus iniectioem* der Fall war.⁶⁴

Bei diesen Akten ist es auch überraschend, dass sie sich auf die Weise abspielen konnten, dass der Kläger die *causa* gar nicht mitteilen musste.

Was die berühmte *legis actio sacramento* angeht, kann ich dem Versuche nicht widerstehen, einen einschlägigen Gedanken von Heinrich Pflüger⁶⁵ anzuführen: „Die l. a. s. i. r., so wie ihr mattes Bild aus dürrtigen Berichten entgegentritt, ist nur ein wesenloser Schatten. Erst wenn wir sie tränken mit dem warmen Blute unserer Phantasie, wird sie uns Rede stehen über ihr vergangenes Leben. Nur müssen wir uns hüten, uns nicht selbst an diesem Zauberschenke zu berauschen, damit nicht Traumgebilde uns zum besten haben.“⁶⁶ Optimistischer war Philipp Lotmar, der vorzugsweise als Gründervater des Arbeitsrechts bekannt ist, der aber ebenfalls Römischrechtler war, und sich eingehend mit dem römischen Zivilprozessrecht beschäftigte.⁶⁷ Seiner

⁶⁰ PUGLIESE 1962, I, 256.

⁶¹ SERRAO 2006, 444.

⁶² SERRAO 2006, ebd., mit Hinweis auf PUGLIESE 1962, I, 264 f.

⁶³ So etwa B. ALBANESE, *Osservazioni su XII tab. 1, 4*, Index 26 (1998), 39.

⁶⁴ KASER/HACKL, 66³⁸, bemerkt noch, dass die Wirkungen des Dazwischentretens des Ladungs-*vindex* nicht ganz klar ist, seine Existenz aber unbestreitbar ist. Mangels einschlägiger Quellen wissen wir nicht, ob der *vindex* im Weiteren eine Klage anstrengen oder sich verteidigen musste, und ob er auch hierbei (wie bei der *legis actio per manus iniectioem*) für *duplum* haftete.

⁶⁵ Pflüger war 1859 (in Honolulu!) geboren und 1957 gestorben.

⁶⁶ PFLÜGER 1898, 5.

⁶⁷ Siehe neuerdings I. FARGNOLI, *Philipp Lotmar: Letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, Frankfurt am Main 2014.

Meinung nach bewahren die überlieferten Worte der *legis actio sacramento*, „wie ein Insect im Bernstein“, einige Spuren des archaischen römischen Prozesses auf.⁶⁸

Bezüglich des Ursprungs der *legis actio sacramento* weist die moderne Literatur oft darauf hin, dass sich der König für die Angelegenheiten der Bürger nicht interessierte,⁶⁹ und für sein Auftreten ein hinzureichender Grund nötig war. Einen solchen Grund konnte vielleicht der Eidbruch bilden, deshalb legte man ursprünglich das *sacramentum* als Eid ab.⁷⁰ War dies wirklich der Fall, so lässt sich feststellen, dass eine infolge des archaischen „Liberalismus“ vorliegende Rechtslücke durch eine religiöse Konstruktion ausgefüllt wurde.⁷¹

Nach János Zlinszky (der diesbezüglich teilweise Kasers und Diósdís Ansicht folgt) wurde die *legis actio sacramento in rem* ursprünglich nur für die Zurückerlangung der *res Mancipi* vorgesehen. Den Grund für diese Beschränkung sieht Zlinszky darin, dass die *res Mancipi* (mindestens die *heredia* sowie den Bürgern ausgeteilte Kriegsbeute) ursprünglich vom Staat ausgeteilt worden waren, und „[w]as vom Staate kommt, soll (...) durch den Staat gesichert werden“⁷². Diese interessante Hypothese ist auch an und für sich problematisch,⁷³ darüber hinaus lässt sich fragen, ob eine entsprechende Erklärung auch für die *legis actio sacramento in personam* vorstellbar sei.⁷⁴

Die *litis contestatio*, die mit der modernen Einlassung in den Prozess zu vergleichen ist,⁷⁵ bedeutete ursprünglich, also im Legisaktionenverfahren, dass die Parteien die Umstehenden als Zeugen aufriefen, dass sie dem *iudex* gegenüber das Prozessgeschehen *in iure* bezeugten. Bei diesem Akt fällt neben dem Mangel an der Schriftlichkeit die minimale Rolle des Staates und die maximale Rolle der sozusagen „selbstbedienenden“ Parteien auf.

⁶⁸ PH. LOTMAR, *Zur „legis actio sacramento in rem“*, München 1876, 114.

⁶⁹ Vgl. B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo 1987, 59.

⁷⁰ Die Auslegung als Eid ist umstritten, siehe die Lit. bei KASER/HACKL, 83¹⁰.

⁷¹ Gegen diese Hypothese siehe F. EISELE, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, Tübingen 1896, 219, zitiert in PFLÜGER 1898, 16. Zu den sakralen Wurzeln der *legis actiones* überhaupt (mit Hinweis auf den Formalismus) siehe SERRAO 2006, 434.

⁷² ZLINSZKY 1989, 116.

⁷³ ZLINSZKY 1989, 125⁸⁵, erkennt an, dass seine Theorie nur für jene früheste Periode gültig sein kann, in der das Quiritareigentum durch *usus* noch nicht existierte.

⁷⁴ Was die *legis actio per iudicis postulationem* angeht, sieht darin ZLINSZKY 1989, 140, ein „Binglied“ zwischen dem „freundlichen“ *iure agere* und dem staatlichen *lege agere*.

⁷⁵ Die *litis contestatio* löste auch im Legisaktionenverfahren die Prozesshängigkeit aus, siehe Gai. 4.108, vgl. SERRAO 2006, 446.

