Universiteit
Leiden
The Netherlands

De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus : recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus

Daalder, E.S.

Citation
Daalder, E. S. (2018, October 23). *De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus : recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus*. *Meijers-reeks*. Boom Juridisch, Den Haag. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/66321

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/66321

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

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/66321 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Daalder, E.S.
Title: De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus : recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus
Issue Date: 2018-10-23

Bijzonder deel

1 D. 4,4,38 pr. en 1: het verzoek om restitutio in integrum van Rutiliana

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro primo decretorum. *Aemilius Larianus ab Ovinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat data parte pecuniae, ita ut, si intra duos menses ab emptione reliqui pretii partem dimidiam non solvisset, inemptus esset, item si intra alios duos menses reliquum pretium non numerasset, similiter esset inemptus. intra priores duos menses Lariano defuncto Rutiliana pupillaris aetatis successerat, cuius tutores in solutione cessaverunt. venditor denuntiationibus tutoribus saepe datis post annum eandem possessionem Claudio Telemacho vendiderat. pupilla in integrum restitui desiderabat: victa tam apud praetorem quam apud praefectum urbi provocaverat. putabam*	Paulus in het eerste boek van de 'Decreten'. Aemilius Larianus had van Ovinius de *fundus Rutilianus* gekocht onder een vervalbeding en hij had een deel van de koopprijs betaald met de afspraak dat als hij binnen twee maanden vanaf de verkoop de helft van de rest van de koopprijs niet zou betalen, het [landgoed] als niet gekocht zou worden beschouwd, en, als hij in de daaropvolgende twee maanden niet de rest van de koopprijs zou betalen, dat het [landgoed] dan ook als niet gekocht zou hebben te gelden. Larianus was binnen de eerste twee maanden overleden en opgevolgd door Rutiliana, die nog minderjarig was, wier voogden verzuimden de betaling te verrichten. De verkoper had hetzelfde landgoed na een jaar aan Claudius Telemachos verkocht, nadat hij de tutoren vele malen tot betaling had aangemaand. Het meisje verlangde in de oorspronkelijk toestand te worden hersteld. Nadat zij de procedure zowel

1 Zie over deze (veel becommentarieerde) tekst Sanfilippo, *Libri Tres*, 22-30, Wankerl, *Appello*, 95-110 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 363-381. Zie daarnaast ook: Cujas, *Opera Omnia*, deel 1, 1007-1008; F. Wieacker, *Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlijn: Springer 1932, 60; A. Burdese, 'Di un particolare caso di applicazione della 'restitutio in integrum'' in: V. Arangio-Ruiz & H. Niedermeyer (ed.), *Festschrift Fritz Schulz*, deel 1, Weimar: Hermann Böhlaus Nachfolger 1951, 81 nt. 1; F. Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts,* Keulen etc.: Böhlau 1973, 77-82; D. Liebs, 'Der Sieg der schönen Rutiliana. Lex commissoria displicebat' in: D. Medicus & H.H. Seiler (ed.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag,* München: C.H. Beck 1976, 373-389; B. Kupisch, 'Rutiliana pupilla – schön oder energisch? (Paul. D. 4,4,38 pr.)' *ZSS* 94 (1977), 249-266; Honoré, *Emperors*, 21-22; F. Musumeci, 'Ancora sulla 'in integrum restitutio' di Rutiliana' in: A. Belloni (ed.), *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per G. Broggini,* Milaan: Giuffré 2002, 245-261; D. Liebs, *Vor den Richtern Roms. Berühmte Prozesse der Antike*, München: Beck 2007, 149-158; M. Di Mario, '*Lex commissoria* e *restitutio in integrum* in Paul. 1 Decr. D. 4.4.38. PR' *TSDP* 7 (2014), 1-175; B.J. Choe, 'Zur Debatte um den Rutiliana-Fall (Paul. D. 4,4,38 pr.). Wie soll man einen Text lesen?' in: U. Manthe, S. Nishimura & M. Igimi, *Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka*, Berlijn: Duncker & Humblot 2016, 23-53.

bene iudicatum, quod pater eius, non ipsa contraxerat: imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denuntiando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur: non me moveri, quod dies postea transisset, non magis quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit in integrum restituendam. movit etiam illud imperatorem, quod priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronuntiati erant.	bij de *praetor* als ook bij de *praefectus urbi* had verloren, ging zij in appel. Ik meende dat zij terecht was afgewezen, aangezien haar vader en niet zij zelf het contract was aangegaan. De keizer was echter gevoelig voor het argument dat de betalingstermijn afliep in de periode dat het meisje onder voogdij stond en dat dit de reden was geweest, dat niet was voldaan aan het beding van de koopovereenkomst. Ik zei dat zij beter op deze grond kon worden hersteld, namelijk dat de verkoper door het aanmanen na de dag, waarop er moest worden betaald, en de koopprijs op te eisen zijn vervalbeding scheen te hebben prijsgegeven. Maar dat ik niet werd bewogen door het argument dat de termijn naderhand [d.w.z. na de dood van Larianus] was verstreken, net zoals wanneer een crediteur een pand had verkocht, nadat de termijn voor betaling was verlopen na de dood van debiteur. Omdat het vervalbeding hem toch niet beviel, deed hij uitspraak dat zij hersteld moest worden in de oude toestand. De keizer hechtte hierbij ook waarde aan het feit dat de eerdere voogden, die geen herstel hadden verlangd, suspect waren verklaard.

2 Feiten en prosopografie

2.1 Feiten

Aemilius Larianus had een landgoed, de *fundus Rutilianus* geheten, gekocht van Ovinius. In de koopovereenkomst was een zogeheten vervalbeding, een *lex commissoria*, opgenomen, dat partijen in de volgende vorm hadden gegoten. Bij het sluiten van de koopovereenkomst werd door Larianus aan Ovinius een deel (wellicht de helft?) van de koopprijs betaald, terwijl de ene helft van de resterende koopprijs moest worden voldaan na twee maanden en de andere helft binnen vier maanden na het sluiten van het koopcontract. Wanneer Larianus de resterende delen van de koopprijs niet binnen de twee gestelde termijnen zou voldoen, zou dit als gevolg hebben dat de *fundus* als niet gekocht zou worden beschouwd. Larianus overleed binnen de eerste twee maanden na het sluiten van de overeenkomst met achterlating van zijn minderjarige dochter Rutiliana als enige erfgename.[2] Zij werd onder

2 Dat Rutiliana de dochter van Larianus was, wordt bevestigd door Kupisch, 'Rutiliana pupilla', 248 en Liebs, 'Der Sieg', 374 en *idem, Vor den Richtern,* 149 en 152-153. Het belangrijkste argument voor deze aanname is dat zij als minderjarige door Larianus tot enige erfgename was benoemd en dat zij behoefte had aan voogden, waaruit kan worden afgeleid dat haar vader en *pater familias* was overleden en zij *sui iuris* was, zie Liebs, *Vor den Richtern*, 152-153.

het bewind van een aantal voogden geplaatst, die vervolgens verzuimden om de eerste deelbetaling van de resterende koopprijs aan Ovinius te voldoen.[3] De verkoper maande hierop de *tutores* meerdere malen aan tot betaling, maar zonder succes. Daarom besloot hij, na een jaar op zijn geld te hebben gewacht, gebruik te maken van zijn terugtredingsrecht op grond van de *lex commissoria* en de *fundus* te verkopen aan ene Claudius Telemachos.[4] Het meisje Rutiliana verzette zich hier echter tegen en eiste in rechte dat zij als minderjarige in de oude toestand werd hersteld (*restitutio in integrum*).

Het geval van Rutiliana, dat door Paulus in het eerste boek van zijn *Decreta* is opgenomen, behoort tot de meest becommentarieerde zaken uit hetzelfde werk. Juridisch gezien geeft de zaak ons meer informatie over wijze waarop de juristen en de keizers omgingen met het rechtsmiddel van *restitutio in integrum*, terwijl Paulus' beschrijving van het debat in het *consilium* zeer specifieke informatie geeft over het functioneren van de keizerlijke adviesraad en de verhouding tussen de keizer en zijn adviseurs, hetgeen de aandacht van vele verschillende auteurs heeft getrokken. Er is echter slechts beperkte aandacht geweest voor de prosopografische bijzonderheden van de zaak, ondanks het feit dat die ook van belang kunnen zijn voor een goed begrip van de tekst. Alvorens over te gaan tot de inhoudelijke behandeling van de zaak, zal daarom eerst enige aandacht worden besteed aan de achtergrond van de verschillende betrokken personen.

2.2 Prosopografie

De identificatie van de door Paulus genoemde personen is met onzekerheid omgeven. De naam Aemilius Larianus komt in het Latijnse epigrafische bronnenmateriaal niet voor, hetgeen kan worden verklaard door het feit dat Larianus geen veelgebruikt *cognomen* was. De naam 'Hilarianus' was dit echter wel. Als we ervan uit zouden gaan dat de erflater van D. 4,4,38 *pr.* niet Aemilius Larianus, maar Aemilius *Hi*larianus heette, kan hij wellicht verbonden worden met de volgende grafinscriptie uit Rome:

> *AE* 1993, 174: 'Aan de goden van de onderwereld. Cnaeus Aemilius Hilarianus en Rutilia Adaucta en Publius Rutilius Doretus en Valeria Adaucta en Petronius Catullinus hebben dit gekocht voor zichzelf en voor hun vrijgelaten slaven en slavinnen en hun nageslacht.'[5]

---

3 Anders Sanfilippo, *Libri Tres*, 22, die meent dat het woord *cessaverunt* ziet op een algehele staking van beheeractiviteiten door de tutoren. Alle andere auteurs gaan echter uit van een specifiek verzuim in de betaling van de koopprijs aan Ovinius, zie hierover nader Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 365 nt. 313.

4 Anders Kupisch, 'Rutiliana pupilla', 255 e.v., die meent dat de procedure bij het keizerlijk gerechtshof plaatsvond voor de verkoop aan Claudius Telemachus. Hiertegen Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 369 nt. 336. De tekst geeft m.i. geen aanknopingspunten voor de opvatting van Kupisch.

5 *D(is) M(anibus) / Cn(aeus) Aemilius Hilarianus / et Rutilia Adaucta et P(ublius) Rutilius / Doretus et Valeria Adaucta / et Petronius Catullinus / emerunt sibi et suis libertis / libertabusque posterisque / eorum*

De bovenstaande inscriptie wordt traditioneel gedateerd in de 2e eeuw n. Chr. en bevat niet alleen een vermelding van ene Aemilius Hilarianus maar ook van een (zijn?) vrouw genaamd Rutilia Adaucta. Het *cognomen* '*Adauctus/a*' komt vooral in de late oudheid voor,[6] hetgeen pleit voor een datering van de inscriptie in de laatste decennia van de 2e eeuw n. Chr. Zouden deze Aemilius Hilarianus en Rutilia Adaucta wellicht de ouders van de minderjarige Rutiliana kunnen zijn geweest? Het is mogelijk, maar enig ander aanvullend bewijs voor deze stelling ontbreekt.

Het is aantrekkelijk om aan te nemen dat de Ovinius uit de Paulustekst gelijk kan worden gesteld met C. Ovinius Tertullus, een senator van waarschijnlijk Afrikaanse afkomst, die tussen 198 en 202 stadhouder van Moesia Inferior was.[7] Dezelfde Ovinius Tertullus wordt ook op verschillende plaatsen in de Digesten genoemd als geadresseerde van een rescript van Septimius Severus en Caracalla:

> D. 38,17,1,3: 'Soms moet de wettelijke opvolging ook worden toegekend aan iemand die in slavernij is geboren, bijvoorbeeld wanneer hij geboren is nadat er vertraging is opgetreden bij de fideï-commissaire vrijlating van zijn moeder. En uiteraard wordt hij, als hij na de vrijlating van zijn moeder geboren is, maar tijdens haar tijd als slavin is verwekt, toegelaten tot haar wettelijke nalatenschap. Maar als hij door een krijgsgevangene is gebaard, nadat hij bij de vijand is verwekt, en terugkeert met zijn moeder, dan kan hij volgens een rescript van onze keizer en diens overleden vader aan Ovinius Tertullus op grond van dit senaatsbesluit worden toegelaten als ware hij een buitenechtelijk kind.'[8]

> D. 49,15,9: 'Als een zoon, die is geboren bij de vijand, volgens het recht op terugkeer is teruggekomen, heeft hij de rechten van een zoon. Er bestaat immers geen twijfel dat hij het recht van terugkeer heeft na het rescript van keizer Caracalla en diens overleden vader aan Ovinius Tertullus, de provinciegouverneur van Moesia Inferior.'[9]

Uit deze teksten blijkt dat Ovinius Tertullus in zijn capaciteit van *praeses provinciae* contact heeft gehad met Septimius Severus en Caracalla. Wellicht was dit één van de redenen waarom de zaak van D. 4,4,38 *pr.* door de keizer werd aangenomen en in derde aanleg (!) werd gehoord.

---

6 *AE* 1993, 174.

7 Waarover *PIR*2 O 191, Barbieri, *L'Albo*, nr. 391 en Alföldy, 'Senat', 149. Zie daarnaast nog A. Stein, *Die Legaten von Moesien*, Budapest: Magyar Nemzeti Múzeum 1940, 84 e.v. Een andere mogelijke kandidaat is L. Ovinius Rusticus Cornelianus, die waarschijnlijk net als Tertullus een succesvolle senatoriale loopbaan doorliep tijdens het bewind van Septimius Severus, zie over hem *PIR*2 O 190 en Barbieri, *L'Albo*, nr. 813

8 Ulpianus libro XII ad Sabinum. *Interdum et in servitute quaesito erit concedenda hereditas legitima, veluti si post moram fideicommissariae libertati matris suae factam natus sit. certe si post manumissionem matris fuerit natus, licet in servitute conceptus, ad legitimam eius hereditatem admittetur. sed et si apud hostes conceptus a captiva procreatus cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Ovinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti quasi vulgo quaesitus.*

9 Ulpianus libro quarto ad legem Iuliam et Papiam. *Apud hostes susceptus filius si postliminio redierit, filii iura habet: habere enim eum postliminium nulla dubitatio est post rescriptum imperatoris Antonini et divi patris eius ad Ovinium Tertullum praesidem provinciae Mysiae inferioris.* Zie daarnaast ook nog C. 8,50,1.

Er wordt door verschillende auteurs aangenomen dat de Claudius Telemachos uit de tekst kan worden gelijkgesteld met een gelijknamige rijke Griek uit de stad Xanthos.[10] De familie van Telemachos beschikte al enige generaties over het Romeinse burgerrecht, maar Telemachos werd als eerste van zijn geslacht door Septimius Severus tot de senaat verheven.[11]

De *fundus Rutilianus* waarop deze zaak betrekking heeft is wellicht het Romeinse landgoed waaruit het stadje Rutigliano in Apulië zich heeft ontwikkeld.[12] Het is echter ook goed mogelijk dat het landgoed dichter bij Rome gelegen was. Zo blijkt uit een inscriptie op een grenssteen, die gevonden is in het huidige Trigoria, dat zich ook in die regio een *fundus Rutilianus* bevond.[13] Hierdoor rijst uiteraard de vraag of er nog meer *fundi Rutiliani* in Italië bestonden. Op basis van de benaming van het landgoed, wordt meestal aangenomen dat de *fundus Rutilianus* aanvankelijk onderdeel uitmaakte van het familievermogen van de moeder van de eiseres Rutiliana. Het is echter onduidelijk hoe dit landgoed vervolgens in handen van Ovinius was gekomen. Het zou kunnen dat de broer of vader van de moeder van Rutiliana behoorde tot de groep personen die op bevel van Severus ter dood werd gebracht en dat de *fundus* door zijn *fiscus* was geconfisqueerd om vervolgens door Severus aan Ovinius (Tertullus?) te worden verkocht of wellicht zelfs geschonken.[14] In literaire bronnen wordt echter in de lijsten van slachtoffers van Severus geen melding gemaakt van een Rutilianus en het voorgaande is om deze reden niets meer dan speculatie.[15] Op dit punt is het interessant om te vermelden dat de Vulgaat op deze plaats een andere lezing van de tekst heeft dan de *Codex Florentinus*. In de Vulgaat wordt het landgoed waarover wordt geprocedeerd niet aangeduid als de *fundus Rutilianus*, maar als de *fundus Putheolanus*, oftewel het landgoed bij de stad Puteoli. Het is dus goed mogelijk dat de zaak van Rutiliana helemaal geen betrekking had op een landgoed dat behoorde of had behoord tot de familie van het meisje, maar simpelweg op één van de vele luxueuze *fundi* aan de baai van Napels.

---

10 Liebs, *Vor den Richtern,* 150. Zie daarnaast ook *PIR*² C 1037, *AE* 1981, 842 en Barbieri, *L'Albo*, nr. 175.

11 Liebs, *Vor den Richtern,* 150, *PIR*² C 1037 en *AE* 1981, 842-844.

12 Liebs, 'Der Sieg', 374 onder verwijzing naar *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane* (ed. E. De Ruggiero), s.v. *fundus*, 340.

13 *AE* 1967, 69: *Ex fun[do Noviano(?)] / per a[grum pur]um / fundi R[ut]iliani / et ante villa[m e] ius / usque ad v[iam] / quae pub[lica] / [e]sse dici[tur*]

14 Liebs, *Vor den Richtern,* 149.

15 Zie voor een overzicht van de op bevel van Severus vermoorde senatoren Alföldy, 'Senat', 154-155.

3 Juridisch kader

3.1 *Lex commissoria*

Het door Paulus in D. 4,4,38 *pr.* beschreven geval had betrekking op de uitoefening van een zogeheten *lex commissoria*, die in het Nederlands ook wel wordt aangeduid als een 'vervalbeding'.[16] Een dergelijk beding kende aan de verkoper het recht toe om de koop ongedaan te maken indien de koper de koopprijs of een restant hiervan niet of niet tijdig aan hem voldeed. Een voorbeeld van de standaardformulering van een dergelijk beding vinden we in D. 18,3,2: *'si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit'*. Een dergelijk beding werd regelmatig gemaakt wanneer partijen overeen waren gekomen dat de koopprijs in termijnen werd betaald, zoals ook het geval was in de zaak van Rutiliana.[17] Een *lex commissoria* werd bedongen ten bate van de verkoper, het was aan hem om te bepalen of hij bij wanbetaling door de koper de koop ongedaan wenste te maken.[18] Dit had als gevolg dat de rechtsgevolgen van een dergelijk beding ook niet automatisch bij het uitblijven van betaling in werking traden, maar dat de verkoper een beroep op het beding moest doen.[19] Op deze wijze werd voorkomen dat de koper van een voor hem ongunstige koopovereenkomst af kon komen door de koopprijs niet te betalen.[20] De verkoper mocht echter niet eindeloos wachten met het inroepen van het vervalbeding, maar moest onverwijld na het verlopen van de termijn voor betaling aan de koper kenbaar maken of hij gebruik wenste te maken van zijn terugtredingsrecht of niet.[21] Nadat de verkoper zijn keuze had gemaakt, kon hij hier niet meer op terugkomen.[22] Wanneer de verkoper na het aflopen van de termijn de koopprijs bij de koper opeiste of een deelbetaling aanvaardde, werd dit door de Romeinse juristen gezien als een prijsgeving van zijn terugtredingsrecht.[23] In de moderne literatuur wordt in het algemeen aangenomen dat een beroep op een *lex commissoria* de ontbinding van de koopovereenkomst als gevolg had (al was dit

16 Vgl. J.A. Ankum & A.S. Hartkamp, *Romeinsrechtelijk handwoordenboek,* Zwolle: Tjeenk Willink 1973, 19. Zie over dit beding Wieacker, *Lex commissoria,* De Zulueta, *Law of sale,* 57-68, Peters, *Rücktritssvorbehalte,* 50-82, Kaser, *Privatrecht*, 561-562 en Zimmermann, *Law of obligations*, 737-738.

17 Zimmermann, *Law of obligations,* 738 nt. 149 die naast een verwijzing naar D. 4,4,38 *pr.* ook D. 18,1,6,1 noemt, waarin er sprake is van een koopprijs die in drie jaarlijkse termijnen moest worden afbetaald.

18 D. 18,3,3. Zie daarnaast Kaser, *Privatrecht*, 561 en Zimmermann, *Law of obligations*, 738.

19 D. 18,3,2 en 3.

20 Zie bijvoorbeeld in die zin D. 18,3,2.

21 D. 18,3,4,2: *Eleganter Papinianus libro tertio responsorum scribit,* statim *atque commissa lex est statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit excercere an potius pretium petere, nec posse, si commissoriam elegit postae variare.* (mijn accentuering)

22 D. 18,3,4,2 en D. 18,3,7.

23 D. 18,3,7 (opeisen van de koopprijs) en D. 18,3,6,2 (aannemen van een deelbetaling).

natuurlijk ook afhankelijk van de wijze waarop het beding door partijen was geformuleerd)[24] en dat deze ontbinding goederenrechtelijke werking had.[25]

3.2 Goederenrechtelijke aspecten van D. 4,4,38 *pr.*

Hoewel in het algemeen dus wordt aangenomen dat een beroep op een *lex commissoria* goederenrechtelijke gevolgen had, wordt hieraan door Paulus in zijn beschrijving van de zaak vrijwel geen aandacht besteed. Dit heeft ervoor gezorgd dat in de literatuur over deze tekst ook weinig wordt ingegaan op de goederenrechtelijke aspecten van de zaak. Zo stelt Liebs dat 'Wenn uns Paulus über sie [*i.e.* die sachenrechtliche Lage] nicht unterrichtet, so braucht uns das also nicht zu beunruhigen; es hätte den Leser im Gegenteil nur abgelenkt.'[26] Het is echter voor een goed begrip van het geschil noodzakelijk om eerst enige aandacht aan de goederenrechtelijke kant van de zaak te besteden.

Voorop dient te worden gesteld dat het in D. 4,4,38 *pr.* gaat om een *fundus*, die hoogstwaarschijnlijk in Italië gelegen was. Dit betekent dat de koopovereenkomst betrekking had op een *res mancipi*, die in beginsel door middel van *mancipatio* diende te worden overgedragen. Het is onduidelijk of in deze zaak bij het sluiten van de overeenkomst een overdracht had plaatsgevonden tussen Ovinius en Larianus en zo ja, of deze middels *mancipatio* was geschied. De literatuur is op beide punten verdeeld, voor zover zij hier al enige aandacht aan besteedt. De meeste auteurs menen dat er in het geheel geen overdracht tussen Ovinius en Larianus had plaatsgevonden en dat Ovinius dus nog zowel bezitter als eigenaar van het landgoed was.[27] Het is echter de vraag of een koper als Larianus, die reeds een deel van de prijs had aanbetaald zonder hiervoor enige zekerheid te ontvangen, met een dergelijke constructie akkoord zou zijn gegaan. Daarom wordt ook wel de mogelijkheid geopperd dat er geen overdracht had plaatsgevonden, maar dat Larianus (en bij zijn overlijden Rutiliana) al wel de feitelijke macht over de *fundus* was verschaft op basis van een overeenkomst van huur (*locatio conductio*) of dat aan hem het bezit ter bede (*precarium*) was verleend.[28] Slechts één auteur meent dat er al wel een overdracht door middel van *mancipatio*

---

24 De belangrijkste bronnen hiervoor zijn D. 18,3,1 en D. 41,4,2,3. Zie daarnaast De Zulueta, *Law of sale*, 57, Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, i.h.b. 93-125, Kaser, *Privatrecht*, 257 en Zimmermann, *Law of obligations*, 738. Voorts J.A.C. Thomas, 'Provisions for calling of a sale' *TvR* 35 (1967), 557-572.

25 Zie hierover A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, 67 e.v. met verwijzingen naar verdere literatuur, waaronder U. Wesel, 'Zur dinglichen Wirkung des Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs' *ZSS* 85 (1968), 94-172. De belangrijkste tekst waaruit de goederenrechtelijke werking van het *lex commissoria*-beding blijkt is D. 6,1,41 *pr.* Zie daarnaast ook D. 18,3,8, C. 4,54,1 en C. 4,54,4.

26 Liebs, 'Der Sieg', 378. Zie ook *idem*, *Vor den Richtern*, 153.

27 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 369 en Choe, 'Zur Debatte', 29.

28 Liebs, *Vor den Richtern*, 153 en Choe, 'Zur Debatte', 27.

aan Larianus had plaatsgevonden.[29] Dit doet echter de vraag rijzen wat de waarde van de *lex commissoria* in dit geval was. De *mancipatio* was immers een abstracte vorm van overdracht, hetgeen betekende dat een eventuele ongeldigheid van de titel van de overdracht geen effect zou hebben op de eigendomsoverdracht zelf. Hieruit volgt dat wanneer Ovinius zich bij wanbetaling door Larianus zou beroepen op het vervalbeding, de koopovereenkomst tussen hen beiden wel ongedaan zou worden gemaakt, maar dat de eigendomsoverdracht aan Larianus niet automatisch zou komen te vervallen.[30] Ook de *mancipatio* zelf kon niet aan een ontbindende of opschortende voorwaarde worden verbonden, aangezien zij behoorde tot de zogeheten *actus legitimi*, een groep rechtshandelingen die niet aan een voorwaarde onderworpen kon worden.[31] Wanneer Ovinius de *fundus* reeds had gemancipeerd aan Larianus, zou dit dus als gevolg hebben dat hij alleen tegen hem zou kunnen optreden met een actie uit onverschuldigde betaling, de *condictio indebiti*. Het vervalbeding verschafte hem in goederenrechtelijk opzicht in dat geval geen betere positie dan wanneer hij de overeenkomst zonder de *lex commissoria* zou zijn aangegaan. Dit ligt echter anders wanneer men ervan uitgaat dat Ovinius de eigendom van de *fundus* niet door middel van *mancipatio*, maar middels *traditio* aan Larianus had overgedragen.[32] Deze stelling behoeft enige nadere toelichting.

De *mancipatio* was aan het einde van de tweede eeuw n. Chr. door haar vele formaliteiten verworden tot een enigszins antiquarische rechtsfiguur die in het dagelijks rechtsverkeer niet of nauwelijks nog werd gebruikt. In plaats daarvan kozen partijen er meestal voor een *res mancipi* simpelweg door middel van *traditio*, dat wil zeggen door middel van bezitsverschaffing, over te dragen. Dit had als resultaat dat de verkrijger niet direct de eigendom van de zaak verwierf, maar wel het bezit daarvan. Als bezitter van de zaak kwam hij vervolgens in aanmerking voor de zogeheten *usucapio a domino*, de verkrijgende verjaring waarbij van een eigenaar was verkregen.[33] Gedurende de looptermijn van de verjaring bleef de vervreemder eigenaar van de zaak, maar kon de verkrijger zich tegen een eventuele revindicatie van de verkoper verweren met de *exceptio rei venditae et traditae* ('het verweer van de verkochte en geleverde zaak'), daar de verkoper zelf bewust aan de foutieve overdracht had meegewerkt.[34] Een dergelijke verjaringsbezitter werd dan ook wel aangeduid als 'praetorisch eigenaar' van de zaak.[35]

29 Burdese, 'Di un particolare caso', 81 nt. 1.

30 Scheltema, *Goederenrechtelijke werking*, 86-87. Anders Peters, *Rücktrittsvorbehalte,* 185 e.v. en i.h.b. 194 en Liebs, 'Der Sieg', 378, die menen dat een beroep op een *lex commissoria* wel als gevolg had dat de eigendom automatisch terugkeerde bij de verkoper.

31 D. 50,17,77. *Emancipatio* is in deze tekst geïnterpoleerd voor *mancipatio*, zie Kaser, *Privatrecht*, 255.

32 Deze mogelijkheid werd reeds geopperd door Wieacker, *Lex commissoria*, 60, maar is door latere auteurs niet overgenomen.

33 Gai. 2,41.

34 Kaser, *Privatrecht*, 439.

35 Vgl. Gai. 2,40.

Eén van de vereisten voor de *usucapio a domino* was dat de verjaringsbezitter zijn bezit krachtens een geldige titel had verkregen,[36] hetgeen als gevolg had dat titelgebreken ook doorwerkten in het verjaringsbezit van de verkrijger en deze niet langer als praetorisch eigenaar werd aangemerkt.[37] Het is goed mogelijk dat er in de zaak van Rutiliana sprake was van de zojuist beschreven constructie. Ovinius had de *fundus* verkocht aan Larianus en had hem tevens door middel van *traditio* het feitelijke bezit verschaft, ondanks dat de koopprijs nog niet volledig was betaald. Om deze reden had hij zijn positie veilig gesteld door een *lex commissoria* in de koopovereenkomst op te nemen: als Larianus, of zoals in dit geval zijn rechtsopvolgster, niet of niet tijdig de overige termijnen van de koopprijs betaalde, kon hij zich op het vervalbeding beroepen en de koop ontbinden, met als gevolg dat ook de verjaring en het praetorisch eigendom van zijn wederpartij werd doorbroken en hij de *fundus* als de zijne kon terugvorderen.[38]

4 Procedure in lagere instanties

4.1 Eis van Rutiliana: *restitutio in integrum*

4.1.1 Het rechtsmiddel restitutio in integrum

Uit de beschrijving Paulus wordt niet volledig duidelijk welke gebeurtenissen precies voorafgingen aan de gerechtelijke procedure. Zeker is dat Ovinius na een jaar lang de tutoren van Rutiliana tot betaling te hebben aangemaand zich beriep op het vervalbeding en de *fundus* aan Claudius Telemachos verkocht. Het is waarschijnlijk dat Rutiliana hiervan lucht kreeg en in actie kwam om de overdracht van het landgoed aan Telemachos te voorkomen. Zij begon daarom een procedure bij de *praetor*, waarbij zij *restitutio in integrum*, letterlijk 'herstel in de oude toestand', eiste.[39] Dit rechts-

36 Daarnaast was vereist dat de verjaringsbezitter de zaak in zijn bezit had gehad gedurende de gehele verjaringstermijn, die in het klassieke Romeinse recht 1 jaar voor roerende zaken en 2 jaar voor onroerende zaken bedroeg (Gai. 2,42). Daarnaast mocht de zaak niet gestolen zijn of oorspronkelijk aan de *fiscus* toebehoren (zie bv. D. 41,3,24,1). Zie over deze vereisten Kaser, *Privatrecht*, 420 e.v.

37 Zie voor deze redenering ook Scheltema, *Goederenrechtelijke werking*, 87 en Wesel, 'Zur dinglichen Wirkung', 128 e.v.

38 Sabinus meende zelfs dat er geen *usucapio* aan de zijde van de koper mogelijk was totdat de koopprijs volledig was betaald, D. 41,4,2,3. Uit dezelfde tekst blijkt echter dat deze opvatting samenhangt met zijn opvatting over de aard van een *lex commissoria* beding. De auteur van de tekst, Paulus, suggereert dat deze redenering alleen opgaat indien men ervan uitgaat dat de *lex commissoria* als *condicio* de gehele totstandkoming van de koopovereenkomst verhinderde. In het bovenstaande is echter reeds opgemerkt dat een *lex commissoria* door de (meeste) Romeinse juristen werd gezien als een ontbindende voorwaarde, niet als een opschortende.

39 Zie over dit rechtsmiddel Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 421 e.v. en verdere literatuurverwijzingen aldaar.

middel stond open voor minderjarigen en jongvolwassenen onder de leeftijd van 25 jaar en wordt door Ulpianus als volgt omschreven:

> D. 4,4,1 *pr.* en 1: 'pr. In navolging van de natuurlijke billijkheid (*naturalis aequitas*) heeft de *praetor* dit edict uitgevaardigd, waarmee hij de bescherming van minderjarigen op zich heeft genomen. Want iedereen weet dat het oordeel van mensen van deze leeftijd kwetsbaar en wankel is, onderhevig aan vele misleidingen en blootgesteld aan de listen van velen. Aan hen heeft de *praetor* met dit edict dus bescherming beloofd en bijstand tegen benadelingen. 1. De praetor verordent: 'Met betrekking tot datgene waarvan wordt gezegd dat het is verricht met een persoon onder de 25 jaar, zal ik elk geval afzonderlijk onderzoeken'.'[40]

De bescherming van de *praetor* hield in dat wanneer een minderjarige of jongvolwassene een rechtshandeling had verricht (zoals het sluiten van een overeenkomst) die voor hem nadelig was,[41] deze de *praetor* kon verzoeken de nadelige situatie op te heffen door de rechtshandeling te vernietigen en hem terug te brengen in de vermogensrechtelijke positie waarin hij zich voor het verrichten van de rechtshandeling bevond.[42] Het feit dat een minderjarige of jongvolwassene bij de beheer van zijn vermogen werd bijgestaan door een voogd of een *curator*, deed niet aan de door het edict geboden bescherming af.[43] De *praetor* ging echter niet zomaar over tot het verlenen van herstel in de oude toestand. Als aan de minderjarige een ander, algemeen rechtsmiddel ter beschikking stond, verdiende toepassing hiervan de voorkeur boven het buitengewone middel van *restitutio in integrum*.[44] Het ging dus om een *ultimum remedium*, waarbij de *praetor* met een beroep op de '*naturalis aequitas*' een minderjarige beschermde tegen de nadelige gevolgen van de onverkorte toepassing van het *ius civile*. Dit betekende dat hij in rechte vaststelde dat een bepaalde rechtshandeling nadelig was voor de *minor* en dat nakoming hiervan niet van de minderjarige of jongvolwassene kon worden gevergd. Wanneer een enkele vaststelling niet voldoende was

---

40 Uplianus libro XI ad edictum. Pr. *Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit. nam cum inter omnes constet fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem.* 1. *Praetor edicit: 'Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam'.*

41 Ulpianus benadrukt in D. 4,4,11,3 dat niet elke rechtshandeling door middel van *restitutio in integrum* kon worden teruggedraaid, er moest wel sprake zijn van een benadeling. Zie in dezelfde zin ook D. 4,4,44.

42 Er wordt in de moderne literatuur een onderscheid gemaakt tussen praetorische en judiciële restitutie. In het eerste geval werd de zaak voor de *praetor* zelf behandeld, terwijl in het geval van judiciële restitutie het verzoek tot herstel werd beoordeeld door een *iudex* op basis van een procesinstructie door de *praetor*. Zie voor het verschil tussen beide Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 421-424. Uit de formulering van Paulus kan worden afgeleid dat de *praetor* de zaak van Rutiliana zelf hoorde en beoordeelde en dat er dus sprake was van praetorische restitutie. Om deze reden zal in het onderstaande alleen op deze wijze van *restitutio in integrum* worden ingegaan.

43 Liebs, 'Der Sieg', 379.

44 D. 4,4,16 *pr.*

om de nadelige gevolgen van de rechtshandeling op te heffen (bijvoorbeeld omdat de *minor* al uitvoering aan een verbintenis had gegeven), kende de *praetor* aan hem de benodigde acties toe om een herstel in de oude toestand te bewerkstelligen.[45]

4.1.2 Inhoud van de eis van Rutiliana

Paulus vermeldt expliciet dat Rutiliana in de oude toestand hersteld wilde worden, maar uit zijn beschrijving wordt niet zonder meer duidelijk op welke toestand haar verzoek nu precies betrekking had. Simpel gezegd, wat wilde Rutiliana nu precies? Er worden traditioneel drie mogelijke invullingen aan de eis van het meisje gegeven:

a. Rutiliana wenste te worden hersteld in de toestand van vóór het verzuim van haar tutoren.[46]
b. Rutiliana wenste te worden hersteld in de toestand van vóór de sluiting van de koopovereenkomst.[47]
c. Rutiliana eiste overdracht van de *fundus* van de tweede koper Claudius Telemachos.[48]

In het onderstaande zal op de bovengenoemde mogelijkheden in omgekeerde volgorde worden ingegaan. Van alle drie de opties is c. veruit het meest onwaarschijnlijk en deze wordt dan ook zonder uitzondering in de literatuur om verschillende redenen afgewezen.[49] Om te beginnen verhoudt deze opvatting van de eis van Rutiliana zich slecht met Paulus' beschrijving van het feitencomplex: *restitutio in integrum* werd normaliter geëist tegen een contractuele wederpartij, terwijl er geen enkele reden is om aan te nemen dat een contractuele relatie tussen Rutiliana en Telemachos bestond.[50] Daarnaast is het feitencomplex dat de voorstander van deze inhoud van de eis van Rutiliana, de Italiaans romanist Burdese, ten grondslag legt aan zijn theorie zeer onaannemelijk.[51] Hij meent niet alleen dat Ovinius de *fundus* bij de eerste verkoop reeds had overgedragen aan Larianus, maar stelt tevens dat de tutoren van Rutiliana het landgoed weer terug hadden overgedragen aan Ovinius nadat deze een beroep had gedaan op het vervalbeding. Hierdoor was de laatstgenoemde in de gelegenheid om de *fundus* ter uit-

45 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 423.
46 Sanfilippo, *Libri Tres,* 25; Peter, *Rücktrittsvorbehalte,* 80; Liebs, 'Der Sieg', 375; Musumeci, 'Ancora sulla', 248 e.v.; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 369; Di Mario, 'Lex commissoria', 22-29; Choe, 'Zur Debatte', 28 en 32.
47 Kupisch, 'Rutiliana Pupilla', i.h.b. 253 e.v.
48 Burdese, 'Di un particolare caso', 81 nt. 1.
49 Sanfilippo, *Libri Tres*, 28; Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, 80; Musumeci, 'Ancora sulla', 248-249; Wankerl, *Appello,* 99; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 369; Choe, 'Zur Debatte', 27-28.
50 Wankerl, *Appello,* 99. Liebs besteedt in zijn artikel enige aandacht aan mogelijke uitzonderingen op deze regel, maar betrekt deze vervolgens niet op het onderhavige geval: Liebs, 'Der Sieg', 378.
51 Burdese, 'Di un particolare caso', 81 nt. 1.

voering van de tweede koopovereenkomst over te dragen aan Telemachos, van wie Rutiliana vervolgens het landgoed middels een *restitutio in integrum* probeerde op te eisen. Er is door eerdere auteurs reeds gewezen op verschillende problematische aspecten van deze theorie. Zo maakt Paulus geen enkele melding van al deze overdrachten en in het bijzonder niet van de in dat geval toch zeer relevantie retro-overdracht tussen de tutoren en Ovinius.[52] Daarnaast is het weinig aannemelijk dat de tutoren, die gedurende een jaar geen gehoor hadden gegeven aan de aanmaningen van Ovinius, wel vrijwillig de *fundus* aan hem overdroegen nadat hij een beroep op de *lex commissoria* had gedaan.[53]

Optie b. lijkt op het eerste gezicht aannemelijker. Het is niet ondenkbaar dat Rutiliana van het koopcontract af wilde en in de vermogensrechtelijke positie wilde worden gebracht die zij zou hebben gehad als haar vader het contract nooit was aangegaan. Toch wordt deze opvatting, die door Kupisch is geformuleerd, door andere auteurs niet gevolgd. Het is enigszins vreemd dat beide partijen zich genoodzaakt zagen om in drie verschillende instanties over dit geschil te procederen, wanneer zij eigenlijk hetzelfde wilden, te weten ontbinding van de overeenkomst.[54] Kupisch weerlegt dit argument door aan te nemen dat er wel degelijk een twistpunt bestond tussen beide partijen, namelijk het deel van de koopprijs dat door Larianus bij het sluiten van de overeenkomst reeds was voldaan.[55] Ter ondersteuning van deze opvatting stelt hij zich op het standpunt dat in het klassieke Romeinse recht het reeds betaalde deel van de koopprijs aan de verkoper verviel wanneer deze zich beriep op een *lex commissoria* en dat Rutiliana door middel van de *restitutio* toch de door haar vader betaalde geldsom probeerde terug te krijgen.[56] Het is echter maar zeer de vraag of dit het geval is: het klassieke bronnenmateriaal dat in het kader van dit debat wordt aangevoerd, geeft hierover geen duidelijkheid.[57] Zo lijkt Scaevola in D. 18,3,6 *pr.* uit te gaan van een automatisch verval van de aanbetaling aan de verkoper, terwijl hij in D. 18,3,8 een geval beschrijft waarin het verval van het reeds betaalde deel van de koopprijs expliciet overeengekomen is. Hetzelfde geldt voor C. 4,54,1, een rescript van Caracalla aan ene Claudia Diotima uit 216 n. Chr. Los van het feit dat deze teksten elkaar lijken tegen te spreken (automatisch verval versus een expliciet beding hierover) hebben zij alle drie betrekking op een '*arra*', hetgeen iets anders is dan een gedeeltelijke betaling van een koop-

52 Peters, *Rücktritsvorbehalte*, 80 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 369.
53 Choe, 'Zur Debatte', 27.
54 Peters, *Rücktrittsvorbehalte,* 79; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 368; Choe, 'Zur Debatte', 28.
55 Kupisch, 'Rutiliana pupilla', 253.
56 *Idem*, 253-254.
57 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 368. Tegen het idee van het verval van de aanbetaling zijn Wieacker, *Lex commissoria*, 79 e.v. en Liebs, 'Der Sieg', 386. Peters, *Rücktrittsvorbehalte,* 255 e.v. neemt een tussenpositie in.

prijs.[58] Een *arra* was een teken van 'goodwill' (en in zekere zin een onderpand), dat door de koper aan de verkoper werd gegeven wanneer zij het contract sloten. In het Romeinse recht kon dit zowel een object, in de meeste gevallen een ring,[59] als een geldsom zijn.[60] In het laatste geval werd de *arra* verrekend met de te betalen koopprijs,[61] maar het was iets anders dan gedeeltelijke betaling. De omschrijving van Paulus van de betaling die door Larianus aan Ovinius werd gedaan bij het sluiten van de overeenkomst ('*data parte pecuniae*') maakt het onwaarschijnlijk dat het in D. 4,4,38 *pr.* om een *arra* ging.[62] Aangezien in de tekst verder ook geen melding wordt gemaakt van een contractuele afspraak op grond waarvan Ovinius het betaalde deel van de koopprijs kon achterhouden, is het niet aannemelijk dat dit het object van het geschil vormde.[63] Aangezien deze aanname het fundament van de opvatting van Kupisch vormt, dient die dan ook te worden afgewezen.[64]

Het bovenstaande heeft als gevolg dat de meeste auteurs aannemen dat Rutiliana verlangde te worden hersteld in de positie die zij had vóór het verlopen van de betalingstermijn en op deze wijze in de gelegenheid kon worden gesteld om alsnog de koopprijs te voldoen en zo de volle civiele eigendom van de *fundus* te kunnen verwerven.

4.2 Procesgang en beslissingen in lagere instanties

D. 4,4,38 *pr.* is de enige zaak in de *Decreta* en de *Imperiales Sententiae* waarin door partijen bij drie verschillende instanties werd geprocedeerd.[65] In eerste aanleg diende Rutiliana haar verzoek tot *restitutio in integrum* in bij de *praetor* in Rome. Op basis van zijn onderzoek kwam de *praetor* tot de conclusie dat de eis van het meisje moest worden afgewezen. Tegen deze uitspraak ging zij in appel bij de *praefectus urbi*.[66] Deze kwam echter tot hetzelfde oordeel als de *praetor* en wees het verzoek van Rutiliana af. Paulus maakt geen expliciete melding van de gronden voor hun beslissingen, maar uit de wijze waarop hij zijn eigen initiële standpunt in het debat in het *consilium* formu-

58 Vgl. Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 41. Zie daarnaast Zimmermann, *Law of obligations*, 230-234.

59 Zie bijvoorbeeld D. 19,1,11,6 en D. 14,3,5,15.

60 D. 19,1,11,6.

61 Zimmermann, *Law of obligations*, 231.

62 Choe, 'Zur Debatte', 30.

63 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 368; Choe, 'Zur Debatte', 28 en 30.

64 Vgl. Musumeci, 'Ancora sulla', 250, Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 368 en Choe, 'Zur Debatte', 28.

65 Een ander voorbeeld van een procedure in drie instanties treffen we aan in D. 45,1,122,5 (Scaevola).

66 Zie over de mogelijkheid van appel bij de *praefectus urbi* D. 49,1,1,3 en D. 49,3,1 *pr.* (in beide gevallen tegen het vonnis van een *iudex datus*). Zie verder Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 464-465 en verwijzingen naar verdere literatuur aldaar. Zie over de jurisdictie van de *praefectus urbi* in deze specifieke zaak L. Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milaan: Giuffré 1965, 119 e.v.

leert, kan worden afgeleid dat de beslissingen van beide lagere rechters hiermee waarschijnlijk overeenkwamen: '*Putabam bene iudicatum* [*i.e.* de beslissingen in lagere instanties], *quod pater eius, non ipsa contraxerat.*'. Hieruit volgt dat de *praetor* en de *praefectus urbi* beiden als hun oordeel te kennen hadden gegeven dat het meisje niet gerestitueerd kon worden, aangezien niet zijzelf, maar haar vader de overeenkomst met Ovinius had gesloten.[67]

5 Procedure bij de keizer

5.1 Het debat in het *consilium*: Paulus tegenover Septimius Severus

5.1.1 Het initiële standpunt van Paulus

'putabam bene iudicatum, quod pater eius, non ipsa contraxerat'

Paulus' beschrijving van de procedure bij de keizer is beperkt tot een verslag van de beraadslagingen van het *consilium*, waarin hij slechts zijn eigen discussie met de keizer vermeldt. Dit debat centreerde zich rondom de vraag of Rutiliana als minderjarige in aanmerking kwam voor bescherming tegen de *lex commissoria* en om die reden moest worden hersteld in de oude toestand.

Het initiële standpunt van Paulus was, zoals hierboven reeds is opgemerkt, dat de *restitutio* niet moest worden verleend, aangezien niet het meisje zelf, maar haar vader de overeenkomst met Ovinius was aangegaan. Hij baseerde zijn opvatting op de bewoordingen van het edict van de *praetor*, dat duidelijk voorschreef dat er sprake moest zijn van een handeling door de minderjarige zelf: *'quod cum minore (…) gestum esse dicetur'*. De bescherming van de *praetor* van minderjarigen tegen voor hen nadelige rechtshandelingen was immers gebaseerd op het feit dat zij door hun jeugdig- en onervarenheid een zwakkere partij waren in het rechtsverkeer, die door de overheid tegemoet diende te worden gekomen.[68] In het geval van Rutiliana had echter niet het minderjarige meisje in haar onervarenheid met de *lex commissoria* ingestemd, maar haar volwassen vader. Zij werd slechts als zijn erfgename met de gevolgen van het beding geconfronteerd en dit was onvoldoende grond om een *restitutio* toe te kennen, aldus Paulus.[69]

> Door Sanfilippo is betoogd dat Paulus met de bovenstaande redenering de plank misslaat, daar Rutiliana zich niet tegen het beding zelf verzette, maar slechts herstel verlangde van de gevolgen ervan.[70] Zijn kritiek wordt door andere auteurs echter om verschillende redenen als ongegrond beschouwd. Kupisch, die meent dat Rutiliana geen herstel in de toestand van vóór het verlopen van de betalingstermijn, maar ontbinding van de koopovereenkomst verlangde, is van mening dat de opvatting van Paulus zonder meer gerecht-

67 Wankerl, *Appello*, 101; Choe, 'Zur Debatte', 32.
68 Vgl. D. 4,4,1 *pr.*
69 Zie ook Liebs, 'Der Sieg', 376, Wankerl, *Appello*, 102 en Choe, 'Zur Debatte', 33-34.
70 Sanfilippo, *Libri Tres*, 24-26, die Paulus' opvatting bestempelt als 'un equivoco'.

> vaardigd en juist is.[71] Andere auteurs, die de opvatting van Sanfilippo delen dat Rutiliana herstel in de toestand van vóór het verlopen van de betalingstermijn verlangde, merken het onderscheid dat Sanfilippo maakt als te kunstmatig aan. Zij menen dat Paulus (terecht) niet alleen het uitblijven van de betaling, maar ook het beding zelf als oorzaak voor de ontbinding van de koopovereenkomst beschouwde.[72]

De argumentatie van Paulus is illustratief voor de wijze waarop hij zich in het algemeen in het *consilium* opstelde. Hij vertolkte de rol van de conscientieuze jurist en paste in beginsel het bestaande recht onverkort toe op de aan hem voorgelegde casus. Tegelijkertijd was hij niet snel geneigd om een wettekst, zoals de frase '*gestum esse*' in het geval van Rutiliana, liberaal te interpreteren. Zijn mede-jurist Ulpianus geeft bijvoorbeeld enige jaren later een meeromvattende uitleg van dezelfde woorden:[73]

> D. 4,4,44: 'Niet alle handelingen die door personen van minder dan 25 jaar oud worden verricht, zijn ongeldig, maar slechts deze, die nadat er kennis is genomen van het geval als zodanig worden aangemerkt; bijvoorbeeld wanneer zij door anderen zijn bedrogen of door hun eigen onachtzaamheid zijn misleid of wanneer zij dat wat zij hadden, hebben weggegeven, of hebben nagelaten een bepaald tot hun beschikking staand voordeel te verwerven of als zij een last op zich hebben genomen, die zij niet hoefden te dragen.'[74]

Een dergelijke brede interpretatie van de woorden *gestum esse* was echter in de optiek van Paulus ontoelaatbaar. De keizer dacht hier, zo rapporteert Paulus, anders over.

5.1.2 De opvatting van de keizer

'imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis.'

Anders dan Paulus, meende de keizer dat het geval van Rutiliana wel kon worden gebracht onder de werking van de edictsbepaling over de *restitutio in integrum* van minderjarigen. Hij meende dat het nalaten van de betaling door de tutoren van het meisje kon worden aangemerkt als een '*gerere*', als een handelen, in de zin van het edict. Aangezien de betalingstermijn verliep nadat Larianus was overleden en was opgevolgd door de minderjarige

---

71 Kupisch, 'Rutiliana pupilla', 255-256. Opgemerkt dient te worden dat de initiële argumentatie van Paulus voor Kupisch een belangrijke reden is om aan te nemen dat het Rutiliana ging om de ontbinding van het contract en niet om het herstel van de betalingstermijn.

72 Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, 81 en Wankerl, *Appello*, 102.

73 Zie over de steeds breder wordende interpretatie van het begrip *gestum esse* ook F. Musumeci, 'Quod cum minore…gestum esse dicitur – Formulazione edittale e la sua concreta attuazione in età imperiale' *RD* 84 (2006), 523-531.

74 Ulpianus libro quinto opinionum. *Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita eiusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserunt, aut quod adquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt.* Vgl. ook D. 4,4,3,8.

Rutiliana en het uitblijven van betaling te wijten was aan de nalatigheid van haar tutoren, meende de keizer dat er hier wel degelijk sprake was van een nadelige 'handeling' door een minderjarige waartegen *restitutio in integrum* kon worden verzocht en verleend.[75]

Er bestaat verschil van mening over de vertaling van het woordje *ea* en de vraag naar wie of wat dit woord terugverwijst. Sommige auteurs zijn van mening dat Paulus hiermee Rutiliana zelf bedoelde,[76] terwijl andere auteurs zich op het standpunt stellen dat het meer in het algemeen verwijst naar 'de situatie' of 'het feit dat het meisje onder voogdij stond'.[77] Een enkeling betoogt dat het woordje verwijst naar '*dies*'.[78] Deze opvattingen kunnen echter grotendeels met elkaar in overeenstemming worden gebracht, aangezien zij in wezen de tekst op dezelfde wijze interpreteren.[79] Het Latijn kent geen zelfstandig naamwoord om 'het staan onder voogdij' aan te duiden.[80] Wanneer Paulus het woord *pupilla* in de constructie *tempus pupillae* gebruikt, kan dit dus zowel naar het meisje zelf verwijzen als meer in het algemeen naar het feit dat zij minderjarig was en onder voogdij stond, een *pupilla* was. Het persoonlijk voornaamwoord *ea* dat hierop volgt, draagt in dat geval dezelfde dubbele betekenis. Beide leiden echter tot dezelfde interpretatie van de tekst, namelijk dat het feit dat Rutiliana minderjarig was en onder de voogdij van nalatige tutoren stond ertoe had geleid dat de betaling niet was verricht en het vervalbeding in werking kon treden.

5.1.3 De afwijzing van het standpunt van de keizer door Paulus

'dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denuntiando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur: non me moveri quod dies postea transisset, non magis quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita.'

75 Liebs, *Vor den Richtern*, 155.

76 Kupisch, 'Rutiliana pupilla', 258-259; Musumeci, 'Ancora sulla', 255 nt. 22; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 372 nt. 341.

77 Peters, *Rücktrittsvorbehalte,* 78; Choe, 'Zur Debatte', 36-37. De vertaling van Spruit ontwijkt het probleem: 'De keizer evenwel was gevoelig voor het argument dat het moment waarop het vervalbeding in werking trad, viel in de periode dat het meisje al onder voogdij stond en zij er de oorzaak van geweest was dat het beding bij de koop niet in acht werd genomen' (Spruit, *Corpus Iuris Civilis II*, 386). Het woord 'zij' kan verwijzen naar Rutiliana of naar het (vrouwelijke) woord voogdij.

78 Wankerl, *Appello*, 103.

79 Uitzondering is wederom Kupisch. Uit de woorden '*eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis'* maakt hij op dat Rutiliana zich actief tegen de betaling aan Ovinius had verzet en dat het dus daadwerkelijk haar persoonlijke verdienste was dat de betaling door de tutoren niet was verricht, Kupisch, *l.c.*

80 Het enige woord dat hierbij in de buurt komt, *pupillatus*, komt in juridische teksten niet voor.

Na zijn eigen initiële standpunt en dat van de keizer te hebben weergegeven, beschrijft Paulus vervolgens zijn eigen reactie op de opvatting van de keizer. Om te beginnen droeg de jurist een alternatieve oplossing voor het geschil aan, die in zijn ogen evenzeer bevredigend voor Rutiliana was (*dicebam… videretur*), terwijl hij daarnaast opmerkte dat hij het niet eens was met de opvatting van de keizer, waarbij hij gebruik maakte van een analogie met het pandrecht (*non…finita*). In het onderstaande zal eerst worden ingegaan op Paulus' beoordeling van de opvatting van keizer.

Anders dan Severus was Paulus van mening dat het vanuit een juridisch oogpunt niet van belang was dat de termijn voor betaling was verstreken na de dood van Larianus ('*non me moveri quod dies postea transisset*') en dat dit geen reden vormde om de *restitutio* alsnog toe te kennen. Ter ondersteuning van deze opvatting vergelijkt de jurist het onderhavige geval met de situatie waarin een erflater tot zekerheid van een vordering een pandrecht heeft gegeven aan zijn crediteur en vervolgens komt te overlijden met achterlating van een minderjarige erfgenaam.[81] Wanneer de minderjarige erfgenaam vervolgens om welke reden dan ook niet in staat was om de vordering te voldoen, was de crediteur zonder meer bevoegd om over te gaan tot executie van het pandrecht door verkoop van de zaak waarop dit rustte, aldus Paulus. Deze analogie snijdt hout. Men pleegde in beginsel minderjarigen ook te hulp te komen door middel van *restitutio in integrum* wanneer de verkoop van in pand gegeven zaken resulteerde in groot nadeel voor de minderjarige.[82] De hierboven beschreven casus werd evenwel niet als problematisch of ongeoorloofd beschouwd, zoals duidelijk blijkt uit C. 2,28,2 *pr.*:

> C. 2,28,2 *pr.*: 'Keizers Diocletianus en Maximianus aan Severa en Clementia. De wens van jullie beide dat de zaak, die door jullie vader aan zijn crediteur was verpand en die de laatste heeft verkocht, wordt teruggeëist vanwege jullie leeftijd, heeft geen rechtsgrond.'[83]

Hoewel Diocletianus en Maximianus niet expliciteren waarom het aan hen gerichte verzoek tot herstel in de oude toestand geen rechtsgrond had, ligt het in de lijn der verwachting dat aan deze beslissing dezelfde redenering ten grondslag lag als aan Paulus' opvattingen over de eis van Rutiliana: de verzoeksters konden tegen de executie van het pandrecht geen herstel in de oude toestand eisen, nu niet zij, maar hun vader de zaak aan de schuldeiser had verpand. Een soortgelijk onderscheid komen we ook tegen in Severus' eigen regeling ter bescherming van het vermogen van minderjarigen, op grond waarvan het voogden verboden was om de stedelijke en landelijke

81 Hoewel Paulus de casus niet met zoveel woorden schetst, moet dit wel het geval zijn geweest dat hij in gedachten had. Zie bijvoorbeeld ook Liebs, 'Der Sieg', 383, Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 373-374 en Choe, 'Zur Debatte', 44.

82 C. 2,28,1. Zie daarnaast ook D. 20,5,7,1.

83 Impp. Diocletianus et Maximianus A.A. et C.C. Severae et Clementiae. *Rem, quam a patre vestro quondam creditor eius obligatam sibi distraxit, per aetatem vestram postulantium revocari desiderium non habet rationem.*

bezittingen van hun pupillen te vervreemden of te verpanden. De keizer maakte echter een uitzondering voor het geval waarin de vader van de pupil een huis of landgoed zelf had verpand aan een schuldeiser:

> D. 27,9,1,2 *i.f.*:'(…) Als er sprake is van een gemeenschappelijke zaak en een maat verzoekt tot scheiding en deling, of in het geval dat een schuldeiser, die een stuk landbouwgrond van de vader van de pupil in pand heeft ontvangen, zijn recht uitoefent, ben ik [*i.e.* Septimius Severus] van mening dat er geen nieuwe regeling hoeft te worden getroffen'.[84]

De door Paulus aangevoerde analogie toont aan dat als het *consilium* mee zou gaan in de redenering van de keizer, dit desastreuze gevolgen zou kunnen hebben voor de rechtspraktijk.[85] Dit had immers als gevolg – zo lijkt Paulus te hebben betoogd – dat elke minderjarige zich potentieel tegen de rechtsgevolgen van contracten en andere rechtshandelingen van zijn erflater kon verzetten, zolang deze maar op enigerlei wijze negatief voor hem uitpakten. Dit effect werd versterkt door het feit dat de keizer voor *restitutio in integrum* niet eens een actief handelen van de minderjarige erfgenaam verlangde: het nalaten van een betaling door de minderjarige of zijn tutoren was al voldoende. In een poging om de keizer te bewegen zijn eerdere en in de ogen van Paulus onjuiste opvatting te laten varen, komt de jurist met een andere oplossing voor het geschil.

5.1.4 De alternatieve oplossing van Paulus

'dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denuntiando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur:'

Om de keizer tegemoet te komen in diens wens om het meisje bijstand te verlenen, droeg Paulus een andere oplossing voor het geschil aan, die naar zijn mening wel in overeenstemming met het geldende recht was. Hij was van mening dat uit het feit dat de verkoper meerdere malen na het aflopen van de betalingstermijn de tutoren van Rutiliana tot betaling had aangemaand, kon worden afgeleid dat Ovinius afstand van het *lex commissoria* beding had gedaan. Aan deze stelling lagen de volgende overwegingen ten grondslag. Zoals hierboven reeds is opgemerkt, trad een vervalbeding niet automatisch in werking op de dag dat de termijn voor betaling van de koopprijs afliep, maar was dit afhankelijk van de vraag of de verkoper hier een beroep op deed. Wanneer de verkoper er echter voor koos om na het aflopen van de termijn de koopprijs van de koper op te eisen, werd dit door de Romeinse juristen geïnterpreteerd als een afstand van het terugtredingsrecht dat hij op grond van de *lex commissoria* had:

---

84 Ulpianus libro XXXV ad edictum. (…) *Si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo.*

85 Vgl. Liebs, *Vor den Richtern*, 155-156 en Wankerl, *Appello*, 107.

> D. 18,3,7: 'Als de verkoper na het aflopen van de termijn voor het vervalbeding de koopprijs opeist, neemt men aan dat hij afstand van het vervalbeding heeft gedaan, en hij kan niet van mening veranderen en zich alsnog hierop beroepen.'[86]

Uit Paulus' beschrijving van de gebeurtenissen die aan de procedure vooraf waren gegaan, blijkt duidelijk dat Ovinius inderdaad na het verlopen van de betalingstermijn de koopprijs van de tutoren had opgeëist. Paulus betoogde dan ook terecht dat de verkoper zijn terugtredingsrecht had prijsgegeven.[87]

De woorden '*dicebam posse magis ea ratione restitui eam*, (…)' lijken op het eerste gezicht te suggereren dat Paulus de zojuist beschreven prijsgevingsargumentatie aanvoerde als een alternatieve grond om herstel in de oude toestand aan Rutiliana te verlenen. Dit was echter onmogelijk, aangezien prijsgeving van het vervalbeding als gevolg had dat de koopovereenkomst in stand bleef en door beide partijen moest worden nagekomen. Rutiliana bevond zich met andere woorden nog in de 'oude toestand', er hoefde geen herstel plaats te vinden. Een aantal moderne auteurs heeft zich daarom kritisch uitgelaten over de redenering van Paulus en soms zelfs voorgesteld deze als interpolatie uit de tekst weg te laten of op zijn minst aan te passen.[88] De tegenstrijdigheid die de passage lijkt op te werpen, kan echter op eenvoudige wijze worden verklaard wanneer men aanneemt dat Paulus het woord *restitui* hier in een niet-technische betekenis gebruikt, zoals terecht door verschillende auteurs wordt betoogd.[89] In dat geval moet het betoog van Paulus worden begrepen als een poging om een andere oplossing voor het geschil aan te dragen die voordelig voor het meisje zou uitpakken, maar die niet vereiste dat aan haar *restitutio in integrum* werd verleend. Deze interpretatie van het woord *restitui* en, in het verlengde daarvan, de argumentatie van Paulus, sluiten beter aan bij de tekst dan het idee dat Paulus een alternatieve grond voor de door de keizer gewenste *restitutio in integrum* aandroeg. Om te beginnen zou deze uitleg van het betoog van de jurist met zich meebrengen dat hij niet afwijkt van zijn eerdere standpunt dat *restitutio in integrum* in het geval van Rutiliana onmogelijk was. Hij gaf simpelweg

---

86 Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum. *Post diem commissoriae legi praestitutum si venditor pretium petat, legi commissoriae renuntiatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest.*

87 Zie bijvoorbeeld Sanfilippo, *Libri Tres,* 26 ('L'argomentazione di Paolo è acuta e ben fondata') en Choe, 'Zur Debatte', 41 ('Dann argumentiert Paulus anscheinend nach der geltenden Rechtslehre'). Liebs, 'Der Sieg', 381-383 en *idem*, *Vor den Richtern,* 156-157 meent dat niet zonder meer uit het handelen van Ovinius kan worden afgeleid dat hij afstand van zijn terugtreedrecht deed.

88 Sanfilippo, *Libri* Tres, 26-28 meent dat Paulus een denkfout maakt. Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, 80 wil tussen *ratione* en *restitui* het woord *non* toevoegen, Di Mario, 'Lex commissoria', 100 tussen *dicebam* en *posse*, terwijl Beseler de gehele zin wil schrappen (Beseler, *Beiträge*, 17). Liebs, 'Der Sieg', 380-381 meent dat de argumentatie van Paulus te subtiel was en in processueel opzicht ingewikkelde en/of nadelige gevolgen met zich meebracht. Zie ook Choe, 'Zur Debatte', 37 e.v.

89 Kupisch, 'Rutiliana pupilla', 251 gevolgd door Musumeci, 'Ancora della', 257 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 375-376. Zie over de verschillende betekenissen van het woord *restituere* Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 515.

een andere oplossing voor haar probleem die gebaseerd was op een andere juridische grondslag.[90] Daarnaast verklaart deze uitleg ook het verschil in taalgebruik tussen het betoog van Paulus en zijn weergave van het uiteindelijke oordeel van de keizer, dat in de tekst direct op deze passage volgt. Hij vermeldt bij de uitspraak van de keizer expliciet dat deze besloot het meisje '*in integrum restituendam [esse]'*. Hierdoor wordt het contrast met de opvatting van Paulus, waarin de woorden *in integrum* ontbreken, nog duidelijker.

5.2 Het keizerlijk oordeel

5.2.1 De beslissing van de keizer en haar grondslagen

De keizer liet zich echter niet door het betoog van Paulus overtuigen en oordeelde toch dat aan Rutiliana herstel in de oude toestand moest worden verleend. Aan deze beslissing legde hij naast het hierboven reeds behandelde argument dat de betalingstermijn verliep in de '*tempus pupillae'* nog twee andere overwegingen ten grondslag.[91]

Om te beginnen vermeldt Paulus dat de beslissing van de keizer gebaseerd was op het feit dat het vervalbeding Severus niet beviel: *'quia tamen lex commissoria displicebat ei*'.[92] Hierop rijst de vraag wat nu precies niet naar de zin van de keizer was: stond hij negatief tegenover het litigieuze vervalbeding of had hij in het algemeen een afkeer van dergelijke constructies? Beide opvattingen worden verdedigd.[93] Uit een andere tekst in de Digestentitel over de *lex commissoria*, D. 18,3,4 *pr.*, blijkt echter dat Severus minder moeite lijkt te hebben gehad met de toepassing en gevolgen van een *lex commissoria* wanneer er geen minderjarige bij betrokken was. Het is daarom aannemelijker dat het de keizer ging om het specifieke beding uit de overeenkomst tussen Ovinius en Larianus en de uitwerking die dit had in de onderhavige situatie en dat zijn beslissing niet werd ingegeven door een algemene afkeer van *leges commissoriae*.

---

90 Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 376.

91 Vgl. Gl. *Casus* ad D. 4,4,38 *pr.* (*'unde tres rationes assignat quare ista puella sit restituenda'*). Anders Sanfilippo, *Libri Tres*, 22 e.v., die meent dat de tekst vanaf *quia tamen* tot het einde geïnterpoleerd is. Di Mario, 'Lex commissoria', 115 meent dat de beslissing van de keizer is ingegeven door de wens niet *ultra petita* te gaan.

92 Anders Musumeci, 'Ancora della', 251 en 255, die meent dat *ei* verwijst naar Rutiliana. Door Wankerl is echter overtuigend aangetoond dat deze opvatting onjuist is. De zin *quia tamen…restituendam* maakt onderdeel uit van Paulus' beschrijving van het debat in het *consilium*. Hieruit volgt dat *ei* moet terugverwijzen naar één van de personen die hierbij betrokken waren, dat wil zeggen de keizer of Paulus. Als er naar een derde persoon, te weten Rutiliana, zou worden verwezen, zou gebruik worden gemaakt van het woord *illae*, zie Wankerl, *Appello*, 106. Zie eerder ook al Sanfilippo, *Libri Tres*, 28 nt. 2 en na Wankerl ook Di Mario, 'Lex commissoria', 124-129.

93 Litigieuze beding: Sanfilippo, *Libri Tres,* 28; Kupisch, 'Rutiliana pupilla', 261; Liebs, *Vor den Richtern,* 157; Di Mario, 'Lex commissoria', 116 e.v.; Choe, 'Zur Debatte', 45-46. De *lex commissoria* in het algemeen: Peters, *Rücktrittsvorbehalte,* 79; Wankerl, *Appello*, 106-108.

Daarnaast lag er nog een derde overweging aan het oordeel van de keizer ten grondslag, te weten het feit dat de tutoren, die de betaling niet hadden verricht en ook niet tegen de gevolgen hiervan namens Rutiliana hadden opgetreden, suspect waren verklaard (*movit…erant*). Er is wederom betoogd dat deze laatste zin van de tekst een Justiniaanse toevoeging zou betreffen, daar er in de voorgaande tekst met geen woord over een suspectverklaring van de tutoren van Rutiliana wordt gerept.[94] Een dergelijke verklaring past echter goed in het door Paulus beschreven feitencomplex en vormde waarschijnlijk zelfs de directe aanleiding tot de procedure. Wanneer voogden hun taak niet naar behoren uitvoerden, kon iedere willekeurige derde een procedure tot afzetting opstarten op basis van een zogeheten *accusatio suspecti tutoris*.[95] Werd bewezen dat er sprake was van een laakbaar handelen van de voogd, dan nam men een vertrouwensbreuk tussen de voogd en de pupil aan en werd de voogd als *suspectus* ('verdacht') aangemerkt.[96] Dit oordeel bracht niet alleen met zich mee dat de voogd in kwestie werd afgezet (*remotio*), maar ook dat hij infaam werd verklaard.[97]

Naar aanleiding van het bovenstaande rijst de vraag op welke grond de voogden van Rutiliana suspect waren verklaard. Uit de woorden '*qui non restitui desiderassent*' wordt wel eens afgeleid dat de suspectverklaring het gevolg was van het feit dat de voogden geen *restitutio in integrum* namens Rutiliana hadden verlangd.[98] Dit zou echter betekenen dat de voogden uit hun ambt waren ontheven vanwege het nalaten van een vanuit juridisch oogpunt kansloze procedure (zoals blijkt uit het feit dat Rutiliana zowel bij de *praetor* als de *praefectus urbi* haar zaak verloren had).[99] Het is aannemelijker dat Paulus het woord *restitui* hier wederom in niet-technische zin gebruikt: de tutoren hadden op enigerlei wijze moeten proberen om hun fout te herstellen.[100] Het feit dat de voogden in deze zaak niet alleen de betaling niet hadden verricht, maar ook hadden nagelaten om hierna namens Rutiliana op enigerlei wijze herstel van hun fout te verlangen, had ertoe geleid dat zij suspect waren verklaard en uit hun ambt waren ontheven.[101] Uit de formulering van Paulus, die spreekt over '*priores tutores*', kan worden

94 Sanfilippo, *Libri Tres*, 29. Zie echter hiertegen Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 378.

95 D. 26,10,1,6 (iedereen kan aanklagen); D. 26,10,3,5 (gronden voor de aanklacht). Zie over de *accusatio suspecti tutoris* Kaser, *Privatrecht*, 363 met verwijzingen naar verdere literatuur.

96 Kaser, *Privatrecht*, 363.

97 D. 26,10,10 (*remotio*) en D. 3,3,39,7 (*infamia*).

98 Liebs, 'Der Sieg', 375.

99 Musumeci, 'Ancora sulla', 260 nt. 34 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 378 nt. 363.

100 Anders Choe, 'Zur Debatte', 32, die meent dat zij suspect waren verklaard vanwege het verlies van de procedure in de eerste twee instanties.

101 Dit sluit overigens natuurlijk niet uit dat zij ook op andere gebieden nalatig waren geweest en dat dit wanbeheer ook een rol had gespeeld bij het besluit om hen uit de voogdij te ontheffen. Zie in die zin ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 378-379 nt. 363 (in navolging van Musumeci, 'Ancora sulla', 260 nt. 34) en Di Mario, 'Lex commissoria', 137 e.v., die meent dat de voogden niet om een specifieke reden maar vanwege algemeen wanbeheer uit hun ambt waren ontheven.

opgemaakt dat zij daarna waren vervangen door nieuwe voogden die wél een procedure tot *restitutio in integrum* namens het meisje waren begonnen, die tot het huidige proces bij het keizerlijk gerechtshof had geleid.[102] Wellicht kan dit ook verklaren waarom deze op het eerste oog redelijk kansloze zaak in drie verschillende instanties werd uitgeprocedeerd: de nieuwe voogden wilden niet het risico lopen hetzelfde lot als hun voorgangers te moeten ondergaan.

Het enkele feit dat de voogden van Rutiliana suspect waren verklaard, was op zich niet voldoende om de *restitutio in integrum* toe te kennen tegen alle handelingen waarbij zij betrokken waren geweest. Het droeg echter wel bij aan het vaststellen van het causaal verband tussen de minderjarigheid van het meisje en de schade aan haar vermogen die hierdoor was ontstaan. Als Rutiliana goede tutoren zou hebben gehad, zou de betaling aan Ovinius wel op tijd zijn verricht en had deze geen beroep op het vervalbeding kunnen doen, zo lijkt de gedachte van de keizer te zijn geweest. Daar komt nog bij dat de bescherming van minderjarigen tegen tutoren, die van hun machtspositie probeerden te profiteren, behoorde tot de traditionele interessegebieden van de keizer.[103] In het geval van Rutiliana hadden de beschermingsmechanismen van de overheid echter gefaald en ertoe geleid dat het meisje zich geconfronteerd zag met een contractueel beding met potentieel ingrijpende gevolgen, zonder dat zij over deugdelijke voogden beschikte die haar in deze ingewikkelde situatie konden bijstaan.[104] Om deze reden meende de keizer dan ook dat zijn ingrijpen in haar precaire situatie gerechtvaardigd was.

5.2.2 Het keizerlijk oordeel in perspectief

Paulus' verslag van de zaak van Rutiliana is een waardevolle bron van informatie over de wijze waarop de beraadslagingen in het *consilium* plaatsvonden en hoe de keizerlijke beslissing in een dergelijk geval tot stand kwam. Het is duidelijk dat de keizer en de jurist het niet met elkaar eens waren: Paulus hield vast aan een strakke, uitsluitend op het recht gebaseerde redenering, terwijl de keizer meer oog had voor de omstandigheden van het geval en daar ook zijn uiteindelijke beslissing grotendeels op baseerde.[105] Zowel de keizer als de jurist namen in hun betoog de bewoordingen van het praetorisch edict als uitgangspunt, waarbij Paulus vasthield aan een restrictieve interpretatie van '*gestum esse*', terwijl de keizer juist de voorkeur gaf aan een ruimere uitleg van dezelfde woorden. In reactie op de botsing tussen hun opvattingen bond Paulus echter niet in, maar probeerde de keizer

102 Vgl. Liebs, 'Der Sieg', 379 nt. 20.
103 Zie hierover ook ALD, paragraaf 4.3.3.1 en BZD, nr. 7 (D. 26,5,38).
104 Wankerl, *Appello*, 103.
105 Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 379 e.v. Vgl. ook Choe, 'Zur Debatte', 43-45, die opmerkt dat Paulus als een jurist redeneert, terwijl de keizer als een leek te werk gaat.

te overtuigen van de noodzaak een beslissing in het voordeel van Rutiliana op een andere juridische grondslag te baseren. De keizer wenste echter het oorspronkelijke verzoek tot *restitutio in integrum* toe te kennen en baseerde hierbij zijn beslissing niet alleen op zijn eigen uitleg van de bewoordingen van het edict, maar ook op de omstandigheden van het geval. Uit de beslissingen van de lagere rechters en het debat in het *consilium* blijkt echter zonder meer dat het keizerlijk oordeel niet in overeenstemming was met het geldende recht. Dit was ook duidelijk de opvatting van de Byzantijnen, die in hun versie van deze tekst in de Basilica slechts de prijsgevingsargumentatie van Paulus als oplossing voor de casus hebben opgenomen.[106] Ook de glossatoren hadden moeite met het verklaren van de beslissing van de keizer. Om deze reden stelt Vivianus in de *Casus* bij D. 4,4,38 *pr.* ter inleiding van de keizerlijke beslissing dat '*Imperator vidit puellam formosam et ideo valde fuit motus et partem suam fovebat*'.[107]

6 D. 4,4,38,1

De discussie tussen de keizer en de juristen van het *consilium* over de zaak van Rutiliana had in essentie betrekking op de vraag of de gevolgen van het nalaten van een (rechts)handeling konden worden teruggedraaid door middel van *restitutio in integrum*.[108] Volgens Paulus kon het nalaten van de betaling van de termijnen van de koopprijs niet worden beschouwd als een '*gestum esse*' in de zin van het edict, terwijl de keizer uiteindelijk oordeelde dat dit wel het geval was en dat het meisje om deze reden diende te worden hersteld in de oude toestand. Op de consequenties van deze beslissing voor de rechtspraktijk wordt in de eerste paragraaf van D. 4,4,38 ingegaan. De enge verwantschap tussen de materie die in D. 4,4,38 *pr.* en D. 4,4,38,1 wordt behandeld, rechtvaardigt het vermoeden dat we hier niet te maken hebben met een zelfstandig *decretum* dat in een andere zaak is gewezen, maar met een aanhangsel bij de uitspraak van D. 4,4,38 *pr*.[109] Aangezien D. 4,4,38,1 wel van een ander feitencomplex uitgaat, is het onwaarschijnlijk dat de hierin opgenomen tekst afkomstig was van de keizer en onderdeel uitmaakte van de keizerlijke uitspraak in het geval van Rutiliana. Een betere verklaring vormt de aanname dat we hier te maken hebben met een *nota* van Paulus bij het zojuist door hem beschreven keizerlijke oordeel.

---

106 B. 10,4,38 *pr.*

107 Gl. *Casus* ad D. 4,4,38 *pr.* De theorie dat de beslissing van de keizer werd ingegeven door de schoonheid van het meisje is waarschijnlijk afkomstig van Odofredus, zie zijn *Interpretatio in undecim primos pandectarum libros*, ad D. 4,4,38 *pr.* (editie Lyon 1550, fol. 180 verso): '*Item quod placuit forte imperatori: quia erat puella facie decora*'. Zie over beide teksten Choe, 'Zur Debatte', 47 e.v.

108 Vgl. Liebs, *Vor den Richtern,* 155-157.

109 Anders Sanfilippo, *Libri Tres,* 30 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 142 nt. 7 en 417 nt. 8.

1. Quod dicitur non solere filiis familias post emancipationem adhuc minoribus succurri in his, quae omisissent manentes in potestate, tunc recte dicitur, cum patri adquirere possunt.	1. Wanneer wordt gezegd dat men niet pleegt te hulp te komen aan nog minderjarige zonen na hun emancipatie met betrekking tot die dingen, die zij hebben nagelaten terwijl zij onder de vaderlijke macht stonden, dan wordt dit terecht gezegd, wanneer zij voor hun vader kunnen verkrijgen.

D. 4,4,38,1 heeft betrekking op de vraag of *restitutio in integrum* mogelijk was als een *filius familias* had nagelaten bepaalde (rechts)handelingen te verrichten terwijl hij zich nog in de *potestas* van zijn vader bevond, maar hierna was geëmancipeerd terwijl hij nog een *minor* was. Er werd in een dergelijk geval terecht betoogd, aldus Paulus, dat de *filius familias* hier in beginsel geen aanspraak op kon maken wanneer hij als gezagsonderworpen zoon kon verkrijgen voor zijn *pater familias.* In een dergelijk geval had immers niet de *filius familias*, maar de vader baat bij het herstel in de oude toestand.[110] Deze vaststelling met betrekking tot het nalaten van bepaalde handelingen sluit aan bij de algemene opvatting dat aan *minores* die zich nog onder de vaderlijke macht bevonden slechts in beperkte mate herstel in de oude toestand mocht worden verleend. Ulpianus schrijft hierover het volgende:

> D. 4,4,3,4: 'Maar of slechts aan gezagsbevoegde personen [d.w.z. minderjarigen die *sui iuris* zijn] of ook aan zonen die zich in de vaderlijke macht bevinden hulp moet worden geboden, daarover bestaat discussie. De twijfel ontstaat, omdat, als iemand betoogt dat ook gezagsonderworpen zonen met betrekking tot hun *peculium* te hulp moeten worden gekomen, dit bewerkstelligt, dat hierdoor ook meerderjarige personen worden geholpen, namelijk hun vaders. Dat was geenszins de bedoeling van de *praetor*. De *praetor* heeft immers aan minderjarigen hulp beloofd, niet aan meerderjarigen. Ik acht echter de opvatting van hen de meest juiste die menen dat een gezagsonderworpen zoon van minderjarige leeftijd slechts in die gevallen in de oude toestand kan worden hersteld, waarin zijn eigen belangen in het geding zijn, denk aan het geval waarin hij aansprakelijk is.'[111]

Volgens Ulpianus diende *restitutio in integrum* alleen te worden toegekend aan een gezagsonderworpen zoon, wanneer deze direct in zijn eigen belangen werd geraakt. Als voorbeeld noemt de jurist het geval waarin de *filius familias* op basis van een contract aansprakelijk kon worden gesteld.[112] Het feit dat de keizer in de zaak van Rutiliana had bepaald dat het *nalaten* van

110 Sanfilippo, *Libri Tres*, 30.

111 Ulpianus libro XI ad edictum. *Sed utrum solis patribus familiarum an etiam filiis familiarum succurri debeat, videndum. movet dubitationem, quod, si quis dixerit etiam filiis familiarum in re peculiari subveniendum, efficiet, ut per eos etiam maioribus subveniatur, id est patribus eorum: quod nequaquam fuit praetori propositum: praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus. ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filium familias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis quae ipsius intersint, puta si sit obligatus.*

112 Zie over de aansprakelijkheid van *filii familias* en hun *patres familias* Kaser, *Privatrecht*, 343-344.

een bepaalde handeling – zoals het niet betalen van de koopprijs in weerwil van een *lex commissoria* – gelijk diende te worden gesteld met een *'gestum esse'*, had als logische gevolgtrekking dat het door Ulpianus verwoorde principe ook gold ten aanzien van het nalaten van een handeling door een zoon die zich nog *in potestate* bevond: alleen wanneer de zoon in zijn eigen belangen werd geraakt, kon hij *restitutio* verlangen tegen de nadelige gevolgen van zijn nalatigheid.

