



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Doel en effectiviteit van civielrechtelijke sancties in het Romeinse recht

Lokin, J.H.A.

Citation

Lokin, J. H. A. (2003). Doel en effectiviteit van civielrechtelijke sancties in het Romeinse recht. *Bw-Krant Jaarboek, 19*, 21-35. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36781>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36781>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Doel en effectiviteit van civielrechtelijke sancties in het Romeinse recht

*J.H.A. Lokin**

1. INLEIDING

Was de oudste civielrechtelijke sanctie in het Romeinse recht effectief? Ik zou denken van wel, zó effectief dat zij naar modernrechtelijke maatstaven haar doel ver voorbijschoot. Want in de eerste eeuwen van Rome's bestaan, toen de stad nog werd geregeerd door koningen, was de sanctie van een verloren procedure niet meer of minder dan het verlies van de civiele status; men werd van rechtssubject gereduceerd tot rechtsobject, hetgeen betekende dat de veroordeelde door zijn schuldeiser als slaaf werd verkocht. De moderne jurist vraagt zich wellicht af: maar is dit wel een civielrechtelijke sanctie? Ligt deze maatregel niet meer in de sfeer van het strafrecht? Het antwoord is gelegen in de andere betekenis die het woord civiel recht in die tijd had. Civiel recht, *ius civile*, is al het recht van de burgers van een stad, dus ook veel van wat wij nu strafrecht noemen.

'Het recht dat ieder volk voor zichzelf heeft vastgesteld, is zijn eigen recht; het wordt *ius civile* genoemd, omdat het het eigen recht van de gemeenschap van burgers, *civitas*, is. Daarentegen wordt het recht dat de natuurlijke rede tussen alle mensen tot stand heeft gebracht bij alle volken op gelijke wijze geëerbiedigd; dit recht wordt *ius gentium* genoemd, omdat alle volken, *gentes*, het toepassen. Dus past het Romeinse volk deels een eigen, deels een aan alle mensen gemeenschappelijk recht toe. De aard van deze beide rechtsmassa's zullen wij op de daartoe geëigende plaatsen aangeven.'¹

* Prof. mr. J.H.A. Lokin is hoogleraar rechtsgeschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Gaius 1,1: 'quod quisque populus ipsi sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. quae singula qualia sint, suis locis proponemus.'

Elke stad had zo zijn eigen civiel recht, Atheens, Marseillaans, Berytjns burgerlijk recht. Stond er geen stad vermeld bij de woorden burgerlijk recht, dan werd het recht van de Romeinse burgers bedoeld.

‘Nu wordt het *ius civile* naar iedere staat afzonderlijk aangeduid, bijv. dat van Athene; want wanneer iemand de wetten van Solon of Draco als *ius civile* van Athene wil aanduiden, zal hij geen ongelijk hebben. Zo noemen wij nu ook het recht dat het Romeinse volk toepast het *ius civile* van de Romeinen; of ‘Quiritisch recht’, dat de Quiriten toepassen: de Romeinen worden naar Quirinus immers ‘Quiriten’ genoemd. Maar wanneer wij niet specificeren om het recht van welke staat het gaat, bedoelen wij daarmee steeds óns recht; precies zoals wanneer wij zonder naamstoevoeging spreken van ‘de dichter’, bij de Grieken de roemrijke Homerus en bij ons Vergilius bedoeld wordt.’²

Het civiele recht werd gebezigd in tegenstelling tot het *ius gentium* dat aan alle volkeren gemeen was en maakte samen met het *ius naturale* deel uit van het privaatrecht.

‘De studie daarvan strekt zich over twee hoofdthema’s uit: het publiekrecht en het privaatrecht. Publiekrecht richt zich op de inrichting van de Romeinse staat, privaatrecht heeft betrekking op het belang van individuele personen. Welnu, wij dienen thans te spreken over het privaatrecht, dat driedelig is: het is namelijk samengesteld uit regels van *ius naturale*, van *ius gentium* en van *ius civile*.’³

In het vervolg zullen wij de uitdrukking civiel recht bezigen in de brede, modernrechtelijke zin van privaatrecht. Daaronder vielen natuurlijk ook de regels van het procesrecht en van wat wij nu noemen het executierecht.