Mit den Prozessen der späteren Zeiten verglichen gilt der schnelle Ablauf als ein auffallend vorteilhafter Zug des Legisaktionsverfahrens. Die Parteien mussten nach der *litis contestatio* am übernächsten Tag (*dies comperendinus*) beim *iudex* erscheinen (Gai. 4.15). Bereits die Zwölf Tafeln (1.8) bestimmten, dass der Richter bis zum Mittag warten, und dann zugunsten der anwesenden Partei entscheiden sollte. Die oft missverständene *suprema tempestas* (*XII tab.* 1.9) bedeutete nicht, dass das Urteil noch an demselben Tag bis Sonnenuntergang (*solis occasus*) hätte erbracht werden müssen,⁷⁶ es handelt sich hierbei nur darum, dass keine Verhandlungen in der Nacht gehalten werden durften.⁷⁷

Der Ort der Verhandlung konnte von den Parteien frei bestimmt werden (*XII tab.* 1.6), mangels Vereinbarung musste aber die Verhandlung am *forum Romanum* oder am *comitium* stattfinden (*XII tab.* 1.7).⁷⁸

Die eindeutige Staatsferne äußerte sich auch darin, dass sich die Zwangsvollstreckung lange Jahrhunderte durch verschiedene private Gewaltakte verwirklichte, auch wenn sie einer gewissen staatlichen Kontrolle unterworfen war. Was die berühmte-berühmte *legis actio per manus iniunctionem* angeht, bemerkt der namhafte britische Romanist, Peter Stein geistvoll, dass hierbei der Kläger, der den säumigen Beklagten mit Gewalt zum Prätor bringen will, anders als bei der *in ius vocatio*, nicht mehr verpflichtet ist, ihn höflich aufzufordern, mit ihm zum *forum Romanum* zu gehen.⁷⁹ Den „liberalen“, oder richtiger gesagt, „nichtstaatlichen“ Zügen der *manus iniectio* gehören ferner die folgenden Regeln:

- im Schutz des Beklagten konnte kein Beamter (wie etwa der *defensor civitatis* der späteren Zeiten) auftreten, sondern nur ein *vindex*, also ein Privatmann, der die Hand des Klägers rituell wegschlagen (*manum depellere*) durfte, und dadurch eine gesteigerte (gegebenenfalls zum Duplum führende) Haftung für die Schuld auf sich nahm;

⁷⁶ So noch KASER/HACKL, 51³².

⁷⁷ E. METZGER, *A new outline of the Roman civil trial*, Oxford 1997, 108 f., vgl. K. HACKL, SZ Rom. Abt. 116 (1999), 387. NICOSIA 1986, I, 118, ist aber darüber überzeugt, dass der ursprüngliche Zweck dieser Norm eben darin lag, dass der ganze Prozess bis zum Sonnenuntergang am ersten Verhandlungstag beendet werden sollte.

⁷⁸ So in der jüngeren Literatur etwa NICOSIA 1986, I, 81; SERRAO 2006, 450. Vgl. WESEL 2014, 177. Demgegenüber meint C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato*, BIDR 76 (1973), 275 ff., dass der Magistrat sowohl den Ort als auch den Zeitpunkt der Verhandlung feststellte, und das *pacunt* die Erfüllung seitens des Beklagten vor dem Gerichtsmagistrat bedeutete, was neben dem Kläger auch von dem Letzteren als gültig anerkannt wurde (*orato*). J. ZLINSZKY, *Állam és jog az ősi Rómában* [= Staat und Recht im archaischen Rom], Budapest 1996, 53, 139 f., folgt hierbei der in der älteren Literatur herrschenden Auslegung des *pacunt* als *pactum*, die auch B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, Labeo 46 (2000), 361 f., annimmt.

⁷⁹ P. G. STEIN, *Römisches Recht und Europa*, Frankfurt am Main 1996, 18.

- die Privathaft des Schuldners erfolgte zwar aufgrund der *addictio* des Prätors, sie stellte aber reine Privatgewalt dar, die bis zur *lex Poetelia Papiria* (326 v. Chr.) sogar bis zur Tötung des Schuldners reichen konnte;⁸⁰
- zur dreimaligen öffentlichen Verkündung der Schuldsomme an Markttagen⁸¹ kam zwar vor dem Prätor, dies galt jedoch nicht als eine staatliche Maßnahme, sondern als ein Privatakt.⁸²

Die Möglichkeit des Dazwischentretens des *vindex* bei der *legis actio per manus iniectioem* gilt als eine höchstproblematische Frage, die in der Literatur viel umstritten ist. An und für sich ist es komisch, dass der *vindex*⁸³ gegen den siegreichen Kläger einen solchen (obwohl ritualisierten) Gewaltakt wie das *manum depellere* legitim ausüben durfte. Es ist noch weniger verständlich, wenn der Kläger darauf gezwungen worden wäre (wie es in der Literatur angenommen wird), gegen den *vindex* noch einmal eine kontradiktorische *legis actio* anzustrengen. Pugliese erkennt an, dass die Quellen für dieses Problem keine Auskunft geben, immerhin nimmt auch

⁸⁰ Es ist in der Literatur umstritten, ob das Zwölftafelgesetz (*XII tab.* 3.3) das Gewicht der Fußfesseln maximierte oder, wie der überlieferte Text buchstäblich auszulegen ist, minimierte. Es ist auch umstritten, ob der berüchtigte Satz *partis secanto* (*XII tab.* 3.6) wortwörtlich zu verstehen sei, siehe dazu NICOSIA 1986, II, 159; BÜRGE 1999, 49; G. FRANCIOSI, *'Partes secanto' tra magia e diritto*, *Labeo* 24 (1978), 263 ff. Auch PUGLIESE 1991, 77, bevorzugt die wortwörtliche Auslegung, betont aber, dass laut Gell. 20.1.45 kein Bericht über solche Tötung überliefert war. Siehe auch KASER et al. 62; R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Milano 1996, 245; E. PÓLAY, *Iniuria types in Roman law*, Budapest 1986, 20³³. Zum in der Literatur umstrittenen (und bei KASER/HACKL widerspruchsvoll dargestellten) Inhalt der *lex Poetelia Papiria* (zu deren Entstehung ein delikates Sexualverbrechen den Anlass gab) siehe neuerdings F. KLINCK, *Die vorklassische Personalvollstreckung wegen Darlehensschulden nach der lex Poetelia*, *SZ Rom. Abt.* 130 (2013), 393 ff.