D. 4,4,38,1 kent echter een complicerende bijkomstigheid, namelijk het feit dat de *filius familias* ná het nalaten van de (rechts)handeling uit de vaderlijke macht was ontslagen (*emancipatio*). Uit het vervolg van het hierboven geciteerde D. 4,4,3,4 blijkt echter impliciet dat de stelregel van Ulpianus ook gold voor het geval waarin de zoon was geëmancipeerd:

> D. 4,4,3,4 (vervolg): 'Dus als hij een verbintenis is aangegaan op bevel van zijn vader, kan de vader zeker voor het geheel worden aangesproken. De zoon kan echter ook zelf worden aangesproken tot datgene, wat hij kan doen, ongeacht of hij zich nu nog *in potestate* bevindt, of geëmancipeerd of onterfd is en hij kan zelfs op grond van een veroordelend vonnis tegen de wil van zijn vader worden aangesproken terwijl hij zich nog onder de vaderlijke macht bevindt. Als hij zelf wordt aangesproken, zal hem te hulp worden geschoten. Maar of deze hulp ook in het voordeel van de vader moet worden gegeven, zoals soms ook bij de borg van de zoon het geval is, moeten wij bezien: en ik ben van mening dat dit niet het geval mag zijn. Als dus een zoon wordt aangesproken, kan hij om hulp vragen. Als de schuldeiser de vader aanspreekt, dan is er geen bijstand mogelijk. (…)'[113]

Volgens Paulus diende hetzelfde principe te worden toegepast wanneer een geëmancipeerde *filius familias* had nagelaten een bepaalde handeling te verrichten, zo blijkt uit D. 4,4,38,1. Er kon zijns inziens alleen *restitutio* worden verleend tegen het nalaten van een (rechts)handeling, wanneer de verkrijging die hiervan vóór de emancipatie het gevolg zou zijn geweest niet ten goede zou zijn gekomen aan het vermogen van de *pater familias*, maar alleen de *filius familias* een voordeel zou hebben opgeleverd.

Waarom zag Paulus zich genoodzaakt om een dergelijke *nota* aan het keizerlijk oordeel in de zaak van Rutiliana toe te voegen? In het voorgaande is reeds duidelijk geworden dat de jurist zich geenszins kon vinden in de beslissing van de keizer noch in de onderbouwing daarvan. Door middel van de bovenstaande toevoeging aan zijn verslag beoogde Paulus de reikwijdte van het keizerlijke oordeel zoveel mogelijk te beperken door te benadrukken dat het nalaten van (rechts)handelingen door een *minor* die zich nog in *potestate* bevond slechts kon leiden tot *restitutio in integrum*, wanneer deze door het nalaten ook daadwerkelijk in zijn *eigen* belangen was geschaad.

---

113 *proinde si iussu patris obligatus sit, pater utique poterit in solidum conveniri: filius autem cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus vel exheredatus in id quod facere potest, <et quidem in potestate manens etiam invito patre ex condemnatione conveniri> (del.* Lenel*): auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur. sed an hoc auxilium patri quoque prosit, ut solet interdum fideiussori eius prodesse, videamus: et non puto profuturum. Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium: si patrem conveniat creditor, auxilium cessat:* (…)

2 D. 10,2,41 en D. 37,14,24: de verdeling van liberti en alimenta

1 Tekst en vertaling[1]

D. 10,2,41 Paulus libro primo decretorum. *Quaedam mulier ab iudice appellaverat, quod diceret eum de dividenda hereditate inter se et coheredem non tantum res, sed et libertos divisisse et alimenta, quae dari testator certis libertis iussisset: nullo enim iure id eum fecisse. ex diverso respondebatur consensisse eos divisioni et multis annis alimenta secundum divisionem praestitisse. placuit standum esse alimentorum praestationi: sed et illud adiecit nullam esse libertorum divisionem.*	Paulus in het eerste boek van de 'Decreten'. Een zekere vrouw ging in beroep tegen het vonnis van een rechter, omdat hij, zo beweerde zij, bij de verdeling van een nalatenschap tussen haar en een mede-erfgenaam niet alleen de zaken [van de nalatenschap], maar ook de vrijgelatenen had verdeeld en de toelagen voor het levensonderhoud, die de erflater had bevolen te worden verstrekt aan zekere vrijgelatenen: hij [de rechter] had dit immers zonder enig recht gedaan. Van de kant van de wederpartij werd geantwoord dat zij met de verdeling hadden ingestemd en dat zij de toelagen gedurende vele jaren volgens de verdeling hadden uitbetaald. Er is beslist dat de betaling van de toelagen gestand moest worden gedaan: maar hier voegde hij [de keizer] dit aan toe, dat de verdeling van de vrijgelatenen nietig was.
D. 37,14,24 Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum sive decretorum ex libris sex libro primo. *Camelia Pia ab Hermogene appellaverat, quod diceret iudicem de dividenda hereditate inter se et coheredem non tantum res, sed etiam libertos divisisse: nullo enim iure id eum fecisse. placuit nullam esse libertorum divisionem: alimentorum autem divisionem a iudice inter coheredes factam eodem modo ratam esse.*	Paulus in het eerste boek uit de 'Zes boeken keizerlijke uitspraken gedaan in gerechtelijke procedures' of de 'Decreten'. Camelia Pia was in beroep gegaan tegen een uitspraak van Hermogenes, omdat de rechter, zo beweerde zij, bij de verdeling van een nalatenschap tussen haar en haar mede-erfgenaam niet alleen de zaken [van de nalatenschap], maar ook de vrijgelatenen had verdeeld: hij had dit immers zonder enig recht gedaan. Er is beslist dat de verdeling van de vrijgelatenen nietig was, maar dat de verdeling van de toelagen die door de rechter op dezelfde wijze tussen de mede-erfgenamen was gemaakt geldig was.

1 Zie voor een inhoudelijke behandeling van deze zaak Sanfilippo, *Libri Tres*, 30-34 en Wankerl, *Appello,* 193-202. Zie daarnaast L. Raggi, 'Osservazioni sull'impugnazione dei giudizi divisori' *Iura* 10 (1959), 131 e.v. en idem, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano I*, Milaan: Giuffè 1961, 47 e.v., W. Litewski, 'Die römische Appellation in Zivilsachen I' *RIDA* 12 (1965), 430 (nt. 14) en, in een recensie van de monografie van Raggi, 'Sulle Impugnazioni Civili' *Labeo* 11 (1965), 225-226 en meest recent M. Peachin, 'The case of the heiress Camilia Pia' *HSPh* 96 (1994), 301-341.

2 Inleiding en feiten

Aan de *leges geminatae* D. 10,2,41 en 37,14,24 is in hoofdstuk 3 reeds de nodige aandacht besteed. Daarbij lag de nadruk op de overlevering van beide teksten en wat die ons vertelt over de twee verschillende verzamelingen van keizerlijke decreten die aan Paulus worden toegeschreven. Hieronder zal nader worden ingegaan op de inhoudelijke aspecten van beide teksten. Zij behandelen hetzelfde geval, waarbij sommige delen van de tekst (vrijwel) woordelijk overeenkomen, terwijl andere in D. 37,14,24 ontbreken. Daarentegen is D. 10,2,41 geanonimiseerd, terwijl in D. 37,14,24 zowel de eiseres als de rechter bij naam worden genoemd. De aanleiding en processuele voorgeschiedenis van het geval worden uit beide teksten duidelijk. Camelia Pia was in beroep gegaan (*appellaverat*) tegen een vonnis van de rechter (*iudex*) Hermogenes, omdat deze bij een verdeling van een nalatenschap tussen haar en haar mede-erfgenaam niet alleen alle tot de nalatenschap behorende zaken had verdeeld, maar óók de vrijgelatenen (*liberti*) en de toelagen die aan hen moesten worden betaald (*alimenta*). Volgens Camelia Pia had hij dit zonder rechtsgrond (*nullo iure*) gedaan. D. 10,2,41 vermeldt vervolgens het verweer van de wederpartij, haar mede-erfgenaam. Deze beweerde dat beide partijen met deze verdeling hadden ingestemd en hier ook gedurende meerdere jaren uitvoering aan hadden gegeven. De keizer oordeelde dat de verdeling van de vrijgelatenen nietig was, maar dat de verdeling van de *alimenta* wel rechtsgeldig was en moest (blijven) worden uitgevoerd.[2] De verschillen tussen beide teksten kunnen schematisch als volgt worden weergegeven (in het onderstaande zullen beide teksten zoveel mogelijk in onderlinge samenhang worden behandeld):

2 Opvallend is de volgorde waarin de beslissing van de keizer in beide fragmenten wordt verwoord. In D. 10,2,41 wordt de geldigheid van de verdeling van de *alimenta* als eerste vermeld, terwijl in D. 37,14,24 juist de nietigheid van de verdeling van de vrijgelatenen voorop wordt gesteld. Zie hierover ALD, paragraaf 3.3.2.2.

D. 10,2,41	**D. 37,14,24**
Paulus libro primo decretorum.	Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum sive decretorum ex libris sex libro primo
Quaedam mulier ab iudice appellaverat, quod diceret eum de dividenda hereditate inter se et coheredem non tantum res, sed et libertos divisisse ***et alimenta, quae dari testator certis libertis iussisset:***	*Camelia Pia ab Hermogene appellaverat, quod diceret iudicem de dividenda hereditate inter se et coheredem non tantum res, sed etiam libertos divisisse:*
nullo enim iure id eum fecisse.	*nullo enim iure id eum fecisse.*
ex diverso respondebatur consensisse eos divisioni et multis annis alimenta secundum divisionem praestitisse.	
placuit standum esse alimentorum praestationi: sed et illud adiecit nullam esse libertorum divisionem.	*placuit nullam esse libertorum divisionem: alimentorum autem divisionem a iudice inter coheredes factam eodem modo ratam esse.*

Door de jaren heen is de zaak van Camelia Pia niet onopgemerkt gebleven. Opvallend is desondanks dat er weinig overeenstemming is bereikt over de inhoud van beide teksten. Dit heeft onder meer te maken met het feit dat de tekst lange tijd als geïnterpoleerd is beschouwd.[3] Zo meent Chiazzese dat de laatste zin van D. 10,2,41 (het oordeel van de keizer, *placuit…divisionem*) zwaar is geïnterpoleerd en suggereert een geheel nieuwe afsluiting, namelijk:

> *<Divi Severus et Antoninus (?) in haec verba decreverunt: 'nullo iure iudicem libertos inter coheredes divisisse, alimentorum tamen divisionem ratam videri aequum esse, ac si libertorum divisio ex causa alimentorum, auctoritate consulum interposita, facta esset.'>*[4]

Sanfilippo gaat nog een stap verder en meent dat ook de zin die in D. 10,2,41 hieraan voorafgaat en die het verweer van de wederpartij bevat (*ex diverso…praestitisse*) een interpolatie is. Hij noemt hier twee redenen voor. Om te beginnen is hij van mening dat de figuur van berusting, waar het eerste deel van het verweer volgens hem op is gericht, tot het Justiniaanse recht

3 Zie Sanfilippo, *Libri Tres*, 30 e.v. in navolging van en toevoeging op L. Chiazzese, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni Giustinianee* (= *ASGP* 16), Cortona: Stab. Tipografico Commerciale 1931, 369-371. De teksten zijn niet opgenomen in de *Index Interpolationum* (E. Levy, L. Mitteis & E. Rabel, *Index interpolationum que in iustiniani digestis inesse dicuntur*, Weimar: Böhlau 1929).

4 Chiazzese, *Confronti*, 369-371.

behoort.[5] Daarnaast wijst hij op het feit dat in het klassieke én Justiniaanse recht geen appel kon worden ingesteld tegen een vonnis dat enkele jaren eerder was gewezen, aangezien dit in strijd zou zijn met de appeltermijnen in beide periodes.[6] Dit laatste heeft volgens Sanfilippo als gevolg dat het hier ook niet om een interpolatie door de compilatoren kan gaan, aangezien de interpolatie in dat geval niet eens naar geldend Justiniaans recht zou kunnen verwijzen. Hij meent daarom dat het wellicht zou gaan om een glosse die per ongeluk op enig moment in de brontekst is opgenomen.[7] Beide interpolatievermoedens lijken mij niet aannemelijk, te minder omdat de tekst twee keer in nagenoeg identieke bewoordingen is overgeleverd.[8] Zoals hieronder zal worden aangetoond, berusten zij op een onaannemelijke interpretatie van de teksten, terwijl er ook een bevredigende uitleg van de tekst zonder emendaties of interpolaties mogelijk is.[9]

3 Juridisch kader

Het door Paulus beschreven geval gaat over de verdeling van een nalatenschap en in het bijzonder de verdeling van vrijgelatenen en *alimenta* na het overlijden van de patroon. Ter nadere toelichting dient daarbij het volgende te worden opgemerkt.

Wanneer een slaaf werd vrijgelaten, werden niet alle banden met zijn voormalig meester doorgesneden. De relatie tussen een vrijgelatene (*libertus*) en zijn meester werd sociaal en juridisch gedefinieerd in termen van patronage, die was gebaseerd op de dankbaarheid voor het *beneficium* van de vrijlating: de vrijgelatene kwam als cliënt in een patronageverhouding te staan tot zijn voormalig meester, die nu de titel van *patronus* verkreeg.[10]

---

5 Sanfilippo, *Libri Tres*, 32 onder verwijzing naar B. Biondi, 'Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano' in: *Studi in onore di P. Bonfante*, deel 4, Milaan: Fratelli Treves 1930, 100.

6 De appeltermijn bedroeg in het klassieke Romeinse recht één, twee of drie dagen, afhankelijk van de vraag hoe het appel werd ingesteld en of men in eigen belang of dat van een ander handelde, vgl. D. 49,4,1,11 en 13. Zie over de appeltermijn ook ALD, paragraaf 2.2.4.1.

7 Sanfilippo, *Libri Tres*, 32.

8 Zie ook Peachin, 'The case', 305-307 en Wankerl, *Appello,* 195.

9 Hier kan overigens nog aan worden toegevoegd dat voor de 'originele' bewoording van de beslissing, zoals deze door Chiazzese wordt verwoord, geen ondersteuning kan worden gevonden in de *Decreta* en de *Imperiales Sententiae* zelf. Niet alleen komen we nergens een meervoudsvorm van *decernere* tegen (hetzelfde geldt voor *pronuntiare*), ook de constructie van *decernere* in combinatie met de woorden *in haec verba* komt in geen van de andere teksten voor.

10 Zie voor het *beneficium* van de vrijlating bijvoorbeeld D. 38,2,1 *pr*. Zie over de patronageverhouding tussen vrijlater en vrijgelatene M. Kaser, 'Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene' *ZSS* 58 (1938), 88-135, G. Fabre, *Libertus. Recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la république romaine,* Rome: Ecole Française de Rome 1981, J.F. Gardner, *Being a Roman citizen,* Londen etc.: Routledge 1993, 7 e.v. en meest recent H. Mouritsen, *The freedman in the Roman world,* Cambridge: Cambridge University Press 2011, 36 e.v.

In de praktijk ontstond er vaak een quasi-filiale relatie tussen beiden en werd óók de vrijgelatene gezien als onderdeel van de *familia* van de voormalige meester.[11] De positie van de vrijgelatene werd geformaliseerd door zijn nieuwe naam. Niet alleen werd de familienaam (*nomen*) van de voormalig meester door hem overgenomen, ook kreeg hij een pseudo-filiatie, die ook wel de 'libertinatie' wordt genoemd.[12] De opname in de *familia* van de patroon bracht een grote morele autoriteit van de voormalig meester over de vrijgelatene met zich mee. Hiernaast had hij als patroon ook bepaalde (juridisch afdwingbare) rechten en privileges ten opzichte van zijn voormalige slaaf.[13] Om te beginnen was de vrijgelatene hem *obsequium* ('respect') verschuldigd. Hij was verplicht de patroon en zijn familie met respect te behandelen en geen gedragingen te ondernemen die hen op enigerlei wijze zouden kunnen schaden.[14] In het kader hiervan kon de *libertus* bijvoorbeeld niet worden gedwongen om tegen zijn patroon te getuigen[15] en mocht hij alleen met toestemming van de *praetor* een proces tegen zijn voormalige meester beginnen.[16] Indien de *libertus* niet of niet voldoende respect aan zijn patroon had betoond, kon de laatste de vrijgelatene in rechte tot de orde roepen door middel van de *accusatio ingrati liberti.*[17] Naast het recht op *obsequium* had de patroon erfrechtelijke aanspraken op het vermogen van de vrijgelatene.[18] Ten tijde van het Principaat verkreeg de patroon op grond van de *lex Papia Poppaea* van 9 n. Chr. altijd een deel van het vermogen van zijn vrijgelatene bij diens overlijden,[19]

11 Mouritsen, *Freedman*, 37 e.v.

12 Fabre, *Libertus*, 125-127 en Mouritsen, *Freedman*, 37-42.

13 Benadrukt moet worden dat de *libertus* niet onder de *patria potestas* (of een soortgelijke *potestas patronalis*) van de patroon viel, zie Kaser, *Privatrecht*, 298-301, Gardner, *Roman citizen*, 24 en Mouritsen, *Freedman*, 53.

14 Gardner, *Roman citizen*, 23-25 en Mouritsen, *Freedman*, 53 e.v. Zie ook titel 37,15 van de Digesten (*De obsequiis parentibus et patronis praestandis)* die betrekking heeft op dit onderwerp en verder bijvoorbeeld C. Masi Doria, *Civitas operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napels: Jovene 1993, 111 e.v.

15 D. 22,5,4.

16 D. 2,4,4,1. Indien de vrijgelatene zonder toestemming een procedure begon, kon de patroon een boete van HS 10.000 van hem eisen, zie Gai. 4,46.

17 D. 37,14,19. De mogelijkheid tot het instellen van deze aanklacht is afkomstig uit de *lex Aelia Sentia* (vgl. D. 50,16,70). Zie voor de procedure en mogelijke straffen D. 37,14,1. Zie verder Kaser, 'Geschichte', 128 e.v., Gardner, *Roman citizen*, 41-48, Mouritsen, *Freedman*, 54-56 en A. Wilinski, 'Intorno all' "accusatio" e "revocatio in servitutem" del liberto ingrato' in: *Studi in onore di Edoardo Volterra*, deel 2, Milaan: Giuffrè 1971, 559-569.

18 Het werd onbillijk geacht dat er voor de patroon geen enkele aanspraak meer op het vermogen van zijn vrijgelatenen bestond, vgl. Gai. 3,40. Zie over deze aanspraken ook Gardner, *Roman citizen*, 21-23.

19 Ongeacht of de vrijgelatene een testament had gemaakt of niet, vgl. Gai. 3,41.

tenzij deze drie of meer kinderen had.[20] Verder was de *libertus* verplicht om zijn patroon in tijden van nood te onderhouden.[21] Tot slot had de patroon een recht op *operae*, dat wil zeggen een bepaald aantal dagen van diensten en werkzaamheden,[22] die hij zich doorgaans voor de vrijlating liet toezeggen en na de vrijlating middels een eed of een stipulatie afdwingbaar maakte.[23] Tezamen werden deze rechten wel aangeduid als het '*ius patronatus*'. Om ze uit te kunnen oefenen was de patroon van zijn zijde verplicht om de vrijgelatene in diens levensonderhoud te voorzien (*alimenta*) wanneer de laatste hierom vroeg.[24] Het betrof echter slechts een morele verplichting, dat wil zeggen een natuurlijk verbintenis,[25] die door de vrijgelatene niet in rechte kon worden afgedwongen.[26] Hij werd echter door de *lex Aelia Sentia* van 4 n. Chr. tegemoet gekomen, in die zin dat als de patroon niet aan zijn plicht voldeed, deze dan op grond van die wet zijn patronagerechten verloor.[27] Keren wij nu, dit vastgesteld hebbende, terug naar de casus van Camelia Pia.

Uit D. 10,2,41/37,14,24 blijkt dat de erflater de patroon van verschillende *liberti* was. Wat gebeurde er nu met de rechten die voortvloeiden uit deze verhouding wanneer de patroon kwam te overlijden, zoals het geval is in de teksten van Paulus? Uit een tekst van Modestinus blijkt dat bij het overlijden van de patroon diens patronale rechten in beginsel overgingen op zijn nakomelingen:[28]

---

20 Zie Gai. 3,42: indien de vrijgelatene geen of één zoon of dochter had, kwam aan de patroon de helft van de nalatenschap toe, indien hij twee kinderen had een derde en indien hij drie of meer kinderen had niets. Zie hierover ook Voci, *DER I*, 331 e.v. Zie voor de ontwikkeling van dit recht van de patroon Gai. 3,40-42 en Gardner, *Roman citizen*, 21-23 en Mouritsen, *Freedman*, 41-42.

21 Zie bijvoorbeeld: D. 1,12,1,2; D. 25,3,5 (i.h.b. D. 25,3,5,18-19); D. 29,2,73; D. 38,1,41. Deze onderhoudsplicht gold overigens op gelijke wijze voor kinderen jegens hun ouders. Gardner rekent deze plicht onder het recht van *obsequium*, Gardner, *Roman citizen*, 24.

22 D. 38,1,1.

23 Zie over *operae* titel 38,1 van de Digesten (*De operis libertorum*) en in de moderne literatuur W. Waldstein, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven,* Stuttgart: Steiner Verlag Wiesbaden 1986. Zie over de eed of stipulatie in het bijzonder D. 38,1,7,2, D. 38,1,15,1 en D. 38,1,37 *pr.* en voor de afdwingbaarheid hiervan D. 38,1,2,1 en D. 38,1,7 *pr.*

24 Dit kan worden afgeleid uit D. 25,3,6 *pr.* en D. 38,2,33.

25 Zimmerman stelt dat in het geval van morele verplichtingen een natuurlijke verbintenis ontstond: 'They refer to merely moral or ethical and, in this sense, "natural" duties: (…)', zie Zimmerman, *The Law of obligations*, 9. Een belangrijk ander voorbeeld van de natuurlijke verbintenis is het geval waarin een *libertus operae* heeft verricht die hij juridisch gezien niet verschuldigd was. Zie hiervoor D. 12,6,26,12, waarover Waldstein, *Operae*, 363 e.v. en P.L. Landolt, '*Naturalis obligatio' and bare social duty*, Keulen etc.: Böhlau 2000, 33-101. Zie over de natuurlijke verbintenis in het algemeen Kaser, *Privatrecht*, 480-482 en Landolt, *Naturalis obligatio*, 177-226.

26 D. 25,3,6 *pr.*: *non autem necesse habebit praestare, etiamsi potest*. Zie voor de inhoud van deze verplichting D. 34,1,6.

27 Zie wederom D. 25,3,6 *pr.* en D. 38,2,33.

28 Zie over de overerfbaarheid van deze rechten ook Waldstein, *Operae*, 321 e.v. en Voci, *DER I*, 331 e.v.

> D. 38,4,8: 'Hoewel de nakomelingen (*liberi*)[29] van de patroon ook zelf in de meeste gevallen het recht van de vrijlater toekomt, kunnen zij toch niet de vrijgelatene van hun vader toewijzen aan hun eigen kinderen, ook al is hij aan hen toegewezen door een ouder: dit is ook de mening van Julianus en Marcellus.'[30]

Ook uit andere bronnen blijkt dat de hierboven genoemde rechten aan de nakomelingen van de patroon toekwamen. Zo stelt Gaius in zijn Instituten dat ook de zoon, kleinzoon en achterkleinzoon van de patroon aanspraak konden maken op een deel van de nalatenschap van de *libertus*.[31] Uit D. 2,4,4,1 en het hierbij aansluitende C. 2,2,2 (Gordianus, 239 n. Chr.) blijkt dat de vrijgelatene op grond van de *ratio naturalis* verplicht was eer en respect te betonen aan de kinderen en de ouders van zijn patroon, waaruit kan worden afgeleid dat ook de kinderen van de patroon het recht op *obsequium* hadden.[32] Ook het recht op *operae* ging over op de nakomelingen van de patroon.[33] Uit D. 25,3,5,20 en D. 29,2,73 blijkt tot slot dat ook de onderhoudsverplichtingen van de vrijgelatene jegens zijn patroon overgingen op diens nageslacht. Hier stond tegenover dat ook in het geval van de nakomelingen gold dat zij het *ius patronatus* alleen konden uitoefenen zolang zij voldeden aan hun morele plicht om de vrijgelatene te onderhouden wanneer dit nodig was, vgl. D. 38,2,33. Benadrukt moet worden dat deze rechten onafhankelijk van het civiele erfrecht, dat wil zeggen los van het *vermogen* van de patroon, op de nakomelingen overgingen, zoals volgt uit onderstaande teksten:

> D. 37,14,9 *pr.:* 'Zonen die afstand doen van de nalatenschap van hun vader, doen geen afstand van het recht, dat zij tegen de vrijgelatenen van hun vader hebben: hetzelfde geldt voor een geëmancipeerde zoon.'[34]

> D. 37,14,4: 'De vergoddelijkte Severus en Antoninus hebben zeer welwillend in een rescript te kennen gegeven dat de rechten ten aanzien van de vrijgelatenen voor de nakomelingen van de patronen behouden blijven, wanneer hun vader is veroordeeld wegens hoogverraad, net zoals de rechten ten aanzien van vrijgelatenen behouden blijven voor nakomelingen van personen die om een andere reden gestraft zijn.'[35]

---

29 Met het woord *liberi* konden zowel kinderen als de kleinkinderen en achterkleinkinderen van de patroon worden aangeduid, vgl. D. 50,16,220 *pr*. Zie ook Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 313.

30 Modestinus libro septimo differentiarum. *Liberi patroni quamquam et ipsi in plerisque causis manumissoris iure censentur, tamen paternum libertum liberis suis adsignare non potuerunt, etiamsi eis a parente fuerit adsignatus: idque et Iulianus et Marcellus probant.*

31 Gai. 3,45.

32 Zie ook Voci, *DER I,* 373-375 en Waldstein, *Operae*, 321-322.

33 D. 38,1,7,6, D. 38,1,22,1 en D. 50,16,70. Hierbij was niet van belang of zij op het moment van het overlijden van de patroon onder diens vaderlijk gezag stonden of niet, zie D. 38,1,7,8. Zie over de overgang van het recht op *operae* Waldstein, *Operae*, 326-338.

34 Modestinus libro nono regularum. *Filii hereditate paterna se abstinentes ius, quod in libertis habent paternis, non amittunt: idem et in emancipato.*

35 Marcianus libro quinto institutionum. *Iura libertorum patronorum liberis, cum pater eorum erat perduellionis damnatus, salva esse divi Severus et Antoninus benignissime rescripserunt, sicut ex alia causa punitorum liberis iura libertorum salva sunt.*

In het eerste geval behoudt een zoon die gebruik heeft gemaakt van het *beneficium abstinendi*[36] (en daarom in beginsel niks meer met de nalatenschap te maken heeft),[37] wel zijn rechten tegen de vrijgelatenen van zijn vader.[38] In het tweede geval behouden de kinderen van een vader die wegens hoogverraad (*perduellio*) was veroordeeld hun rechten ten aanzien van diens vrijgelatenen, terwijl (een deel van) diens vermogen in beslag werd genomen door de keizerlijke *fiscus*.[39] Hieruit volgt de conclusie dat het *ius patronatus*, net als de familie *sacra* en het *ius sepulchri,* niet behoorde tot de nalatenschap[40] en in beginsel alleen overging op agnatische nakomelingen (vgl. het consequente gebruik van *liberi* in de hierboven aangehaalde bronnen) van de patroon.[41] Vaak zullen de agnatische nakomelingen van de patroon echter ook diens erfgenamen zijn geweest. Blijkens de formulering van D. 10,2,41 en D. 37,14,24 was dit ook het geval in de zaak van Camelia Pia. Daarom zal in het onderstaande steeds worden uitgegaan van de situatie waarbij de *liberi* van de erflater ook diens erfgenamen zijn.

Vaak trof de patroon ten aanzien van zijn vrijgelatenen voorbereidingen voor zijn dood. Zo kon hij zijn vrijgelatenen toewijzen aan één of meerdere verschillende erfgenamen, de zogeheten *adsignatio libertorum.*[42] In dit geval werd alleen de aangewezen persoon de beschermheer of beschermvrouw van de vrijgelatene, als had hij of zij zelf de slaaf vrijgelaten.[43] Een dergelijke toewijzing door de patroon had een aantal voordelen. Aan de ene kant was het duidelijk voor zowel de vrijgelatene als de erfgenaam aan wie de prestaties die het *ius patronatus* behelsde moesten worden verricht. Aan de andere kant vergemakkelijkte dit de uitvoering van de verplichting van de erfgenamen tot het verstrekken van *alimenta* aan de vrijgelatene. Aangezien dit een deelbare verbintenis was, werd zij van rechtswege over de erfgenamen

36 De *sui heredes* van een erflater, dat wil zeggen zijn echtgenote *in manu*, kinderen en slaven die bij testament waren vrijgelaten, konden een nalatenschap naar *ius civile* niet verwerpen. De *praetor* bood hun echter de mogelijkheid om zich niet met de boedel in te laten en zich op deze wijze van het erfgenaamschap te onthouden (*se abstinere*). Zie hierover Voci, *DER I,* 578 e.v. en Kaser, *Privatrecht*, 714-715.

37 De *praetor* weigerde aan en tegen hem alle acties die verbonden waren met de nalatenschap, zie D. 29,2,57 *pr.* en D. 29,2,99.

38 Paulus vermeldt in D. 29,2,73 expliciet dat wanneer een zoon onderhoud eiste van de vrijgelatene van zijn vader, hij zich niet mengde in de boedel (*se immiscere)* en dus geacht werd zich nog steeds van het erfgenaamschap te onthouden.

39 Zie ook paragraaf 4.1 *infra.*

40 Sanfilippo, *Libri Tres,* 32; Voci, *DER I*, 322 en 331 e.v.; Kaser, *Privatrecht*, 299 en 674; Walstein, *Operae*, 323-325; Peachin, 'The case', 307-308.

41 Kaser, *Privatrecht*, 299 en 674. Over dit punt bestaat enige discussie naar aanleiding van een constitutie van Gordianus uit 239 (C. 2,2,2). Deze tekst is echter waarschijnlijk geïnterpoleerd, zie Waldstein, *Operae*, 321 e.v. en i.h.b. nt. 5.

42 Zie hierover Titel 38,4 van de Digesten (*De adsignandis libertis*) en i.h.b. D. 38,4,1 *pr.* De bevoegdheid om de vrijgelatenen toe te wijzen vindt zijn origine in het *Senatus Consultum Ostorianum* van circa 41 n. Chr.

43 Vgl. D. 38,4,1 *pr.*: '(…) *solus ei patronus solave patrona esset, perinde atque si ab eo eave libertatem consecutus consecuta est.*'

verdeeld.[44] Dit had als gevolg dat de vrijgelatenen bij iedere erfgenaam een (klein) deel van de aan hem verschuldigde *alimenta* moesten opeisen, hetgeen onpraktisch en verwarrend kon zijn.[45] Door de *libertus* aan één erfgenaam toe te wijzen kon deze situatie worden vermeden. Immers, de toewijzing van een *libertus* aan een specifieke erfgenaam had tot gevolg dat de verplichting tot het betalen van *alimenta* ook aan hem werd toegewezen, aangezien de betaling van het levensonderhoud van de vrijgelatene was verbonden met de uitoefening van het *ius patronatus*. Een *adsignatio* was vormvrij en kon zowel bij leven als in een testament geschieden (D. 38,4,1,3). Het is belangrijk om op te merken dat blijkens het hierboven reeds geciteerde D. 38,4,8 de bevoegdheid tot toewijzing niet toekwam aan de nakomelingen van de patroon, zelfs niet wanneer de *libertus* aan henzelf door een ouder was toegewezen. De mogelijkheid tot het toewijzen van een vrijgelatene aan één persoon en diens descendenten zonder rechterlijke tussenkomst bestond dus alleen voor de patroon zelf. Naast de bevoegdheid tot toewijzing had de patroon ook nog de mogelijkheid bepalingen in zijn testament op te nemen over de *alimenta* die zijn nakomelingen verschuldigd waren aan zijn vrijgelatenen. Dit soort beschikkingen kwam zo vaak voor dat er in de Digesten een gehele titel (D. 34,1: *De alimentis vel cibariis legatis*) aan is gewijd.[46]

Het was echter goed mogelijk dat de patroon plotseling kwam te overlijden of geen regelingen ten aanzien van zijn vrijgelatenen had getroffen. Ook dan was een verdeling van de *liberti* en de *alimenta* over de verschillende nakomelingen mogelijk. Een verdeling van een nalatenschap, dat wil zeggen het vermogen van de erflater, werd afgedwongen in een formulaprocedure bij de *praetor* middels de zogeheten *actio familiae erciscundae* (waarover hieronder meer). Zoals hierboven echter bleek, behoorde het *ius patronatus* niet tot de nalatenschap van de erflater en daarom konden de rechten ten aanzien van vrijgelatenen in een dergelijke procedure niet worden verdeeld. Tot het maken van een verdeling van de vrijgelatenen waren slechts de consuls bevoegd,[47] zoals blijkt uit D. 34,1,3:[48]

---

44 Zie hierover paragraaf 4.2 *infra.*

45 Zo ook Ulpianus in D. 34,1,3.

46 Vgl. ook expliciet D. 34,1,3. Zie ook Waldstein, *Operae*, 177 nt. 68 onder verwijzing naar een groot aantal vindplaatsen in de Digesten.

47 De consuls kregen van Augustus en zijn opvolgers verschillende rechterlijke bevoegdheden toegewezen, mogelijk ter compensatie van hun machtsverlies door het ontstaan van het Principaat. Zie hierover Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 462-463. Vanaf Antoninus Pius waren zij de bevoegde rechterlijke instantie voor geschillen over alimentatie en de civiele status van personen in Rome, zie Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 455, 457 en 463.

48 Zie bijvoorbeeld ook D. 25,3,5,18 en D. 25,3,5,20 over hun bevoegdheid in zaken die de alimentatieplicht van de vrijgelatenen betroffen.

> D. 34,1,3: 'De consuls plegen vanwege de *alimenta* de vrijgelatenen te verdelen, wanneer er meerdere erfgenamen zijn, opdat zij niet in verwarring raken terwijl zij bij elke individuele erfgenaam de *alimenta* in kleine stukjes opeisen: een dergelijke verdeling moet op gelijke wijze worden geëerbiedigd als wanneer de *pater familias* de *liberti* zelf had verdeeld. Ook zijn ze gewoon om één persoon aan te wijzen, door wie de *alimenta* moeten worden uitbetaald, hetzij op grond van de wil van de erflater, hetzij op grond van hun eigen oordeel, zoals de onderstaande rescripten aantonen: (…)'[49]

Uit deze tekst blijkt dat de consuls de vrijgelatenen plachten te verdelen vanwege de betaling van de *alimenta*, zodat de vrijgelatenen niet bij iedere erfgenaam een deel hiervan hoefden op te eisen. Een dergelijke verdeling had dezelfde rechtskracht als een verdeling die door de patroon zelf was gemaakt. Eenzelfde resultaat kon, aldus Ulpianus, ook worden bereikt door de verplichting tot uitkering van *alimenta* zelf aan één persoon toe te wijzen.

Tegen deze achtergrond moet de procedure van Camelia Pia worden bezien. Uit de teksten van Paulus blijkt dat zij en één andere persoon bij testament als mede-erfgenamen (*coheredes*) waren ingesteld. Naast de boedel had de erflater ook *liberti* achtergelaten, zonder deze zelf te verdelen tussen haar en haar mede-erfgenaam. Wel had hij in zijn testament een regeling getroffen voor de *alimenta* die aan zijn vrijgelatenen verschuldigd waren. Op enig moment gingen Camelia Pia en haar mede-erfgenaam over tot scheiding en deling van de nalatenschap. In het onderstaande zal eerst enige aandacht aan de identiteit van partijen en de procedure in eerste aanleg worden besteed, alvorens over te gaan tot de behandeling van de appelprocedure bij keizer.

4 Partijen, rechter en procedure in eerste aanleg

4.1 De erflater, Camelia Pia en haar mede-erfgenaam

Op basis van de bovenstaande vaststellingen kunnen we een aantal aanwijzingen opstellen voor de identificatie van de erflater, Camelia Pia en haar mede-erfgenaam. Voorop moet worden gesteld dat Camelia een alternatieve spelling is voor het meer gangbare *nomen gentilicium* 'Camilia'.[50] We zijn dus op zoek naar een familie in de 2e en 3e eeuw n. Chr. waarin de naam 'Camilius' voorkwam. Daarnaast blijkt uit de tekst dat Camelia Pia slechts één

---

49 Ulpianus libro secundo de officio consulis. *Solent <iudices> [consules] ex causa alimentorum libertos dividere, quotiens plures sunt heredes, ne a singulis heredibus minutatim alimenta petentes distringantur: quam divisionem perinde tueri opportet atque si pater familias ipse libertos divisisset. Solent et unum eligere, per quem alimenta praestentur, aut ex voluntate defuncti aut arbitrio suo, ut rescripta subiecta ostendunt: (…). Iudices* is hier zeer waarschijnlijk geïnterpoleerd voor *consules,* zoals Lenel aangeeft (Lenel, *Palingenesia II,* 955). Zie bijvoorbeeld ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 32-33, Peachin, 'The case', 308 en Wankerl, *Appello,* 197. Het belangrijkste argument hiervoor is dat de tekst afkomstig is uit Ulpianus' *De officio consulis libri tres* en dus wel over een werkzaamheid van de consuls moet gaan.

50 Zie Peachin, ' The case', 301 nt. 1 onder verwijzing naar W. Schultze, *Zur Geschichte lateinischer Eigennamen,* Berlijn: Weidmann 1933, 440.

mede-erfgenaam had, er wordt immers gesproken over een '*divisio inter se et coheredem*'. Bovendien moeten Camelia Pia en de mede-erfgenaam verwanten van elkaar zijn geweest en beide agnatische nakomelingen van de erflater. Immers, *liberti* gingen alleen over op de *liberi* van de patroon. Dit betekent dat Camelia Pia en de andere erfgenaam ofwel kinderen ofwel (achter) kleinkinderen van de erflater moeten zijn geweest. Tot slot blijkt uit de tekst dat er sprake is van een erflater die een geldig testament heeft gemaakt. In D. 10,2,41 wordt immers gesproken over '*alimenta, quae dari testator certis libertis iussisset*'. Dit heeft als gevolg dat de erflater niet alleen Romeins burger moet zijn geweest, maar ook bekwaam om geldig een testament te kunnen maken.

Peachin[51] meent dat Camelia Pia behoorde tot één van de invloedrijkste en meest roemruchte families uit de Severische periode, de familie van C. Iulius Asper (*cos. II ord.* 212)[52] en zijn zoon C. Iulius Camilius Galerius Asper (*cos. ord.* 212).[53] Zijn belangrijkste argumenten hiervoor zijn dat de naam Camilius (of Camilia) weinig voorkwam in de toenmalige senatoriale orde en haar zaak speelt in de tijd waarin de invloed van deze familie op zijn top was.[54] De vraag is vervolgens, waar zij in de familiestamboom moet worden geplaatst. Volgens Peachin komen daarvoor twee plaatsen in de stamboom in aanmerking. Camelia Pia kan de ons niet bekende echtgenote van C. Iulius Asper zijn geweest, in welk geval zij de naam Camilius in de familie heeft geïntroduceerd, of diens dochter en dus de zus van C. Iulius Camilius Galerius Asper, in welk geval de naam Camilius al ergens in de familie moet zijn voorgekomen.[55] Peachin identificeert haar als de laatste, dat wil zeggen de dochter van C. Iulius Asper. Deze keuze is gebaseerd op het feit dat hij C. Iulius Asper als de *testator* uit D. 10,2,41/37,14,24 wil aanmerken. Hij komt tot deze identificatie op grond van de volgende overwegingen.[56] C. Iulius Asper was in 212 samen met zijn zoon consul.[57] Tegelijkertijd oefende hij vanaf het einde van 211 het ambt van *praefectus urbi* uit.[58] Het ging de familie in 212 dus voor de wind, maar hier kwam snel een einde aan. Cassius Dio bericht ons over de neiging van Caracalla om personen eerst te eren met hoge ambten en andere eerbewijzen, om ze vervolgens van

51 Peachin, 'The case', 313-331. Zijn identificatie van Camelia Pia is van doorslaggevend belang voor zijn uiteindelijke uitleg van de tekst. Dit is echter niet nodig, zoals hieronder zal worden aangetoond.

52 *PIR*² I 182. Zie ook H. Halfmann, *Die Senatoren aus dem östlichem Teil des Imperium Romanum bis zum Ende des 2. Jh. n. Chr.*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht 1979, nr. 134 (p. 200).

53 *PIR*² I 334.

54 Peachin, ' The case' , 313-314.

55 Peachin overweegt hiernaast de mogelijkheid dat zij een kleinkind van C. Iulius Asper was, maar verwerpt deze direct: Peachin, 'The case', 319-320.

56 Zie voor de gehele argumentatie Peachin, 'The case', 320-327. De hierna beschreven feiten en redenering zijn hieraan ontleend.

57 *PIR*² I 182. Zie verder Leunissen, *Konsuln und Konsulare*, 225.

58 *PIR*² I 182.

de ene op de andere dag zonder reden in ongenade te laten vallen. Eén van zijn eerste slachtoffers was volgens Dio onze C. Iulius Asper:

> Dio *Hist*. 77(78),5,3: 'Julianus Asper,[59] die niet gemakkelijk veracht kan worden door zowel zijn opvoeding als zijn verstand, heeft hij [Caracalla], nadat hij hem en zijn zoons eerst had verheven en hij omringd door vele *fasces* rondliep, vervolgens opeens enorm beledigd en in grote angst en met geweld naar zijn vaderland gestuurd.'[60]

Een mogelijke verklaring voor deze verbanning is de verijdelde moordaanslag op Fabius Cilo, een oude vriend van Septimius Severus,[61] in 212. Deze Fabius Cilo was bij Caracalla in ongenade gevallen en de keizer had het bevel gegeven hem te vermoorden. De aanslag werd echter verijdeld door de *urbaniciani*, die onder het bevel stonden van de *praefectus urbi*, dat wil zeggen onder bevel van C. Iulius Asper.[62] Het is goed mogelijk dat Caracalla Asper om het ingrijpen van diens ondergeschikten wegens hoogverraad (*maiestas*)[63] uit Rome heeft verbannen. Hoewel op hoogverraad in beginsel de doodstraf stond,[64] kon bij een dergelijk misdrijf de delinquent – mits hij behoorde tot elite van de samenleving – ook worden verbannen naar een onaangenaam oord (meestal een eiland), de zogeheten *deportatio*.[65] Peachin meent dat de litigieuze nalatenschap en de verbanning van Asper met elkaar in verband moeten worden gebracht. Hij meent dat Asper's verbanning naar diens vaderland als gevolg had dat hij zijn vermogen gedwongen moest afstaan aan zijn erfgenamen. Om tot deze verbinding te komen, moet Peachin de nodige juridische hobbels nemen. Het is inderdaad zo dat in het geval van *deportatio* de balling zowel zijn burgerrecht als zijn vermogen verloor[66] en dat dat vermogen meestal deels naar de erfgenamen en deels naar de fiscus ging.[67] De *deportatio* van Asper kon dus inderdaad als gevolg hebben dat een deel van zijn vermogen aan zijn kinderen werd uitgekeerd.

---

59 Zie over het gebruik van Julius en Julianus, U.P. Boissevain, *Cassii Dionis Cocceiani Historiarum Romanarum quae supersunt*, deel 3, Berlijn 1896-1931, 378.

60 ὅτι τὸν Ἄσπρον τὸν Ἰουλιανὸν οὐδ' ἄλλως εὐκαταφρόνητον καὶ διὰ παιδείαν καὶ διὰ φρόνημα ὄντα ἐξάρας ὁμοίως καὶ τοὺς υἱοὺς αὐτοῦ, καὶ ἐν πολλαῖς τοσαύταις ῥάβδοις ὁμοῦ ἐμπομπεύσαντα, προεπηλάκισε παραχρῆμα δεινῶς καὶ ἐς τὴν πατρίδα μεθ' ὕβρεως καὶ μετὰ δέους ἰσχυροῦ ἀπέπεμψε.

61 *PIR*² F 27. Zie over hem verder H.U. Instinsky, 'Die Herkunft des L. Fabius Cilo' *Philologus* 96 (1944), 293-294 en E. Groag, *RE* VI.2 (1909), s.v. Fabius (nr. 65), 1763 e.v.

62 Zie in die zin Peachin,' The case', 320-321 en K. Dietz, 'Fabius Cilo und die Urbaniciani. Unerkannt gebliebene Suffektkonsuln des Jahres 212 n. Chr.' *Chiron* 13 (1983), i.h.b. 397 e.v.

63 Zie over deze twee begrippen Mommsen, *Strafrecht*, 537 e.v. Zie over het *crimen maiestatis* ook BZD, nr. 27 (D. 48,19,40).

64 *PS* 5,29,1. Zie ook BZD, nr. 27 (D. 48,19,40) sub 3.

65 De *deportatio* en haar ontwikkeling worden behandeld in BZD, nr. 27 (D. 48,19,40) sub 3.

66 Zie bijvoorbeeld D. 48,13,3, D. 48,19,2,1 en *PS* 5,23,11; 13 en 18. Daarnaast Mommsen, *Strafrecht*, 956-957 en 1005-1006.

67 Peachin, 'The case', 325-326, i.h.b. nt. 59. Zie in die zin ook Mommsen, *Strafrecht*, 1006. Reden hiervoor was de gedachte dat de misdaad van de vader niet de (vermogensrechtelijke) belangen van de kinderen al te zeer mocht schaden, zie D. 48,20,7.

Daarmee is Peachin er echter nog niet. Cassius Dio vermeldt expliciet dat Asper werd teruggestuurd naar zijn vaderland en niet naar een afgelegen eiland. Dit wijst in de richting van een andere, lichtere vorm van verbanning, namelijk de zogeheten *relegatio*.[68] In het geval van *relegatio* verloor de balling juist niet zijn burgerrecht en mocht hij ook zijn vermogen behouden.[69] Peachin meent daarom dat Asper een 'tailor-made' straf van Caracalla kreeg: hij werd verbannen naar zijn vaderland, maar werd wel gedwongen zijn vermogen af te staan aan zijn nakomelingen, als ware hij geëxecuteerd of gedeporteerd.[70] In dit geval verkregen zijn erfgenamen op het moment van zijn verbanning (een deel van) zijn vermogen als ware er een nalatenschap, inclusief de patronagerechten die Asper toekwamen (vgl. D. 37,14,4 *supra*), aldus Peachin.[71] Hieruit volgt vervolgens dat Camelia Pia wel de dochter van Asper moet zijn geweest. Immers: als zij zijn echtgenote was geweest, had zij blijkens het hierboven geciteerde D. 37,14,14 nooit de patronagerechten over de *liberti* kunnen erven, aangezien zij geen nakomeling van Asper was.[72]

De theorie van Peachin is nogal gewrongen. Om te beginnen sluit zij niet aan op de bewoordingen van D. 10,2,41 en D. 37,14,24. In beide teksten maakt Paulus gebruik van expliciete erfrechtelijke terminologie, zoals *hereditas*, *coheres* en *testator*. Zou een nauwkeurige jurist als Paulus in zijn beschrijving van de situatie zoals deze wordt voorgesteld door Peachin gebruik maken van dergelijke begrippen? Het ligt meer in de lijn der verwachtingen dat hij in een dergelijk geval melding zou hebben gemaakt van de *deportatio* en de confiscatie door de *fiscus*, zoals hij ook inderdaad in andere teksten van de *Decreta* doet.[73] Ook inhoudelijk is Peachin's theorie niet houdbaar. Het idee van een op maat gemaakte *relegatio* is niet erg waarschijnlijk, te minder omdat er geen andere bronnen zijn die de mogelijkheid ondersteunen dat C. Iulius Asper door Caracalla gedwongen werd om zijn vermogen af te staan aan zijn nakomelingen (hetgeen toch enigszins bijzonder was en om die reden noemenswaardig zou zijn geweest). Daarnaast zijn er redenen om aan te nemen dat C. Iulius Asper niet gerelegeerd, maar juist gedeporteerd werd. Allereerst is *deportatio*, naast de doodstraf, de gebruikelijke straf voor hoogverraad, zoals ook Peachin zelf toegeeft.[74] Bovendien is de enkele verandering van het ballingsoord van een afgelegen eiland naar het vaderland van de balling een stuk minder ingrijpend dan het aanpassen van alle materiële voorwaarden van een *relegatio*. Is het dan niet logischer dat Caracalla hiervoor heeft gekozen? Als we aannemen dat C. Iulius Asper is

68 Zie over de *relegatio* ook BZD, nr. 27 (D. 48,19,40) sub 3.

69 D. 48,22,7,3 en 48,20,7,5. Zie ook Mommsen, *Strafrecht*, 964 e.v. en 1010-1011. Deze wijst erop dat soms wel een deel van het vermogen werd geconfisqueerd door de *fiscus*, vgl. bijvoorbeeld D. 48,22,4.

70 Peachin, 'The case', 327.

71 Peachin, 'The case', 327-328.

72 Peachin, 'The case', 328-331.

73 Zie bijvoorbeeld D. 32,27,1, D. 48,19,40 en D. 49,14,48,1.

74 Peachin, 'The case', 327. Vgl. ook Mommsen, *Strafrecht*, 589 e.v.

gedeporteerd, kan hij echter niet de erflater uit D. 10,2,41/37,14,24 zijn. Door het verlies van zijn burgerrecht was de *deportatus* niet in staat om een geldig testament op te maken en een eerder opgemaakt testament werd door de deportatie nietig.[75] Aan de andere kant moet worden benadrukt dat Cassius Dio niet expliciet vermeldt om welke reden C. Iulius Asper naar zijn vaderland werd teruggestuurd. Het is dus ook goed mogelijk dat er helemaal geen sprake was van hoogverraad en het hier om een zuiver geval van *relegatio* gaat. Ook in dit geval kan Asper onmogelijk de erflater uit de tekst van Paulus zijn. Indien hij was gerelegeerd, verloor hij immers niet zijn vermogen en we weten dat hij in 218 nog in leven was.[76] In een dergelijk geval kan zijn vermogen dus nooit in handen van zijn erfgenamen zijn gekomen tijdens het bewind van Septimius Severus.

Ons is echter wel bekend dat hij een echtgenote had waar wij de naam niet van kennen. Het is daarom waarschijnlijker dat Camelia Pia deze onbekende echtgenote was.[77] In dit geval moet de erflater haar (onbekende) vader of grootvader zijn geweest. Een dergelijk huwelijk zou ook de introductie van de naam Camilius in de familie van de Asperi kunnen verklaren.[78] Maar, zo moet worden benadrukt, het is evenzeer mogelijk dat we hier te maken hebben met een eiseres wier identiteit niet meer te achterhalen valt.

4.2 De procedure in eerste aanleg

Op enig moment na het overlijden van de erflater vroeg ofwel Camelia Pia, ofwel haar mede-erfgenaam bij de *praetor* een verdeling van de nalatenschap door middel van een *actio familiae erciscundae*. Nadat de procesakte door de *praetor* was opgemaakt, werd de feitelijke verdeling, net zoals in elke andere formulaprocedure, overgelaten aan een *iudex privatus.* De *iudex familiae erciscundae* was slechts bevoegd tot de verdeling van de zogeheten *res hereditariae*. Dit waren alle onderdelen van de nalatenschap met uitzondering van vorderingen en schulden, zie D. 10,2,4 *pr.:*

> D. 10,2,4 *pr.:* 'Daarom zijn alle overige zaken, behalve vorderingen, onderwerp van dit proces [de *actio familiae erciscundae*]. (…)'[79]

75 Zie Mommsen, *Strafrecht*, 958 onder verwijzing naar D. 48,20,7,5.

76 Dio *Hist.* 79(80),4,4. Het idee dat de zaak van Camelia Pia pas na 218 n. Chr. speelde strookt niet met de datering van de *Decreta* en *Imperiales Sententiae*, zie ALD, paragraaf 3.2.3.

77 Zie in dezelfde zin Liebs, *Hofjuristen*, 54 nt. 204.

78 Peachin noemt als argument tegen dit idee dat in deze familie een traditie bestond om de kinderen te vernoemen naar verwanten in de vaderlijke lijn ('patrilineal nomenclature'). Hiermee kan echter niet worden verklaard waarom de naam Camilius opeens zijn intrede doet bij de zoon van C. Iulius Asper, aangezien de naam Camilius niet eerder in de familie voorkomt, vgl. Peachin, 'The case', 315-317.

79 Ulpianus libro XIX ad edictum. *Ceterae itaque res praeter nomina veniunt in hoc iudicium. (…).* Zie voor de uitzondering van schulden D. 10,2,51,1.

Vorderingen en schulden kwamen in beginsel niet voor rechterlijke verdeling in aanmerking aangezien zij op grond van de regel *'nomina hereditaria ipso iure dividuntur'* uit de Wet van de Twaalf Tafelen automatisch over de erfgenamen naar rato van hun erfdeel werden verdeeld.[80] Dit betekende echter niet dat het de *iudex* verboden was een dergelijke verdeling te maken. Hij kon de schulden en vorderingen wel degelijk bij de verdeling betrekken, aldus Gaius:

> D. 10,2,3: 'Natuurlijk behoort het af en toe tot de taak van de rechter dat hij schulden en vorderingen in zijn geheel aan één van de verschillende erfgenamen toebedeelt, omdat zowel de betaling als het opeisen in delen vaak met een niet gering ongemak gepaard gaat. (…)'[81]

Deze verdeling had niet als gevolg dat de erfgenaam waaraan de schuld of vordering werd toegewezen ook de enige schuldenaar respectievelijk schuldeiser werd. Het ging om een onderlinge verdeling tussen de erfgenamen die als gevolg had dat de degene aan wie de schuld of vordering was toebedeeld deels in eigen naam en deels als *procurator* voor de andere erfgenamen optrad.[82]

Zoals hierboven reeds werd opgemerkt viel het *ius patronatus* buiten de nalatenschap en de rechten en plichten die uit het *ius patronatus* voortvloeiden behoorden daarom niet tot de *res hereditariae.* Het is om die reden problematisch of deze naar analogie van de regeling met betrekking tot 'normale' vorderingen en schulden ook door een *iudex privatus* konden worden verdeeld. Uit de teksten van Paulus blijkt dat rechter Hermogenes dit toch had gedaan. Volgens Camelia Pia was hij hiertoe echter niet bevoegd en tegen deze overschrijding van zijn competentie kwam zij dan ook op in het beroep bij de keizer.

5 Procedure bij de keizer

5.1 Klacht en verweer

Uit de bewoordingen van de tekst blijkt duidelijk dat het appel van Camelia Pia zich niet tegen het gehele vonnis richtte, maar slechts tegen de verdeling van *liberti* en de *alimenta*.[83] Zij voerde aan dat beide verdelingen *nullo iure*, d.w.z. zonder enige rechtsgrond, door Hermogenes waren gemaakt. Dit blijkt uit de verwoording van haar klacht in de tekst:

---

80 Vgl. bijvoorbeeld C. 3,36,6. Zie daarnaast Voci, *DER I*, 733-734 en Kaser, *Privatrecht*, 729.

81 Gaius libro septimo ad edictum provinciale. *Plane ad officium iudicis nonnumquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia adtribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet. (…)*

82 Zoals blijkt uit het vervolg van D. 10,2,3.

83 Vgl. ook D. 4,4,29,1, waar in het geval van een *restitutio in integrum*-procedure het ook mogelijk is om slechts tegen een deel van het vonnis bezwaar te maken.

(…) sed et *libertos divisisse* et *alimenta, quae dari testator certis libertis iussisset. nullo enim iure id eum fecisse.* (mijn accentuering)

Id verwijst hier naar de gehele zin die door *sed* wordt ingeleid. Het lijkt erop dat Camelia Pia de twee verdelingen als onlosmakelijk verbonden beschouwde en dat zij van mening was dat beide door een andere rechter, namelijk de consuls, hadden moeten worden behandeld.[84] De wederpartij verweerde zich tegen haar eis door te stellen dat beide erfgenamen met de door Hermogenes gemaakte verdeling hadden ingestemd en hier vele jaren uitvoering aan hadden gegeven. Uit dit verweer volgt dat ook de mede-erfgenaam de verdelingen als één geheel leek te beschouwen, aangezien hij of zij het standpunt van Camelia Pia niet inhoudelijk bestreed, maar slechts benadrukte dat zij aanvankelijk in de verdeling van Hermogenes had berust. De zienswijze van beide partijen had als gevolg dat er in hun ogen maar twee beslissingen mogelijk zouden zijn: óf beide verdelingen waren geldig óf beide verdelingen waren nietig.[85] We zullen zien dat de keizer hier anders over dacht en voor een middenweg koos. Voordat echter aan de behandeling van de keizerlijke uitspraak kan worden toegekomen, moet eerst nog nader worden ingegaan op de juridische inhoud van de klacht en het verweer in appel.

5.2 Nietigheid en appeltermijn

Een eerste vraag die rijst bij het lezen van de klacht en het verweer in appel is wat er precies wordt bedoeld met de woorden *nullo iure* en, meer specifiek, wat het rechtsgevolg was van een vonnis dat *nullo iure* was gewezen? Er bestaat verschil van mening over het antwoord op deze vraag.[86]

De meerderheid van de auteurs meent dat een rechterlijk vonnis, dat door een niet bevoegde rechter was gewezen (zoals in het geval van Camelia Pia), nietig was.[87] Dit had in het Romeinse recht tot gevolg dat het vonnis werd geacht nooit te hebben bestaan en dus ook geen enkel rechtsgevolg had.[88]

84 Zie ook Peachin, 'The case', 311.

85 Zie in die zin ook Wankerl, *Appello*, 197-198 en Peachin, 'The case', 311.

86 Raggi, *Studi*, 19 e.v. (i.h.b. 28 e.v.) en *idem*, 'Osservazioni', 131 e.v.; Litewski, 'Appellation I', 430 (nt. 14) en *idem*, 'Impugnazioni', 226. Zie daarnaast ook Orestano, *L'Appello civile*, 270 e.v., Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 375 en M.A. von Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, deel 2, Bonn: Marcus 1864-1874, 722 e.v. en H. Apelt, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozess*, Schramberg: Galzer & Hahn 1937, 142 e.v.

87 Von Bethmann-Hollweg, *Civilprozess II*, 722; Apelt, *Urteilsnichtigkeit*, 142 e.v.; Orestano, *L'Appello civile*, 270 e.v.; Raggi, *Studi*, 19 e.v. (i.h.b. 28 e.v.) en idem, 'Osservazioni', 131 e.v.; Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 375.

88 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 375.

De *praetor* zal in een dergelijk geval een nieuwe procedure over het geschil hebben toegelaten en in beginsel was hoger beroep niet nodig, zoals bijvoorbeeld blijkt uit D. 49,1,19:[89]

> D. 49,1,19: 'Als een vonnis regelrecht in strijd met het dwingende recht is gewezen, moet het niet geldig zijn: en daarom kan de zaak ook zonder appel nogmaals voor de rechter worden gebracht. Een uitspraak is niet overeenkomstig het recht gewezen indien deze in het bijzonder in strijd met de wetten, of een senaatsbesluit of een keizerlijke constitutie is gewezen. (…)'[90]

Het ligt echter voor de hand om aan te nemen dat eerst een beroep moest worden gedaan op een hogere rechter om de nietigheid vast te stellen en voorstanders van het hierboven beschreven standpunt voeren nu juist D. 10,2,41 en 37,14,24 als bewijs hiervoor aan. Zij stellen dat men er ook in het geval van een nietig vonnis goed aan deed om de bijstand van de keizer in te roepen, ook al was dit juridisch gezien niet noodzakelijk.[91] Het appel kreeg dan de functie van een 'nietigheidsklacht' ('eine Nichtigkeitsbeschwerde').[92] Hiertegenover staat Litewski, die meent dat appel tegen een nietig vonnis in het Romeinse recht als overbodig en onnodig werd afgewezen.[93] Het toegelaten hoger beroep van Camelia Pia verklaart hij door aan te nemen dat het niet om een nietig, maar om foutief ('fehlerhaftig') vonnis zou gaan.[94] Naar zijn mening zou het vonnis alleen nietig kunnen zijn geweest indien een rechter onterecht de verbindendheid van een in werkelijkheid niet bestaande rechtsnorm had aangenomen en hierdoor een beslissing in tegenspraak met het dwingende recht had gewezen.[95] Hiervan zou in het geval van D. 10,2,41/37,14,24 volgens hem geen sprake zijn geweest, aangezien het hier een uitspraak betrof waarin de rechter niet een niet-bestaande rechtsregel als verbindend had aangenomen.[96] Als gevolg hiervan bestond er volgens Litewski een foutief, maar geldig vonnis van rechter Hermogenes, dat – zoals ieder ander vonnis – vatbaar was voor appel.

---

89 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 375. Vgl. ook Titel 49,8 van de Digesten '*Quae sententiae sine appellatione rescindantur*' ('Vonnissen die zonder beroep nietig kunnen worden verklaard').

90 Modestinus libro singulari de enucleatis casibus. *Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. <Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata.>* (*glossa* Kr.) (…). Zie bijvoorbeeld ook D. 49,8,1,2: *Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur*

91 Zie de in noot 87 aangehaalde literatuur. Vgl. ook de formulering van D. 49,1,19: '*et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest*' impliceert dat een appel bij een hogere instantie wel mogelijk was.

92 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 505.

93 Litewski, 'Appellation I', 430 e.v.

94 Litewski, 'Appellation I', 430 nt. 14 en *idem*, in zijn recensie van de monografie van Raggi, 'Impugnazioni', 226. Hij lijkt hierin (impliciet) te worden gevolgd door Peachin, 'The case', 307.

95 Litewski, *l.c.*

96 Litewski, *l.c.*

Indien men de opvatting van Litewski volgt en de uitspraak vatbaar acht voor een normale appelprocedure, had het beroep van Camelia Pia moeten afstuiten op de appeltermijn. Het Romeinse recht kende zeer korte appeltermijnen.[97] Een mondeling appel[98] moest op dezelfde dag als die van de uitspraak worden ingesteld,[99] terwijl er voor het schriftelijk appel twee termijnen bestonden:[100] in een eigen zaak had men twee dagen om in appel te gaan,[101] wanneer men optrad namens een ander (bijvoorbeeld voogden en curatoren) drie dagen.[102] Het verweer van de mede-erfgenaam lijkt echter te impliceren dat het vonnis reeds een enkele jaren geleden door Hermogenes was gewezen en dat partijen gedurende die tijd uitvoering hieraan hadden gegeven (*'ex diverso respondebatur consensisse eos divisioni et multis annis alimenta secundum divisionem praestitisse.')*, hetgeen betekent dat de appeltermijn van het bestreden vonnis reeds geruime tijd was verlopen. Helaas gaat Litewski niet in op dit probleem bij de interpretatie van D. 10,2,41/37,14,24. Peachin signaleert het wel,[103] maar deze auteur is van mening dat de keizer (volgens hem Caracalla) in dit geval een uitzondering zou hebben gemaakt omdat hij het gekibbel van de kinderen van C. Iulius Asper over de nalatenschap vermakelijk zou hebben gevonden.[104] Een erg bevredigende oplossing is dit echter niet. Een andere mogelijkheid is om het verweer zo te interpreteren dat de verdeling waar de wederpartij naar verwijst een eerder door partijen onderling gemaakte verdeling van de *liberti* is, die door het vonnis van Hermogenes slechts was geformaliseerd. Een dergelijke uitleg wordt door Wankerl geopperd en wel op grond van D. 10,2,2,5:[105]

> D. 10,2,2,5: 'Hoewel vorderingen niet het onderwerp zijn van deze procedure [de boedelscheidingsprocedure], zal toch, wanneer er stipulaties zijn uitgewisseld over de verdeling hiervan, opdat men hieraan vasthoudt en opdat de ene [erfgenaam] zijn acties aan de andere overdraagt en hem tot *procurator* in zijn zaak maakt, aan de verdeling worden vastgehouden.'[106]

97 Zie over de Romeinse appelprocedure ook ALD, paragraaf 2.2.4.1.

98 Zie voor de wijzen van instellen van appel ALD, paragraaf 2.2.4.1. Zie over de appeltermijnen in het bijzonder W. Litewski, 'Die römische Appellation in Zivilsachen IV' *RIDA* 15 (1968), 147 e.v.

99 D. 49,1,5,4.

100 D. 49,1,5,4.

101 D. 49,4,1,11. Men sprak van een 'eigen' zaak indien het ging om een zaak waarvan het voor- of nadeel toekwam aan iemand op eigen naam.

102 D. 49,4,1,13.

103 Peachin, 'The case', 307.

104 Peachin, 'The case', 333.

105 Wankerl, *Appello*, 197 e.v. Wankerl verwijst in haar eigen tekst consequent naar D. 10,2,5, maar uit haar betoog blijkt duidelijk dat het om D. 10,2,2,5 gaat.

106 Ulpianus libro XIX ad edictum. *In hoc iudicium etsi nomina non veniunt, tamen, si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum, ut stetur ei et ut alter alteri mandet actiones procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni.*

Zij meent dat de erfgenamen op grond van deze bepaling door middel van stipulaties over en weer de *liberti* en de *alimenta* hadden verdeeld en dat deze verdeling door Hermogenes in zijn vonnis was overgenomen. In dit geval was er jaren uitvoering gegeven aan de eerder gemaakte privéverdeling, maar was het vonnis pas recent door Hermogenes gewezen, waardoor er geen sprake van een schending van de appeltermijn was (ervan uitgaande dat Camelia binnen de gestelde termijn appel had aangetekend tegen dit vonnis). Er kunnen een aantal argumenten tegen dit betoog naar voren worden gebracht. Om te beginnen blijkt uit het eerder geciteerde D. 38,4,8 dat een nakomeling van een patroon niet bevoegd was om *liberti* aan zijn eigen nakomelingen toe te wijzen (*adsignare*), zelfs niet wanneer deze door de patroon aan hem waren toegewezen. Het is daarom onwaarschijnlijk dat erfgenamen de *liberti* wel onderling op grond van de regel uit D. 10,2,2,5 konden verdelen. Daarnaast steunt deze opvatting op het idee dat de rechten die de patroon ontleende aan het *ius patronatus* kunnen worden geclassificeerd als vorderingen (*nomina*).[107] In het voorgaande hebben we echter gezien dat de rechten die voortvloeien uit het *ius patronatus* niet kunnen worden gekwalificeerd als vorderingen die tot de nalatenschap behoorden, terwijl D. 10,2,2,5 uitsluitend betrekking heeft op vorderingen die zich in de boedel bevonden.

De aanname dat het hier gaat om een appellabel foutief vonnis lijkt tot een dood spoor te leiden. Dit is niet het geval als we – met de meerderheid van de auteurs – aannemen dat een door een onbevoegde rechter gewezen vonnis nietig is. In dit geval heeft er immers nooit een vonnis bestaan en kan er dus ook geen sprake zijn van een appeltermijn. Er zijn in de twee teksten van Paulus ook aan aantal aanknopingspunten voor deze opvatting te vinden. Om te beginnen vormen de bewoordingen van de tekst een sterke indicatie dat het een nietig vonnis betreft. In de uitspraak van de keizer wordt in beide teksten gesproken over een *divisio* die *nulla* is. Het woord *nullus* heeft als bijvoeglijk naamwoord als algemene betekenis 'geen' en als specifiek juridische betekenis 'nietig' of 'niet bestaand'.[108] Deze woordkeuze valt moeilijk te rijmen met het idee dat het hier om een geldig, maar foutief vonnis gaat.[109] Het gebruik van het woord *appellare* staat ook niet in de weg aan de aanname dat het hier om een nietig vonnis gaat. Dit woord kan immers zelfs simpelweg 'een beroep op de rechter doen' betekenen.[110] Daarnaast bestaan er ook

107 Zie ook Wankerl, *Appello*, 197. Zij lijkt er bovendien van uit te gaan dat het in D. 10,2,41 niet gaat om een onderhoudsplicht van de patronen, maar om een onderhoudsplicht van de *liberti*. Deze zienswijze vindt geen ondersteuning in de tekst en gaat in tegen de verdere secundaire literatuur over deze passage.

108 Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 375.

109 Anders Litewski, 'Impugnazioni', 226 en 'Appellation I', 430.

110 Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 36 onder verwijzing naar D. 5,1,29. Vgl. ook D. 26,5,28, waarin het woord *appellare* wordt gebruikt om een beroep tegen een eenzijdige beslissing over een *excusatio tutelae* aan te duiden.

inhoudelijke aanwijzingen voor de nietigheid van het vonnis. Modestinus stelt in de hierboven geciteerde tekst D. 49,1,19 dat een vonnis nietig is als het gewezen is in strijd met een regel van dwingend recht, dat wil zeggen de wetten (*leges*), senaatsbesluiten (*senatus consulta*) of keizerlijke verordeningen (*constitutiones*, zie ook D. 49,8,1,2). De bevoegdheidstoebedeling met betrekking tot de verdeling van *liberti* en *alimenta* gaat terug op keizerlijke wetgeving die waarschijnlijk door Antoninus Pius is uitgevaardigd.[111] Dit betekent dat een uitspraak die in strijd is met deze bevoegdheidstoekenning een nietige uitspraak moet opleveren. Hetzelfde gold bijvoorbeeld ook voor een *iudex datus*, die zijn boekje te buiten ging, zo blijkt uit een rescript van Alexander Severus:

> C. 7,48,1: 'Keizer Alexander Severus aan Sabinianus. Als een rechter, die aangesteld is ter beoordeling van een bepaalde zaak, over andere dingen uitspraak doet, dan wat op dit geval betrekking heeft, brengt hij niets tot stand.'[112]

Tot slot wordt de aanname dat het hier om een foutief vonnis gaat niet ondersteund door het verweer van de wederpartij. Wanneer deze zich op het overschrijden van de appeltermijn had willen beroepen, zou men een veel explicieter verweer in deze richting verwachten. De mede-erfgenaam noemt een dergelijke overschrijding echter nergens met zoveel woorden. Het verweer lijkt meer het karakter van een *exceptio doli* te hebben: Camelia Pia handelde doleus door op te komen tegen een nietig vonnis waar zij mee had ingestemd (*consentire*) en gedurende vele jaren uitvoering aan had gegeven.[113] Ook de compilatoren lijken het verweer niet als een beroep op een overschrijding van de appeltermijn te hebben opgevat: zij hebben deze tekst immers niet opgenomen in de Digestentitel over appeltermijnen (D. 49,4 *Quando appellandum sit et intra quae tempora*).

Op basis van het voorgaande moet worden aangenomen dat Camelia Pia zich heeft beroepen op de nietigheid van de uitspraak, hetgeen met zich meebracht dat er geen sprake was van een schending van de appeltermijn.

---

111 Vgl. Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 462-463 en D. 34,1,3, waarin melding wordt gemaakt van een rescript van Antoninus Pius over deze materie.

112 Imperator Alexander A. Sabiniano. *Iudex ad certam rem datus, si de aliis pronuntiavit, quam quod ad eam speciem pertinet, nihil egit.* Zie ook de rest van deze titel, die betrekking heeft op vonnissen door niet bevoegde rechters. Zie verder D. 10,3,18 en von Bethmann-Hollweg, *Civilprozess II*, 722.

113 Dit moet niet worden begrepen als een beroep door de wederpartij op berusting, zoals door Sanfilippo wordt betoogd (*Libri Tres,* 32). De mede-erfgenaam wijst op het simpele (en blote) feit dat Camelia Pia met de verdeling had ingestemd.

5.3 Beslissing

5.3.1 De keizerlijke uitspraak

Hierboven werd al vermeld dat uit de eis en het verweer blijken dat Camelia Pia en haar mede-erfgenaam één van twee uitspraken verwachtten: de keizer zou ofwel beide verdelingen nietig verklaren, ofwel beide geldig verklaren. Hij koos echter uiteindelijk voor een tussenweg:

> D. 10,2,41: 'Er is beslist dat de betaling van de toelagen gestand moest worden gedaan: maar hier voegde hij dit aan toe, dat de verdeling van de vrijgelatenen nietig was.'[114]

> D. 37,14,24: 'Er is beslist dat de verdeling van de vrijgelatenen nietig was: dat echter de verdeling van de toelagen die door de rechter tussen de mede-erfgenamen was gemaakt, op dezelfde wijze geldig was.'[115]

De keizer besliste dat de verdeling van de *liberti* nietig was (*nullam esse*), terwijl de verdeling van de *alimenta* wel geldig was (*ratam esse*). Deze uitspraak lijkt onlogisch, aangezien we in het voorgaande hebben gezien dat de verdeling van de *liberti* en de *alimenta* met elkaar verbonden waren en er één rechter, een *consul*, bevoegd was om over beide te oordelen.

De uitspraak van de keizer wordt op verschillende wijzen verklaard. Sanfilippo, die de hierboven geciteerde interpolatie van Chiazzese overneemt, meent dat de verdeling van de *alimenta* door de keizer uit billijkheidsoverwegingen werd bekrachtigd.[116] Hij zou op deze wijze hebben voorkomen dat de *liberti* hun *alimenta* bij iedere afzonderlijke erfgenaam moesten opeisen en sloot hiermee aan bij de jurisprudentiële praktijk van de consuls met betrekking tot dergelijke gevallen (vgl. het hierboven geciteerde D. 34,1,3).[117] In hoeverre was het echter bezwaarlijk voor de *liberti* om hun *alimenta* bij twee verschillende erfgenamen te moeten opeisen?

Peachin meent dat de beslissing van de keizer om de verdeling van de *liberti* en de *alimenta* bij verschillende rechters onder te brengen (de *liberti* bij de consuls en de *alimenta* bij de *iudex familiae erciscundae*) problematisch was, aangezien dit zou kunnen leiden tot oneerlijke verdelingen.[118] Hij betoogt daarom op basis van de bewoordingen van de tekst dat de keizer aanvankelijk in samenspraak met het *consilium* tot het oordeel zou zijn gekomen dat de gehele verdeling geldig was en aan de *iudex familiae erciscundae* de

---

114 *Placuit standum esse alimentorum praestationi: sed et illud adiecit nullam esse libertorum divisionem.*

115 *Placuit nullam esse libertorum divisionem: alimentorum autem divisionem a iudice inter coheredes factam eodem modo ratam esse.*

116 Sanfilippo, *Libri Tres*, 32-34.

117 Sanfilippo verwijst hiernaast nog naar D. 2,15,8 *pr.* en D. 2,15,8,9.

118 Peachin, 'The case', 312.

bevoegdheid toekwam om beide verdelingen te maken.[119] Hij benadrukt dat dit een praktische oplossing zou zijn geweest, aangezien de verdeling van alle rechten en plichten tussen patroon en vrijgelatenen dan nog steeds door één rechter zou worden gemaakt.[120] Dat uiteindelijk de verdeling van de *liberti* toch nietig werd verklaard, is volgens hem het resultaat van een impulsief ingrijpen van Caracalla, die graag zijn juridische expertise zou hebben willen tonen.[121]

Peachin lijkt ervan uit te gaan dat er sprake was van een uitbreiding van de competentie van de *iudex familiae erciscundae*, in die zin dat hij opeens (naast de consuls?) de bevoegdheid kreeg toegekend om een verdeling van de *alimenta* te maken, terwijl Sanfilippo de keizerlijke uitspraak als een billijkheidsbeslissing bestempelt. Beide opvattingen zijn onjuist. De sleutel voor het goed verstaan van de keizerlijke uitspraak is gelegen in de woorden *'alimenta, quae dari testator certis libertis iussisset'*. De plicht tot betaling van *alimenta* aan de vrijgelatenen was door de testator in zijn testament vastgelegd middels een opdracht (*iubere*) aan de erfgenamen. Dit betekent dat hier sprake was van een damnatielegaat of een fideï-commis[122] in de zin van D. 34,1 (*De alimentis vel cibariis legatis*).[123] Anders dan het *ius patronatus*, waren damnatielegaten en fideï-commissen gewone materiële verplichtingen, oftewel schulden, die tot de boedel behoorden en door de begunstigde door middel van een *actio ex testamento* konden worden opgeëist. Dit betekent dat zij binnen de materiële competentie van de *iudex familiae erciscundae* vielen en dus, zoals hierboven reeds is opgemerkt, door hem konden worden verdeeld. Het is daarom terecht dat deze verdeling door de keizer geldig werd verklaard: Hermogenes was als *iudex familiae erciscundae* (altijd al) bevoegd om deze verdeling te maken. Dit gold echter niet voor de verdeling van de *liberti*. Aangezien het *ius patronatus* niet tot de nalatenschap behoorde, was Hermogenes niet bevoegd tot het maken van een verdeling hiervan en kon dit alleen rechtsgeldig worden gedaan door de consuls. Daarom werd deze verdeling door de keizer terecht nietig verklaard.