2. Inst. 1,2,2: ‘Sed ius quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniense: nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare ius civile Atheniense, non erraverit. sic enim et ius, quo populus Romanus utitur, ius civile Romanorum appellamus: vel ius Quiritium, quo Quirites utuntur: Romani enim a Quirino Quirites appellantur. sed quotiens non addimus, cuius sit civitatis, nostrum ius significamus: sicuti cum poetam dicimus nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus, apud nos Vergilius.’
3. Inst. 1,2,4: ‘Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de iure privato, quod est tripartitum: collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.’

2. SANCTIES IN DE PROCEDURE *PER LEGIS ACTIONES*

In de oudste tijd procedeerde men door middel van wettelijke acties, *legis actiones*, dat zijn acties waarvan de bewoordingen steunen op door het Romeinse volk aangenomen wetten en die onveranderlijk in acht werden genomen als waren zij de wetten zelf.⁴ De bewoordingen waren verschillend naarmate de actie tegen een zaak dan wel tegen een persoon was gericht en ook de sancties verschilden. Daaruit blijkt weer eens de fundamentele en tot op de dag van vandaag doorwerkende onderscheiding die de Romeinen hebben gemaakt in personen en zaken. Gaius begint zijn commentaar dan ook met te stellen dat *alle* recht dat wij toepassen betrekking heeft op personen of zaken of acties.

‘Al het recht dat wij toepassen heeft betrekking op personen, op zaken of op middelen om zijn recht te handhaven.’⁵

Zonder te vallen in de technische beschrijving van de wettelijke acties kan men de sancties ervan in één zin samenvatten: bij de acties gericht tegen een zaak kreeg men de zaak, bij de acties gericht tegen een persoon kreeg men de persoon. Zo eenvoudig was het eigenlijk, maar deze simpele constatering geeft aanleiding tot enkele minder simpele overwegingen. Eeuwenlang zijn wij gewend aan de gedachte dat het uiteindelijke doel van civielrechtelijke sancties is gelegen in herstel van de vermogenspositie in de toestand die er zou zijn geweest indien geen inbreuk op die positie was gemaakt. De sancties in de tijd van de wettelijke acties laten zien dat het in die tijden in diepste zin om iets anders ging, met name bij de acties die gericht waren tegen een persoon. De wanprestatie betekende niet zozeer een ‘tekortkoming in de nakoming’ zoals het moderne recht het formuleert, maar een vertrouwensbreuk van de wanpresterende persoon. De crediteur was in zijn ‘persoon’ aangetast en mocht zich als het ware ‘wreken’ op de persoon van de debiteur. Het was dus niet zozeer vermogensrechtelijke genoegdoening als wel eerherstel waar het om ging. De wan-

4. Gaius 4,11: ‘Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.’
5. Gaius 1,8: ‘Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.’

prestatie, zo opgevat, toont in dit opzicht verwantschap met de onrechtmatige daad. Ook aan de onrechtmatige daad ligt oorspronkelijk dezelfde gedachte ten grondslag. Werd iets toegebracht aan een vrij persoon, dan bestond de sanctie oorspronkelijk in een adequate leedtoebrenging aan de dader krachtens het *talio* beginsel, dat oudtestamentisch verwoord is in de uitdrukking: oog om oog, tand om tand. Nog feller reageerde men in geval van diefstal, waarbij de dief op heterdaad werd betrapt, *furtum manifestum*. In dat geval was het volgens de Wet van de Twaalf Tafelen (450 voor Chr.) geoorloofd de dief te doden, als hij althans 's nachts werd betrapt of als hij zich 's nachts of overdag met een wapen verdedigde, *telo se defendens*. Wel moesten onmiddellijk de bureu geroepen worden om de rechtmatigheid van de doodslag vast te stellen. Ook hier gaat het dus in eerste instantie om het 'wreken' van een persoonlijke belediging en niet om herstel van de oude (vermogensrechtelijke) toestand. Het is dan ook niet verwonderlijk dat civiel recht met zijn *delicta* en strafrecht met zijn *crimina* niet scherp van elkaar waren onderscheiden. Alleen in het geval de actie gericht was tegen een zaak, kan men volhouden dat deze *actio in rem* uitliep op de verkrijging van de zaak. Dat gebeurde zoals Kaser zegt door de 'formlose Zugriff auf die Sache'.⁶ In deze gevallen bestond er immers geen 'rechtsketting' – zo definieerden de Romeinen de verbintenis⁷ – tussen twee personen en daarom hoefde de persoon van de eiser niet 'gewroken' te worden; hij was immers niet 'beledigd'.