⁸¹ Der Zweck dieser Verkündung ist nicht völlig klar. PUGLIESE 1991, 76, meint, dass dies den Freunden und den Verwandten eine Gelegenheit darstellen konnte, den Schuldner zu retten, der durch die Bezahlung frei wurde. Es ist aber auch möglich, dass die Bezahlung der Schuldsomme als eine Art Kauf jene Rechtsfolge mit sich brachte, dass der Schuldner Sklave der bezahlenden Person wurde. Diesbezüglich nimmt Pugliese an, dass in den ältesten Zeiten das Verbot der Versklavung eines römischen Bürgers in der Stadt noch nicht galt. Mit Gell. 20.1.45 ist die erste Hypothese im Einklang, Pugliese meint aber, dass für die ältesten Zeiten eher die zweite Hypothese anzunehmen ist.

⁸² SELB 1984, 435, weist mit Quellenbelegen darauf hin, dass die *manus iniectio* nicht nur als Vollstreckung, sondern auch als Erkenntnisverfahren galt.

⁸³ Nach Gai. 4.24 f. durfte der aufgrund einiger Gesetze ohne Urteil einer milderer Form der *manus iniectio* unterworfenen Schuldner die Hand des Gläubigers selbst verstoßen und sich persönlich verteidigen, vgl. auch die unten im Text Geschriebenen.

er an, dass der Kläger gegen den *vindex* eine zweite *legis actio sacramento* anstrengen musste.⁸⁴ Gegen diese Hypothese sprechen aber unter anderem einige einschlägige Redewendungen von Gaius. Gaius legt fest, dass der Schuldner nicht „pro se lege agere“ darf, sondern nur der *vindex* kann „pro se causam agere“ (Gai. 4.21). Gaius fügt hinzu (4.24), dass aufgrund einiger späteren Gesetze, so etwa aufgrund der *lex Furia testamentaria* dem Schuldner die Möglichkeit des „pro se lege agere“ doch zur Verfügung stand. Gaius erwähnt ferner die Möglichkeit, dass der Schuldner aufgrund der *lex Vallia* „pro se agere“ durfte. Im Lichte dieser Stellen ist vielleicht die Annahme zu riskieren, dass der *vindex* keinen neuen, vom Kläger anzustrengenden Prozess provozieren durfte, sondern er nur eine beschleunigte Kontrolle der Sache (*causa*), und zwar wohl seitens des Prätors beantragen konnte.⁸⁵

Bei dem *manum depellere* seitens des *vindex* ist es auch widerspruchsvoll, dass während bei dem *furtum manifestum* zu einer gewissen *manus iniectio* gar kein Urteil notwendig war,⁸⁶ ein siegreicher Kläger, trotz des rechtskräftigen Urteils immer noch dem Widerstand eines *vindex* ausgesetzt zu sein scheint. Die einzige rationale Erklärung für die Intervention des *vindex* dürfte m. E. darin liegen, dass der *vindex* behauptete, dass das Urteil aus einem schwierigen formellen Grunde ungültig sei oder die Pflicht des Beklagten doch erfüllt worden war.⁸⁷ Für diese Hypothese gibt es insofern Quellenbeleg, dass der *vindex* nach Gaius (4.20) normalerweise nicht etwa die Bezahlung der Schuld verspricht, sondern als ein stellvertretender Beklagte (oder eventuell Kläger?) die Verteidigung in einem weiteren Verfahren (wohl in einem Schnellverfahren) übernimmt: *pro se causam agere solebat*, wobei das Verb *solebat* auf indirekte Weise wohl darauf hinweist, dass der *vindex* manchmal die Schuld zu bezahlen hatte.⁸⁸

Trotz meiner Hypothese über ein Schnellverfahren scheint die Position des siegreichen Klägers im Lichte der in den Institutionen von Gaius dargelegten Regeln der *manus iniectio* gar nicht stark zu sein, dementsprechend scheint der unterlegene

⁸⁴ PUGLIESE 1962, I, 312 f.; DERS. 1991, 61; vgl. A. M. GIOMARO, *La tipicità delle 'legis actiones' e la 'nominatio causae'*, Milano 1988, 42, mit Hinweis auf Gai. 4.20. Siehe dazu skeptisch W. SELB, *Iura* 39 (1988), 203. Diesbezüglich scheint KASER/HACKL, 138 f. ratlos zu sein.

⁸⁵ Vgl. GUARINO 2001, 182.

⁸⁶ Bei dem *fur manifestus* handelt es sich um keine eigentliche *manus iniectio*, siehe dazu zusammenfassend M. VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniectioem in relazione al furtum manifestum*, in *Studi G. Nicosia*, VIII, Napoli 2007, 333 ff.

⁸⁷ Vgl. PUGLIESE 1991, 76; GUARINO 2001, 182.