119 *Idem*, 311-312.
120 *Idem*, 312.
121 *Idem*, 333.
122 Het woord *iubere* wordt regelmatig gebruikt in testamentaire beschikkingen (vgl. Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 290). In D. 34,1 komen beide constructies voor. Voor de inhoud en afdwingbaarheid maakt het (in de Severische periode) niet zoveel uit of men een dergelijke opdracht als een legaat of een fideï-commis kwalificeert. Beide lenen zich voor het vastleggen van een duurverplichting en worden met dezelfde actie, de *actio ex testamento*, opgeëist door de begunstigde, vgl. Kaser, *Privatrecht*, 742 e.v., i.h.b. 743, 750 en 760.
123 Zie voor een gelijksoortig gebruik van *iubere* in die titel: D. 34,1,4,1; D. 34,5,1; D. 34,1,15,1; D. 34,1,16 *pr.*; D. 34,1,16,1; D. 34,1,20 *pr.*

5.3.2 Waarom bij de keizer?

Uit het voorgaande blijkt dat de uitspraak van de keizer geheel in overeenstemming was met het geldende recht en geen nieuwe rechtsregels bevat. In dit geval rijst nog de vraag waarom deze zaak bij de keizer terecht is gekomen. De uitspraak moet worden bezien tegen de achtergrond van de veranderingen in de rechterlijke organisatie in de eerste en tweede eeuw n. Chr. Vanaf het begin van het Principaat deed de *cognitio extra ordinem* procedure haar intrede en wezen de keizers steeds meer rechterlijke bevoegdheden toe aan verschillende ambtenaren (zoals de consuls en de keizerlijke praefecten).[124] Dit moet zo nu en dan een verwarrende situatie voor de justitiabele hebben opgeleverd: bij welke rechter kon hij terecht om zijn rechten te effectueren? Zeker in het geval van de verdeling van een nalatenschap moet dit soms een ingewikkelde kwestie zijn geweest. Immers: de schulden en vorderingen in de nalatenschap werden in beginsel van rechtswege verdeeld, de goederen van de nalatenschap konden door de *iudex familiae erciscundae* in een formulaproces worden verdeeld en voor een verdeling van de *liberti* en de *alimenta* moest men in beginsel bij de consuls zijn. De vraag was echter, of men voor de verdeling van *liberti* en *alimenta* ook terecht kon bij de *iudex familiae erciscundae*. Het antwoord van de keizer is principieel: *alimenta* die als legaten of fideï-commissen in het testament waren opgenomen *konden* door de *iudex familiae erciscundae* worden verdeeld, nu het hier om schulden van de nalatenschap ging. De *liberti* konden daarentegen alleen door de consuls worden verdeeld, aangezien het *ius patronatus* niet tot de materiële competentie van de *iudex* behoorde. Wat opvalt, is dat de uitspraak van de keizer eigenlijk niet goed aansloot bij de eis en het verweer van de partijen. Beide leken er immers van uit te gaan dat beide verdelingen nietig waren. Door deze zaak aan te nemen kreeg de keizer echter de mogelijkheid duidelijkheid te scheppen over hoe de rechterlijke bevoegdheden van de consuls aan de ene kant en de *iudex familiae erciscundae* aan de andere kant zich in dit soort zaken tot elkaar verhielden.

124 Zie over deze ontwikkeling Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 435 e.v. en Wenger, *Institutionen*, 246 e.v.

3 D. 14,5,8: de ondernemende slaaf van Titianus Primus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro primo decretorum. *Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is*[a] *servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat*[b] *eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non*[c] *pro aliis suscipit debitum:*[d] *non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur*[e] *hoc dominum mandasse. sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.*	Paulus in het eerste boek van de 'Decreten'. Titianus Primus had een slaaf aangesteld om geld uit te lenen en panden in ontvangst te nemen: deze slaaf placht ook jegens graanhandelaren voor de koper de schuld op zich te nemen en te betalen. Toen de slaaf ervandoor was gegaan en degene, aan wie hem was opgedragen de koopprijs van het graan te betalen, de meester aansprak met de *actio institoria*, ontkende deze dat hij op grond hiervan kon worden aangesproken, omdat hij hem niet voor deze handeling had aangesteld. Toen echter werd bewezen dat dezelfde slaaf zowel zekere andere activiteiten had ontplooid en graanhuizen had gehuurd en voor velen had betaald, deed de *praefectus annonae* uitspraak tegen de meester. Wij zeiden dat het zoals borgtocht leek te zijn, aangezien hij voor een ander de schuld betaalde, niet de schuld voor anderen op zich nam: dat het echter niet de gewoonte was om op deze grond een actie tegen de meester te verlenen en dat het er niet op leek dat de meester dit had bevolen. Maar omdat het leek alsof hij [de slaaf] hem [de meester] in alles vertegenwoordigde, heeft de keizer de uitspraak in stand gelaten.

[a] *accipiensi F*[1]*, accipiedisi F*[2]; [b] *is ins.* Mo.; [c] *nam* Mo.; [d] *non pro aliis suscipit debitum] non solveret* Vulg. [e] *videri* Hal.

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres,* 41-45, Nörr, *Rechtskritik,* 128-129, Aubert, *Business managers*, 280-281, Wankerl, *Appello*, 110-129 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 381-394. Zie daarnaast: L. Mitteis, 'Trapezitika' *ZSS* 19 (1898), 248-249; A. Claus, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlijn: Duncker & Humblot 1973, 280-281; M. Just, 'Ansätze zur Anscheinsvollmacht im römischen Recht. D. 14,3,19,3; 14,5,8: ein Beispiel spätklassischer Rechtspraxis' in: W. Barfuss, B. Dutoit, H. Forkel, U. Immenga & F. Majoros (ed.), *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos 1985, 355-387; A. Wacke, 'Die adjektizischen Klagen im Überblick I' *ZSS* 111 (1994), 328-329; E. Höbenreich, *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz: Leykam 1997, 131-139; B. Kupisch, 'Paul. 1 decret. D. 14,5,8. Ein dunkler Paulus und eine fortschrittlicher Kaiser?' in: *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca,* deel 4, Napels: Jovene 2001, 463-496.

2 FEITEN

Titianus Primus had één van zijn slaven aangesteld om namens hem een bedrijf te leiden dat zich richtte op het uitlenen van geldsommen tegen zekerheidsstelling. De slaaf was echter van het ambitieuze soort en breidde op eigen initiatief zijn activiteiten uit door zich in de graanhandel te begeven. In het kader hiervan bemiddelde hij tussen graanhandelaren (*negotiatores hordei*) en hun afnemers door te beloven de schuld van de kopers aan de graanhandelaren te betalen. Nadat de slaaf naar zijn mening voldoende winst had gemaakt, vertrok hij met de noorderzon zonder dat hij alle koopprijsschulden had afbetaald. De graanhandelaren aan wie deze verschuldigd waren bleven met lege handen achter en probeerden de meester van de slaaf, Titianus Primus, aan te spreken door middel van de *actio institoria*. Kon de meester op grond van deze actie aansprakelijk worden gesteld voor de door zijn slaaf verrichte handelingen?

3 JURIDISCHE ACHTERGROND

3.1 *Actiones adiecticiae qualitatis*

De actie die de graanhandelaren instelden, de *actio institoria,* is een voorbeeld van een zogeheten *actio adiecticiae qualitatis,* een actie met een 'toegevoegd karakter'.[2] Deze acties speelden een centrale rol in het leerstuk van de Romeinse vertegenwoordiging.

> Er wordt weleens betoogd dat het Romeinse recht geen vertegenwoordiging kende. Dit is ongelukkig, omdat er van een te enge definitie van dat begrip wordt uitgegaan. In de meest ruime zin kan namelijk van vertegenwoordiging worden gesproken als door het handelen van de ene persoon (de vertegenwoordiger/tussenpersoon) rechtsgevolgen voor een andere (de vertegenwoordigde/principaal) intreden. Dit kan grofweg op twee manieren het geval zijn. In het eerste geval raakt de principaal *naast* de tussenpersoon gebonden door diens handelen. Er ontstaat dan een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de verbintenis die door de tussenpersoon is aangegaan.[3] In het tweede geval ontstaat er *alleen* een verbintenis tussen de derde en de principaal; de tussenpersoon is niet aansprakelijk en valt er als het ware tussenuit. Vele continentale rechtsstelsels, waaronder het Nederlandse

2 Zie hierover Kaser, *Privatrecht*, 605 e.v.; Zimmermann, *Law of obligations*, 49-54; Guarino, *DPR*, 409-413. Zie verder L. de Ligt, 'Legal history and economic history: the case of the *actiones adiecticiae qualitatis*' *TvR* 67 (1999), 205 e.v.

3 Een modern voorbeeld van deze vorm van vertegenwoordiging vinden we in het Engelse contractenrecht in het geval van een zogenaamde 'undisclosed principal'. Zie hierover bijvoorbeeld F.M.B. Reynolds, *Bowstead and Reynolds on agency,* Londen: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2014, i.h.b. 425-443 en 580.

recht,[4] kennen in beginsel alleen deze laatste invulling van het begrip vertegenwoordiging, die ook wel bekend staat als 'directe vertegenwoordiging'. Het Romeinse recht kende deze laatste vorm van vertegenwoordiging echter niet. Reden hiervoor is dat zij indruist tegen de persoonlijke aard van verbintenissen in het Romeinse *ius civile* en het beginsel dat niemand iets voor een ander kan bedingen ('*alteri stipulari nemo potest*').[5] De eerstgenoemde vorm van vertegenwoordiging bestond echter wel in het Romeinse recht en werd in het *ius honorarium* vormgegeven door middel van de *actiones adiecticiae qualitatis*.

Wanneer een tussenpersoon namens en in opdracht van een andere persoon (de principaal) een rechtshandeling met een derde was aangegaan, kende de *praetor* in bepaalde gevallen aan deze derde – naast de actie die hij tegen de tussenpersoon had – een additionele actie toe tegen de principaal. In een dergelijk geval waren dus zowel de handelende tussenpersoon als de principaal die tot de handeling opdracht had gegeven aansprakelijk voor de door de tussenpersoon aangegane verbintenis. Het Romeinse recht kende verschillende soorten 'toegevoegde' acties die op verschillende situaties van toepassing waren. Naast de *actio institoria* waren dit de *actio quod iussu*, de *actio de peculio*, de *actio de in rem verso* en de *actio excercitoria*. Het valt buiten het bestek van deze studie om verder op al deze specifieke acties in te gaan en er zal daarom worden volstaan met de behandeling van de *actio institoria*.

De ontwikkeling van de *actiones adiecticiae qualitatis* is nauw verbonden met een kenmerkend element van het Romeinse gezinsleven, de *patria potestas*. Zij hield in dat het mannelijke hoofd van de familie, de *pater familias*, een vrijwel onbeperkte heerschappij (*potestas*) had over zijn zoons, dochters en overige nakomelingen en in sommige gevallen zijn echtgenote (*uxor in manu*).[6] Deze zeggenschap ging zelfs zo ver dat de *pater familias* de bevoegdheid had om te beslissen over het leven en de dood van degenen die onder zijn *potestas* vielen (*ius vitae necisque*).[7] De positie van de gezinsleden *in potestate* kon worden vergeleken met die van een ander onderdeel van de *familia*, de slaven. Deze waren immers eigendom van hun meester, waardoor hij ook onbeperkte zeggenschap over hun leven had.[8] Het mag dan ook geen verbazing wekken dat hun beider vermogensrechtelijke positie gelijk was: zowel slaven als personen *in potestate* waren onbekwaam tot het hebben van een eigen vermogen en konden daarom geen drager zijn van vermogensrechtelijke rechten en plichten.[9] Dit had als gevolg dat alle vermogensrechten, dat wil zeggen zowel eigendomsrechten als vorderingsrechten uit een overeenkomst, die door slaven of kinderen *in potestate* werden verkregen, in het vermogen van de *pater familias* vielen.[10] De verkrijging voor de *pater familias* kon zowel op basis van vormvrije als formele rechtshande-

4 Vgl. art. 3:60 BW e.v. Zie over vertegenwoordiging in het Nederlandse contractenrecht in het algemeen W.C.L. van der Grinten & S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004 en A.C. van Schaick, *Volmacht* (Mon. BW B5), Deventer: Kluwer 2011.

5 D. 45,1,38,17. Zie ook Zimmermann, *Law of obligations*, 47-49.

6 Kaser, *Privatrecht*, 60 e.v. en 341 e.v.

7 Vgl. bijvoorbeeld *Coll.* 4,8,1 en Dion. *Ant. Rom.* 2,26,4. Zie hierover Kaser, *Privatrecht*, 60-61 en R. Yaron, 'Vitae necisque potestas' *TvR* 30 (1962), 243-251.

8 Kaser, *Privatrecht*, 283 e.v.

9 Gai. 2,87. Zie verder Kaser, *Privatrecht*, 262 e.v. en Zimmermann, *Law of obligations*, 51.

10 Gai. 2,87-94 en 3,163-167a (zie voor verkrijging van eigendom en bezit in het bijzonder 2,89; zie voor vorderingsrechten voorts D. 21,2,39,1 en D. 21,1,57 *pr*.). Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 262 e.v. en Zimmermann, *Law of obligations*, 51-53.

lingen geschieden[11] en vond zelfs plaats wanneer de ondergeschikten niet in naam en/of zonder medeweten van de *pater familias* handelden.[12] Hier stond tegenover dat een ondergeschikte door zijn handelen nooit de positie van de *pater familias* kon verslechteren en in beginsel geen verplichtingen voor hem kon aangaan of diens eigendom aan een derde kon overdragen:[13] er ontstond meestal slechts een natuurlijke verbintenis met de slaaf of het kind,[14] terwijl de wederpartij nooit een recht tegen de *pater familias* verkreeg. Dit leverde een tamelijk onevenwichtige situatie op: de *pater familias* verkreeg immers wel alle rechten uit een door een kind of slaaf gesloten overeenkomst, maar was niet gehouden tot het verrichten van de overeengekomen tegenprestaties. Dit maakte contracteren met ondergeschikten voor derden zeer onaantrekkelijk en had als gevolg dat de *pater familias* hen niet in kon zetten als vertegenwoordiger voor zakelijke doeleinden.[15] Deze scheve verhouding werd daarom vanaf de tweede eeuw v. Chr. door de *praetor* rechtgetrokken, die aan de derde in een dergelijke situatie onder bepaalde omstandigheden een actie in de vorm van een *actio adiecticiae qualitatis* tegen de *pater familias* toekende.

3.2 *Actio institoria*

Door middel van de *actio institoria*[16] kon een derde een principaal in rechte aanspreken, die een tussenpersoon aan het hoofd van een winkel of een klein bedrijfje (een *taberna* of een ander *negotium*) had gesteld met de opdracht dit namens hem uit te baten, een zogeheten *institor*.[17] Het is belangrijk om op te merken dat de *actio institoria* geen zelfstandige actie was zoals de naam wellicht doet vermoeden. Het ging hier om een *actio utilis* die werd gemodelleerd naar de contractsactie waarmee de handelende tussenpersoon aansprakelijk kon worden gesteld, en waarbij er een naamstranspositie in de *condemnatio* van de *formula* plaatsvond.[18] In feite sprak de derde dus de prin-

11 Gai. 2,87 en 3,167. In beide passages vermeldt Gaius uitdrukkelijk dat een slaaf of *filius* zowel door middel van *mancipatio* als door middel van *traditio* de eigendom van een zaak voor zijn *pater familias* kan verwerven. Een uitzondering vormt de *in iure cessio*, aangezien kinderen *in potestate* en slaven geen procesbevoegdheid bezaten, Gai. 2,96.

12 Kaser, *Privatrecht*, 262.

13 D. 50,17,133. Een ondergeschikte kon wel eigendom overdragen, wanneer de *pater familias* als eigenaar hier zelf expliciet mee instemde. Dit was mogelijk door middel van een expliciete toestemming voor de transactie (*voluntas*), een goedkeuring achteraf (*ratihabitio*) of een algemene autorisatie (*permissio generalis*), zie ook D. 43,26,19,1 en D. 15,1,46.

14 Wanneer met slaven en minderjarigen een transactie was aangegaan, ontstond er een natuurlijke verbintenis die niet in rechte kon worden afgedwongen, D. 44,7,14 (zie ook Zimmermann, *Law of obligations*, 52 en Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht,* 205-207). *Filii* konden, wanneer zij *pubes* waren, wel rechtsgeldig een verbintenis sluiten en in rechte worden aangesproken, D. 44,7,39 en D. 5,1,57. De tenuitvoerlegging van een veroordelend vonnis door middel van de *actio iudicati* was echter alleen mogelijk indien de *filius* een eigen vermogen in de vorm van een *peculium* had. Was dit niet het geval, dan liep de tenuitvoerlegging op het ontbreken hiervan stuk, zie Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 205-206.

15 Zimmermann, *Law of obligations*, 52.

16 Zie over de *actio instoria* Aubert, *Business managers*, 40 e.v. en specifiek met betrekking tot slaven Buckland, *Law of slavery*, 169-174.

17 Gai. 4,71, hieronder geciteerd.

18 Kaser, *Privatrecht*, 606; Aubert, *Business managers,* 53.

cipaal aan op grond van het contract dat hij met de *institor* had gesloten en er waren dan ook even zoveel *actiones institoriae* als er contractsacties waren. Een en ander wordt goed geïllustreerd door de volgende tekst van Ulpianus:

> D. 14,3,5,12: 'Als ik [de principaal] hem [de *institor*] derhalve heb aangesteld om waren te verkopen, zal ik voor hem aansprakelijk zijn met de actie van de koper. Als ik hem bijv. voor het doen van inkopen heb aangesteld, zal ik uitsluitend met de actie van de verkoper aansprakelijk kunnen worden gesteld. Maar als de filiaalhouder voor aankoop was aangesteld maar verkocht heeft, of als hij voor verkoop was aangesteld maar aangekocht heeft, zal men niet aansprakelijk gesteld dienen te worden. Dit wordt door Cassius onderschreven.'[19]

Gaius geeft in zijn Instituten een zeer heldere beschrijving van de voorwaarden voor de toepassing en de reikwijdte van de *actio institoria*:

> Gai. 4,71: '(…) De *formula* inzake de filiaalhouder is van toepassing, wanneer iemand zijn zoon of slaaf of welke buiten het familieverband staande persoon ook – slaaf of vrij man – de leiding heeft gegeven van een winkel of ander bedrijf en er met laatstgenoemde, met betrekking tot de zaak waarover hij de leiding heeft, één of andere transactie is verricht. De actie heet de 'filiaalhoudersactie', omdat degene aan wie men de leiding van een winkel heeft gegeven, 'filiaalhouder' wordt genoemd. Ook deze *formula* is gericht op het geheel.'[20]

Uit deze tekst blijkt dat de principaal geheel vrij was bij zijn keuze van een *institor*. Het kon een man of een vrouw zijn, een kind of een volwassene,[21] een slaaf of een vrij man. De aanstelling van een dergelijke *institor* kon op non-contractuele (*potestas)* of contractuele (*mandatum, locatio conductio, negotiorum gestio)* basis plaatsvinden.[22] Het enige dat voor de vraag naar de toepasselijkheid van de *actio institoria* relevant was, was of de transacties die door de *institor* waren verricht binnen de grenzen van zijn aanstelling, de zogeheten *praepositio*, vielen.[23] In de *praepositio* gaf de principaal uitdrukking aan zijn wil om het bedrijf namens hem door de *institor* te laten exploiteren en bepaalde hij de grenzen waarbinnen hij zich aansprakelijk stelde

---

19 Ulpianus libro XVIII ad edictum. *Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine eius ex empto actione: item si forte ad emendum eum praeposuero, tenebor dumtaxat ex vendito*: *sed neque si ad emendum, et ille vendiderit, neque si ad vendendum, et ille emerit, debebit teneri, idque Cassius probat*.

20 (…) *institoria uero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium seruumue uel quemlibet extraneum, siue seruum siue liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est, contractum fuerit. ideo autem institoria uocatur, quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur. quae et ipsa formula in solidum est.*

21 D. 14,3,7,1. Aubert, *Business managers*, 56. Volgens Gaius kwam het geregeld voor dat minderjarige jongens of meisjes aan het hoofd van een bedrijf werden gesteld, zie D. 14,3,8.

22 Aubert, *Business managers*, 56; zie ook p. 104-114 over de verschillende aanstellingsmogelijkheden.

23 Vgl. bijvoorbeeld D. 14,3,5,11. Zie hierover verder Kaser, *Privatrecht*, 608, Zimmermann, *Law of obligations*, 52 en Aubert, *Business managers*, 52 e.v.

voor de handelingen van zijn vertegenwoordiger.[24] Het is niet duidelijk of de *praepositio* middels een specifieke formele of informele rechtshandeling plaatsvond, maar het was in ieder geval van belang om ervoor te zorgen dat potentiële contractspartijen op de hoogte waren van de reikwijdte van de aanstelling.[25] Vaak werd de *praepositio* daarom vastgelegd in een akte (*lex praepositionis*), al dan niet met het doel om deze in de winkel of het bedrijf te publiceren en kenbaar te maken voor derden.[26] Het was aan de potentiële contractspartij om te onderzoeken of de transactie die hij met de *institor* aanging binnen de termen van diens *praepositio* viel.[27] Met andere woorden, het risico voor een ontoereikende volmacht van de *institor* kwam in beginsel voor rekening van zijn wederpartij. Alleen wanneer de transactie binnen de aanstelling van de *institor* viel, kon de derde zowel tegen hem (indien hij in rechte kon worden aangesproken) als tegen diens principaal een actie voor het geheel (*in solidum*) instellen. In het eerste geval stelde hij de contractsactie in, terwijl in het tweede geval kon worden geageerd met de *actio institoria* (dat wil zeggen: met een *actio utilis* die naar die contractsactie was gemodelleerd).

4 Procedure en beslissing in eerste aanleg

De zaak van Titianus Primus werd in eerste aanleg gevoerd ten overstaan van de *praefectus annonae*.[28] Deze functionaris droeg zorg voor de graan- en voedselvoorziening van Rome, de *cura annonae*.[29] Hij hield toezicht op de toevoer van het graan en andere levensmiddelen naar de havens nabij Rome, in het bijzonder Ostia, controleerde de kwaliteit ervan en zorgde dat zij via de Tiber door werden vervoerd naar Rome en daar vervolgens tegen redelijke prijzen werden verkocht.[30] Deze bevoegdheden waren tussen 8 en 14 n. Chr. door Augustus aan deze functionaris gedelegeerd met als gevolg dat de *praefectus annonae* verantwoording aflegde aan de keizer.[31] In het kader van zijn werkzaamheden had de *praefectus annonae* een buitengewone

24 Aubert, *Business managers*, 9 e.v. en Wankerl, *Appello*, 115. Zie voor een mooi voorbeeld van de formulering van een *praepositio* en de gevolgen voor de aansprakelijkheid D. 14,3,5,12 (hierboven geciteerd).

25 Aubert, *Business managers*, 10.

26 Vgl. D. 14,1,1,2, D. 14,3,11,2-3 en D. 15,1,47 *pr.* Zie ook Aubert, *Business managers*, 10-13.

27 Just, 'Ansätze', 383-384 en Aubert, *Business managers,* 14.

28 Zie over de *praefectus annonae* in het bijzonder H. Pavis D'Escurac, *La préfecture de l'annone service administratif impérial d'Auguste à Constantin*, Rome: École française de Rome 1976. Zie daarnaast ook G. Rickman, *The corn supply of ancient Rome,* Oxford: Clarendon Press 1980, 79 e.v.

29 Zie over de *annona* onder andere Höbenreich, *Annona* en B. Sirks, *Food for Rome: the legal structure of the transportation and processing of supplies for the imperial distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam: Gieben 1991.

30 Sirks, *Food for Rome*, 14.

31 *Idem*, 13.

jurisdictie (*cognitio extra ordinem*) in zaken die de levensmiddelenverzorging van de stad betroffen.[32] Een precieze datering voor de verkrijging van deze bevoegdheid is niet te geven, maar uit de Digesten kan worden afgeleid dat zij in ieder geval al bestond ten tijde van de *divi fratres*, Marcus Aurelius en Lucius Verus.[33] De prefect kon zowel strafrechtelijke als civiele geschillen in behandeling nemen, zolang zij maar aanknopingspunten met de graanvoorziening hadden en in of rondom Rome (bijvoorbeeld Ostia) speelden.[34] Uit het feit dat de *praefectus annonae* jurisdictie had in deze zaak kan daarom worden afgeleid dat zij zich in of nabij Rome moet hebben voorgedaan[35] en op enigerlei wijze zijdelings verbonden was met de keizerlijke *annona*, bijvoorbeeld omdat het graan lag opgeslagen in pakhuizen die werden gebruikt voor de *annona* of de *negotiatores* op grond van een overeenkomst uitkeringen verschuldigd waren aan de kanselarij van de *praefectus*.[36]

In de procedure voor de *praefectus annonae* stelde een graanhandelaar als eiser dat Titianus Primus, als degene die de slaaf had aangesteld, aansprakelijk was voor diens handelen en dat daarom de niet betaalde koopprijs met de *actio institoria* van hem kon worden opgeëist. Titianus Primus verweerde zich hiertegen door te betogen dat hij niet kon worden aangesproken omdat hij de slaaf niet voor dit soort zaken had aangesteld. Uit de parafrase van het oordeel van de *praefectus annonae* blijkt dat de graanhandelaar in de gelegenheid werd gesteld om bewijs tegen deze stelling te leveren (*probari*) en dat hij dit met succes had gedaan.[37] Hij had weten aan te tonen dat de slaaf niet alleen regelmatig voor verschillende kopers koopprijzen had betaald, maar dat hij ook allerlei andere handelingen in de graanhandel had verricht en graanpakhuizen had gehuurd. Hieruit kunnen we afleiden hoe de slaaf zijn bedrijf waarschijnlijk vorm had gegeven. Hij huurde graanpakhuizen in de haven van Ostia of in Rome, waarin hij grote partijen graan van professionele graanhandelaren (de *negotiatores*) opsloeg. Vervolgens verhandelde hij ten behoeve van de graanhandelaren dit graan in kleinere partijen aan

32 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 465, Höbenreich, *Annona*, 54 e.v en C. Sánchez-Moreno Ellart, 'Zur Gerichtsbarkeit des *praefectus annonae* in D. 14.5.8 (Paul 1 *decr.*)' in: S. Panzram, W. Riess & C. Schäfer (ed.), *Menschen und Orte der Antike. Festschrift für Helmut Halfmann zum 65. Geburtstag*, Rhaden (Nordrhein-Westfalen): Verlag Marie Leidorf 2015, 361-376. Anders Pavis D'Esurac, *Préfecture*, 270 e.v.

33 D. 48,12,3,1, waarover Höbenreich, *Annona*, 55.

34 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 465 en Höbenreich, *Annona*, 54-56. In de provinciën was de gouverneur bevoegd om van dergelijke geschillen kennis te nemen: Höbenreich, *Annona*, 56.

35 Zie ook Wankerl, *Appello*, 121 nt. 660.

36 Sirks, *Food for Rome,* 122, Höbenreich, *Annona,* 138 en Wankerl, *Appello*, 121. Höbenreich meent dat het zeer onwaarschijnlijk is dat de *praefectus annonae* geschillen tussen private personen beoordeelde die geen enkel verband met de *annona* hielden, zie p. 138 nt. 359. Zie over de relatie tussen de private graanhandelaren en de *praefectus annonae* Rickman, *Corn supply*, 73 en 89 e.v.

37 Zie over de mogelijkheden tot bewijsvoering in een cognitieprocedure Wenger, *Institutionen,* 282-293 en Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 491-493.

detailhandelaren of privépersonen.[38] Uit de tekst blijkt dat hij hierbij niet optrad als een vertegenwoordiger van de graanhandelaren, maar dat hij als bewaarnemer en tussenpersoon de totstandkoming van de koopovereenkomst tussen de graanhandelaren en de kopers bemiddelde, maar daarbij geen partij werd. Hij bood hiernaast de kopers een bijzondere faciliteit: hij beloofde dat hij de verschuldigde koopprijs aan de graanhandelaren zou uitkeren. De juridische kwalificatie en gevolgen van deze extra dienst zorgden voor de nodige discussie in appel bij de keizer, waarop hieronder uitgebreid zal worden ingegaan.

De *praefectus annonae* deed de zaak echter op andere gronden af. Voor hem waren de door de eiser aangedragen bewijzen voldoende om te oordelen dat Titianus Primus wel degelijk aansprakelijk kon worden gesteld op grond van de *actio institoria*. Dit impliceert dat de prefect van mening was dat, hoewel de meester de slaaf hier niet expliciet voor had aangesteld, het grote aantal verschillende handelingen in de graanhandel en de vrijheid waarmee deze door de slaaf gedurende lange tijd waren verricht de schijn opwekten dat er sprake was van een toereikende volmacht van de meester.[39] Deze beslissing week af van het geldende recht,[40] waarin, zoals hierboven al werd vermeld, het risico voor een overschrijding van de volmacht in beginsel voor rekening van de derde (in dit geval de graanhandelaar) kwam. Om deze reden tekende Titianus Primus appel aan bij de keizer.

38 Zie ook Clauss, *Stellvertretung*, 280 en Höbenreich, *Annona*, 133-134. Anders Just, 'Ansätze', 378, die meent dat de slaaf het graan niet voor de graanhandelaren, maar voor de kopers opsloeg.

39 Nörr, *Rechtskritik,* 129 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 387.

40 Vgl. Sanfilippo, *Libri Tres*, 42 e.v., Höbenreich, *Annona*, 136 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 386; anders Wankerl, *Appello,* 121-122. Zie voor een ander voorbeeld van een beslissing van de *praefectus annonae* die tegen het geldende *ius honorarium* inging D. 14,1,1,18. Deze tekst gaat over een andere *actio adiecticiae qualitatis*, de zogeheten *actio exercitoria.* Wanneer een reder (de *excercitor*) een scheepskapitein (een *magister navis*) had aangesteld om zijn schip te bevaren en had geautoriseerd om namens hem handel te drijven, kon een derde die met deze kapitein had gecontracteerd naast de kapitein ook de reder op grond van het contract aanspreken. In D. 14,1,1,18 behandelt Ulpianus de vraag of in dergelijke gevallen ook aan de reder een directe actie tegen de derde toekwam. Het antwoord op deze vraag luidde in beginsel ontkennend. Maar, zo vermeldt Ulpianus, er bestond één uitzondering: de prefecten van het graan hadden een vaste rechtspraak om aan reders die betrokken waren bij de graanhandel in dergelijke gevallen wél een actie toe te kennen.

5 Debat en beslissing in appel

5.1 Debat in appel

5.1.1 De problematische bewoordingen van D. 14,5,8

Welke rechtsverhouding was er ontstaan door de belofte van de slaaf om de koopprijs voor de kopers te betalen en welke gevolgen had dit voor de mogelijke aansprakelijkheid van zijn meester Titianus Primus? Dit was blijkens de tekst het belangrijkste punt van discussie in appel, zowel gedurende het proces zelf als tijdens de beraadslagingen in het *consilium.* Paulus verwoordt het door hem en de overige juristen[41] ingenomen standpunt als volgt:

> *'Dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse'*
>
> 'Wij zeiden dat het zoals borgtocht leek te zijn, aangezien hij voor een ander de schuld betaalde, niet de schuld voor anderen op zich nam: dat het echter niet de gewoonte was om op deze grond een actie tegen de meester te verlenen en dat het er niet op leek dat de meester dit had bevolen.'

De cryptische formulering van de door de juristen verdedigde opvatting heeft voor de nodige discussie gezorgd, te meer daar zij in strijd lijkt te zijn met wat Paulus in zijn beschrijving van de feiten vermeldt.[42] Bij de introductie van het feitencomplex stelt Paulus immers dat de slaaf de gewoonte had om de schuld van de kopers op zich te nemen (*suscipere*) en te betalen (*solvere*), terwijl hij in de weergave van de opinie van de juristen stelt dat de slaaf de schuld voor een ander betaalde (*'pro alio solveret debitum'*), maar deze tegelijkertijd *niet* voor anderen op zich nam (*'non pro aliis suscipit debitum'*). De controverse rondom de zinsnede *'cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum'* wordt versterkt door een meningsverschil over de tekstconstitutie. Hoewel de *Codex Florentinus* ontegenzeggelijk deze bewoordingen bevat,[43] ontbreken zij in de Vulgaattraditie.[44] De Vulgaat bevat slechts de zo mogelijk nog onduidelijkere bewoordingen *'cum pro alio solveret debitum, non solveret'*. De lezing van de *Florentina* wordt echter bevestigd door de Basilica

41 Dat het om de gedeelde opvatting van de juristen gaat, blijkt uit het gebruik van de meervoudsvorm *dicebamus.* Als Paulus wil aangeven dat het alleen om zijn mening gaat, pleegt hij een eerste persoon enkelvoud te gebruiken, vgl. D. 4,4,38 *pr.* en D. 29,2,97.

42 Vgl. Kupisch, 'Paul. 1 decret. D. 14,5,8', 469, die spreekt over een 'Kopfzerbrechen'.

43 Mommsen, *Digesta I*, 431 en Gebauer & Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis*, 258 (D. 14,5,8).

44 Gebauer & Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis*, 258.

(B. 18,3,8: 'εἰ καὶ τὰ μάλιστα ἐγγύη δοκεῖ τὸ ὑπὲρ ἄλλου καταβαλεῖν, οὐ μὴν τὸ παρ' ἑτέρου δέξασθαι').[45]

Er zijn verschillende oplossingen voor dit probleem bedacht. Mommsen[46] emendeert het woord *non* door *nam*, waarmee hij probeert om de opinie van Paulus op één lijn te trekken met de eerdere beschrijving van de feiten: het lijkt om een soort borgtocht te gaan, aangezien de slaaf de schuld van iemand anders betaalt, *want* hij heeft deze voor anderen op zich genomen. Deze emendatie is inhoudelijk echter ongelukkig, aangezien bij borgtocht de borg niet de schuld van de schuldenaar overneemt, maar een extra garantieverbintenis aangaat.[47] Een andere oplossing is voorgesteld door Mitteis, die betoogt dat de compilatoren naar aanleiding van een constitutie van Justinianus, waardoor het *receptum argentarii* (de bankiersgarantie) kwam te vervallen,[48] bij de beschrijving van de feiten *recipere* zouden hebben veranderd in *suscipere*.[49] De originele tekst van Paulus zou dan hebben geluid '*solebat pro emptore* recipere *debitum et solvere*' (mijn accentuering). Hierdoor wordt de beschrijving van de feiten aangepast aan de opinie van Paulus. Het is echter niet zeker of deze casus betrekking had op een *receptum argentarii*, waarop in de volgende paragraaf nog nader zal worden ingegaan. Een ingrijpender aanpassing wordt voorgesteld door Kunkel, die betoogt dat er tussen *non* en *pro* een deel van de tekst zou zijn weggevallen en deze aldus gecreëerde lacune invult met de woorden '*non <enim proprium negotium gerere eum, qui> pro aliis suscipit debitum*'.[50] Hij geeft echter geen onderbouwing voor deze aanname. Tot slot zijn er nog auteurs, waaronder Sanfilippo, die menen dat de problematische zinsnede het resultaat is van een interpolatie en dient te worden geschrapt.[51] Redenen hiervoor zijn niet alleen de (schijnbare) tegenstrijdigheid met het feitencomplex, maar ook de onderlinge onsamenhangendheid van de zin, grammaticale onjuistheden en bezwaren tegen de formulering. In dat geval zou Paulus slechts de beslissing van de *praefectus* hebben bekritiseerd door te stellen dat men niet gewoon was om in

45 Opgemerkt zij dat de Basilicatekst een iets andere inhoud kent dan de Digestentekst. In B. 18,3,8 wordt vermeld dat de slaaf reeds een som geld in ontvangst had genomen van de koper en deze vervolgens moest afgeven aan de verkoper. De woorden '*dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum*' zijn echter letterlijk in de Griekse vertaling overgenomen, zoals ook wordt benadrukt door Nörr, *Rechtskritik,* 129 nt. 50.

46 Mommsen, *Digesta I*, 431.

47 Ook Kunkel merkt op dat deze emendatie zowel grammaticaal als inhoudelijk een hoogst ongelukkige bijzin oplevert en het onwaarschijnlijk is dat zij zo door Paulus of de compilatoren is geformuleerd, Kunkel, 'Die Funktion II', 305.

48 C. 4,18,2.

49 Mitteis, 'Trapezitika', 248-249 en Just, 'Ansätze', 378.

50 Kunkel, 'Die Funktion II', 305 nt. 114.

51 Sanfilippo, *Libri Tres*, 44-45. Hij wordt gevolgd door Just, 'Ansätze', 379-384. Zie in dezelfde zin ook Nörr, *Tekstkritik,* 129 nt. 50, die meent dat rekening moet worden gehouden 'mit einer vorjustinianischen oder mit einer Textverderbnis im 6. Jhd.'.

dergelijke gevallen een *actio institoria* aan de derde te verlenen (‘*Dicebamus non solere ex ea causa in dominum dari actionem*’).[52]

De tegenstrijdigheid tussen deze twee passages kan echter ook zonder aanpassingen in de tekst worden verklaard door aan te nemen dat Paulus in feite het partijdebat in appel over de juridische kwalificatie van de koopprijsbelofte van de slaaf weergeeft.[53] Kort gezegd, Paulus’ beschrijving van de feiten is een weergave van de feiten zoals deze door de graanhandelaar zijn gesteld en zij is daarom gekleurd door het onderliggende betoog van de graanhandelaar dat de slaaf zijn betalingsbelofte deed in het kader van een zogeheten ‘*delegatio*’ (delegatie). De weergave van zijn eigen betoog in het *consilium* bevat het standpunt van Titianus Primus, die stelde dat er helemaal geen sprake was van delegatie, maar van een andersoortige rechtsverhouding. Een en ander zal hieronder nader worden toegelicht.

5.1.2 Betoog van de graanhandelaar

Uit de beschrijving van het feitencomplex kan worden opgemaakt dat de graanhandelaar betoogde dat de rechtsverhouding die ten grondslag lag aan de activiteiten van de slaaf was gebaseerd op *delegatio*.[54] *Delegatio*[55] is afgeleid van het werkwoord *delegare*, dat ‘verwijzen naar’ of ‘opdragen’ betekent. Bij een delegatie gaf A (de ‘delegant’) aan B (de ‘gedelegeerde’) de opdracht om een bedrag te betalen of te beloven te betalen aan C (de ‘delegataris’).[56] In het meest voorkomende geval waren er twee rechtsverhoudingen bij de delegatie betrokken: de relatie tussen de delegant en de gedelegeerde enerzijds (de ‘dekkingsrelatie’) en de delegant en de delegataris anderzijds (de ‘valutaverhouding’).[57] In de meeste gevallen zal de delegataris C de schuldeiser van de delegant A zijn geweest, die op zijn beurt weer de schuldeiser van de gedelegeerde B was. De betaling door de gedelegeerde aan de delegataris had in een dergelijk geval als gevolg dat zowel de schuld van A bij C, als de schuld van B bij A tenietging.[58] De delegatieconstructie die de graanhandelaar voor ogen stond, zou in de volgende vorm moeten hebben plaatsgevonden: de slaaf (de gedelegeerde) werd door de koper (delegant)

---

52 Sanfilippo, *Libri Tres*, 44. Voor het gemak beschouwt Sanfilippo de woorden ‘*nec videtur hoc dominum mandasse*’ ook maar als geïnterpoleerd, aangezien deze samenhangen met de eerdere zinsnede ‘*quasi fideiussonem…debitum*’.

53 Wankerl, *Appello*, 114.

54 Wankerl, *Appello,* 117. Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 44 en Höbenreich, *Annona,* 132 e.v.

55 Zie in het algemeen over delegatie Kaser, *Privatrecht*, 650-652. Zie verder bijvoorbeeld B. von Salpius, *Novation und Delegation,* Berlijn: Verlag der Königlichen Geheimen Oberhofbuchdruckerei 1864; W. Endemann, *Der Begriff der delegatio im klassischen römischen Recht,* Marburg: Elwert 1959; M. Kaser, ‘Zu Novation und Delegation’ in: J.A. Ankum & J.E. Spruit (ed.), *Satura R. Feenstra oblata,* Fribourg: Éditions universitaires 1985, 141-155.

56 D. 46,2,11 *pr.*

57 Von Salpius, *Novation*, 41 e.v.; Endemann, *Der Begriff,* 15 e.v.; Kaser, *Privatrecht,* 650-651.

58 Kaser, *Privatrecht*, 650-651.

gedelegeerd aan de graanhandelaar (delegataris) om aan deze de koopprijs van een bepaalde hoeveelheid graan uit te keren.[59]

Dat de graanhandelaar zich op delegatie beriep, blijkt om te beginnen uit bewoordingen van de tekst: de graanhandelaar stelde dat de slaaf de schuld *op zich nam (suscipere)* en betaalde (*solvere*), wat lijkt te suggereren dat er sprake was van een vorm van schuldoverneming. Ook het gebruikte *delegatus* kan in die context worden geïnterpreteerd als verwijzing naar een *delegatio*.[60] Naast de gebruikte bewoordingen vormt ook het feit dat Titianus Primus (en niet de koper van het graan) door de graanhandelaar werd aangesproken een bewijs dat de laatste ervan overtuigd was dat er een delegatie had plaatsgevonden. Delegatie kon op twee manieren plaatsvinden: de slaaf kon direct een betaling verrichten aan de graanhandelaar (*delegatio solvendi*) of hij kon een belofte tot betaling aan hem doen (*delegatio promittendi*).[61] In de voorliggende zaak kan slechts het laatste het geval zijn geweest, aangezien er expliciet over het op zich nemen en betalen van een schuld (en niet alleen het betalen) wordt gesproken en bovendien het geschil juist was gerezen omdat de slaaf had beloofd de koopprijs te betalen, maar dit niet had gedaan.[62] *Delegatio promittendi* had, in tegenstelling tot *delegatio solvendi*, noverende werking.[63] Dit was het gevolg van het feit dat de belofte die door de gedelegeerde werd gedaan aan de delegataris plaatsvond in de vorm van een stipulatie.[64] In het geval van Titianus Primus betekende dit dat hiermee de oorspronkelijke verbintenis tussen de graanhandelaar en de graankoper tenietging en werd vervangen door de nieuwe verbintenis tussen de graanhandelaar en de slaaf.[65] Hieruit kan worden verklaard waarom de graanhandelaar bij Titianus Primus aanklopte en niet direct naar de koper ging om de koopprijs op te eisen: in zijn optiek bestond deze laatste verbintenis niet meer en kon hij alleen een actie tegen de meester van de slaaf instellen.[66]

In de door de graanhandelaar voorgestelde delegatieconstructie (de slaaf werd door de koper gedelegeerd aan de graanhandelaar om aan deze de koopprijs van een bepaalde hoeveelheid graan uit te keren) dient de verbintenis tot betaling van de koopprijs als de valutaverhouding te worden

59 Vgl. Höbenreich, *Annona*, 132 e.v.

60 Het woord kan echter ook betrekking hebben op andere situaties, zie Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 131-132.

61 Zie voor dit onderscheid Endemann, *Der Begriff*, 20-24 en Kaser, *Privatrecht*, 650-652.

62 Höbenreich, *Annona*, 132. Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 385 nt. 391 waaruit blijkt dat dit ook de heersende opvatting in de literatuur is.

63 Kaser, *Privatrecht*, 650 e.v.

64 Vgl. C. 8,41(42),3,1 die overigens betrekking heeft op de actieve *delegatio promittendi*, d.w.z. delegatie die een crediteurswissel als gevolg had. Stipulatie door een slaaf namens zijn meester was mogelijk in uitzondering op de regel dat beide partijen bij de stipulatie aanwezig moesten zijn, zie bijvoorbeeld Gai. 3,114 en D. 45,1,38,17. Zie verder Buckland, *Law of slavery*, 154-155, Schulz, *CRL*, 475 en Kaser, *Privatrecht*, 540.

65 Er was met andere woorden sprake van zogeheten 'passieve delegatie', delegatie die een debiteurswissel als gevolg had en waarbij de delegant aan de gedelegeerde opdroeg de schuld van de delegant bij de delegataris te betalen.

66 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 44.

aangemerkt. Hierop rijst echter de vraag naar de andere zijde van de medaille, de dekkingsrelatie. Paulus maakt in zijn beschrijving geen melding van een schuld van de slaaf bij de koper van het graan, die door de betaling krachtens de delegatie teniet zou gaan. Op welke wijze had de slaaf – en in het verlengde daarvan zijn meester Titianus Primus – dan wel baat bij de beschreven constructie? Een antwoord op deze vraag kan worden gevonden in een tekst van Papinianus uit het derde boek van diens *Responsa*, waarin over een soortgelijk geval wordt bericht:[67]

> D. 14,3,19,3: 'Een slaaf, die slechts is aangesteld om geld tegen rente uit te lenen, bindt als *institor* zijn meester niet voor het geheel naar het *ius honorarium*, wanneer hij door middel van intercessie een schuld van iemand anders op zich neemt: dat wat hij echter namens hem, die geld tegen rente uitleende, door middel van delegatie aan een ander heeft beloofd, kan van de meester terecht worden opgeëist, aan wie een actie op grond van geldlening toekomt tegen hem, die heeft gedelegeerd.'[68]

Uit deze tekst blijkt dat in een dergelijk geval van delegatie de meester door de belofte van zijn slaaf aan de graanhandelaar om de koopprijs te betalen een vordering op grond van geldlening (*actio certae creditae pecuniae*) verkreeg tegen de graankoper.[69] Er was met andere woorden sprake van zogeheten 'bevoorschotting': de slaaf schoot de prijs voor de graankopers voor en verstrekte daardoor in feite een geldlening aan de kopers. Uit de bovenstaande tekst volgt ook dat de aanname dat er sprake was van delegatie belangrijke gevolgen had voor de beantwoording van de vraag in hoeverre de activiteiten van de slaaf onder dienst *praepositio* konden worden geschaard en Titianus Primus hiervoor aansprakelijk kon worden gesteld.

---

67 De verbinding tussen zaak van Titianus Primus en deze tekst (D. 14,3,19,3) wordt door verschillende auteurs gelegd: Sanfilippo, *Libri Tres,* 42; Nörr, *Rechtskritik*, 129; Just, 'Ansätze'; Kupisch, 'Paul. 1 decret. D. 14,5,8', 478-481; Wankerl, *Appello,* 116 e.v.; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 389 e.v.

68 Papinianus libro tertio responsorum. *Servus pecuniis tantum faenerandis praepositus per intercessionem aes alienum suscipiens ut institorem dominum in solidum iure praetorio non adstringit: quod autem pro eo, qui pecuniam faeneravit, per delegationem alii promisit, a domino recte petetur, cui pecuniae creditae contra eum qui delegavit actio quaesita est.*

69 Anders Kupisch, 'Paul. 1 decret. D. 14,5,8', 468-478, die de woorden'*pro aliis*' niet vertaalt als 'voor anderen/voor andere personen', maar *aliis* opvat als een dativus meervoud van *alia*. Om deze reden vertaalt hij de zinsnede '*non pro aliis suscipit debitum*' als 'die Schuld sei nich [im Gegenzug] für etwas anderes übergenommen worden'. Kortom, hij stelt dat Paulus in het *consilium* betoogde dat er in dit geval sprake was van een schuldovername door de slaaf zonder dat daar een tegenprestatie tegenover stond (hetgeen kon worden beschouwd als een soort van borgtocht, '*quasi fideiussio*', en om die reden niet tot aansprakelijkheid van de meester kon leiden). De interpretatie van Kupisch is niet aannemelijk. Allereerst is de aanname dat iemand een schuld zou willen overnemen zonder hiervoor een tegenprestatie te ontvangen enigszins wonderlijk. Daarnaast sluit Kupisch' vertaling van de woorden '*pro aliis*' niet aan bij het gebruik van deze zinsnede op andere plaatsen in de Digesten. In alle teksten waarin de woordcombinatie '*pro aliis*' voorkomt, heeft zij de betekenis 'voor anderen/voor andere personen', zie bijvoorbeeld: D. 16,1,2,1; D. 19,2,54 *pr.*; D. 21,1,31,14; D. 37,15,7,5; D. 47,10,11,2.

Papinianus stelt dat in een dergelijk geval van delegatie een *actio institoria* aan de derde (*i.c.* de graanhandelaar) moest worden toegekend, aangezien de meester door de delegatie een vordering uit geldlening tegen de delegant (*i.c.* de graankoper) had verkregen en het aangaan van een dergelijke rechtsverhouding dus zeer grote gelijkenis vertoonde met hetgeen waarvoor de slaaf oorspronkelijk was aangesteld, te weten het uitlenen van geld.[70] De graanhandelaar had in de onderhavige zaak zijn betoog waarschijnlijk langs soortgelijke lijnen opgebouwd.

> Op dit punt lopen de interpolatievermoedens van Sanfilippo stuk. Voorop moet worden gesteld dat er volgens Sanfilippo in de zaak van Titianus Primus sprake was van delegatie met noverende werking ('una delegazione novatoria'). Daarnaast betoogt hij, zoals hierboven reeds is opgemerkt, dat de oorspronkelijke tekst de woorden '*Dicebamus non solere ex ea causa in dominum dari actionem*' zou hebben bevat. In het licht van D. 14,3,19,3 lijkt dit onlogisch: uit deze tekst blijkt immers duidelijk dat men in het geval van delegatie die neerkomt op een geldlening aan de delegant nu juist *wel* een actie tegen de meester placht te verlenen. Met andere woorden, de correcties van Sanfilippo leveren slechts een nieuwe tegenstrijdigheid op.[71]

Het is moeilijk om de precieze verhouding tussen D. 14,5,8 en het door Papinianus behandelde geval vast te stellen. Er wordt wel betoogd dat beide auteurs dezelfde zaak behandelen.[72] Hiervoor pleit het feit dat de eerste veertien boeken van de *Responsa* van Papinianus waarschijnlijk zijn opgesteld tussen 206 en 211 n. Chr.[73] en dus afkomstig zijn uit dezelfde tijdsperiode als het werk van Paulus. Het is echter in dat geval opvallend en enigszins onlogisch dat Papinianus wel het resultaat van de overwegingen van de juristen in het *consilium* beschrijft, maar niet de uiteindelijke beslissing van de keizer vermeldt. Bovendien kan worden betoogd dat de bewoordingen van Paulus' standpunt lijken te suggereren dat er al een zekere juridische consensus bestond over de toepassing van de *actio institoria* in dergelijke gevallen. Hij vermeldt immers dat '*non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem*', dat 'het echter niet de gewoonte was om op deze grond een actie tegen de meester te verlenen'. Het is daarom verleidelijk om aan te nemen dat het gaat om een reeds bestaande praktijk, die door Papinianus in zijn *Responsa* was vastgelegd, en dat dit *responsum* door partijen in het debat in appel als bewijs werd aangevoerd.[74] Uit de tekst kan immers worden opgemaakt dat het debat tijdens de procedure werd gevoerd op de basis van de argumentatielijnen zoals deze door Papinianus in zijn *Responsa* worden verwoord.[75] De vraag of partijen dit hebben gedaan op basis van een reeds

70 Vgl. Wankerl, *Appello*, 117.
71 Dit probleem wordt door Just vermeden door aan te nemen dat het in deze zaak niet om delegatie, maar om een *receptum argentarii* ging, zie Just, 'Ansätze', 378-384. Op de mogelijkheid van een *receptum argentarii* wordt hieronder nog ingegaan.
72 Sanfilippo, *Libri Tres*, 42 en Just, 'Ansätze', 355.
73 Fitting, *Alter und Folge*, 77.
74 Wankerl, *Appello*, 116.
75 Zie ook Nörr, *Rechtskritik*, 129.

bestaand *responsum* of dat dit pas later – hetzij naar aanleiding van deze zaak, hetzij in een ander geval – door Papinianus is geformuleerd, maakt hiervoor eigenlijk geen verschil.

5.1.3 Betoog van Titianus Primus

Uit de mening van Paulus kan worden opgemaakt dat Titianus Primus ontkende dat er sprake was van delegatie.[76] Hij betoogde dat aan de activiteiten van de slaaf een andersoortige rechtsverhouding ten grondslag lag met als gevolg dat diens handelingen niet zonder meer op grond van de regels zoals deze in de Papinianustekst worden verwoord als onderdeel van de *praepositio* konden worden beschouwd. Om welke constructie het volgens Titianus Primus ging, wordt door Paulus niet expliciet vermeld. Uit zijn beschrijving van het standpunt van de juristen (*dicebamus…mandasse*) kan echter worden opgemaakt dat het naar hun mening moet zijn gegaan om een figuur die overeenkomsten vertoonde met borgtocht ('*quasi fideiussio*'), in die zin dat de slaaf slechts de schuld voor andere personen betaalde (of beloofde te betalen), maar deze niet daadwerkelijk overnam ('*cum pro alio solveret debitum*, non *pro aliis suscipit debitum*', mijn accentuering). Met andere woorden, er was volgens Paulus geen sprake van schuldovername door de slaaf, maar van een extra (garantie)verbintenis tussen hem en de graanhandelaar, zoals ook het geval is bij borgtocht. Er is in dit kader meermalen betoogd dat de slaaf van Titianus Primus een *receptum argentarii*, [77] een zogeheten 'bankiersgarantie' zou hebben afgegeven aan de graanhandelaar.[78] *Argentarii* waren professionele bankiers, die tal van verschillende bancaire activiteiten ondernamen, zoals het verstrekken van leningen, het in bewaring nemen van spaargelden en het afgeven van *recepta argentarii*.[79] Dit laatste was een informele belofte, waarmee een bankier zich garant stelde voor een schuld van zijn cliënt bij een derde. Deze wederpartij kon vervolgens, naast zijn contractspartij, de bankier aanspreken met een zelfstandige actie, de *actio recepticia*.[80] Hoewel het mogelijk was om een *argentaria* door een slaaf te laten

76 Wankerl, *Appello*, 116.

77 Zie over het *receptum argentarii* Kaser, *Privatrecht*, 584-586, i.h.b. 585 en Zimmermann, *Law of obligations*, 514. Zie verder L. Mitteis, 'Receptum argentarii' *ZSS* 29 (1908), 479 e.v. en A. Bürge, 'Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtlichte Strukturen des römischen Bankwesens' *ZSS* 104 (1987), 527-536.

78 Mitteis, 'Trapezitika', 248-249; Just, 'Ansätze', 378 e.v.; Wacke, 'Klagen', 328.

79 Zie over *argentarii* in het algemeen Bürge, 'Fiktion', i.h.b. 476-485 en J. Andreau, *La vie financière dans le monde romain: les métiers de manieurs d'argent*, Rome: École française de Rome 1987, i.h.b. 61-138 en 401-438.

80 Waarover E. Levy, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlijn: Vahlen 1915, 29-30. Dat het een zelfstandige actie betreft blijkt onder andere uit het feit dat de bankier die het *receptum* had afgegeven zelfs aansprakelijk was wanneer de verbintenis tussen de schuldeiser en schuldenaar ongeldig bleek te zijn, zie C. 4,18,2,1 en bijvoorbeeld Kaser, *Privatrecht*, 585 en Zimmermann, *Law of obligations*, 514.

runnen,[81] biedt D. 14,5,8 geen duidelijke aanknopingspunten voor de aanname dat de we hier ook daadwerkelijk te maken hebben met een slaaf die als *argentarius* een *receptum argentarii* had afgegeven. Het financiële verkeer in Rome was zeer veelzijdig en er waren vele rechtsverhoudingen en vormen van bankieren denkbaar op grond waarvan een slaaf dergelijke werkzaamheden kon verrichten.

Er is nog een andere rechtsfiguur die Titianus Primus als grondslag voor de activiteiten van zijn slaaf kan hebben aangevoerd, namelijk het zogeheten *constitutum debiti alieni*. Een *constitutum debiti* was een vormvrije belofte om een schuld op een specifiek moment te betalen.[82] Het kon hierbij gaan om een belofte door de schuldenaar zelf (*constitutum debiti proprii*, waarop hier verder niet zal worden ingegaan) of om de belofte van een derde om de schuld van een ander te betalen (*constitutum debiti alieni*). In het geval van een *constitutum debiti alieni* bleef de oorspronkelijke verbintenis tussen schuldeiser en schuldenaar bestaan.[83] Hiernaast ontstond er een garantieverbintenis tussen de schuldeiser en de derde, die leidde tot hoofdelijke aansprakelijkheid. Deze laatste verbintenis kon door de schuldeiser in rechte worden afgedwongen door middel van de *actio de pecunia constituta*. In feite hadden het *receptum argentarii* en het *constitutum debiti alieni* dus dezelfde vorm en functie: er ontstond een tweede verbintenis tussen een derde en de schuldeiser die de laatste zekerheid bood voor de voldoening van zijn vordering, net zoals bij borgtocht het geval was.[84] Het *receptum argentarii* is daarom door Justinianus samengevoegd met het *constitutum debiti,* met als gevolg dat de rechtsfiguur van het *receptum argentarii* niet meer expliciet in de Digesten wordt genoemd.[85]

De gelijkenis tussen beide figuren heeft als gevolg dat er geen definitief antwoord hoeft (en kan) worden gegeven op de vraag op welke rechtsverhouding Titianus Primus zich heeft beroepen.[86] In beide gevallen is zijn opvatting over de zaak, die door Paulus en de andere juristen wordt gedeeld en verdedigd in het *consilium*, duidelijk. Zijn slaaf was voor de koopprijzen aparte garantieverbintenissen aangegaan met de graanhandelaren en er was geen sprake van novatie zoals het geval zou zijn geweest wanneer er een delegatie zou hebben plaatsgevonden. Dit had als gevolg dat de graanhandelaar zijn eigen contractspartij, de koper, nog steeds kon aanspreken tot betaling van de koopprijs.

---

81 D. 2,13,4,3. Het is ook denkbaar dat Titianus Primus zelf een *argentarius* was, die zijn slaaf als bedrijfsvoerder had aangesteld.

82 D. 13,5,14,3. Zie over deze rechtsfiguur Kaser, *Privatrecht*, 583-584 en Zimmermann, *Law of obligations*, 512-513. Voorts J. Platschek, *Das Edikt 'De pecunia constituta'. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr,* München: Beck 2013.

83 Vgl. D. 13,5,28 en D. 13,5,18,3.

84 Zie ook Zimmermann, *Law of obligations*, 512.

85 C. 4,18,2.

86 Vgl. ook Wankerl, *Appello*, 113.

> Men zou zich in dat geval kunnen afvragen waarom de graanhandelaar ervoor koos om Titianus Primus aan te spreken en niet zijn eigen koper. Deze vraag is echter gebaseerd op de presumptie dat de graanhandelaar ook van mening was dat de koopprijsbelofte door de slaaf had plaatsgevonden in de vorm van een *receptum argentarii* of een *constitutum debiti alieni.* Zoals in het bovenstaande is betoogd, was dit nu juist waarschijnlijk niet het geval: uit het feit dat de graanhandelaar Titianus Primus aansprak, blijkt dat hij van een belofte in de vorm van een delegatie met noverende werking uitging, die hem de mogelijkheid ontnam om zijn oorspronkelijke koper nog aan te spreken.

Wat betreft de aansprakelijkheid van Titianus Primus voor de handelingen van zijn slaaf, diende echter te worden geconcludeerd dat de rechtsverhoudingen tussen de slaaf, de graanhandelaar en de koper sterke gelijkenissen met borgtocht vertoonden en dat men voor dergelijke verbintenissen geen *actio institoria* tegen de achterman pleegde te verlenen, zo betogen de juristen in het *consilium*.[87] Ook voor dit standpunt kan ondersteuning worden gevonden in D. 14,3,19,3: Papinianus geeft daar aan dat in het geval van zogeheten *intercessio* door een slaaf géén *actio institoria* tegen de meester werd verleend, tenzij er, zoals hierboven al werd vermeld, sprake was van delegatie. Het begrip *intercessio* besloeg elk geval van iemand die zich aansprakelijk stelde voor de schuld van een ander, hetzij door middel van borgtocht, hetzij door schuldovername, hetzij op enigerlei andere wijze. Rechtsfiguren als het *constitutum debiti alieni* en het *receptum argentarii* vielen daarom logischerwijs ook onder deze regeling. Dit zou uiteraard anders liggen, aldus Paulus, indien de meester de slaaf had aangesteld om overeenkomsten van borgtocht te sluiten, maar dit was in de zaak van Titianus Primus niet het geval: '*nec videtur dominum mandasse*'.[88]

5.2 Keizerlijke beslissing

De keizer besloot uiteindelijk om de uitspraak van de *praefectus annonae* in stand te laten. Uit de door Paulus vermelde motivering blijkt dat hij zowel aan het partijdebat als aan het standpunt van de juristen in zijn *consilium* voorbij is gegaan. Hij ging in zijn beslissing niet in op de rechtsverhouding die aan de activiteiten van de slaaf ten grondslag lag, maar baseerde zijn uitspraak net zoals de *praefectus annonae* op de door Titianus Primus opgewekte schijn van een volmacht.[89] Hij was van mening dat door diens handelen, of liever gezegd: het uitblijven hiervan, de schijn werd gewekt dat de slaaf hem ook vertegenwoordigde wanneer hij transacties binnen de graanhandel aanging en dat derden die met de slaaf hadden gecontracteerd hierop

87 Nörr, *Rechtskritik*, 129; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 390.

88 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 390-391, die in dat geval uitgaat van de mogelijkheid van een *actio quod iussu*.

89 Zie bijvoorbeeld ook Just, 'Ansätze', die spreekt over een 'Anscheinsvollmacht' en Wacke, 'Klagen', 329, die spreekt over een aanzet tot de acceptatie van een 'Duldungsvollmacht'.

mochten vertrouwen.[90] Deze beslissing ging, zoals hierboven al werd vermeld, in tegen het geldende recht en had een aanzienlijke verbreding van de aansprakelijkheid van de achterman in dergelijke gevallen van *institutio* als gevolg. Uit de uitspraak van de keizer volgt immers dat wanneer een slaaf of een andere tussenpersoon[91] gedurende een zekere tijd handelingen buiten zijn *praepositio* had verricht en de achterman hier niet tegen had opgetreden, de laatste voor deze handelingen aansprakelijk kon worden ingesteld. Met andere woorden, op grond van de keizerlijke beslissing kwam het risico voor handelingen die door een *institor* buiten zijn volmacht werden verricht niet langer zonder meer voor rekening van de wederpartij, maar konden zij de achterman worden toegerekend wanneer deze de schijn van het bestaan van een volmacht had gewekt. De afwijkende beslissing van de keizer om de graanhandelaar als derde te beschermen werd in het geval van de zaak van Titianus Primus in het bijzonder ingegeven door de rechtszekerheid in de graanhandel en voedselvoorziening voor Rome.[92] De keizerlijke uitspraak geeft een interessant beeld van de verhoudingen binnen het *consilium*.[93] Net zoals in D. 4,4,38 *pr.* zien we dat Severus tegen het oordeel van zijn juristen ingaat en zijn beslissing op andere gronden baseerde dan de overwegingen die door de juristen werden aangedragen. Men kan concluderen dat Paulus (en vaak ook de andere juristen) sterk vasthield aan de puur juridische kant van de zaak en op zoek was naar een grondslag in het geldende recht voor de beslissing van het geschil. De keizer en de *praefectus annonae* daarentegen hielden hier minder sterk aan vast en waren meer geneigd om een beslissing te nemen op basis van pragmatische redenen, de billijkheid of de rechtszekerheid. De uitspraak in de zaak van Titianus Primus, die gebaseerd was op de bescherming van een derde te goede trouw, is hiervan een voorbeeld.[94]

90 Claus, *Stellvertretung*, 281; Nörr, *Rechtskritik*, 129; Just, 'Ansätze', 385-387; Höbenreich, *Annona*, 137. Zie voor de zeer subtiele verschillen tussen de opvattingen van deze auteurs Wankerl, *Appello,* 122-126 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 392-393. Anders Kupisch, 'Paul. 1 decret. D. 14,5,8', 482 e.v., die meent dat de keizer zijn beslissing baseerde op het (niet door Paulus vermelde) feit dat de slaaf expliciet in naam van Titianus Primus had gehandeld.

91 De keizerlijke beslissing lijkt niet beperkt tot handelingen van slaven, vgl. ook Claus, *Stellvertretung*, 281.

92 Höbenreich, *Annona*, 139.

93 Nörr, *Rechtskritik*, 129, Höbenreich, *Annona*, 135, Rizzi, *Imperator Cognocens,* 391 en F. Wieacker, 'Offene Wertungen bei den römischen Juristen' *ZSS* 94 (1977), 31.

94 Honoré, *Emperors,* 392 meent dat de keizerlijke beslissing aansloot bij de opvatting van Papinianus op de zaak, aangezien deze jurist in een aantal andere teksten in de Digesten over de *actio institoria* een extensieve toepassing van deze actie verdedigt. Voor deze opvatting bestaan echter geen duidelijke aanknopingspunten in de tekst.

4 D. 16,2,24: verrekening met de fiscus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro tertio decretorum. *Iussit imperator audiri adprobantem sibi a fisco deberi, quod*[a] *ipse convenitur*.	Paulus in het derde boek van de 'Decreten'. De keizer heeft beslist dat degene, die bewijst dat aan hem door de *fiscus* een bedrag is verschuldigd, gehoord moet worden, wanneer hij zelf wordt aangesproken.

[a] *a quo* Mo.; *in quod* H. a Porta

2 Inleiding

D. 16,2,24 is één van de kortste fragmenten uit de verzamelingen van Paulus en bevat slechts de uitspraak van de keizer.[2] Hoewel er weinig discussie over de inhoud van de tekst is geweest, bestaat er echter wel een controverse over de tekstconstitutie, meer in het bijzonder over de woorden '*quod ipse convenitur*'. Door sommigen wordt betoogd dat deze (bij)zin grammaticaal incorrect is[3] en er worden verschillende emendaties voor het woord *quod* voorgesteld.[4]

Een eerste mogelijkheid is dat er in de oorspronkelijke tekst *(a) quo* heeft gestaan of had moeten staan, zoals door Mommsen wordt voorgesteld.[5] Dit zou tot de volgende vertaling leiden: 'De keizer heeft beslist dat degene, die bewijst dat aan hem door de *fiscus*, door welke hij zelf wordt aangesproken, een bedrag verschuldigd is, gehoord moet worden.' Een tweede mogelijkheid is een combinatie met het woord *in*, dat wil zeggen (*id) in quo* of *in quod*.[6]

---

1 Zie over deze tekst Sanfilippo, *Libri Tres,* 121-122. De tekst wordt daarnaast behandeld door S. Solazzi, *La compensazione nel diritto romano*, Napels: Jovene 1950, 122-125.

2 Het werkwoord *iubere* is hier in de zin van het doen van een rechterlijke uitspraak gebruikt, vgl. Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 290-291. Zie hierover ook ALD, paragraaf 3.2.1.

3 Vgl. Solazzi, *Compensazione,* 123-124.

4 Vgl. Mommsen, *Digesta I*, 469. Zie hiernaast voor andere lezingen ook Gebauer & G.A. Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis*, 280. Een uitzondering is Solazzi, die van mening is dat het hier om een herformulering van de originele tekst van Paulus zou gaan en stelt dat de compilatoren een aantal woorden hieruit zouden zijn vergeten over te nemen: Solazzi, *Compensazione*, 123-124.

5 Mommsen, *Digesta I*, 469. Hij wordt hierin gevolgd door Sanfilippo, *Libri Tres*, 121.

6 In de editie van Hugo a Porta wordt voor *quod* het woord *in* ingevoegd en wordt *convenitur* vervangen door *conveniatur* (geraadpleegde editie Lyon 1534). Zie voor soortgelijke invoegingen Gebauer & Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis*, 280.

In dat geval zou de vertaling van de laatste zin als volgt luiden: 'De keizer heeft beslist dat degene, die bewijst dat aan hem door de *fiscus* een bedrag verschuldigd is, waarvoor hij zelf wordt aangesproken, gehoord moet worden.' In het eerste geval verwijst de bijzin slechts naar het feit dat de *fiscus* de persoon in kwestie in rechte heeft aangesproken. In het tweede geval verwijst de bijzin ook naar het bedrag waarvoor hij wordt aangesproken. Van beide emendaties vindt de tweede de meeste aanhangers.[7] Een belangrijke reden hiervoor is dat het gemakkelijk is voor te stellen dat het woord *in* bij het overschrijven van de tekst op enig moment is verdwenen. Als de originele tekst de woorden *deberi in quod* bevatte, is het goed denkbaar dat op enig moment de woorden *deberi* en *in* in een handschrift zijn versmolten tot *deberin* en vervolgens weer door een andere auteur zijn gecorrigeerd tot *deberi*.[8] Een dergelijke op een verschrijving gebaseerde argumentatie valt moeilijk aan te voeren voor de andere emendaties, zoals *a quo* en *pro quo.*

Er is echter ook een lezing van de tekst mogelijk zonder het woord *quod* te emenderen, namelijk door *quod* niet als een relativum, maar als een voegwoord op te vatten.[9] In dit geval kan het, in combinatie met de indicativus *convenitur*, verschillende betekenissen hebben, waaronder 'wanneer'.[10] Voor deze vertaling is hierboven gekozen. In het licht van deze mogelijkheid is het mij niet geheel duidelijk wat de hierboven genoemde auteurs heeft bewogen om tot emendatie over te gaan, zeker gezien het feit dat het inhoudelijke verschil tussen de drie mogelijke lezingen uiterst gering is, zoals uit de hieronder volgende inhoudelijke behandeling zal blijken.

3 Juridisch kader en procedure in eerste aanleg

3.1 Verrekening in het klassieke Romeinse recht

De tekst heeft betrekking op de figuur van verrekening (*compensatio*), de vereffening van twee tegenover elkaar staande vorderingen.[11] Verrekening werd door de Romeinse juristen gezien als een onderdeel van het proces-

7 Vgl. Gebauer & Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis*, 280.

8 *Idem*.

9 Zie voor dit gebruik van *quod* J.B. Hofmann & A. Szantyr, *Lateinische Syntax und Stilistik*, München: C.H. Beck 1972, 572-584.

10 P.G.W. Glare (ed.), *Oxford Latin Dictionary*, Oxford 1976, s.v. *quod*, 1565-1566 en Hofmann & Szantyr, *Syntax*, 573-574.

11 Zie over de *compensatio* in het algemeen Digestentitel 16,2 (*De compensationibus)* en verder, naast Solazzi, *Compensazione*, H. Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*, Heidelberg: Bangel & Schmitt 1868, R. Rezzonico, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1958, W. Rozwadowski, 'Studi sulla compensazione nel diritto romano' *BIDR* 81 (1978), 76 e.v. en meest recent P. Pichonnaz, *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels,* Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg Suisse 2001, 9-279. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 644-647 en Zimmermann, *Law of obligations*, 760-767.

recht[12] en was als zodanig door het bestaan van het *formula*-systeem slechts in bepaalde gevallen mogelijk. Het idee van *compensatio ipso iure*, dat wil zeggen verrekening die van rechtswege optreedt zonder een daartoe strekkende verklaring van één der partijen, komen we pas tegen in het Justiniaanse recht.[13] Het was afhankelijk van de aard van de *formula* van de ingestelde actie of *compensatio* kon plaatsvinden. Verrekening was mogelijk in het geval van *bonae fidei iudicia*, acties die berustten op de goede trouw.[14] De clausule van goede trouw in de *formula* van deze acties bood de rechter de vrijheid om tegenvorderingen uit de *dezelfde* rechtsbetrekking in zijn beoordeling van de eis mee te nemen en de gedaagde te veroordelen tot het verschil tussen beiden:

> Gai. 4,61: '[…], dat hij, rekening houdend met dat wat de eiser aan de wederpartij op grond van dezelfde rechtsbetrekking moet presteren, de gedaagde veroordeelt tot het overige.'[15]

Voor verrekening was *niet* vereist dat de verschuldigde prestaties van gelijksoortige aard waren. Men werd in het klassieke Romeinse formulaproces immers altijd veroordeeld tot het betalen van een geldsom (*condemnatio pecuniaria*) en eventuele andersoortige prestaties werden daarom door de rechter in geldbedragen omgezet.[16] De bevoegdheid van de rechter om tot verrekening over te gaan was discretionair: hij mocht rekening houden met de tegenvordering, maar was hiertoe niet verplicht, aangezien dit niet uitdrukkelijk in de tekst van de *formula* was voorgeschreven.[17] Als hij weigerde de vorderingen te verrekenen, kon de gedaagde zijn tegenvordering alsnog geldend maken in een andere procedure.[18]

---

12 Kaser, *Privatrecht*, 644 en Zimmermann, *Law of obligations*, 761, die er beide op wijzen dat zowel Gaius als Justinianus de verrekening in het kader van het procesrecht behandelen, vgl. Gai. 4,61-68 en I. 4,6,30. Het procesrechtelijke karakter van de verrekening wordt ook duidelijk uit de tekst zelf: zowel *adprobare* ('bewijzen') als *audiri* ('gehoord worden') zijn procesrechtelijke termen, zie Heumann & Seckel, *Handlexikon,* 17 en 44.

13 I. 4,6,30 en C. 4,31,14, waarover uitgebreid Solazzi, *Compensazione*, 147 e.v. In het huidige recht heeft de onduidelijkheid in het Romeinse recht over de werking van verrekening geresulteerd in grofweg twee verschillende stelsels. In sommige rechtssystemen, zoals dat in Duitsland en Nederland, is voor verrekening een verklaring aan de wederpartij vereist (§388 BGB en art. 6:127 BW), terwijl in andere landen, zoals in Frankrijk, een dergelijke verklaring niet vereist is (art. 1290 Cc). Zie hierover nader Zimmermann, *Law of obligations*, 760-761.

14 Wenger, *Institutionen,* 157, Kaser, *Privatrecht*, 644-645 en Zimmermann, *Law of obligations*, 761-762.

15 […] *continetur, ut habita ratione eius quod inuicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est condemnare.* Zie ook I. 4,6,30.

16 Gai. 4,48. Zie met betrekking tot de *compensatio* Kaser, *Privatrecht*, 645 en Zimmermann, *Law of obligations*, 762. Zie in het algemeen over de *condemnatio pecuniaria* U. von Lübtow, 'Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria' *ZSS* 68 (1951), 320-359.

17 Gai. 4,63. Zie ook Kaser en Zimmermann, *l.c.*

18 D. 16,2,7,1. Daarnaast Kaser en Zimmermann, *l.c.*

Daarentegen was verrekening in beginsel niet mogelijk in het geval van *stricti iuris iudicia*, tenzij de verplichting hiertoe expliciet in de *formula* van de actie was opgenomen.[19] Maar in een dergelijk geval bood het verweermiddel van de *exceptio doli* uitkomst. Op grond van een rescript van Marcus Aurelius werd verrekening bij *stricti iuris*-acties mogelijk gemaakt door de opname van dit verweer in de *formula* van dergelijke acties:

> I. 4,6,30: '(…) Maar ook bij *stricti iuris*-acties kan op grond van een rescript van de vergoddelijkte Marcus Aurelius verrekening worden bewerkstelligd door middel van de *exceptio doli*.(…)'[20]

Over dit rescript en de procedurele gevolgen daarvan bestaat de nodige discussie in de literatuur.[21] Deze richt zich in het bijzonder op twee problemen bij de toepassing van de *exceptio doli* in gevallen van verrekening. Ten eerste kon een eiser die het bestaan van een tegenvordering voor de *praetor* bestreed lang niet altijd worden verweten dat hij doleus handelde of had gehandeld en daarom werd vaak niet voldaan aan de vereisten voor de toepassing van de exceptie. Ten tweede resulteerde een vervulling van de voorwaarden voor de toepassing van de exceptie in een volledige afwijzing van de eis en niet in een vermindering van het uiteindelijk door de gedaagde te betalen bedrag. Met andere woorden, de toepassing van de *exceptio doli* leidde in beginsel nooit tot daadwerkelijke verrekening van de vorderingen van eiser en gedaagde. Een nadere behandeling van deze problematiek valt buiten het bestek van deze studie.[22]

Naast deze algemene regelingen voor verrekening bestonden er nog twee bijzondere gevallen van *compensatio*. Om te beginnen was in de *formula* van de *stricti iuris*-actie, waarmee een bankier (*argentarius*) zijn cliënt kon aanspreken, een speciale verrekeningsclausule opgenomen.[23] Dit betekende dat een bankier zijn cliënten alleen kon aanspreken voor het bedrag dat overbleef nadat hij zijn eigen schulden aan de cliënt hiervan had afgetrokken. Daarnaast was ook de koper van een failliete boedel (*emptor bonorum*) verplicht te procederen onder aftrek (*agere cum deductione*), dat wil zeggen dat hij derden slechts kon aanspreken voor het bedrag dat resteerde nadat

---

19 Zoals bijvoorbeeld in het geval van de *actio argentarii,* waarover hieronder meer.

20 (…) *sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.* (…)

21 Zie voor een overzicht Rozwadowski, 'Studi sulla compensazione', 76 e.v. en verder Solazzi, *Compensazione,* 97-111, Kaser, *Privatrecht*, 646-647 en Zimmermann, *Law of obligations,* 763-764. Zie daarnaast P. van Warmelo, 'Le rescrit de Marc-Aurèle à propos de la compensation' in: V. Arangio-Ruiz (ed.), *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Parijs: Sirey 1959, 335 e.v.

22 De geïnteresseerde lezer zij verwezen naar de in noot 11 en 21 genoemde literatuur.

23 Zie Gai. 4,64: *Si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet* (vert.: 'Als blijkt dat Titius aan hemzelf 10.000 sestertiën meer moet geven dan hij zelf aan Titius verschuldigd is'). Zie hierover Solazzi, *Compensazione,* 31-64, Kaser, *Privatrecht*, 645, Zimmermann, *Law of obligations,* 764-765 en P. Pichonnaz, 'La compensation commerciale a L'aune du cas de l'argentarius' *TvR* 71 (2003), 29-40.

hij de schulden van de failliete debiteur van zijn vordering had afgetrokken.[24] Een opmerkelijk verschil tussen beide laatstgenoemde vormen van verrekening en die op grond van de clausule van goede trouw, is dat bij de twee uitzonderingsgevallen niet was vereist dat de vorderingen uit dezelfde rechtsbetrekking voortvloeiden.[25]

3.2 Procedure in eerste aanleg

In het bovenstaande zijn de mogelijkheden voor de verrekening in een formulaprocedure tussen twee burgers onderling uiteengezet. In de procedure die aan de keizerlijke beslissing van D. 16,2,24 ten grondslag lag, was er echter geen sprake van een geschil tussen burgers, maar van een geschil tussen de *fiscus* en een burger. Een dergelijke zaak werd niet ter beoordeling voorgelegd aan de *praetor urbanus* en een *iudex*, maar aan de keizerlijke procuratoren (*procuratores Caesaris*) of wellicht aan een speciale *praetor* voor fiscale zaken.[26] Dit betekende dat het hier om een *cognitio extra ordinem* ging en daarmee rijst direct de vraag of, gezien de beperkte toepassing van de verrekening in de formulaprocedure, *compensatio* in een buitengewone procedure wel mogelijk was. Zij werd, gelet op haar grote belang, aan de keizer voorgelegd.

4 Keizerlijke beslissing

4.1 De beslissing

D. 16,2,24 bevat het antwoord van de keizer op bovengenoemde vraag. Verrekening moest ook in fiscale procedures worden toegelaten, als de gedaagde kon bewijzen dat de *fiscus* aan hem iets verschuldigd was.[27] De *cognitio extra ordinem* procedure bood hier alle ruimte voor, aangezien de rechter in dergelijke procedures een grote beslissingsvrijheid had[28] en dus zonder al teveel procedurele complicaties een tegenvordering in zijn beslissing mee kon nemen. Wat opvalt is de zeer brede formulering van de beslissing. Zo was verrekening met de *fiscus*, anders dan in het geval van verrekening bij

24 Gai. 4,65, waarover Solazzi, *Compensazione,* 65-96, Kaser, *Privatrecht*, 645 en Zimmermann, *Law of obligations,* 764-765.

25 Gaius maakt hiervan bij zijn behandeling van de *argentarius* en de *bonorum emptor* geen melding (vgl. Gai. 4,64-68). Wel moet er in het geval van de *argentarius* sprake zijn van vorderingen van eenzelfde aard, Gai. 4,66.

26 De fiscale jurisdictie van de *procuratores Caesaris* werd ingevoerd door Claudius (Tac. *Ann.* 12,60 en Suet. *Claud.* 12,1). Zie verder over de fiscale jurisdictie ALD, paragraaf 4.3.3.2.

27 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 122.

28 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 495 en M.A. von Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Der römische Civilprozess*, deel 3, Bonn: Marcus 1864-1874, 292-293.

bona fides-acties, blijkens de bewoordingen van de uitspraak niet beperkt tot vorderingen die uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeiden. Hierbij moet echter worden opgemerkt dat het principe van de *condemnatio pecuniaria* in de cognitieprocedure niet langer bestond.[29] Dit had hoogstwaarschijnlijk als gevolg dat verrekening met de *fiscus* slechts mogelijk was wanneer de te leveren prestaties van eenzelfde aard waren (vgl. bijvoorbeeld ook het huidige art. 6:127 BW en §387 BGB).