In deze primitieve en overzichtelijke ordening van sancties kwam al heel spoedig verandering. Zij is in de Wet van de Twaalf Tafelen al bespeurbaar. Nog in die wet werd in geval van delictsacties⁸ de mogelijkheid geboden de 'weerwraak' af te kopen.

'De boete voor onrechtmatige aantasting van de persoon bestond krachtens de Wet der Twaalf Tafelen bij blijvende beschadiging van een der ledematen in de wedervergelding. Voor een gebroken of gekneusd bot bedroeg de boete echter 300 *asses*, als de gewonde

6. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, 1966, p. 94.

7. Inst. 3,13 pr.: 'Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. Vert.: Een verbintenis is een band van het recht waardoor wij dwingend gebonden worden om de een of andere prestatie te verrichten volgens de rechtsregels van onze staat.'

8. Zie voor een beknopt overzicht van de delictuele sancties het boekje van R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding*, 3e druk bewerkt door L.C. Winkel, Deventer: Kluwer 2002.

een vrij persoon was; als het een slaaf was, 150 asses. Voor alle andere gevallen van onrechtmatige aantasting van de persoon was een boete van 25 asses vastgesteld. Gezien de geringe welvaart in die tijden zijn deze geldboetes waarschijnlijk zwaar genoeg geweest.⁹

Zoals de tekst zegt, was de afkoopsom gefixeerd op een vast bedrag, maar door de inflatie stond het wettelijk vastgestelde bedrag op den duur in geen enkele verhouding meer tot het onrecht dat was geschied. Beroemd is het verhaal van Lucius Veratius, die iedereen die hem niet aanstond een klap in het gezicht gaf en dadelijk de vastgestelde boete uitbetaalde.

‘Lucius Veratius schepte er genoegen in met de palm van zijn hand het gelaat van een vrij man te slaan. Hij werd gevolgd door een slaaf, die een geldbuidel vol geldstukken droeg. Zodra hij iemand een klap had gegeven, gaf hij deze slaaf bevel dadelijk, volgens de wet van de twaalf tafelen, 25 asses uit te tellen. Daarom hebben de praetoren het later juist geacht deze wet af te schaffen en terzijde te stellen en hebben zij verordend dat er rechters moesten worden aangesteld om elke belediging op een geldbedrag te schatten.’¹⁰

Kortom, het voorbeeld van een ineffectieve sanctie.

In geval van de contractsacties bracht onder andere een *lex Poetelia* (313 voor Chr.) verzachting van de personele executie en de praetor *Rutilius* een alternatief in de vorm van vermogensexecutie. Deze laatste executie had als kenmerk dat de veroordeelde debiteur uit zijn gehele vermogen werd gezet; hij ging als het ware failliet. In deze inbeslagname van het hele vermogen, *missio in bona*, kan men nog een band met de personele executie ontwaren. De juridische omschrijving van een persoon is immers niets anders dan een op zichzelf staand vermogen, anders gezegd een geheel van rechten en plichten dat wij vermogen noemen. Richt de executie zich met andere woorden tot het gehele vermogen, dan richt zij zich tot de juridische persoon.

9. Gaius 3,223: ‘Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlissum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si servo, CL: propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta. Et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniariae poenae.’
10. Aulus Gellius 20, 1,13: ‘L. Veratius pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenum assium, ut quemque depalmaverat numerari statim secundum XII tabulas quinque et viginti asses iubebat. Propterea praetores postea hanc legem abolere et relinquere censuerunt iniuriisque aestimandis recuperatores se daturos edixerunt.’

Het komt mij voor dat de dreiging van algeheel vermogensverlies voldoende effectief moet zijn geweest en dat over het algemeen die debiteuren het zover lieten komen die ook daadwerkelijk niet in staat waren hun schulden te betalen. Daar kwam nog een andere dreiging bij die eveneens effect sorteerde. De insolvente debiteur wiens vermogen werd geëxecuteerd, werd door die executie eerloos, *famosus*. Deze *infamia* had verschillende nadelige gevolgen; zo mocht de *famosus* geen publieke ambten vervullen, niet als getuige optreden in een proces of een aanklacht indienen in geval van klachtsdelicten etc.¹¹ De sancties van een civielrechtelijke veroordeling bestonden kortom uit enerzijds privaatrechtelijke genoegdoening, anderzijds uit publiekrechtelijke eerloosheid.