⁸⁸ Vgl. GUARINO 2001, 182, der die modernen Erklärungen der Rolle des dem siegreichen Kläger gegenüber auftretenden *vindex* nicht für überzeugend hält.

Beklagte ebenfalls nicht sehr ausgeliefert zu sein, *nota bene*, die Intervention des *vindex* befreit ihn endgültig.⁸⁹

Gegen eine eventuelle Kette von nacheinander schikanierend erscheinenden *vindices* wurde der Kläger wohl dadurch geschützt, dass weitere Interventionen dritter Personen nicht zugelassen waren.⁹⁰

Eine weitere Schwierigkeit scheint darin zu liegen, dass die *manus iniectio* bei der dinglichen *legis actio sacramento* grundsätzlich nicht verwendet werden konnte. Die Literatur weist diesbezüglich darauf hin, dass der siegreiche Kläger hierbei wohl reine Eigenmacht ausüben musste. Es wird manchmal auch erwähnt, dass der siegreiche Kläger gegen den Beklagten aufgrund von Delikten (*furtum* bzw. *vindicia falsa*) auftreten konnte.⁹¹ Die Bedeutung dieser Möglichkeit ist m. E. unterschätzt. Ich nehme diesbezüglich an, dass der Kläger zur deliktischen Verfolgung, insbesondere aufgrund des *furtum manifestum*, keinen neuen Prozess anstrengen musste, sondern direkt die *manus iniectio* anwenden durfte.⁹² Darüber hinaus konnte der siegreiche Kläger auch gegen die persönlich haftenden *praedes*, wohl direkt mit *manus iniectio*⁹³ auftreten. Das Problem der Intervention eines *vindex* taucht natürlich auch in diesem Kreise auf.

Über gar keine staatliche Mitwirkung berichten die Quellen bezüglich der *manus iniectio per pignoris captionem*.⁹⁴ Deshalb ist ihre Qualifizierung als *legis actio* in der Literatur umstritten.⁹⁵

⁸⁹ Siehe KASER/HACKL, 139⁵², mit Hinweis darauf, dass bei dem Ladungs*vindex* dies nicht immer der Fall war.

⁹⁰ So mindestens KASER/HACKL, 139⁵⁶, aber ohne Quellenbeleg.

⁹¹ KASER/HACKL, 134.

⁹² So vorsichtig und ohne die deliktischen Aspekte zu erwähnen, SERRAO 2006, 440, der später aber (S. 451 f.) nur auf die Selbsthilfe sowie auf das Auftreten gegen die *praedes* hinweist.

⁹³ So V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1960¹⁴, 117; bezweifelnd PUGLIESE 1991, 75.

⁹⁴ M. KASER, „*Mores maiorum*“ und *Gewohnheitsrecht*, SZ Rom. Abt. 59 (1939), 92, meint sogar, dass Gaius diesen Akt unrichtig als *legis actio* qualifizierte, siehe dagegen ALBANESE 1987, 15, nach dem der Gebrauch von *certa verba* zur Qualifizierung als *legis actio* genügte. Ähnlich auch G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln/Graz 1957, 13¹⁸. Vgl. auch A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris 1954, 23; A. M. GIOMARO, Az eljárásjog rendszere az ősi Rómában [= System des Prozessrechts im archaischen Rom], in G. HAMZA (Hrsg.), *Tanulmányok a római jog és továbbélése köréből* [= Studien aus dem Kreise des römischen Rechts und seines Fortlebens], II, Budapest 1989, 68. G. NICOSIA, *Agere lege*, in 'Poteri negotia actiones' nella esperienza romana arcaica [= Atti Copanello 1982], Napoli 1984, 238, bemerkt, dass die „*certa verba*“ der *legis actiones*, im Gegensatz zu den „*concepta verba*“ des Formularverfahrens streng unveränderlich (*immutabilia*) waren, also zu dem jeweiligen konkreten Tatbestand nicht angepasst werden konnten.

⁹⁵ Siehe zusammenfassend KASER/HACKL, 146 f.

John Maurice Kelly bemerkt mit Recht, dass die Quellen keine Auskunft dafür geben, was der Kläger gegen einen starken und reichen Beklagten tun konnte, wenn dieser allen Zwangsmaßnahmen widerstand.⁹⁶ Die Staatsferne konnte in solchen Fällen zum Scheitern der Rechtsdurchsetzung führen. Die römischrechtliche Literatur beschäftigt sich mit diesem äußerst bedenklichen Defizit der Staatlichkeit kaum, eben weil mangels der Quellen nur Spekulationen möglich sind. Immerhin ist der folgende Aspekt zu berücksichtigen: wie überraschend groß das Defizit der Staatlichkeit beim altrömischen Legisaktionenverfahren auch war, kann man – im Vergleich mit den frühesten, durch die reine Selbsthilfe und die Rache der Sippen gekennzeichneten Zeiten – bereits im archaischen römischen Zivilprozess die günstige Intervention des Staates beobachten.⁹⁷ Als der anschaulichste Quellenbeleg dafür gilt der oben bereits zitierte Befehl des Prätors in der dinglichen *legis actio sacramento*: „Mittite ambo rem!“

Das sich im III. Jh. v. Chr. entwickelnde Formularverfahren bestärkte die staatliche Mitwirkung nur in beschränktem Maße. Dementsprechend behielt die Eigenmacht ihre frühere Rolle teilweise bei. Der Kläger durfte den weigern den Beklagten nach wie vor gewaltsam vor den Prätor führen, für ihn wurde aber außerdem als Zwangsmittel eine prätorische Strafklage vorgesehen (Gai. 4.183). Der Privatcharakter des Formularverfahrens spiegelt sich auch in den prozessrechtlichen Strafstipulationen wider. Dabei ist das *vadimonium* hervorzuheben, dass die Wiedererscheinung des Beklagten (bei einem komplizierteren Prozess) vor dem Prätor versicherte (Gai. 4.184).⁹⁸ Das *vadimonium* bedeutete aber nicht nur die *cautio vadimonii*, sondern, wie dies auch sein Name ahnen lässt, meistens auch Bürgstellung (*vades*).⁹⁹ Diese privatrechtlichen Lösungen ergeben sich nicht nur aus einem gewissen „Liberalismus“, sondern auch aus den einschlägigen Rechtslücken.¹⁰⁰

⁹⁶ KELLY 1966, 7 f., bes. II.