Zoals hierboven al werd vermeld, hebben de verschillende lezingen voor het woord *quod* vrijwel geen invloed op deze interpretatie. Uit alle drie de lezingen wordt duidelijk dat de keizerlijke uitspraak betrekking heeft op de mogelijkheid van verrekening in geschillen met de *fiscus* en de inhoud van het oordeel is in alle gevallen hetzelfde: ook in procedures met de *fiscus* kon verrekening plaatsvinden. De lezing van het laatste deel van de tekst van Mommsen (*a quo*) en de hierboven voorgestelde lezing van *quod* als een voegwoord voegen hier niets anders aan toe, dan dat wordt benadrukt dat de burger die zich op verrekening beroept door de *fiscus* in rechte moest zijn aangesproken. De lezing, waarbij het woord *in* voor *quod* wordt ingevoegd, heeft als resultaat dat hiernaast lijkt te worden verwezen naar het bedrag waarvoor de burger werd aangesproken. Deze verwijzing is echter niet expliciet genoeg om aan te nemen dat – als de originele tekst al een combinatie met het woord *in* zou hebben bevat – de keizer daadwerkelijk beoogde een voorwaarde aan de mogelijkheid tot compensatie te verbinden (bijvoorbeeld dat de schuld van de *fiscus* en die van de burger precies dezelfde hoogte moesten hebben).

4.2 De invloed en reikwijdte van de keizerlijke beslissing

Met zijn beslissing creëerde de keizer een nieuwe algemene rechtsregel, die grote invloed moet hebben gehad op de fiscale procesvoering. De uitspraak was, zoals hierboven al werd vermeld, zeer algemeen geformuleerd en haar werking is om die reden door latere keizers beperkt. Zo is er een rescript van Caracalla over deze materie in de Codex Justinianus aan ons overgeleverd:

> C. 4,31,1: 'Keizer Antoninus aan Dianensis. Ook de senaat was van mening en er is vaak gerescribeerd dat slechts dan ruimte is voor verrekening in fiscale zaken, als hetzelfde departement, dat als eiser optreedt, iets verschuldigd is. Deze regel moet scherp in acht worden genomen om verwarring van de verschillende afdelingen te voorkomen.(…)'[30]

Verrekening met de *fiscus* was blijkens dit rescript beperkt tot de schulden van het fiscale departement (*statio*) dat de vordering had ingesteld, terwijl verrekening met een schuld van een ander departement niet mogelijk was.

---

29 Zie bijvoorbeeld von Bethmann-Hollweg, *Civilprozess,* 293, Wenger, *Institutionen*, 294-295 en Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 495.

30 Imperator Antoninus A. Dianensi. *Et senatus censuit et saepe rescriptum est compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat quae petit. hoc iuris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est. (…)*

De keizerlijke *fiscus* kende vele verschillende departementen (*stationes*) die zich bezighielden met de inning van verschillende soorten belastingen op verschillende locaties binnen het rijk.[31] Uit administratief oogpunt was het zeer onwenselijk dat een burger een schuld van een fiscaal departement in Gallië kon inroepen in een fiscale procedure die tegen hem werd aangespannen door een *statio* van de *fiscus* in Achaea, hetgeen op basis van de zeer algemene formulering van het *decretum* van Severus nog wel mogelijk moet zijn geweest. In de jaren die hierop volgden werd daarom zowel door de senaat als door Caracalla (en wellicht reeds door Severus zelf) de reikwijdte van de beslissing van D. 16,2,24 ingeperkt.

Daarnaast kwamen niet alle vorderingen van de *fiscus* in aanmerking voor verrekening, zoals blijkt uit een tekst van Hermogenianus (eind derde eeuw n. Chr.):

> D. 49,14,46,5: 'Dat wordt verrekend met de debiteuren van de *fiscus* wat de *fiscus* zelf verschuldigd is, is vaak verordonneerd. Hiervan zijn uitgezonderd de vorderingen die voortvloeien uit belastingen en grondbelastingen, en hetzelfde geldt voor de koopprijs van een zaak die van de *fiscus* is gekocht[32] en dat wat op grond van de graanlevering verschuldigd is.'[33]

Dit betekent dat tegen vorderingen uit belastingen, koopprijsvorderingen en vorderingen op basis van de graanlevering geen beroep op verrekening kon worden gedaan door de aangesproken burger. Het lijkt er daarmee op dat in de decennia na de beslissing van Septimius Severus de mogelijkheid tot verrekening zoveel mogelijk werd uitgesloten voor gevallen van schulden die van publieke aard waren, zoals belastingen. Een dergelijke uitsluiting mag geen verbazing wekken. Uit twee rescripten van Alexander Severus – C. 4,31,5 en 6 – kan worden opgemaakt dat verrekening tussen burgers onderling in een *extra ordinem* procedure ook mogelijk was.[34] Het is waarschijnlijk dat bij de uitwerking van de regeling van verrekening met de *fiscus* hierbij aansluiting werd gezocht en dat de werking hiervan uiteindelijk zoveel mogelijk werd beperkt tot procedures waarbij de *fiscus* enkel als vertegenwoordiger van de keizer in diens privaatrechtelijke hoedanigheid betrokken was.[35]

---

31 E. Weiss, *RE* 2. Reihe, III.2 (1929), s.v. *statio*, 2212-2213.

32 Vgl. C. 4,31,7.

33 Hermogenianus libro sexto iuris epitomarum. *Ut debitoribus fisci quod fiscus debet compensetur, saepe constitutum est: excepta causa tributoria et stipendiorum, item pretio rei a fisco emptae et quod ex causa annonaria debetur.* Vertaald is de emendatie '*tributorum*' van Mommsen. Vgl. ook een rescript van Alexander Severus met eenzelfde soort beperkingen voor verrekening met een gemeente (*res publica*), C. 4,31,3. Zie expliciet over deze uitzonderingen Dernburg, *Geschichte und Theorie*, 524 e.v.

34 Zie ook Solazzi, *Compensazione*, 128 e.v.

35 Zie in die zin ook F. Eisele, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlijn: Weidmann 1876, 349.

Tot slot werd een beroep op verrekening jegens de *fiscus* ook procesrechtelijk ingekaderd. Dezelfde Hermogenianus schrijft in zijn *Epitome iuris* dat wanneer een burger een beroep op verrekening deed, hij verplicht was om binnen twee maanden aan te tonen wat de *fiscus* precies aan hem verschuldigd was (D. 49,14,46,4: '*Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet*.').

5 D. 20,5,13: bezitsverschaffing bij executoriale verkoop

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro primo decretorum. *Creditor, qui iure suo <pignus> [fiduciam]*[a] *distrahit, ius suum cedere debet et, si <pignus> [fiduciam]*[a] *possidet, tradere utique debet possessionem.*	Paulus in het eerste boek van de 'Decreten'. Een schuldeiser, die op grond van zijn recht een tot zekerheid fiduciair overgedragen zaak executoriaal verkoopt, moet zijn recht overdragen en, als hij de zaak in zijn bezit heeft, moet hij het bezit natuurlijk overhandigen.

[a] *em.* Sanfilippo.

2 Inleiding

D. 20,5,13 is afkomstig uit het eerste boek van de *Decretorum libri tres* en behoort tot de groep van negen teksten waarvan niet met zekerheid kan worden vastgesteld of zij de uitspraak van de keizer bevatten of door de compilatoren zijn geëxcerpeerd uit Paulus' beschrijving van het partijdebat of de beraadslagingen in het *consilium*.[2] Dit staat echter niet in de weg aan een inhoudelijke behandeling van de tekst.

D. 20,5,13 ziet op de executoriale verkoop van een zekerheidsobject, een *pignus*, en betreft meer in het bijzonder de vraag wat de crediteur bij een dergelijke executoriale verkoop nu precies aan zijn koper diende te verschaffen. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet eerst worden vastgesteld op welk soort (zakelijk) zekerheidsrecht D. 20,5,13 betrekking heeft, een punt waarover in de literatuur geen consensus bestaat. Alvorens de verschillende interpretaties van D. 20,5,13 te behandelen, zal daarom eerst kort worden ingegaan op het systeem van zakelijke zekerheid in het Romeinse recht.

---

1 Specifieke literatuur over deze tekst: Dernburg, *Pfandrecht II*, 171-174 en Sanfilippo, *Libri Tres*, 34 e.v. Zie voorts F. Eisele, 'Weitere Studien zum Texte der Digesten' *ZSS* 30 (1909), 125 e.v.

2 Zie ALD, paragraaf 3.2.1. Sanfilippo, *Libri Tres*, 36-37 meent dat het gaat om een samenvatting van de keizerlijke uitspraak of een deel van het commentaar van Paulus op een dergelijke beslissing. Ook Eisele lijkt ervan uit te gaan dat de tekst de persoonlijke mening van Paulus weergeeft, vgl. 'Weitere Studien', 127-128.

3 Juridische achtergrond

3.1 Vormen van zakelijke zekerheid: *fiducia*, pand en hypotheek

Het klassieke Romeinse recht kende drie verschillende zakelijke zekerheidsrechten: fiduciaire eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid (*fiducia cum creditore*), pand (*pignus*) en hypotheek (*hypotheca*). Dergelijke zekerheidsrechten werden door een debiteur (de zekerheidsgever) gevestigd op één of meerdere van zijn eigen zaken tot zekerheid van de voldoening van een vordering die een crediteur (de zekerheidsnemer) op hem had. Wanneer de debiteur zijn schuld niet kon voldoen, was de crediteur gerechtigd om het zekerheidsobject te gelde te maken en zijn vordering uit de opbrengst te voldoen.

Bij een fiduciaire eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid[3] verkreeg de crediteur zekerheid door zich de eigendom van één of meer zaken van de debiteur te laten overdragen. Een dergelijke eigendomsoverdracht kon op verschillende wijzen geschieden aangezien de Romeinen geen eenvormig stelsel van eigendomsoverdracht kenden.[4] De meest gangbare vorm van overdracht was de *traditio*, waarbij de overdracht tot stand kwam door de levering (bezitsverschaffing) van het over te dragen goed. Daarnaast kende het klassieke Romeinse recht nog twee andere vormen van eigendomsoverdracht, die door Justinianus zijn afgeschaft. Een specifieke groep zaken, de zogeheten *res mancipi,* diende te worden overgedragen door middel van een bijzondere formele eigendomsoverdracht, de *mancipatio*.[5] Daarnaast bestond er nog een algemene, enigszins archaïsche wijze van eigendomsoverdracht, waarbij de zaak door middel van een schijnproces werd overgedragen, de *in iure cessio.* Hoewel theoretisch gezien een fiduciaire eigendomsoverdracht middels *traditio* mogelijk moet zijn geweest, kwam zij in de praktijk niet voor.[6] Fiduciaire eigendomsoverdracht geschiedde vrijwel altijd door middel van *mancipatio*.[7] Hiervoor bestaan verschillende redenen. Om te beginnen was voor het verrichten van een geldige eigendomsoverdracht door middel van *mancipatio* geen bezitsverschaffing vereist.[8] Dit betekende dat de debiteur de zaken die hij tot zekerheid overdroeg in zijn bezit kon houden en kon blijven gebruiken, bijvoorbeeld bij de uitoefening van zijn bedrijf.[9] Daarnaast werden *res mancipi*, zoals slaven, vee en grond in

3 Zie hierover Kaser, *Privatrecht,* 460-463. Voorts bijvoorbeeld Frezza, *Garanzie II*, 3-78 en G. Noordraven, *De fiducia in het Romeinse recht*, Arnhem: Gouda Quint 1988.

4 Zie voor een overzicht van de verschillende wijzen van eigendomsoverdracht Kaser, *Privatrecht,* 413-418.

5 Voor een beschrijving van de vereiste rituelen, zie Gai. 1,119.

6 Noordraven, *Fiducia*, 174 e.v., i.h.b. 190-193.

7 In sommige gevallen (i.h.b. overdracht van onlichamelijke zaken) vond zij plaats door middel van *in iure cessio*, aldus Noordraven, *Fiducia*, 188-190. Hij noemt hiervoor echter geen klassieke vindplaatsen.

8 Kaser, *Privatrecht,* 414.

9 Noordraven, *Fiducia*, 5-6.

Italië, beschouwd als de meest waardevolle zaken in de oudtijds overwegend agrarische Romeinse samenleving en zij waren om die reden aantrekkelijk om als zekerheidsobject te dienen. Tot slot wordt nog de mogelijkheid geopperd dat de fiduciaire eigendomsoverdracht door de Romeinen verbonden werd met de *mancipatio* omdat deze vorm van overdracht, in tegenstelling tot de *traditio*, met de nodige publiciteit gepaard ging.[10]

Naast de fiduciaire eigendomsoverdracht kende het Romeinse recht twee beperkte zakelijke zekerheidsrechten, pand en hypotheek.[11] Anders dan bij de *fiducia cum creditore*, werd de crediteur bij de vestiging van een pand- of hypotheekrecht geen eigenaar van de zaak die tot zekerheid diende, maar verkreeg hij een beperkt zakelijk recht hierop (*ius in re aliena*). Op grond van dit recht kon de crediteur de zaak opvorderen en verkopen, indien de debiteur niet aan zijn verplichtingen kon voldoen. De rechtsgevolgen die aan de vestiging van een recht van pand of hypotheek waren verbonden, waren vrijwel gelijk. De jurist Marcianus merkt in één van zijn geschriften zelfs op dat 'alleen de klank van het woord verschilt tussen 'pand' en 'hypotheek''.[12] In de klassieke bronnen wordt om die reden niet altijd aan dit onderscheid in benaming vastgehouden en het woord *pignus* wordt zowel voor pand als voor hypotheek gebruikt.[13] Op één punt verschilden de rechten echter wel van elkaar: zij werden op verschillende wijze gevestigd. Waar voor de vestiging van een geldig hypotheekrecht slechts een vormloze overeenkomst (*pactum*) was vereist,[14] was voor de vestiging van een pandrecht naast de pandovereenkomst ook bezitsverschaffing noodzakelijk.[15] Het verschil in vestigingsvereisten tussen deze twee zekerheidsrechten impliceerde dat het Romeinse recht zowel zekerheidsgerechtigden kende die in juridische zin bezitters waren (de pandhouder) van de in zekerheid gegeven zaak als ook zekerheidsgerechtigden die dat *niet* waren (de hypotheekhouder), hetgeen voor de interpretatie van D. 20,5,13 van belang zal blijken.

---

10 Noordraven, *Fiducia*, 193.

11 De literatuur over pand en hypotheek in het Romeinse recht is zeer uitgebreid. Nog steeds van groot belang (zoals hieronder ook zal blijken) zijn het monumentale werk van Dernburg, H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 2 delen, Leipzig: Hirzel 1860/1864, en Kaser's *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napels: Jovene 1982. Zie voor andere literatuur over dit onderwerp Kaser, *Privatrecht*, 457 nt. 4 en 463 e.v.

12 D. 20,1,5,1.

13 Vgl. D. 13,7,1 *pr.*, waarover Kaser, *Privatrecht*, 463.

14 D. 20,1,4, waaruit blijkt dat een hypotheek zelfs middels een mondelinge overeenkomst kon worden gevestigd.

15 Vgl. I. 4,6,7, D. 13,7,1 *pr.* en D. 13,7,9,2. Dit heeft te maken met het feit dat de pandovereenkomst een zogeheten reëel contract was. Een dergelijk contract kwam alleen tot stand wanneer een bepaalde handeling werd verricht (vgl. I. 3,14,4). In het geval van de pandovereenkomst was dit de verschaffing van het bezit van de in pand gegeven zaak.

3.2 Executie

Wanneer de debiteur zijn schuld niet of niet op tijd kon voldoen, kon de zekerheidsnemer de in zekerheid gegeven zaak te gelde maken en zich uit de opbrengst voldoen.[16] De executie van het zekerheidsrecht ging op verschillende manieren in zijn werk, afhankelijk van het soort zekerheidsrecht dat de crediteur had verkregen.

In het geval van *fiducia cum creditore* was de executie relatief eenvoudig. Aangezien de crediteur eigenaar was van de zaak, kon hij deze aan iedere willekeurige derde rechtsgeldig verkopen en overdragen en zijn vordering uit de opbrengst voldoen.[17] Hierbij was het in beginsel niet noodzakelijk voor de crediteur om eerst het bezit van de in zekerheid gegeven zaak te verwerven, mocht deze zich nog bij de debiteur bevinden: voor de overdracht van *res mancipi* door middel van *mancipatio* was immers geen bezitsverschaffing vereist.

In het geval van een beperkt zakelijk zekerheidsrecht had de zekerheidsnemer het recht van parate executie, dat ook wel wordt aangeduid als het *ius distrahendi*.[18] Dit betekende dat hij zonder tussenkomst van een rechter de bezwaarde zaak aan de hoogste bieder kon verkopen om vervolgens zijn vordering uit de opbrengst te voldoen. Een executerende zekerheidsnemer kon in dit geval, als uitzondering op de *nemo plus*-regel, een zaak waarvan hij zelf geen eigenaar was, toch rechtsgeldig overdragen aan een derde.[19] Er golden geen bijzondere (uitvoerings)formaliteiten voor de eigendomsoverdracht door de zekerheidsgerechtigde: overdracht door middel van *mancipatio* in het geval van *res mancipi* of door middel van bezitsverschaffing (*traditio*) in het geval van *res nec mancipi* volstond. Dit betekende in het laatste geval dat de crediteur wel bezitter van de zaak moest zijn. Nu zal dit geen probleem hebben opgeleverd in het geval van een (vuist)pandrecht: door de vestiging hiervan werd de crediteur immers bezitter van de zaak.[20] Dit lag anders bij een recht van hypotheek, waarbij de crediteur nu juist *niet* het bezit van de bezwaarde zaak had verkregen. Hij was hier echter wel toe gerechtigd vanaf het moment van wanprestatie door de debiteur (het zogeheten *ius possidendi* van de zekerheidsnemer).[21] Het Romeinse recht kwam

16 Kaser, *Privatrecht,* 460-461 (*fiducia*) en 470 (pand en hypotheek).

17 Zie bijvoorbeeld *FIRA* III, nr. 91 en 92. Zie verder Noordraven, *Fiducia*, 284 onder verwijzing naar o.a. D. 13,7,22,3 en 4, D. 13,7,24,2 en D. 18,2,10. Over de juridische constructie en de bevoegdheden van de crediteur die hieraan ten grondslag lagen is veel debat geweest. Zie voor een samenvatting Noordraven, *Fiducia*, 284 e.v.

18 Kaser, *Privatrecht,* 470 e.v.

19 Over de constructie van deze bevoegdheid van de beperkt zekerheidsgerechtigde wordt getwist, zie hierover paragraaf 4.3.3 *infra*.

20 Het is de vraag in hoeverre dit ook opging voor een pandrecht dat was gevestigd door middel van een *constitutum possessorium* (een 'stil pandrecht'). In dit geval kon de crediteur de zaak op het moment van verkoop niet produceren en men kan zich afvragen welke koper bereid was geld neer te tellen voor een zaak die niet direct aan hem overhandigd kon worden.

21 Kaser, *Privatrecht,* 470.

de hypotheekhouder daarom tegemoet met de zogeheten *actio (quasi) Serviana*, die ook wel *actio hypothecaria* wordt genoemd.[22] Dit was de zakelijke actie van de zekerheidsnemer tegen de zekerheidsgever en iedere andere derde tot afgifte van de bezwaarde zaak. Nadat hij aldus de heerschappij hierover had verworven, kon de crediteur het bezit ervan verschaffen aan de koper.

4 Verschillende interpretaties van de tekst

4.1 Interpolaties? D. 20,5,13 als *fiducia cum creditore*

De tekst van Paulus heeft betrekking op de executie van één van de zojuist beschreven zekerheidsrechten en vermeldt hierover dat wanneer een schuldeiser een zekerheidsobject krachtens zijn zekerheidsrecht executoriaal verkocht, hij verplicht was om zijn recht over te dragen (‘*ius suum cedere’*) en, wanneer hij de in zekerheid gegeven zaak in zijn bezit had, ook het bezit moest verschaffen (‘*possessionem tradere’*). Uit het feit dat het in deze tekst gaat om de verkoop van een ‘*pignus*’, kan in beginsel worden afgeleid dat de executerende crediteur een pand- of hypotheekrecht op de zaak moet hebben gehad. Deze vaststelling levert echter de nodige problemen op voor de inhoudelijke interpretatie van de tekst. Wat bedoelt Paulus wanneer hij spreekt over de verplichting van de crediteur om *ius suum cedere* bij de executie van zijn zekerheidsrecht? Een executerende pand- of hypotheekhouder droeg immers aan zijn koper niet zijn eigen zekerheidsrecht over, maar de eigendom van de zaak, die tot dat moment berustte bij de debiteur. De zekerheidsnemer had met andere woorden op grond van zijn zekerheidsrecht een aantal bevoegdheden, waaronder het *ius possidendi et distrahendi*, maar in beginsel geen zelfstandig zakelijk recht dat hij kon overdragen.[23] Daarnaast wordt wel betoogd dat het *ius distrahendi* van de schuldeiser als het verlengde van het *ius possidendi* moet worden gezien.[24] Zo betoogt Sanfilippo met betrekking tot D. 20,5,13 dat de crediteur pas over zou zijn gegaan tot executoriale verkoop wanneer het uitoefenen van het *ius possidendi*, d.w.z. het instellen van de *actio hypothecaria*, de debiteur er niet toe zou hebben aangezet om zijn schuld te betalen. Dit betekent dat de crediteur naar de mening van Sanfilippo altijd bezitter was op het moment waarop hij overging tot verkoop van het pand. De tegenstelling tussen bezittende en niet-bezittende zekerheidsnemers, zoals die door D. 20,5,13 lijkt te worden geschetst, zou zich in de praktijk zijns inziens daarom niet hebben kunnen voordoen. Meer in het algemeen kan worden opgemerkt dat het in de rede

22 Andere benamingen van deze actie zijn de *actio utilis serviana* en de *actio pignoraticia in rem*. Op de ontwikkeling van de *actio Serviana* zal hier niet verder worden ingegaan, zie hierover Dernburg, *Pfandrecht II*, § 126-134 en Kaser, *Privatrecht*, 471-473.

23 Vgl. Eisele, ‘Weitere Studien’, 125 e.v. Dat hierover kan worden getwist blijkt uit paragraaf 4.3 *infra.*

24 Sanfilippo, *Libri Tres*, 35.

ligt dat een executerende pand- of hypotheekhouder op het moment van verkoop de zaak in zijn bezit had: welke koper zou immers bereid zijn een som geld neer te tellen voor een zaak die de verkoper niet kon produceren? De problematische formulering van D. 20,5,13 heeft daarom voor de nodige verdeeldheid in de literatuur gezorgd. In het onderstaande zullen de verschillende opvattingen uiteen worden gezet.

De meest voor de hand liggende oplossing voor de hierboven geschetste problematiek, die door Sanfilippo en Eisele wordt voorgesteld,[25] is dat het fragment is geïnterpoleerd en dat het hier niet om een beperkt zekerheidsrecht gaat, maar om een fiduciaire eigendomsoverdracht. Beide auteurs reconstrueren de tekst als volgt:

> *Creditor qui iure suo [pignus] <fiduciam> distrahit [ius suum] <eam mancipare aut in iure> cedere debet et, si [pignus] <fiduciam> possidet, tradere utique debet possessionem.*[26]

Huns inziens zouden de compilatoren het oorspronkelijke *fiducia*, dat verwijst naar de fiduciair overgedragen zaak, hebben vervangen door *pignus* en in aansluiting hierop in plaats van de zinsnede *eam mancipare aut in iure (cedere)*, *ius suum* hebben ingevoegd. De tekst zou dan als volgt moeten worden uitgelegd. Wanneer de debiteur zijn schuld niet voldeed en de crediteur overging tot de verkoop van de tot zekerheid overgedragen zaak, moest hij haar in ieder geval manciperen (*mancipare*) of door middel van een schijnproces in eigendom overdragen (*in iure cedere*). Mocht de crediteur ook in het bezit zijn van de zaak, dan diende hij natuurlijk (*utique*) ook het bezit aan de koper af te staan.[27]

4.2 *Pignus* 'in bredere zin'

Kaser meent echter dat de originele tekst wel degelijk het woord *pignus* bevatte en dat D. 20,5,13 een voorbeeld is van wat hij in navolging van Kreller[28] *pignus* 'in bredere zin' ('*pignus* im „weiteren" Sinn') noemt.[29] Hij is van mening dat, wanneer een regeling zowel gold voor het pandrecht als voor de *fiducia,* het woord *pignus* beide vormen van zekerheid zou hebben gedekt.[30] De woorden *ius suum cedere* zouden in dit licht zowel betrekking hebben op *fiducia* als op pand of hypotheek: in het geval van een fiduciaire eigendomsoverdracht was de crediteur verplicht zijn eigendomsrecht over te dragen aan de koper, terwijl in het geval van pand of hypotheek de zekerheidsnemer krachtens een in de zekerheidsstellingsovereenkomst verleende

25 Eisele, 'Weitere Studien', 125 e.v.; Sanfilippo, *Libri Tres*, 34 e.v. met verwijzingen naar eerdere auteurs. Zie daarnaast bijvoorbeeld ook Frezza, *Garanzie II*, 50.
26 Sanfilippo, *Libri Tres*, 1939, 34 in navolging van Eisele, 'Weitere Studien', 127.
27 Vgl. Eisele, 'Weitere Studien', 125 e.v. en Sanfilippo, *Libri Tres*, 35-36.
28 H. Kreller, 'Formula fiduciae und Pfandedikt' *ZSS* 62 (1942), 143 e.v.
29 M. Kaser, 'Studien zum römischen Pfandrecht II' *TvR* 47 (1979), 344.
30 Zie hierover nader Kaser, 'Studien II', 327 e.v.

volmacht het eigendomsrecht van de debiteur moest overdragen.[31] Voor het tweede deel van de tekst, dat betrekking heeft op de bezitsverschaffing door de crediteur (*si pignus…possessionem*), geeft Kaser geen verklaring. Hij volstaat met de vaststelling dat er geen kritiek kan zijn op de stelling dat een bezittende zekerheidsnemer het bezit van de zaak aan de koper moest verschaffen.

De uitleg van Kaser is op twee punten problematisch. Om te beginnen lijkt zijn theorie over *pignus* 'in bredere zin' niet altijd op te gaan. Zo komen we in een pre-Justiniaanse bron als de *Sententiae* van Paulus de woorden *pignus* en *fiducia* wel degelijk naast elkaar tegen, terwijl we op basis van de theorie van Kaser en Kreller een *pignus* 'in bredere zin' zouden verwachten:

> *PS* 1,9,8: '*Minor aduersus* distractiones eorum pignorum et fiduciarum, *quas pater obligauerat, si non ita ut oportuit a creditore distractae sint, restitui in integrum potest.*'[32]

> *PS* 2,17,15: '*Heredibus debitoris aduersus creditorem, qui* pignora uel fiducias *distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.*'[33]

Daarnaast lijkt de uitleg van Kaser niet te stroken met de bewoordingen van het fragment. Paulus spreekt expliciet over een crediteur die zijn *eigen* recht (*ius suum*) overdroeg. Dit was bij de door Kaser voorgestelde vertegenwoordiging van de debiteur door de crediteur in het geval van een overdracht ter uitoefening van een pand- of hypotheekrecht niet aan de orde. Kaser geeft daarom ook toe dat het goed mogelijk is dat D. 20,5,13 wel degelijk is geïnterpoleerd.[34]

4.3 Cessie van de *actio hypothecaria*

Er is echter nog een andere uitleg van de tekst mogelijk die ook geen aanpassing van de tekst vereist. Deze uitleg is door Dernburg voorgesteld in zijn werk over het pandrecht in het Romeinse recht en is later door Windscheid overgenomen.[35] Dernburg gaat uit van de uitvoering van een executoriale verkoop door een beperkt zekerheidsgerechtigde, meer precies een hypotheekhouder, door middel van *traditio*. Het eerste deel van de tekst ('*creditor*

---

31 Kaser, 'Studien II', 244. Zie over de volmacht aan de zekerheidsnemer om de zaak over te dragen paragraaf 4.3.3 *infra*.

32 Vert.: 'Een minderjarige kan in de oorspronkelijke toestand worden hersteld ten opzichte van *verkoop van de panden en fiduciair overgedragen zaken*, die door zijn vader zijn bezwaard, tenzij zij zijn verkocht door de crediteur op de toepasselijke wijze.' (mijn accentuering)

33 Vert.: 'Aan de erfgenamen van een schuldenaar wordt geen actie gegeven tegen de crediteur, die *de panden of fiduciair overgedragen zaken* heeft verkocht, tenzij deze op hen is overgegaan, nadat zij reeds door de erflater was ingesteld.' (mijn accentuering)

34 Kaser, 'Studien II', 344.

35 Dernburg, *Pfandrecht II*, 171-174 en Windscheid, *Lehrbuch*, 1.1203. Deze alternatieve uitleg wordt door Sanfilippo niet behandeld en door Eisele slechts opgemerkt in een voetnoot ('Weitere Studien', 126 nt. 4).

qui iure suo pignus distrahit ius suum cedere debet') behandelt in zijn visie het geval waarin een hypotheekhouder over wilde gaan tot executie, maar het bezit van de te verkopen zaak niet had. Volgens D. 20,5,13 – zoals de tekst door Dernburg wordt uitgelegd – kon hij in dit geval volstaan met de cessie van het rechtsmiddel waarmee hij het bezit van de schuldenaar of een derde kon opeisen, d.w.z. de *actio hypothecaria*. In het tweede deel van de tekst (*'et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem'*) benadrukt Paulus vervolgens dat, wanneer de crediteur wel bezitter van de zaak was, hij dan natuurlijk het bezit aan de koper moest verschaffen.

Wanneer deed een dergelijke situatie zich voor? Hierboven werd immers reeds opgemerkt dat een zekerheidsnemer, indien hij geen bezitter van de door hem te verkopen zaak was, het bezit hiervan kon opeisen met de *actio hypothecaria*. Men kan zich echter gevallen voorstellen waarin dit niet praktisch was. Een belangrijk voorbeeld hiervan zijn landerijen buiten Italië (géén *res mancipi*). Aangezien een recht van hypotheek door een enkele vormloze overeenkomst kon worden gevestigd, konden ook deze onderdelen van het vermogen van de debiteur gemakkelijk worden bezwaard. Dit was bijvoorbeeld het gevolg van de vestiging een zogeheten 'generale hypotheek', waarbij de crediteur een hypotheek op het gehele vermogen van zijn debiteur verkreeg.[36] In dit geval ontstond er een situatie waarbij de hypotheekhouder geen bezitter was van de in zekerheid gegeven landerijen en hij dit ook niet altijd op eenvoudige wijze ten behoeve van de uitoefening van zijn zekerheidsrecht kon verkrijgen.

> Men denke aan een geval waarin een debiteur/bezitter, die zijn grond in de provincie aan een derde had verpacht, met de noorderzon was vertrokken. De crediteur kon in dit geval alleen het bezit van de zaak verkrijgen door af te reizen naar de desbetreffende provincie en de grond feitelijk aan zich te laten leveren door de pachter. Maar ook meer in het algemeen zal het vaak voor zijn gekomen dat de crediteur en de bezitter, hetzij de debiteur, hetzij een derde, zich niet in hetzelfde deel van het Romeinse rijk bevonden en het verkrijgen van het bezit door de crediteur hierdoor bezwaarlijk was.

Een dergelijk feitencomplex lijkt – naar de visie van Dernburg – ten grondslag te hebben gelegen aan D. 20,5,13.

4.3.1 Cessie van de actio hypothecaria?

Hoewel Dernburg's visie een elegante oplossing voor het fragment lijkt te bieden, is zij toch op verschillende punten problematisch. Ten eerste rijst de vraag of een cessie van een zakelijke rechtsvordering als de *actio hypothecaria* wel mogelijk was. Dit was wel het geval met de revindicatie, getuige een passage uit Gaius' commentaar op het Provincie-edict:

---

36 Zie hierover nader H. Wagner, *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung*, Marburg: Elwert 1968 en V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief*, Deventer: Kluwer 2015.

> D. 18,1,35,4: '(…) Als blijkt dat hierover niets is overeengekomen, dan moet een dusdanige bewaking van de verkoper worden verlangd, als een goed huisvader voor zijn eigen zaken betoont. Als hij dit heeft gedaan en de zaak toch is verloren, moet hij veilig zijn [voor aanspraken], maar alleen natuurlijk wanneer hij de revindicatie en de *condictio* heeft overgedragen aan de koper. (…)'[37]

In hoeverre werd met de cessie van de rechtsvordering óók de overdracht van het hiermee verbonden zakelijke recht (in het geval van de revindicatie het eigendomsrecht) bewerkstelligd?[38] Dit lijkt door de Romeinen nooit te zijn geaccepteerd: men kon de rechtsactie wel cederen, maar dit had nooit eigendomsoverdracht tot gevolg.[39] In deze zin werden actie en het daaraan ten grondslag liggende subjectieve recht als twee verschillende vermogensbestanddelen behandeld. Opmerkelijk is bovendien dat cessie van de revindicatie niet in alle gevallen mogelijk was. Wanneer de eigenaar/cedent nog wel het bezit van de zaak had, was hij niet in staat om de revindicatie te cederen, aangezien deze (nog) niet aan hem toekwam.[40]

> Cessie – en dus ook cessie van de revindicatie – kon berusten op een cessieovereenkomst tussen partijen, een rechterlijke uitspraak of een wettelijke voorschrift.[41] Hoewel de Romeinen nooit de overdraagbaarheid van vorderingen en daarmee cessie als goederenrechtelijke rechtsfiguur hebben erkend,[42] maakten zij de overdracht van vorderingen in de praktijk toch mogelijk door middel van het zogeheten 'cessiemandaat'.[43] Dit hield in dat de oorspronkelijke crediteur een onherroepelijke volmacht tot inning verleende aan degene aan wie hij de vordering wilde overdragen. Hiermee was een recht verbonden om namens de oorspronkelijke schuldeiser in rechte een actie in te stellen. Later kreeg de cessionaris ook een *actio utilis* om uit kracht van de tot cessie strekkende obligatoire rechtstitel op eigen naam in rechte tegen de schuldenaar op te kunnen treden.[44] Cessie was kort gezegd in het

---

37 Gaius libro decimo ad edictum provinciale. (…) *si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori. (…)* Vgl. ook D. 6,1,63, D. 6,1,21 en D. 24,1,39.

38 Zie over deze vraag o.a. W.J. Zwalve, 'Zur Abtretung des Herausgabeanspruchs im mittelalterlichen gemeinen recht' in: H. Dondorp (ed.), *Ius romanum, ius commune, ius hodiernum. Studies in honour of Eltjo J.H. Schrage on the occasion of his 65th birthday*, Aalen: Scientia Verlag 2010, 439-450. Zie ook Windscheid, *Lehrbuch*, 2.395-397.

39 Zwalve, 'Abtretung', 444-445 en Windscheid, *Lehrbuch*, 2.396.

40 Zwalve, 'Abtretung', 441-442. De revindicatie kon immers pas worden ingesteld vanaf het moment van bezitsverlies door de eigenaar, zie Digestentitel 6,1 en in het bijzonder D. 6,9,1.

41 Zie over cessie van vorderingen in het Romeinse recht bijvoorbeeld C.F. Mühlenbruch, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsatzen des römischen Rechts*, Greifswald: Mauritius 1836 en W.D. Gehrich, *Kognitur und Prokuratur in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts*, Göttingen: Schwartz 1963. Zie specifiek voor de cessie van zakelijke rechtsvorderingen Windscheid, *Lehrbuch*, 2.395.

42 Vgl. Gai. 2,38.

43 Zie over cessiemandaat de in noot 42 aangehaalde literatuur en daarnaast W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht. Deel I: inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, 379 e.v.

44 Deze ontwikkeling werd ingezet door Antoninus Pius (vgl. D. 2,14,16 *pr.*) met betrekking tot de koper van een nalatenschap en door latere keizers uitgebreid naar andere gevallen, zie Zwalve, *Hoofdstukken*, 384.

Romeinse recht in beginsel een verbintenisrechtelijke en processuele aangelegenheid: het cessiemandaat zelf had niet als gevolg dat de vordering uit het vermogen van de cedent overging in het vermogen van de cessionaris.[45]

Was hetgeen zojuist over de cessie van de revindicatie is vastgesteld ook van toepassing op de cessie van de *actio hypothecaria*? Er valt op zich wel iets te zeggen voor een analogie tussen de cessie van de revindicatie en die van de *actio hypothecaria*.[46] Om te beginnen moest een zekerheidsnemer in het geval van een executoriale verkoop in beginsel kunnen, wat een verkopende eigenaar kon in het geval van een normale verkoop. Aangezien de beperkt zekerheidsgerechtigde geen eigenaar was van de zaak die hij verkocht, kon hij ook nooit de revindicatie als rechtsmiddel tot afgifte van de zaak cederen. Hij had echter wel zijn eigen zakelijke actie tot afgifte (de *actio hypothecaria*) en het ligt voor de hand dat hij deze in een dergelijk geval wel kon overdragen. Bovendien laat D. 20,5,13 nog een andere parallel met de regeling van de cessie van de revindicatie zien: wanneer de hypotheekhouder wel bezitter was, moest hij het bezit verschaffen aan de koper. Dit bracht met zich dat, indien de aan de levering ten grondslag liggende titel van koop geldig was, de koper de eigendom van de zaak verwierf en een cessie van de *actio hypothecaria* overbodig was.[47]

Er bestaat echter ook een belangrijk verschil tussen de revindicatie en de *actio hypothecaria*. De revindicatie was gebaseerd op het eigendomsrecht, hetgeen als zodanig zelfstandig overdraagbaar was. Dit was echter niet het geval bij de *actio hypothecaria*. Het pand- of hypotheekrecht waar deze actie op was gebaseerd, had een accessoir karakter. Het was met andere woorden onlosmakelijk verbonden aan de persoonlijke vordering tot zekerheid waarvan het strekte.[48] Het lijkt daarom onaannemelijk dat de uit het pand- of hypotheekrecht voortvloeiende rechtsvordering los van de hieraan verbonden persoonlijke rechtsvordering kon worden overgedragen.[49] Voor een dergelijke zelfstandige overdraagbaarheid van de *actio hypothecaria* bestaat ook geen enkel ander bewijs in de klassieke bronnen.

45 Zwalve, *Hoofdstukken*, 381. Wanneer er echter mededeling aan de debiteur was gedaan, verliet de vordering wel het vermogen van de cedent, aldus C. 8,41(42),3. Zie ook Zwalve, *Hoofdstukken*, 390-392.

46 Uit de *Decreta* weten we dat de keizer bij zijn beslissingen gebruikt maakte van analogieredeneringen, vgl. D. 26,5,28. Zie hierover ook §4 *infra*.

47 De formulering van de tekst is op dit punt wankel. Het gebruik van het voegwoord *et* lijkt te suggereren dat er een situatie denkbaar was, waarbij de hypotheekhouder zowel de *actio hypothecaria* cedeerde als ook het bezit verschafte. Vgl. Eisele, 'Weitere Studien', 126.

48 Zie over accessoriëteit in het algemeen J.C. Out, *Vormen van accessoriëteit. Een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht*, Nijmegen: GNI 2005.

49 Vgl. ook Eisele, 'Weitere Studien', 126-127. Ook in de Middeleeuwen werd op deze grond de cessie van de *actio hypothecaria* ontkend. Zie Gl. *Pateat* ad C. 4,39,9: '*An hypothecaria sine personali possit cedi alii creditori uel non creditori? Resp. non, cum sit accessoria: unde sine principali non transit. Item sequeretur quod si ageret principali cedens, quod alius perderet hypothecariam cessam.*'. Zie ook Out, *Accessoriëteit*, 94.

4.3.2 Welk recht wordt overgedragen?

Mochten we de mogelijkheid van cessie van de *actio hypothecaria* echter wel accepteren, dan zijn er nog een aantal andere problemen met Dernburg's interpretatie van de tekst. Om te beginnen zijn er de woorden '*ius suum*'. Wat is nu precies 'het recht' dat door de crediteur moest worden overgedragen? Eisele wijst terecht op het feit dat het woord *ius* in het klassieke Romeinse recht niet werd gebruikt om een rechtsvordering aan te duiden.[50] In dat geval placht men voor het woord *actio* te gebruiken. De crediteur had echter wel een ander *ius* dat nauw samenhing met de *actio hypothecaria*, namelijk het zogeheten '*ius possessionis*'. Een hypotheekhouder had een 'recht op (verkrijging van) het bezit', dat werd vormgegeven door aan hem de *actio hypothecaria* toe te kennen.[51] Op verschillende plaatsen in de Digesten wordt voor een dergelijk recht op (verkrijging van) het bezit de term *ius possessionis* gebruikt, waaronder ook door Paulus zelf.[52] Het is daarom niet onaannemelijk dat Paulus dit 'recht' van de hypotheekhouder bedoelt, wanneer hij spreekt over *ius suum cedere.* Deze interpretatie van *ius suum* sluit ook naadloos aan bij het tweede deel van de tekst. Wanneer een hypotheekhouder geen bezitter was, droeg hij zijn *recht op bezit* aan de koper over; was hij wel in het bezit van de zaak, dan moest hij dit zelf verschaffen.

4.3.3 Voortbestaan vordering na executie?

Een derde probleem dat bij Dernburg's interpretatie rijst, heeft te maken met een ander aspect van het zojuist genoemde accessoire karakter van het pand- en hypotheekrecht. Door hun afhankelijkheid van de persoonlijke vordering tot zekerheid waarvan zij waren bedongen, was ook het voortbestaan van het pand- en hypotheekrecht verbonden met dat van deze vordering. Dit betekende dat wanneer de schuld tenietging, ook het recht van hypotheek en de daarmee verbonden *actio hypothecaria* tenietging, zoals ook blijkt uit de *formula* van deze actie:

> 'Als vast komt te staan tussen Aulus Agerius en Lucius Titius dat zij zijn overeengekomen, dat de zaak waarover wordt geprocedeerd, aan Aulus Agerius in pand zou worden gegeven vanwege een geldschuld, en blijkt dat deze zaak toen de overeenkomst werd gesloten in eigendom toebehoorde aan Lucius Titius, en als vast komt te staan dat dit geld betaald is noch dat te dier zake genoegdoening heeft plaatsgevonden en dat het niet aan Aulus

50 Eisele, 'Weitere Studien', 126. Vgl. ook Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 300-302.

51 Zie bijvoorbeeld Winscheid, *Lehrbuch*, 1.1181 e.v., Guarino, *DPR*, 757 en J. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden: Brill 1945, 179.

52 Zie A. Berger,'Encyclopedic dictionary of Roman law' *Transactions of the American Philosophical Society* 43 (1953), s.v. *ius possessionis*. Zie verder S. Solazzi, 'Saggi di critica romanistica' *BIDR* 49-50 (1947), 367 e.v. en daar aangehaalde bronnen, zoals bijvoorbeeld D. 41,2,36, D. 43,8,2,38 en D. 45,1,38,3. Zie voor het gebruik van *ius possessionis* door Paulus zelf D. 43,17,2.

> Agerius ligt dat er niet is betaald, dat dan de rechter Numerius Negidius, als naar zijn mening de zaak niet is teruggegeven, de gedaagde zal veroordelen zoveel te betalen als de zaak waard is. Als dit alles niet komt vast te staan, moet hij worden vrijgesproken.'[53]

Uit de bewoordingen van de *formula* volgt dat de *actio hypothecaria* alleen kon worden ingesteld indien de schuld niet was betaald. Hieruit kan worden afgeleid dat met de betaling van de schuld het zekerheidsrecht en de hiermee verbonden *actio hypothecaria* tenietgingen.[54] Dit kan problematisch zijn in een situatie zoals beschreven in D. 20,5,13. Wanneer de crediteur de *actio hypothecaria* had gecedeerd aan zijn koper, moesten het hypotheekrecht en de verzekerde vordering blijven bestaan totdat de koper door middel van het instellen van de actie het bezit en daarmee de eigendom had verkregen. Dit betekent dat er geen betaling van de schuld mocht plaatsvinden voordat de koper het bezit en daarmee de eigendom had verkregen. Wanneer dit wel gebeurde, ging het hypotheekrecht en daarmee de *actio hypothecaria* teniet en kon de koper niet langer het bezit en de eigendom van de door hem verkochte zaak verkrijgen.[55] Dit hoefde echter volgens Dernburg geen probleem te zijn: het betekende slechts dat de koopprijs niet kon worden betaald tot het moment dat de eigendom daadwerkelijk was overgegaan.[56] Deze vaststelling hangt samen met de opvattingen van dezelfde auteur over de executie van het pandrecht en behoeft daarom enige nadere toelichting.

Er bestaan verschillende theorieën over de basis van de bevoegdheid van de pand- en hypotheekhouder om als niet-eigenaar een zaak rechtsgeldig aan een derde over te kunnen dragen. Kaser meent dat de debiteur aan de crediteur in de pandovereenkomst een onherroepelijke volmacht verleende en de crediteur aldus door enkele levering de koper eigenaar kon maken.[57] Hij baseert zich op Gai. 2,64:

> Gai. 2,64: '(…) Ook de crediteur kan op grond van een beding het pand [vervreemden], hoewel deze zaak niet van hem is. Maar wellicht schijnt dit dus te gebeuren, omdat het pand wordt begrepen op basis van de wil van de debiteur te worden vervreemd, die eens overeengekomen is dat het vrijstond aan de crediteur het pand te verkopen, als het geld niet werd betaald.'[58]

---

53 *Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de agitur, Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito*. Zie Lenel, *Edictum Perpetuum*, 494-495.

54 Zie hierover ook Out, *Vormen*, 159 e.v.

55 Vgl. Dernburg, *Pfandrecht II*, 199 e.v.

56 Vgl. Dernburg, *Pfandrecht II*, 199 e.v.

57 Kaser, *Privatrecht*, 470-471. Dit uiteraard onder de voorwaarde dat de pandgever zelf eigenaar is.

58 *(…) item creditor pignus ex pactione, quamuis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo uideatur fieri, quod uoluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus uendere, si pecunia non soluatur.*

Een andere groep auteurs, waaronder ook Dernburg en Windscheid, is op echter op grond van D. 13,7,4 (Ulpianus) van mening dat de bevoegdheid tot executie en overdracht was gebaseerd op het pandrecht zelf:[59]

> D. 13,7,4: 'Als er een overeenkomst is gesloten over de verkoop van het pand, hetzij vanaf het begin, hetzij later, dan is niet alleen de verkoop geldig, maar wordt de koper ook eigenaar van de zaak. Maar als er niets overeengekomen is over de verkoop van het pand, dan passen wij toch de regel toe, dat het vrijstaat te verkopen, op voorwaarde dat niet is overeengekomen, dat dit niet mocht. Maar waar overeengekomen is dat [het pand] niet wordt verkocht, wordt de crediteur, wanneer hij [het pand] heeft verkocht, uit diefstal gebonden, als aan hem [de schuldenaar] driemaal is aangezegd te betalen en hij dit niet heeft gedaan.'[60]

Deze zienswijze heeft als gevolg dat het zekerheidsrecht op het moment van de eigendomsoverdracht nog moest bestaan.[61] Wanneer de crediteur vóór die tijd betaling van de schuld accepteerde, verviel de mogelijkheid om de zaak rechtsgeldig in eigendom over te dragen, aangezien door de betaling het zekerheidsrecht en daarmee de bevoegdheid tot overdracht tenietgingen. In de meeste gevallen leverde deze gang van zaken geen problemen op, aangezien overdracht en betaling op hetzelfde moment plaatsvonden. Bij een executoriale verkoop waarbij de *actio hypothecaria* werd gecedeerd, zou een dergelijke onmiddellijke betaling van de koopprijs echter tot onwenselijke gevolgen leiden en moest deze worden uitgesteld tot het moment dat de koper zijn recht met vrucht had uitgeoefend. Hoewel beide theorieën navolging hebben gevonden,[62] lijkt de laatste nu juist door D. 20,5,13 te worden ondersteund. Paulus spreekt in het fragment expliciet over een crediteur die een zekerheidsobject zaak *iure suo*, 'op grond van zijn eigen recht', executoriaal verkoopt.[63] Tegelijkertijd roept een dergelijke gang van zaken ook vragen op over het nut van de door Dernburg voorgestelde constructie. In het voorgaande werd gewezen op het soort gevallen waarin een cessie van de *actio hypothecaria* voordelig kon zijn, te weten de executoriale verkoop van de landgoederen buiten Italië door een hypotheekhouder. Wanneer niet de hypotheekhouder, maar de koper eerst naar de provincie moest afreizen om het landgoed in bezit te nemen voordat er een betaling van de koopprijs kon

---

59 Dernburg, *Pfandrecht II*, 200 e.v. en Windscheid, *Lehrbuch*, 1.1203.

60 Ulpianus libro XLI ad Sabinum. *Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.*

61 Vgl. Dernburg, *Pfandrecht II*, 200: 'Das Pfandrecht des Glaübigers muss noch im Moment der Tradition fortbestehen'. Hij erkent dat dit nergens expliciet in de klassieke bronnen kan worden teruggevonden, maar hij betoogt dat dit voortvloeit uit het algemene principe in het Romeinse recht dat de tradent op het moment van overdracht de bevoegdheid moest hebben om de zaak over te dragen.

62 Verschillende auteurs spreken over een geleidelijke overgang tussen beide opvattingen, vgl. bijvoorbeeld Guarino, *DPR*, 757-758.

63 Vgl. in die zin ook I.H. Hijmans, *Romeinsch zakenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1926, 296.

plaatsvinden, kan men zich afvragen in hoeverre deze rechtsfiguur daadwerkelijk bijdroeg aan de efficiëntie van het rechtsverkeer.

5 Eigen visie

Uit het bovenstaande blijkt dat Dernburg's betoog om D. 20,5,13 als een geval van de cessie van de *actio hypothecaria* te lezen zeker niet zonder problemen is en het nodige juridische kunst- en vliegwerk vereist. Uiteindelijk lijkt het toch het meest aannemelijk dat de tekst betrekking heeft op een fiduciaire eigendomsoverdracht en, zij het als een *ultimum remedium,* als geïnterpoleerd moet worden beschouwd.[64] De door Eisele en Sanfilippo voorgestelde interpolaties gaan echter te ver en zijn bovendien overbodig. Door slechts het woord *pignus* te vervangen door *fiduciam* wordt al duidelijk dat het hier om een fiduciaire eigendomsoverdracht gaat. Deze keuze voor het woord *fiducia* is niet arbitrair. Hierboven is reeds gebleken dat het fysieke object van een fiduciaire eigendomsoverdracht kon worden aangeduid als '*fiducia*'.[65] De tekst komt er in dit geval als volgt uit te zien:

> *Creditor qui iure suo <pignus> [fiduciam] distrahit ius suum cedere debet et, si <pignus> [fiduciam] possidet, tradere utique debet possessionem.*

In het bovenstaande werd reeds duidelijk dat de figuur van fiduciaire eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid was verbonden met de *mancipatio*. Hieruit volgt dat het in D. 20,5,13 gaat om de overdracht van een *res mancipi*. Het eerste deel van de tekst is dan ook niet verrassend: wanneer een crediteur het zekerheidsobject ter executie verkocht, moest hij aan de koper daarvan het eigendomsrecht overdragen (*ius suum cedere*) door middel van *mancipatio.* Deze *mancipatio* vereiste echter geen bezitsverschaffing en wanneer de zaak zich onder de debiteur bevond hoefde de crediteur het bezit hiervan niet op te eisen om met succes de eigendom aan een derde over te kunnen dragen. Een (executoriale) verkoop had echter niet alleen een goederenrechtelijke, maar ook een verbintenisrechtelijke kant. Aan de eigendomsoverdracht lag immers een koopovereenkomst ten grondslag en het zijn juist de verplichtingen uit de koopovereenkomst waar D. 20,5,13 daadwerkelijk op ziet. Uit de koopovereenkomst vloeiden voor de verkoper (de crediteur in dit geval) een aantal verplichtingen voort,[66] waarvan de belangrijkste de

64 In de moderne literatuur wordt, ondanks de algemene afwijzing van de praktijk van 'Interpolationenforschung', nog steeds aangenomen dat sommige teksten die over *pignus* gaan oorspronkelijk de *fiducia* behandelden en dus daadwerkelijk geïnterpoleerd zijn. Zie hierover specifiek Noordraven, *Fiducia*, 21 e.v. en i.h.b. 24.

65 Zie de hierboven geciteerde teksten uit de *Pauli Sententiae* en daarnaast *PS* 2,13,3, 2,13,5 en 5,26,4.

66 Zie hierover bijvoorbeeld Zimmermann, *Law of obligations,* 278-281 en De Zulueta, *Law of sale*, 35-51.

verplichting tot levering was.[67] Dit betekende dat de verkoper aan de koper het ongestoorde bezit (*vacua possessio*) moest verschaffen.[68] Bij de *traditio* sprak dit natuurlijk voor zich, aangezien bezitsverschaffing een constitutief vereiste voor deze vorm van eigendomsoverdracht was. Uit klassieke bronnen blijkt echter dat ook in het geval van de overdracht van *res mancipi* de verkoper in beginsel de plicht had om het bezit aan zijn koper te verschaffen, ook al was dit geen vereiste voor de eigendomsoverdracht zelf. Vergelijk bijvoorbeeld de volgende tekst van Ulpianus:

> D. 19,1,11,8: 'Dezelfde Neratius zegt dat het door allen is aanvaard dat u, ook al heeft u de slaaf van een ander verkocht, ervoor moet instaan dat deze vrij is van aanspraken op grond van diefstal en toegebrachte schade en dat de actie uit koop van toepassing is, opdat niet alleen het ongestoorde bezit aan de koper wordt gegarandeerd, maar ook het bezit aan hem wordt verschaft.'[69]

De onverkorte toepassing van deze verplichting tot bezitsverschaffing was echter in de meeste gevallen problematisch voor een crediteur die zijn vordering door middel van een zekerheidsoverdracht had verzekerd en tot executie wilde overgaan. Het kwam immers regelmatig voor dat de zekerheidsobjecten wel in eigendom werden overgedragen aan de crediteur, maar dat de zaken zelf bij de debiteur achterbleven.[70] In een dergelijk geval kon de crediteur zonder enig probleem de eigendom aan zijn koper overdragen, maar kon de koper de verkoper ook dwingen het bezit te verschaffen? Het antwoord op deze vraag blijkt uit D. 20,5,13: de crediteur was verplicht tot levering op voorwaarde dat hij het zekerheidsobject in zijn bezit had. Was dit niet het geval, dan diende de koper de bezitter van de zaak zelf met de revindicatie aan te spreken en kon hij geen levering van de verkoper eisen, zo blijkt impliciet uit de formulering van de tekst.

Uit deze vaststelling volgt dat D. 20,5,13 een uitzondering op de algemene regels van het Romeinse kooprecht bevat. Het is om die reden aantrekkelijk om aan te nemen dat zij wellicht toch een uitspraak van de keizer weergeeft, zij het in een door Paulus of de compilatoren aangepaste vorm. De bewoordingen van de tekst bieden hiervoor echter geen duidelijk bewijs.

---

67 Zimmermann, *Law of obligations,* 278-280 en De Zulueta, *Law of sale*, 35-42. Zie ook D. 19,1,1 *pr.* en 19,1,11,2. Het is opvallend dat het Romeinse verbintenissenrecht slechts een verplichting tot levering en niet tot eigendomsoverdracht kende, zie hierover De Zulueta, *Law of sale*, 35-38.

68 Zie bijvoorbeeld D. 18,1,78,1 en D. 19,1,2,1.

69 Ulpianus libro XXXII ad edictum. *Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere ab omnibus receptum ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio.*

70 Zie bijvoorbeeld *FIRA* III, nr. 91.

6 D. 22,1,16 pr. en 1: bijzondere vormen van rente

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro primo decretorum. *Liberalitatis in rem publicam factae usurae non exiguntur*. 1. *Cum usurae pretii fundi ab eo qui a fisco emerat peterentur et emptor negaret traditam sibi possessionem, imperator decrevit iniquum esse usuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset*.	Paulus in het eerste boek van de 'Decreten'. Over een vrijgevigheid die jegens een gemeente is gedaan wordt geen rente gevorderd. 1. Toen de rente over een koopprijs van een landgoed werd geëist van hem, die het [landgoed] had gekocht van de *fiscus*, en de koper ontkende dat aan hem het bezit was geleverd, oordeelde de keizer dat het onbillijk was om rente te vorderen van hem, die niet de vruchten had ontvangen.

2 Rente in het Romeinse recht

Zowel het *principium* als de eerste paragraaf van D. 22,1,16 hebben betrekking op rente (*usurae* of *faenus*).[2] Het Romeinse recht kende geen eenvormig systeem voor de toekenning van rente over een vordering. Dit was afhankelijk van het soort rechtsbetrekking waaruit de vordering voortvloeide en in het bijzonder de *formula* waarop de actie die men instelde bij *praetor* was gebaseerd. Daarnaast kon rente zowel worden bedongen bij het sluiten van de overeenkomst als van rechtswege ontstaan. Met betrekking tot rentebedingen was de hoofdregel dat in het geval van een overeenkomst die op de *bona fides* was gebaseerd (en daarom een *clausula ex bona fide* in de *formula* bevatte) rente kon worden bedongen door een eenvoudige afspraak (*pactum adiectum*),[3] terwijl bij andere overeenkomsten, waaronder de overeenkomst

1 D. 22,1,16 *pr.* wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres,* 11-15; D. 22,1,16,1 wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres,* 45-52, Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 227-232, G. Cervenca, *Contributo allo studio delle "usurae" c.d. legali nel diritto romano*, Milaan: Giuffrè 1969, 196-197 en R. Knütel, 'Zum Nutzungszins' *ZSS* 105 (1988), 514 e.v., i.h.b. 532-533.

2 Zie over rente in het Romeinse recht in het algemeen Kaser, *Privatrecht*, 496-498. Zie daarnaast ook G. Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, Leipzig: Teubner 1898, F. Klingmüller, 'Streitfragen aus der römischen Zinsgesetzgebung' *ZSS* 23 (1902), 68 e.v. en *idem, RE* VI.2 (1909), s.v. *fenus*, 2187 e.v. en recent S. Mrozek, *Faenus. Studien zu Zinsproblemen zur Zeit des Prinzipats*, Stuttgart: Steiner Verlag 2001.

3 Kaser, *Privatrecht,* 487. Zie over rentebedingen ook V. De Villa, *Le usurae ex pacto nel diritto romano*, Rome: Foro Italiano 1937.

van geldlening (*mutuum*), hiervoor een afzonderlijke stipulatie vereist was.[4] Daarnaast ontstond in bijzondere gevallen de verplichting tot betaling van rente van rechtswege en werd door de rechter ambtshalve opgelegd.[5] Zo kon bijvoorbeeld een schuldenaar tegen wie een actie met een *formula incerta* werd ingesteld door de rechter worden veroordeeld tot het betalen van rente wegens verzuim (zogeheten 'moratoire interessen'). Bij een actie met een dergelijke *formula* werd de rechter verplicht de gedaagde te veroordelen tot 'al hetgeen deze is gehouden aan de eiser te geven en/of te doen' ('*quidquid…dare facere oportet*').[6] Dit bood de rechter ruimte om een debiteur die in verzuim was de verplichting tot het betalen van rente op te leggen. Acties met een *formula incerta* waren de *actio ex stipulatu*, de *actio depositi in ius concepta* evenals alle acties uit consensuele contracten, zoals koop en huur.[7] Daarnaast bestond er in sommige gevallen op grond van de *bona fides* een recht op rente. Een belangrijk voorbeeld hiervan is de vermeerdering van de koopprijs met rente vanaf het moment dat er door de verkoper is geleverd.[8] Op deze regel zal hieronder nog uitgebreid worden ingegaan. Andere voorbeelden zijn de vordering tot vergoeding van de gemaakte kosten van bepaalde zaakwaarnemers (zie bijvoorbeeld D. 17,2,67,2), de vordering van de pandgever tot uitkering van het overschot na executie (D. 13,7,6,1) en de vordering van een pupil of lastgever tot afdracht van geld, dat de voogd of lasthebber te eigen bate heeft gebruikt (D. 26,7,7,10, D. 26,7,46,3 en D. 17,1,10,3).

3 D. 22,1,16 *PR.*: RENTE OVER EEN *POLLICITATIO*

D. 22,1,16 *pr.* heeft betrekking op de mogelijkheid om rente over een *liberalitas* te vorderen. *Liberalitas* is geen juridische term met een vaste definitie en kan simpelweg worden vertaald als 'een vrijgevigheid'.[9] Er kan echter worden aangenomen dat het woord hier naar een zogeheten *pollicitatio* verwijst.[10]

4 Zie bijvoorbeeld D. 19,5,24 en D. 17,1,10,4.
5 D. 19,1,49,1 en D. 19,2,54 *pr.*
6 Vgl. Gai. 4,54 en 131. Zie over de *formula incerta* verder Kaser, *Privatrecht*, 493-494.
7 Zimmermann, *Law of obligations*, 788-89.
8 D. 19,1,13,20.
9 Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 313. Zie over het gebruik van de term *liberalitas* in juridische teksten in het bijzonder F. Pringsheim, 'Liberalitas' in: S. Solazzi (ed.), *Studi in memoria di Emilio Albertario*, deel 1, Milaan: Giuffrè 1953, 663-683.
10 Zie Pringsheim, 'Liberalitas', 673-674. Vgl. daarnaast D. 39,5,19 waaruit blijkt dat het hieronder beschreven 'pollicitatio'-aansprakelijkheidsregime in alle gevallen van schenking aan een gemeente van toepassing is. Vgl. ook B. 23,3,16 en de hierbij behorende *scholia* in Scheltema & van der Wal, *Basilicorum libri LX*, deel A III, 1121 en deel B IV, 1657 en de Latijnse vertaling van Heimbach, *Basilicorum libri LX*, 696.

Een *pollicitatio*[11] was een eenzijdige vormloze belofte[12] door een burger aan zijn gemeente (*res publica, municipium*) om een werk te verrichten, zoals het plaatsen van een bouwwerk, of om een geldsom te geven.[13] De publiekrechtelijke *pollicitatio* moest aldus worden onderscheiden van een privaatrechtelijke schenking (*donatio*) en werd dan ook door andere rechtsregels beheerst.[14] Een *pollicitatio* was niet altijd bindend: slechts wanneer zij werd gedaan met het oog op het verkrijgen van een eervol ambt, magistratuur of priesterschap, of vanwege een andere *'iusta causa'* konden de belover en eventueel zijn erfgenamen in rechte door de gemeente tot nakoming worden aangesproken.[15] Was dit niet het geval, dan kon de belover in beginsel niet aansprakelijk worden gehouden, tenzij reeds een begin met de uitvoering van het beloofde was gemaakt (in het bijzonder in het geval van een belofte tot het plaatsen van een bouwwerk).[16]

De aansprakelijkheid van degene die een *pollicitatio* had gedaan was niet gebaseerd op het *ius civile*, maar op keizerlijke wetgeving.[17] De afdwingbaarheid van de *pollicitatio* berustte op een constitutie van Trajanus[18] en de rechtsfiguur werd op verschillende punten verder tot ontwikkeling gebracht door diens opvolgers, waaronder ook Septimius Severus en Caracalla.[19] Hoewel uit de bewoordingen van de tekst niet zonder meer duidelijk wordt dat de hierin vervatte rechtsregel moet worden aangemerkt als een keizerlijk *decretum*,[20] vormt de algemene keizerlijke betrokkenheid bij de ontwikkeling van dit leerstuk hier wel een sterke indicatie voor. Daarom wordt er in het onderstaande vanuit gegaan dat D. 22,1,16 *pr.* wel degelijk een keizerlijke beslissing (of ieder geval de *ratio decidendi* hiervan) weergeeft.[21]

---

11 Zie over de *pollicitatio* in het algemeen Digestentitel 50,12 (*De pollicitationibus*) en daarnaast Kaser, *Privatrecht*, 604 en Zimmermann, *Law of obligations*, 496 (nt. 115) en 574. Zie ook R. Villers, 'Essai sur la "pollicitatio" à une "res publica" *RD* 18 (1939), 1-38, J. Roussier, 'Le sens du mot "pollicitatio" chez les juristes romains' *RIDA* 3 (1949), 295 e.v., P. Garnsey, 'Taxatio and pollicitatio in Roman Africa' *JRS* 61 (1971), 116-129 en C. Caufmann, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen: Intersentia 2005, 9-12.

12 Kaser, *Privatrecht*, 604; Zimmermann, *Law of obligations*, 496; Caufmann, *Belofte*, 9.

13 Zie bijvoorbeeld D. 50,12,1 *pr.*

14 Vgl. Kaser, *Privatrecht*, 604 en Zimmermann, *Law of obligations*, 496 (nt. 115). Zie over *donatio* Kaser, *idem*, 601-604 en Zimmermann, *idem*, 477-507. Zie voor een analyse van het juridische karakter van de *pollicitatio* Caufmann, *Belofte*, 11-12 en aangehaalde literatuur aldaar.

15 D. 50,12,1,1 en D. 50,12,11. Zie voor de aansprakelijkheid van de erfgenamen D. 50,12,2,2; 6; 9; 11 en 14.

16 D. 50,12,1,2. Zie voor de vraag wanneer er sprake is van een begin van uitvoering D. 50,12,1,3-5.

17 Kaser, *Privatrecht*, 604; Caufmann, *Belofte*, 10.

18 Vgl. D. 50,12,14. Ook Antoninus Pius en Marcus Aurelius en Lucius Verus hebben een beperkt aantal regelingen met betrekking tot de *pollicitatio* getroffen, zie D. 50,12,8 en 12-15.

19 Vijf van de vijftien teksten die Digestentitel 50,12 over de *pollicitatio* bevat, zijn afkomstig van Severus en/of Caracalla: D. 50,12,1 *pr.*; D. 50,12,6; D. 50,12,7; D. 50,12,12; D. 50,12,9.

20 Vgl. ALD, paragraaf 3.2.1.

21 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 15.

Een *pollicitatio* kon middels een *extra ordinem* procedure bij de consuls worden afgedwongen.[22] Het is het goed mogelijk dat het geschil van D. 22,1,16 *pr.* in eerste aanleg aan de consuls was voorgelegd en in appel door de keizer werd gehoord. In de procedure bij het keizerlijk gerechtshof werd aan de keizer de vraag voorgelegd of men over een middels een *pollicitatio* toegezegd bedrag rente kon vorderen. Dit was immers voor een vordering op grond van *pollicitatio* onduidelijk, aangezien de aansprakelijkheid van de *pollicitor* gegrond was op het keizerlijke recht en de hierboven beschreven regels met betrekking tot rente in het *ius civile* daarom voor een dergelijke figuur in beginsel niet opgingen. De keizer diende hierover zelf uitsluitsel te geven. Zijn beslissing luidde dat men over een aan een gemeente beloofde *pollicitatio* geen rente verschuldigd was. Deze uitspraak komt in belangrijke mate overeen met D. 50,12,1 *pr.*, dat een rescript van Septimius Severus en Caracalla bevat:

> D. 50,12,1 *pr.*: 'Als iemand heeft beloofd aan een gemeente dat hij een werk zal verrichten of een geldsom zal geven, zal hij niet voor de rente worden aangesproken. Maar als hij in verzuim is geraakt, dan komt er wel rente bij, zoals onze keizer met zijn vergoddelijkte vader heeft bepaald in een rescript.'[23]

Bij de behandeling van D. 16,2,24 zagen we dat de keizer soms door middel van rescripten nadere uitwerking, invulling en afbakening gaf aan een eerder gedane rechterlijke uitspraak.[24] Iets dergelijks heeft zich mogelijk ook in dit geval voorgedaan. De in het *decretum* geformuleerde rechtsregel (geen renteverplichtingen bij een *pollicitatio*) was een antwoord op de concrete rechtsvraag die aan de keizer werd voorgelegd. Dit antwoord was zeer algemeen geformuleerd en gaf geen duidelijkheid voor gevallen waarin er sprake was van verzuim. Daarom werd in een later rescript door de keizer een nuance op het eerdere decreet geformuleerd, namelijk dat er bij verzuim wél een verplichting tot betaling van rente bestond. Hierbij moet worden gedacht aan het geval waarin de belover een bepaalde datum of termijn aan de uitvoering van zijn *pollicitatio* had verbonden of met de gemeente was overeengekomen. Deze uitzondering kwam niet uit de lucht vallen, zoals blijkt uit twee teksten over rente bij damnatielegaten en fideï-commissen die aan een gemeente waren nagelaten:

> D. 50,10,5 *pr.*: 'Als een legaat of een fideï-commis met het oog op het verrichten van een werk is nagelaten, wordt in een rescript van de vergoddelijkte Antoninus Pius het volgende bepaald met betrekking tot de vraag hoeveel rente, en vanaf wanneer, deze verschuldigd is: "Als geen termijn is gegeven door hen, die het plaatsen van de beelden of

22 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 457 onder verwijzing naar D. 50,12,8 (rescript van Marcus Aurelius en Lucius Verus). Zie bijvoorbeeld ook Zimmermann, *Law of obligations*, 496 en 574 en Caufmann, *Belofte*, 11.

23 Ulpianus libro singulari de officio curatoris rei publicae. *Si pollicitus quis fuerit rei publicae opus se facturum vel pecuniam daturum, in usuras non convenietur: sed si moram coeperit facere, usurae accedunt, ut imperator noster cum divo patre suo rescripsit.*

24 BZD, nr. 4 (16,2,24) sub 4.2.

> afbeeldingen hebben gelegateerd, moet door de provinciegouverneur een tijdstip worden bepaald. En als de erfgenamen niet over de brug zullen zijn gekomen, moeten zij binnen de eerste zes maanden een lagere rente aan de gemeente betalen, na zes maanden, zes procent rente. Als er echter wel een termijn is gesteld, dan moeten zij het geld voor die dag in bewaring geven, als zij zeggen dat zij de beelden niet hebben gevonden of een geschil hebben over de plaats: anders moeten zij onmiddellijk zes procent betalen."'[25]

> D. 22,1,17,8: 'Als er geen termijn is gesteld door hen, die het plaatsen van beelden of afbeeldingen hebben gelegateerd, moet door de provinciegouverneur een termijn worden vastgesteld en als de erfgenamen niets hebben geplaatst, betalen zij rente aan de gemeente tot 4%.'[26]

In het geval van een legaat of fideï-commis aan een gemeente was het reeds door Antoninus Pius mogelijk gemaakt om moratoire interessen van de belaste erfgenamen te vorderen. Eenzelfde soort regeling werd daarom door Septimius Severus en Caracalla ingevoerd voor de *pollicitatio*, waarbij het immers ook ging om een (belofte van een) gift aan een gemeente. D. 50,12,1 *pr.* en D. 50,10,5 *pr.* zijn beide afkomstig uit Ulpianus' *Liber singularis de officio curatoris rei publicae* ('Over het ambt van *curator rei publicae*'). De *curatores rei publicae* waren functionarissen die door de keizer werden aangewezen om toezicht te houden op de bezittingen en financiële administratie van gemeenten.[27] Zij hielden als zodanig ook toezicht op de debiteurenadministratie van de gemeenten, waarvan uiteraard ook de betaling van rente een onderdeel vormde.[28] Uit D. 50,12,1 *pr.* en D. 50,10,5 *pr.* blijkt dat de *curatores rei publicae* in het kader van deze taak eveneens toezicht hielden op de uitvoering van legaten, fideï-commissen en *pollicitationes* aan de gemeenten.[29] In beide gevallen werd daarom door de keizers hetzelfde renteregime werd toegepast.

---

25 Ulpianus libro singulari de officio curatoris rei publicae. *Si legatum vel fideicommissum fuerit ad opus relictum, usurae quae et quando incipiant deberi, rescripto divi Pii ita continetur. 'Si quidem dies non sit ab his, qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, praefinitus, a praeside provinciae tempus statuendum est: et nisi posuerint heredes, usuras leviores intra sex menses, <si minus> [post sex menses]* (Mo.), *semisses usuras rei publicae pendant. si vero dies datus est, pecuniam deponant intra diem, si aut non invenire se statuas dixerint aut [de]* (Mo.) *loco controversiam fecerint: [aut]* (Mo.) *semisses protinus pendant.'*

26 Paulus libro singulari de usuris. *Si dies non sit ab his, qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, praefinitus, a praeside tempus statuendum est et nisi posuerint heredes, usuras rei publicae usque ad tertiam centesimae pendent.*

27 Vgl. D. 22,1,33 en D. 50,4,9. Zie over de *curatores rei publicae* bijvoorbeeld C. Lucas, 'Notes on the curatores rei publicae of Roman Africa' *JRS* 30 (1940), 56-74; M. Sartori, 'Osservazioni sul ruolo del *curator rei publicae*' *Athenaeum* 67 (1989), 5 e.v.; G.P. Burton, 'The Roman imperial state, provincial governors and the public finances of provincial cities, 27 B.C.-A.D. 235' *Historia* 53 (2004), 311-341, i.h.b. 336 e.v.

28 Zie bijvoorbeeld D. 22,1,33 *pr.* en D. 50,9,4 *pr.* Uit D. 22,1,3,1 blijkt zelfs dat de *curator* er toezicht op moest houden dat de gemeente geen leningen verstrekte zonder hiervoor deugdelijke zekerheid te vragen.

29 Men kan zich zelfs afvragen of de *curatores* degenen waren die namens de gemeente optraden in een eventuele procedure om de uitvoering van een legaat of een *pollicitatio* af te dwingen. D. 50,12,8 spreekt slechts over '*actores*'. Helaas zijn hiervoor geen verdere aanknopingspunten in de Digesten te vinden.

4 D. 22,1,16,1: RENTE EN DE *FISCUS*

4.1 De rentevordering van de *fiscus*

D. 22,1,16,1 heeft betrekking op de betaling van rente bij een koopovereenkomst tussen de *fiscus* en een privépersoon. De *fiscus* had op enig moment een landgoed (*fundus*) aan een privépersoon verkocht, maar dit nog niet geleverd. Toch sprak hij de koper aan tot betaling van de koopprijs vermeerderd met een zekere som aan rente.[30] Deze verweerde zich door te stellen dat het landgoed nog niet aan hem was geleverd en dat hij daarom ook niet kon worden aangesproken tot betaling van rente.

Naar aanleiding van het feitencomplex rijst de vraag naar de juridische grondslag van de rentevordering van de *fiscus.* Zoals hierboven reeds uiteen is gezet, kon een verplichting tot betaling van rente in het geval van een koopovereenkomst ontstaan door een rechtshandeling (bij een koopovereenkomst een simpel *pactum adiectum*) of van rechtswege (*usurae legitimae*). Uit de tekst blijkt niet dat er sprake was van enige afspraak tussen de *fiscus* en de koper over het bestaan of ontstaan van een renteverplichting. Hieruit volgt dat er volgens de *fiscus* sprake moet zijn geweest van een renteverplichting die van rechtswege was ontstaan. Een koopovereenkomst werd afgedwongen door middel van een *formula incerta*, hetgeen betekende dat de rechter de gedaagde kon veroordelen tot het betalen van (moratoire) rente. Daarnaast was een koopovereenkomst een contract dat door de *bona fides* werd beheerst. De combinatie van deze twee onderdelen in de *formula* van de *actio venditi*[31] zorgde voor een bijzondere invulling van de regels betreffende het van rechtswege ontstaan van een renteverplichting. Een en ander wordt duidelijk uit de volgende teksten van Papinianus en Ulpianus:

> *Vat.* 2: 'Na de verschaffing van het bezit wordt op grond van een oordeel van een rechter rente aan de verkoper betaald; omgekeerd dienen echter al voordat het bezit is verschaft ook de vruchten aan de koper te worden overgedragen. Tegen geen van beide zal verzuim in aanmerking worden genomen.'[32]

> D. 19,1,13,20: 'Onder deze actie [d.w.z de *actio venditi*] vallen echter de volgende dingen. Om te beginnen de koopprijs, waarvoor de zaak is verkocht. Daarnaast de rente over de koopprijs vanaf de dag van de levering: want wanneer de koper het genot van de zaak heeft, is het zeer billijk dat hij over de koopprijs rente betaalt.'[33]

---

30 Hoewel uit de tekst niet geheel duidelijk wordt of de *fiscus* ook de koopprijs zelf opeiste, moet dit wel het geval zijn geweest, aangezien men in het Romeinse recht geen afzonderlijke vordering tot betaling van rente kon instellen, zie D. 19,1,49,1. Zie ook De Zulueta, *Law of sale*, 51.

31 Waarover in het algemeen Zimmermann, *Law of obligations*, 789-790.

32 Papinianus libro tertio reponsorum. *Usurae uenditori post traditam possessionem arbitrio iudicis praestantur; ante traditam autem possessionem emptori quoque fructus rei uice mutua praeberi necesse est: in neutro mora considerabitur.*

33 Ulpianus libro XXXII ad edictum. *Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. in primis pretium, quanti res venit. item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere.*

Vanaf het moment dat de gekochte zaak aan hem was geleverd en hij deze kon gebruiken, was de koper op grond van de goede trouw verplicht rente te betalen over de koopprijs ('Nutzungszins').[34] Aan de andere kant was de verkoper reeds voor de verschaffing van het bezit verplicht om de vruchten van de zaak aan de koper te verschaffen.[35] De vraag of de (ver)koper in verzuim was, was voor het ontstaan van deze verplichtingen niet relevant.[36] Het lijkt echter onmogelijk te zijn geweest voor de *fiscus* om zijn rentevordering op deze regel te baseren. Immers: voor het ontstaan van een dergelijke vordering is de levering van het verkochte goed aan de koper vereist en deze had, blijkens het verweer van de koper, nu juist nog niet plaatsgevonden. Hieruit volgt dat de vordering van de *fiscus* een andere grondslag had en gebaseerd moet zijn geweest op een bijzonder fiscaal voorrecht, te weten het renteprivilege dat de *fiscus* toekwam,[37] zoals blijkt uit D. 22,1,17,5:

> D. 22,1,17,5: 'De *fiscus* betaalt over zijn contracten geen rente, maar zelf ontvangt hij deze wel: dit is bijvoorbeeld de gewoonte bij pachters van openbare toiletten, die te laat het geld betalen, en hetzelfde geldt voor belastingen. Wanneer hij echter in de plaats van een privépersoon is getreden, is het de gewoonte dat hij wel rente betaalt'.[38]

Op grond van deze tekst wordt aangenomen dat de *fiscus* het privilege had om over al zijn vorderingen een rente van 6% te vorderen, ongeacht waaruit die waren ontstaan.[39] Dit wordt ondersteund door D. 49,14,6 *pr.*, waarin wordt gesproken over *usurae fiscales*, die worden behandeld en benoemd als een *privilegium fisci*:

> D. 49,14,6 *pr.*: 'Wanneer de *fiscus* in het recht van een privépersoon opvolgt, oefent hij gedurende de tijd vóór zijn opvolging de rechten van de privépersoon uit. Maar nadat hij is opgevolgd, zal hij zijn eigen privileges hebben. Maar het is de vraag of hij dit meteen kan doen wanneer de vordering aan hem is overgedragen, of pas nadat hij de debiteur heeft aangesproken, of nadat de vordering is ingeschreven in het debiteurenregister. De *fiscus*

34 Zie ook D. 19,1,13,20 en *PS* 2,17,9. In de secundaire literatuur is betwist dat deze regel reeds in het klassieke recht bestond, zie H. Siber, 'Beiträge zur Interpolationsforschung' *ZSS* 45 (1925), 146 e.v. Deze theorie wordt echter reeds sinds lange tijd afgewezen, zie Knütel, 'Nutzungszins', 518-519 en verwijzingen naar andere auteurs aldaar (nt. 14).