Na de inbeslagname werd het vermogen door de (grootste) crediteur en masse verkocht aan de meest biedende speculant, meestal degene die het hoogste percentage van de schulden wilde betalen. Hij volgde de debiteur op onder algemene titel; hoewel zijn positie naar civiel recht een bijzondere bleef. Ik zal de technische aspecten van de verdere afwikkeling hier achterwege laten en mij beperken tot het opgegeven thema: doel en effectiviteit van de civielrechtelijke sancties. Deze sancties zijn onderscheiden van aard.

3. SANCTIES IN DE PROCEDURE *PER FORMULAM*

Na het in onbruik raken van de personele executie en na de vervanging van de procedure der wettelijke actie door die *per formulam* bestonden de sancties in de eerste plaats uit financiële genoegdoening aan de crediteur. Ook bij de contractsacties moet de oorsprong van de ontwikkeling naar een geldelijke veroordeling gezocht worden in de mogelijkheid de gedwongen slavernij af te kopen. Het vermogensverlies is dus oorspronkelijk een soort zoengeld en niet zozeer een exacte vergoeding van de schade. De geldelijke veroordeling is dus in de kern *poenaal* van aard. De schuldeiser ziet af van het toebrengen van leed aan de schuldenaar of van diens verkoop als slaaf en verzoent zich met hem door het aannemen van een geldsom. Die geldsom was

11. Een *lex Iulia* van Caesar of van Augustus gaf de insolvente debiteur overigens de mogelijkheid aan deze eerloosheid te ontsnappen door vrijwillig afstand te doen van zijn vermogen ten behoeve van de crediteuren, *cessio bonorum*. Deze mogelijkheid had hij alleen wanneer de insolventie hem niet kon worden verweten. M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München: Beck 1966, p. 316.

aanvankelijk gefixeerd, maar werd, zoals uit de aangehaalde tekst over Lucius Veratius bleek, op den duur van geval tot geval vastgesteld. Aan elk vonnis ging dus een gerechtelijke waardering van de eis, *litis aestimatio*, vooraf. De geldelijke schatting van geval tot geval had een belangrijk gevolg, dat de aard van de sanctie beslissend wijzigde en haar van *poenaal* tot *reipersecutoir* maakte. Want wat was de grondslag van de geldelijke waardering? Dat was de schade die de benadeelde had geleden. Die schade kon op verschillende wijze worden berekend. Soms was zij ‘zoveel als de prestatie waard is’, *quanti ea res est*; daaronder verstond men meestal de vervangingswaarde, dat wil zeggen de som waarvoor men een soortgelijke prestatie of een soortgelijke zaak zou kunnen kopen:

‘Deze woorden ‘zoveel als die zaak waard blijkt te zijn’ hebben geen betrekking op het belang, maar op de geschatte waarde van de zaak.’¹²

Dikwijls legde men een ruimere maatstaf aan en vergoedde men al het belang dat de schuldeiser bij de nakoming van de verbintenis had, *id quod interest*. Daaronder verstond men niet alleen het geleden verlies, *damnum emergens*, maar ook de gederfde winst, *lucrum cessans*. De precieze berekening van de schade hoeft ons hier niet verder bezig te houden; het feit dat het individueel geleden nadeel als grondslag diende van de ‘verzoening’ tussen schuldenaar en schuldeiser is van belang. Voortaan was het eerste en voornaamste doel van de civielrechtelijke sancties de vergoeding van de schade. Dat ging zo ver dat ook de acties *in rem* die tegen een zaak waren gericht uitliepen op een geldelijke veroordeling. Daarbij werd dan het belang dat de eiser had bij het genot van het zakelijk recht – de eigendom van de zaak, de uitoefening van de erfdienstbaarheid, de controle over de nalatenschap etc. – van te voren in geld gewaardeerd. En hoezeer de gedaagde ook werd aangespoord en in de gelegenheid werd gesteld de zaken die hij