⁹⁷ Vgl. SERRAO 2006, 432.

⁹⁸ Vgl. GUARINO 2001, 216; SERRAO 2006, 445.

⁹⁹ *Vades* stellt einen in den Quellen des römischen Rechts selten befindlichen adäquaten Ausdruck für Bürgen dar. Bekannterweise gab es selbst in dem justinianischen Recht keinen adäquaten Ausdruck für die Bürgen. Dieser Umstand bestimmt bis heute die entsprechende Terminologie der neulateinischen Sprachen. Siehe ausführlicher A. FÖLDI, „False friends“ and some other phenomena reflecting the historical determination of the terminology of Hungarian private law, IJSL 33 (2020), 731 f.

¹⁰⁰ Es ist wohl der Etatisierung zuzuschreiben, dass Kaiser Mark Aurel das *vadimonium* abschaffte, vgl. aus der neueren Literatur D. CLOUD, *Some thoughts on the 'vadimonium'*, SZ Rom. Abt. 119 (2002), 143 ff. Hierher gehört das Problem, dass der Prätor die *vindiciae* (also den vorläufigen Besitz des Streitgegenstandes) jener Partei zusprach, die mehrere und reichere *praedes* vorstellen konnte, mindestens so Gioffredi, der freilich über *coniuratores* spricht, siehe PUGLIESE 1962,

Die *litis contestatio* des Formularverfahrens zeigte schon sowohl das Element der Schriftlichkeit als auch eine größere Rolle des verfahrenenden Gerichtsmagistrats auf. Dem Prätor des Formularverfahrens darf der Kläger, anders als es bei den *legis actiones* noch der Fall war, gar keine imperative *postulatio* stellen,¹⁰¹ der Prätor hat demgegenüber etwa die Macht, die Klage zu verweigern (*denegatio actionis*). Die vom Prätor aufgrund des Begehrens der Parteien erlassene *formula* war eine staatliche Urkunde, die mit ihren professionellen, dem jeweiligen Tatbestand angepassten *concepta verba* – den viel weniger rationalen *certa verba* der *legis actiones* gegenüber – einen rationalen Formalismus aufzeigte.¹⁰²

Die *litis contestatio* des Formularverfahrens wurde in der älteren Literatur aufgrund der von Moriz Wlassak ausgearbeiteten Theorie als ein Prozessvertrag aufgefasst.¹⁰³ Die heute herrschende Lehre verwirft zwar diese Ansicht, erkennt aber an, dass es sich bei der *litis contestatio* des Formularverfahrens teilweise um private Akte der Parteien handelt, denen der hoheitliche Akt des Prätors gegenübersteht, der seinerseits das weitere Prozessieren gestattet (und damit verordnet) oder aber gegebenenfalls ablehnt. Die *litis contestatio* ist auf diese Weise als ein einheitlicher Vorgang aufzufassen, in dem „privatrechtliche“ und „öffentlichrechtliche Akte“ gemischt vorliegen. Die heute verbreitete Theorie betont, dass die Erklärungen der Parteien, anders als bei den *legis actiones*, nicht einander, sondern dem Prätor gegenüber vorgenommen wurden. Hierbei wird aber die hervorragende Rolle der Interaktion der Parteien übersehen, auf die Alfons Bürge überzeugend hingewiesen hat.¹⁰⁴ Deshalb meine ich, dass die offenbar nicht wortwörtlich zu verstehende Vertragstheorie von Wlassak jedoch zutreffend ist, weil damit der wenig etatisierte Charakter dieses Vorgangs zum Ausdruck gebracht wird. Man kann wohl über einen einzigartigen Vertrag der Parteien sprechen, der seinerseits auch prätorischer Genehmigung brauchte.¹⁰⁵

I, 296. Siehe ähnlich SANTORO 1967, 598. SERRAO 2006, 439, meint demgegenüber, dass der Prätor aufgrund des „*fumus boni iuris*“ entschied. ZLINSZKY 1989, 124, nimmt an, dass die *vindiciae* als „die beanspruchte staatliche Zuweisung der Sache“ das Hauptziel des Verfahrens *in iure* in der *legis actio sacramento in rem* war. Später (ebd. 133) fügt noch ZLINSZKY zu: „Das und nicht anderes bedeutete in der archaischen Periode die Jurisdiktionsgewalt.“ Diese kategorische Folgerung geht m. E. allzu weit.

¹⁰¹ Wie oben darauf bereits hingewiesen worden ist, wandten die Parteien bei den *legis actiones* kategorische Konjunktivformen auch sogar dem Prätor gegenüber (Gai. 4.16–17b).

¹⁰² Vgl. BÜRGE 1995, 49.

¹⁰³ Siehe zusammenfassend KASER/HACKL, 291.

¹⁰⁴ BÜRGE 1995, 47.

¹⁰⁵ Vgl. BISCARDI 1968, 167 ff.