35 Zie hierover ook BZD, nr. 32 (D. 49,14,50).

36 J.D. Harke, Mora debitoris *und* mora creditoris *im klassischen römischen Recht*, Berlijn: Duncker & Humblot 2005, 42 stelt dat het niet betalen van de koopprijs door de koper nadat de verkoper de zaak heeft geleverd moet worden beschouwd als een vorm van *mora*.

37 Sanfilippo, *Libri Tres*, 51-52; Cervenca, *Contributo,* 197; Knütel, 'Nutzungszins', 532; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 228.

38 Paulus libro singulari de usuris. *Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit: ut solet a foricariis, qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus. Cum autem in loco privati successit, etiam dare solet.*

39 Zie over het renteprivilege in de literatuur Lenz, *Privilegia fisci,* 75-76 en Cervenca, *Contributo*, 193-200.

eist ongetwijfeld fiscale rente op, ook al zijn er maar kleine bedragen verschuldigd, vanaf het moment dat hij een zekere debiteur heeft aangesproken en deze de schuld erkent. (…)'[40]

Aangezien dit privilege niet was gebaseerd op de *bona fides* (zoals de renteregeling bij koop), was het mogelijk om ook rente over de koopprijs te vorderen wanneer er nog niet was geleverd, aldus de *fiscus*. De koper verweerde zich hier echter tegen door te stellen dat de *fundus* nog niet aan hem was geleverd. Dit verweer suggereert dat de koper van mening was dat de *fiscus* zich in dit geval niet kon beroepen op zijn privilege, maar dat de gewone regels van koop en verkoop van toepassing waren, aangezien het hier ging om een privaatrechtelijke koopovereenkomst, waar de *fiscus* als privépersoon partij bij was.

4.2 De beslissing van de keizer

De beslissing van de keizer is opvallend, aangezien zij bij geen van beide betogen echt goed aansluit. Aan de ene kant oordeelde de keizer dat de *fiscus* de koper niet tot betaling van rente kon aanspreken en ging hiermee voorbij aan het beroep van de *fiscus* op diens privilege.[41] Aan de andere kant lijkt de motivering van de keizer in de richting van een toepassing van de normale renteregels bij koop en verkoop te wijzen, maar het verweer van de koper werd niet precies gevolgd: hij nam niet het verweer over dat er nog geen sprake was geweest van levering, maar meende slechts dat een vordering tot rente hier niet op haar plaats was aangezien de koper de vruchten van de *fundus* niet had ontvangen. De verklaring voor deze uitspraak moet worden gezocht in de achtergrond van de renteregeling bij de koopovereenkomst.[42]

In het Romeinse recht gold de regel '*perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*'.[43] Dit betekende dat de koper vanaf het moment van totstandkoming van de koopovereenkomst het risico voor een waardedaling of het tenietgaan van de zaak (*periculum*) droeg.[44] Hiertegenover had hij echter wel recht op het voordeel (*commodum*) dat de gekochte zaak opleverde, zoals bijvoorbeeld blijkt uit I. 3,23,3 (*i.f.*): '*nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est*'. Op grond hiervan was de verkoper dan ook verplicht om de vruchten van de verkochte zaak af te staan aan de koper, zoals ook wordt

40 Ulpianus libro LXIII ad edictum. *Fiscus cum in privati ius succedit, privati iure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur: ceterum posteaquam successit, habebit privilegium suum. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen, an vero posteaquam convenit debitorem, an posteaquam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur. et quidem usuras exinde petit fiscales, etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem. (...)*

41 Sanfilippo, *Libri Tres*, 52. Vgl. ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 228 e.v. en Knütel, 'Nutzungszins', 532-533.

42 Zie in deze zin Knütel, 'Nutzungszins', 514 e.v., i.h.b. 518 e.v.

43 D. 18,6,8 *pr.* en I. 3,23,3-3a.

44 Zie bijvoorbeeld in de secundaire literatuur De Zulueta, *Law of sale*, 30 e.v., Kaser, *Privatrecht*, 552-553, Zimmermann, *Law of obligations*, 281 e.v. en in het bijzonder Knütel, 'Nutzungszins', 520-521.

benadrukt door Papinianus in de hierboven geciteerde tekst uit de *Fragmenta Vaticana*.[45] Deze risicoverdeling en de hierop gebaseerde verplichting tot afdracht van de vruchten had gevolgen voor het ontstaan van de renteverplichting.[46] Op welk moment was het billijk[47] dat de koper aan de verkoper rente verschuldigd was? Op het eerste gezicht zou men zeggen dat wanneer de verkoper de vruchten had afgestaan aan de koper, deze op zijn beurt vanaf dat moment verplicht was om rente te betalen over de koopprijs.[48] Op dat moment had de koper immers niet alleen het genot van de vruchten van de gekochte zaak, maar kon hij bovendien ook nog de niet betaalde koopprijs voor zijn eigen gewin gebruiken. Er leek, met andere woorden, in een dergelijk geval sprake te zijn van een cumulatie van voordelen voor de koper,[49] die het ontstaan van een verplichting tot betaling van rente aan de verkoper rechtvaardigde. Toch blijkt uit de hierboven geciteerde teksten duidelijk dat pas vanaf het moment van levering van de zaak zelf een verplichting tot betaling van rente op de koper rustte. De verklaring hiervoor is gelegen in de risicoverdeling. Aangezien de koper voor de levering het risico droeg, ontving hij *in ruil hiervoor* de vruchten van de verkoper (Kaser spreekt bijvoorbeeld over een 'Risikoprämie').[50] Er was met andere woorden sprake van een voor- en nadeel dat tegen elkaar werd weggestreept. Dit had als gevolg dat er geen sprake was van een cumulatie van voordelen aan de kant van de koper en het daarom niet billijk was om aan hem een renteverplichting op te leggen.[51] Dit werd anders op het moment dat de zaak daadwerkelijk was geleverd. Op dat moment verviel de risicoverdeling en daarmee de bijzondere grondslag voor de toewijzing van de vruchten,[52] met als gevolg dat er wel een cumulatie van genot van de vruchten en de koopprijs ontstond. Het was in dit geval niet meer dan billijk dat de koper werd verplicht om vanaf dat moment rente aan de verkoper te betalen.[53]

In het licht van de bovenstaande overwegingen met betrekking tot de renteverplichting bij een normale koopovereenkomst kwam de keizer tot zijn beslissing over de renteverplichting van de koper bij koopovereenkomsten

45 Daarnaast *PS* 2,17,7 en D. 19,1,13,13. Zie voorts bijvoorbeeld Kaser, *Privatrecht*, 553.
46 Knütel, 'Nutzungszins', 522 e.v.
47 De regeling met betrekking tot rente bij de koopovereenkomst was immers gebaseerd op de goede trouw, zie paragraaf 2 *supra*.
48 Dit standpunt is onder andere ingenomen door Leyser en Donellus, zie Knütel, 'Nutzungszins' 525-526, i.h.b. nt. 43 en 44.
49 Knütel, 'Nutzungszins', 518: 'Folglich kann der Käufer der vom Abschluss des Kaufvertrages bis zur Übergabe der Kaufsache die Früchte der Sache und die Kaufpreisnutzung kumulieren'.
50 Kaser, *Privatrecht*, 553 en Knütel, 'Nutzungszins', 526
51 Knütel, 'Nutzungszins', 526, die ook de onbillijkheid van de omgekeerde situatie benadrukt: als de koper al voor de levering rente zou moeten betalen, dan zou hij voor het *commodum* van de zaak moeten betalen, terwijl dit hem van rechtswege reeds toekwam.
52 *Idem,* 527.
53 *Idem,* 527.

met *fiscus*.[54] Hij beperkte het renteprivilege van de *fiscus* in dergelijke gevallen in die zin, dat wanneer de *fiscus* de zaak niet had geleverd en ook niet de vruchten ervan had afgestaan, het onbillijk (*iniquum*) was om rente van de koper te vorderen.[55] Immers: in dit geval zou de koper worden geconfronteerd met een dubbel nadeel. Hij zou het risico voor de gekochte zaak moeten dragen, zonder hiervoor te worden gecompenseerd met de vruchten van de zaak, en daarbovenop ook nog rente moeten betalen over de koopprijs.[56] Door de keizerlijke beslissing werd deze onbalans verhinderd. De keizer sloot met dit oordeel tot op zekere hoogte aan bij de normale privaatrechtelijke renteregeling, hetgeen werd gerechtvaardigd door het feit dat de *fiscus* in dit specifiek geval in een privaatrechtelijke rechtsbetrekking tot zijn wederpartij stond en als zodanig zoveel mogelijk gelijk diende te worden gesteld met een privépersoon.[57] Het is om deze reden echter opvallend dat de keizer de reeds bestaande renteregeling niet één op één op het onderhavige geschil toepaste. Anders dan in het geval van een koopovereenkomst tussen twee privépersonen, ontstond de verplichting tot betaling van rente voor een koper van de *fiscus* reeds op het moment dat de *fiscus* de vruchten van de gekochte zaak had afgestaan en niet pas na het moment dat het bezit aan de koper was verschaft, zo volgt uit de keizerlijke uitspraak. Wellicht kan deze aanpassing worden verklaard uit de wens van de keizer om de *fiscus* zijn voordelige positie niet volledig te ontnemen.

54 Rizzi houdt de mogelijkheid open dat het algemene renteregime bij koop pas na de uitspraak van D. 22,1,16,1 door de juristen is ontwikkeld, *Imperator Cognoscens*, 231. Uit het verweer van de koper van de *fiscus* in deze zaak kan echter worden afgeleid dat de regel dat de koper pas rente verschuldigd was nadat de verkoper de verkochte zaak aan hem had geleverd reeds voor het ontstaan van dit geschil bestond.

55 *Idem*, 532-533.

56 *Idem*, 532-533. Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 229.

57 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 231.

7 D. 26,5,28: de voogdij van Romanius Appulus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro secundo decretorum. *Romanius Appulus ab iudice appellaverat dicens se non debuisse dari in tutela collegam ei, quem ipse, cum magistratus esset, nominasset suo periculo, ne in una tutela duplex periculum sustineret. decrevit imperator posse quem et <fideiussorem> [sponsorem]*[a] *pro tutore esse et nihilo minus tutorem*[b] *dari: itaque detentus est in tutela.*	Paulus in het tweede boek van de 'Decreten'. Romanius Appulus was in appel gegaan tegen een uitspraak van een rechter, terwijl hij stelde dat hij niet mocht worden aangesteld als medevoogd van hem, die hij zelf, toen hij magistraat was, op eigen risico had voorgedragen, opdat hij niet in één voogdij een dubbel risico zou lopen. De keizer oordeelde dat iemand ook borg voor een voogd kan zijn en desalniettemin toch tot voogd kan worden aangesteld. Daarom is hij in de voogdij gehandhaafd.

[a] *em.* Sanfilippo [b] *cum eodem ins.* Mo.

2 De benoeming tot voogdij

2.1 Inleiding

De bovenstaande zaak van Romanius Appulus en de zaak van Aemilius Dexter (D. 26,7,53),[2] die hierna zal worden behandeld, hebben beide betrekking op het voogdijrecht, een onderwerp dat de bijzondere aandacht van Septimius Severus had. D. 26,5,28 heeft betrekking op de benoeming van voogden door magistraten en de gevolgen hiervan voor de aansprakelijkheid van zowel de voogd als de magistraat wanneer de voogd buiten zijn boekje ging. Romanius Appulus had als magistraat bijgedragen aan de benoeming van een voogd en was vervolgens bij het einde van zijn magistratuur zelf tot medevoogd van de door hem aangestelde voogd (vanaf nu: voogd Titius) benoemd. In de procedure bij de keizer probeerde hij vervolgens vrijstelling van zijn benoeming tot medevoogd te krijgen met het argument dat hij onder de nieuwe omstandigheden een *duplex periculum*, een dubbel aansprakelijkheidsrisico, zou lopen. Alvorens verder in te kunnen gaan op dit betoog, moet eerst enige aandacht worden besteed aan de verschillende wijzen van benoeming van voogden in het klassieke Romeinse recht.

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 57-62 en Wankerl, *Appello,* 130-143.
2 BZD, nr. 8 (D. 26,7,53).

2.2 Vormen van voogdij

Wanneer een onvolwassen minderjarige (*impuber*) *sui iuris* was,[3] moest er voor hem een voogd (*tutor*) worden aangesteld.[4] Reden hiervoor was het feit dat minderjarigen in het Romeinse recht als handelingsonbekwaam werden aangemerkt en niet zelfstandig geldige rechtshandelingen konden verrichten.[5] Voor het beheer van hun vermogen en deelname aan het economisch verkeer waren zij daarom afhankelijk van een voogd.

Anders dan in het moderne recht, beperkte in het Romeinse recht de rol van de voogd zich tot het beheer van het vermogen van de pupil. Hij kon dit op twee manieren doen: hij kon handelingen die door de pupil waren verricht bekrachtigen of hij kon zelfstandig voor de pupil handelen en daarmee diens belangen waarnemen.[6] In het kader van deze laatste vorm van beheer kon de voogd over de zaken van de minderjarige beschikken en was hiervan bezitter.[7] Vermoedelijk kon hij daarnaast vanaf de klassieke tijd ook bezit en eigendom voor zijn pupil verkrijgen.[8] Hij kon daarentegen in beginsel geen verbintenisrechtelijke rechten voor de minderjarige verwerven noch plichten voor hem aangaan.[9] Deze beperking werd echter opgelost door zowel aan de minderjarige als aan de wederpartij een *actio utilis* toe te kennen.[10] Tot slot kon de voogd namens de pupil in een gerechtelijke procedure optreden.[11]

---

3 Jongens werden volwassen (*puber*) op het moment dat zij de *toga praetexta* verwisselden voor de *toga virilis*. Dit was een jaarlijkse ceremonie, waarvoor de jongens meestal bij de voltooiing van hun 14e levensjaar in aanmerking kwamen. Meisjes waren *puber* bij voltooiing van hun 12e levensjaar, zie I. 1,22 *pr.* Vanaf het moment van het bereiken van de *pubertas* waren zowel jongens als meisjes volledig handelingsbekwaam, indien zij *sui iuris* waren. Zij werden echter nog wel tot zij de leeftijd van 25 jaar bereikten als minderjarigen (*minores*) aangemerkt en kregen om die reden een *curator* toegewezen die hen bijstond bij het beheer van hun vermogen (waarover meer bij de behandeling van D. 26,7,53). Daarnaast beschermde de *praetor minores* tegen nadelige rechtshandelingen door aan hen in een dergelijk geval *restitutio in integrum* te verlenen. Zie over deze procedure de behandeling van D. 4,4,38 *pr.* Zie over in het algemeen over deze materie Kaser, *Privatrecht*, 275 e.v.

4 Gai. 1,144.

5 Vgl. D. 26,1,1 *pr*. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen minderjarigen tot zeven jaar, die in zijn geheel niet in staat waren om rechtshandelingen te verrichten en in die zin gelijk werden gesteld met een krankzinnige (Gai. 3,109), en minderjarigen ouder dan zes jaar die zelf wel wilsverklaringen konden afleggen, maar die hun geldigheid pas verkregen nadat zij door de voogd waren bekrachtigd (D. 50,17,5).

6 Kaser, *Privatrecht*, 360.

7 D. 26,7,27. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 266 en 360.

8 Kaser, *Privatrecht*, 266. Zie over deze materie ook A. Watson, 'Acquisition of possession per extraneam personam' *TvR* 29 (1961), 22-42.

9 Kaser, *Privatrecht*, 360-361.

10 Zie bijvoorbeeld D. 13,5,5,9 en D. 26,9,2 voor de *actio utilis* voor pupil en D. 21,2,4,1 voor de *actio utilis* van de wederpartij.

11 Kaser, *Privatrecht*, 360.

Een voogd kon op drie wijzen worden aangesteld. Een *pater familias* kon in zijn testament één of meerdere voogden aanwijzen voor de minderjarige(n) die na zijn dood *sui iuris* zouden worden.[12] Dit recht ging terug op de Wet van de Twaalf Tafelen.[13] In het geval van een benoeming van een testamentaire voogd ving de voogdij aan op het moment dat de testamentaire erfopvolging intrad.[14] Aangezien voogdij een erefunctie was, kon een testamentaire voogd de voogdij niet aan een ander overdragen, maar hij kon wel weigeren haar op zich te nemen (*abdicare*).[15] Deze mogelijkheid werd echter ten tijde van Claudius afgeschaft, waardoor ook een testamentaire voogd gedwongen kon worden zijn functie uit te oefenen, tenzij hij zich op een verschoningsgrond kon beroepen, waarover hieronder meer.[16]

Wanneer de *pater familias* geen *tutores* in zijn testament had benoemd, kwam op grond van de Wet van de Twaalf Tafelen de voogdij toe aan de agnatische verwanten,[17] de verwanten in de mannelijke bloedlijn.[18] Deze vorm van voogdij werd *tutela legitima*, 'wettelijke voogdij', genoemd. Alleen verwanten die Romeins burger, *sui iuris* en *puber* waren, kwamen in aanmerking om als voogd te worden benoemd.[19] Wanneer er meerdere personen op dezelfde wijze verwant waren aan de pupil, oefenden zij de voogdij gezamenlijk uit.[20] Aangezien de wettelijke voogdij sterk verbonden was met de persoon van de voogd doordat zij berustte op verwantschap, kon een wettelijke voogd de voogdij niet overdragen of weigeren.[21]

Wanneer er geen testamentaire of wettelijke voogden voor een pupil kon worden gevonden, moesten één of meerdere voogden door een magistraat worden benoemd.[22] Een dergelijke benoeming was gebaseerd op de *lex Atilia*

---

12 D. 26,2,1 *pr.* Hiervoor gebruikte hij de formule '*Titium liberis meis tutorem do*' of '*liberis meis Titius tutor esto*', zoals blijkt uit Gai. 1,149 en 2,289. Zie over testamentaire voogdij titel 26,2 van de Digesten (*De testementaria tutela*) en voorts bijvoorbeeld Voci, *DER II,* 432-436, Watson, *Law of persons,* 114-117 en Kaser, *Privatrecht*, 355.

13 D. 26,2,1 *pr.* en 26,2,20,1.

14 Voci, *DER II,* 435, Watson, *Law of persons,* 115 en Kaser, *Privatrecht*, 89. Zie ook D. 26,2,7.

15 Vgl. Cic. *Att.* 6,1,4 en *FIRA* III, nr. 31. Zie verder Voci, *DER II,* 435, Watson, *Law of persons*, 117 en Kaser, *Privatrecht*, 355.

16 Kaser, *Privatrecht*, 355-356 onder verwijzing naar D. 27,1,13,1. Zie over de verschoningsprocedure paragraaf 3.1 *infra.*

17 In het geval van *liberti*, die geacht werden geen agnatische verwanten te hebben, kwam de voogdij in een dergelijk geval toe aan de patroon: Gai. 1,165.

18 Gai. 1,155 en Wet XII Tafelen 5,6. Zie ook bijvoorbeeld D. 26,4,1 *pr.* Zie over de wettelijke voogdij Digestentitel 26,4 (*De legitimis tutoribus*) en verder Watson, *Law of persons*, 117-122 en Kaser, *Privatrecht*, 356.

19 Watson, *Law of persons*, 118-119 en Kaser, *Privatrecht*, 356.

20 D. 26,4,8 en 9.

21 Watson, *Law of persons*, 122 en Kaser, *Privatrecht*, 356.

22 Vgl. Gai. 1,185. In de praktijk leek de benoeming door een magistraat echter de voorkeur te krijgen boven de benoeming van wettelijke voogden, aldus Kaser, *Privatrecht*, 356 (zie bijvoorbeeld ook D. 26,2,11,1). Anders Guarino, *DPR,* 600-601. Zie over voogden die door een magistraat werden benoemd Digestentitel 26,5 (*De tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent et qui et in quibus causis specialiter dari possunt*) en in de moderne literatuur Kaser, *Privatrecht,* 357-359 en Watson, *Law of persons,* 123-127.

(210 v. Chr.) [23] en wordt daarom ook wel *tutela Atiliana* genoemd. Op grond van deze wet waren de *praetor urbanus* en de meerderheid van de volkstribunen bevoegd om in Rome een voogd aan te stellen, zij hadden het zogeheten '*ius dandi*'.[24] In de provincies kwam deze bevoegdheid op basis van de *lex Iulia et Titia* uit de tijd van Augustus toe aan de *praesides*.[25] In de keizertijd breidde Claudius deze bevoegdheid uit naar de consuls,[26] waarna vervolgens door Marcus Aurelius een speciale *praetor tutelarius* werd ingesteld,[27] die verantwoordelijk was voor benoemingen in Rome en omstreken.[28] In Italië behoorde de benoeming van voogden tot de competenties van de eveneens door Marcus Aurelius ingestelde *iuridici*.[29] Dit waren rechterlijke magistraten met civiele en strafrechtelijke competentie in één of meer van de *regiones* waarin Italië was opgedeeld. Op municipaal niveau waren ook de stedelijke magistraten bevoegd om een *tutor* te benoemen,[30] waarbij hun *ius dandi* beperkt was tot de benoeming van personen die uit hun eigen gemeente of haar territorium afkomstig waren.[31] Uit D. 27,8,1,2-5 wordt duidelijk dat de stedelijke magistraten daarnaast regelmatig samenwerkten met de provinciegouverneurs (*praesides*) bij benoemingen. De gouverneur verzocht de stedelijke magistraten om inlichtingen over een te benoemen voogd of vroeg hen zelfs om een kandidaat voor te dragen, waarna hij zelf de benoeming verrichtte. De *tutela Atiliana* werd gezien als een *munus personale*, een verplichte taak ten behoeve van een privépersoon,[32] met als gevolg dat de beoogde voogd de benoeming niet kon weigeren noch kon overdragen.[33] In sommige gevallen kon hij zich echter wel verschonen door zich in een bijzondere procedure (waarover paragraaf 3.1 *infra*) op één of meer verschoningsgronden te beroepen. Dit waren bijvoorbeeld hoge leeftijd van de

23 Rotondi, *Leges*, 275 e.v.
24 Gai. 1,185.
25 *Idem.* Er bestaat discussie over de vraag of het om één of meerdere wetten ging, zie hierover Rotondi, *Leges*, 333 en recent D. Nörr, 'Zur palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze' *ZSS* 118 (2001), 2 e.v.
26 Suet. *Claud.* 23,2.
27 SHA *Marc.* 10,11.
28 W. Eck, 'Administration and jurisdiction in Rome and the provinces' in: M. van Ackeren (ed.), *A Companion to Marcus Aurelius*, Malden (MA) etc.: Wiley-Blackwell 2012, 195, onder verwijzing naar *ILS* 1118 en 1119.
29 *Vat.* 205 en 232. Zie hierover ook Eck, 'Administration', 194-195, die benadrukt dat deze *iuridici* werden ingesteld om te voorkomen dat de magistraten in Rome overbelast zouden raken met verzoeken tot de benoeming van een voogd uit alle hoeken van Italië.
30 D. 26,5,3 en *Lex Irnitana*, cap. 29. Zie anders Th. Mommsen, 'Die Stadtrechte der latinische Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica' in: *idem, Juristische Schriften*, deel 1, Berlijn: Weidmann 1905, 331, waartegen L. Mitteis, 'Über die Kompetenz zur Vormundsbestellung in den römischen Provinzen' *ZSS* 29 (1908), 390-403, i.h.b. 391-392. Vgl. ook Kaser, *Privatrecht*, 357.
31 D. 26,5,3 *i. f.*
32 Vgl. D. 27,1,17,4 en D. 50,4,1,4. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 358, met verdere verwijzingen, en Wankerl, *Appello*, 133. Naast de *munera privata* bestonden er ook *munera publica*, verplichte taken ten behoeve van een stad of de staat.
33 Kaser, *Privatrecht*, 328.

beoogde voogd (zeventig jaar of ouder), het feit dat hij reeds als voogd voor andere pupillen optrad of een groot aantal kinderen had en het bekleden van bepaalde (openbare) functies, zoals docenten, atleten, bepaalde priesters en stedelijke magistraten.[34]

2.3 De benoemingen van D. 26,5,28

Het door Paulus beschreven geval heeft betrekking op de laatste vorm van voogdij: de zaak van Romanius Appulus betrof twee magistratelijke benoemingen van voogden voor dezelfde pupil. De eerste benoeming was verricht met medewerking van Appulus als magistraat. Anders dan soms wordt betoogd,[35] blijkt uit de bewoordingen van de tekst dat hij voogd Titius slechts had voorgedragen en niet zelf had benoemd. Voor het benoemen van een voogd werd de term *tutorem* of *tutores dare* gebruikt,[36] terwijl *nominare* in deze context verwijst naar het voordragen van een voogd.[37] Uit het feit dat Appulus aansprakelijk kon worden gesteld op grond van het feit dat hij als magistraat aan de benoeming van een voogd had meegewerkt, kan wel worden afgeleid dat hij zelf een municipale magistraat was, aangezien alleen municipale magistraten door een pupil aansprakelijk konden worden gesteld voor eventuele schade aan diens vermogen (waarover meer in paragraaf 3.2 *infra*). Door wie en waar de daadwerkelijke benoeming van voogd Titius werd verricht, kan niet met zekerheid worden vastgesteld.[38] Het lijkt waarschijnlijk dat het ging om een aanstelling door de provinciegouverneur in de provincies of eventueel een *iuridicus* in Italië, aan wie Appulus als gemeentelijke magistraat een kandidaat had voorgedragen.

Na zijn termijn als magistraat werd Romanius Appulus zelf door zijn opvolger of de provinciegouverneur tot medevoogd van de eerder aangestelde Titius benoemd.[39] Ook over deze benoeming geeft Paulus geen verdere informatie, anders dan dat Appulus het niet eens was met deze benoeming en zich wenste te verschonen. Dit brengt ons bij de procedure bij het keizerlijk hof.

---

34 Zie voor alle verschoningsgronden D. 27,1 (*de excusationibus*) en *Vat.* 123-247. Zie voor de in de hoofdtekst genoemde voorbeelden D. 27,1,2 *pr.* (leeftijd), 27,1,2,2 (groot aantal kinderen), 27,1,2,9 en 27,1,3 (meerdere voogdijen) en 27,1,6 (functies).

35 Sanfilippo, *Libri Tres*, 57 en Wankerl, *Appello*, 131. Vgl. ook de vertaling van Spruit c.s., *Corpus Iuris Civilis,* deel IV, 70.

36 Vgl. Digestentitel 26,5 over de benoeming van voogden door een magistraat, waarin het woord *nominare* nergens anders voorkomt dan in D. 26,5,28.

37 Vgl. Digestentitel 27,7 die betrekking heeft op de aansprakelijkheid van borgen (*fideiussores)*, personen die hen hebben voorgedragen (*nominatores*) en erfgenamen (*heredes*). Zie ook bijvoorbeeld D. 27,7,2 dat expliciet betrekking heeft op voordragers.

38 Vgl. Wankerl, *Appello,* 133 nt. 709, die ook niet verder komt dan de vaststelling dat de zaak betrekking heeft op twee magistratelijke (en niet testamentaire) benoemingen tot voogd.

39 Een magistraat kon tijdens zijn ambtstermijn niet tot voogd worden benoemd: D. 27,1,6,16.

3 Een *duplex periculum* als verschoningsgrond?

3.1 Verschoningsprocedure

Een beroep op het verschoningsrecht moest in de tijd van Septimius Severus en Caracalla worden gedaan bij de *praetor tutelarius* in een bijzondere procedure (een *cognitio extra ordinem*).[40] Dezelfde bevoegdheid kwam in de provincies logischerwijs toe aan de provinciegouverneurs.[41] De voogd kon binnen vijftig dagen na kennisgeving van de benoeming bij deze functionarissen een verzoekschrift indienen, [42] waarin hij zich beriep op één of meerdere verschoningsgronden en hiervoor bewijzen aandroeg.[43] Zij konden vervolgens ofwel de benoeming tot voogd beëindigen ofwel het beroep van de voogd afwijzen. Tegen een dergelijke afwijzing stond appel bij de keizer open, zoals duidelijk wordt uit de volgende tekst van Ulpianus:[44]

> D. 49,4,1,1: 'Als iemand is aangesteld als voogd bij testament of door iemand anders, die het *ius dandi* heeft, moet hij niet in appel gaan (dit is immers door Marcus Aurelius vastgesteld), maar binnen de voorgeschreven termijn een procedure tot verschoning opstarten en, als hij wordt afgewezen, dan zal hij pas in appel moeten gaan: vóór die tijd wordt er tevergeefs in appel gegaan.'[45]

Ook in het geval van Appulus moet er dus eerst een verschoningsprocedure bij de *praetor tutelarius* of een provinciegouverneur hebben plaatsgevonden.[46] In deze procedure en de hierop volgende rechtsgang in appel voerde

---

40 Zie over deze procedure ten tijde van Severus Kaser, *Privatrecht*, 358-359, Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 456-457 en G. Viarengo, *L'*excusatio tutelae *nell'età del Principato*, Genua: ECIG 1996, 115 e.v. Ook uit D. 26,7,53 lijkt naar voren te komen dat er sprake was van twee verschillende procedures, waarin de *datio tutoris* en de *excusatio* als twee verschillende gebeurtenissen worden behandeld. In het geval van een benoeming door de *praetor tutelarius* zelf werden de verschoningsgronden uiteraard reeds tijdens de procedure aangevoerd en beoordeeld, Kaser, *Privatrecht*, 358.

41 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 457 nt. 56.

42 *Vat*. 155 en D. 27,1,13 *pr.* e.v. Wanneer degene die bezwaar wenste te maken tegen zijn benoeming deze termijn niet in acht nam, kon hij niet meer worden vrijgesteld, ongeacht de vraag of zijn beroep op een verschoningsgrond succesvol zou zijn geweest: D. 27,1,13,5. Voogden die in strijd met de wet waren benoemd hoefden de termijnen niet in acht te nemen: D. 27,1,13,12.

43 D. 27,1,13,8.

44 Zie ook D. 27,1,13. Daarnaast in de literatuur Viarengo, *L'*excusatio, 115.

45 Ulpianus libro primo de appellationibus. *Si quis tutor datus fuerit vel testamento vel a quo alio, qui ius dandi habet, non oportet eum provocare (hoc enim divus Marcus effecit), sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet et, si fuerit repulsa, tunc demum appellare debebit: ceterum ante frustra appellatur*. Vgl. ook D. 27,1,13 *pr.*

46 Zie ook Wankerl, *Appello*, 134-135, die meent dat een procedure bij de *praetor tutelarius* het meest voor de hand ligt. Anders Sanfilippo, die uit lijkt te gaan van het idee dat Romanius Appulus niet in appel ging tegen een afwijzing van een beroep op een verschoningsrecht, maar tegen de benoeming zelf (57-59, vgl. in die zin ook Wankerl, *Appello*, 135). Hij betoogt dat de benoeming door een *iuridicus* moet zijn gedaan en dat tegen een dergelijke benoeming direct appel bij de keizer openstond (hij noemt voor deze stelling geen vindplaatsen in de Digesten).

Appulus als verschoningsgrond aan dat hij door de benoeming tot voogd een *duplex periculum*, een dubbel aansprakelijkheidsrisico, liep. Wat bedoelde hij hier precies mee? Om een antwoord op deze vraag te kunnen geven, moet eerst nadere aandacht worden besteed aan de verschillende wijzen waarop een voogd aansprakelijk kon worden gesteld voor de schade aan het vermogen van zijn pupil.

3.2 Aansprakelijkheid van voogden

Een voogd diende zijn taak in overeenstemming met de goede trouw (*bona fides*) uit te voeren.[47] Wanneer hij dit niet deed, stonden de pupil verschillende rechtsmiddelen ter beschikking, waarvan de belangrijkste de *actio tutelae* was.[48] De *actio tutelae* was gebaseerd op de gedachte dat de voogd bij het beheren van het vermogen van de pupil als een soort zaakwaarnemer optrad en dat uit dit beheer daarom plichten jegens de pupil voortvloeiden.[49] Wanneer de voogd deze plichten verzuimde of wanbeleid pleegde, kon de pupil na beëindiging van de voogdij zijn voormalige voogd met deze actie aansprakelijk stellen.[50] Aangezien de *actio tutelae* behoorde tot de *bonae fidei iudicia*,[51] werd het handelen van de voogd aan de hand van *bona fides* beoordeeld,[52] waardoor de actie een zeer grote reikwijdte had en vele verschillende vormen van wanbeheer dekte.

Wanneer er sprake was van meerdere voogden die het beheer voerden, konden in beginsel alle voogden afzonderlijk voor het geheel (*in solidum*) aansprakelijk worden gesteld.[53] Een uitzondering hierop vormde de regel dat de pupil zich eerst moest wenden tot de voogd die het daadwerkelijke beweer voerde (*tutor gerens*) en daarna pas de voogd(en) kon aanspreken die geen beheershandelingen hadden verricht (de *tutor honorarius* en de *tutor*

47 Kaser, *Privatrecht*, 361.

48 Watson, *Law of persons*, 140-145, Kaser, *Privatrecht*, 365-366 en E. Sachers, *RE* 2. Reihe VII.2 (1948), s.v. *tutela*, 1565-1568. Andere acties waren de *actio rationibus distrahendis*, die de pupil bij de beëindiging van de voogdij kon instellen wanneer de voogd zaken uit het door hem beheerde vermogen had verduisterd, en de *actio tutelae utilis*, die naast de magistratelijke dwangmiddelen tegen een tutor die weigerde zijn taak uit te oefenen kon worden ingesteld. Daarnaast kon door de pupil zelf en door ieder ander een *accusatio suspecti tutoris* worden ingesteld.

49 Kaser, *Privatrecht*, 365, die ook de verbinding tussen de actie uit *negotium gestum* en de *actio tutela* benadrukt.

50 D. 27,3,1 *pr*. Zie voor het vereiste van beëindiging van de voogdij D. 27,3,4 *pr*.

51 Gai. 4,62.

52 Vgl. Kaser, *Privatrecht*, 361 en 365-366. Maatstaf hiervoor was, net zoals bij andere *bona fides* acties, *dolus malus*. Door de tijd heen nam men echter aan dat de voogd ook moest instaan voor nalatigheid (*culpa*).

53 D. 26,7,55 *pr.* Zie voor een uitgebreide behandeling van alle vormen van aansprakelijkheid in het geval van meerdere tutoren E. Levy, 'Die Haftung mehrerer Tutoren' *ZSS* 37 (1916), 14-87, i.h.b. 20 e.v. en P. Voci, 'La responsabilità dei contutori e degli amminstratori cittadini' *Iura* 21 (1970), 71-154, i.h.b. 71-122. Het belangrijkste verschil in opvatting tussen deze beide auteurs betreft de vraag naar het bestaan van het *beneficium divisionis* in de klassieke periode, waarop hieronder nog nader zal worden ingegaan.

cessans).[54] Om versnippering van en onduidelijkheden over het voogdijbeheer te voorkomen werd vaak door de voogden in samenspraak met de *praetor* één *tutor gerens* voor het gehele beheer benoemd met als gevolg dat alleen hij primair aansprakelijk was, terwijl zijn medevoogden slechts subsidiair, maar wel *in solidum*, door de pupil konden worden aangesproken.[55] Daarnaast was het mogelijk om de voogdij als het ware 'op te splitsen' en over de verschillende voogden te verdelen (*tutela divisa*), waarbij iedere voogd verantwoordelijk werd voor het beheer van een bepaald deel van het vermogen van de minderjarige.[56] Men kon bijvoorbeeld het vermogen per regio of provincie verdelen of een bepaald soort zaken en de hiermee verbonden beheershandelingen aan een voogd toedelen.[57] Een dergelijke verdeling had als belangrijk gevolg dat de voogd in beginsel alleen aansprakelijk kon worden gesteld voor het tekortschieten in de uitvoering van zijn eigen specifieke taak.[58] Zij kon om die reden in het geval van testamentaire voogdij slechts door de erflater in zijn testament worden gemaakt en moest in andere gevallen door een magistraat worden vastgesteld.[59] Een afspraak over een verdeling van het beheer tussen de voogden onderling had geen werking ten opzichte van de pupil.[60]

Een bijzondere vorm van aansprakelijkheid van voogden werd gecreëerd door het afleggen van een *satisdatio rem pupilli salvam fore* door de voogd, een garantieverklaring die door middel van een stipulatie in combinatie met een borgstelling werd afgelegd.[61] Zij had als gevolg dat op de voogd een algemene plicht rustte om op correcte wijze met het vermogen van de minderjarige om te gaan en bood de pupil meer zekerheid voor verhaal bij wanbeleid. Hij kon immers zowel de voogd als diens borg(en) aanspreken. De reikwijdte van de aansprakelijkheid uit deze stipulatie kwam grotendeels overeen met die van de *actio tutelae*.[62] Een *satisdatio* werd voornamelijk in twee soorten gevallen afgelegd. Om te beginnen kon, wanneer er meerdere testamentaire voogden door een erflater waren aangesteld, een voogd (vrijwillig) aanbieden om haar af te leggen met als gevolg dat hij het beheer over het vermogen in handen kreeg.[63] Daarnaast waren sommige

54 Zie bijvoorbeeld D. 26,7,39,11 en C. 5,54,2,1. Zie ook Levy, 'Haftung', 21-23 en Koops, *Vormen*, 31. Uit D. 26,7,55,2 blijkt evenwel dat het toepassingsbereik van deze regel beperkt is: wanneer een voogd aan een medevoogd opdraagt het beheer uit te oefenen of wanneer hij een zekerheidsstelling van hem ontvangt, wordt hij aangemerkt als een *tutor gerens*.

55 D. 26,7,3,1-2; *eodem*, 7 en 8. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 362.

56 Kaser, *Privatrecht*, 362.

57 Zie bijvoorbeeld D. 26,2,12,15 en D. 26,7,9,8.

58 Voci, 'Responsabilità', 73 e.v. en Kaser, *Privatrecht*, 362 en 366.

59 Zie D. 26,7,3,6 en 9 en in de literatuur Kaser, *Privatrecht*, 362 en 366.

60 D. 46,6,12 en C. 5,52,2,3.

61 Zie hierover D. 27,8,1,15 en Digestentitel 46,6 (*Rem pupilli vel adulescentis salvam fore*) en in de secundaire literatuur Kaser, *Privatrecht*, 364-365. Zie ook G. Rotondi, *Appunti sulla 'stipulatio rem pupilli salvam fore'*, Pavia: s.n. 1912.

62 Vgl. D. 46,6,4. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 364.

63 D. 26,2,17 *pr.* Zie voor een relativering van deze regel echter ook de eerste *lex* van D. 26,2,17.

voogden verplicht om haar af te leggen, te weten wettelijke voogden en voogden die door gemeentelijke magistraten waren benoemd.[64]

Wanneer al deze acties de pupil geen soelaas boden, kon de pupil in het geval van een magistratelijke voogdij ook de magistraat aanspreken die de voogd had voorgedragen of benoemd met de zogeheten *actio subsidiaria*.[65] De *actio subsidiaria*[66] werd onder Trajanus (98-117 n. Chr.) bij senaatsbesluit ingevoerd,[67] zoals blijkt uit de volgende Codextekst:

> C. 5,75,5: 'De keizers Diocletianus en Maximianus en de mederegenten aan Eugenia. Op grond van een senaatsbesluit, dat op voorstel van onze vergoddelijkte voorvader Trajanus is genomen, is vast komen te staan dat, wanneer zij [*i.e.* de voogden] bij de beëindiging van de tijd van het beheer niet solvent waren en ook niet op grond van een garantie met borgtocht het gehele bedrag kan worden geïnd, aan de pupillen een *actio utilis* inzake hun schadeloosstelling als hulpmiddel toekomt tegen gemeentelijke magistraten, die hebben opgetreden als voordragers van voogden.'[68]

Het ging om een actie met een subsidiair karakter. Zij wordt daarom in de bovenstaande tekst aangeduid als een hulpmiddel (*subsidium*) en kon pas worden ingesteld wanneer het vermogen van de door magistraat benoemde of voorgedragen voogd en diens borgen niet toereikend voor verhaal bleken te zijn.[69] Deze actie werd dan ook alleen verleend nadat de *praetor* inhoudelijk kennis had genomen van de zaak ('*causae cognitio in iure*') en tot het oordeel was gekomen dat een procedure op basis van de *actio subsidiaria* op zijn plaats was.[70] Uit C. 5,75,5 en de Digestentitel over deze actie, D. 27,8 (*De magistratibus conveniendis*), blijkt daarnaast dat zij alleen kon worden ingesteld tegen gemeentelijke magistraten.[71] Andere functionarissen met het *ius dandi*, zoals bijvoorbeeld de *praetor tutelarius*, konden met deze actie niet aan-

---

64 Kaser, *Privatrecht*, 365 o.v.n. D. 26,3,5. Vgl. ook Gai. 1,199-200. Zie ook de teksten in noot 76 *infra*, waaruit blijkt dat magistraten die hebben nagelaten een dergelijke *satisdatio* te verlangen hiervoor aansprakelijk zijn.

65 Kaser, *Privatrecht*, 367 en Levy, 'Haftung', 87.

66 Zie over de *actio subsidiaria* Lenel, *Edictum Perpetuum*, 321-322, Voci, 'Responsabilità', 137-139 en Sachers, *RE* 2. Reihe VII.2 (1948), s.v. *tutela*, 1581-1583. Zie daarnaast E. Albertario, *Dell' "actio subsidiaria" concessa al minore contro i magistrati*, Pavia: Mattei 1912, E. Levy, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlijn: Vahlen 1915, 41-45 en idem, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, deel 1, Berlijn: Vahlen 1918, 304-306.

67 Sachers, *RE* 2. Reihe VII.2 (1948), s.v. *tutela*, 1581; Levy, *Privatstrafe*, 42.

68 Impp. Diocletianus en Maximianus A.A. et C.C. Eugeniae. *In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine actionem utilem competere ex senatus consulto, quod auctore divo Traiano parente nostro factum est, constitit.*

69 Vgl. ook Ulp. *Disp.* 3,11, D. 26,3,5 en C. 5,75,1,1.

70 Ulp. *Disp.* 3,11 en D. 27,8,6. Zie ook Lenel, *Edictum Perpetuum*, 321 en Sachers, *RE* 2. Reihe VII.2 (1948), s.v. *tutela*, 1581. Zie over de *causae cognitio* door de *praetor* Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 189-190.

71 Kaser, *Privatrecht*, 367 en Koops, *Vormen*, 32.

sprakelijk worden gesteld.[72] De *subsidiaria* werd in verschillende gevallen tegen de *magistratus municipales* toegekend.[73] Zij kon om te beginnen worden ingesteld tegen magistraten die een persoon voor benoeming tot voogd hadden voorgedragen (ook al hadden zij de daadwerkelijke benoeming niet zelf verricht)[74] of inlichtingen over een persoon hadden verstrekt aan degene die de benoeming daadwerkelijk had verricht.[75] Daarnaast kon een magistraat met deze actie aansprakelijk worden gesteld wanneer hij een voogd had benoemd zonder zekerheid (*satidatio rem pupilli salvam fore*) van hem te verlangen, een insolvente voogd had aangesteld of een insolvente borg had geaccepteerd.[76] Tot slot kon de actie worden ingesteld tegen de magistraat die een voogd had moeten benoemen en dit niet had gedaan.[77]

3.3 Het verweer van Appulus: een *duplex periculum* en de *actio subsidiaria*

3.3.1 De twee aansprakelijkheidsgrondslagen

Romanius Appulus was van mening dat zijn benoeming tot (mede)voogd ertoe zou leiden dat hij een dubbel aansprakelijkheidsrisico liep als de door hem voorgedragen voogd Titius zich schuldig had gemaakt aan wanbeheer. Om te beginnen zou hij door de pupil *in solidum* aansprakelijk kunnen worden gesteld als medevoogd van Titius met de *actio tutelae*. Daarnaast kon hij echter ook onder bepaalde voorwaarden worden aangesproken met de *actio subsidiaria* op grond van het feit dat hij als magistraat bij de benoeming van Titius betrokken was geweest.[78] Het feit dat hij Titius slechts had voorgedragen, maar niet zelf had benoemd, vormde zoals eerder reeds is opgemerkt geen belemmering voor aansprakelijkheid op grond van deze actie. Sterker nog, in beginsel waren naast hem ook zijn collega-magistraten aansprakelijk jegens de pupil met de *actio subsidiaria*.[79] Uit de toevoeging van de woorden '*suo periculo*' kan echter worden afgeleid dat Appulus waarschijnlijk met zijn collega's had afgesproken dat hij het gehele risico voor de voordracht zou dragen. Dergelijke afspraken tussen magistraten deden niet af aan de rechten van de pupil, maar zorgden er wel voor dat de laatste zich eerst bij Appulus diende te melden, alvorens de overige magistraten aan te kunnen spreken.[80]

---

72 D. 27,8,1,1.
73 Zie voor een complete opsomming Sachers, *RE* 2. Reihe VII.2 (1948), s.v. *tutela*, 1582-1583.
74 Vgl. C. 5,75,5. Vgl. ook D. 27,7,4,3, waaruit blijkt dat een burger die een voogd had voorgedragen in dezelfde positie als een borg verkeerde, aangezien hij had verzekerd dat de voogd solvent zou zijn.
75 D. 27,8,1,2 en 3.
76 Zie bijvoorbeeld D. 27,8,1,11, D. 27,8,6 en C. 5,75,5. Ook D. 26,7,53, de zaak van Aemilius Dexter, heeft betrekking op deze materie.
77 D. 27,8,1,6.
78 Sanfilippo, *Libri Tres,* 59; Wankerl, *Appello*, 135-136. Vgl. ook Gl. *Casus* ad D. 26,5,28.
79 Waarover Levy, *Konkurrenz*, 304-309.
80 D. 27,8,1,9.

3.3.2 Tutela divisa: de heersende opvatting over het duplex periculum

In welke zin leverden deze twee aansprakelijkheidsgronden nu een *duplex periculum* voor Appulus op? Met andere woorden, hoe verhielden zij zich tot elkaar? Er is betoogd dat het in de tekst van Paulus ging om een geval van medevoogdij, waarbij het vermogen over de verschillende voogden was verdeeld en ieder daardoor voor zijn eigen deel aansprakelijk was.[81] In dit geval was Appulus niet alleen aansprakelijk jegens de pupil voor het onder zijn beheer gestelde deel van het vermogen met de *actio tutelae*, maar kon hij ook als voordragend magistraat met de *actio subsidiaria* subsidiair aangesproken worden voor het deel van het vermogen dat aan zijn medevoogd was toegewezen, mocht deze bij beëindiging van de voogdij insolvent blijken te zijn.[82] Problematisch aan deze theorie is het feit dat nergens uit de tekst blijkt dat er sprake is van een verdeeld beheer, terwijl men zou verwachten dat Paulus een dergelijk voor de aansprakelijkheid van Romanius Appulus relevant feit zeker zou hebben vermeld.[83] Het ontbreken van een verwijzing naar de verdeling van de voogdij kan wellicht worden verklaard met behulp van een tekst van Venuleius, een jurist die werkzaam was tijdens het bewind van Antoninus Pius en de *divi fratres*:

> D. 26,7,51: 'Als twee of meer voogden het voogdijbeheer voeren, wordt een stipulatie tegen een borg in zijn geheel door ieder van hen opgeëist. Maar als het voogdijbeheer tussen hen verdeeld is op basis van regio, hetgeen meestal gebeurt, en de één de aangelegenheden in de stad beheert en de ander zorg draagt voor de provinciale zaken, dan zeggen we dat op basis van de aard van de betreffende zaak of de stipulatie tegen de borg wel of niet wordt opgeëist. (…)'[84]

Venuleius lijkt te suggereren dat de verdeling van de voogdij in zijn tijd de standaard was en ongedeelde voogdij, waarbij meerdere voogden samen het beheer voerden, de uitzondering. Men zou op basis van deze tekst dus kunnen betogen dat Paulus zich niet genoodzaakt voelde om te vermelden dat het in de zaak van Appulus ging om een verdeeld voogdijbeheer, daar dit in zijn tijd de normale gang van zaken was.

---

81 Wankerl, *Appello*, 136 in navolging van Sanfilippo, *Libri Tres*, 59 e.v.

82 Vgl. het eerste deel van D. 26,7,46,6.

83 Opvallend is dat Sanfilippo bij zijn behandeling van de zaak van Aemilius Dexter (BZD, nr. 8 (D. 26,7,53)) wel waarde hecht aan het feit dat niet wordt vermeld dat er sprake is van een verdeeld beheer en op basis hiervan de conclusie trekt dat alle voogden *in solidum* aansprakelijk zijn, *Libri Tres*, 63. Ook de Basilica en de Glosse reppen met geen woord over een eventuele verdeling van het voogdijbeheer.

84 Venuleius libro sexto stipulationum. *Si duo pluresve tutores tutelam administrent, in fideiussorem quidem in solidum per quemlibet eorum committitur stipulatio: at si inter eos divisa sit tutela regionibus, quod plerumque fit, et alius urbica negotia, alius peregrina administraret, tunc ex substantia cuiusque rei aut committi contra fideiussorem stipulationem aut non committi dicemus: (…).*

3.3.3 *Het beneficium divisionis?*

Als we ervan uitgaan dat er geen voorafgaande verdeling van het voogdijbeheer was gemaakt door de benoemende magistraten, rijst de vraag of eenzelfde soort situatie wellicht kon ontstaan doordat Appulus en zijn medevoogd Titius een beroep konden doen op het zogeheten *beneficium divisionis*, het recht van verschillende hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren om te verzoeken tot verdeling van de schuld over de verschillende solvente schuldenaren. Een beroep op dit voorrecht werd sinds Hadrianus toegestaan in het geval van borgtocht, indien de borg die zich op het *beneficium* beriep kon aantonen dat er naast hem nog één of meerdere andere borgen solvent waren.[85] Er bestaat echter verschil van mening over de vraag of voogden ook al in de klassieke tijd een beroep op dit voorrecht konden doen.[86] We komen het *beneficium divisionis* met betrekking tot de aansprakelijkheid van meerdere voogden pas voor het eerst tegen in Ulpianus' commentaar op het Edict, dat na de dood van Severus is gepubliceerd:

> D. 27,3,1,11: 'En als zij allen tegelijkertijd het beheer hebben gevoerd en allen solvent zijn, zal het zeer billijk zijn dat de actie tussen hen wordt verdeeld voor zover ieders vermogen het toelaat naar het voorbeeld van borgen.'[87]

De formulering van Ulpianus weerspiegelt enige onzekerheid over hetgeen hij opmerkt. Hij stelt niet dat het *beneficium divisionis* van toepassing is, maar betoogt slechts dat dit hem billijk voorkomt. Zijn voorgangers keken ook duidelijk anders aan tegen de mogelijkheid van een beroep op dit *beneficium* van deling van de aansprakelijkheid van de voogden. Zo stelt Tryphoninus dat '*tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et in solidum universi tenentur*'.[88] Klare taal van de jurist, die een tijdgenoot van Paulus was en ook onderdeel uitmaakte van het *consilium* van Severus.[89] Hier komt nog

85 Gai. 3,121-121a.

86 Volgens Levy, 'Haftung', moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Hij meent dat het gaat om een Justiniaans voorrecht. Voci, 'Responsabilità', is echter van mening dat het *beneficium divisionis* reeds bestond in de klassieke periode.

87 Ulpianus libro XXXVI ad edictum. *Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam et omnes solvendo sunt, aequissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fideiussorum.* D. 27,3,1,15 heeft betrekking op de aansprakelijkheid van magistraten in een dergelijk geval. Op grond van een rescript van Caracalla kunnen de magistraten die een voogd hebben benoemd aansprakelijk worden gesteld voor diens aandeel in de schuld, voordat de pupil zich tot een andere voogden moet wenden. Dit enigszins raadselachtige rescript is niet alleen in strijd met oudere regels over de aansprakelijkheid van magistraten (zoals Ulpianus ook vermeldt), maar sluit bovendien niet aan bij de regel dat een beroep op het *beneficium divisionis* alleen kon worden gehonoreerd voor zover de voogden solvent waren, hetgeen nu juist de aansprakelijkheid van de magistraten uitsluit.

88 D. 26,7,55 *pr*. Papinianus' weergave van de aansprakelijkheid van meerdere voogden is enigszins onduidelijk geformuleerd: D. 26,7,38 *pr.*

89 Zoals blijkt uit D. 49,14,50, een andere zaak uit de *Decreta*.

bij dat Papinianus in zijn *Quaestiones* zelfs expliciet vermeldt dat het *beneficium divisionis* in het geval van borgen van voogden niet van toepassing is:

> D. 46,6,12: 'Als meerdere borgen door een voogd aan een pupil zijn aangeboden, dan moet hij niet worden gedwongen te verdelen, maar moet tegen één van hen de actie worden verleend op deze voorwaarde, namelijk dat aan hem, die aangesproken wordt, de acties worden overgedragen. (…) Overigens kunnen borgen, die zich op grond van het civiele recht hebben verbonden jegens zekere andere eisers, bewerkstelligen, dat de actie wordt gedeeld. Wanneer een pupil echter als eiser optreedt, die niet zelf het contract is aangegaan, maar een tutor toegewezen heeft gekregen, en verder van niets weet, dan schijnt het voorrecht van deling van de actie onrecht met zich mee te brengen, aangezien men niet wil dat meerdere en verschillende geschillen die zien op dezelfde voogdij bij verschillende rechters worden uitgeprocedeerd.'[90]

Het lijkt daarom aannemelijk dat het *beneficium divisionis* ten tijde van Severus nog niet werd toegepast in gevallen van voogdij en daarvan dus ook in deze zaak nog geen sprake kon zijn geweest.

3.3.4 Toch tutela indivisa? Een alternatieve verklaring.

Er is echter een uitleg van de tekst mogelijk waarbij het *duplex periculum* niet wordt verklaard uit het bestaan van een verdeeld beheer, maar zag op de processuele verhouding tussen de beide aansprakelijkheidsgronden en de hiermee corresponderende acties. Aan het betoog van Appulus lag het volgende hypothetische feitencomplex ten grondslag. Wanneer er sprake was van wanbeheer door voogd Titius, konden Appulus en Titius als medevoogden beiden *in solidum* voor de schade aansprakelijk worden gesteld na de beëindiging van de voogdij. Wanneer Titius op dat moment insolvent bleek te zijn, kon de pupil zich alleen nog maar wenden tot Appulus en hem met de *actio tutelae* aansprakelijk stellen. Het was echter mogelijk dat Appulus zich met succes tegen deze vordering kon verweren, het betrof immers een *bona fides*-actie waarbij alle omstandigheden van het geval moesten worden meegewogen.[91] Dit betekende dat zijn aansprakelijkheid als medevoogd kwam te vervallen, maar had ook als direct gevolg dat hij aansprakelijk was jegens de pupil op grond van de voordracht die hij als magistraat had verricht. De *actio subsidiaria* werd immers aan de pupil toegekend, indien hij op geen enkele andere wijze verhaal bij zijn tutoren kon halen. Met andere woorden, een succesvol verweer van Appulus tegen de *actio tutelae* had

---

90 Papinianus libro XII quaestionum. *Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur. (…). ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur.*

91 Zo lijkt Papinianus in D. 46,6,12 te suggereren dat medevoogden aansprakelijkheid konden ontlopen door een wanbeheer plegende voogd als suspect aan te klagen. Zie over deze materie de behandeling van D. 26,7,53 (BZD, nr. 8) *infra.*

automatisch het ontstaan van aansprakelijkheid voor dezelfde schade op grond van de *actio subsidiaria* als gevolg.

Deze interpretatie van het door Appulus aangevoerde mogelijke *duplex periculum* doet onmiddellijk de vraag rijzen naar de processuele verhouding tussen de *actio tutelae* en de *actio subsidiaria*. Zagen deze immers niet beide op schadeloosstelling van de pupil en dus op '*eadem res*', met als gevolg dat de acties in 'Konsumptionskonkurrenz' met elkaar stonden? Had, anders gezegd, het instellen van de *actio tutelae* niet als gevolg dat de onderliggende verplichting tot betaling van een schadevergoeding op grond van de *litis contestatio* tenietging, waardoor hierover niet nogmaals in een tweede procedure op basis van de *actio subsidiaria* kon worden geprocedeerd? Uit de klassieke bronnen over deze actie blijkt dat dit niet het geval was.[92] Om te beginnen verzette subsidiaire karakter van de *actio subsidiaria* zich tegen het bestaan van een dergelijke 'Konsumptionskonkurrenz' tussen deze actie en de *actio tutelae* die door de pupil tegen de voogden (en eventueel hun borgen) kon worden ingesteld. De Romeinse juristen en keizers vermelden ook steeds uitdrukkelijk dat de pupil zich eerst moest proberen te verhalen op zijn voogden en borgen, alvorens over te gaan tot een procedure tegen de magistraat. Zie bijvoorbeeld, naast het hierboven reeds geciteerde rescript van Diocletianus en Maximianus (C. 5,75,5), de volgende teksten:

> D. 26,3,5: 'De *praetor* heeft bevolen dat magistraten de benoeming van de voogden, die in het testament van een vader waren benoemd, bevestigden. Ook dan moeten zij een garantieverklaring verlangen en de wil van diegene, die de voogd niet kon benoemen, verexcuseert de nalatigheid van de magistraten niet. Daarnaast kan de *praetor* zijn bevel niet eerder uitvaardigen dan nadat de voogden door middel van een onderzoek solvent zijn verklaard. Hieruit volgt dat, als zij gedurende de periode van de voogdij niet solvent waren, de actie tegen de magistraten wordt verleend voor datgene, dat niet op hun vermogen kan worden verhaald.'[93]

> C. 5,75,1 *pr.*-1: 'Keizer Antoninus aan Mucianus. Maar de *actio utilis* tegen de magistraten, die de curator hebben benoemd, komt u pas dan toe, als, nadat diens gehele vermogen is geëxecuteerd en datgene is teruggevorderd, waarvan is vast komen te staan dat hij het frauduleus heeft vervreemd, hij uw schade niet in zijn geheel heeft kunnen vergoeden.'[94]

---

92 Zie ook Lenel, *Edictum Perpetuum*, 321-322.

93 Papinianus libro XI quaestionum. *Tutores a patruo testamento datos iussit praetor magistratus confirmare: hi cautionem quoque accipere debuerunt nec voluntas eius, qui tutorem dare non potuit, neglegentiam magistratuum excusat. denique praetor non ante decretum interponere potest quam per inquisitionem idoneis pronuntiatis. unde sequitur, ut, si tutelae tempore solvendo non fuerunt, in id, quod de bonis eorum servari non possit, contra magistratus actio decernatur.*

94 Imp. Antoninus A. Muciano. *Si magistratus a tutoribus seu curatoribus, quos tibi dederunt seu nominaverunt, stipulati sunt se eo nomine indemnes futuros inque eam rem fideiussores acceperunt extra rem salvam fore satisdationem, actio, quam adversus tutores seu curatores tuos instituisti, alienam obligationem non resolvit. 1 Sed adversus magistratus qui curatorem dederunt actio utilis ita demum competit, si universis bonis excussis revocatisque, quae eum in fraudem alienasse constiterit, indemnitati tuae in solidum satisfieri non potuit.*

> Ulp. *Disp.* 3,11: 'Scaevola zegt dat met betrekking tot een voogd, die door gemeentelijke magistraten is benoemd, geen enkele actie tegen de laatstgenoemde op grond van de voogdij moet plaatshebben, behalve die actie, die slechts dan aan de pupil wordt gegeven, wanneer hij niet uit de middelen van voogden schadeloos kan worden gesteld, en hij schrijft dat deze actie pas tegen hen moet worden gegeven, nadat er kennis is genomen van de zaak, (…).'[95]

Bovendien werd de *actio subsidiaria* door de Romeinse juristen niet als een reipersecutoire, maar als een poenale actie beschouwd.[96] Zo wordt de *actio subsidiaria* door Modestinus expliciet aangeduid als een *poena*:

> D. 27,8,9: 'Er is gevraagd of nadat de actie tegen de magistraat is verleend de hoofdsom met rente moet worden opgevorderd, of dat er geen rente kan worden geëist, aangezien in keizerlijke wetgeving is vastgesteld dat er geen rente over boetes kan worden geëist. En de vergoddelijkte Septimius Severus en Caracalla hebben in een rescript te kennen gegeven dat ook rente kan worden geëist, aangezien tegen de magistraten dezelfde actie wordt gegeven, als degene, die tegen de voogden wordt ingesteld.'[97]

De actie tegen de magistraat werd als een bestraffing gezien ondanks het feit dat hij de schade aan het vermogen van de pupil niet zelf had veroorzaakt. Zijn laakbare optreden bij de benoeming van de voogd had er echter wel indirect toe geleid dat de pupil schade door de voogdij had ondervonden. Als straf kon de pupil daarom zijn schade ook op de magistraat verhalen zonder dat deze zich hiertoe op enigerlei wijze had verbonden of zich met het beheer had ingelaten. Uit D. 27,8,9 blijkt tegelijkertijd dat de Romeinse keizers in hun constituties over de *actio subsidiaria* vaak niet vasthielden aan de algemene regels met betrekking tot poenale acties, maar hiervan menigmaal afweken, meestal in het voordeel van de pupil en in het nadeel van de magistraat.[98] Zo volgt uit het door Modestinus geciteerde rescript van

---

95 *Scaeuola ait tutore a magistratibus municipalibus dato nullam in eos esse tutelae nomine actionem nisi eam quae ita demum pupillo datur si* (A II b) *facultatibus tutorum satis ei fieri non potuerit, eamque actionem causa cognita in eos dandam scribit,* (…). Ulp. *Disp.* 3,11 is afkomstig van een papyrus uit Straatsburg met daarop een aantal passages van de *Disputationes* van Ulpianus (de zogeheten *Fragmenta Argentoratensia*). De teksten, die niet intact zijn overgeleverd, zijn door Lenel in 1903 en 1904 gepubliceerd en gereconstrueerd in een serie artikelen: O. Lenel, 'Zwei neue Bruchstücke aus Ulpians Disputationen' *Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin* (1903), 922 e.v. en 1034 e.v.; *idem,* 'Neue Ulpianfragmente' *Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin* (1904), 1156 e.v.; *idem,* Neue Bruchstücke aus Ulpians Disputationen' *ZSS* 24 (1903), 416 e.v.; *idem,* 'Weitere Bruchstücke aus Ulpians Disputationen' *ZSS* 25 (1904), 368 e.v.

96 Levy, *Privatstrafe*, 43; Sachers, *RE* 2. Reihe VII.2 (1948), s.v. *tutela*, 1851; Kaser, *Privatrecht*, 367 en 629-630; Koops, *Vormen*, 33.

97 Modestinus libro quarto pandectarum. *An in magistratus actione data cum usuris sors exigi debeat, an vero usurae peti non possint, quoniam constitutum est poenarum usuras peti non posse, quaesitum est. et rescriptum est a divis Severo et Antonino et usuras peti posse, quoniam eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores.*

98 Uitzondering is het feit dat de pupil in het geval van meerdere aansprakelijke magistraten niet tegen elk van hen afzonderlijk de *actio subsidiaria* in kon stellen. Met andere woorden, bij meerdere 'daders' cumuleerde de *actio subsidiaria* niet, zie hierover Levy, *Konkurrenz*, 304-309.

Severus en Caracalla dat in het geval van de *actio subsidiaria* wél rente kon worden geëist, terwijl dit bij normale poenale acties niet het geval was. Een ander voorbeeld van keizerlijke aanpassingen van het recht omtrent de *actio subsidiaria* vinden we in het hierboven geciteerde fragment 3,11 van de *Disputationes* van Ulpianus. Daaruit blijkt dat de jurist Julianus (ca. 100-169 n. Chr.) van mening was dat de *actio subsidiaria* niet op de erfgenamen van de magistraat als 'dader' overging, hetgeen een belangrijk kenmerk van poenale acties was.[99] Later echter werd een beperkte vorm van vererfbaarheid door Antoninus Pius mogelijk gemaakt.[100] Ook in dit geval was er dus sprake van een afwijking van de hoofdregels die ten voordele van de pupil strekte. De (juridische) bescherming van minderjarigen tegen uitbuiting en wanbeheer door hun voogden had traditioneel de aandacht van de keizers en de zojuist vermelde aanpassingen van de *actio subsidiaria* passen perfect in de wijze waarop zij tegen dergelijke praktijken optraden.[101] Het poenale karakter van de *actio subsidiaria* maakte het tevens mogelijk om zowel tegen de voogd met de *actio tutelae* te procederen, als hierop volgend – indien die niet tot het gewenste resultaat had geleid – een procedure tegen de magistraat op basis van de *actio subsidiaria* te voeren. Een belangrijk kenmerk van poenale acties was immers dat zij in beginsel cumuleerden met reipersecutoire acties en ook na elkaar konden worden ingesteld.[102] Bij de verhouding tussen de *actio tutelae* en de *actio subsidiaria* kwam hier echter nog wel een extra element bij, te weten het subsidiaire karakter van de laatste actie. Hieruit volgde dat de pupil niet altijd een poenale actie tegen de magistraat had, maar alleen als hij geen volledige genoegdoening van zijn voogd kon krijgen. Slechts in dit geval was immers een bestraffing op zijn plaats van de magistraat die bij de benoeming van de voogd betrokken was geweest.

Over de precieze vormgeving van de *formula* van de *actio subsidiaria* bestaat verschil van mening. Lenel en Levy betogen dat het ging om een *actio in factum*, een actie die haar grondslag vond in de feiten van het geval.[103] Zij vertoonde materiële overeenkomsten met de *actio tutelae*, maar zou een andere *formula* hebben gehad, aldus deze beide auteurs. Als bewijs voor hun standpunt voeren zij Theophilus aan, die in zijn parafrase van de Instituten van Justinianus expliciet over een *actio in factum* spreekt: 'ἔχουσι δὲ κατὰ τούτων τὴν in factum, ἥτις ὠνόμασται subsidiaria'.[104] Andere schrijvers leiden uit D. 27,8,9, C. 5,75,1,1

99 Bij poenale acties vond immers geen passieve overerving plaats, alleen de dader zelf kon aansprakelijk worden gesteld voor zijn daad. Zie Gai. 4,112. Uit D. 27,8,1,4 blijkt dat de *actio subsidiaria* wel actief overerfelijk is.

100 Zie naast Ulp. *Disp.* 3,11 ook D. 27,8,4 en 6.

101 Anders Levy, *Konkurrenz*, 309, die meent dat de *actio subsidiaria* door de juristen in afwijking van het geldende recht naar het voorbeeld van een reipersecutoire actie werd weergegeven.

102 Kaser, *Privatrecht*, 613 met verdere verwijzingen aldaar. Wanneer een actie een gemengd karakter had en zowel een reipersecutoir als een poenaal element bevatte, was een dergelijke cumulatie niet mogelijk (Kaser, *idem*).

103 Lenel, *Edictum Perpetuum*, 321-322 en Levy, *Privatstrafe*, 42-43. Zie ook Voci, 'Responsabilità', 139.

104 J.H.A. Lokin e.a.(ed.), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, Groningen: Chimaira 2010, I. 1,24,2 (p.158-161).

en C. 5,75,5 (alle in het voorgaande geciteerd) af dat het ging om een *actio tutelae utilis*, die in vorm vrijwel volledig overeenkwam met de *actio tutelae*.[105] In D. 27,8,9 wordt de *actio subsidiaria* bestempeld als '*eadem actio*' als de *actio tutelae*, in C. 5,75,1,1 en C. 5,75,5 wordt zij zelfs expliciet als een '*actio utilis*' aangeduid. Over de uitleg van de laatste zinsnede werd echter al in de Middeleeuwen getwist door de Bolognese hoogleraren Azo en Hugolinus, waarbij de eerste het standpunt innam dat het om een *actio tutelae utilis* ging, terwijl de ander meende dat het een *actio in factum* betrof.[106] Dezelfde twijfels over de aard van de *actio subsidiaria* komen we ook tegen in de glosse op '*eadem actio*' bij D. 27,8,9.[107] Het idee dat de *actio subsidiaria* een *actio tutelae utilis* was, verhoudt zich echter slecht met het subsidiaire karakter van de actie. Zou er dan immers geen sprake moeten zijn van 'Konsumptionskonkurrenz' tussen de *actio tutelae* en *actio subsidiaria*?[108] Het is daarom aannemelijk dat de actie tegen de magistraat inderdaad werd vormgegeven als een *actio in factum*.

4 Procedure bij en uitspraak van de keizer

De keizer wees het beroep van Appulus op de door hem aangevoerde verschoningsgrond af en bepaalde dat diens benoeming tot voogd in stand diende te blijven. De onderbouwing van dit oordeel bestaat uit een analogieredenering, waarbij de keizer de positie van Appulus vergeleek met die van een borg.

Bij de bewoordingen van het keizerlijk oordeel zijn door de tijd heen enkele tekstkritische kanttekeningen geplaatst. Mommsen stelt om te beginnen de conjectuur '*et nihilo minus* cum eodem *tutorem dari*' voor (mijn accentuering). Deze toevoeging is waarschijnlijk gebaseerd op de Basilica (B. 37,5,26), waarin duidelijker uitdrukking wordt gegeven aan het feit dat de borg wordt benoemd tot collega van de voogd waar hij borg voor staat. Daarnaast wordt door Sanfilippo een tweetal interpolatievermoedens geopperd.[109] Allereerst is hij van mening dat de oorspronkelijke tekst niet de aanduiding *fideiussor* voor de borg bevatte, maar *sponsor,* omdat borgen bij een *satisdatio* zich verbonden door middel van een *sponsio* en niet door middel van *fideiussio*. Dit argument snijdt hout: de borgstelling bij voogdij maakte een onderdeel uit van de *satisdatio rem pupilli salvam fore* en deze bijzondere stipulatie vond plaats in de vorm van een *sponsio.*[110] De emendatie van Sanfilippo is daarom overgenomen in de bovenstaande tekst. Ten tweede betoogt hij dat de laatste zin van de tekst ('*itaque detentus est in tutela*') zou zijn herschreven door de compilatoren, omdat deze grammaticaal niet aan-

105 Sachers, *RE* 2. Reihe VII.2 (1948), s.v. *tutela*, 1581; Wankerl, *Appello*, 135.
106 Gl. *utilem* ad C. 5,75,5: '*tutelae secundum Azo. Vel in factum secundum H.*'
107 Gl. *actio* ad D. 27,8,9.
108 Vgl. Lenel, *Edictum Perpetuum*, 321-322.
109 Sanfilippo, *Libri Tres*, 60 en 61.
110 Zie Koops, *Vormen*, 31 in navolging van Lenel, *Edictum Perpetuum,* 541. Het is algemeen bekend dat het klassieke onderscheid tussen *sponsio, fidepromissio* en *fideiussio* door Justinianus is afgeschaft en dat de verwijzingen naar de *sponsio* en de *fideipromissio* uit het *Corpus Iuris Civilis* zijn verwijderd en zijn vervangen door *fideiussio*, zie Koops, *Vormen*, 12-13 en bijvoorbeeld Kaser, *Privatrecht II*, 458. Zie ook het commentaar op D. 46,1,68 *pr.* (BZD, nr. 22).

sluit bij het voorgaande. Paulus geeft eerst de motivering van de uitspraak weer, waarbij hij de redenering van de keizer in de indirecte rede weergeeft: '*imperator decrevit posse quem*' etc., om vervolgens de uitspraak in de directe rede vast te leggen: *'ita detentus est in tutela'*. Deze constructie is echter niet dusdanig problematisch dat het noodzakelijk is om een ingreep door de compilatoren aan te nemen.

De keizer legde in zijn beslissing een verbinding tussen het geval van Romanius Appulus en de positie van de borg van een voogd. Deze vergelijking tussen de aansprakelijkheid van magistraten en borgen kwam niet uit de lucht vallen. We vinden haar terug in verschillende teksten van de Romeinse juristen, waarvan de meest in het oog springende afkomstig is uit de *Disputationes* van Ulpianus:[111]

> Ulp. *Disp.* 3,12: '. . . van de rechtsvraag was, of zij als *sponsores* of beter als *fideiussores* aansprakelijk moesten worden gesteld. En dat Julianus van mening was dat zij als *fideiussores* moesten worden aangesproken, maar dat Marcellus bij Julianus zou hebben aangetekend dat zij meer de positie van *sponsores* innemen. Dat niet kan worden ontkend dat de mening van Marcellus door de redelijkheid wordt ondersteund. Dat het immers volstaat, als zij in de plaats treden, van hen die zij hebben nagelaten te verlangen, of hen die zij, terwijl zij minder solvent waren, hebben geaccepteerd [i.e. de *sponsores*].'[112]

Vooral de laatste zin van deze tekst is illustratief voor de wijze waarop de juristen tegen de aansprakelijkheid van de magistraten aankeken: 'Dat het immers volstaat, *als zij in de plaats treden* ('*si in locum eorum succedant*'), van hen die zij hebben nagelaten te verlangen, of hen die zij, terwijl zij minder solvent waren, hebben geaccepteerd'. Uit de tekst blijkt dat Ulpianus de magistraten beschouwt als vervangende borgen, die konden worden aangesproken wanneer de magistraat in kwestie had verzuimd om afdoende zekerheid in de vorm van *sponsores* te verlangen. Dat de keizer in het geval van Appulus een vergelijking maakt met de borgen van de voogd is dus in het licht van het voorgaande niet meer dan logisch. De overeenkomst tussen beide gevallen is ook duidelijk: zowel Appulus als een borg kon op twee verschillende rechtsgronden door de pupil worden aangesproken. Er bestond echter één belangrijk verschil tussen de aansprakelijkheid van borgen en die van magistraten. Tussen de actie uit de voogdij en de actie op grond van de borgtocht vond nu juist wel processconsumptie plaats, met als gevolg dat de tot medevoogd benoemde borg slechts één keer kon worden aangesproken met één van beide acties. Anders dan een magistraat, kon een borg dus geen *duplex periculum* lopen. De analogie die door de keizer wordt getrokken is

---

111 Zie echter bijvoorbeeld ook D. 27,1,15,9 en D. 27,8,6.

112 *. . . d quaestionis fuisse, ut sponsores an potius ut fideiussores deberent teneri. Et Iulianum quidem ut fideiussores conueniendos putasse, Marcellum uero magis sponsorum locum optinere apud Iulianum notare. Marcelli sententiam ratione iuuari negari non posse: sufficere enim, si in locum eorum succedant, quos accipi neglexerunt uel quos minus idoneos acceperunt.* Uit deze tekst kan worden opgemaakt dat D. 27,8,6, waarin Ulpianus wederom stelt dat de magistraat moet worden behandeld als een borg ('*aequum est haberi eum loco fideiussoris*') geïnterpoleerd is. Ook hier moet '*fideiussoris*' worden vervangen door '*sponsoris*'.

daarom ook enigszins krom en doet vermoeden dat de beslissing om het verschoningsberoep van Appulus niet gegrond te verklaren was ingegeven door andere dan alleen juridische overwegingen.

In het voorgaande is reeds benadrukt dat de bescherming van de belangen van minderjarigen de bijzondere keizerlijke aandacht kreeg en dat uit verschillende bronnen blijkt dat ook Severus interesse had in de regelgeving omtrent het beheer van het vermogen van pupillen.[113] Er wordt aangenomen dat een substantieel deel van alle Romeinse kinderen voor het bereiken van de puberteit vaderloos werd en dus behoefte had aan een voogd.[114] Tijdens de regeerperiode van Severus, die volgde op de pestepidemie onder Marcus Aurelius en werd ingeleid door een burgeroorlog met vele slachtoffers aan beide zijden, moet dit een reëel probleem zijn geweest. Voor al deze pupillen moest een voogd worden gevonden binnen de groep van mannen tussen de 25 en de 70 jaar oud, die hun vermogen op verantwoorde wijze moest beheren. Daarom waren volwassen mannen vaak voogd van meer dan één pupil, zoals blijkt uit het feit dat men pas vrijgesteld kon worden van een benoeming tot voogd, wanneer men reeds *drie* pupillen onder zijn hoede had.[115] Om misbruik van het pupillaire vermogen door de voogd te voorkomen, ontwikkelden de juristen en de keizers strenge regelgeving omtrent de aansprakelijkheid van voogden, waarop hierboven reeds is ingegaan. Wanneer een voogd in een procedure op grond van de *actio tutelae* werd veroordeeld, bracht dit bovendien niet alleen geldelijk nadeel met zich mee, maar had dit ook het gevolg dat de voogd *infamis* werd verklaard.[116] Meer in het algemeen werd misbruik van het vermogen van een pupil gezien als een schande, zoals blijkt uit de *Pro Roscio Comoedo* van Cicero:

> Cic. *Rosc. Com.* 16: 'Als er immers privaatrechtelijke processen zijn die het diepst ingrijpen op de reputatie, en ik zou bijna zeggen op het leven, dan zijn het deze drie, de procedures die betrekking hebben op *fiducia*, op voogdij en op maatschap. Want het is even verwerpelijk en misdadig om het vertrouwen te beschamen, dat de samenleving samenhoudt, als om een pupil te bedriegen, die onder voogdij is komen te staan, als om een maat te bedriegen, die zich verbonden heeft in een onderneming.'[117]

113 Zie paragraaf 2.1 *supra.*

114 Saller, *Patriarchy*, 189 gaat uit van ongeveer een-derde. Deze aanname (en andere cijfers in dezelfde monografie) is gebaseerd op toepassing van een voor vroegmoderne samenlevingen ontworpen demografisch model, te weten 'Model West', op de Romeinse samenleving. Er bestaat echter een discussie onder oudhistorici over de vraag of dit model wel kan worden toegepast op de Romeinse samenleving, waarop op deze plaats niet zal worden in gegaan. Duidelijk is in ieder geval dat de groep vaderloze pupillen binnen de Romeinse samenleving niet een marginaal aantal betrof, maar een substantieel onderdeel van de gemeenschap vormde.

115 D. 27,1,3.

116 D. 3,2,1.

117 *Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, et socium fallere, qui se in negotio coniunxit.*

De strenge aansprakelijkheidswetgeving en haar gevolgen zorgde er echter ook voor dat de positie van voogd werd beschouwd als een onaantrekkelijke functie en vaak zelfs werd gezien als een last.[118] Om deze reden ontstond de hierboven beschreven verschoningsprocedure, die werd herzien door Marcus Aurelius.[119] De verdere (juridische) uitwerking van deze procedure en de hiermee corresponderende verschoningsgronden was in handen van zijn opvolgers. De inmenging van Severus en zijn zoon Caracalla op dit gebied is in de Digestentitel over de verschoningsprocedure (D. 27,1 *De excusationibus*) duidelijk zichtbaar.[120] Het was noodzakelijk voor de keizers zoals Marcus Aurelius en Septimius Severus om de toepassing van de bestaande verschoningsgronden en ontwikkeling van nieuwe vrijstellingen zoveel mogelijk onder controle te houden.[121] Gezien het grote aantal pupillen in de Romeinse samenleving was het zaak om een beroep op een verschoningsgrond slechts in een beperkt aantal gevallen toe te staan en zo te voorkomen dat alleen voogden werden benoemd, die met het oog op mogelijk voordeel voor henzelf de voogdij wilden verkrijgen. De uitspraak van Severus in de zaak van Romanius Appulus moet in dit licht worden gezien als een voorbeeld van de terughoudendheid waarmee de keizers nieuwe verschoningsgronden accepteerden.[122]

118 J.A. Crook, *Law and life of Rome*, Ithaca: Cornell University Press 1967, 115 en Saller, *Patriarchy*, 199: 'Overall, one is left with a much stronger impression of *tutela* as a burden than as a source of profit.'. Hij verwijst hierbij ook naar D. 27,1,6,17, waarin Modestinus het hypothetische geval beschrijft dat een *pater familias* iemand in zijn testament tot voogd benoemd om hem expres te belasten met de hiermee gepaard gaande vervelende administratieve taken en lasten.