12. D. 50,16,193: ‘Haec verba ‘quanti eam rem paret esse’ non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur.’

onder zich had vrijwillig aan de eiser af te geven,¹³ liet hij zich eenmaal veroordelen, dan werd hij veroordeeld tot het betalen van een geldsom, waarin de schade financieel was uitgedrukt. Het resultaat was dat *alle* acties, de contractsacties, de delictsacties en de zakelijke acties leidden tot een geldelijke veroordeling, hetgeen tot uitdrukking werd gebracht in de zinspreuk: *omnia iudicia pecuniaria sunt*. Gevolg was dat reële executie niet mogelijk was. En niet alleen kon *nakoming* niet worden afgedwongen, ook de *ontbinding* van een overeenkomst lieten de regels van de geldelijke veroordeling niet toe; ontbinding is er immers evenmin in de eerste plaats op gericht om de eiser financieel schadeloos te stellen. Toch kent het Romeinse recht een actie die met enige goede wil als een ontbindingsactie kan worden aangemerkt en wel de *actio redhibitoria*, die werd ingesteld in geval van verborgen gebreken. Zij was niet alleen om die reden een bijzondere actie, zij kende een korte termijn waarbinnen zij moest worden ingesteld en was bovendien niet opgenomen in het edict van de *praetor* maar in dat van een andere magistraat, de *aedilis curulis*. Onder zijn toezicht viel de beesten- en slavenmarkt en daar ontwikkelde zich de *actio redhibitoria* ten behoeve van de koper die een zaak – waartoe ook de slaaf werd gerekend – had gekocht met een verborgen gebrek. De koper had in dat geval de keuze uit twee acties. Hij kon de waardedaling ten gevolge van het gebrek verdisconteren en dus vermindering van de koopprijs vragen met de *actio quanti minoris*. Modernrechtelijk zou men deze prijsvermindering kunnen interpreteren als een rechterlijke matiging. Hij kon ook, onder aanbieding van teruggave van de zaak¹⁴

13. Technisch geschiedde dit door een zogenaamde restitutieclausule: 'si paret – rem de qua agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur ...,' vertaling: 'indien blijkt dat de zaak waarover het gaat volgens Romeins recht eigendom is van de eiser en die zaak naar het oordeel van de rechter niet aan eiser is gegeven, dan ...' Wilde de gedaagde aan de restitutie voldoen en was de zaak in waarde verminderd, dan moest hij 'bijpassen' zoals uit een schrijnend voorbeeld blijkt: D. 6,1,3: 'Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur quanto deterior sit factus.' Vertaling: 'De rechter zal er niet alleen op moeten toezien dat de zaak wordt teruggegeven, maar zal ook rekening moeten houden met de slechtere staat, waarin de zaak mocht zijn geraakt. Want stel eens dat een slaaf gerestitueerd wordt die verzwakt is of gegeseld of gewond: dan zal de rechter in ieder geval rekening houden met de mate waarin hij is verslechterd.'
14. Of van wat er van de zaak over was, indien het dier bijvoorbeeld was gestorven, bijvoorbeeld de huid en de hoorns.

de prestatie terugvragen. Hij vroeg dan de koopprijs terug. Ook hier volgde dan een veroordeling tot betaling van een geldsom (de koopprijs) maar in feite kwam zij toch neer op de ontbinding van de koopovereenkomst en herstel in de oude toestand.¹⁵

4. EEN BESTUURLIJKE SANCTIE

In enkele speciale gevallen kwam herstel in de oude toestand, *in integrum restitutio*, wel vaker voor. Het kenmerkende is daarbij dat het niet werd afgedwongen door een rechterlijk vonnis – dat bestond immers steeds uit een geldelijke veroordeling – maar na aanvraag werd verleend door de *praetor*. Restitutie viel dus buiten het eigenlijke procesrecht omdat de verlening afhing van het oordeel van een magistraat die behoorde tot de uitvoerende macht. Herstel in de oude toestand is dus meer een bestuurlijke dan een rechterlijke maatregel. De praetor verleende *in integrum restitutio* alleen wanneer de ‘gewone’ rechtsmiddelen niet voorhanden waren. Hij had dus een grote beleidsvrijheid en weigerde bijvoorbeeld herstel in de oude toestand indien dit herstel meer schade zou toebrengen dan was geleden of wanneer de schade door eigen schuld van de vrager was ontstaan of niet het gevolg was van de bijzondere toestand van de aanvrager maar in ieder geval zou zijn ontstaan. De meest voorkomende reden was de minderjarigheid ten gevolge waarvan de aanvrager nadeel had ondervonden. Ulpianus somt verschillende redenen op en gaat daarbij in het bijzonder op de hulp aan minderjarigen in.