Es stand mit dem „Liberalismus“ des Formularverfahrens im Einklang, dass die Parteien gar keine staatliche Hilfe zur Herbeischaffung der Beweismittel erhielten, insbesondere war die Sanktionierung der Zeugen, die sich weigerten, vor dem Richter zu erscheinen, unbekannt. Bezüglich der *actio ad exhibendum* stellt Kelly zutreffend fest: „There is nowhere the least sign that the State provided him [i. e. the plaintiff – A. F.] with any help for this purpose.“¹⁰⁶ Auch hierbei musste der Kläger notfalls Eigenmacht anwenden, insoweit die Umstände es ihm ermöglichten.

Nur die Zeugen der *mancipatio* waren seit alters mit *intestabilitas* bedroht. Ein gewisser Etatismus war ferner bei den Statusprozessen präsent, wobei die Wahrheit von Amts wegen erforscht wurde.¹⁰⁷

Die Vermögensvollstreckung wurde aufgrund des prätorischen Rechts als eine Art Privatverfahren durchgeführt, bei dem von den Ermächtigungen seitens des Prätors abgesehen so gut wie keine staatliche Mitwirkung dagewesen war. Es ist in diesem Kontext charakteristisch, dass der *bonorum emptor* als ein fiktiver Erbe betrachtet wurde.¹⁰⁸ Die Vermögensvollstreckung hatte aber dadurch doch eine gewisse Publizität, dass der Prätor auch die *proscriptio bonorum*, also die öffentliche Bekanntmachung des Verzeichnisses der unter Vollstreckung fallenden Vermögensgegenstände verordnete.

Das sich seit Augustus in Rom und (zuerst) in gewissen Provinzen (etwa in Ägypten)¹⁰⁹ entwickelnde Kognitionsverfahren stellte bereits mit seinem bloßen Dasein den Durchbruch eines gewissen Etatismus dar. Kaser und Hackl sprechen diesbezüglich um eine „volle Verstaatlichung“, wobei die „privatistischen Elemente“ des Formularverfahrens weitgehend zurückgedrängt wurden.¹¹⁰

Der Name des Kognitionsverfahrens hängt damit zusammen (auch wenn diese Erklärung nicht ganz einwandfrei ist),¹¹¹ dass der kaiserliche Beamten-

¹⁰⁶ KELLY 1966, 12.

¹⁰⁷ KASER et al. 77. Eine echte materielle Rechtskraft lag nur vorzugsweise bei den Statusprozessen vor, siehe ebd. Vgl. A. WACKE, *Res iudicata pro veritate accipitur?*, in Gedächtnisschrift Th. Mayer-Maly, Wien 2011, 489 ff.; M. INDRA, *Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht*, Berlin 2011, 206 ff., siehe dazu kritisch E. METZGER, SZ Rom. Abt. 131 (2014), 472.

¹⁰⁸ Siehe Gai. 4.35.

¹⁰⁹ KASER et al. 57, stellt aufgrund der jüngeren Forschungen fest, dass das Kognitionsverfahren in der frühen Kaiserzeit weit nicht in allen Provinzen Anwendung fand.

¹¹⁰ KASER/HACKL, 442.

¹¹¹ KASER/HACKL, 436, sowie BÜRGE 1999, 84, bemerken aber, dass die römische Bezeichnung dieses Verfahrens ursprünglich *cognitio extra ordinem* (oder *extraordinaria cognitio*) war, dementsprechend galt der Termin *cognitio* nicht als sehr spezifisch.

richter, anders als früher der Prätor,¹¹² die Sache in seiner Ganzheit kennenlernt (*cognoscere*), und aufgrund dessen er selbst das Urteil erbringt.¹¹³ Im Kognitionsverfahren wirken keine privaten Geschworenen mit. Es gibt neben dem *iudex* vielmehr einen sog. *iudex pedaneus* (Unterrichter, Hilfsrichter), der als ein ihm unterstellter Beamte gilt.¹¹⁴

Die historische Ausgestaltung des Kognitionsverfahrens zeigte anfangs keine eindeutige Etatisierung, weil im frühen Prinzipat der Kaiser sowie seine Beamten in vielerlei Hinsicht als Privatpersonen galten. Dementsprechend wurden die kaiserlichen Richter anfangs nicht rechtsstaatlich ernannt. Die Statthalter der Provinzen delegierten als Richter in Privatprozessen solche Personen, gegen die die Parteien keinen Widerspruch wagten.¹¹⁵ Erst allmählich¹¹⁶ wurde dank einer auf parallelen Wegen entfaltenden Entwicklung das kohärente System des Kognitionsverfahrens ausgestaltet, das mehrere Gerichtsinstanzen am Gipfel mit dem Kaiser als höchstem Richter des Reiches umfasste.¹¹⁷

Das Kognitionsverfahren lässt sich von modernem Gesichtspunkt aus als Ausdruck des wohlfahrtsstaatlichen Gedankens beschreiben, wobei der Kaiser und seine Beamten für das Wohl der Untertanen Sorge tragen.¹¹⁸ Im Einklang damit wurde die Rolle und Freiheit der Prozessparteien in vielerlei Hinsicht beschränkt. Demgegenüber kam die Prozessherrschaft des beamteten Richters bereits im

¹¹² Zur Gegenüberstellung in diesem Sinne siehe Iul. D. 1.18.8; Herm. eod. 10; Call. eod. 19.1, Paul. eod. 21.

¹¹³ Zur Entwicklung der Bedeutung siehe HEUMANN/SECKEL 1907, s. v. *cognoscere*, mit den wichtigsten Quellenstellen.

¹¹⁴ KASER et al. 56, 84.

¹¹⁵ KASER et al. 84. Anders WIEACKER 1961, 124, nach dem bei der Richtereinsatzung der einschlägige Vorschlag der Parteien berücksichtigt wurde.

¹¹⁶ Zur Kontinuität mit dem Formularprozess siehe BÜRGE 1999, 86.