119 Viarengo, *L'*excusatio, 113 e.v.

120 D. 27,1,2,6; D. 27,1,2,8; D. 27,1,6,6; D. 27,1,6,9; D. 27,1,8,10; D. 27,1,13,5; D. 27,1,13,6; D. 27,1,15 *pr.*; D. 27,1,2,9; D. 27,1,4,1; D. 27,1,6,11; D. 27,1,9; D. 27,1,10,4; D. 27,1,13,7; D. 27,1,13,12; D. 27,1,46,2; D. 27,1,2,4; D. 27,1,4 *pr.*; D. 27,1,6,17; D. 27,1,11,7; D. 27,1,13,10; D. 27,1,14,2; D. 27,1,45 *pr.*

121 Vgl. ook Viarengo, *L'*excusatio, 120 over het bewind van Marcus Aurelius: 'Per l'età dei *divi fratres* e di Marco Aurelio l'attenzione per le esenzioni è documentata da vari interventi, che non sono ispirati dalla volontà di liberare da un onere, bensì dall'intento di imporlo.'

122 Zie ook Wankerl, *Appello*, 142.

8 D. 26,7,53: de voogdij van Aemilius Dexter

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro secundo decretorum. *Aemilius Dexter magistratus sui tempore datis tutoribus cessaverat in exigenda satisdatione, deinde*[a] *quibusdam excusatis a sequentibus magistratibus Dexter tutor adsumptus fuerat: creatus*[b] *conveniebatur in solidum duplici ratione, quod cum magistratus esset et tutores dedisset satisdationem non exegisset*[c]*.* *ex diverso dictum est, licet satis exactum non esset, tamen in diem tutelae finitae idoneos fuisse tutores neque cessationem curatorum obesse tutoribus debere. pronuntiavit, si in diem finitae tutelae idonei permansissent tutores, licet*[d] *et satis non esset exactum, curatorum esse periculum, si minus, tutorum et magistratuum: hoc est tunc esse periculum eius, qui suspectum non fecisset aut satis non exegisset, cum finita tutela non inveniretur idoneus fuisse.*	Paulus in het tweede boek van de 'Decreten'. Aemilius Dexter had tijdens zijn tijd als magistraat voogden benoemd, maar nagelaten een zekerheidsstelling te verlangen, en vervolgens was Dexter, nadat enkele [van de door hem benoemde voogden] zich hadden verschoond, door de hem opvolgende magistraten tot voogd benoemd: nadat hij was aangesteld, werd hij aangesproken op twee gronden, omdat hij terwijl hij magistraat was en voogden had aangesteld, geen zekerheid had verlangd. Van de andere kant werd betoogd, dat het er niet toe deed dat er geen zekerheidsstelling was verlangd, nu de voogden op de dag dat de voogdij ten einde kwam solvent waren geweest, en dat uitstel door de curatoren geen nadeel voor de tutoren moest opleveren. Er werd beslist dat, als de voogden op de dag dat de voogdij ten einde kwam solvent waren, het risico dan voor rekening van de curatoren kwam en het geen probleem was dat er geen zekerheid was verlangd, als ze daarentegen niet solvent waren, dat het risico dan voor rekening van de voogden en de magistraten kwam. Met andere woorden, het risico was alleen dan voor de rekening van hem, die zijn medevoogd niet als verdacht had aangeklaagd of geen zekerheid had verlangd, wanneer hij [de voogd] bij het einde van de voogdij niet solvent was.

[a] *a ins.* F [b] *a Dextro tutor post finitam tutelam idoneus esse desierat et cessaverant curatores in exigenda pecunia, quam is ex tutela debebat: Dexter ins.* Mo. [c] *et quod cum tutor esset, contutorem suspectum non fecisset ins.* Mo. [d] *et suspecti non essent facti ins.* Mo.

1 Zie voor een behandeling van deze zaak in de literatuur Sanfilippo, *Libri Tres*, 62-66, Wankerl, *Appello*, 130-143 en Levy, 'Haftung', 40-42.

2 Inleiding

Het geval van D. 26,7,53 vertoont grote overeenkomsten met de hierboven beschreven zaak van Romanius Appulus.[2] Aemilius Dexter had als magistraat een aantal voogden benoemd, maar had nagelaten zekerheidstelling van hen te verlangen. Een deel van de door hem benoemde voogden had zich nadien verschoond, met als gevolg dat Dexter zelf door zijn ambtsopvolgers tot medevoogd van dezelfde pupil werd benoemd. Anders dan Romanius Appulus, ging Dexter hiertegen echter niet in beroep en berustte in de benoeming. Toen na de beëindiging van de voogdij bleek dat de pupil schade had geleden door toedoen van één van de door Dexter benoemde voogden, werd hij door de *curatores* van de voormalige pupil hiervoor aansprakelijk gesteld. De (temporele) reikwijdte van Dexter's aansprakelijkheid vormt de kern van het geschil bij het keizerlijk hof.

De bewoordingen van het verslag Paulus zijn enigszins raadselachtig en volgens sommige auteurs zouden er verschillende lacunes in de tekst zitten. Zo zijn er door Mommsen ter verduidelijking van de tekst een aantal uitvoerige conjecturen voorgesteld,[3] die tot het volgende resultaat zouden leiden (mijn accentuering):

> Paulus libro secundo decretorum. *Aemilius Dexter magistratus sui tempore datis tutoribus cessaverat in exigenda satisdatione, deinde quibusdam excusatis a sequentibus magistratibus Dexter tutor adsumptus fuerat: creatus* ***a Dextro tutor post finitam tutelam idoneus esse desierat et cessaverant curatores in exigenda pecunia, quam is ex tutela debebat: Dexter*** *conveniebatur in solidum duplici ratione, quod cum magistratus esset et tutores dedisset satisdationem non exegisset* ***et quod cum tutor esset, contutorem suspectum non fecisset****. ex diverso dictum est, licet* ***et suspecti non essent facti*** *et satis exactum non esset, tamen in diem tutelae finitae idoneos fuisse tutores neque cessationem curatorum obesse tutoribus debere. pronuntiavit, si in diem finitae tutelae idonei permansissent tutores, licet et satis non esset exactum, curatorum esse periculum, si minus, tutorum et magistratuum: hoc est tunc esse periculum eius, qui suspectum non fecisset aut satis non exegisset, cum finita tutela non inveniretur idoneus fuisse.*

Deze conjecturen hebben echter geen navolging gevonden. Zij zijn bijvoorbeeld niet door Lenel overgenomen in diens *Palingenesia*,[4] al betoogt deze wel op een andere plaats dat de tekst lacunes bevat zonder een nadere uitleg van deze stelling te geven of zelf één of meerdere conjecturen voor te stellen.[5] Ook in mijn eigen weergave van de tekst zijn zij niet overgenomen, aangezien een interpretatie van de tekst zonder deze conjecturen mogelijk is.

---

2 Dit is voor Sanfilippo reden om aan te nemen dat D. 26,7,53 een voortzetting van D. 26,5,28 is, zie Sanfilippo, *Libri Tres*, 62.

3 Mommsen, *Digesta I*, 771.

4 Lenel, *Palingenesia I*, 961 (nr. 66). Zie Levy, 'Haftung', 40 en Sanfilippo, *Libri Tres*, 62-63.

5 O. Lenel, 'Die cura minorum der klassischen Zeit' *ZSS* 35 (1914), 156.

3 Feiten en partijen

Op de regeling van voogdij in het Romeinse recht en de aansprakelijkheden die hieruit voortvloeiden is reeds bij het commentaar op D. 26,5,28 ingegaan en zij behoeft op deze plaats daarom geen verdere behandeling. In het onderstaande zal eerst aandacht worden besteed aan de prosopografie en procesgeschiedenis van de zaak om daarna over te gaan tot de inhoudelijke behandeling ervan.

3.1 Aemilius Dexter

De naam Aemilius Dexter komt slechts in twee Latijnse inscripties voor, waarvan één zonder enige twijfel afkomstig is uit de regeerperiode van Septimius Severus. Het betreft een inscriptie uit Noord-Afrika uit het jaar 203 n. Chr.:[6]

> *CIL* 8, 2557: 'Voor het geluk en de heil van het bewind van de keizers, onze heersers, Lucius Septimius Severus Pius Pertinax Augustus en Marcus Aurelius Antoninus Augustus, Particus, Britannicus, de grootste Germanicus, en de moeder van onze keizer en van de legerkampen en van de senaat en het vaderland en van onze Antoninus Augustus, de onoverwinnelijke, de hoornblazers van het *legio III Augusta Pia Vindex*, Lucius Clodius Secundus (*optio*), Gaius Julius Felix <en 34 andere namen, waaronder Aemilius Dexter>. Als contributie zullen zij die lid zijn geworden 750 denariën geven. Als iemand van het *collegium* vertrekt over zee, wanneer hij is bevorderd, zal hij een reisgeld ontvangen, een soldaat 200 denariën, een lid van de cavalerie 500 denariën. Hetzelfde, als een *anularium* bij eervol ontslag, 500 denariën. Eveneens, als iemand uit het *collegium* vertrekt vanwege een bevordering, zal hij 500 denariën ontvangen. Eveneens, als iemand is overleden, zal zijn erfgenaam of vertegenwoordiger 500 denariën ontvangen. Eveneens, als iemand is gedegradeerd, iets wat wij verwerpelijk vinden, zal hij 250 denariën ontvangen. Eveneens, zij die vrij van schulden aan de schatkist zijn en ieder van de nieuwkomers die vanaf deze dag een afdoende betaling heeft gedaan aan de schatkist, zullen ontvangen wat hun

6 = *CIL* 8, 18050 = *ILS* 2354 = *FIRA* III, nr. 34. Zie ook: *AE* 1907, 184 cf. *AE* 1927 sub 51. Zie daarnaast de behandeling van de tekst in H. Battifol & M. Isaac, 'Les règlements des collèges de musiciens de la légion IIIe August' *Revue Africaine* 68 (1926), 179-200, M. Ginsburg, 'Roman military clubs and their social function' *TAPhA* 71 (1940), 152-153 en A.E. Cooley, *The Cambridge manual of Latin epigraphy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, 314-317.

verschuldigd is. Dit reglement is gemaakt op 22 augustus tijdens het tweede consulaat van [Plautianus] en Geta. Ceninis, Antoninus, Filinus, Marcus.'[7]

Het betreft een *stele* met een statuut (*lex collegii*) van een militair *collegium* van *cornicines* uit Lambaesis (nabij het huidige Batna in Algerije),[8] dat is opgedragen aan het welzijn van de keizerlijke familie.[9] Lambaesis was een nederzetting die ten tijde van Hadrianus (ca. 129 n. Chr.) was ontstaan en

---

7 *pro felicitate et inco/lumitate{m} saeculi do/minorum nn[[n]](ostrorum) Augg[[g]](ustorum) / L(uci) Sep(timi) Severi Pii Pertinacis / Aug(usti) et M(arci) Aureli Antonini / Aug(usti) [[[et L(uci) Septimi Getae Caes(aris)]]] <<Part(hici) Brit(annici) Germ(anici)>> / <<max(imi)>> Aug(usti) et Iuliae Aug(ustae) / matri Aug(usti) n(ostri) et cast(rorum) / [[[et Fulviae Plautillae Aug(ustae)]]] <<et senatus et patriae>> / Antonini Aug(usti) nostri [[coniugis]] <<Invicti>> / cor(nicines) leg(ionis) III Aug(ustae) P(iae) V(indicis) // L(ucius) Clodius Secundus opt(io) / C(aius) Iulius Felix / Q(uintus) Vibius Felix / C(aius) Iulius Sterceius / P(ublius) Vetulenius Rogat(us) / C(aius) Iulius Africanus / C(aius) Iulius Lucianus / Valerius Apollin(aris) / L(ucius) Antonius Maximu(s) / Q(uintus) Apronius Crescen(s) / Nonius Faustinus / T(itus) Flavius Florus / C(aius) Iulius Martialis / Aemilius Saturnin(us) / M(arcus) Hortensius Primus / C(aius) Iulius Donatus / M(arcus) Iulius Donatus / T(itus) Cla(u)dius Catullinus // C(aius) Malius Felix / Antonius Maximus / C(aius) Popilius Felix / Sextilius Datus / C(aius) Valerius Optatus / Valerius Gudullus / C(aius) Iulius Septiminus / Iulius Saturninus / Gargilius Masculus / Q(uintus) Iulius Saturninus / Sittius Crescenti(nus) / Tadius Saturninus / Caecilius Secund(us) / Veturius Secundus /* Aemilius Dexter */ C(aius) Iulius Paulinus / C(aius) Mallius Ianuarius / Iulius Sigillanus // Scamnari n(omine) dabunt col(legae) qui fac(ti) fuer(int) / |(denarios) DCCL si qui(s) d(e) col(legiis) tram(are) pro(fecerit) cum / pr[a]es(cripto) acc(ipiet) viat(icum) pro M(ari) |(denarios) CC eq(ue) ar(ca) |(denarios) D / it<e=I>m vet(e)ranis anularium nomine |(denarios) D / item si qui(s) ex coll(egiis) amplio(re) grad(u) prof(ecerit) accip(iet) |(denarios) D / item si qui(s) obitum naturae red(diderit) acc(ipiet) her(es) ips(ius) sive proc(urator) |(denarios) D / item quod abom(inamur) si qui(s) locu(m) su[um] amis(erit) / accipiet |(denarios) CCL / {e}i{s}t(e)m qui arc(a) solut(i) sunt et si quis de tironib(us) / ab hac die satis / arcae fec(erit) accipiet quitquit debet(ur) lex fact(a) XI Kal(endas) Sep(tembres) [[[Plautiano]]] / II et [[Getae]] II co(n)s(ulibus) <g=C>e<m=N>in<u=I>s Antoninus Filinus Marcus* (mijn accentuering). In de bovenstaande vertaling is de huidige tekst van de inscriptie vertaald. Zij is echter een mooi voorbeeld van de *damnatio memoriae*, die de Severische gardeprefect Plautianus, diens dochter en echtgenote van Caracalla Fulvia Plautilla, en Geta, de jongste zoon van Severus, ondergingen. Hun namen zijn in deze inscriptie verwijderd en de vrijgekomen ruimte is opgevuld met een andere tekst. Zie hierover Cooley, *Latin epigraphy*, 311-317.

8 Zie over *collegia* in het algemeen Kaser, *Privatrecht*, 307-309. Militaire *collegia* waren in beginsel verboden (zie D. 47,22,1 *pr.*) met uitzondering van *collegia veteranorum*. Ten tijde van het bewind van Septimius Severus komen we echter ook *collegia* tegen van lage officieren en militaire specialisten die nog wel in dienst waren, waarover Ginsburg, 'Roman military clubs', 151 e.v. Een belangrijk voorbeeld van zo'n *collegium* is het *collegium cornicinum* in de hierboven geciteerde inscriptie.

9 Zoals blijkt uit de transcriptie in noot 7 werden oorspronkelijk Septimius Severus, Caracalla, Geta, hun moeder Julia Domna en Caracalla's echtgenote Fulvia Plautilla genoemd. Na de dood van Geta en Caracalla's scheiding van Fulvia Plautilla zijn hun namen echter verwijderd en vervangen door andere teksten (*damnatio memoriae*), zie hierover Cooley, *Latin epigraphy*, 316 en verwijzingen naar literatuur aldaar.

functioneerde als het militaire centrum van de provincie Africa.[10] Na de provinciale hervormingen van Septimius Severus werd de stad, die ondertussen de status van *municipium* had verkregen, de hoofdstad van de nieuwe provincie Numidia.[11] In de nederzetting was het *legio III Augusta* gelegerd, waarvan een Aemilius Dexter blijkens de bovenstaande inscriptie deel uitmaakte.[12] Hij was een *cornicen*, een hoornblazer in dienst van het leger (afgeleid van het Romeinse hoorninstrument, de *cornu*).[13]

De inscriptie uit Lambaesis kan mogelijk in verband worden gebracht met een andere Latijnse inscriptie waarin de naam Aemilius Dexter voorkomt, te weten een grafinscriptie uit Celtianis (Castellum Celtianum), een *castellum* ten noorden van Lambaesis, met de eenvoudige tekst: 'Aan de goden van de onderwereld. Gaius Aemilius Dexter, die 60 jaren heeft geleefd, rust hier'.[14] Hoewel de inscriptie niet gedateerd kan worden,[15] is het goed mogelijk dat zij dezelfde Aemilius Dexter betreft. Het is aantrekkelijk om aan te nemen dat Dexter na beëindiging van zijn militaire carrière bij het derde legioen zich, met zijn 500 denariën als *anularium* op zak, in Celtianis of een nabijgelegen *municipium* heeft gevestigd.[16]

Kan het zijn dat de door Paulus beschreven zaak betrekking heeft op deze hoornblazer? Deze vraag kan geenszins met zekerheid bevestigend worden beantwoord, maar het is wel opvallend dat de enige Aemilius Dexter die wij uit het epigrafische bronnenmateriaal kennen toevallig ten tijde van Septimius Severus in Afrika leefde. Dit zou overigens betekenen dat de rechtszaak van Dexter pas na 203 n. Chr. kan hebben gespeeld; soldaten kon-

---

10 Zie over Lambaesis o.a. H. Dessau, *RE* XII.1 (1924), s.v. Lambaesis, 539-541, M. Janon, 'Recherches à Lambèse I & II' *Antiquités Africaines* 7 (1973), 193-254; idem, 'Recherches à Lambèse III' *Antiquités Africaines* 21 (1985), 35-102; *idem*, 'Lambaesis, eine Oberblick' *Antike Welt* 8 (1977), 2-21, C. Lepelley, *Les cites de l'Afrique romaine au bas-empire. II: notices d'histoire municipal*, Parijs: Études augustiniennes 1981, 416-425 en Y. Duval, *Lambèse Chrétienne. La gloire et l'oubli de la Numidie romaine à l'Ifrîqiya,* Parijs: Institut d'Études Augustiniennes 1995.

11 Zie over de vraag naar de precieze datum van de creatie van de nieuwe provincie A. Berthier, *La Numidie*, Parijs: Picard 1981, 139 e.v. Zie naast deze monografie verder bijvoorbeeld M. LeGlay, 'L'administration centrale de la province de Numidie de Septime Sévère à Gallien' *Antiquités Africaines* 27 (1991), 83-92.

12 Zie over het *legio III Augusta* Y. Le Bohec, *La troisième légion auguste,* Parijs: Centre National de la Recherche Scientifique 1989.

13 O. Fiebiger, RE IV.1 (1900), s.v. *cornicines*, 1602-1603.

14 *ILAlg* 2, 2136: *D(is) M(anibus) s(acrum) / C(aius) Aemili/us Dexter / v(ixit) a(nnos) LX h(ic) s(itus) e(st)*

15 Een beperkte datering is mogelijk aan de hand van de begraafplaats waar de inscriptie van afkomstig is: 50 n. Chr. tot begin 3e eeuw n. Chr. Zie hierover H.-G. Pflaum, 'Remarques sur l'onomastique de Castellum Celtianum' in: E. Swoboda (ed.), *Carnuntina*, Graz etc.: Hermann Böhlaus Nachfolger 1956, 126 e.v.

16 Over de (eervolle) uittreding van soldaten uit het leger en hun verdere civiele leven in veteranenkolonies, zie o.a. J.C. Mann, *Legionary recruitment and veteran settlement during the principate*, Londen: University of Londen, Institute of Archaeology 1983, S. Link, *Konzepte der Privilegierung römischer Veteranen,* Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1989 en G. Wesch-Klein, *Soziale Aspekte des römischen Heerwesens in der Kaiserzeit,* Stuttgart: Steiner 1998, 179-200.

den immers niet tot magistraat worden benoemd gedurende hun diensttijd. Het is echter goed denkbaar dat hij na zijn eervolle uittreding in zijn nieuwe (?) woonplaats tot magistraat is verkozen.[17]

3.2 Feiten en procedure in eerste aanleg

3.2.1 Feiten

Op basis van de tekst en de vermoedelijke achtergrond van Aemilius Dexter kan worden gereconstrueerd wat er precies vooraf is gegaan aan de procedure bij de keizer. Aemilius Dexter had als magistraat van een *municipium* een aantal voogden benoemd en had hierbij nagelaten om zekerheid van hen te verlangen in de vorm van een *satisdatio rem pupilli salvam fore*.[18] Dit had als gevolg dat Dexter met de *actio subsidiaria* (subsidiair) aansprakelijk kon worden gesteld door de pupil, wanneer de door Dexter benoemde voogden insolvent bleken te zijn. Enkele van de voogden verschoonden zich, met als gevolg dat Aemilius Dexter, wiens ambtsperiode ondertussen was beëindigd, door zijn opvolgers (*sequentes magistratus*) als medevoogd van de overgebleven voogd (of eventueel voogden) [19] werd benoemd.[20] Over de onderlinge verhouding tussen Dexter en zijn medevoogd(en) wordt in de tekst niets vermeld. Er kan daarom worden aangenomen dat er geen sprake was van een verdeeld beheer, waarbij elke voogd slechts aansprakelijk was voor het hem toegewezen deel van het vermogen, aangezien Paulus een dergelijk voor de aansprakelijkheid van Dexter relevant feit zeker zou hebben vermeld.[21] Op grond hiervan kan worden geconcludeerd dat alle voogden in beginsel hoofdelijk aansprakelijk waren voor eventuele schade die was ontstaan door (wan)beheershandelingen en te allen tijde met de *actio tutelae* konden worden aangesproken.[22]

---

17 Zie over de participatie van veteranen in het municipale leven in het bijzonder Wesch-Klein, *Soziale Aspekte*, 196 e.v. en verwijzingen naar verdere literatuur aldaar.

18 Zie hierover BZD, nr. 7 (D. 26,5,28) sub 3.2.

19 Uit de tekst wordt niet duidelijk hoeveel medevoogden Dexter precies had. Dit is voor de interpretatie van de tekst ook niet van belang. Hieronder zal, voor het gemak, steeds van één medevoogd worden uitgegaan. Vgl. ook Wankerl, *Appello*, 135 e.v.

20 Deze benoeming werd niet belet door de privileges die Aemilius Dexter als veteraan verkreeg, zoals blijkt uit D. 27,1,8 *pr*.: eervol ontslagen veteranen genoten een volledig vrijstelling ten opzichte van kinderen van niet-militairen. Met betrekking tot kinderen van andere veteranen hadden zij slechts één jaar de mogelijkheid om zich te verschonen. Was de militair oneervol ontslagen, dan kon hij in zijn geheel geen beroep doen op deze privileges (D. 27,1,8,1).

21 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 63. Anders Wankerl, *Appello*, 137 e.v., die ook bij D. 26,5,28 van een verdeeld voogdijbeheer uitgaat.

22 Zie over aansprakelijkheid bij medevoogdij BZD, nr. 7 (D. 26,5,28) sub 3.2.

Enige tijd na de benoeming van Aemilius Dexter bereikte de pupil de *pubertas* en werden de voogden van hun taak ontheven[23] en tot diens 25ste levensjaar vervangen door zogeheten *curatores*. Deze curatoren vervulden een soortgelijke functie als voogden met dien verstande dat hun pupil als *pubes* in staat was om zelfstandig geldige rechtshandelingen te verrichten.[24] Bij de beëindiging van de voogdij bleek dat er sprake was geweest van wanbeheer en dat de pupil hierdoor schade had geleden. De curatoren zochten op enig moment, maar blijkbaar *niet direct na* de beëindiging van de voogdij, hiervoor verhaal bij de desbetreffende voogd (of eventueel voogden; in de onderstaande tekst wordt voor het gemak vanaf nu uitgegaan van één wanbeheer plegende medevoogd), maar troffen hem insolvent aan. Vervolgens probeerden zij de schade op Aemilius Dexter te verhalen.

3.2.2 Procedure in eerste aanleg

Hoewel dit niet duidelijk blijkt uit de tekst, is het aannemelijk dat de procedure bij de keizer een appel betrof en dat er een procedure in eerste aanleg bij een andere rechter had plaatsgevonden.[25] Over de inhoudelijke aspecten van deze procedure valt weinig te zeggen, maar op basis van de vermoedelijke identiteit van Aemilius Dexter kan wel de formele procesgang worden gereconstrueerd. Zoals hierboven reeds is betoogd, was Aemilius Dexter waarschijnlijk magistraat in een *municipium* in de provincie Numidia en de zaak zal zich daarom in eerste aanleg in die provincie hebben afgespeeld.[26] In de provincies hadden de stadhouders jurisdictie in civiele zaken.[27] In het geval van Aemilius Dexter was deze stadhouder een *legatus Augusti* van praetorische rang, aangezien Numidia een keizerlijke provincie was. Dit betekende dat de procedure voor diens hof waarschijnlijk een buitengewoon karakter had (*cognitio extraordinaria*).[28] Aangezien de *legatus Augusti* door de keizer zelf werd aangesteld, kan met zekerheid worden gesteld dat op grond van de appelregels zoals deze door Ulpianus in het eerste boek van zijn *De appellationibus libri IV* worden vermeld, tegen zijn uitspraken hoger beroep openstond bij de keizer.[29]

---

23 Bij het bereiken van de *pubertas* eindigde de voogdij: D. 27,3,4 *pr.*

24 Kaser, *Privatrecht*, 369-371.

25 Zie ook Levy, 'Haftung', 40 en Wankerl, *Appello*, 129. Anders Sanfilippo, *Libri Tres*, 66.

26 Zie anders Wankerl, *Appello*, 129, die van mening is dat de zaak in eerste aanleg is behandeld door de *praetor tutelarius*.

27 D. 1,16,7,2.

28 Zie over de beperkte toepassing van de formulaprocedure in de (keizerlijke) provincies Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 165-167 en 439-441.

29 I.h.b. D. 49,3,1. Zie hierover ALD, paragraaf 2.2.3.

4 Procedure bij de keizer

4.1 Debat bij de keizer

4.1.1 Grondslag van de eis

De curatoren eisten in de procedure bij de keizer namens de pupil vergoeding van de schade die door het optreden van de insolvente voogd was ontstaan. Paulus vermeldt dat zij hiervoor een dubbele grondslag (*duplex ratio*) aandroegen. Ten eerste de *actio tutelae*, aangezien Aemilius Dexter als medevoogd van de insolvente voogd hoofdelijk aansprakelijk was voor de schuld, die door het wanbeheer was ontstaan; ten tweede de *actio subsidiaria*, waarmee hij als magistraat aansprakelijk kon worden gesteld omdat hij geen zekerheid van de door hem benoemde voogd had verlangd.[30] Opvallend is dat Paulus in de weergave van de nadere toelichting op de dubbele grondslag alleen de magistratelijke aansprakelijkheid vermeldt ('*quod cum magistratus esset et tutores dedisset satisdationem non exegisset*'). Blijkbaar werd de aansprakelijkheid op grond van de (mede)voogdij door Paulus als vanzelfsprekend vooronderstelt,[31] al acht Mommsen het nodig om de conjectuur '*et quod cum tutor esset, contutorem suspectum non fecisset*' ter verduidelijking aan te brengen.[32] Of men deze conjectuur nu overneemt of uitgaat van de vanzelfsprekendheid van de aansprakelijkheid als voogd, het is duidelijk dat de eis van de curatoren was gebaseerd op deze twee gronden. Deze stelling is van belang voor de interpretatie van het verweer van Aemilius Dexter.

4.1.2 Verweer van Dexter

Het verweer van Dexter wordt door Paulus in de volgende bewoordingen omschreven:

> *'ex diverso dictum est, licet satis exactum non esset, tamen in diem tutelae finitae idoneos fuisse tutores neque cessationem curatorum obesse tutoribus debere.'*

De uitleg van deze zin heeft voor enige verdeeldheid gezorgd. Er wordt soms aangenomen dat dit verweer zich alleen zou richten tegen Dexters magistratelijke aansprakelijkheid en niet tegen zijn aansprakelijkheid als medevoogd.[33] In deze zienswijze zou Dexter in het eerste deel van het verweer (*ex diverso…tutores*) hebben betoogd dat het er niet toe deed dat Dexter

30 Levy, 'Haftung', 40; Sanfilippo, *Libri Tres*, 62. Zie over deze dubbele aansprakelijkheid, die in deze zaak niet wordt betwist, de behandeling van D. 26,5,28 (BZD, nr. 7).

31 Levy, 'Haftung', 40.

32 Het aannemen en de bewoordingen van de conjectuur zijn niet louter gebaseerd op het ontbreken van een verwijzing naar de aansprakelijkheid op grond van de medevoogdij op deze plek, maar ook ingegeven door het later volgende keizerlijke oordeel. Hier zal hieronder nog op worden teruggekomen.

33 Vgl. Sanfilippo, *Libri Tres*, 63 e.v. en Wankerl, *Appello*, 137 e.v.

als magistraat geen zekerheid had gevraagd, aangezien de voogden bij de beëindiging van de voogdij solvent waren en dat zijn aansprakelijkheid als magistraat hierdoor was uitgesloten. Dit verweer sluit aan bij verscheidene andere teksten in de Digesten, waaronder de volgende tekst van Ulpianus:

> D. 27,8,1,12: 'Maar als hij geen zekerheidsstelling heeft gevraagd, en de voogd toch op het moment, waarop de actie uit voogdij kan worden ingesteld, solvent was, dan volstaat dit.'[34]

Het tweede deel van het verweer, de zin '*neque cessationem curatorum obesse tutoribus debere*', zou volgens deze zienswijze alleen betrekking hebben op dat wat hieraan vooraf gaat. Sanfilippo stelt in het kader van deze koppeling zelfs ook een emendatie voor, namelijk '*neque cessationem curatorum obesse [tutoribus] <Dextro> debere*'.[35] Het zinsdeel zou volgens deze auteur zo moeten worden begrepen, dat het feit dat de curatoren na de beëindiging van de voogdij te lang hadden gewacht met het zoeken van verhaal op de voogd en dat deze in de tussentijd insolvent was geraakt, nog niet impliceren dat de benoemende magistraat opeens alsnog aansprakelijk kon worden gesteld. De magistraat had immers een solvente voogd aangesteld en behoefde niet het risico te dragen voor de nalatigheid van de curatoren.[36]

Er zijn verschillende redenen om de zojuist beschreven interpretatie van het verweer van Aemilius Dexter af te wijzen. Om te beginnen nemen voorstanders van deze uitleg aan dat Aemilius Dexter niet inging op de aansprakelijkheid uit hoofde van de medevoogdij, omdat hij accepteerde dat hij aan deze aansprakelijkheid niet kon ontkomen en zich om deze reden in de procedure alleen richtte tegen de magistratelijke aansprakelijkheid.[37] Deze aanname is opmerkelijk, aangezien de subsidiaire aansprakelijkheid van Aemilius Dexter als magistraat slechts ontstond wanneer de curatoren op geen enkele wijze verhaal voor de schade konden halen bij de voogden. Wanneer men aan zou nemen dat Dexter zijn aansprakelijkheid als medevoogd niet betwistte, zou het hele debat over zijn aansprakelijkheid als magistraat dus niet aan de orde zijn geweest. Daarnaast doet deze interpretatie van het verweer geen recht aan de eerder vermelde *duplex ratio* van de eis en aan het uiteindelijke oordeel van de keizer, dat ook ziet op beide vormen van aansprakelijkheid. Tot slot kan deze uitleg van het verweer niet worden volgehouden zonder een ingreep in het tweede deel van de tekst ('*neque cessationem curatorum obesse tutoribus debere*'), zoals ook blijkt uit de door Sanfilippo voorgestelde emendatie. Daarin wordt duidelijk gesproken over *voogden* en niet over magistraten of over Dexter persoonlijk. Met andere

---

34 Ulpianus libro XXXVI ad edictum. *Sed et si satis non exegit, idoneus tamen tutor eo tempore fuit, quo tutelae agi potest, sufficit*. Zie in dezelfde zin ook D. 26,3,5.

35 Sanfilippo, *Libri Tres*, 65.

36 Deze interpretatie heeft als gevolg dat men ervanuit moet gaan dat de keizerlijke uitspraak ook alleen betrekking heeft op de aansprakelijkheid als magistraat. Sanfilippo, *Libri Tres*, 65 e.v. is dan ook van mening dat de keizer Aemilius Dexter niet vrijspreekt in diens hoedanigheid van medevoogd. Hij wordt gevolgd door Wankerl, *Appello*, 138.

37 Sanfilippo, *Libri Tres*, 63 e.v. en Wankerl, *Appello*, 138-139.

woorden, dit deel van de tekst verwijst zonder twijfel naar de voogdelijke en niet de magistratelijke aansprakelijkheid.

Het is om deze redenen aannemelijk dat Aemilius Dexter in zijn verweer wel degelijk op beide grondslagen inging en zich verzette tegen beide vormen van aansprakelijkheid. Het tweede deel van het verweer, de zin '*neque cessationem curatorum obesse tutoribus debere*', moet worden gezien als een verweer dat zich mede richtte tegen Dexters aansprakelijkheid als medevoogd op grond van de *actio tutelae*.[38] Hij was van mening dat de insolventie van zijn collega op geen enkele wijze voor zijn rekening diende te komen, omdat de medevoogd bij de beëindiging van de voogdij nog solvent was. Doordat de curatoren niet direct bij de beëindiging van de voogdij namens de pupil actie hadden ondernomen, werden zij nu geconfronteerd met een in de tussentijd insolvent geraakte voormalige voogd. Een dergelijke nalatigheid diende niet voor rekening van de medevoogd(en) te komen, aldus Dexter.[39] Het feit dat de aansprakelijkheid van Aemilius Dexter als afhankelijk van de solventie van zijn medevoogd wordt gepresenteerd, geeft ons meer informatie over de precieze positie van Dexter als voogd. Wanneer meerdere voogden tegelijk en tezamen het voogdijbeheer hadden gevoerd, waren zij in beginsel ieder afzonderlijk en ongeacht de solvabiliteit van hun collega's *in solidum* aansprakelijk jegens de pupil voor eventuele schade die hij door hun beheer had geleden.[40] Dit lag anders wanneer de *contutores* met instemming van de *praetor* of een andere magistraat samen hadden afgesproken dat één of enkele van hen het beheer zouden voeren en de rest zich niet met het vermogen van de pupil zou inlaten. In een dergelijk geval waren deze niethandelende voogden slechts subsidiair aansprakelijk, dat wil zeggen slechts wanneer de handelende voogden, de *gerentes*, insolvent waren.[41] Uit het verweer van Dexter (en de uitspraak van de keizer) kan worden opgemaakt dat Aemilius Dexter had opgetreden als niet-handelende voogd en dus slechts aansprakelijk kon worden gesteld indien de *gerens* insolvent was. Zijn verweer tegen de eis van de *curatores* vloeit hier immers logisch uit voort: als zij niet hadden gewacht met het instellen van hun vordering, was de *gerens* nog solvent geweest en zou de aansprakelijkheid van Dexter jegens de pupil niet aan de orde zijn geweest.

---

38 Zie in die zin ook Levy,'Haftung', 41.

39 Het verweer van Aemilius Dexter heeft wel iets weg van een beroep op rechtsverwerking. Deze rechtsfiguur was de Romeinen echter onbekend en is pas in de Middeleeuwen tot ontwikkeling gebracht zie R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1.

40 Zie de behandeling van D. 26,5,28 *supra* (BZD, nr. 7).

41 *Idem*, waarin wordt verwezen naar D. 26,7,1,3. Deze tekst heeft betrekking op testamentaire voogden, maar er is geen reden om aan te nemen dat dergelijke constructies om dezelfde redenen ook in het leven werden geroepen bij voogden die door magistraten waren benoemd. Ook wanneer de afspraak tussen de voogden niet door een magistraat was gefaciliteerd of bekrachtigd, waren voogden die zich van het beheer hadden onthouden, *tutores cessantes*, slechts subsidiair, dat wil zeggen *na* de *gerentes*, aansprakelijk, zie D. 27,1,35, waarover Levy, 'Haftung', 21-23.

Uit het voorgaande volgt dat het in deze zaak dus om twee vormen van subsidiaire aansprakelijkheid moet zijn gegaan. Niet alleen veronderstelde de magistratelijke aansprakelijkheid van Aemilius Dexter dat alle andere verhaalsmogelijkheden waren uitgeput, ook zijn aansprakelijkheid als niethandelende medevoogd vereiste dat op zijn minst de handelende voogd insolvent was. Hierdoor was de vraag naar de aansprakelijkheid van Aemilius Dexter onlosmakelijk verbonden met de vraag naar de solventie van de handelende voogd en meer in het bijzonder, met de vraag op welk moment deze voogd (nog) solvent diende te zijn om de medevoogden en de magistraten van hun aansprakelijkheid te kunnen ontslaan. Zij konden immers niet hun gehele leven voor de voogd blijven instaan. Het was aan de keizer om te bepalen welk tijdstip hiervoor maatgevend was.

4.2 De keizerlijke uitspraak

De keizer volgde de redenering van Aemilius Dexter en maakte in het eerste deel van zijn uitspraak (*pronuntiavit…magistratuum)* een onderscheid tussen twee verschillende situaties:

a. Wanneer de voogden bij de beëindiging van de voogdij solvent waren, had het feit dat een magistraat geen zekerheid had gevraagd geen consequenties en kwam het insolventierisico van de voogd (*periculum*) vanaf dat moment voor rekening van de curatoren.[42]
b. Wanneer de voogden bij het einde van de voogdij echter insolvent bleken te zijn, kwam het risico wel voor rekening van de medevoogden en de benoemende magistraten.[43] Dat wil zeggen, in dit geval konden beide aansprakelijk worden gesteld met de *actio tutelae* respectievelijk de *actio subsidiaria.*

Met deze uitspraak werden door de keizer concrete regels gegeven voor het moment van risico-omslag, waarbij het moment van de beëindiging van de voogdij doorslaggevend was. Bij het einde van de voogdij kwam het insolventierisico voor rekening van de medevoogden en de magistraten: wanneer hun (mede)voogd op dit moment insolvent was, dienden zij voor diens insolventie in te staan. Was de voogd bij de beëindiging van de voogdij solvent en wachtten de curatoren vervolgens met ageren, dan sloeg het risico om en konden zij niet langer de magistraten en voogden aansprakelijk stellen, zodat een eventueel insolventierisico dus voor rekening van de curatoren kwam.

---

42 Vgl. ook de zojuist geciteerde tekst D. 27,8,1,12 en de hieronder nog te bespreken tekst van Paulus (D. 26,7,14).

43 Ook hier stelt Sanfilippo een emendatie voor die is gebaseerd op zijn stelling dat door Aemilius Dexter alleen de aansprakelijkheid op grond van de *actio subsidiaria* werd bestreden. Hij wil om deze reden de woorden *tutorum et magistatuum* vervangen door *magistratus*, zie *Libri Tres*, 62 e.v.

Ook het tweede deel van de uitspraak heeft gezorgd voor de nodige discussie:

> *'hoc est tunc esse periculum eius, qui suspectum non fecisset aut satis non exegisset, cum finita tutela non inveniretur idoneus fuisse.'*

Door een aantal auteurs is betoogd dat het hier om een Justiniaanse interpolatie zou gaan.[44] Zij wijzen erop dat de zin grammaticaal niet goed loopt[45] en dat het woordgebruik (i.h.b. het woord *invenire*)[46] Justiniaans zou zijn. Daarnaast wordt in de slotzin een geheel nieuw element aan de beslissing toegevoegd, waarvoor geen ondersteuning in het feitencomplex kan worden gevonden namelijk de verplichting voor de medevoogden om een *accusatio suspecti tutoris* in te stellen.[47] Ook Mommsen merkt dit laatste probleem op. Hij meent daarentegen niet dat er sprake is van een interpolatie, maar dat de voorgaande tekst juist lacunes bevat. Om deze reden stelt hij voor om op verschillende plaatsen in de tekst een verwijzing naar de *accusatio suspecti tutoris* op te nemen.[48] Er is echter ook een interpretatie mogelijk zonder dergelijke vergaande ingrepen in de tekst en wel wanneer men aanneemt dat het hier gaat om een verduidelijking en generalisatie van de keizerlijke uitspraak, die hetzij is toegevoegd door de keizer zelf, hetzij door Paulus bij zijn optekening van de beslissing[49] of eventueel zelfs (als *nota*) door een latere jurist. Door de keizerlijke uitspraak op deze abstracte en onpersoonlijke manier te formuleren (vgl. het gebruik van de onpersoonlijke constructie '*eius, qui (…)*'), werd de algemene gelding van het keizerlijke *decretum* versterkt en kon het als concrete rechtsregel in het dagelijks rechtsverkeer worden toegepast in soortgelijke gevallen.[50] Dit streven naar generalisatie van de uitspraak blijkt juist ook uit de woorden '*qui suspectum non fecisset aut satis non exegisset*'. Wat de keizer of Paulus in feite met deze toevoeging deed, is nog eens duidelijk aangeven onder welke voorwaarden een niethandelende voogd en een magistraat door een pupil aansprakelijk konden worden gesteld. Allereerst was hiervoor vereist, zoals blijkt uit de voorafgaande keizerlijke uitspraak, dat de voogd, die op onjuiste wijze het beheer had gevoerd, op het moment van de beëindiging van de voogdij insolvent was. Maar daarnaast moest er ook nog aan een aantal andere voorwaarden

---

44 Levy, 'Haftung', 42 en Sanfilippo, *Libri Tres*, 66. Zie over interpolatievermoedens m.b.t. zinnen die worden ingeleid met de woorden *hoc est* F. Eisele, 'Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen II' *ZSS* 11 (1890), 1 e.v.

45 *Idem.*

46 Levy, 'Haftung', 42.

47 Levy, 'Haftung', 42 en Sanfilippo, *Libri Tres*, 66. Sanfilippo meent dat de slotzin is toegevoegd om een eerdere interpolatie, namelijk de vervanging van *magistratus* in de voorgaande zin door *tutorum et magistratuum* (zie noot 43), te verduidelijken.

48 Mommsen, *Digesta I*, 771.

49 Zie ook Wankerl, *Appello*, 139.

50 Wankerl, *Appello*, 139, die meent dat de algemene formulering van de keizerlijke uitspraak een bewijslastverdeling behelst. Zie ook Volterra, 'Il problema del testo', 986.

zijn voldaan. Wanneer magistraten wel een *satisdatio* van de voogd hadden gekregen en deze of diens borgen na de benoeming insolvent waren geraakt, kon de pupil de magistraten niet aansprakelijk stellen.[51] Om deze reden diende in de algemene formulering van de uitspraak de nalatigheid van de magistraat in het verlangen van een *satisdatio* als voorwaarde te worden opgenomen: '*aut satis non exegisset*'. Hoe zat het nu met de voorwaarden voor aansprakelijkheid voor een niet-handelende voogd? Bij de behandeling van D. 26,5,28 is reeds ter sprake gebracht dat de *actio tutelae* behoorde tot de *bonae fidei iudicia*. Dit betekende dat de voogd in beginsel moest instaan voor bewuste opzet (*dolus malus*). In de laat-klassieke tijd werd hier echter *culpa* als maatstaf aan toegevoegd, waardoor de voogd ook aansprakelijk kon worden gesteld voor nalatigheden.[52] Voogden die zich niet met het voogdijbeheer hadden ingelaten, konden door een pupil aansprakelijk worden gesteld met een *actio utilis*, waarbij eenzelfde aansprakelijkheidsmaatstaf werd gehanteerd.[53] De grondslag voor hun aansprakelijkheid wordt beschreven door Ulpianus in D. 26,7,3,2:

> D. 26,7,3,2: 'De overige voogden zullen dus niet het vermogen beheren, maar zullen honoraire voogden zijn, zoals wij ze in het dagelijks taalgebruik plegen aan te duiden. Laat echter niemand denken dat zij geen enkel risico lopen: het staat immers vast dat ook zij, nadat het vermogen van degene die het beheer heeft gevoerd is uitgeput, moeten worden aangesproken. Zij zijn immers aangesteld als toezichthouders en bewakers van diens beheer, en hen zal te zijner tijd worden aangerekend, waarom zij, als zij zagen dat hij wanbeheer pleegde, hem niet als suspect hebben aangeklaagd. Daarom moeten zij voortdurend zowel rekening en verantwoording van hem vragen als ook nauwkeurig zorg dragen, op welke manier hij het beheer voert, en als er geld is, dat in bewaargeving kan worden gegeven, moeten zij zorgen, dat het voor de aankoop van landerijen wordt weggezet. Zij houden zichzelf immers voor de gek, die denken dat honoraire voogden op geen enkele wijze aansprakelijk kunnen worden gesteld. Zij zijn immers aansprakelijk op de gronden die wij hierboven uiteen hebben gezet.'[54]

---

51 D. 27,8,6.

52 Kaser, *Privatrecht*, 363-364 en *Privatrecht II*, 232 met verwijzingen naar verdere literatuur. Over de vraag of voogden reeds in de klassieke tijd al in dienden te staan voor *culpa* bestaat discussie in de literatuur, die nauw samenhangt met de problematiek van de Interpolationenforschung. Zie naast Kaser over dit punt bijvoorbeeld Watson, *Law of persons*, 143, Guarino, *DPR*, 608 en G. MacCormack, 'The liability of the tutor in classical Roman law' *Irish Jurist* 5 (1970), 369-90, die allen uitgaan van de laat-classiciteit van de *culpa*-aansprakelijkheid.

53 D. 26,7,39,11.

54 Ulpianus libro XXXV ad edictum. *Ceteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus. nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare: constat enim hos quoque, excussis prius facultatibus eius qui gesserit, conveniri oportere: dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet et sollicite curare, qualiter conversetur, et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem: blandiuntur enim sibi, qui putant honorarios tutores omnino non teneri: tenentur enim secundum ea quae supra ostendimus.*

Uit de tekst van Ulpianus blijkt dat de belangrijkste taak van niet-handelende voogden het houden van toezicht op de *tutor gerens* was. Wanneer zij vermoedden dat deze zijn taken niet op juiste wijze uitvoerde, moesten zij hem als suspect aanklagen middels een zogeheten *accusatio suspecti tutoris*, die resulteerde in een strafrechtelijke procedure waarbij de aangeklaagde *tutor* meestal uit zijn ambt werd ontheven (*remotio tutoris*).[55] Lieten zij dit echter na en ontstond er door het handelen van de *tutor gerens* schade aan het vermogen van de pupil, dan hadden zij hun taak als toezichthouder niet goed vervuld en waren zij op grond van nalatigheid aansprakelijk jegens de pupil. Uit de tekst van Ulpianus kan echter *a contrario* worden afgeleid dat de niet-handelende voogden door het entameren van een *accusatio suspecti tutoris* hun aansprakelijkheid jegens de pupil konden afwenden. Dit blijkt ook uit een andere Digestentekst van de hand van Paulus:

> D. 26,7,14: 'Ook de handeling van een medevoogd wordt aan een collega toegerekend, als hij hem als verdacht had kunnen en moeten aanklagen. Soms ook als hij zekerheidsstelling had moeten verlangen: want als een solvente [voogd] opeens insolvent is geraakt, kan de collega niets worden aangerekend.'[56]

Dit brengt ons terug bij de slotzin van D. 26,7,53. Net als bij de aansprakelijkheid van de magistraat, veronderstelt de aansprakelijkheid van de medevoogd nalatigheid van diens kant. In de slotzin wordt deze voorwaarde vormgegeven door de woorden '*qui suspectum non fecisset*'. Alleen als de niet-handelende medevoogd had nagelaten om in te grijpen door zijn wanbeheer plegende collega als suspect aan te klagen, kon hij bij de beëindiging van de voogdij worden verplicht om het insolventierisico van zijn collega te dragen.

55 Waarover Digestentitel 26,10 *(De suspectis tutoribus et curatoribus)*.

56 Paulus libro octavo brevium. *Etiam contutoris factum imputatur collegae, si potuit et debuit suspectum facere: interdum et si debuit satis petere: nam si idoneus subito lapsus est, nihil collegae imputari potest.* Zie ook de gelijksoortige teksten D. 26,7,39,16 en D. 27,8,2.

9 D. 28,5,93(92): de zaak van Pactumeia Magna

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex primo seu decretorum libro secundo. *Pactumeius Androsthenes Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno occiso et rumore perlato, quasi filia quoque eius mortua, mutavit testamentum Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: 'quia heredes, quos volui habere mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto'. Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum. igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.*	Paulus in het eerste boek uit de 'Zes boeken keizerlijke uitspraken gedaan in gerechtelijke procedures' of in het tweede boek van de 'Decreten'. Pactumeius Androsthenes had Pactumeia Magna, de dochter van Pactumeius Magnus, voor het geheel als erfgename ingesteld en haar vader als haar substituut-erfgenaam benoemd. Nadat Pactumeius Magnus was vermoord en het gerucht was verspreid dat ook zijn dochter was overleden, veranderde hij [Androsthenes] het testament. Hij stelde Novius Rufus in als erfgenaam met deze aanhef: "Omdat ik de erfgenamen die ik wilde hebben niet heb kunnen krijgen, stel ik Novius Rufus tot mijn erfgenaam in". Pactumeia Magna diende een verzoekschrift bij onze keizers in en haar zaak werd gehoord. De keizer meende dat zij toch te hulp moest worden gekomen op grond van de wil van de erflater, hoewel, ook al is er een beweegreden voor de erfstelling opgenomen, deze als zij onjuist is niet in de weg pleegt te staan [aan de geldigheid van de erfstelling]. Daarom deed hij uitspraak dat de erfenis aan Pactumeia Magna toekwam, maar dat zij wel de legaten uit het latere testament moest uitkeren, op dezelfde manier als wanneer zij zelf in het latere testament tot erfgename was benoemd.

1 Zie over deze tekst Sanfilippo, *Libri Tres*, 67-71 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 349-356. Zie daarnaast ook F. Schulz, 'Der Irritum im Beweggrund bei der testamentarischen Verfügung' in: E. Genzmer e.a. (ed.), *Gedächtnisschrift für Emil Seckel*, Berlijn 1927, 96-100, H.J. Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972, 189-190, C. Paulus, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht*, Berlijn 1992, 178-181 en U. Babusiaux, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Keulen etc. 2015, 318-320.

2 Inleiding: de twee testamenten van Pactumeius Androsthenes

Een zekere Pactumeius Androsthenes had Pactumeia Magna ingesteld als de enige erfgename van zijn gehele vermogen. Daarnaast had hij haar vader Pactumeius Magnus tot substituut-erfgenaam benoemd voor het geval dat zij bijvoorbeeld vroegtijdig zou komen te overlijden of de erfenis niet zou willen accepteren (*substitutio vulgaris*).[2] Niet veel later werd Pactumeius Magnus vermoord en bereikte Androsthenes het gerucht dat ook Pactumeia Magna was overleden. Hierop veranderde hij zijn testament en benoemde ene Novius Rufus tot erfgenaam, waarbij hij expliciet aangaf dat dit niet zijn eerste keuze was geweest. Uit de feiten kan worden afgeleid dat Androsthenes na het opmaken van dit tweede testament kwam te overlijden. Enige tijd hierna bleek dat Pactumeia Magna nog in leven was en rees de vraag of zij nog op enige wijze aanspraak kon maken op de erfenis van Androsthenes.

3 Prosopografie en onderlinge verhoudingen

Over de door Pactumeius Androsthenes ingestelde erfgenamen is ons op basis van zowel literaire, als papyrologische en epigrafische bronnen het nodige bekend. De Pactumeius Magnus uit de beschrijving van Paulus is hoogstwaarschijnlijk Titus Pactumeius Magnus,[3] een bekende en invloedrijke burger uit de 2e eeuw n. Chr.[4] Hij was een *eques*,[5] die van 176 tot 179 onder Marcus Aurelius de hoge positie van *praefectus Aegypti* bekleedde.[6] Hij werd hierna door Commodus tot de senatorenstand verheven en was in 183 *consul suffectus* samen met Lucius Septimius Flaccus.[7] Hoewel hij in eerste instantie op goede voet met Commodus moet hebben gestaan, liep het slecht met hem af.

---

2 Gai. 2,174-178. Zie verder Voci, *DER II*, 160-170, Kaser, *Privatrecht*, 688-689 en Babusiaux, *Erbrecht*, 153-154.

3 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 67; Wieling, *Auslegung*, 189; Paulus, *Idee*, 178; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 350 nt. 264. Verder Coriat, *Le prince*, 300 en Liebs, *Hofjuristen*, 53.

4 O. Stein, *RE* XVIII.2 (1942), s.v. Pactumeius (nr. 5), 2155-2156; *PIR*² P 39; Leunissen, *Konsuln und Konsulare*, 96, 130 en 399, A. Stein, *Die Präfekten von Ägypten in der römischen Kaiserzeit*, Bern: Francke 1950, 98; H.-G. Pflaum, 'La valeur de l'information historique de la vita Commodi à la lumière des personnages nommément cités par le biographe' *BHAC* 10 (1972), 222; M. Christol, 'Le préfet d'Egypte Titus Pactumeius Magnus et la diffusion de la cité romaine' *RD* 71 (1993), 405-410.

5 Volgens Leunissen, *Konsuln und Konsulare*, 96 waarschijnlijk afkomstig uit Numidië. Een bron hiervoor noemt hij echter niet.

6 Zijn bekleding van deze functie is ons bekend uit verscheidene papyri, zoals BGU II, 525; BGU III, 823; BGU III, 970; IG 1, 1145; P. Fay. 159; P. Oxy. 3, 635; P. Oxy. 65, 4481; P. Teb. 2, 303. De laatste ons bekende datum van zijn prefectuur is 27 juli 179 (P. Mich. Inv. 5262, waarover L.C. Youtie, 'Petition to an epistrategos' *ZPE* 42 (1981), 81-88).

7 *CIL* 6, 2099 (*T(ito) Pactumeio Magno L(ucio) Septimio Fla[cco? co(n)s(ulibus)]*), waarover J. Scheid e.a., *Commentarii Fratrum Arvalium qui supersunt*, Rome 1998, nr. 94.

Na de val van Cleander, een vrijgelatene die als *cubicularius* van Commodus enorme invloed had op het bestuur van het rijk en daar op schandalige wijze misbruik van maakte, werd Pactumeius in 190 samen met zijn familie op bevel van Commodus vermoord, aldus SHA *Comm.* 7,6 ('*Pactumeius Magnus cum suis*').[8] Deze vaststelling wordt ondersteund door de tekst van Paulus.[9]

Ook de Novius Rufus uit D. 28,5,93(92) kan zowel in literaire als epigrafische bronnen worden teruggevonden. Hij kan worden geïdentificeerd als Lucius Novius Rufus,[10] die ons bekend is als één van de medestanders van Clodius Albinus, een concurrent van Septimius Severus in de jaren 196-197.[11] Rufus was een uit Italië afkomstige senator, die in 186 het consulaat had bekleed.[12] We weten op basis van een gerechtelijke beslissing van zijn hand dat hij in ieder geval in februari 193 gouverneur van Hispania Tarraconensis was.[13] Aangezien in de *Historia Augusta* wordt opgemerkt dat Pertinax na de staatsgreep op oudejaarsavond 192 alle reeds aangestelde gouverneurs en andere functionarissen behield,[14] is het goed mogelijk dat Novius Rufus reeds in 192 of misschien al eerder door Commodus tot gouverneur was benoemd.[15] In 196 bekleedde hij hoogstwaarschijnlijk nog steeds die positie en sloot zich in die hoedanigheid aan bij Clodius Albinus. De val van Albinus betekende ook het einde van Rufus: hij werd waarschijnlijk in 197 door één van de generaals van Septimius Severus, T. Claudius Candidus, ter dood gebracht tijdens diens strafexpeditie in Hispania.[16]

Over Pactumeius Androsthenes en Pactumeia Magna is niets anders bekend dan de informatie die aan de tekst van Paulus kan worden ontleend. Hieruit blijkt dat zij[17] de dochter van Pactumeius Magnus was en daarom tot de senatoriale klasse behoorde. Op basis van zijn nomenclatuur kan worden aangenomen dat Pactumeius Androsthenes een vrijgelatene was van ofwel Pactumeius Magnus ofwel Pactumeia Magna.[18] Uit het feit dat hij Pactumeia Magna kon benoemen tot zijn enige erfgenaam, kan worden opgemaakt dat zij zijn *patrona* moet zijn geweest.[19] In het Romeinse recht kon een mannelijke patroon immers niet door zijn *libertus* worden onterfd, tenzij deze meer

8 Waarover Pflaum, 'Valeur', 222.
9 *Idem,* 222.
10 Schulz, 'Irrtum', 99; Paulus, *Idee*, 179; Liebs, *Hofjuristen,* 53.
11 E. Groag, *RE* XVII.1 (1936), s.v. Novius (nr. 20), 1220-1221; *PIR*² N 188-189; Leunissen, *Konsuln und Konsulare,* 14, 130, 248, 289, 365, 371, 402. Zie verder G. Alföldy, *Fasti Hispanienses,* Wiesbaden: Franz Steiner 1969, 42-43, 91, 146, 203, 216, 247.
12 *CIL* 6, 2100, waarover Scheid e.a., *Commentarii*, nr. 95a-b.
13 *CIL* 2, 4125. Het gaat om een beslissing van Rufus in februari van dat jaar, die in november op schrift is gesteld.
14 SHA *Pert.* 12,8.
15 Zie ook Alföldy, *Fasti*, 42.
16 SHA *Sev.* 13,7. Zie ook *PIR*² N 189, Hasebroek, *Untersuchungen*, 102 en Alföldy, *Fasti,* 43.
17 O. Stein, *RE* XVIII.2 (1942), s.v. Pactumeius (nr. 7), 2156 en *PIR*² P 42.
18 Wieling, *Auslegung*, 190; Paulus, *Idee*, 180. Zie over hem ook *PIR*² P 35.
19 Zie ook Paulus, *Idee*, 180. Mommsen, *Staatsrecht* II.2, 976 nt. 1 en Wieling, *Auslegung*, 190 menen dat hij de vrijgelatene van Pactumeius Magnus was. Op een heel ander spoor zit Voci, *DER II*, 861 die meent dat het om haar oom ging.

dan drie kinderen had.[20] Dit betekent dat wanneer Pactumeius Magnus de patroon van Androsthenes was geweest, hij als volwaardig erfgenaam (en niet als substituut-erfgenaam) in het testament opgenomen had moeten worden. Hieruit volgt de conclusie dat niet hij, maar Pactumeia Magna de patroon van Androsthenes moet zijn geweest.[21]

> Het is wel mogelijk dat Pactumeia Magna niet degene was die Androsthenes daadwerkelijk had vrijgelaten. Patronen konden (ook bij leven) vrijgelatenen aan hun kinderen toewijzen (*adsignatio libertorum*) met als gevolg dat deze in het vervolg als de patronen van de toegewezen vrijgelatenen hadden te gelden.[22] Een dergelijke *adsignatio* zou kunnen verklaren waarom Androsthenes ervoor koos om naast Pactumeia Magna haar vader Pactumeius Magnus tot zijn substituut-erfgenaam te benoemen. In een dergelijk geval zou Magnus, wanneer Magna vroegtijdig kwam te overlijden of de erfenis niet zou accepteren, de directe erfgenaam van Androsthenes zijn.

4 De procedure bij de keizer

4.1 Appel of eerste aanleg?

Sanfilippo betoogt dat het hier om een zaak in appel gaat.[23] Volgens hem zou Pactumeia Magna in eerste instantie hebben geprobeerd om de erfenis op te eisen met een *hereditatis petitio*[24] en vervolgens, nadat haar eis was afgewezen, beroep hebben aangetekend bij de keizer. De beschrijving van Paulus biedt hiervoor echter geen aanknopingspunten. Daarnaast kan op basis van de prosopografie van deze zaak worden aangenomen dat het hier om een direct beroep op de keizer gaat. Deze stelling behoeft enige nadere toelichting.

Uit het feit dat Pactumeia Magna een beroep deed op beide keizers (*imperatores nostri*) kan worden opgemaakt dat de zaak na 198 n. Chr. moet hebben gespeeld (d.w.z. vanaf het moment dat Caracalla medekeizer van Severus werd).[25] Hieruit volgt dat ervan moet worden uitgegaan dat Novius Rufus reeds was overleden op het moment dat de zaak door haar aanhangig werd gemaakt. Uit verschillende literaire bronnen blijkt dat Rufus zonder enige

---

20 Gai. 3,41-43. Zie verder over de erfrechtelijke aanspraken van de patroon op het vermogen van een vrijgelatene BZD, nr. 2 (D. 10,2,41/D. 37,14,24) sub 3.

21 Zie ook Paulus, *Idee*, 180, die het feit dat Androsthenes Pactumeia als enige erfgenaam instelde uitlegt als een teken van grote dankbaarheid en verbondenheid tussen beiden.

22 Zie D. 38,4,1. Zie over de *adsignatio libertorum* verder het commentaar op D. 10,2,41/D. 37,14,24 (BZD, nr. 2).

23 Sanfilippo, *Libri Tres*, 67.

24 Waarover Digestentitel 5,3. Zie Kaser, *Privatrecht*, 735 e.v. en aldaar genoemde auteurs (nt. 1). Zie verder ook nog M. Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Keulen etc.: Böhlau 1998.

25 SHA *Sev*. 16,3. Zie ook Birley, *Septimius Severus*, 130.

vorm van proces was geëxecuteerd en dat zijn vermogen door de keizer, dat wil zeggen de *fiscus*, was geconfisqueerd (de zogeheten *publicatio bonorum*):[26]

> SHA *Sev.* 12,1: 'Nadat talloze mensen van de kant van Albinus waren gedood, waaronder vele voorname burgers en vele illustere vrouwen, werden hun vermogens geconfisqueerd en vergrootten de keizerlijke schatkist.'[27]

> SHA *Sev.* 13,1: 'Hij doodde echter zonder een proces de volgende edelen: (…) Novius Rufus (…).'[28]

> Her. 3,8,2: 'Ook trof hij maatregelen in Gallië die hij zelf uitstekend achtte: executie van alle vrienden van Albinus, of ze nu vrijwillig voor hem partij hadden gekozen of noodgedwongen, en confiscatie van hun bezittingen.'[29]

> Her. 3,8,7: 'Voor ieder had hij een beschuldiging klaar: de senatoren uit het oosten verweet hij hun vriendschap met Niger, mensen uit het westen hun banden met Albinus. Alle vooraanstaande leden van de senaat, iedereen in de provincies die wat betreft rijkdom of adel uitstak boven de rest liet hij meedogenloos terechtstellen. Met als excuus 'grote ergernis jegens vijanden', maar de werkelijke reden was een andere: zijn ongekende inhaligheid. Nooit is er een keizer geweest die zo aan bezit was verslingerd als hij.'[30]

Uit deze gebeurtenissen kan worden afgeleid dat het vermogen van Rufus in 197 in handen van de *fiscus* was gekomen.[31] De volgende vraag die men zich moet stellen is of Androsthenes reeds hiervoor al overleden was en zijn erfenis daarom deel uitmaakte van het vermogen van Rufus. Uit de feiten blijkt dat dat dit inderdaad het geval moet zijn geweest. Als Androsthenes was overleden na Rufus, was het testament immers ongeldig geweest aangezien de enige erfgenaam was gestorven (Gai. 2,144). Dit had als gevolg dat het intestaaterfrecht in werking zou zijn getreden en hierover wordt in de beschrijving van Paulus niet gesproken. Bovendien gaat de beslissing van de keizer uit van de geldigheid van het tweede testament, zoals hieronder nader zal worden toegelicht (paragraaf 4.3). Wanneer wij aannemen dat de

---

26 Waarover bijvoorbeeld Millar, *Emperor,* 163-174 en Mommsen, *Strafrecht,* 1005 e.v. Bij een dergelijke confiscatie van een vermogen werd de *fiscus* gezien als de enige erfgenaam van de geëxecuteerde (Mommsen, *Strafrecht*, 1005-1006) en werden eventuele andere erfgenamen, zoals kinderen, onterfd.

27 *Interfectis innumeris Albini partium viris, inter quos multi principes civitatis, multae feminae inlustres fuerunt, omnium bona publicata sunt aerariumque auxerunt.*

28 *Occidit autem sine causae dictione hos nobiles: (…) Novius Rufus (…).*

29 τά τε κατὰ τὰς Γαλλίας, ὡς ᾤετο, ἄριστα διαθείς, πάντας τε τοὺς Ἀλβίνου φίλους εἴτε ἑκουσίως εἴθ' ὑπὸ ἀνάγκης αὐτῷ γνωρισθέντας φονεύσας, τάς τε οὐσίας αὐτῶν δημεύσας, (…).

30 ἄλλοις δὲ ἄλλας ἐπιφέρων αἰτίας, τοῖς μὲν ἐξ ἀνατολῆς ἀνθρώποις φιλίαν <Νίγρου> τοῖς δ' ἐπὶ θάτερα γνῶσιν Ἀλβίνου, πάντας τοὺς ἐξέχοντας τότε τῆς συγκλήτου βουλῆς καὶ τοὺς κατὰ ἔθνη πλούτῳ ἢ γένει ὑπερέχοντας ἀφειδῶς ἀνῄρει, ὡς μὲν προσεποιεῖτο, χαλεπαίνων πρὸς ἐχθρούς, τὸ δ' ἀληθές, ὑπερβαλλούσης ἐν αὐτῷ φιλοχρηματίας· οὐδεὶς γοῦν βασιλέων οὕτω χρημάτων ἠττήθη.

31 Of wellicht zelfs werd toegevoegd aan de *res privata* van Severus, waarover ook ALD, paragraaf 1.4.2.3.

erfenis van Androsthenes deel uitmaakte van het vermogen van Rufus, was er een duidelijke reden voor Pactumeia om een direct beroep op de keizer te doen: Rufus' vermogen, inclusief de erfenis, bevond zich bij de *fiscus* en dit betekende dat Pactumeia Magna zich tot niemand anders dan de keizer zelf kon wenden om alsnog haar erfenis in een procedure tegen de *fiscus* op te eisen.

4.2 Juridische basis van de petitie van Pactumeia Magna

Naar aanleiding van het voorgaande rijst de vraag waarop het verzoek van Pactumeia was gebaseerd. Met andere woorden, wat was de juridische grondslag van haar eis? In het Romeinse recht leidde elke verandering van een testament automatisch tot het ontstaan van een nieuw testament.[32] Dit betekende dat Androsthenes twee testamenten had gemaakt: een eerste testament waarin hij Pactumeia en haar vader tot erfgenaam resp. substituut-erfgenaam had benoemd en een tweede testament waarin hij Novius Rufus tot zijn erfgenaam had ingesteld. Tegelijkertijd had de creatie van een tweede nieuwer testament als gevolg dat het eerste oudere testament zijn geldigheid verloor en in zijn geheel werd vervangen door het tweede testament.[33] De toepassing van deze regel in het geval van Pactumeia Magna bracht met zich dat het testament dat Androsthenes ten gunste van haar had opgesteld als ongeldig moest worden aangemerkt. Dan rijst de vraag of zij haar verzoek op het tweede testament kon gronden. Er doen zich in dit verband twee mogelijkheden voor.

De eerste mogelijke grondslag voor het verzoekschrift van Magna houdt verband met het patronaat van Pactumeia Magna. Hierboven werd reeds opgemerkt dat een *libertus* zijn *patronus* niet zonder meer kon onterven. In de tijd van Paulus was hij verplicht om een deel van zijn vermogen aan zijn patroon na te laten, tenzij hij drie of meer kinderen had.[34] Had de vrijgelatene dit niet gedaan, dan kon de patroon *bonorum possessio contra tabulas* aanvragen.[35] Dit recht gold echter niet onverkort voor vrouwelijke patronen, zoals blijkt uit Gai. 3,49 en 50. Zij hadden in beginsel slechts recht op de erfenis van hun vrijgelatene wanneer deze overleed zonder enige testamentaire of intestaaterfgenamen,[36] hetgeen in de zaak van Pactumeia Magna niet het geval was (Androsthenes had immers een geldig testament gemaakt, waarin Novius Rufus als erfgenaam werd benoemd). Door de *lex Iulia et Papia Poppaea*[37] werd bepaald dat vrijgeboren vrouwen wel dezelfde erfrechtelijke

32 D. 28,1,21,1. Zie ook expliciet Babusiaux, *Erbrecht,* 162.
33 Gai. 2,144 en *UE* 23,2, waarin expliciet over een *mutatio* wordt gesproken. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 691 en Babusiaux, *Erbrecht,* 163.
34 Gai. 3,41-42 en Digestentitel 38,2, in het bijzonder D. 38,2,1,2. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 708-709.
35 Zie bijvoorbeeld D. 38,2,2 *pr.* Zie over *bonorum possessio contra tabulas* Kaser, *Privatrecht*, 707 e.v.
36 Gai. 3,49 in verbinding met 3,40.
37 Waarover Rotondi, *Leges*, 457-462.

aanspraken genoten als mannelijke patronen, indien zij twee of meer kinderen hadden voortgebracht. Uit de tekst blijkt op geen enkele wijze dat Pactumeia Magna aan dit vereiste voldeed. Hieruit volgt dat het onwaarschijnlijk is dat het verzoek van Pactumeia aan de keizers was gebaseerd op haar aanspraken als *patrona.*

Het is aannemelijker dat Pactumeia haar verzoek baseerde op de bewoordingen van het tweede testament.[38] De erflater Androsthenes had bij de erfstelling in het tweede testament uitdrukkelijk vermeld dat hij liever andere erfgenamen had benoemd, maar dat hij deze niet meer kon instellen en daarom Novius Rufus als erfgenaam had ingesteld (*'quia heredes, quos volui habere mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto'*). Gezien de omstandigheden mag worden aangenomen dat hij hiermee verwees naar de personen die hij in zijn eerste testament tot erfgenaam had benoemd of dat Pactumeia in ieder geval de bepaling op deze wijze interpreteerde. Een dergelijke expliciet vermelde beweegreden werd in het Romeinse recht een *causa* genoemd. In het klassieke Romeinse recht gold in beginsel de regel '*falsa causa non nocet*', 'een onjuiste beweegreden schaadt niet' voor zowel erfstellingen als voor andere testamentaire beschikkingen, zoals legaten.[39] Hiermee werd bedoeld dat de geldigheid van een testamentaire beschikking niet werd aangetast door een (later blijkende) onjuistheid van de beweegreden ervan. In het geval van Pactumeia Magna had een strikte toepassing van deze regel als gevolg moeten hebben dat de erfstelling ten gunste van Novius Rufus in het tweede testament niet werd aangetast door de op onjuiste veronderstellingen gebaseerde beweegredenen van Androsthenes en dat het tweede testament dus zonder meer geldig was. Hieruit volgt dat de juridische grondslag van de eis van Pactumeia zeer wankel lijkt te zijn geweest.

Aan de zojuist beschreven regel werd echter niet onverkort de hand gehouden. Paulus beschrijft in zijn werk over de processen bij de *septemviri* over een soortgelijk probleem, dat zich voordeed in een proces ten overstaan van Hadrianus:[40]

> D. 5,2,28: 'Toen een moeder onjuist had vernomen dat haar zoon, een soldaat, was overleden, en in haar testament andere erfgenamen had benoemd, heeft de vergoddelijkte Hadrianus uitspraak gedaan dat de erfenis aan de zoon toekwam op zo'n manier, dat de vrijlatingen en legaten moesten worden uitgekeerd. Hierop moet worden gelet, dat de bepaling over de vrijlatingen en legaten wordt toegevoegd: want wanneer een plichtvergeten testament wordt bewezen, dan is er niets uit dit testament geldig.'[41]

---

38 Deze grondslag voor de eis van Pactumeia sluit ook beter aan bij het door Paulus in het *consilium* ingenomen standpunt, zie paragraaf 4.3 *infra.*

39 Zie bijvoorbeeld D. 35,1,17,2 en I. 2,20,30-31 en in de literatuur Voci, *DER II*, 857-878. Zie daarnaast H.J. Wieling, 'Falsa demonstratio, condicio pro non scripta, condicio pro impleta im römischen Testament' *ZSS* 87 (1970), 197 e.v., i.h.b. 205-212.

40 Zie over deze tekst Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 341-349.

41 Paulus libro singulari de septemviralibus iudiciis. *Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. Hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*

In deze zaak had een moeder haar zoon niet tot erfgenaam benoemd, omdat zij in de waan verkeerde dat hij (aan het front?) overleden was. Later bleek de zoon echter nog in leven te zijn en uit Paulus' beschrijving van de zaak kan worden afgeleid dat hij het testament van zijn moeder als plichtvergeten aanvocht met een zogeheten *querela inofficiosi testamenti*.[42] Een belangrijk voorbeeld van een plichtvergeten testament was het geval waarin kinderen door hun ouders waren onterfd of niet in het testament waren opgenomen:

> D. 5,2,3: 'Beweren dat een testament plichtvergeten is houdt in dat men moet aantonen, waarom men niet moest worden onterfd of gepasseerd. Dit gebeurt meestal, wanneer ouders op grond van een onjuiste beweegreden hun kinderen onterven of passeren.'[43]

De *querela inofficiosi testamenti* richtte zich tegen de testeerbevoegdheid van de testator: aan de actie lag de gedachte ten grondslag dat de testator '*non sanae mentis*' was toen hij het plichtvergeten testament opstelde.[44] De toekenning van de *querela* had om die reden als gevolg dat het gehele testament ongeldig was.[45] In het door Paulus beschreven geval had de toekenning van de *querela* aan de zoon dus als gevolg dat het testament van de moeder, inclusief alle vrijlatingen en legaten, als ongeldig zou moeten worden aangemerkt, hetgeen in de ogen van Hadrianus onwenselijk was. Daarom koos hij in dit bijzondere geval voor een tussenoplossing, die voorbijging aan de regels van het *ius civile*, maar recht deed aan de belangen van alle betrokken partijen.[46] Hij oordeelde dat de zoon als erfgenaam moest worden aangemerkt, maar dat tegelijkertijd het testament in stand bleef met als gevolg dat de zoon verplicht was tot uitkering van de hierin opgenomen vrijlatingen en legaten.

Hoewel de twee door Paulus beschreven gevallen (D. 28,5,93(92) en D. 5,2,28) op elkaar lijken, bestaat er een belangrijk verschil tussen beide teksten. In D. 5,2,28 had de zoon een duidelijke juridische basis voor zijn eis, hij kon zich beroepen op de regelingen omtrent het plichtvergeten testament. Een dergelijke onderbouwing voor het verzoek van Pactumeia Magna lijkt te ontbreken. Het beroep van de zoon op de *querela inofficiosi testamenti* sneed hoogstwaarschijnlijk hout, met als gevolg dat het testament op grond van het bestaande recht door de keizer ongeldig diende te worden verklaard. Om de aanspraken van de zoon met de belangen van de andere betrokkenen,

---

42 De grondslag van de eis van de zoon is onderwerp van debat in de literatuur, waarover Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 343-344. Mijns inziens moet uit de bewoordingen van de laatste zin worden afgeleid dat het hier om een procedure op basis van een *querela inofficiosi testamenti* gaat.

43 Marcellus libro tertio digestorum. *Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.*

44 D. 5,2,2 en D. 5,2,17,1.

45 Vgl. D. 5,2,6,1.

46 Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 344 e.v.

zoals de legatarissen en de vrijgelaten slaven, te kunnen verenigen, was het voor Hadrianus noodzakelijk om tot een tussenoplossing te komen. Aan het verzoek van Pactumeia Magna ontbrak een dergelijk solide grondslag en er was dus ook in beginsel geen dwingende juridische reden voor de keizer om haar eis toe te kennen en tot eenzelfde soort beslissing te komen. Severus dacht hier echter anders over.

4.3 De uitspraak van de keizer

Uit zijn beschrijving van de beraadslagingen in het *consilium* blijkt dat Paulus en de keizer het niet met elkaar eens waren over de 'juiste' oplossing voor het geschil.[47] De jurist vermeldt expliciet dat het niet de gewoonte was om een onjuiste beweegreden in de weg te laten staan aan de geldigheid van een erfstelling (*licet modis…obesse*). Hieruit volgt dat hij waarschijnlijk betoogde dat de regel *falsa causa non nocet* in dit geval onverkort moest worden toegepast en dat het verzoek van Pactumeia Magna om deze reden moest worden afgewezen.

De keizer was echter van mening dat Pactumeia Magna te hulp moest worden gekomen. Hij baseerde zijn oordeel op de wil (*voluntas*) van de erflater en besliste dat de erfenis aan Pactumeia Magna diende toe te komen, maar dat zij, als ware zij tot erfgename in het tweede testament benoemd, verplicht was om de in het tweede testament opgenomen legaten uit te keren. Deze constructie is in juridisch opzicht op zijn minst opmerkelijk te noemen en verdraagt zich op verschillende punten slecht met het *ius civile*.[48] De beslissing dat de nalatenschap aan Pactumeia toekwam '*si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta*' lijkt om te beginnen te impliceren dat de keizer de erfstelling in het tweede testament op basis van de *falsa causa* als ongeldig beschouwde. Met andere woorden, anders dan Paulus meende de keizer dat een *falsa causa* in dit geval wel invloed had op de erfstelling. Dit zou echter logischerwijs met zich mee moeten hebben brengen dat het gehele tweede testament, inclusief alle legaten, ongeldig was, aangezien de ongeldigheid van de erfstelling de ongeldigheid van het testament en alle hierin opgenomen legaten en vrijlatingen tot gevolg had ('*heredis institutio est caput et fundamentum totius testamenti*').[49] Deze conclusie werd echter niet getrokken: uit het tweede deel van de beslissing blijkt juist dat de keizer alle legaten en andere individuele beschikkingen van het tweede testament in stand liet en Pactumeia verplichtte om deze uit te keren 'als ware zij tot erfgename in het latere testament benoemd', hetgeen weer de geldigheid van het laatste tes-

47 Paulus, *Idee*, 180-181.

48 Zie over de juridische haken en ogen aan het keizerlijke oordeel Schulz, 'Irrtum', 99, Sanfilippo, *Libri Tres*, 68-71 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 352-354.