‘Het nut van deze titel behoeft geen betoog, want deze spreekt voor zichzelf. Op grond van deze titel immers komt de praetor in vele gevallen mensen te hulp die een vergissing gemaakt hebben of om de tuin zijn geleid, mogen zij ook het slachtoffer geworden zijn van bedreiging of doortraptheid, van hun leeftijd of hun afwezigheid.’¹⁶

De conclusie is duidelijk. Wilde men iets anders dan een veroordeling tot een geldsom, dan moest men in de tijd van de formulaprocedure zijn toevlucht niet nemen tot de ‘normale’ procesgang, *iudicium*

15. Lenel construeert in de formula van de *actio redhibitoria* uitdrukkelijk een *condemnatio pecuniaria*: O. Lenel, *Das edictum perpetuum*, 2. Neudruck der 3. Auflage, Leipzig 1927, Aalen 1974, p. 555 e.v.
16. D. 4,1,1: ‘Utilitas huius tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit, nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderunt in captionem.’

ordinarium, maar zich wenden tot de *praetor*. Hij kon op grond van de hem toekomende macht, *imperium*, maatregelen nemen die effectief waren toegesneden op het concrete geval. En zoals hij herstel in de oude toestand kon bevelen, zo kon hij ook het bezit toewijzen in de bezitsprocedure door middel van interdicten, ja kon hij zelfs de reguliere rechtsgang blokkeren door te weigeren aan de eisende partij een actie toe te staan, *denegatio actionis*. In geval van instortingsgevaar kon hij aan de buurman wiens huis bedreigd werd, het bezit verschaffen van de belendende bouwval, bij dreigende schade ten gevolge van bouwwerkzaamheden kon hij de stopzetting van de bouw bevelen. De *praetor* greep kortom actief in in het rechtsleven en schiep letterlijk eigenmachtig maatregelen, rechtsmiddelen en sancties die even doeltreffend als flexibel waren. Geen wonder dat in het Duitsland van de 19e eeuw serieuze stemmen opgegaan zijn om in plaats van een codificatie een magistraat als de *praetor* in het leven te roepen.¹⁷

5. POENALE SANCTIES

Keren wij terug naar de reguliere wijze van procederen, die steeds eindigde met ofwel vrijspraak ofwel een geldelijke veroordeling, *condemnatio pecuniaria*. Wij hebben gezien dat dit financiële aspect zijn oorsprong vond in een soort van afkoopregeling, een zoengeld ter compensatie van de door de wanprestatie ontstane vertrouwensbreuk of van het door de onrechtmatige daad toegebrachte leed. Zijn er sporen van deze oorsprong in de klassieke tijd overgebleven? Die zouden we dan moeten zoeken in veroordelingen tot een geldsbedrag dat de vergoeding van 'het belang' te boven gaat, kortom in de veroordeling tot een geldboete, *poena*, die aan de eiser toekomt. Zijn er, om het modern en dus in het Engels te zeggen, sporen van *punitive damages*? Die zijn er inderdaad; zij zijn, zoals te verwachten valt, vooral terug te vinden bij de veroordelingen in delictsacties. Zo was de actie uit diefstal, *actio furti*, een zuiver poenale actie, die de eiser,

17. E. Schrader, *Die Prätörischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen, ein Hauptmittel unser Recht almählich gut und volksmässig zu bilden*, Weimar 1815. Zie ook: S.J. Fockema Andreae: *Moderne Praetuur. Beschouwingen over het jongste verleden en de naaste toekomst van wetstoepassing en rechtsvorming*, Haarlem, 1907.

meestal de eigenaar van de gestolen zaak, een geldboete opleverde. Kenmerkend is daarbij dat de hoogte van die boete werd bepaald door de materiële schade die de gelaedeerde had geleden: zij vormde de grondslag van de berekening. In geval van diefstal kon die werkelijk geleden schade door een afzonderlijke actie worden opgeëist. De poenale *actio furti* bestond dan uit het tweevoudige, of soms, in geval van heterdaad, het viervoudige van de schade. Elke delictsactie kende zo een eigen wijze van berekening van de boete. In geval van zaaksbeschadiging, waaronder de aan slaven toegebrachte letselschade viel, bepaalde de *lex Aquilia* dat in geval van doodslag de hoogste waarde van de zaak/slaaf van het laatste jaar moest worden berekend, in geval van kwetsing die van de laatste dertig dagen. In geval van belediging en kwetsing van een vrij persoon, *injuria*, die de Wet van de Twaalf Tafelen nog vergold met weerwraak, *talio*, of in geval van ernstige smaad zelfs met terdoodbrenging, werd een geldbedrag uitgekeerd dat een optelsom was van schadeloosstelling en boete. Dat bedrag werd in elk concreet geval door de eiser geschat en daarna door de rechter vastgesteld. Met allerlei factoren werd daarbij rekening gehouden.