¹¹⁷ Eine folgerichtige Gerichtsverfassung wurde unter Diokletian dargelegt, siehe KASER et al. 87. In der frühen Kaiserzeit gab es auch im Bereich des Formularverfahrens in den Provinzen „Denaturierungen“ und Entwicklungen in Richtung des Kognitionsprozesses. Später brach diese Tendenz auch in Italien und schließlich selbst in Rom durch. Bekannterweise wurde das Formularverfahren, das bereits seit Diokletian weitgehend zurückgedrängt wurde, letztendlich mit einer kaiserlichen Verordnung im J. 342 (C. 2.57.1) auch formell abgeschafft. WIEACKER 1961, 125, bemerkt, dass die Formeln auch von den Beamtenrichtern des Kognitionsverfahrens benutzt wurden. Dies zeigt sich anschaulich etwa in der schönen Karriere der *praescriptio* als Verjährungseinrede. Die Formeln lebten auch nach 342 vielfach fort, siehe WIEACKER, ebd.

¹¹⁸ KASER/HACKL, 443. Zur Ausgestaltung eines neuen Urteilstils und einer neuen Urteilstechnik in den kaiserlichen Berufungsentscheidungen der frühen Kaiserzeit siehe V. WANKERL, *Appello ad principem*, München 2009.

klassischen Recht zur Geltung. Dabei setzte sich anstatt dem Willen der Parteien letzten Endes der Wille des Kaisers durch.¹¹⁹

Unter den Ursachen der Ausgestaltung des Kognitionsverfahrens hebt Wieacker auch die Tatsache hervor, dass in den Provinzen das für das Formularverfahren notwendige Honoratiorantum fehlte.¹²⁰ Die liberale Demokratie braucht zweifelsohne Honoratioren.

Es ist bemerkenswert, dass der durch das Kognitionsverfahren vertretene Etatismus zunächst gar keinen Zuwachs des Formalismus bedeutete. Im Gegenteil lässt sich sagen, dass der Formalismus des Formularverfahrens weitgehend abgeschafft wurde. Kaser und Hackl heben diesbezüglich schlechthin die Herrschaft der Formlosigkeit hervor.¹²¹ Im Zusammenhang damit hatte der kaiserliche Amtsrichter in der frühen Kaiserzeit einen erheblich größeren Ermessensspielraum.¹²²

Wie darauf etwa Kaser und Hackl hinweisen, begann seit Kaiser Konstantin dem Großen eine neue Epoche des Kognitionsverfahrens.¹²³ Der Formalismus ist wieder stärker geworden. Kaser spricht diesbezüglich zutreffend von einer „schreibefreudigen Zeit“.¹²⁴ Dabei lässt sich nicht zuletzt der Einfluss der östlichen Zivilisationen auf das der Schriftlichkeit ursprünglich abgeneigte römische Recht konstatieren. Parallel damit wurde die richterliche Prozessleitung noch stärker.¹²⁵

Die Ladung wird im Kognitionsverfahren infolge einer allmählichen Entwicklung, endgültig und völlig seit dem V. Jh. nach Chr. ein rein amtlicher Akt, wie es auch heute der Fall ist. Wenn die *litis contestatio* im Formularverfahren noch eine Art Vertrag darstellte, so ist es ganz anders im Kognitionsverfahren, weil die freiwillige Unterwerfung der Parteien nicht mehr erforderlich war. Der Konservatismus der römischen Juristen zeigt sich darin, dass sie den Begriff der *litis contestatio*

¹¹⁹ Vgl. KASER/HACKL, 442. BÜRGE 1999, 82, hebt in diesem Zusammenhang die Bedeutung des *consilium principis* hervor, wo die Juristen eine Rolle „über den Parteien“ spielten. Zum Vorteile der kaiserlichen Entscheidungen siehe neuerdings V. WANKERL, *Der Kaiser als Richter: Überlegungen zu D. 4, 2, 13 / D. 48, 7, 7, SZ Rom. Abt. 129 (2012)*, 577 ff.

¹²⁰ WIEACKER 1961, 123.

¹²¹ KASER/HACKL, 438.

¹²² Ein großer Ermessensspielraum stand im Rahmen des Legisaktionenverfahrens den *arbitri* zu, ebenfalls den Richtern im Formularprozess in allen *bonae fidei iudicia*.

¹²³ So KASER/HACKL, 436, mit Hinweis darauf, dass in den Reskripten von Diokletian die klassische Juristentradition noch fortlebte.

¹²⁴ KASER et al. 88.

¹²⁵ KASER et al. 86. In diesem Kontext ist zu erwähnen, dass laut einer Verordnung von Justinian (C. 3.1.31.1) jeder Prozess höchstens binnen drei Jahren von der *litis contestatio* beendet werden musste. Diese Verordnung sah ausführlich bestimmte Strafsanktionen vor.

in einer neuen (insgesamt dritten) Bedeutung als Widerspruch des Beklagten anlässlich der ersten Verhandlung aufrechterhielten.¹²⁶

Die bei den *actiones incertae* (darunter bei den *actiones bonae fidei*) bestehende, ziemlich große Ermessensfreiheit des *iudex* des Formularverfahrens bzw. dem Beamtenrichter des Kognitionsverfahrens zustehende noch größere Ermessensspielraum spiegeln einen gewissen Liberalismus wider. Dieser Freiheit steht die Bestimmung der Details der Beweiswürdigung durch kaiserliche Verordnungen in der späten Kaiserzeit als ein Zeichen der Etatisierung gegenüber.¹²⁷ Diese Entwicklung stellt in gewissem Sinne eine Rückkehr zum starren System des altrömischen Rechts dar. Hierbei erfährt man nicht einmal im justinianischen Recht, anders als im materiellen Privatrecht, eine Rückkehr zum klassischen Recht, die nachklassische Tendenz der normativen Bestimmung der Beweiswürdigung wird nämlich fortgesetzt.