49 Vgl. Sanfilippo, *Libri Tres*, 68-69 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 353. Zie voor de regel dat een ongeldige erfstelling leidt tot de ongeldigheid van het testament bijvoorbeeld Gai. 2,229. Zie hierover ook Voci, *DER II*, 110 e.v. en Kaser, *Privatrecht*, 686.

tament lijkt te veronderstellen.[50] Het lijkt erop alsof de keizer de twee testamenten samen wilde voegen door het tweede testament in stand te laten met dien verstande dat de erfgenaam uit het eerste testament, Pactumeia Magna, in de plaats van die uit het tweede testament, Novius Rufus, trad.[51]

Uit het voorgaande volgt dat de beslissing in deze zaak een duidelijk voorbeeld is van een geval waarin de keizer voorbijging aan de regels van het *ius civile*[52] en op basis van de *aequitas* tot een beslissing kwam die voor alle betrokken personen bevredigend was. Hij liet het tweede testament in beginsel in stand, maar bracht hier een billijkheidscorrectie op aan op basis van de veronderstelde wil van de erflater: Pactumeia moest worden behandeld alsof zij ook in het tweede testament als erfgename was ingesteld.[53] Door deze constructie werd de veronderstelde wil van de erflater zo goed mogelijk nageleefd.[54] Aan de ene kant werd zijn laatste verklaarde wil met betrekking tot de legaten gerespecteerd,[55] aan de andere kant werd waarde gehecht aan zijn verwijzing naar zijn eerdere testament met betrekking tot de daarin opgenomen erfstelling.[56]

De beslissing van Severus kwam echter niet geheel uit de lucht vallen. Zo zagen wij dat Hadrianus zich in een eerdere zaak van een soortgelijke constructie had bediend.[57] In een ander geval, waarin de erflater de namen van de erfgenamen had doorgehaald, kwam Marcus Aurelius tot eenzelfde soort beslissing. Hij oordeelde dat de vrijlatingen en legaten, die in hetzelfde testament waren opgenomen, in stand bleven en moesten worden uitgekeerd, ondanks het feit dat de erfstellingen waren doorgehaald.[58] In al deze gevallen stond het de keizers vrij om een strikte toepassing van het *ius civile* achterwege te laten en hun oordeel te baseren op andere gronden, waarbij de wil van de erflater steeds een doorslaggevende rol speelde. In die zin sloten de uitspraken van Hadrianus, Marcus Aurelius en Septimius Severus aan bij de algemene praktijk onder de Romeinse juristen om bij de uitleg van testa-

50 Zo ook Wieling, *Auslegung,* 190; Schulz, 'Irrtum', 99; Paulus, *Idee*, 178-179.
51 Vgl. Babusiaux, *Erbrecht,* 320.
52 Mommsen, *Staatsrecht* II.2, 976 nt. 1; Sanfilippo, *Libri Tres,* 68 e.v.; Volterra, 'Il problema del testo', 987; Paulus, *Idee,* 179; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 356.
53 Wieling, *Auslegung*, 190 ('Pactumeia Magna tritt an die Stelle des heres scriptus Novius Rufus') en Paulus, *Idee,* 181.
54 Vgl. Paulus, *Idee*, 180-181.
55 Vgl. D. 37,11,1,1.
56 Zie anders Babusiaux, *Erbrecht,* 320 die meent dat de keizer de in het tweede testament opgenomen beweegreden interpreteerde als een *fideicommissum hereditatis* en op die grond tot zijn beslissing kwam. De tekst biedt echter geen duidelijke aanknopingspunten voor deze aanname, terwijl men zou verwachten dat Paulus wel melding zou maken van een dergelijke (voor hem waarschijnlijk acceptabelere) constructie. Dit doet hij bijvoorbeeld wel in een andere zaak van de *Decreta* D. 36,1,76(74' *pr.,* waarin een soortgelijk geval wordt beschreven.
57 Zie hierover ook uitgebreid Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 354-355.
58 D. 28,4,3. Zie voor een vergelijking tussen dit geval en D. 28,5,93(92) Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 355.

mentaire bepalingen grote waarde toe te kennen aan de *voluntas testatoris*,[59] zij het dat de keizers hierin een stap verder gingen door het geldende recht opzij te zetten om de wil van de erflater tot uiting te laten komen.

In het specifieke geval van Pactumeia Magna moeten daarnaast ook andere overwegingen een rol hebben gespeeld. Zoals hierboven reeds is beargumenteerd, bevond de erfenis van Androsthenes zich bij de keizerlijke *fiscus*. Hieruit volgt dat de keizer niet alleen besliste dat de erfenis toebehoorde aan Pactumeia, maar ook dat hij deze uit eigen zak aan haar uitbetaalde. Hij koos er dus bewust voor om de verzoekster financieel tegemoet te komen, zonder dat hiervoor een wettelijke basis bestond. Tegelijkertijd hield hij in zijn beslissing ook rekening met de belangen van de betrokken legatarissen.[60] Hierdoor kreeg de beslissing het karakter van een keizerlijke weldaad en droeg zo bij aan het imago van de keizer als een rechtvaardige en barmhartige vorst.[61]

59 Zie hierover Voci, *DER II,* 885 e.v., Babusiaux, *Erbrecht,* 295 e.v. en Wieling, *Auslegung,* i.h.b. 159 e.v.

60 Die, zoals Rizzi treffend opmerkt, immers hun recht baseerden op een naar *ius civile* geldig testament, zie Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 353-354.

61 Reeds Mommsen, *Staatsrecht* II.2, 976 nt. 1: 'Politische Motive spielten ohne Zweifel mit.' Zie daarnaast ook Schulz, 'Irrtum', 99 en Paulus, *Idee*, 179.

10 D. 29,2,97: de testamenten van Clodius Clodianus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro tertio decretorum. *Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat: scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. dicebam non repudiare eum, qui putaret posterius valere. pronuntiavit Clodianum intestatum decessisse.*	Paulus in het derde boek van de 'Decreten'. Clodius Clodianus had, nadat hij eerder een testament had gemaakt, later dezelfde erfgenaam in een ander testament benoemd, dat niet op geldige wijze was opgemaakt. Omdat de benoemde erfgenaam meende dat dit latere [testament] geldig was, wilde hij op basis hiervan de nalatenschap aanvaarden, maar later werd duidelijk dat dit niet geldig was. Papinianus meende dat hij op grond van het eerste testament de nalatenschap had verworpen, terwijl hij op grond van het tweede testament niet kon aanvaarden. Ik zei dat degene die meende dat een later [testament] geldig was, niet [een eerder testament] verwierp. De keizer deed uitspraak dat Clodianus zonder testament was overleden.

2 Feiten

Clodius Clodianus had op enig moment een testament gemaakt waarin hij een erfgenaam had aangewezen, die hierna voor het gemak 'Titius' zal worden genoemd. Niet lang hierna besloot hij vanwege ons onbekende redenen het testament te herzien. Hij stelde een tweede testament op, waarin hij wederom Titius als erfgenaam benoemde, maar dat blijkbaar daarnaast andere bepalingen dan het eerste bevatte. Bij het overlijden van Clodianus aanvaardde Titius de nalatenschap op basis van het tweede testament, aangezien hij in de veronderstelling verkeerde dat dit op geldige wijze was opgemaakt. Dit bleek later echter niet het geval te zijn. De gevolgen hiervan voor de rechten van Titius ten aanzien van de nalatenschap van Clodianus waren het onderwerp van de procedure voor de keizer.

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 119 e.v., Voci, *DER I*, 624, Nörr, *Rechtskritik*, 127-128, Honoré, *Emperors*, 23-24 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 356 e.v.

3 Prosopografie

Voordat kan worden overgegaan tot de inhoudelijk beoordeling van het geschil, moet eerst aandacht worden besteed aan de persoon van de erflater, Clodius Clodianus. Er wordt aangenomen[2] dat het gaat om Ti. Claudius Claudianus, één van de generaals van Septimius Severus.[3] Claudianus kwam oorspronkelijk uit Afrika, hoogstwaarschijnlijk uit de stad Rusicade in de provincie Numidia.[4] Hij was afkomstig uit de ridderstand, maar werd in 193 samen met een aantal andere *homines novi* door Severus tot de senaat verheven.[5] Hierna heeft hij een aanzienlijke carrière gehad, zoals blijkt uit twee ere-inscripties uit Numidië voor hemzelf (tussen 197 en 200) en zijn zuster, Claudia Gallitta (na 200):[6]

> *CIL* 8, 5349: 'Voor Tiberius Claudius Claudianus, zoon van Publius, lid van de tribus Quirina, een *vir clarissimus* en van consulaire rang, *legatus Augustorum pro praetore* van de provincie Pannonia inferior, *legatus* van het tweede legioen met de bijnaam *adiutrix*, aanvoerder van het Dacische detachement, *legatus* van het dertiende legioen *Gemina* en het vijfde legioen *Macedonica Pia*, *praetor tutelarius* op voordracht van de keizers, *septemvir epulonum* en priester van *Laurentes Lavinates* [de rest van de tekst ontbreekt]'[7]

> *CIL* 8, 7978: 'Voor Claudia Gallitta, dochter van Publius, lid van de tribus Quirina, echtgenote van Quintus Austurnius Lappianus, zoon van Publius, lid van de tribus Quirina, aan wie het *equus publicus* is toegekend, aediel, viermaal *tresvir coloniae*, driemaal *praefectus coloniae*, tweemaal *ducenarius*, zuster van Tiberius Claudius Claudianus, *vir clarissimus* en van consulaire rang, *legatus Augustorum pro praetore* van de provincies en de legers van Pannonia inferior en superior, aanvoerder van het Dacische detachement, *legatus* van het dertiende legioen *Gemina* en het vijfde legioen *Macedonica Pia*, op voordracht van de keizers en voor hen een zeer toegewijde *praetor tutelarius*, *septemvir epulonum* en priester van

2 Coriat, *Le prince*, 300 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 357 nt. 287. Zie over (het ontstaan van) de tendens om de letters *au* te vervangen door een lange *o* W.S. Allen, *Vox latina. A guide to the pronunciation of classical Latin*, Cambridge etc.: Cambridge University Press 1978, 60-62. Opgemerkt moet worden dat de vervanging van de letters *au* door een *o* geen algemeen gebruik was, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de vervanging van *ae* door een *e*, zie J. Clarkson, 'The social dialects of Latin' in: J. Clarkson (ed.), *A companion to the Latin language*, Oxford: Wiley-Blackwell 2011, 561 e.v.

3 *PIR*² C 834 en E. Groag, *RE* III.2 (1899), s.v. Claudius (nr. 109), 2695. Zie verder Alföldy, 'Senat', 139 en Birley, *Septimius Severus*, 106, 121, 124, 144 en 195.

4 Birley, *Septimius Severus*, 106.

5 Alföldy, 'Senat', 113 e.v. Zie ook Birley, *Septimius Severus*, 106-107.

6 Naast deze twee ere-inscripties bestaat er nog een derde inscriptie voor de vrouw van Claudianus, Pomponia Germanilla, *CIL* 8, 7977. Deze bevat echter geen bijzondere details over de carrière van haar man.

7 *[Ti(berio)] Cl(audio) [P(ubli) f]i[l(io) Quir(ina)] / Claudia[no] / c(larissimo) v(iro) co(n)s(uli) [--- leg(ato)] / Auggg(ustorum) pro pr(aetore) [prov(inciae)] / Pan(noniae) infer(ioris) l[eg(ato) leg(ionis) II] / Adiutr(icis) praepos[ito] / vexilla[t(ionum)] Dacis[c(arum) leg(ato)] / leg(ionis) XIII Gem(inae) et V [M]a/ced(onicae) Pi[a]e candidat[o] / Augg[g(ustorum) prae]tori t[u]/[tel] ar[io sace]rdot(i) / VIIvi[ro epul(onum)] sa[cer]do[ti L]aur[enti]um / Lav[inatium ------*

> *Laurentes Lavinates*, voor zijn uitzonderlijke echtgenote heeft Quintus Austurnius Lappianus op eigen kosten dit [monument] geplaatst op decreet van de gemeenteraad.'[8]

Naast een aantal priesterschappen bekleedde Claudianus de positie van *praetor tutelarius* op voordracht van keizer Septimius Severus zelf en vervulde deze functie blijkens de tweede hierboven geciteerde inscriptie met grote toewijding.[9] Hij was tussen 194 en 197 commandant van het dertiende legioen *Gemina* en het vijfde legioen *Macedonica Pia*, die beide gelegerd waren in Dacië, en was hij tevens bevelhebber van de Dacische *vexillatio*.[10] Hij steunde met deze troepen Septimius Severus in diens oorlog tegen Albinus,[11] hetgeen hem geen windeieren legde. Na de overwinning van Severus bekleedde hij achtereenvolgens de positie van *legatus Augusti* en opperbevelhebber van de legioenen van de in militair opzicht belangrijke[12] provincies Pannonia Inferior (197-198)[13] en Pannonia Superior (na 201).[14] Waarschijnlijk vervulde hij tussen deze twee posities, dat wil zeggen in 199 of 200, de functie van *consul suffectus*.[15] Op basis van een inscriptie[16] uit Pannonia Superior kan worden vastgesteld dat de provincie vanaf 207 in ieder geval door een andere *legatus Augusti*, Egnatius Victor geheten, werd bestuurd. Van Claudius Claudianus zijn vanaf die tijd geen verdere inscripties bekend, noch vinden we verwijzingen naar hem in andere (literaire) bronnen. Het is daarom aannemelijk dat hij tijdens zijn gouverneurschap of kort daarna is overleden. Dit zou betekenen dat de rechtszaak over zijn testament tussen 202 en 211 moet hebben plaatsgevonden.

---

8 *Claudiae P(ubli) f(iliae) / Quir(ina) Gallittae / coniugi / Q(uinti) Austurni P(ubli) f(ilii) / Quir(ina) Lappiani eq(uo) / p(ublico) exor(nati) aed(ilis) IIIvir(i) IIII col(oniarum) / praef(ecti) III col(oniarum) duc(enarii) bis / sorori / Ti(berio)) Claudi Claudiani leg(ati) / Auggg(ustorum) pr(o) pr(aetore) c(larissimi) v(iri) consul(aris) / provinc(iarum) et exerc(ituum) Pann(oniarum) / inferior(is) et superior(is) / praeposito vexillation(um) / Daci{i}scarum leg(ato) leg(ionis) XIII Gem(inae) / et V Macedonicae Piae / candidato Auggg(ustorum) et / eis devotiss[im]o prae/tori tutelar[io sacer]/doti septemv[iro] / epulonum [sacer]do/ti Laurent(ium) Lavinat(ium) / Q(uintus) Austurnius / Lappianus coniug(i) ra/rissimae s(ua) p(ecunia) p(osuit) d(ecreto) d(ecurionum)*

9 Zie *CIL* 8, 7978: '*devotissimus*'.

10 Zie ook *CIL* 3, 905. Zie verder over deze functies Groag, *RE* III.2 (1899), s.v. Claudius (nr. 109), 2695, Alföldy, 'Senat', 139 en Birley, *Septimius Severus*, 106 en 121.

11 Birley, *Septimius Severus*, 125.

12 Zie over het beleid van Severus met betrekking tot dergelijke belangrijke (militaire) posities Birley, *Septimius Severus*, 195.

13 Zie *CIL* 3, 3387 en *CIL* 3, 3745. Zie verder Groag, *RE* III.2 (1899), s.v. Claudius (nr. 109), 2695, *PIR*² C 834 en Alföldy, 'Senat', 139 en 156-157. Overigens gaat Alföldy ervan uit dat Claudianus ook in 199 nog *legatus* van Pannonia Inferior was, 'Senat', 157.

14 Uit inscripties is bekend dat tot en met 201 L. Fabius Cilo *legatus Augusti* in Pannonia Superior was en als zodanig een grootschalige restauratie van de bruggen in de provincie verzorgde: *CIL* 3, 4617, 4622, 4638, 4640 en 4642. Zie ook E. Groag, *RE* VI.2 (1909), s.v. Fabius (nr. 65), 1763-1768. Voorts over Claudianus' bewind in de provincie Groag, *RE* III.2 (1899), s.v. Claudius (nr. 109), 2695, *PIR*² C 834 en Alföldy, 'Senat', 139.

15 Groag, *RE* III.2 (1899), s.v. Claudius (nr. 109), 2695, *PIR*² C 834 en Alföldy, 'Senat', 139.

16 *CIL* 3, 4364 = 3, 11082.

4 Procedure bij de keizer

4.1 Rechtsvraag en debat in het *consilium*

4.1.1 Rechtsvraag en standpunten van partijen

De verhouding tussen twee achtereenvolgende testamenten die door dezelfde erflater waren opgemaakt, werd, zoals reeds bij de bespreking van D. 28,5,93(92) ter sprake kwam, in het Romeinse recht beheerst door de stelregel '*tunc prius testamentum rumpitur cum posterius rite perfectum est*': een tweede geldig (*rite*) opgemaakt testament had als gevolg dat een eerder testament werd herroepen en niet langer bestond.[17] In het licht van deze regel had de erfgenaam Titius dan ook de erfenis op basis van het tweede testament aanvaard, aangezien hij in de veronderstelling verkeerde dat dit testament geldig was (met als het gevolg dat het eerste testament niet langer bestond). Toen dit later niet het geval bleek te zijn, rees de vraag of Titius de nalatenschap nog op basis van het eerste testament kon aanvaarden, aangezien hij ook hierin tot erfgenaam was benoemd. De geldigheid van het eerste testament stond blijkens de tekst bij de beantwoording van deze vraag buiten discussie. De beraadslagingen in het *consilium*, die ongetwijfeld op het partijdebat gedurende de hoorzitting waren gebaseerd, centreerden zich slechts rondom de vraag of Titius door het aanvaarden van de nalatenschap op grond van het tweede testament, automatisch ook de nalatenschap op basis van het eerste testament had verworpen.

Titius moet hebben betoogd dat dit niet het geval was. Het feit dat het tweede testament op ongeldige wijze was opgemaakt en niet als basis kon dienen voor zijn verkrijging van de nalatenschap had als keerzijde dat er nooit een herroeping van het eerste testament had plaatsgevonden. Aangezien dit nog steeds bestond en geldig was opgemaakt, kon hij de nalatenschap op basis van dit testament alsnog aanvaarden. Uit de tekst wordt niet duidelijk wie Titius' aanspraak op de nalatenschap betwistte. Op het eerste gezicht lijkt een procedure tussen hem en de intestaaterfgenamen van Clodianus het meest waarschijnlijk. De intestaaterfopvolging trad immers in werking, wanneer een nalatenschap door de testamentair erfgenaam was verworpen en er geen andere testamentaire erfgenaam was.[18] De intestaaterfgenamen zullen om die reden waarschijnlijk hebben betoogd dat het accepteren van het tweede testament tegelijk een verwerping van het eerste testament met zich meebracht met als gevolg dat Clodianus *intestatus* was overleden.

17 Gai. 2,144. Zie bijvoorbeeld ook D. 28,1,21,1, D. 28,2,13,1 en D. 28,4,1,4 en verder Voci, *DER II*, 488 e.v en Kaser, *Privatrecht*, 691 e.v.

18 Zie bijvoorbeeld D. 29,2,39 en Gai. 2,144. Daarnaast Kaser, *Privatrecht*, 677.

4.1.2 De verwerping van het eerste testament: de meningen van Paulus en Papinianus

In het Romeinse recht moest een nalatenschap in sommige gevallen door de erfgenaam worden aanvaard, terwijl zij in andere gevallen automatisch bij het overlijden van de erflater op de erfgenaam of erfgenamen overging.[19] Het laatste gold voor de zogeheten *heredes necessarii*, de personen die bij het overlijden van de erflater *sui iuris* werden, d.w.z. zijn zoons, dochters en hun nageslacht en de echtgenote *in manu*.[20] Behoorde een erfgenaam niet tot deze groep, dan moest hij de nalatenschap aanvaarden. Een aanvaarding geschiedde door een al dan niet door de erflater van de erfgenaam geëiste uitdrukkelijke verklaring (*cretio*) of het verrichten van een beheershandeling ten aanzien van de boedel (*pro herede gerere*).[21] Wanneer de beoogde erfgenaam geen interesse in de nalatenschap had, kon hij haar op verschillende wijzen verwerpen. Hij kon om te beginnen impliciet te kennen geven dat hij de nalatenschap verwierp door de handelingen die vereist waren om een nalatenschap te aanvaarden na te laten. Daarnaast kon hij ook uitdrukkelijk mondeling of door zijn handelen te kennen geven dat hij de nalatenschap verwierp:

> D. 29,2,95: 'Een nalatenschap kan niet alleen door woorden worden verworpen, maar ook door een feitelijke handeling en elk ander gedrag waarmee de wil wordt geuit.'[22]

Kon het accepteren van de nalatenschap op grond van het tweede testament worden geconstrueerd als een verwerping van de nalatenschap op basis van het eerste testament? Uit de tekst blijkt dat Paulus en Papinianus hierover van mening verschilden. Paulus baseerde zich op het geldende recht en stelde dat iemand die meende dat een later testament geldig was en om die reden de nalatenschap op basis van dit testament accepteerde, daarmee niet tegelijkertijd het eerste testament verwierp (*dicebam…valere*). De verwerping van een testament moest immers op een wilsbesluit berusten en voor de geldigheid hiervan was in het Romeinse recht een zekere en volledige kennis van de stand van zaken vereist. [23] Aangezien Titius nu juist niet bekend was met de werkelijke stand van zaken (hij meende immers dat het tweede testament geldig was opgemaakt met als gevolg dat het eerste testament was komen te vervallen), kon hij niet de wil hebben gehad om het eerste testa-

---

19 Gai. 2,157.

20 Gai. 3,2-3.

21 Zie over de aanvaarding en verwerping van testamenten Voci, *DER I*, 616 e.v. en Kaser, *Privatrecht*, 715-718. Voorts voor de *cretio* in het bijzonder Gai. 2,164 e.v. en Kaser, *Privatrecht*, 717 en Voci, *DER I*, 588 e.v.

22 Paulus libro quarto sententiarum. *Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis.*

23 Zie D. 29,2,95 in samenhang met D. 50,17,76 en verder ook m.b.t. verwerping van een testament D. 29,2,15; 32; 34; 46 en 51. Zie ook Voci, *DER I*, 621 e.v., i.h.b. 624, Kaser, *Privatrecht*, 716 en 718 en Nörr, *Rechtskritik*, 127.

ment te verwerpen. Het gevolg van deze opvatting is dat Titius nog steeds de mogelijkheid had om op basis van het eerste testament de nalatenschap te verkrijgen. Papinianus daarentegen betoogde dat er wel sprake was van een verwerping van de nalatenschap op basis van het eerste testament (*Papinianus…adire)*. Aangezien Titius daardoor zijn rechten op grond van het eerste testament had verwerkt en niet op grond van het tweede, ongeldige, testament de nalatenschap kon verwerven, had dit als gevolg dat de intestaaterfopvolging in werking trad. Het is onduidelijk waar Papinianus dit standpunt op baseerde.[24] Sanfilippo stelt daarom ook dat het gaat om een argumentatie, die 'manifestamente errata nei confronti dei principi civili' is.[25] Hoezeer dit ook het geval mocht zijn, zij werd door de keizer in zijn uitspraak toch gevolgd. [26]

4.2 Keizerlijke uitspraak en haar achtergrond

4.2.1 De uitspraak en haar mogelijke achtergrond

De keizer oordeelde dat Clodius Clodianus *intestatus*, zonder testament, was overleden.[27] Deze uitspraak is vreemd.[28] Dat de keizer niet in overeenstemming met het geldende recht besliste, was op zichzelf niet ongekend. Zoals blijkt uit de analyse van andere door Paulus beschreven zaken, zette Severus met enige regelmaat de regels van het *ius civile* opzij op grond van de billijkheid of andere praktische overwegingen.[29] Opvallender is het feit dat de keizer in deze zaak leek af te wijken van de solide en lange lijn van keizerlijke jurisprudentie, waarin bij dergelijke geschillen en beslissingen de wil (*voluntas*) van de erflater voorop werd gesteld.[30] Uit het feit dat Clodius Clodianus in *beide* testamenten Titius als zijn erfgenaam had benoemd, blijkt immers niet alleen zijn wil om Titius als erfgenaam aan te merken, maar ook zijn verlangen om zijn intestaaterfgenamen te passeren. De beslissing van de keizer bewerkstelligde nu juist het omgekeerde, niet door de erflater gewenste, resultaat. Men is daarom reeds sinds de Middeleeuwen op zoek naar een verklaring voor deze eigenaardige beslissing.

---

24 Ook de secundaire literatuur over deze tekst zwijgt over dit onderwerp.

25 Sanfilippo, *Libri Tres*, 120. Voci bestempelt het standpunt van Papinianus als 'singolare, e difficilmente spiegabile', *DER I*, 624 nt. 22. Nörr noemt het 'formalistisch', *Rechtskritik*, 128.

26 Zie reeds Gl. *intestatum* ad D. 29,2,97 en verder Sanfilippo, *Libri Tres*, 120, Nörr, *Rechtskritik*, 127-128, Honoré, *Emperors*, 23 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 359. Anders Millar, *Emperor*, 239.

27 Vgl. I. 3,1 *pr.*

28 De Glosse spreekt zelfs over '*male pronuntiavit*' (Gl. *intestatum* ad D. 29,2,97).

29 Zie hierover ALD, paragraaf 4.3.3.5.

30 Sanfilippo, *Libri Tres*, 120 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 360.

De Glosse probeert de uitspraak te verklaren door aan te nemen dat Titius was overleden tijdens de procedure en wel voordat hij op grond van het eerste testament de nalatenschap had kunnen aanvaarden.[31] In dit geval had Severus immers geen andere keuze dan te oordelen dat Clodius Clodianus zonder testament was overleden.[32] Een andere mogelijke verklaring is dat in het eerste testament een termijn was opgenomen waarbinnen de ingestelde erfgenaam de nalatenschap uitdrukkelijk moest aanvaarden (de hierboven reeds genoemde *cretio*) met daarbij de bepaling dat wanneer hij dit niet binnen deze termijn zou doen, hij zijn aanspraken op de nalatenschap zou verliezen.[33] Als het eerste testament van Clodianus een dergelijke clausule bevatte en de termijn hiervan reeds was verlopen vóórdat Titius de nalatenschap kon aanvaarden (bijvoorbeeld doordat hij er te laat achter was gekomen dat het tweede testament niet geldig was), verwerkte hij automatisch zijn recht op de nalatenschap en trad de intestaaterfopvolging in werking. Voor het bestaan van een dergelijke termijn kan echter geen enkel aanknopingspunt worden gevonden in de tekst.[34]

Een andere mogelijke, maar zeer hypothetische verklaring is dat de keizer simpelweg de intestaaterfgenamen om welke reden dan ook ten koste van Titius wilde bevoordelen.[35] Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het (zeer hypothetische) geval dat Clodianus zijn eigen zoon[36] had onterfd en Severus een lange procedure op basis van de *querela inofficiosi testamenti* wilde voorkomen.[37]

4.2.2 Een fiscale procedure

De bovengenoemde verklaringen gaan telkens uit van een procedure tussen Titius en de intestaaterfgenamen. De beslissing van de keizer kan echter beter worden verklaard, wanneer men aanneemt dat Clodius Clodianus geen intestaaterfgenamen had. In dit geval werd de nalatenschap als onbeheerd aangemerkt (*bona vacantia*) en kwam zij van rechtswege toe aan

31 Gl. *intestatum* ad D. 29,2,97. In dat geval zou de keizer op juiste wijze uitspraak hebben gedaan (*'bene pronuntiavit'*), aldus de Glosse.

32 Zie Gai. 2,144.

33 Sanfilippo, *Libri Tres*, 120-121, die spreekt over een '*cretio perfecta*'. Zie hierover ook Gai. 2,164-165.

34 Zoals ook al door Sanfilippo zelf wordt opgemerkt, *Libri Tres*, 121. Hier zou tegenin kunnen worden gebracht dat de *cretio* door Justinianus is afgeschaft (C. 6,30,17) met als gevolg dat deze term door de compilatoren uit de Digesten is geschrapt (Kaser, *Privatrecht*, 717 nt. 25 en Kaser, *Privatrecht II*, 525-526). Dit kan echter in deze zaak niet het geval zijn geweest, aangezien ook de inhoud van de tekst, i.h.b. het debat in het *consilium*, niet aansluit bij de hypothese van een *cretio.* Indien er immers sprake was van het verlopen van een aanvaardingstermijn, zou de vraag naar verwerping niet langer aan de orde zijn geweest.

35 Sanfilippo, *Libri Tres*, 121 en Nörr, *Rechtskritik*, 127 nt. 45.

36 Ons is geen nageslacht van Ti. Claudius Claudianus bekend.

37 Sanfilippo, *Libri Tres*, 121.

de *fiscus*[38] op grond van de huwelijkswetgeving van Augustus.[39] Een dergelijke nalatenschap kon van de bezitter, in dit geval Titius, door de keizerlijke schatkist worden opgevorderd in een cognitieprocedure.[40] Het is goed mogelijk dat het in het onderhavige geval niet ging om een geschil tussen twee burgers, maar om een procedure tussen Titius en de *fiscus*.[41] De laatste zal in dat geval hetzelfde standpunt hebben ingenomen als een intestaaterfgenaam en hebben betoogd dat Titius de nalatenschap op grond van het eerste testament had verworpen en dat de nalatenschap daarom als onbeheerd moest worden beschouwd en door hem kon worden opgevorderd.[42] De op deze redenering gebaseerde beslissing van de keizer zou dan vervolgens hebben geleid tot een verkrijging van de nalatenschap van Clodius Clodianus door de *fiscus*.

4.2.3 Testamentair en intestaaterfgenaam dezelfde persoon?

Recent is nog een andere mogelijke verklaring van de tekst gegeven,[43] die is gebaseerd op twee hypothetische uitbreidingen van het door Paulus overgeleverde feitencomplex. Ten eerste neemt men aan dat Titius niet alleen de testamentair erfgenaam, maar ook de intestaaterfgenaam van Clodius

38 In de vroege keizertijd was dit waarschijnlijk nog het *aerarium* (vgl. Kaser, *Privatrecht*, 702), ten tijde van Julianus (2e eeuw n. Chr.) was dit reeds de *fiscus*, zie D. 30,96,1. Zie ook Voci, *DER II*, 59-60 en daarnaast Brunt, 'Fiscus', 79-81.

39 Gai. 2,150 spreekt in dit kader over de *'lex Iulia'*. In het algemeen wordt aangenomen dat deze aanduiding verwijst naar de *lex Iulia de maritandibus ordinibus*, zie bijvoorbeeld Kaser, *Privatrecht*, 702, Voci, *DER II*, 59, M. David & H.L.W. Nelson, *Gai Institutionum commentarii IV. [2]: Kommentar*, Leiden: Brill 1954-1968, 362 en J.E. Spruit & K.E.M. Bongenaar, *De Instituten van Gaius*, Zutphen: Walburg Pers 1994, 67, nt. 36. Zie ook *UE* 28,7 (waarin wordt gesproken over de *'lex Iulia caducaria'*) en D. 30,96,1. De *lex Iulia de maritandibus ordinibus* en de *lex Papia Poppaea* (samen ook wel als de *lex Iulia et Papia* aangeduid) vormden ook de wettelijke basis voor de verkrijging van de zogeheten *bona caduca* ('vervallen goederen') door de *fiscus*. Het onderscheid tussen de termen *bona vacantia* en *bona caduca* wordt in de klassieke juridische bronnen niet altijd even scherp gemaakt. Zie over de *bona vacantia* in het algemeen en hun verhouding tot de *bona caduca* in het bijzonder Millar, *Emperor*, 158-163 en R. Astolfi, 'I beni vacanti e la legislazione caducaria' *BIDR* 68 (1965), 323-336.

40 Kaser, *Privatrecht*, 703, Kaser, *Zivilprozessrecht*, 453-455 en J. Modrzejewski, 'La dévolution au fisc des biens vacants d'après le gnomon de l'Idiologue (BGU 1210 par. 4)' in: *Studi Volterra*, deel 4, Milaan: Giuffrè 1971, 91-125, i.h.b. 114 e.v. Het betreft een procedure die grote overeenkomsten vertoont met de *vindicatio caducorum*, waarover G. Provera, *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Turijn: Giappichelli 1964.

41 Nörr, *Rechtskritik*, 127, nt. 45.

42 In welk geval de *fiscus* overigens nog wel verplicht was om de in het eerste testament opgenomen beschikkingen ten behoeve van derden uit te keren, zie D. 30,96,1 en D. 49,14,14.

43 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 360 e.v.

Clodianus was.[44] Ten tweede wordt er van uitgegaan dat het eerste testament naast de erfstelling een groot aantal lasten (zoals legaten en fideï-commissen) bevatte die op de nalatenschap drukten, terwijl deze lasten in het tweede testament niet waren opgenomen. Als bij een dergelijk feitencomplex de opvatting van Paulus door de keizer zou zijn gevolgd, zou dit als consequentie hebben gehad dat Titius op basis van het eerste testament de nalatenschap nog kon en – belangrijker nog – moest aanvaarden en de legaten uit het eerste testament alsnog had moeten uitkeren. Wanneer hij in een dergelijk geval ervoor koos om de nalatenschap op grond van het eerste testament te verwerpen om zo de nalatenschap onbelast als intestaaterfgenaam te verkrijgen, handelde hij frauduleus en konden de legatarissen en andere belanghebbenden hiertegen optreden door middel van een procedure bij de *praetor*.[45] Door echter de opvatting van Papinianus te volgen en te beslissen dat Clodianus zonder testament was overleden, omzeilde de keizer dit probleem. Hij bewerkstelligde dat Titius de gehele nalatenschap in zijn kwaliteit van intestaaterfgenaam in handen kreeg zonder dat hij de legaten uit hoefde te keren, waarmee hij indirect gevolg gaf aan de *voluntas* van de erflater.[46]

Wanneer men van deze feitelijke achtergrond uitgaat, kan men zich echter afvragen in hoeverre de keizer de mening van Papinianus ook daadwerkelijk heeft gevolgd. De opvatting van Papinianus impliceerde immers, net als die van Paulus, dat het eerste testament door Titius werd verworpen. Kon een dergelijke verwerping, ook al was zij slechts geconstrueerd uit de aanvaarding van het tweede testament en niet expliciet, door de legatarissen worden aangetast? Er zou kunnen worden betoogd dat dit niet mogelijk was, aangezien Titius niet frauduleus zou hebben gehandeld.[47] Toen hij de nalatenschap op grond van het tweede testament aanvaardde, zou hij niet de wil hebben gehad om de legatarissen te benadelen, aangezien hij in de veronderstelling verkeerde dat hij op basis van een geldig testament de nalatenschap aanvaardde.[48] Deze redenering impliceert een zeer kunstmatig onderscheid tussen de wil van Titius om het eerste testament te verwerpen en de wil van Titius om de legatarissen uit het eerste testament te benadelen.[49] Om deze reden is het wellicht beter om, indien men deze verklaring voor de keizerlijke uitspraak wil accepteren, de beslissing van de keizer los van de opvattingen van Papinianus en Paulus over een mogelijke verwerping te

44 Aangezien uit de tekst blijkt dat Titius de nalatenschap moest aanvaarden, kan hij niet een *heres necessarius* zijn geweest. Hij moet in dat geval een agnatische verwant van Clodianus zijn geweest, d.w.z. een verwant in de zijlijn, die met Clodianus onder de *potestas* van dezelfde *pater familias* had of zou hebben gestaan, zoals bijvoorbeeld een broer.

45 D. 29,4 *Si quis omissa causa testament ab intestate vel alio modo possideat hereditatem*. Zie ook Lenel, *Edictum Perpetuum*, 363 e.v., Voci, *DER I*, 618 e.v. en Kaser, *Privatrecht*, 747.

46 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 363.

47 Zoals wordt gedaan door Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 363.

48 *Idem.*

49 Rizzi neemt op dit punt een tussenpositie in. Zij meen dat 'l'instituito erede non ha, infatti, compiuto atto di rinuncia all'eredità' (*Imperator Cognoscens*, 361), waarmee zij lijkt te suggereren dat de er geen sprake is van een voltooide (?) verwerping.

zien en aan te nemen dat hij in dit geval het eerste testament simpelweg als ongeldig beschouwde. Een aanknopingspunt voor deze opvatting zou kunnen worden gevonden in een tekst van Ulpianus:

> D. 28,3,2: 'Een eerder testament komt dan te vervallen, wanneer een later testament op geldige wijze is opgemaakt, tenzij het latere [testament] eventueel ofwel op basis van het militaire recht is opgemaakt ofwel hierin iemand tot erfgenaam is benoemd, die ook op grond van de intestaaterfopvolging als erfgenaam kan opkomen: dan immers komt het eerdere testament ook te vervallen als het latere niet op geldige wijze is opgemaakt.'[50]

Deze tekst is afkomstig uit Ulpianus' commentaar op Sabinus, waarvan wordt aangenomen dat het ten tijde van de alleenheerschappij van Caracalla (211-217 n. Chr.) is opgesteld.[51] De constitutie van de tekst is problematisch: vele auteurs menen dat juist het tweede uitzonderingsgeval van D. 28,3,2, het tweede testament waarin een intestaaterfgenaam wordt benoemd, door de compilatoren zou zijn overgenomen uit C. 6,23,21,5 en toegevoegd aan de reeds in D. 28,3,2 opgenomen (klassieke) uitzondering voor het soldatentestament. [52] Wanneer wij echter de gehele tekst als klassiek zouden accepteren, kan uit de stellige bewoordingen van Ulpianus worden opgemaakt dat over het geldende recht voor een geval als dat van Clodius Clodianus (zoals dat door Rizzi wordt gereconstrueerd) in zijn tijd geen twijfel meer bestond: ook het eerste testament was in een dergelijk geval ongeldig, waardoor de nalatenschap aan de intestaaterfgenaam toeviel. Het is mogelijk dat deze regel, die we niet bij eerdere juristen tegenkomen, is gebaseerd op de beslissing die Septimius Severus in de zaak van Clodius Clodianus had genomen.

4.2.4 Conclusie

Hoewel de zojuist beschreven verklaring voor de keizerlijke beslissing wordt gekenmerkt door een grote inventiviteit, blijft haar manco dat zij alleen kan worden aangenomen op voorwaarde dat men ook de twee hypotheses accepteert waarop zij is gebaseerd. Dit laatste is problematisch, aangezien de tekst daarvoor in het geheel geen aanknopingspunten biedt. De verklaring die is gebaseerd op de betrokkenheid van de *fiscus* vereist dergelijke uitbreidingen van het feitencomplex niet en verdient daarom de voorkeur. Het feit dat het om een fiscale procedure ging zou óók kunnen verklaren waarom het geschil zich afspeelde ten overstaan van de keizer,

---

50 Ulpianus libro secundo ad Sabinum. *Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel iure militari sit factum vel in eo scriptus est qui ab intestato venire potest: tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur.*

51 Fitting, *Alter und Folge*, 111 e.v.

52 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 361 onder verwijzing naar o.a. Voci, *DER II*, 518 en C. Sanfilippo, 'Studi sull' hereditas' *ASGP* 17 (1937), 76. De mogelijkheid van een interpolatie wordt reeds geopperd in de Glosse: Gl. *potest* ad D. 28,3,2 en wordt ook overgenomen door Mommsen in zijn *editio stereotypa*, terwijl zij ontbreekt in de *editio maior*, zie Mommsen, *Digesta I*, 826.

hetzij in eerste aanleg, hetzij in appel. De aanspraken van de *fiscus* hadden immers hun grondslag in het keizerrecht en zaken hierover behoorden tot de rechtsprekende competentie van de keizerlijke ambtenaren (*procuratores Caesaris*).[53] Het is niet meer dan logisch dat geruchtmakende zaken hierover hun weg vonden naar het hof van de keizer, zeker wanneer die verband hielden met de nalatenschap van een voorname senator, die ook nog eens als legeraanvoerder onder Severus had gediend. Als argument tegen de betrokkenheid van de *fiscus* wordt wel aangevoerd dat de keizer geschillen tussen burgers en de *fiscus* in het algemeen tegen de belangen van zijn *fiscus* placht te beslechten[54] en dat hij, wanneer men aanneemt dat hij dat in dit geval toch deed, dit ook nog eens in strijd met het geldende recht deed. De zaken van Cornelius Felix en Valerius Patruinus (D. 49,14,48,1 en D. 49,14,50) bewijzen echter dat de keizer er geen bewuste politiek van maakte om altijd in het nadeel van zijn *fiscus* te beslissen.[55]

53 Zie over de fiscale jurisdictie ALD, paragraaf 4.3.3.2.

54 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 360. Deze stelling wordt door Rizzi niet met statistisch bewijs onderbouwd en kan om deze reden zeker niet als doorslaggevend argument tegen betrokkenheid van de *fiscus* bij deze zaak worden aangevoerd. Zie over de wijze waarop Severus in de *Decreta* omgaat met fiscale zaken ook ALD, paragraaf 4.3.3.2.

55 BZD, nrs. 31 en 32 (D. 49,14,48,1 en D. 49,14,50).

11 D. 32,27 pr.: legaten voor vader en dochter

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro secundo decretorum. *Paula Callinico ex parte herede instituto filiae eiusdem Iuventianae, cum in familia nupsisset, decem testamento legavit: deinde post tempus codicillis factis centum eidem Callinico reliquerat non adiecto 'hoc amplius'. pronuntiavit utramque summam deberi, maxime cum in codicillis filiae Callinici nihil legatum fuisset.*	Paulus in het tweede boek van de 'Decreten'. Paula had, nadat zij Callinicus voor een deel als erfgenaam had ingesteld, aan diens dochter Juventiana in haar testament HS 10.000 gelegateerd, wanneer zij binnen de familie zou zijn getrouwd. Vervolgens had zij, nadat zij enige tijd later een aantal codicillen had gemaakt, aan dezelfde Callinicus HS 100.000 nagelaten, zonder hieraan het woord 'bovendien' toe te voegen. Hij [de keizer] deed uitspraak dat beide bedragen verschuldigd waren, temeer omdat in de codicillen aan de dochter van Callinicus niets was gelegateerd.

2 Feiten en procedure

2.1 Feiten

Paula had een testament gemaakt waarin zij ene Callinicus als één van haar erfgenamen had ingesteld. Daarnaast had zij aan de dochter van Callinicus, Juventiana, een bedrag van HS 10.000 gelegateerd, dat moest worden uitgekeerd wanneer zij zou zijn toegetreden tot de *familia* door een huwelijk. Enige tijd later besloot Paula enige onderdelen van haar testament te wijzigen en maakte hiertoe een aantal codicillen op. In één van deze codicillen nam zij een legaat voor Callinicus op ter grootte van HS 100.000. Zij voegde hier echter niet de woorden '*hoc amplius*' ('bovendien') aan toe. Deze omissie gaf na haar dood aanleiding tot een gerechtelijke procedure bij de keizer over de strekking van het codicil en de gevolgen hiervan voor de verschillende betrokken personen.

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 71-75 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 305-315.

2.2 Juridisch kader en procedure

2.2.1 De twee legaten

De procedure in deze zaak betrof de verhouding tussen twee verschillende legaten. Het eerste legaat was door Paula in het testament opgenomen ten behoeve van Juventiana, de dochter van Callinicus, en bedroeg HS 10.000. Het was onderworpen aan een regelmatig voorkomende voorwaarde,[2] te weten de clausule '*cum in familia nupsisset*'('wanneer zij in de familie was getrouwd'). [3] Het Romeinse erfrecht kende zowel voorwaarden die de opeisbaarheid van het legaat verbonden aan een bepaalde termijn (*dies certus*), zoals bijvoorbeeld een bepaalde datum of een zekere toekomstige gebeurtenis, als ook voorwaarden die de opeisbaarheid van het legaat verbonden aan een onbepaalde termijn (*dies incertus*) of een gebeurtenis waarvan niet zeker was of zij zou geschieden. Van het laatste soort voorwaarde is de clausule '*cum in familia nupsisset*' een voorbeeld. In D. 36,2,21 *pr.* wordt de clausule expliciet als een voorbeeld van een standaardvoorwaarde genoemd:

> D. 36,2,21 *pr.:* 'Als aan een legaat geen termijn is toegevoegd, is het direct verschuldigd en komt het onverwijld toe aan degene aan wie het is vermaakt; als er wel een zekere termijn is toegevoegd, hoe lang deze ook is, bijvoorbeeld op 1 januari over 100 jaar, dan verschijnt de vervaldag van het legaat meteen, maar kan het niet voor het einde van de termijn worden opgeëist. Maar als een onzekere termijn is toegevoegd, zoals 'wanneer hij volwassen zal zijn', 'wanneer zij in de familie zal zijn getrouwd', 'wanneer hij magistraat is geweest', wanneer hij iets anders zal hebben gedaan, waarvan de erflater meende dat het geschikt was, dan kan noch de vervaldag van het legaat verschijnen noch de zaak aan de begunstigde toebehoren, als de termijn of de voorwaarde niet in vervulling is gegaan.'[4]

Uit de bovenstaande tekst blijkt dat een dergelijke voorwaarde als gevolg had dat het legaat pas opeisbaar werd vanaf het moment dat de voorwaarde in vervulling was gegaan, dat wil zeggen, vanaf het moment waarop Juventiana in het huwelijk was getreden met een lid van de *familia* van de erflaatster.[5] Men kan zich afvragen waarom een erflater een dergelijke voorwaarde aan een legaat zou willen verbinden. Opvallend is dat deze

---

2 Zie over de mogelijkheid om legaten aan voorwaarden te onderwerpen Kaser, *Privatrecht*, 752 in samenhang met 252 e.v., Babusiaux, *Erbrecht,* 244 e.v. en P. Voci, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto Romano,* Milaan: Giuffrè 1936, 95 e.v.

3 D. 27,2,4, D. 32,41,7, D. 33,5,21 en D. 40,5,41,16. Zie daarnaast D. 36,2,5,2, waar het woord *cum* is vervangen door (het meer pregnante) *si.* Zie over de clausule A. Bürge, 'Cum in familia nubas. Zur wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung der familia libertorum' *ZSS* 105 (1988), 312-333.

4 Paulus libro secundo ad Vitellium. *Si dies adposita legato non est, praesens debetur aut confestim ad eum pertinet cui datum est: adiecta quamvis longa sit, si certa est, veluti Kalendis Ianuariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest: at si incerta, quasi 'cum pubes erit' 'cum in familiam nupserit' 'cum magistratum inierit' cum aliquid demum, quod scribenti comprehendere sit commodum, fecerit: nisi tempus condiciove optigit, neque res pertinere neque dies legati cedere potest.*

5 D. 36,2,5,2 en D. 35,1,15. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 752 en Babusiaux, *Erbrecht*, 246.

voorwaarde alleen werd gesteld bij legaten aan vrouwen, die bovendien in de meeste gevallen dochter van de erflater waren. Vermoedelijk moest een dergelijke clausule ervoor zorgen dat de vrouw in kwestie ervoor koos om binnen haar eigen *familia* te trouwen.[6] In sommige gevallen vormde een dergelijk legaat zelfs tegelijkertijd de bruidsschat van de vrouwelijke legataris.[7] Of daarvan ook sprake was in het door Paulus beschreven geval, kan uit de tekst niet worden afgeleid.[8] Op grond van het feit dat de procedure echter de verhouding tussen de twee beide legaten betrof, mag echter wel worden aangenomen dat de voorwaarde ten tijde van de procedure reeds in vervulling was gegaan en het legaat opeisbaar was geworden.

Het tweede legaat betrof een legaat in een codicil ten behoeve van Callinicus. Dit was een bijzonder type van uiterste wilsbeschikking dat, anders dan een testament, geen erfstelling behoefde te bevatten.[9] Om deze reden kon men zowel in het geval van testamentaire erfopvolging als in het geval van intestaatopvolging gebruik maken van een codicil om een laatste wens aan een erfgenaam kenbaar te maken. De afdwingbaarheid van codicillen was gebaseerd op het keizerlijke recht.[10] Bij het opmaken van een codicil was de erflater niet gebonden aan enig vormvereiste. Om deze reden was het niet mogelijk in een codicil een testament te herroepen of een erfstelling te wijzigen: '*codicillis hereditas neque dari neque adimi potest*'.[11] Wel konden in een dergelijk document rechtsgeldig legaten worden toegevoegd, gewijzigd of herroepen, mits het codicil door een eerder of later testament werd bevestigd.[12] Een dergelijke bevestiging kon zowel vooraf (*in futurum*) of achteraf (*in praeteritum*) geschieden.[13] In het eerste geval werd in het testament een bepaling opgenomen, waardoor de geldigheid van toekomstige codicillen werd bevestigd. In het tweede geval volgde het testament op de codicillen en verklaarde de erflater in het testament dat de eerder opgemaakte codicillen van kracht bleven. Werd het codicil niet door een testament bevestigd, dan hadden alle beschikkingen in het codicil het karakter van een fideï-commis.[14] Dit gold zowel voor codicillen die naast een testament waren opgemaakt, maar niet waren bevestigd, als voor codicillen die gepaard gingen met een intestaatopvolging (en dus per definitie niet bevestigd konden worden). In het verslag van Paulus wordt niet expliciet vermeld of de door Pau-

6 Zie hierover nader Bürge, 'Cum in familia nubas', 312 e.v.
7 In D. 27,2,4 wordt dit expliciet vermeld, terwijl dit in D. 32,41,7 en D. 33,5,21 uit de context blijkt volgens Bürge, 'Cum in familia nubas', 314-315.
8 Sanfilippo, *Libri Tres*, 75 meent van wel.
9 Zie over codicillen in het Romeinse erfrecht in het algemeen Voci, *DER II*, 84 e.v., Kaser, *Privatrecht*, 693-694 en Babusiaux, *Erbrecht*, 179-183.
10 Reeds sinds Augustus, zie I. 2,25 *pr*.
11 Zie I. 2,25,2, Gai. 2,271 en bijvoorbeeld D. 29,7,10 en D. 36,1,78(76). Zie ook Voci, *DER II*, 94.
12 Gai. 2,270a en Voci, *DER II*, 89. Daarnaast konden bijvoorbeeld vrijlatingen en een *tutoris datio* in een codicil worden opgenomen, Voci, *DER II*, 94.
13 D. 29,7,8 *pr.* Zie daarnaast Voci, *DER II*, 86-92.
14 Vgl. Gai. 2,270a e.v. Voorts Voci, *DER II*, 94 en Babusiaux, *Erbrecht*, 179.

la gemaakte codicillen ook in haar testament waren bevestigd met als gevolg dat de making aan Callinicus het karakter van een legaat had. De overige feiten van het geval geven echter geen aanleiding om aan te nemen dat er geen sprake was van bevestiging.[15]

In het voorgaande is reeds benadrukt dat nooit middels een beschikking in een codicil wijzigingen konden worden aangebracht in de erfstelling van het bijbehorende testament. Dit betekende dat het legaat voor Callinicus bovenop zijn erfportie als erfgenaam kwam. Een dergelijk legaat ten behoeve van een erfgenaam wordt in de moderne literatuur aangeduid als een 'prelegaat'.[16] Dit is geen specifiek soort legaat, zoals het vindicatielegaat of het damnatielegaat, maar een verzamelnaam voor alle soorten legaten ten behoeve van een erfgenaam.[17] De Romeinse bronnen geven geen eenduidig beeld van de precieze rechtsgevolgen van het prelegaat. In het algemeen wordt aangenomen dat het werd beheerst door de regel *'heredi a semet ipso inutiliter legatur'*, dat wil zeggen dat het prelegaat ongeldig was voor zover het ten laste van het erfdeel van de begunstigde erfgenaam kwam.[18] Dit houdt in dat als er HS 100.000 bij prelegaat aan een erfgenaam was vermaakt en hij drie mede-erfgenamen had, het legaat slechts geldig was voor zover het op de mede-erfgenamen drukte en zij verplicht waren om ieder HS 25.000 aan de begunstigde erfgenaam uit te keren.

2.2.2 De procedure

Op het eerste gezicht lijkt het wellicht vreemd dat dit legaat voor verwarring zorgde, aangezien het lijkt te gaan om twee legaten in twee verschillende documenten ten behoeve van twee verschillende personen. Dit was echter juridisch gezien niet het geval. Hoewel uit de feiten kan worden opgemaakt dat Juventiana getrouwd was (zie paragraaf 2.2.1), stond zij hoogstwaarschijnlijk nog onder de *patria potestas* van haar vader Callinicus.[19] Het zogeheten *manus*-huwelijk,[20] het huwelijk waarbij de vrouw overging van de *potestas* van haar vader naar die van haar man, was in de tijd van Septimius Severus reeds in onbruik geraakt.[21] Het feit dat Juventiana zich nog onder de *potestas* van haar vader bevond had als gevolg dat zij geen zelfstandig vermogen bezat en dat alle door haar verkregen goederen direct aan het ver-

15 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 72.
16 Kaser, *Privatrecht*, 748. Zie voorts M. Wimmer, *Das Prälegat*, Wenen etc.: Böhlau 2004.
17 Wimmer, *Prälegat,* 31 e.v. en J.A. Ankum, 'Papinians Lehre zum *legatum per praeceptionem*' in: K. Slapnicar (ed.), *Tradition und Fortentwicklung im Recht. Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow,* Rheinfelden etc.: Schäube 1991, 79-80. Vgl. ook Kaser, *Privatrecht*, 748: 'ein wahrer Tummelplatz der Konstruktionen'.
18 Zie bijvoorbeeld D. 30,34,11 en 12 en 30,116,1. Zie over de theorievorming rondom de ongeldigheid Wimmer, *Prälegat*, 38 e.v.
19 Sanfilippo, *Libri Tres*, 72 e.v. en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 308.
20 Waarover Kaser, *Privatrecht*, 310 e.v. en i.h.b. 321 e.v.
21 Kaser, *Privatrecht,* 312 en 323-324.

mogen van Callinicus werden toegevoegd.[22] Dit betekende dat Callinicus en Juventiana in vermogensrechtelijk opzicht als dezelfde persoon moesten worden gezien.[23] Hieruit kan de verwarring over de inhoud van het codicil worden verklaard. Aangezien zowel het legaat voor Juventiana van HS 10.000 als het legaat voor Callinicus van HS 100.000 feitelijk toekwamen aan dezelfde persoon, rees de vraag of erflaatster Paula had beoogd het eerdere legaat voor Juventiana te vervangen door het legaat voor Callinicus of dat zij wilde dat beide legaten aan Juventiana resp. Callinicus werden uitgekeerd.

Er wordt aangenomen dat de procedure plaatsvond tussen Juventiana, die met de *actio ex testamento* haar legaat opvorderde, en de erfgenamen van Paula.[24] Gezien het feit dat Juventiana zich nog in de *potestas* van haar vader bevond, is dit echter onwaarschijnlijk. Kinderen die onder de vaderlijke macht stonden waren immers in beginsel niet bevoegd om zelfstandig te procederen.[25] Het ligt meer voor de hand dat haar vader Callincus in zijn hoedanigheid van mede-erfgenaam scheiding en deling van de nalatenschap middels de *actio familiae erciscundae* had aangevraagd en daarbij de uitkering van zowel het prelegaat ten behoeve van hemzelf als het legaat ten behoeve van zijn dochter verlangde. Bij het maken van een dergelijke verdeling had de rechter een ruime beoordelingsvrijheid en kon ook prelegaten bij zijn verdeling betrekken.[26] Het is ook mogelijk dat Callinicus buiten een verdeling van de nalatenschap om ageerde. In dit geval waren er twee procedures denkbaar, afhankelijk van de vraag of het codicil door het testament werd bevestigd. Indien dit laatste inderdaad het geval was, kon Callinicus beide legaten opeisen middels een formulaprocedure op basis van de *actio ex testamento*.[27] Was het codicil echter niet bevestigd, dan werd het legaat ten behoeve van Callinicus behandeld als een fideï-commis en moest hij zich hiervoor wenden tot de *praetor fideicommissarius*, die *extra ordinem* van de zaak kennisnam.[28]

Hoewel dit niet direct uit de tekst blijkt, is het zeer aannemelijk dat de onderhavige zaak door de keizer in appel werd behandeld.[29] Uit de vorige paragraaf blijkt dat er geenszins met zekerheid kan worden vastgesteld door welke rechter de zaak in eerste aanleg was beoordeeld. Mocht Callinicus in eerste aanleg bij de *praetor fideicommissarius* hebben geprocedeerd, dan ligt een appel bij de keizer zeer voor de hand. Een procedure op basis van een *actio familiae erciscundae* of een *actio ex testamento* verliep in Rome volgens de regels van het traditionele formulaproces voor de *praetor urbanus* en een *iudex privatus*. In hoofdstuk 2 kwam reeds ter sprake dat appel bij de keizer

22 Kaser, *Privatrecht*, 341 e.v., i.h.b. 343.
23 Sanfilippo, *Libri Tres*, 73 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 308 en 312.
24 Sanfilippo, *Libri Tres*, 72 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 313.
25 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 205-206.
26 Zie bijvoorbeeld D. 10,2,4 *pr.* en D. 10,2,42. Zie ook Wimmer, *Prälegat*, 6 nt. 26.
27 Kaser, *Privatrecht*, 743.
28 Waarover Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 452-453.
29 Zie ALD, paragraaf 2.2.3.

tegen een uitspraak door een *iudex privatus* in een formulaprocedure wellicht aanvankelijk niet mogelijk werd geacht, maar dat dit ten tijde van Severus niet meer het geval was. Het kan dus ook om een appel tegen een uitspraak in een formulaprocedure gaan. Een derde mogelijke optie is dat het hier ging om een appel tegen een uitspraak van een provinciegouverneur.

Het verslag van Paulus geeft enige informatie over het partijdebat tijdens de procedure bij de keizer. Uit zijn beschrijving blijkt dat de erfgenamen zich tegen de eis van Callinicus verweerden met de stelling dat alleen het legaat voor Callinicus moest worden uitgekeerd, aangezien de erflaatster niet de woorden *'hoc amplius'* in het codicil had opgenomen. Deze zinsnede, die letterlijk 'bovendien' betekent, werd in testamenten en codicillen gehanteerd om aan te geven dat een bepaalde beschikking voor een persoon *bovenop* een eerder genoemde beschikking ten behoeve van diezelfde persoon kwam.[30] Uit het feit dat Paula deze woorden nu juist niet in het codicil had opgenomen concludeerden de mede-erfgenamen van Callinicus dat zij niet had gewild dat het legaat voor Callinicus bovenop dat van Juventiana kwam, maar dat zij had beoogd het laatstgenoemde door het eerdergenoemde te vervangen. Er was met andere woorden volgens hen sprake van '*translatio legati*', vervanging van het legaat, waarbij het opmaken van het tweede legaat ten behoeve van Callinicus als direct gevolg had dat het eerste legaat ten behoeve van Juventiana stilzwijgend werd herroepen.[31]

3 Beoordeling van het geschil

3.1 *Translatio legati* en de uitleg van de verhouding tussen legaten

Translatio legati kon op verschillende wijzen plaatsvinden, zo blijkt uit een tekst van Paulus:

> D. 34,4,6 *pr.*: 'De omzetting van een legaat geschiedt op vier verschillende wijzen: of het [legaat] wordt van de ene persoon op de andere persoon overgedragen; of het wordt van hem, aan wie opgedragen is om het uit te keren, overgedragen op een ander, opdat deze persoon het uitkeert; of wanneer de ene zaak in plaats van een andere wordt gegeven, bijvoorbeeld tien goudstukken in plaats van een landgoed; of wanneer dat wat onvoorwaardelijk is gegeven, wordt overgedragen onder een voorwaarde.'[32]

30 Zie voor precies deze argumentatie ook D. 32,54. De zinsnede '*hoc amplius*' werd zeer regelmatig gebruikt, zie in boek 32 van de Digesten alleen al bijvoorbeeld D. 32,13, 32,33,2, 32,38,8, 32,39 en 32,67. Vgl. ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 313 nt. 142.

31 D. 34,2,7, D. 34,4,5 en D. 34,6,2. Zie over *translatio legati* en de verhouding hiervan tot herroeping (*ademptio*) Voci, *DER II*, 546 e.v. en Kaser, *Privatrecht*, 755-756. Zie verder M. Talamanca, 'Revoca testamentaria e 'translatio legati' in: *Studi in onore di Emilio Betti IV*, Milaan: Giuffrè 1962, 179 e.v.

32 Paulus libro quinto ad legem Iuliam et Papiam. *Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur: aut ab eo qui dare iussus est transfertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub condicione.*

Uit de tekst van de jurist volgt dat niet alleen de betrokken personen (de legataris en degene die met de uitkering van het legaat was belast) konden worden gewijzigd, maar dat ook het object en de aan het legaat verbonden voorwaarden door middel van *translatio legati* konden worden veranderd. Hier komt nog bij dat de bron waaruit de verschillende legaten voortvloeiden kon verschillen: het kon gaan om twee legaten in hetzelfde testament,[33] maar twee legaten in verschillende uiterste wilsbeschikkingen, zoals een testament en een codicil, was ook mogelijk.[34] De zaak van D. 32,27 *pr.* lijkt een uitzonderlijk gecompliceerd geval te zijn geweest. Niet alleen gaat het om twee legaten in twee documenten ter waarde van verschillende geldsommen (waarvan één voorwaardelijk en één onvoorwaardelijk was opgesteld), maar ook nog eens om legaten ten behoeve van twee verschillende personen, die samen één vermogen deelden. De complexiteit van de zaak zou kunnen verklaren waarom zij bij de keizer aanhangig werd gemaakt.

De vraag of een erflater had beoogd om het ene legaat door het andere te vervangen was niet van juridische aard, maar simpelweg een kwestie van uitleg en interpretatie van de bewoordingen van de legaten en het testament. Hierbij gaf de wil (*voluntas*) van de erflater de uiteindelijke doorslag.[35] Zo stelt Ulpianus met betrekking tot het geval waarin in een testament eerst HS 100.000 en daarna nogmaals HS 50.000 was gelegateerd aan dezelfde persoon dat:

> D. 34,4,9: '(…) Als hij in hetzelfde testament, waarin hij HS 100.000 had gelegateerd, later HS 50.000 heeft gelegateerd, zullen er HS 150.000 verschuldigd zijn, als hij wilde dat deze HS 50.000 een apart bedrag waren. Maar als hij wilde dat slechts HS 50.000 verschuldigd waren, dan zijn slechts HS 50.000 verschuldigd. Ditzelfde is ook van toepassing als dit in codicillen vastgelegd is.'[36]

Uit de bewoordingen van Ulpianus, in het bijzonder het gebruik van het woord '*voluit*', blijkt dat de wil van de erflater doorslaggevend was bij de bepaling van de verhouding tussen twee legaten.[37]

3.2 Beslissing van de keizer

Het was nu aan de keizer om de bewoordingen van het testament en het codicil te beoordelen en te bepalen wat de bedoeling van erflaatster Paula was geweest. Diende het legaat aan Juventiana als vervangen door het legaat aan Callinicus te worden beschouwd of moesten beide legaten onafhankelijk

---

33 D. 30,34,3.

34 D. 22,3,12 en D. 34,4,3,10.

35 Voci, *DER II*, 560.

36 Ulpianus libro quinto disputationum. (…) *Quare si in eodem testamento, in quo centum adscripserat, postea quinquaginta reliquerit, si quidem alia voluit esse haec quinquaginta, centum quinquaginta debebuntur, sin vero quinquaginta tantum deberi voluit, quinquaginta tantum debebuntur. Idem est et si in codicillis id fuerit factum.*

37 Zie over de bewijslast in een dergelijk geschil, die volgens de algemene principes van het Romeinse bewijsrecht werd verdeeld, Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 310 onder verwijzing naar D. 22,3,12 en D. 30,34,3.

van elkaar worden uitgekeerd? De keizer was de laatste opvatting toegedaan en oordeelde dat beide sommen verschuldigd waren met als motivering dat er in de codicillen niets aan de dochter van Callinicus was gelegateerd. Deze onderbouwing van de keizerlijke beslissing heeft voor enige discussie gezorgd.

> De Glossatoren meenden dat het hier niet eens om een decreet zou zijn gegaan, maar om een opvatting of uitspraak van Paulus zelf. Zij lazen om deze reden '*pronuntiavi*' in plaats van '*pronuntiavit*'. [38] Het is niet duidelijk waarom zij tot deze conjectuur zijn overgegaan. Er bestaat ook geen reden om haar te volgen,[39] aangezien zowel de *Codex Florentinus* als de Vulgaat '*pronuntiavit*' lezen.[40]

De motivering van het keizerlijk oordeel, de zinsnede *maxime…fuisset*, is enigszins raadselachtig. Er is om deze reden betoogd dat het om een Justiniaanse toevoeging zou gaan.[41] Sanfilippo merkt in dit verband op dat zinnen die worden ingeleid met de woorden *cum maxime* over het algemeen een interpolatie bevatten.[42] Ter verdere onderbouwing van zijn standpunt voert hij aan dat de afwezigheid van een verwijzing naar het legaat voor Juventiana niet relevant was voor de bepaling van de wil van de erflaatster, aangezien een dergelijke vermelding vóór noch tegen een herroeping van het legaat pleitte en voor de geldigheid van een eventuele herroeping ook niet was vereist.[43] Met andere woorden, de zinsnede *maxime cum…fuisset* kan niet worden beschouwd als een onderbouwing van het oordeel van de keizer. Zijn betoog wordt onderschreven door Rizzi.[44]

Hoewel een interpolatie in dit geval zeker niet onmogelijk is, is de motivering van de keizer misschien toch niet zo onbegrijpelijk als men wil doen voorkomen. Zij moet in samenhang met de rest van de tekst worden gelezen. Men moet bedenken dat het feit dat Juventiana en Callinicus vermogensrechtelijk met elkaar verbonden waren, niet automatisch als gevolg hoefde te hebben dat Paula hen bij het opmaken van haar uiterste wilsbeschikkingen ook als zodanig zag en behandelde. In dit licht kan de motivering van het keizerlijk oordeel letterlijk worden opgevat. Het legaat in het codicil betrof simpelweg een ander bedrag ten behoeve van een andere persoon: het was niet vermaakt aan Juventiana ('*filiae Callinici nihil legatum fuisset*') en om die reden moest worden aangenomen dat de erflaatster niet had beoogd om het in de plaats van het eerdere legaat te laten komen. Deze gedachtegang wordt ondersteund door het feit dat het legaat voor Juventiana een zeer specifiek en persoonlijk karakter had door de voorwaarde die eraan was verbonden

38 Gl. *Casus* ad D. 32,27 *pr.* en Gl. *pronuntiavi* ad D. 32,27 *pr.*
39 Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 306-307.
40 Zie Mommsen, *Digesta II*, 77.
41 Sanfilippo, *Libri Tres*, 74 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 314.
42 Sanfilippo, *Libri Tres*, 74.
43 Sanfilippo, *Libri Tres*, 74.
44 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 314.

('*cum in familia nupsisset*').[45] Het legaat had een duidelijk doel, te weten het meisje ertoe te bewegen in de *familia* van de erflaatster te trouwen en voorzag, zoals reeds eerder opgemerkt, wellicht zelfs in de behoefte aan een bruidsschat bij een dergelijk huwelijk.[46] Het is zeer onwaarschijnlijk dat de erflaatster een dergelijk bijzonder legaat wenste te vervangen door een algemeen geformuleerd legaat ten behoeve van een andere persoon. Men zou in dit geval een expliciete herroeping van het eerste legaat verwachten. Het voorgaande verklaart ook het ontbreken van de woorden *'hoc amplius'* bij de formulering van het legaat ten behoeve van Callinicus. Aangezien het testament in de optiek van Paula slechts een making ten behoeve van een andere persoon, te weten Juventiana, bevatte, kwam het legaat voor Callinicus niet bovenop een eerder legaat en was een vermelding van *'hoc amplius'* dus ook niet nodig.

45 Zie in die zin ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 315.

46 Vgl. Sanfilippo, *Libri Tres*, 75, die zich zelfs afvraagt of Paula wellicht de grootmoeder van Juventiana was.

12 D. 32,27,1: het codicil van Pompeius Hermippus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro secundo decretorum. *Pompeius Hermippus filium Hermippum ex dodrante, filiam Titianam ex quadrante heredes instituerat et praedia certa singulis praelegaverat: praeterea, si sine liberis Hermippus moreretur, aliam possessionem filiae dari iusserat: post testamentum factis codicillis filiae certa praedia dederat eamque his contentam esse voluit pro omni hereditate et his, quae in testamento reliquerat: Hermippi bona ad fiscum pervenerant: Titiana soror fideicommissum petebat. quaerebatur, utrum pro hereditate tantum an et pro his, quae post mortem frater rogatus erat restituere, pater eam voluisset accipere ea quae codicillis reliquerat. mihi ab omni voluntate recessum videbatur. placuit*[a] *humanius interpretari ea sola, quae vivente fratre acceptura erat, adempta videri, non etiam quae post mortem eius reliquerat, si sine liberis decederet, et ita pronuntiavit.*	Paulus in het tweede boek van de 'Decreten'. Pompeius Hermippus had zijn zoon Hermippus voor driekwart en zijn dochter Titiana voor een kwart als erfgenaam ingesteld en hij had aan ieder een aantal stukken grond bij prelegaat gelegateerd. Bovendien had hij als zijn wil te kennen gegeven dat, als Hermippus zou overlijden zonder kinderen, aan zijn dochter nog een ander landgoed werd gegeven. In codicillen die na het testament waren opgemaakt had hij aan zijn dochter een aantal stukken grond gegeven en hij wilde dat zij zich hiermee tevreden stelde in plaats van de gehele nalatenschap en de zaken, die hij in zijn testament had nagelaten. Het vermogen van Hermippus viel toe aan de *fiscus*. Zijn zus Titiana eiste het fideï-commis op. Men vroeg zich af of de vader had gewild dat zij de zaken die in de codicillen waren nagelaten slechts in plaats van de nalatenschap ontving of ook in plaats van die zaken, die haar broer gevraagd was na de dood aan haar af te geven. Ik was van mening dat hij zijn wil volledig had herzien. Het behaagde [de keizer] humaner te interpreteren in die zin dat alleen die dingen, die zij zou verkrijgen terwijl haar broer nog leefde, herroepen waren, maar niet de zaken die hij na diens dood had nagelaten, als hij [de zoon] zonder kinderen zou sterven, en hij deed zo uitspraak.

[a] *imperatori ins.* Mo.

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 75-77, Nörr, *Rechtskritik*, 129-130 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 175-179. Zie daarnaast M. Meinhart, 'D. 38,17,1,6. Ein Zeugnis für 'humana interpretatio' *TvR* 33 (1965), 256-265 en i.h.b. 256-257, F.B.J. Wubbe, 'Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium' in: F.B.J. Wubbe & P. Pichonnaz (ed.), *Ius vigilantibus scriptum*: ausgewählte Schriften, Freiburg: Universitätsverlag 2003, 415-440 en i.h.b. 432-435 (= F. Horak & W. Waldstein (ed.), *Festgabe für Arnold Herdlitczka*, München: Fink 1972, 295 e.v.), E.J. Champlin, 'Miscellanea testamentaria' *ZPE* 69 (1987), 197-206 en i.h.b. 200-202, A. Palma, *Humanior interpretatio. "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Turijn: Giappichelli 1992, 93-95 en T. Kleiter, *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz*, München: Beck 2010, 71-73.

2 Feiten

Pompeius Hermippus had een testament gemaakt, waarin hij zijn zoon Hermippus voor driekwart en zijn dochter Titiana voor een kwart tot erfgenaam had ingesteld en aan ieder van hen door middel van legaten een aantal stukken land had gelegateerd. Daarnaast had hij in hetzelfde testament als zijn wil te kennen gegeven dat als Hermippus kinderloos mocht overlijden, nog een extra landgoed aan Titiana moest worden gegeven, een zogeheten '*fideicommissum si sine liberis decesserit*'.[2] Enige tijd later had hij zich bedacht en door middel van codicillen een aantal wijzigingen in zijn laatste wil aangebracht. In één van deze codicillen had hij een aantal stukken grond aan Titiana gelegateerd en daarbij de wens geuit dat zij hiermee genoegen zou moeten nemen in plaats van haar erfdeel ('*pro omni hereditate*') en de andere aan haar in het testament gelegateerde zaken ('*pro his, quae in testamento reliquerat*'). Uit de tekst van Paulus kan worden afgeleid dat de Pompeius Hermippus op enig moment was overleden en dat er door zijn zoon Hermippus en dochter Titiana uitvoering werd gegeven aan zijn testament én de codicillen. Dit betekende dat de gehele erfenis waarschijnlijk toekwam aan Hermippus, terwijl Titiana genoegen nam met de stukken grond die aan haar in het codicil waren toebedeeld. Vervolgens kwam het vermogen van Hermippus op enig moment in handen van de *fiscus* terecht. De reden hiervoor wordt door Paulus niet vermeld, maar het is aannemelijk dat het om een publiekrechtelijke confiscatie door de *fiscus* ging.[3] Uit het verslag van Paulus wordt echter niet duidelijk waarom het vermogen van Hermippus door de *fiscus* in beslag werd genomen. Confiscatie van het vermogen was geen zelfstandige straf, maar vormde een extra maatregel bovenop een andere reeds opgelegde straf.[4] Het ging in de meeste gevallen om de doodstraf of deportatie, die beide regelmatig door de keizer zelf werden opgelegd voor het plegen van een misdaad met een sterk politiek karakter, in het bijzonder hoogverraad (*crimen maiestatis*).[5] In dit geval ging de confiscatie van het vermogen door de *fiscus* hoogstwaarschijnlijk gepaard met de dood van Hermippus,[6] aangezien zijn zuster Titiana het *fideicommissum si sine liberis decesserit* opeiste. Dit veronderstelde immers het overlijden van Hermippus. De vraag rees echter

2 Waarover A. Torrent, 'The nature of the fideicommissum "si sine liberis decesserit"' *TvR* 43 (1975), 73-83, die het onderhavige geval overigens niet behandelt.

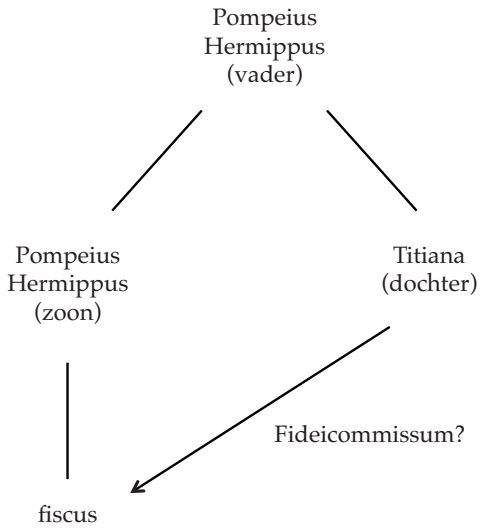
3 Dit is ook het algemene standpunt in de literatuur: Sanfilippo, *Libris Tres*, 76, Champlin, 'Miscellanea', 200 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 176. Het is echter ook mogelijk, doch onwaarschijnlijk, dat het vermogen van Hermippus op erfrechtelijke gronden (dat wil zeggen, omdat de door hem benoemde erfgenamen *incapax* of onwaardig waren of hij geen testamentaire of intestaaterfgenamen had) bij de *fiscus* terecht was gekomen. Een dergelijke gang van zaken lijkt te worden verondersteld door Wubbe, 'Benigna interpretatio', 433.

4 Mommsen, *Strafrecht*, 1006.

5 Waarover Mommsen, *Strafrecht*, 1006-1011.

6 Een dergelijke gang van zaken wordt ook aangenomen door Champlin, 'Miscellanea', 200-202.

of haar aanspraak hierop niet verloren was gegaan door de codicillen, die haar vader later had opgemaakt. Ik geef de casus in het onderstaande schematisch weer.



3 Prosopografie

De Pompeii Hermippi waren een invloedrijke familie, afkomstig uit de stad Ephese in de provincie Asia Minor.[7] Op basis van de datering van de *Decreta* komt een aantal van de mannelijke leden van deze familie in aanmerking om als één van de *dramatis personae* in deze zaak te worden aangemerkt, te weten Cn. Pompeius Hermippus, zijn zoon Cn. Pompeius Hermippus Aelianus en zijn kleinzoon Cn. Pompeius Hermippus Aelianus Iunior. De patriarch van familie, Cn. Pompeius Hermippus (hierna: Pompeius Hermippus),[8] was een *eques*[9] die verschillende priesterlijke ambten had vervuld, te weten hoge priester van Asia *(archiereus*) en *neokoros* van de keizers.[10] Daarnaast bekleedde hij de positie van *tribunus cohortis* van een *cohors hispanorum*.[11] Zijn zoon Cn. Pompeius Hermippus Aelianus[12] (hierna: Hermippus Aelianus) werd

7 Zie over de gehele familie *PIR*² P 614-616, 646 en 682 en de stemma op pagina 269. Voorts *I. Eph.*, toelichting op nr. 710.

8 Waarover *PIR*² P 614, Champlin, 'Miscellanea', 201 en A. Stein, *Der römische Ritterstand. Ein Beitrag zur Sozial- und Personengeschichte des römischen Reiches*, München: Beck 1963, 329

9 *PIR*² P 614.

10 *I. Eph.* 2069.

11 *Idem.*

12 Waarover *PIR*² P 615, Barbieri, *L'Albo*, nr. 822, Stein, *Ritterstand*, 329, Champlin, 'Miscellanea', 201 e.v. en Liebs, *Hofjuristen*, 53 nt. 204.

verheven tot de senaat en doorliep een succesvolle *cursus honorum*.[13] Hij begon zijn carrière als een *vigintivir*.[14] Hierop volgde een positie als *quaestor* van Asia en daarna het volkstribunaat in Rome . Uiteindelijk bereikte hij de functie van *proconsul* van de provincie Lycia et Pamphylia. Over zijn enige zoon,[15] Cn. Pompeius Hermippus Aelianus Iunior (hierna: Aelianus Iunior), is ons weinig bekend. Slechts één inscriptie vermeldt zijn aanwezigheid als toezichthouder bij de spelen van Ephese.[16] Er wordt daarom vermoed dat hij op jonge leeftijd is overleden.[17] Naast deze drie generaties mannelijke Pompeii Hermippi maakte ook nog een zekere Pompeia Titinniana (*sic*) onderdeel uit van dezelfde familie.[18] Zij liet een beeld plaatsen ter ere van haar broer, wiens naam helaas niet aan ons is overgeleverd.[19]

Zowel de Digestentekst als het epigrafisch materiaal uit Ephese bieden te weinig aanknopingspunten om met zekerheid te stellen dat de Titinniana uit Ephese en de Titiana uit D. 32,27,1 dezelfde persoon waren.[20] Beide bronnen geven echter meer houvast met betrekking tot de mannelijke hoofdrolspelers. Aan de tekst van Paulus kunnen we enkele kenmerken van de erflater en erfgenaam ontlenen. De *erflater* was een welgesteld man (hij bezat immers meerdere *fundi* en *praedia*) met in ieder geval één dochter en één zoon. De *erfgenaam* was ter dood veroordeeld en zijn vermogen was geconfisqueerd. Hij liet geen kinderen na. Op basis van deze informatie over de erflater en erfgenaam in samenhang met de hierboven beschreven levensloop van de verschillende historische Hermippi kan worden aangenomen dat onze *erflater* waarschijnlijk Pompeius Hermippus was, terwijl de *erfgenaam* zijn zoon Hermippus Aelianus was.[21] Omdat de zaak pas na 193 kan hebben gespeeld, is het zeer onwaarschijnlijk dat Pompeius Hermippus de erfgenaam (en niet de erflater) in de onderhavige zaak was. Bovendien weten we zeker dat de historische Pompeius Hermippus in ieder geval één zoon had, terwijl de erfgenaam Hermippus uit de tekst van Paulus kinderloos was gestorven. De hypothese dat Hermippus Aelianus de erflater was[22]

13 *I. Eph.* 709 en 3036.

14 Deze positie vormde een opstapje tot opname in de senaat, zie Talbert, *Senate,* 13-14 en D. McAlindon, 'Entry to the senate in the early empire' *JRS* 47 (1957), 191-195. Het vigintiviraat is een verzamelnaam voor verschillende lagere magistraturen, te weten de *triumviri monetales,* de *decemviri stlitibus iudicandis,* de *quattorviri viarum curandarum* en de *triumviri capitales.*

15 Anders *I. Eph.*, toelichting op nr. 710, waarin wordt betoogd dat Pompeius Hermippus Aelianus vier zonen had. Voor het bestaan van drie van de vier is echter weinig tot geen bewijs, zie ook Champlin, 'Miscellanea', 201.

16 *I. Eph.* 4113.

17 *PIR*² P 616 en Champlin, 'Miscellanea', 201.

18 *I. Eph.* 710a. Zie ook *PIR*² P 682 en Champlin, 'Miscellanea', 201.

19 *Idem.*

20 Zie ook *PIR*² P 682 en Champlin, 'Miscellanea', 201, die, hoewel zij beide een slag om de arm houden, ervan uitgaan dat dit wel het geval is.