‘Tegenwoordig passen wij echter andere rechtsregels toe. De praetor stelt ons namelijk in de gelegenheid om zelf de onrechtmatige aantasting van onze persoon te taxeren, en de rechter veroordeelt tot het bedrag van onze schatting of tot minder, al naar gelang hem goeddunkt. Grove aantasting van de persoon pleegt de praetor echter zelf te taxeren, tegelijk met de vaststelling van de grootte van het geldbedrag waarmee de gedaagde garantie moet geven dat hij opnieuw voor hem zal verschijnen. Daarom beperken wij onze eis in de *formula* dan tot hetzelfde bedrag. En hoewel de rechter best tot minder zou kunnen veroordelen, waagt hij het wegens het prestige van die praetor meestal niet om in zijn vonnis lager te gaan.

Als ernstig wordt de aantasting getaxeerd, hetzij op grond van de handeling – iemand is door een ander verwond, geseseld of met een knuppel geslagen –, hetzij op grond van de plaats – iemand is in het theater of op de markt onrechtmatig in zijn persoon aangetast –, hetzij op grond van de persoon – een ambtsdrager is het slachtoffer

van zo'n aantasting geweest of een persoon van nederige stand heeft een senator zo iets aangedaan –.¹⁸

Kon de eiser in zijn schatting ook de immateriële schade verdisconteren? Was het met andere woorden mogelijk smartengeld te eisen, zoals dat tegenwoordig gebeurt? De Romeinen waren duidelijk in hun afwijzing. Zij grondden die afwijzing op de opvatting dat het lichaam van een vrij man geen waardering op geld verdraagt. Daaruit volgde dat littekens en verminking niet in de schadeberekening werden opgenomen, laat staan de smart, *dolor*, die het gevolg ervan was.

'Wanneer het lichaam van een vrij man ten gevolge van het feit dat er iets naar beneden geworpen of gegoten is, letsel opgelopen heeft, telt de rechter de honoraria mee die aan artsen zijn betaald en alle andere kosten die voor de genezing gemaakt zijn en bovendien de gederfde of nog te derven inkomsten uit arbeid ten gevolge van het feit, dat de getroffene arbeidsongeschikt geworden is. Maar littekens of verminkingen worden niet op geld gewaardeerd, aangezien het lichaam van een vrij man niet op geld waardeerbaar is.'¹⁹

Wel konden de dokterskosten en het gederfde loon worden opgeëist, maar enkel omdat deze werden gerekend tot de materiële schade-posten. Immateriële schade werd opgevat als een gunst, een troost en behoorde als zodanig niet tot de vereffenende maar tot de toedelende

18. Gaius 3,224: 'Sed nunc alio iure utimur: permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout illi visum fuerit; sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex, qui possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.'
- 3,225: 'Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, velut si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusque caesus fuerit; vel ex loco, velut si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit; vel ex persona, velut si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatoribus ab humili persona facta sit iniuria.'
19. D. 9,3,6: 'Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.'

rechtvaardigheid.²⁰ Daarom was de vraag over de toekenning ervan geen onderwerp van een contentieuze rechtsstrijd. Bij de strenge afwijzing van smartengeld dient men wel te bedenken dat de gelaedeerde recht had op de geldboete die in de poenale *condemnatio* was vervat. Deze de schadevergoeding overstijgende boete gaf de eiser een (geldelijke) genoegdoening die met die van smartengeld is te vergelijken. Wellicht zijn de Romeinen ook om die reden huiverig geweest voor het afzonderlijk toekennen van vergoeding van geleden pijn en smart.

Boete als extra genoegdoening voor de eiser kwam ook voor indien de gedaagde zich naar later bleek ten onrechte tegen de actie uit het veroordelend vonnis, *actio iudicati*, had verzet. Voordat de *praetor* namelijk verlot tot executie verleende, moest eerst nog een tweede maal worden geprocedeerd op grond van de veroordeling. Hoger beroep bestond niet in het formulaproces en in de tweede procedure zal de gedaagde slechts verweer hebben gevoerd als hij zeker was van zijn zaak. Was hij dat niet, dan liep deze procedure uit op een tweede veroordeling, die verplichtte tot het betalen van het dubbele bedrag. Na deze tweede veroordeling volgde dan de al besproken executie in de vorm van beslaglegging op het gehele vermogen van de veroordeelde, *missio in bona*.