Die Tendenz der Etatisierung spiegelt sich auch darin wider, dass in der späten Kaiserzeit die Auswahl und die Beibringung der Beweise nicht mehr die Sache der Parteien, sondern des Gerichts war.¹²⁸

Ein gewisser Etatismus äußerte sich ferner auch in derjenigen Regel, nach der die öffentlichen (etwa vom *tabularius* ausgefertigten) Schriften auch ohne Unterschriften von Zeugen höhere Beweiskraft hatten, als die einfachen Dokumente, obwohl die mit fünf, gegebenenfalls mit sieben Urkundszeugen bekräftigten Privatschriften den öffentlichen Dokumenten gleichgesetzt wurden.

Der sog. Reskriptenprozess stellte ebenfalls ein Zeichen der Etatisierung dar. Dabei wandte sich der Berechtigte unmittelbar zum Kaiser, und von ihm eine vorherige Entscheidung beantragte. Der Richter wurde dann zu dieser „Vorabentscheidung“ gebunden, dementsprechend konnte sich der Beklagte nur durch den Beweis eines verschiedenen Tatbestandes verteidigen. Das Reskriptenverfahren wurde mit hohen Prozesskosten verbunden, was wieder ein Zeichen der Etatisierung darstellt.¹²⁹ Das Reskriptenverfahren erinnert einigermaßen an die Arbeitsteilung zwischen dem Prätor und dem *iudex*, aber gegen das Urteil des *iudex* konnte man

¹²⁶ Diese dritte Bedeutung der *litis contestatio* lebte im *ius commune* fort, siehe dazu neuerdings S. SCHLINKER, *Litis contestatio. Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 2008. Diese Entwicklung erklärt die auf den ersten Blick rätselhaft scheinende Tatsache, dass die Wörter *contest*, *contester* usw. in den modernen (englisch, französisch usw.) Sprachen trotz der sich letzten Endes auf die Zeugen (*testes*) zurückgehenden Etymologie 'Bestreiten' bedeuten.

¹²⁷ KASER et al. 88.

¹²⁸ Ebd.

¹²⁹ Zu den Kosten des Reskriptenverfahrens siehe WENGER 1925, 311.

im Reskriptenverfahren aufgrund der unrichtigen Feststellung des Tatbestandes doch appellieren.

Das in den kaiserlichen Verordnungen geregelte Vollstreckungsverfahren spiegelt eindeutig die Abschaffung des „Liberalismus“ und das Hervortreten des „Etatismus“ wider. Die zugesprochenen Streitobjekte können nunmehr, soweit der Beklagte sie dem siegreichen Kläger nicht freiwillig übergibt, von ihm mit amtlichem Zwang (*manu militari*) durch einen *exsecutor* weggenommen und dem Berechtigten überreicht werden. Die eventuelle Versteigerung der Güter des Schuldners wird ebenfalls vom *exsecutor* vorgenommen.¹³⁰

Um die kleinen Leute gegen die Übergriffe der Behörden (einschließlich der Statthalter) zu schützen, wurde in der späten Kaiserzeit (seit dem IV. Jh.) das Amt des *defensor civitatis* ins Leben gerufen, das in vielerlei Hinsicht mit dem *ombudsman* unserer Zeit zu vergleichen ist.¹³¹ Dieses Amt wurde im justinianischen Recht in die Beamtenhierarchie eingegliedert und auch formell mit Gerichtsgewalt bekleidet.¹³²

Obwohl die Entwicklung des römischen Zivilprozessrechts grundsätzlich durch einen zunehmenden Etatismus charakterisiert wurde, darf man auch einige dagegensprechende Tatsachen nicht übersehen. Einige Zeichen dieser Art habe ich schon oben, im Zusammenhang mit den dort untersuchten Rechtseinrichtungen angeführt, es gibt aber noch viele weitere Erscheinungen, die der allgemeinen Tendenz gegenüberstehen.

Dem Wesen des wohl ältesten Legisaktionenverfahrens, nämlich der *legis actio sacramento* gehört die Regel, dass die unterlegene Partei die *summa sacramenti* zugunsten der Staatskasse (*aerarium*) verlor. Bei den sonstigen Legisaktionen findet man keine ähnliche Regel. Die Mitwirkung staatlicher Faktoren im Verfahren war ja im antiken Rom bis auf die späte Kaiserzeit – von dem ziemlich kostspieligen Reskriptenverfahren, von den für die niedrigeren Beamten zu bezahlenden *sportulae* sowie von dem unten zu erwähnenden Zuschlag von 10 % (der auch zugunsten des Fiskus aufgelegt werden konnte) abgesehen¹³³ – grundsätzlich kostenlos.¹³⁴ Dieser Grundsatz galt so sehr, dass Kaiser Konstantin der Große die Einhebung von Gebühren für

¹³⁰ Ulp. D. 6.1.68 (itp.): „Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur...“

¹³¹ KASER/HACKL, 546 f.

¹³² Ebd. 547.

¹³³ Anders KUNKEL/SCHERMAIER 2005, 187: „Doch war der Rechtsgang wegen der Sporteln und Anwaltshonorare kostspielig; einen Appellationsprozeß ... konnten sich gewiß nur sehr wohlhabende Leute leisten.“

¹³⁴ Siehe dazu WENGER 1925, 324 f., mit der Darstellung der Entwicklung vom alten Satz „omnia fiunt sumptibus petentis“ zum auch heute maßgebenden Prinzip „victus fert expensas“.