6. SLOTSOM

In de eeuwenlange geschiedenis van het Romeinse recht hebben zich allerlei civielrechtelijke sancties ontwikkeld waarvan wij de meeste nog kennen en ook toepassen. Sommige kennen wij niet of niet meer. Personele executie is bij ons nooit voorgekomen, eerloosheid is iets van vóór de nationale codificaties. Reële executie kwam in de oudste procesvorm door middel van *legis actiones* voor: de winnende eiser in een *actio in rem* kreeg de zaak, die in een *actio in personam* maakte zich meester van de persoon.

20. Pas veel later, in het Rooms Hollands recht, werd smartengeld erkend, maar enkel in het geval waarin de gelaedeerde erom verzocht. Zie over de geschiedenis van het smartengeld J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen, F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht*, Leiden: KLA 1999, p. 187 e.v. en J.H.A. Lokin, 'Terug naar af', in: *De beleedigde molmvaarder*. Bundel bij het tiende symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten, LSA, 1999, p. 37-42.

In de klassieke procedure *per formulam* was reële executie niet langer mogelijk. Men kon geen nakoming afdwingen, maar kreeg in alle gevallen een geldsom: *omnia iudicia pecuniaria sunt*. Die geldsom kon een vergoeding zijn van de geleden schade, zij kon ook als boete aan de eiser worden toegewezen. Dat laatste kwam met name voor bij de delictsacties: de actie uit diefstal, *actio furti*, was een zuiver poenale actie. Soms was de actie 'gemengd', *actio mixta*, bijvoorbeeld bij de actie uit zaaksbeschadiging, *actio ex lege Aquilia*. Dat betekende dat zij uitliep op zowel schadevergoeding als een boete. De eiser kreeg in zo'n geval 'punitive damages'. Omdat alle delictsacties dit 'poenale' element in zich borgen, had men minder behoefte aan de afzonderlijke toekenning van smartengeld. Voor de afwijzing daarvan had men ook een principiële reden: het lichaam van een vrij man is niet op geld te waarderen. Daaruit concludeerde men dat vergoeding van smart een vertroosting was en dus een gunst en geen vergoeding van schade.

Twee acties hebben een speciale status; zij doen zich voor bij verborgen gebreken van een gekochte zaak. Deed zich zo'n verborgen gebrek voor, dan kon de koper matiging verkrijgen met de *actio quanti minoris*, of ontbinding met de *actio redhibitoria*.

Ontbinding in de zin van herstel in de oude toestand, *restitutio in integrum*, kwam wel vaker voor, maar werd niet door de rechter maar door de *praetor* afgedwongen. Het was dus een bestuurlijke sanctie die in een brede scala van gevallen werd toegepast. Aan de *praetor* was een grote beleidsruimte gelaten, die steunde op de macht, *imperium*, die hij als politiek magistraat had.

Wonderlijk blijft de ontzetting uit het gehele vermogen, *missio in bona*, waarop elke executie tenslotte uitliep. Zij is een herinnering aan de personele executie, waarbij de civielrechtelijke status van een persoon is vervangen door zijn vermogen. Gedurende de tijd waarin de formulaprocedure gold (tot ± 300 na Chr.) heeft de *missio in bona* bestaan, maar in de late keizertijd, toen de procesvorm drastisch veranderde, is zij toch verdwenen. In de late keizertijd procedeerde men niet langer in twee fasen, voor de *praetor* en voor de lekenrechter, maar werd de zaak afgehandeld door een beroepsrechter, meestal de hoogste ambtenaar in een provincie of het hoofd van een keizerlijk ministerie. Rechtspraak behoorde tot de belangrijkste taken van de uitvoerende macht. In deze buitengewone procesvorm, *cognitio extraordinaria*, kan de teruggave van een zaak worden afgedwongen

met behulp van de ‘sterke arm’, *manu militari* en heeft beslagname van afzonderlijke goederen plaats. Dat laatste werd geconstrueerd als een krachtens een vonnis gedwongen pandneming, *pignus ex causa iudicati captum*. Executie van het gehele vermogen is dan uitzondering geworden en heeft alleen plaats wanneer alle schuldeisers van een insolvente schuldenaar dit verlangen. In de normale gevallen wordt een curator benoemd, die de vermogensonderdelen afzonderlijk te gelde maakt, *distractio bonorum*. We zijn dan dicht genaderd tot de wijze van afwikkeling die wij heden ten dage nog steeds kennen.