21 Champlin, 'Miscellanea', 201 en Liebs, *Hofjuristen*, 53. Anders Coriat, *Le prince,* 300.

22 Zie Coriat, *Le prince*, 300 zonder verdere uitleg.

en zijn zoon Aelianus Iunior de erfgenaam, is ook niet aannemelijk. Hoewel de laatste op jonge leeftijd was gestorven en er om die reden een goede kans bestaat dat hij zonder kinderen was overleden, moet toch worden aangenomen dat niet hij, maar Hermippus Aelianus de erfgenaam in de door Paulus beschreven zaak was. Een belangrijke indicatie hiervoor is het feit dat het vermogen van de erfgenaam Hermippus in beslag was genomen door de *fiscus*. Het is onwaarschijnlijk dat een jonge en onbekende provinciaal als Aelianus Iunior, die zich waarschijnlijk niet in Rome bevond en weinig politieke invloed had, in de positie verkeerde om een misdaad te plegen die werd bestraft met executie of deportatie. Zijn vader Aelianus daarentegen was een prominent lid van de senatoriale elite met de rang van *proconsul*. Het is daarom veel aannemelijker dat hij degene is geweest die op enig moment om welke reden dan ook in ongenade bij de keizer was gevallen en op de bovengenoemde wijze aan zijn einde was gekomen. Het feit dat Aelianus Iunior op jonge leeftijd was overleden, kan vervolgens verklaren waarom Hermippus Aelianus uiteindelijk *sine liberis* was gestorven.

Tot slot rijst nog de vraag welke keizer verantwoordelijk is geweest voor de veroordeling van Hermippus Aelianus en de confiscatie van diens vermogen. Zijn laatste aan ons bekende bestuurlijke functie was het proconsulaat van de provincie Lycia et Pamphilia, dat hij ergens tussen 178 en 213 bekleedde.[23] Gedurende die periode kende het Romeinse rijk vier keizers, Commodus, Pertinax, Didius Julianus en Septimius Severus, en twee zogeheten tegenkeizers, Pescennius Niger en Clodius Albinus. Gezien de korte regeringsperiode van Pertinax, Julianus, Niger en Albinus kan worden aangenomen dat ofwel Commodus ofwel Severus verantwoordelijk is geweest voor de veroordeling van Aelianus. Beide keizers staan in de klassieke literatuur bekend om hun talrijke executies van senatoren verspreid over het gehele rijk.[24] Met betrekking tot Hermippus Aelianus is gesuggereerd dat hij betrokken zou kunnen zijn geweest bij een mogelijke samenzwering tegen Commodus in het oosten van het rijk ten tijde van de val van Cleander en om die reden ter dood was gebracht door dezelfde keizer.[25] Het zou echter net zo goed kunnen gaan om een veroordeling en confiscatie door Severus zelf. Deze aanname wordt ondersteund door het feit dat er nog twee andere gelijksoortige zaken in de *Decreta* voorkomen, waarin familieleden of andere gerechtigden tegen een confiscatie door Septimius Severus opkwamen: de zaak van Pactumeia Magna (D. 28,5,93(92)) en de zaak van Cornelius Felix (D. 49,14,48,1). In het eerste geval was er sprake van een vrouw die zich meldde bij Severus om als erfgename een door hem geconfisqueerd vermo-

23 Barbieri, *L'Albo*, nr. 822 en Stein, *Ritterstand*, 329.

24 Commodus: SHA *Comm.* 7,4-8; Septimius Severus: SHA *Sev.* 12,1 en 13,1; Her. 3,8,2 en 7. In de meeste gevallen wordt ook expliciet door de klassieke auteur vermeld dat de vermogens van de geëxecuteerden door de *fiscus* in beslag werden genomen.

25 Champlin, 'Miscellanea', 202. Hij verwijst hierbij naar SHA *Comm*. 7,1-8.

gen op te eisen.[26] In het tweede geval had de *fiscus* beslag gelegd op een vermogen en eiste een fideï-commissaris een aan hem verschuldigd *fideicommissum hereditatis* op. In alle drie de zaken worden er erfrechtelijke aanspraken geldig gemaakt nadat de *fiscus* een vermogen had geconfisqueerd. Blijkbaar vormde het feit dat er sprake was van een misdaad door de beslagene niet per definitie een belemmering om de keizer te verzoeken dergelijke rechten van anderen op de door hem beslagen goederen te respecteren.

4 Rechtsvraag en standpunt van partijen

4.1 De geldigheid van de codicillen

In de procedure bij de keizer werd de geldigheid van het codicillen, die door Pompeius Hermippus aan zijn testament waren toegevoegd, niet betwist. Uit het feit dat de reikwijdte van de in het codicil opgenomen bepaling centraal stond in de keizerlijke procedure – vgl. Paulus eigen formulering van de in het geding zijnde vraag '*querebatur…reliquerat*' – kan immers worden opgemaakt dat er niet werd getwijfeld aan de geldigheid van de codicillen zelf. Men kan zich echter afvragen of een codicil met een dergelijke inhoud niet in strijd was met het testamentaire erfrecht.[27] Zoals bij de behandeling van D. 32,27 *pr.* al aan de orde kwam, konden in een codicil immers niet alleen geen nieuwe erfgenamen worden benoemd, maar ook konden ingestelde erfgenamen niet worden onterfd ('*codicillis hereditas neque dari neque adimi potest*').[28] De bovengenoemde bepaling in het codicil van Pompeius Hermippus had echter juist als gevolg dat Titiana haar aandeel in de nalatenschap misliep en dus de facto werd onterfd.

De keizers namen het echter niet altijd even nauw met de regel '*codicillis hereditas neque dari neque adimi potest*', zoals blijkt uit D. 36,1,78(76).[29] Deze tekst van Scaevola, die mogelijk een decreet of een rescript van Marcus Aurelius bevat,[30] betreft een soortgelijk geval:

> D. 36,1,78(76): 'Scaevola heeft geantwoord dat, als een vader zijn onvolwassen zoon als enige erfgenaam heeft ingesteld en in een codicil substituut-erfgenamen voor hem heeft

26 Champlin, 'Miscellanea', 202 maakt ook een verbinding tussen deze zaak en de zaak van Pactumeia Magna. Hij meent dat in beide gevallen door Severus werd geoordeeld in het voordeel van personen die leed hadden ondervonden van diens voorganger Commodus.

27 Dit probleem wordt ook gesignaleerd door Wubbe, 'Benigna interpretatio', 434, Nörr, *Rechtskritik*, 130 nt. 55 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 177 nt. 87.

28 I. 2,25,2 en Gai. 2,271. Zie verder BZD, nr. 11 (D. 32,27 *pr.*) sub 2.2.1.

29 Wubbe, 'Benigna interpretatio', 434, Nörr, *Rechtskritik*, 130 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 177.

30 Aangezien Q. Cervidius Scaevola waarschijnlijk lid was van het *consilium* van Marcus Aurelius (SHA *Marc.* 11,10) wordt aangenomen dat het gaat om een keizerlijke beslissing, zie Wubbe, 'Benigna interpretatio', 419 en 434 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 177. Zie verder over deze tekst Johnston, *Law of trusts*, 132-133.

> opgenomen en de onvolwassen zoon vervolgens is overleden, dat men dan, hoewel de substitutie ongeldig is, omdat in een codicil een nalatenschap gegeven noch ontnomen kan worden, toch door middel van een welwillende interpretatie tot het oordeel is gekomen, dat de moeder, die de pupil volgens het intestaaterfrecht heeft opgevolgd, jegens de substituut-erfgenamen verbonden is op grond van een fideï-commis. Maar als zij voor elkaar substituut-erfgenamen zijn, dat de substitutie op grond van het fideï-commis dan ook van kracht blijft: als één van hen is overleden, ontvangen zij die overblijven alles.'[31]

In dit geval had de vader meerdere (substituut-)erfgenamen in het codicil benoemd. Hoewel een dergelijke benoeming in strijd was met de regel '*codicillis hereditas neque dari neque adimi potest*', werd er toch uitvoering aan gegeven door de benoeming met enige welwillendheid (*benigna interpretatio*) als een fideï-commis op te vatten.[32] Toegepast op het geval van Pompeius Hermippus zou dit betekenen dat het deel van de bepaling in het codicil dat betrekking had op het erfdeel van Titiana ('*eamque his contentam esse voluit pro omni hereditate*') zou kunnen worden opgevat als een *fideicommissum de non petendo* of *restituendo* ten laste van het meisje.[33]

4.2 De eis van Titiana

Titiana eiste in de procedure bij de keizer uitkering van het fideï-commis, dat wil zeggen afgifte van de '*alia possessio*', die haar vader Pompeius Hermippus in zijn testament had opgenomen voor het geval dat zijn zoon kinderloos zou sterven. Dit verzoek was op zichzelf geen bijzonderheid. Uit het feit dat de Romeinen het beslag van de *fiscus* op het vermogen van veroordeelden construeerden als een erfopvolging onder algemene titel vloeide voort dat de op een geconfisqueerd vermogen drukkende lasten zonder meer overgingen op de *fiscus*.[34] Op grond van deze regel kon Titiana na de dood van haar broer dus in beginsel van de *fiscus* uitkering van het fideï-commis vorderen. De *fiscus* verweerde zich echter tegen haar eis met een beroep op het door de erflater hierna opgemaakte codicil. De testator had hierin immers aan haar slechts een aantal stukken grond toegekend en te kennen gegeven dat zij hiermee genoegen moest nemen in plaats van haar erfdeel én de andere zaken die hij aan haar in het testament had vermaakt: '*eamque his contentam esse voluit pro omni hereditate et his, quae in testamento*

---

31 Scaevola libro XIX digestorum. *Scaevola respondit, si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest, tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur: quod si invicem fuerunt substituti, et in fideicommisso substitutionem valere: unoque eorum mortuo qui supersunt totum accipiunt*.

32 Nörr, *Rechtskritik*, 130 nt. 55 en Johnston, *Law of trusts*, 133. Opgemerkt zij dat een dergelijke omzetting van een ongeldige beschikking in een codicil in een fideï-commis door de meeste juristen niet mogelijk werd geacht, zie Johnston, *idem.* Dit versterkt het vermoeden dat het in deze tekst om een keizerlijke beslissing gaat, waarin een uitzondering op de regels van het geldende recht werd gemaakt op grond van een *benigna interpretatio.*

33 Talamanca, 'Revoca', 346.

34 Mommsen, *Strafrecht*, 1005-1006.

relinquerat'. De *fiscus* meende dat de woorden '*his, quae in testamento reliquerat*' niet alleen de in het testament opgenomen prelegaten omvatten, maar ook het (eveneens in het testament opgenomen) *fideicommissum si sine liberis decesserit* en dat om deze reden het fideï-commis niet meer door Titiana kon worden opgevorderd.

Uit de tekst kan niet worden opgemaakt of de keizer de zaak in eerste aanleg hoorde of dat het om een appel ging en er een procedure in eerste aanleg bij een andere rechter aan was voorafgegaan. Wanneer wij aannemen dat Severus betrokken was bij de veroordeling van Hermippus en de confiscatie van diens vermogen door de *fiscus*, ligt het voor de hand om aan te nemen dat de zaak in eerste aanleg bij de keizer is aangebracht. Mocht er echter sprake zijn geweest van een appel, dan kan men alleen maar gissen naar de mogelijke rechter in eerste aanleg. Gezien de materie ligt de *praetor fideicommissarius*[35] of eventueel de *praetor fiscalis* of een *procurator fisci*[36] voor de hand, maar het is ook mogelijk dat het om een beslissing ging van een provinciegouverneur, bijvoorbeeld de *proconsul* van Asia (waar de stad Ephese gelegen was).[37]

In de procedure bij de keizer stond de reikwijdte van de in het codicil opgenomen bepaling '*eamque his contentam esse voluit pro omni hereditate et his, quae in testamento reliquerat*' centraal. Wat had de erflater precies bedoeld met deze bepaling? Wilde hij dat Titiana de stukken grond die haar in het codicil waren nagelaten accepteerde in plaats van *alles* wat hij haar had nagelaten in het testament, d.w.z. haar erfdeel, de prelegaten én het *fideicommissum si sine liberis decesserit*, of slechts in plaats van haar erfdeel en de prelegaten met als gevolg dat zij nog steeds het *fideicommissum* kon opeisen?

5 Debat in het *CONSILIUM* en de beslissing van de keizer

In het keizerlijk *consilium* bestond verschil van mening over de bedoelingen (*voluntas*) van de erflater. Paulus meende op basis van de bewoordingen van het codicil dat de erflater zijn eerdere wilsbeschikking volledig had herzien. Hij betoogde daarom dat de in het codicil toegewezen stukken grond in de plaats traden van zowel het erfdeel van Titiana als ook alle individuele beschikkingen ten behoeve van de dochter, d.w.z. de prelegaten én het fideï-commis. Zijn opvatting werd echter niet gedeeld door de keizer. Deze meende, al dan niet in navolging van de opvatting(en) van de andere leden

35 Deze speciale *praetor* voor zaken met betrekking tot fideï-commissen bestond reeds sinds Claudius: D. 1,2,2,32. Zie daarnaast Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 452-453 en 463.

36 Zie over de fiscale jurisdictie ALD, paragraaf 4.3.3.2.

37 Zie over de civiele jurisdictie van provinciegouverneurs in dergelijke gevallen Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 470. Zij werden echter geadviseerd om geschillen waarbij de *fiscus* betrokken was over te laten aan de *procuratores fisci*, zie D. 1,16,9 *pr.*

van het *consilium*,[38] dat men in dit specifieke geval de bewoordingen van het codicil 'op humanere wijze' (*humanius*) moest interpreteren. Dit betekende dat er een onderscheid moest worden gemaakt tussen de zaken die in het testament aan Titiana waren vermaakt terwijl haar broer nog leefde (haar erfdeel en de prelegaten) en de beschikkingen die erop waren gericht om haar te bevoordelen wanneer haar broer kinderloos mocht komen te overlijden (het fideï-commis). De keizer oordeelde daarom dat de in het codicil vermaakte stukken grond in de plaats waren getreden van het erfdeel en de prelegaten, maar niet in plaats van het *fideicommissum si sine liberis decesserit*. Titiana kon daarom het andere landgoed waarop dit fideï-commis betrekking had met succes van de *fiscus* opeisen.

De interpretatie van de keizer, waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen de testamentaire beschikkingen die betrekking hadden op de situatie waarin de broer nog in leven was en de situatie die ontstond bij diens kinderloos overlijden, voelt ietwat gewrongen aan. Zij heeft geen duidelijke grondslag in de bewoordingen van het codicil, waarin de erflater te kennen gaf dat Titiana de *praedia* diende te accepteren *'pro omni hereditate et his, quae in testamento reliquerat'*. De algemene en heldere formulering van de clausule lijkt iedere twijfel over de bedoelingen van de erflater uit te sluiten.[39] Hieruit volgt dat het betoog van Paulus in lijn was met de traditionele interpretatieregels bij de uitleg van testamenten, waarbij de wil van de erflater voorop werd gesteld. De *humanior interpretatio* van de keizer lijkt daarentegen meer rekening te willen houden met de belangen van Titiana.[40] We komen de *humanitas* als beslissingsgrond vooral tegen in keizerlijke uitspraken.[41] Zij werd door hen gebruikt ter motivering van *ad hoc*-beslissingen in gevallen waarin de oplossing op grond van het *ius civile* (of in dit geval de traditionele interpretatieregels) naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid

38 Zie Kleiter, *Entscheidungskorrekturen*, 72 nt. 312, die uit de woorden '*et ita pronuntiavit*' afleidt dat de keizer het oordeel van de meerderheid van de leden van het *consilium* volgde.

39 Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 178-179. Volgens haar laten de bewoordingen van het codicil geen ruimte voor twijfel open dat de erflater wilde dat de daarin vermaakte *praedia* in de plaats traden van *alle* beschikkingen in het testament ten behoeve van Titiana en dus ook het *fideicommissum*.

40 Door Riccobono is betoogd dat *humanius interpretari placuit* een interpolatie moet zijn, S. Riccobono, 'Die vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte [fr. 10 §2 D. 2,11 und fr. 33 D. 44,7]' *ZSS* 47 (1927), 79. In het algemeen wordt echter aan genomen dat dit niet het geval is, zie bijvoorbeeld Sanfilippo, *Libri Tres*, 76, Wubbe, 'Benigna interpretatio', 433, Kleiter, *Entscheidungskorrekturen,* 72 nt. 312 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 177-178, i.h.b. nt. 89. Zie ook veel eerder al H. Krüger, 'Die 'humanitas' und die 'pietas' nach den Quellen des römischen Rechts' *ZSS* 19 (1898), 33.

41 Het is om deze reden aannemelijk dat de woorden *humanius interpretari* direct afkomstig waren van de keizer zelf (of eventueel de leden van het *consilium* die zijn opvatting ondersteunden, zie Kleiter, *Entscheidungskorrekturen*, 72 nt. 12) en niet door Paulus zijn ingevoegd, vgl. Wubbe, 'Benigna interpretatio', 434 en voorts over dit punt Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 178 nt. 90. Zie voor een voorbeeld van een keizerlijke beslissing waarin het woord *humanius* ook wordt gebruikt *FIRA* I, nr. 78.

in hun ogen niet bevredigend was.[42] De uitspraak van de keizer in de zaak van Titiana is een voorbeeld van een dergelijke billijkheidsbeslissing.[43]

> Van het begrip *humanitas* moet het begrip *benignitas* worden onderscheiden. Er bestond aanvankelijk een duidelijk onderscheid tussen het gebruik van beide begrippen in de Romeinse juridische literatuur.[44] Ze vormden beide een tegenhanger van de gestrengheid van het *ius civile* (de *subtilitas* of *rigor iuris*), maar beslissingen (van juristen of de keizer) die werden genomen met een beroep op *benignitas* waren meestal ingegeven door objectieve pragmatische overwegingen, terwijl beslissingen op grond van *humanitas* vaker waren gebaseerd op de subjectieve omstandigheden van geval. Om deze reden werd *benignitas* wel door de vroege juristen als motivering voor hun eigen beslissingen gehanteerd, terwijl beslissingen op grond van *humanitas* voorbehouden waren aan de keizer.[45] In de laatklassieke periode verwaterde het onderscheid tussen beide begrippen en werden ze door zowel de juristen als de keizer door elkaar heen gebruikt.

Een ander voorbeeld van een keizerlijke uitspraak die was gebaseerd op de *humanitas* vinden we in D. 28,4,3, waar reeds kort aandacht aan is besteed bij de behandeling van D. 28,5,93(92).[46] Het betreft een procedure bij keizer Marcus Aurelius[47] in 166 n. Chr. Het ging in dit geval om een erflater die een testament had gemaakt en later de namen van de erfgenamen had doorgehaald (*inducere*), met als gevolg dat de nalatenschap toeviel aan de *fiscus*. De vraag rees vervolgens of de legaten en andere individuele beschikkingen, die niet waren doorgestreept, nog wel moesten worden uitgekeerd door de *fiscus* of dat deze ook teniet waren gegaan door de handelingen van de erflater. De *advocatus fisci* Calpurnius Longinus beriep zich op de regel van het *ius civile* dat een testament niet rechtsgeldig was zonder erfstelling met als gevolg dat de hierin opgenomen individuele beschikkingen ook als nietig

---

42 H. Hausmaninger, '"Benevolent" and "humane" opinions of classical Roman jurists' *Boston University Law Review* 61 (1981), 1139- 1156, i.h.b. 1139-1151. Zie ook Babusiaux, *Erbrecht*, 310-314 over deze toepassing van het begrip *humanitas* in een erfrechtelijke context.

43 Volterra, 'Il problema del testo', 987; Nörr, *Rechtskritik,* 130; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 179.

44 De onderstaande beschrijving is ontleend aan Hausmaninger, 'Opinions', 1139 e.v.

45 Tot en met het bewind van Marcus Aurelius, aldus Hausmaninger, 'Opinions', 1151. De enige verwijzing naar *humanitas* bij vroege juristen vinden we bij Julianus in D. 28,2,13 *pr.* Het is echter aannemelijk dat Julianus in deze tekst een keizerlijke uitspraak beschrijft, Hausmaninger, 'Opinions', 1150-1151.

46 Zie over deze tekst Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 151 e.v. (met verwijzingen naar oudere literatuur in nt. 27 op pagina 152) en daarnaast nog A.C. Hendel, 'D. 28,4,3 Marcellus libro 29 digestorum. Zum Sicherheitsgedanken bei der benignior interpretatio' *ZSS* 130 (2013), 419 e.v. en J.F. Stagl, 'Glanz der Rhetorik und Elend der Logik in einer Entscheidung Marc Aurels (Marcell. D. 28,4,3 *pr.*-1)' in: R. van den Bergh (e.a.)(ed.), *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel,* deel 2, Pretoria: Unisa Press 2014, 871-880.

47 Spruit e.a. zijn van mening dat de aanduiding 'Imperator Antoninus Augustus' verwijst naar Antoninus Pius (Spruit, *Corpus Iuris Civilis*, deel IV, 264-265). Gezien de datering van de uitspraak in 166 n. Chr. is dit echter niet mogelijk, aangezien Antoninus Pius is overleden in 161 n. Chr.

moesten worden aangemerkt.[48] Marcus Aurelius was echter van mening dat dit geval zich leende voor een meer humane interpretatie (*humanior interpretatio*). Hij oordeelde dat slechts de doorgehaalde beschikkingen ongeldig waren met als gevolg dat de *fiscus* verplicht was uitvoering te geven aan alle legaten en andere beschikkingen. De zaak en beslissing van D. 28,4,3 vertonen een aantal gelijkenissen met het door Paulus beschreven geval.[49] In beide gevallen ging het om een procedure tussen een burger en de *fiscus* over de bedoeling van een erflater bij een bepaalde handeling (het doorhalen van een erfstelling, resp. het opmaken van het codicil) en het al dan niet in stand laten van een bepaald deel van het testament (de overige beschikkingen, resp. het fideï-commis). Daarnaast besliste de keizer in beide zaken op grond van de *humanitas* ten nadele van zijn eigen *fiscus* en in het voordeel van een individuele belanghebbende, terwijl hij op grond van het geldende recht hiertoe niet verplicht was.[50] Deze overeenkomsten tussen de uitspraak van Marcus Aurelius en de uitspraak van Severus zullen niet toevallig zijn geweest en ook niet onopgemerkt zijn gebleven door Severus' onderdanen. Door op dezelfde wijze met eenzelfde soort geval om te gaan, plaatste Severus zichzelf op het gebied van rechtspraak op één lijn met keizers als Marcus Aurelius en diens voorganger Hadrianus.[51] Met de uitspraak in de zaak van Titiana en in het bijzonder door de verwijzing naar een *humanior interpretatio* presenteerde Severus zich net als die populaire voorgangers als een humane keizer en als de patroon van al zijn onderdanen, die het beste met hen voorhad en bereid was in individuele gevallen ten nadele van zijn eigen *fiscus* te beslissen.

48 Gai. 2,229, waarover Kaser, *Privatrecht*, 686.

49 Wubbe, 'Benigna interpretatio', 432-435 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 177-179. Rizzi is echter van mening dat de teksten op één punt van elkaar verschillen. Zij meent dat er in de zaak voor Marcus Aurelius sprake was van twijfel over de bedoeling van de erflater, terwijl dit niet het geval was in de zaak voor het gerechtshof van Severus.

50 Op het belang van het feit dat het in dit geval gaat om een procedure tegen de *fiscus* wordt ook gewezen door Wubbe, 'Benigna interpretatio', 434-435 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 179.

51 Het gebruik van *humanitas* als grondslag voor een keizerlijke beslissing gaat waarschijnlijk terug op Hadrianus, aldus Haumaninger, 'opinions', 1149-1150. Hij verwijst naar een brief van Hadrianus uit 118 n. Chr., waarin de keizer aangeeft dat hij met veel plezier de mogelijkheid benut om beslissingen van eerdere keizers op humanere wijze te interpreteren (*'humanius interpretor'*), zie *FIRA* I, nr. 78.

13 D. 32,27,2: het onduidelijke legaat van Julianus Severus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro secundo decretorum. *Iulianus*[a] *Severus decedens institutis quibusdam heredibus alumno suo quinquaginta legaverat eaque a Iulio Mauro colono suo ex pensionibus fundi debitis ab eo praestari voluerat eidemque Mauro quaedam legaverat: cum de hereditate fiscus quaestionem movisset, iussu procuratoris Maurus pecuniam fisco solverat: postea heres scriptus optinuerat fiscum: alumno autem mortuo heres eius fideicommissum ab herede Mauri petebat. Placuit imperatori non videri eius fidei commissum, sed demonstratum, unde accipere posset: et ideo heres Severi haec praestare debet.*	Paulus in het tweede boek van de 'Decreten'. Julianus Severus had bij zijn overlijden, nadat hij een aantal erfgenamen had ingesteld, aan zijn pleegzoon HS 50.000 vermaakt en hij had aangegeven dat deze geldsom door zijn pachter Julius Maurus uit de verschuldigde pachtsommen voor diens grond aan hem werden uitgekeerd en aan dezelfde Maurus had hij enkele zaken gelegateerd. Toen de *fiscus* een procedure over de nalatenschap was begonnen, had Maurus op bevel van de keizerlijke *procurator* het geld aan de *fiscus* betaald. Daarna had de ingestelde erfgenaam de procedure tegen de *fiscus* gewonnen. Aangezien de pleegzoon was gestorven, eiste zijn erfgenaam het fideï-commis op van de erfgenaam van Maurus. De keizer heeft beslist dat er niet mocht worden aangenomen dat er een fideï-commis was opgelegd, maar dat slechts was aangewezen, uit welke bron hij de middelen kon ontvangen: en daarom moest de erfgenaam van Severus het legaat uitkeren.

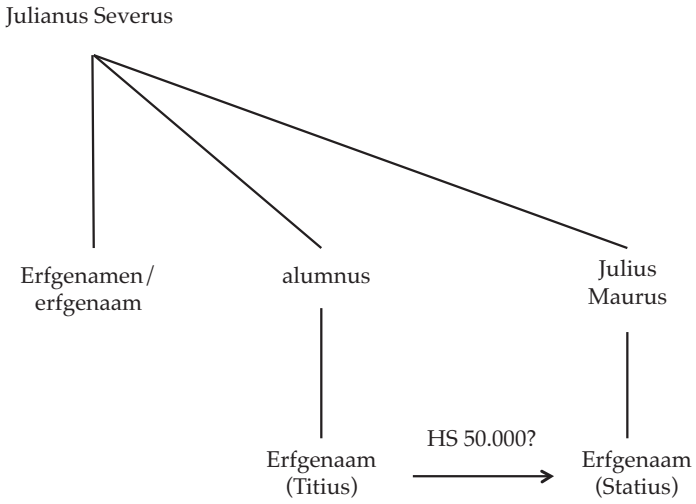
[a] *Iulius* Vulg.

2 Feiten

Julianus Severus had een testament gemaakt, waarin hij verschillende personen tot zijn erfgenamen had benoemd. Daarnaast had hij bepaald dat er een bedrag van HS 50.000 moest worden uitgekeerd aan zijn pleegzoon (*alumnus*), wiens naam door Paulus niet wordt genoemd. Julianus Severus had daarbij in het testament aangegeven dat de geldsom moest worden uitgekeerd uit de pachtsommen die één van zijn pachters, Julius Maurus geheten, nog aan hem verschuldigd was (*'eaque a Iulio Mauro colono suo ex pensionibus fundi debitis ab eo praestari voluerat')*. Aan dezelfde Julius Maurus had hij ook

1 Deze tekst wordt behandeld in Sanfilippo, *Libri Tres*, 77-81 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 315-321.

een aantal zaken bij legaat vermaakt. Na het overlijden van Julianus Severus was er tussen de *fiscus* en zijn erfgenamen een geschil ontstaan over de nalatenschap en was de *fiscus* een procedure begonnen. Gedurende deze procedure had een ambtenaar van de *fiscus* aan Maurus opdracht gegeven om de achterstallige pachtsommen aan de *fiscus* te betalen en de laatste had hieraan gehoor gegeven. Enige tijd later was er uitspraak gedaan in het voordeel van de erfgenamen van Julianus Severus. Hierop sprak de erfgenaam van de inmiddels overleden *alumnus* de erfgenaam van Julius Maurus, die ondertussen ook was overleden, aan tot uitkering van de som van HS 50.000. Deze twee erfgenamen zullen voor het gemak van de lezer in de onderstaande tekst worden aangeduid als Titius (erfgenaam van de *alumnus*) en Statius (erfgenaam van Julius Marius). De zaak kan als volgt schematisch worden weergegeven:



3 Voorgeschiedenis: de fiscale procedure

In de procedure bij de keizer stond de inhoud en uitleg van het testament van Julianus Severus centraal. Voordat hier nader op in kan worden gegaan, moet eerst enige aandacht worden besteed aan de procedure die hieraan voorafging, te weten het geding over de nalatenschap van Julianus Severus tussen de *fiscus* en de erfgenamen. Naar de aanleiding van deze procedure kan slechts worden gegist.[2] Er zijn verschillende redenen denkbaar op grond waarvan de *fiscus* aanspraak kon maken op de nalatenschap. Om te begin-

2 Het woord *quaestio* wordt vaak gebruikt om een strafrechtelijke procedure aan te duiden. Aangezien Paulus expliciet vermeldt dat het om een procedure over de nalatenschap (*'de hereditate'*) ging, is het onmogelijk dat er in deze zaak sprake was van een strafproces. *Quaestio* kan echter ook verwijzen naar een gerechtelijke procedure in het algemeen, zie Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 481.

nen viel een nalatenschap waarvoor krachtens testamentair en intestaaterfrecht geen erfgenaam kon worden gevonden toe aan de *fiscus*, de zogeheten *bona vacantia*.[3] Aangezien Julianus Severus een geldig testament had opgemaakt waarin verschillende personen tot erfgenaam waren benoemd, kan dit niet het geval zijn geweest. In sommige gevallen kon de *fiscus* echter de nalatenschap opeisen, ondanks het feit dat er een geldig testament was.[4] Zo konden de erfgenamen *incapax* zijn op grond van de *lex Iulia et Papia*. Dit betekende dat zij geheel of gedeeltelijk onbevoegd waren om goederen bij testament te verkrijgen.[5] Een erfportie of legaat ten behoeve van een dergelijk persoon werd door de Romeinse juristen als *caducum* ('vervallen') aangemerkt en kwam geheel of gedeeltelijk toe aan de *fiscus.* Het is echter zeer onwaarschijnlijk dat alle erfgenamen die door Julianus Severus waren benoemd *incapaces* waren. Het is daarom aannemelijker dat de *fiscus* de nalatenschap op een andere grond opeiste, bijvoorbeeld de onwaardigheid (*indignitas*) van de erfgenamen om de nalatenschap te verkrijgen.[6] Er bestonden verschillende redenen om een erfgenaam als *indignus* aan te merken en het voert te ver om deze hier alle afzonderlijk te bespreken.[7] In het algemeen kan echter worden opgemerkt dat een erfgenaam als *indignus* werd beschouwd als hij zich op enigerlei wijze onbehoorlijk jegens de erflater had gedragen, het opmaken of het veranderen van het testament had belemmerd, het testament had vervalst of onterecht had aangevochten of zich op een andere wijze onbetamelijk had gedragen. In een dergelijk geval bleef de benoeming tot erfgenaam in stand, maar werden de op grond hiervan verkregen goederen door de *fiscus* aan de onwaardige erfgenaam ontnomen.[8]

> Een laatste mogelijkheid is dat de nalatenschap aan de *fiscus* toekwam op grond van de strafrechtelijke veroordeling van de *testator* vanwege een *crimen maiestatis*,[9] die in de meeste gevallen leidde tot *deportatio* of terechtstelling van de veroordeelde en inbeslagname van diens vermogen door de *fiscus*. Bij de behandeling van D. 10,2,41/D. 37,14,24 en D. 32,27,1 is reeds aan deze materie aandacht besteed.[10] Het is echter onwaarschijnlijk dat er sprake was van een dergelijke veroordeling in het onderhavige geval. Bij een veroordeling wegens een *crimen maiestatis* nam de *fiscus* het vermogen van de veroordeelde als straf in beslag (vgl. D. 49,14,48,1: '*cum heres scripta condemnata esset a fisco et omnia bona mulieris occuparentur*') en deze inbeslagname geschiedde hoogstwaarschijnlijk zonder rechterlijke tussenkomst. Aangezien er in D. 32,27,2 daarentegen duidelijk sprake is van een gerechtelijke procedure over de nalatenschap van Julianus Severus tussen diens erfgenamen en de *fiscus*, is het aannemelijk dat de keizerlijke schatkist de nalatenschap op een andere grond dan de strafrechtelijke veroordeling van de *testator* opeiste.

3 *UE* 28,7 en Gai. 2,150.
4 D. 49,14,1 *pr.*
5 Zie voor dit begrip ook BZD, nr. 30 (D. 49,14,48 *pr.*).
6 Zie over *indignitas* Voci, *DER I*, 465-488, Kaser, *Privatrecht*, 725-727 en E. Nardi, *I casi di indegnità nel diritto successorio Romano*, Milaan: Giuffrè 1937.
7 Zie hiervoor titel 34,9 van de Digesten (*De his quae ut indignis auferuntur*) en daarnaast Voci, *DER I*, 466 e.v., Kaser, *Privatrecht*, 726 en de in noot 6 geciteerde monografie van Nardi.
8 Zie bijvoorbeeld D. 49,14,49 en D. 48,10,26. Zie tevens Kaser, *Privatrecht*, 726-727.
9 Deze oorzaak wordt verdedigd door de Glosse, zie Gl. *Casus* ad D. 32,27,2.
10 Zie daarnaast ook nog BZD, nr. 27 (D. 48,19,40).

In het geval van onwaardigheid van de erfgenamen werd de nalatenschap door de *fiscus* opgeëist met de *vindicatio caducorum*.[11] De beoordeling van een dergelijk geschil viel ten tijde van Severus onder de buitengewone jurisdictie van de *procuratores fisci*.[12] Met betrekking tot de zaak over de nalatenschap van Julianus Severus vallen twee aspecten op. Om te beginnen kan uit de beschrijving van Paulus worden opgemaakt dat de fiscale procedure waarschijnlijk enige tijd in beslag heeft genomen. Het rechtsgeding bij de keizer dat volgde op de fiscale procedure werd gevoerd door zowel de erfgenaam van de *alumnus* als de erfgenaam van de pachter Julius Maurus. Hoewel het natuurlijk mogelijk is dat beide heren binnen korte tijd waren overleden, is dit niet aannemelijk. Een langdurige procedure zou bovendien ook kunnen verklaren waarom Paulus aanvankelijk vermeldt dat er meerdere erfgenamen waren (‘*institutis quibusdam heredibus*’), maar later overgaat op het enkelvoud en stelt dat slechts één erfgenaam de procedure tegen de *fiscus* won (‘*heres scriptus*’). Deze wisseling van meervoud naar enkelvoud met betrekking tot de erfgenamen wordt door verschillende auteurs rechtgetrokken door de zin *‘postea heres scriptus optinuerat fiscum’* om te zetten naar het meervoud: *‘postea heredes optinuerant fiscum’*.[13] Dat het hier echter niet om een verschrijving gaat, blijkt uit het feit dat ook in de laatste zin weer het enkelvoud *heres* wordt gebruikt.[14] De overgang van meervoud naar enkelvoud zou ook kunnen worden verklaard door aan te nemen dat een aantal van de erfgenamen de langdurige fiscale procedure niet had overleefd. Zeker is dit echter niet: het is ook mogelijk dat slechts één van de ingestelde erfgenamen bij het overlijden van Julianus Severus (en nog voor de procedure) nog in leven was, dan wel de nalatenschap had aanvaard.[15]

> Wanneer men aanneemt dat de fiscale procedure de nodige tijd in beslag heeft genomen, ontstaat een aantrekkelijke, zij het enigszins vergezochte, mogelijke identificatie voor de persoon van Julianus Severus. Er is ons één Julianus Severus bekend, waarvan we zeker weten dat hij vlak voor het bewind van Septimius Severus was overleden: Didius Julianus Severus, de keizerlijke voorganger van Septimius Severus. Een procedure over diens erfenis zal de nodige tijd in beslag hebben genomen en biedt ook een goede verklaring voor de interesse van de *fiscus* in de nalatenschap. Nadat Julianus door de senaat ter dood was veroordeeld wegens hoogverraad en hier door een aantal tribunen uitvoering aan

11 Nardi, *I casi*, 315 i.h.b. nt. 6, Kaser, *Privatrecht*, 727 en Provera, *La vindicatio*, 114 e.v. en 142 e.v.

12 Zie over de fiscale jurisdictie ALD, paragraaf 4.3.3.2. Zie over de processuele bijzonderheden van de *vindicatio caducorum*, die voor de behandeling van dit geval niet relevant zijn, Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 454 en de hierboven geciteerde monografie van Provera.

13 Sanfilippo, *Libri Tres*, 77. Zijn emendatie wordt opgemerkt en niet afgewezen door Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 315-316.

14 Ook dit gebruik van *heres* wordt door Sanfilippo gecorrigeerd naar *heredes*, Sanfilippo, *Libri Tres*, 77.

15 In dat geval wassen de erfdelen van de overleden of verwerpende erfgenamen aan bij zijn erfportie, zie bijvoorbeeld D. 28,5,60,3 en D. 29,2,53,1. Zie over aanwas Kaser, *Privatrecht*, 729-731 en Babusiaux, *Erbrecht*, 87-90.

was gegeven,[16] verkreeg de *fiscus* immers een recht op het privévermogen van de voormalige keizer.[17] In de klassieke bronnen kan echter geen bewijs worden gevonden voor het bestaan van een pleegzoon van Didius Julianus noch over een rechtszaak over diens nalatenschap. Het is daarom aannemelijker dat het hier om een zaak van 'gewone' Romeinse burgers gaat. In het kader daarvan is de alternatieve lezing van de Vulgaat van de naam van de overledene, te weten Jul*ius* Severus, interessant (mijn accentuering). Als wij deze overnemen, hadden de erflater en de *colonus* hetzelfde *nomen gentilicum* en is de kans groot dat we te maken hadden met een *patronus* en zijn vrijgelatene. Dit zou ook kunnen verklaren waarom Juli(an)us Severus een aantal zaken aan zijn *colonus* had gelegateerd.[18]

Een tweede opvallend element aan de fiscale procedure is het bevel (*iussum*) van een *procurator* om de achterstallige pachtsommen aan de keizerlijke schatkist te betalen. Uit het feit dat de *fiscus* en niet de erfgenamen de procedure initieerde, kan worden afgeleid dat de *fiscus* niet in het bezit van de nalatenschap was.[19] Het komt daarom enigszins vreemd voor dat een keizerlijke *procurator* aan Julius Maurus het bevel kon geven om de pachtsommen, die verschuldigd waren aan de nalatenschap, uit te keren aan de *fiscus*, terwijl de laatste niet in het bezit van de nalatenschap was. Het woord *iussum* kan echter ook een rechterlijk bevel tot betaling aanduiden.[20] Zoals zojuist is opgemerkt, waren de *procuratores fisci* bevoegd om van gerechtelijke procedures tussen de *fiscus* en burgers kennis te nemen en in het licht van deze jurisdictionele competentie kan het *iussum procuratoris* van D. 32,27,2 zonder enig probleem worden opgevat als een rechterlijk bevel van de keizerlijke procurator aan wie het geschil ter beslechting was voorgelegd. Uiteindelijk oordeelde de *procurator* echter in het nadeel van de *fiscus* en wees de nalatenschap toe aan de enige nog overgebleven erfgenaam van Julianus Severus. Er mag worden aangenomen dat dit ook betekende dat de *fiscus* verplicht was om de reeds ontvangen pachtsommen aan de erfgenaam uit te keren.[21]

16 Dio *Hist.* 73(74),17,4-5 en Her. 2,12,7-13,1.

17 Men confisqueerde mogelijk zelfs het vermogen van Julianus' geëmancipeerde dochter Didia Clara: SHA *Did. Jul.* 8,9-10.

18 Zie over de verhouding tussen een vrijgelatene en zijn patroon meest recent Mouritsen, *Freedman*, 36 e.v.

19 Vgl. Gl. *Casus* ad D. 32,27,2: '*possidentibus dictis suis heredibus hereditatem suam*.'

20 Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 290 onder verwijzing naar bijvoorbeeld D. 42,1,59 *pr. ('in sententia iubere solvi')*.

21 Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 321.

4 Procedure bij de keizer

4.1 Procedure en standpunten van partijen

Nadat de procedure bij de *procurator fisci* was afgerond, ontstond het geschil dat uiteindelijk aan de keizer werd voorgelegd. Uit de tekst kan niet worden opgemaakt of het een procedure in eerste aanleg bij de keizer betrof of dat het ging om een appel tegen een uitspraak van een lagere rechter.[22] Beide standpunten worden verdedigd.[23] Ter ondersteuning van een appelprocedure wordt wel betoogd dat de woorden *'postea heres scriptus optinuerat fiscum'* verwijzen naar de procedure in eerste aanleg en dat de hierboven beschreven procedure tussen de *fiscus* en de erfgenamen moet worden aangemerkt als de procedure en beslissing in eerste aanleg, waartegen bij de keizer appel werd aangetekend.[24] Dit standpunt is echter niet aannemelijk. De procedures verschilden zowel wat betreft het onderwerp van het geding, als ook voor wat betreft de partijen die bij de procedures betrokken waren. De fiscale procedure betrof de nalatenschap in haar geheel en werd gevoerd tussen de *fiscus* en de erfgenamen, terwijl de procedure bij de keizer ging over de uitkering van het legaat aan de *alumnus*, waarbij de erfgenaam van de *alumnus* en de erfgenaam van Julius Maurus (en dus *niet* de erfgenaam van Julianus Severus noch de *fiscus*) betrokken waren.

De erfgenaam van de *alumnus* Titius eiste van Statius, de erfgenaam van Julius Maurus, uitkering van de HS 50.000 bij wijze van fideï-commis (*alumno autem mortuo heres eius fideicommissum ab herede Mauri petebat*). Hieruit kan worden afgeleid dat de *alumnus* in ieder geval ten tijde van het overlijden van Julianus Severus nog in leven was. Tenzij anders bepaald, ontstond immers pas op het moment van overlijden van de erflater het recht om een legaat of fideï-commis op te eisen (*dies cedens*) en alleen dit recht kon ook overgaan op de erfgenamen van de begunstigde.[25] De grondslag van de eis van Titius, te weten het bestaan van een *fideicommissum* ten laste van Julius Maurus, is wellicht op het eerste gezicht opvallend. Als men Paulus' beschrijving van het testament van Julianus Severus letterlijk neemt, lijkt het immers niet om een *fideicommissum* te gaan, maar om een legaat ten behoeve van de *alumnus*:

> *'(…) alumno suo quinquaginta* legaverat *eaque a Iulio Mauro colono suo ex pensionibus fundi debitis ab eo praestari voluerat eidemque Mauro quaedam legaverat.'* (mijn accentuering)

22 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 316 nt. 154.

23 Johnston meent dat er sprake was van een procedure in eerste aanleg, zie *Law of trusts*, 13. Coriat is echter van mening dat het gaat om een appelprocedure, zie *Le prince*, 286, 289 en 332.

24 Coriat, *Le prince,* 289.

25 D. 36,2,5 *pr.* Zie ook Kaser, *Privatrecht,* 752-753 en 760.

Reeds in de klassieke tijd werden de woorden *legare* en *legatum* echter ook in algemenere zin gebruikt om een making met betrekking tot een specifiek vermogensonderdeel aan te duiden.[26] Het kon hierbij ook gaan om een *fideicommissum*.[27] De precieze bewoordingen van de litigieuze testamentaire clausule zijn door Paulus niet in zijn verslag overgenomen. Uit zijn beschrijving volgt echter dat het debat tussen partijen draaide om de vraag of de clausule moest worden begrepen als een *fideicommissum* ten laste van Julius Maurus (en diens erfopvolgers) of een legaat (of eventueel een fideï-commis) ten laste van de erfgenamen van Julianus Severus.[28]

Titius betoogde dat de geldsom bij wijze van *fideicommissum* aan de *alumnus* was toegekend en dat Julianus Severus niet de erfgenamen, maar Julius Maurus als legataris hiermee had willen belasten. Een fideï-commis ten laste van een legataris was krachtens Romeins recht mogelijk,[29] zij het dat de waarde van het fideï-commis de waarde van het toebedeelde legaat niet mocht overtreffen.[30] Het is waarschijnlijk dat Titius betoogde dat Julianus Severus had beoogd een bijzondere fideï-commissaire constructie in het leven te roepen, een zogeheten *fideicommissum a debitore relictum*.[31] Zij was geïntroduceerd door Antoninus Pius in een rescript dat door Ulpianus in D. 30,77 wordt beschreven:

> D. 30,77: 'Als een geldsom in bewaring is gegeven bij iemand en aan hem is het fideï-commis opgelegd, dat hij deze geldsom aan een derde zal betalen, dan is een fideï-commis op grond van een rescript van Antoninus Pius verschuldigd, als ware de erfgenaam gevraagd deze [de schuld uit bewaargeving] aan de debiteur kwijt te schelden: want als de debiteur door de erfgenaam wordt aangesproken, kan hij zich verweren met een *exceptio doli*. Op deze wijze wordt aan het fideï-commis werking gegeven. Omdat dit het geval is, kan aan iedere debiteur een fideï-commis worden opgelegd.'[32]

---

26 Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 308. Vgl. D. 31,36 ('*legatum est donatio testamento relicta*') en D. 30,116 *pr.* ('*legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*').

27 Zie bijvoorbeeld het hieronder nog te behandelen D. 30,96 *pr*. Aanvankelijk spreekt de jurist Julianus over *legare*, terwijl hij later dezelfde making als een *fideicommissum* aanduidt.

28 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 320.

29 In tegenstelling tot een legaat ten laste van een legataris, Gai. 2,260.

30 Gai. 2,260-261.

31 Zie over deze mogelijkheid uitgebreid Sanfilippo, *Libri Tres*, 78-80 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 319 e.v. Zie over het *fideicommissum a debitore relictum* in het algemeen A. Wacke, 'Das fideicommissum a debitore relictum. Die exceptio doli im Dienste der Rechtsfortbildung' *TvR* 39 (1971), 257-272.

32 Ulpianus libro quinto disputationum. *Si pecunia fuit deposita apud aliquem eiusque fidei commissum, ut eam pecuniam praestet, fideicommissum ex rescripto divi Pii debebitur, quasi videatur heres rogatus remittere id debitori: nam si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest: quae res utile fideicommissum facit. Quod cum ita se habet, ab omni debitore fideicommissum relinqui potest.* Zie voor een ander, vroeger voorbeeld van het *fideicommissum a debitore relictum* D. 30,108,13.

Uit de bovenstaande tekst blijkt dat in een dergelijk geval de erflater aan zijn schuldenaar middels fideï-commis de opdracht kon geven om het aan de erflater verschuldigde bedrag aan een derde te betalen. Doordat de constructie van een *fideicommissum* werd gebruikt, verkreeg de derde een direct vorderingsrecht tegen de debiteur die met het fideï-commis was belast.[33] Een dergelijke opdracht van de erflater impliceerde daarnaast het bestaan van een ander, meestal stilzwijgend fideï-commis ten laste van de erfgenamen, te weten een fideï-commis van kwijtschelding (*fideicommissum liberationis*) ten behoeve van de schuldenaar.[34]

> Het is dit fideï-commis van kwijtschelding dat aan het *fideicommissum a debitore relictum* zijn werking gaf.[35] Zoals hierboven reeds werd benadrukt, kon een fideï-commis ten laste van een ander dan de erfgenamen alleen geldig zijn indien de belaste persoon ook een voordeel uit de nalatenschap ontving. In het geval van het *fideicommissum a debitore relictum* werd dit voordeel gevormd door het feit dat de schuldenaar na betaling aan de derde op grond van het stilzwijgende *fideicommissum liberationis* van zijn schuld jegens de erfgenamen van zijn schuldeiser was bevrijd.[36]

Wanneer de debiteur uitvoering gaf aan het aan hem opgelegde fideï-commis en betaalde aan de derde, konden de erfgenamen niet langer de schuldenaar aanspreken tot betaling van de schuld. Hun vordering kon door de schuldenaar worden afgeweerd met de *exceptio doli* (vgl. D. 30,77). De bewoordingen van het testament lieten ruimte voor het betoog dat Julianus Severus met zijn verwijzing naar Julius Maurus en de pachtsommen had beoogd een dergelijk *fideicommissum a debitore relictum* te creëren, waarbij Maurus door betaling van de pachtsommen aan de *alumnus* van zijn schuld jegens de erfgenamen zou zijn verlost, en dat Titius om deze reden Statius direct tot betaling kon aanspreken.[37] Normaliter zou debiteur Statius waarschijnlijk ook geen probleem hebben gehad met uitkeren van de HS 50.000. In dit geval had zich echter een complicatie voorgedaan: Julius Maurus had de pachtsommen reeds aan de *fiscus* uitbetaald. De *fiscus* was echter niet zijn schuldeiser noch de derde waaraan hij op grond van een eventueel *fideicommissum a debitore relictum* bevrijdend moest betalen.[38] Dit liet ruimte voor Titius om te betogen dat het *fideicommissum* ondanks de betaling aan de *fiscus* nog steeds aan hem verschuldigd was.

---

33 Wacke, 'Fideicommissum', 260.

34 Wacke, 'Fideicommissum', 260 e.v., die spreekt over een 'Unterfideikommiß', het fideï-commis tot betaling aan de derde, en een 'Oberfideikommiß', het stilzwijgende kwijtscheldingsfideï-commis.

35 Wacke, 'Fideicommissum', 260-263.

36 Vgl. D. 32,1,6.

37 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 319.

38 Wanneer aan een debiteur een *fideicommissum a debitore relictum* was opgelegd, was hij in beginsel verplicht om hier uitvoering te geven en aan de derde te betalen. Wanneer hij er echter voor koos om het *fideicommissum liberationis* (dat aan het *fideicommissum a debitore relictum* zijn werking gaf) af te wijzen, verviel de verplichting om aan de derde te betalen en diende de debiteur zijn schuld 'gewoon' aan de erfgenamen van zijn crediteur te voldoen, zie Wacke, 'Fideicommissum', 262.

Statius verweerde zich waarschijnlijk door het standpunt in te nemen dat er geen sprake was van een *fideicommissum* ten laste van zijn erflater Julius Maurus, maar van een legaat (of eventueel *fideicommissum*) ten laste van de erfgenamen van Julianus Severus zelf en dat Titius bij hem dus niet aan het juiste adres was. Met de bepaling dat de door Julius Maurus verschuldigde pachtsommen moesten worden gebruikt voor de uitkering van de HS 50.000 had de erflater niet beoogd een *fideicommissum* ten laste van Julius Maurus te creëren, maar wilde hij slechts de bron aanduiden waaruit de erfgenamen het legaat konden (moesten?) uitkeren. De verschuldigde pachtsommen maakten onderdeel uit van de nalatenschap en zouden bij het overlijden van Julianus Severus moeten worden betaald aan de erfgenamen. Zij konden dus net zo goed worden gebruikt als bron voor de uitkering van een legaat als het geld dat bij het overlijden reeds in de kas van de erflater aanwezig was.[39] In beide gevallen kwam de financiële last van de uitkering van het legaat aan Titius in ieder geval voor rekening van de erfgenamen van Julianus Severus.

4.2 Keizerlijke uitspraak

Het was nu aan de keizer om te bepalen wat Julianus Severus precies met zijn verwijzing naar de achterstallige pachtsommen had bedoeld. Zijn beslissing behelsde dus een uitleg van de *voluntas testatoris,* de wil van de erflater,[40] zoals ook in vele andere zaken in de *Decreta* het geval is. De keizer oordeelde dat er geen sprake was van een *fideicommissum* ten laste van Julius Maurus, maar dat de erflater slechts had willen aangeven uit welke bron de erfgenaam van Severus de te betalen geldsom kon putten.[41] Dit betekende dat niet Statius, maar de erfgenaam van Severus zelf verplicht was om het legaat (of eventueel fideï-commis) uit te keren. Het was nooit de intentie van Julianus Severus geweest om zijn pachter financieel voor de uitkering van het legaat op te laten draaien. Hij beoogde slechts om middels de bepaling in het testament een verbinding te creëren tussen het legaat ten laste van de erfgenamen en de verschuldigde pachtsommen, die onderdeel vormden van het vermogen van de erflater en dus de nalatenschap.[42] Het zou om die reden onbillijk zijn om een *fideicommissum* ten laste van het vermogen van Maurus aan te nemen en zijn erfgenaam te dwingen dit uit eigen zak uit te keren. De verschuldigde pachtsommen had Maurus reeds betaald aan de *fiscus* tijdens de eerdere fiscale procedure en de laatste had, nadat hij zijn zaak had verloren, de geïnde pachtsommen moeten overdragen aan de erfgenaam van Julianus Severus. Hieruit volgde logischerwijs dat de erfgenaam,

---

39 Vgl. Gl. *unde accipere* ad D. 32,27,2: *'sine incommodo rei familiaris'*. Zie ook D. 30,96 *pr.* (geciteerd *infra*).

40 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 320-321.

41 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 80, die om deze reden na het woord *unde* de zinsnede *'heredes pecuniam ex legato debitam'* wil invoegen. Voorts Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 320.

42 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 320.

bij wie de pachtsommen zich bevonden, ook gehouden was het legaat aan Titius uit te keren, hetgeen ook in Paulus' beschrijving wordt gemarkeerd door het woord *ideo*.[43]

Het verschijnsel dat een erflater bij het vermaken van een legaat of fideïcommis aan zijn erfgenamen een aanwijzing gaf uit welke bron zij het legaat konden putten vormde geen bijzonderheid. De jurist Salvius Julianus, die in de tweede eeuw onder Hadrianus, Antoninus Pius en de *divi fratres* Marcus Aurelius en Lucius Verus werkte, beschrijft reeds een soortgelijk geval:[44]

> D. 30,96 *pr.*: 'Iemand heeft in een testament of codicil de volgende beschikking opgenomen: "Ik wil dat er 400 goudstukken aan Pamphila worden gegeven op de wijze die hieronder uiteen wordt gezet: van Julius, mijn administrateur, zoveel goudstukken, van de goudstukken die ik in het legerkamp heb zoveel en van de goudstukken die ik in mijn bezit heb zoveel". Na vele jaren overleed hij met dezelfde wilsbeschikking, terwijl alle sommen al voor andere doeleinden waren aangewend. Ik vraag me af, of het fideï-commis verschuldigd is. Ik heb geantwoord: het is waarschijnlijker dat de *pater familias* juist wilde aanwijzen aan de erfgenamen, uit welke bron zij de 400 goudstukken konden putten zonder nadeel voor het vermogen, dan dat hij het fideï-commis aan een voorwaarde wilde onderwerpen; dat het [fideï-commis] van het begin af aan onvoorwaardelijk was gegeven, en dat daarom de 400 goudstukken aan Pamphila verschuldigd waren.'[45]

In dit geval ging het niet om de vraag wie met de uitkering van het *fideicommissum* was belast, maar over de aard van het *fideicommissum* zelf. Constitueerde de aanwijzing van de verschillende bronnen van waaruit de goudstukken voor Pamphila moesten worden geput een voorwaarde? Betekende dit dat wanneer er geen goudstukken meer in deze bronnen aanwezig waren, het *fideicommissum* ook niet uitgekeerd behoefde te worden? Het antwoord van Julianus is duidelijk: de erflater had niet beoogd met zijn bepaling een voorwaarde aan het fideï-commis te verbinden, maar slechts een aanwijzing zonder enige juridische consequentie aan zijn erfgenamen willen geven. Dezelfde gedachte werd ook door de keizer gevolgd in het geval van Julianus Severus.

---

43 Sanfilippo, *Libri Tres*, 80.

44 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 80-81 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 318-319.

45 Iulianus libro XXXIX digestorum. *Quidam testamento vel codicillis ita legavit: 'Aureos quadringentos Pamphilae dari volo ita ut infra scriptum est: ab Iulio actore aureos tot et in castris quos habeo tot et in numerato quos habeo tot': post multos annos eadem voluntate manente decessit, cum omnes summae in alios usus translatae essent: quaero, an debeatur fideicommissum. respondi: vero similius est patrem familias demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam condicionem fideicommisso iniecisse, quod initio pure datum esset, et ideo quadringenti Pamphilae debebuntur.*

14 D. 32,97: de vrijgelaten Antiochos en de voorraden van zijn meester

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro secundo decretorum. *Hosidius quidam instituta filia Valeriana herede actori suo Antiocho data libertate praedia certa et peculium et reliqua relegaverat*[a] *tam sua quam colonorum: legatarius proferebat manu patris familiae reliquatum et*[b] *tam suo quam colonorum nomine: item in eadem scriptura adiectum in hunc modum: 'Item quorum rationem reddere debeat', scilicet quae in condito habuerat pater familias frumenti vini et ceterarum rerum: quae et ipsa libertus petebat et ex reliquis esse dicebat: et apud praesidem optinuerat. Ex diverso cum diceretur reliqua colonorum ab eo non peti nec propria, diversam autem causam esse eorum, quae in condito essent, imperator interrogavit partem legatarii: 'Quaerendi causa pone', inquit, 'in condito centiens aureorum esse, quae in usum sumi solerent: diceres totum, quod esset relictum in arca, deberi'? et placuit recte appellasse. a parte legatarii suggestum est quaedam a colonis post mortem patris familias exacta. respondit hoc, quod post mortem exactum fuisset, reddendum esse legatario.*	Paulus in het tweede boek van de 'Decreten'. Een zekere Hosidius had, nadat hij zijn dochter Valeriana tot erfgename had benoemd, aan zijn rentmeester Antiochos, nadat hij aan deze de vrijheid had geschonken, een aantal landgoederen en diens *peculium* en de achterstallige schulden van zowel hemzelf als van zijn pachters gelegateerd. De legataris maakte middels een handgeschreven document van de *pater familias* duidelijk wat er aan achterstallige schulden bestond van zowel hem als de pachters. Ook was in ditzelfde document het volgende op deze wijze toegevoegd: "hetzelfde voor hetgeen waarover hij rekening en verantwoording moet afleggen", dat wil zeggen datgene wat de *pater familias* in voorraad had aan graan, wijn en andere zaken. Ook deze zaken zelf eiste de vrijgelatene op en hij betoogde dat zij tot de achterstallige schulden behoorden. En bij de provinciegouverneur won hij zijn zaak. Toen door de wederpartij werd gezegd dat de voorraden niet door hem konden worden opgeëist als achterstallige schulden van de pachters noch als schulden van hemzelf, maar dat zij een andere grondslag hadden, legde de keizer de partij van de legataris het vuur aan de schenen. Hij zei: "Stel u nu eens het hypothetische geval voor dat er 100 goudstukken in voorraad waren, die plachten te worden opgenomen voor gebruik. Zou u dan zeggen dat alles, wat in de geldkist achter is gelaten, verschuldigd is?" En hij was van mening dat er terecht appel was ingesteld. Van de zijde van de legataris werd aangedragen dat zekere achterstallige schulden van de pachters na de dood van de *pater familias* waren geïnd. Hij antwoordde dat datgene, wat na de dood was geïnd, moest worden afgegeven aan de legataris.

[a] *relegaverat] legaverat* Vulg. [b] *et] se* Mo.

1 Deze tekst wordt behandeld in: Sanfilippo, *Libri Tres,* 81-84; Volterra, 'Il problema del testo', 988-990; Wankerl, *Appello*, 144-153; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 322-327. Zie daarnaast G. Giliberti, *Servus quasi colonus. Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napels: Jovene 1981, 144-146.

2 Inleiding: beheer van *praedia* door een *actor*

Deze zaak heeft betrekking op een slaaf genaamd Antiochos, die als *actor* voor zijn meester Hosidius een aantal *praedia* beheerde. Hosidius kwam te overlijden en had in zijn testament zijn dochter als erfgename benoemd. Daarnaast schonk hij aan Antiochos de vrijheid en had hij een aantal zaken bij legaat aan hem vermaakt. Het ging hierbij om enige landbouwgronden, de vorderingen die Hosidius tegen Antiochos en de pachters had (*reliqua sua* en de *reliqua colonorum*), waarvan de vrijgelatene ook een overzicht kon produceren dat door Hosidius zelf was opgesteld, en Antiochos' *peculium*. Daarnaast had de erflater ten bate van zijn voormalige slaaf nog een legaat in zijn testament opgenomen dat betrekking had op de voorraden die door hem waren beheerd, maar waarvan de strekking niet zonder meer duidelijk werd uit de bewoordingen ervan: Antiochos had recht op '*Item quorum rationem reddere debeat*'. De interpretatie van deze bepaling vormde het onderwerp van het geschil, dat in eerste aanleg bij een provinciegouverneur diende en in appel door de keizer werd behandeld.

Er wordt reeds sinds de Middeleeuwen geworsteld met de uitleg van deze tekst. '*Ista est difficilis lex*' stelt Bartolus aan het begin van zijn commentaar op D. 32,97.[2] Het onderwerp van het geschil wordt uit de beschrijving van Paulus wel duidelijk, maar het feitencomplex dat hieraan ten grondslag lag is op basis van de tekst moeilijker vast te stellen.[3] Sommige auteurs zijn om deze reden van mening dat we niet met de originele tekst van Paulus te maken hebben, maar met een onhandige samenvatting van de compilatoren van de Digesten.[4] Deze opvatting wordt door andere auteurs echter afgewezen; zij zijn van mening dat het wel degelijk om een Pauliaans origineel gaat en dat de tekst waarschijnlijk is gebaseerd op het proces-verbaal dat van de hoorzitting bij de keizer werd opgemaakt.[5] Het is onmiskenbaar dat D. 32,97 hier en daar enigszins onduidelijk is geformuleerd. Dit betekent echter niet dat er geen bevredigende interpretatie van de tekst mogelijk is zonder uit te gaan van Byzantijnse ingrepen.

Gezien de beperkte informatie die de tekst over de genoemde personen biedt en het feit dat we steeds te maken hebben met enkelvoudige namen (Hosidius, Valeriana en Antiochos), is het niet mogelijk om hun identiteit aan de hand van prosopografisch onderzoek te achterhalen. Wat in ieder geval duidelijk wordt, is dat Hosidius een (groot) aantal *praedia* bezat en dus waarschijnlijk behoorde tot de elite.[6] Om deze landbouwgronden te behe-

2 Bartolus, *In Secundam Infortiati Partem Commentaria*, ad D. 32,95 (editio Turijn 1589, fol. 80 verso, linkerkolom).

3 Sanfilippo, *Libri Tres*, 82 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 323.

4 Sanfilippo, *Libri Tres*, 82: 'un maldestro riassunto compilatorio'.

5 Volterra, 'Il problema del testo', 989. Ook andere moderne auteurs als Wankerl en Rizzi (zie n. 1) lijken bij hun interpretaties uit te gaan van de authenticiteit van de tekst. Zie voor het proces-verbaal als grondslag voor de verslagen van Paulus ALD, paragraaf 3.2.2.

6 *PIR*² H 213 omschrijft hem als een '*homo locuples et forte nobilis*'.

ren, had hij zijn slaaf Antiochos als *actor*, dat wil zeggen als rentmeester, aangesteld. Dergelijke *actores* beheerden namens hun meester de financiën (*rationes*) van de aan hen toevertrouwde *praedia* en waren in het bijzonder bevoegd om de pachtsommen van de pachters van de landbouwgrond, de *coloni*, te innen.[7] Eens in de zoveel tijd controleerde de meester het kasboek (het *calendarium*) en tekende hier op af (*rationem subscribere*).[8] Uit D. 32,97 blijkt dat Antiochos niet alleen de uitstaande vorderingen van zijn meester tegen diens pachters inde, maar ook het beheer voerde over een aantal pakhuizen waarin onder andere graan en wijn lagen opgeslagen die toebehoorden aan Hosidius. Traditioneel werd de aansturing van de bewerking van *praedia,* die niet aan *coloni* waren verpacht maar door slaven van de eigenaar werden bewerkt, en het beheer van de opbrengst hiervan overgelaten aan een ander soort slaaf-rentmeester, te weten een zogeheten *vilicus*.[9] Beide taken konden echter ook door één slaaf worden uitgeoefend, zoals blijkt uit D. 34,4,31 *pr.* ('*Stichum misit et tam rei rusticae quam rationibus fundi praefecit*'), en het is aannemelijk dat hiervan ook sprake was in het geval van Antiochos. Om zowel de financiële administratie als het beheer van de voorraden van zijn meester op een degelijke wijze te kunnen voeren, had Hosidius zijn slaaf voorzien van een *peculium*, een eigen vermogen dat Antiochos zelfstandig mocht beheren en dat hij kon gebruiken bij de exploitatie van de aan hem toevertrouwde landgoederen en voorraden.[10]

Slaven die de positie van *actor* bekleedden zagen vaak grote sommen geld van hun meester door hun handen gaan en het was daarom van groot belang dat de meester er volledig op kon vertrouwen dat die slaaf zich op integere wijze met het beheer van het vermogen zou inlaten.[11] Hoezeer dit mis kon gaan, blijkt wel uit een door Scaevola vermeld geval waarin een slaaf na de dood van zijn meester een grote som geld uit de kas van zijn meester achterover had gedrukt, bepaalde vorderingen die hij had geïnd niet in het kasboek had opgenomen en de nalatenschap had geplunderd door de opslaghuizen leeg te halen en zelfs het meubilair, de kleding en de

7 Vgl. D. 44,4,5,3 ('*actor, qui exigendis pecuniis praepositus est*') en bijvoorbeeld *CIL* 5, 8237 ('act[or] in rat(ionibus)'). Het financiële karakter van de functie wordt ook benadrukt door Aubert, *Business managers*, 188-189 en J. Carlsen, *Vilici and Roman estate managers until AD 284,* Rome: L'Erma di Bretschneider 1995, 123 e.v. De laatste auteur benadrukt dat *actores* daarnaast ook voor andere doeleinden in zowel de publieke als de private sfeer werden ingezet.

8 Zie bijvoorbeeld D. 34,3,12.

9 Zie over het verschil tussen beide zaakwaarnemers Aubert, *Business managers,* 190 e.v. en Carlsen, *Vilici*, 123-125.

10 Zie bijvoorbeeld D. 15,1,5,4. In juridisch opzicht behoorde het *peculium* van een slaaf toe aan diens meester en kon ook door de laatste weer worden ingetrokken. In de praktijk werd het echter gezien als het eigen vermogen van de slaaf, dat niet zonder dwingende reden kon worden ingetrokken, zie bijvoorbeeld Buckland, *Law of slavery,* 187, Kaser, *Privatrecht*, 287 en A. Kirschenbaum, *Sons, slaves and freedman in Roman commerce*, Jeruzalem: The Magnes Press, The Hebrew University 1987, 34 en 36-37.

11 Aubert, *Business managers,* 190.

huiselijke voorraden weg te nemen.[12] Uit D. 32,97 blijkt echter dat Hosidius zeer tevreden was over het optreden van zijn slaaf Antiochos: niet alleen schonk hij hem in zijn testament de vrijheid (zonder hieraan ook maar enige voorwaarde te verbinden), hij nam ook nog ten bate van zijn voormalige slaaf enkele legaten in zijn testament op die in de volgende paragraaf ieder afzonderlijk zullen worden behandeld.

3 De laatste wilsbeschikkingen van Hosidius

Testamentaire vrijlating

Hosidius had zijn slaaf Antiochos bij testament vrijgelaten. In het Romeinse recht bestonden er twee manieren om een dergelijke testamentaire vrijlating te bewerkstelligen: directe vrijlating of vrijlating bij fideï-commis.[13] Bij een directe vrijlating[14] bepaalde de erflater in zijn testament dat zijn overlijden automatisch en direct als gevolg zou hebben dat de slaaf vrij werd. [15] Bij de fideï-commissaire vrijlating verzocht de erflater één van zijn erfgenamen, een legataris of een fideï-commissaris om de slaaf vrij te laten.[16] Het belangrijkste verschil in rechtsgevolg tussen beide vormen van vrijlating was dat in het geval van fideï-commissaire vrijlating, anders dan bij een directe vrijlating, een patronageverhouding ontstond tussen de met de vrijlating belaste fiduciarius en de vrijgelatene.[17] Aangezien de tekst van D. 32,97 nergens melding maakt van de verplichting van Valeriana om Antiochos vrij te laten, is het aannemelijk dat er in dit geval sprake was van een directe vrijlating, waarbij Antiochos de vrijheid verkreeg op het moment van het overlijden van Hosidius.

Legaat van de praedia en legatum nominum colonorum[18]

Om na zijn vrijlating in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien kreeg Antiochos verscheidene zaken van de erflater gelegateerd. Om te beginnen werden er '*certa praedia*' aan hem toegewezen. Het is waarschijnlijk dat het hierbij ging om de *praedia* die Antiochos als *actor* voor Hosidius had beheerd

12 D. 40,7,40 *pr.*
13 Zie bijvoorbeeld D. 40,4,43, D. 40,4,56 en D. 40,5,12,2.
14 Zie over deze vorm van vrijlating Digestentitel 40,4 (*De manumissis testamento)*. Zie daarnaast Buckland, *Law of slavery,* 460 e.v., Voci, *DER II*, 408-410 en Kaser, *Privatrecht*, 294-295.
15 Vgl. Gai. 2,267: '*Stichus seruus meus liber esto'* of '*Stichum seruum meum liberum esse iubeo*'. In het geval van *extranei heredes* was niet het overlijden van de erflater, maar het moment van aanvaarding maatgevend, zie D. 40,4,11,2 en D. 40,4,58.
16 Gai. 2,263-266 en Digestentitel 40,5 (*De fideicommissariis libertatibus)*. Zie daarnaast Buckland, *Law of slavery,* 513 e.v., Voci, *DER II*, 410-421 en Kaser, *Privatrecht*, 295.
17 Gai. 2,266. In het geval van een directe vrijlating werd de vrijgelaten slaaf vrijgelatene van de erflater zelf, een zogeheten *libertus orcinus*, vgl. Gai. 2,267.
18 De hieronder gevolgde indeling van de verschillende beschikkingen ten behoeve van Antiochos is ontleend aan Wankerl, *Appello,* 147-148.

en die in verpachte staat aan hem werden vermaakt.[19] Een dergelijk legaat van de *praedia* omvatte echter niet zonder meer de achterstallige pachtsommen van de *coloni* die zich op deze landbouwgronden bevonden.[20] Deze vorderingen (de *reliqua colonorum*) had Hosidius om deze reden in een afzonderlijk legaat aan Antiochos vermaakt, een zogeheten *legatum nominis*.[21] De erfgename diende gevolg aan dit legaat te geven door haar acties tegen de *coloni* aan Antiochos over te dragen.[22]

De overige administratie: het legaat van het peculium en het legatum liberationis
Een testamentaire vrijlating van een slaaf had niet automatisch als gevolg dat zijn *peculium* zijn eigendom werd; hiervoor diende een specifiek legaat in het testament te worden opgenomen (*legatum de peculio*).[23] Aan dit legaat kon de voorwaarde worden verbonden dat de slaaf rekening en verantwoording aflegde, maar dit was lang niet altijd het geval.[24] De tekst van Paulus geeft geen reden om aan te nemen dat Antiochos hiertoe met betrekking tot zijn *peculium* op grond van het testament verplicht was.[25] Dit betekende echter niet dat hij zonder meer recht had op uitkering van het gehele aan hem toegewezen *peculium*. Aangezien dit juridisch gezien nog steeds behoorde tot de nalatenschap waren de erfgenamen bevoegd om eventuele schulden van de slaaf bij henzelf of de erflater met het *peculium* te verrekenen.[26] Op deze schulden zag echter het legaat dat betrekking had op '*reliqua sua*', oftewel de schulden die Antiochos nog bij Hosidius had. Dit legaat kon in feite worden beschouwd als *legatum liberationis*, een legaat dat was gericht op bevrijding van de schuldenaar.[27] Het had daarom als gevolg dat wanneer de erfgename

19 Wankerl, *Appello*, 147.
20 D. 32,91,1 en 2.
21 Sanfilippo, *Libri Tres,* 84; Wankerl, *Appello,* 147; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 323. Zie over het *legatum nominis* in het algemeen Voci, *DER II*, 318-320.
22 D. 30,105: '*Legatum ita erat: "Quae Lucius Titius mihi debet, ea heres meus Cornelio dare damnas esto". Nihil amplius ex hoc legato quam actiones suas heres praestare debet.*'
23 *Vat.* 261, D. 33,8,8,7 en D. 34,3,28,7 *i.f.* Zie over het *legatum de peculio* Digestentitel 33,8 (*De peculio legato*) en in de secundaire literatuur Voci, *DER II*, 333-337.
24 Vgl. D. 33,8,23,2, waarin een erflater zelfs expliciet te kennen geeft dat zijn vrijgelaten slaven, aan wie hij hun *peculium* legateerde, waren vrijgesteld van het afleggen van rekening en verantwoording. Omgekeerd hebben Septimius Severus en Caracalla bepaald dat wanneer een slaaf werd verplicht om bij zijn testamentaire vrijlating rekening en verantwoording af te leggen en HS 100.000 aan de erfgenamen te geven, er sprake was van een impliciet legaat van het *peculium*: D. 33,8,8,7.
25 Anders Wankerl, *Appello*, 147 zonder verdere onderbouwing.
26 D. 33,8,6 *pr.*, 4 en 5; D. 33,8,22 *pr.* Zie daarnaast Buckland, *Law of slavery,* 193 en Voci, *DER II*, 334. Of het *peculium* daarentegen werd vermeerderd met eventuele schulden van de meester aan de slaaf is twijfelachtig en lijkt afhankelijk te zijn geweest van de in het testament opgenomen constructie, zie D. 33,8,6,4. Zie hierover ook Buckland, *Law of slavery,* 194-195 en Voci, *DER*, 334.
27 Zie bijvoorbeeld D. 34,3,21 *pr.* voor eenzelfde soort legaat. Dat het gaat om een *legatum liberationis* wordt ook aangenomen door Sanfilippo, *Libri Tres,* 83, Wankerl, *Appello*, 147 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 147. Zie over het *legatum liberationis* D. 34,3 (*De liberatione legata*). Voorts Voci, *DER II*, 320-323.

Valeriana Antiochos probeerde aan te spreken tot betaling van de achterstallige schulden, hij zich kon verweren tegen haar eis met een *exceptio doli*.[28]

De onduidelijke beschikking: 'Item quorum rationem reddere debeat'
Tot slot had Hosidius ook een regeling getroffen met betrekking tot het laatste onderdeel van zijn vermogen dat door Antiochos werd beheerd, te weten de goederen die waren opgeslagen in één of meer pakhuizen. Paulus schrijft hierover het volgende:

> *'Item in eadem scriptura adiectum in hunc modum: 'Item quorum rationem reddere debeat', scilicet quae in condito habuerat pater familias frumenti vini et ceterarum rerum.'*

Uit de tekst wordt niet zonder meer duidelijk welk document precies wordt bedoeld met de woorden '*eadem scriptura*'. Verwijzen deze woorden naar het in de voorgaande zin vermelde handgeschreven overzicht van de *reliqua* van Antiochos en de *coloni* dat door de vrijgelatene in de procedure werd overgelegd ('*legatarius proferebat manu patris familiae reliquatum et tam suo quam colonorum nomine*')? Of grijpt Paulus hiermee terug op het testament van Hosidius, waarvan hij in de eerste zin van de tekst de inhoud weergeeft?[29] De meeste moderne auteurs gaan terecht van het laatste uit[30]: als de bepaling met betrekking tot de voorraden slechts in het betalingsoverzicht van Hosidius was opgenomen, valt moeilijk te verklaren waarom partijen niet procedeerden over de geldigheid hiervan. Een legaat was immers slechts geldig, wanneer het op de daarvoor voorgeschreven wijze in een rechtsgeldig testament (of eventueel een bevestigd codicil) was opgenomen. Uit het feit dat beide partijen echter uit lijken te gaan van de rechtsgeldigheid van het legaat en slechts van mening verschilden over de precieze inhoud hiervan, kan worden opgemaakt dat de bepaling hoogstwaarschijnlijk in het testament van Hosidius was opgenomen.

Ervan uitgaande dat we te maken hebben met een testamentaire bepaling rijst vervolgens de vraag hoe deze moest worden uitgelegd. De interpretatie van de zinsnede '*Item quorum rationem reddere debeat*' vormt de kern van het geschil tussen Antiochos en Valeriana. Kort gezegd, was Antiochos van

---

28 Vgl. D. 34,3,3.

29 Door Accursius en Bartolus wordt nog een derde mogelijkheid geopperd, te weten het idee dat de *item*-zin onderdeel uitmaakte van het *libellus convention(al)is*, dat wil zeggen het verzoekschrift ter inleiding van de gerechtelijke procedure, dat Antiochos bij de *praeses provinciae* in had gediend. Zie Gl. *eadem scriptura* ad D. 32,97 en Bartolus, *Comm*. ad D. 32,95 (zie nt. 2). Deze opvatting wordt echter niet ondersteund door de tekst. De *item*-zin maakt immers duidelijk nog onderdeel uit van Paulus' beschrijving van het feitencomplex, terwijl de eis van Antiochos pas later in de tekst wordt weergegeven: '*quae et ipsa libertus petebat et ex reliquis esse dicebat*'. Het is om deze reden onlogisch om aan te nemen dat de *item*-zin verwijst naar de inhoud van het verzoekschrift, zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 82.

30 Sanfilippo, *Libri Tres*, 82, Volterra, 'Il problema del testo', 988 nt. 171, Bianchini, *Materiali*, 63 (impliciet) en Wankerl, *Appello*, 149. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 324-325 neemt geen duidelijke stelling.

mening dat de bepaling ook de goederen zelf omvatte die zich in de opslag bevonden, terwijl Valeriana ervan uitging dat het slechts ging om een legaat van de *reliqua* van het beheer van deze goederen.[31] Hun standpunten worden door Paulus in de context van de procedure in eerste aanleg respectievelijk het proces bij het keizerlijk gerechtshof behandeld en zullen dan ook in die volgorde hieronder nader worden toegelicht.

4 Procedure in eerste aanleg en appel

4.1 De eis van Antiochos en de procedure in eerste aanleg

In het bovenstaande is reeds betoogd dat de wijn, het graan en de overige goederen waarschijnlijk opbrengsten waren van de *praedia* van Hosidius, die niet aan *coloni* waren verpacht, maar door diens eigen slaven onder toezicht en beheer van Antiochos werden bewerkt. Het is waarschijnlijk dat tenminste een deel van deze goederen niet werd gebruikt voor consumptie door het huishouden van Hosidius, maar bestemd was voor de handel. De verkoop van dergelijke vergankelijke goederen, zoals graan en wijn, behoorde ook tot de taken van Antiochos als beheerder van de *praedia* en de pakhuizen. Dit neemt echter niet weg dat de in de pakhuizen opgeslagen goederen in eigendom toebehoorden aan Hosidius[32] en dat Antiochos verplicht was om over zijn beheer en in het bijzonder de exploitatie en de verhandeling van deze zaken rekening en verantwoording af te leggen (*rationem reddere*). Bij een dergelijke afrekening diende de slaaf-rentmeester eventuele tekorten, die ook pleegden te worden aangeduid als *reliqua,* aan zijn meester uit zijn *peculium* te vergoeden.[33] Deze gang van zaken wordt door Africanus treffend verwoord wanneer hij stelt dat '*rationem reddere nihil aliud sit reliqua solvere*'.[34] Hieruit volgt dat Antiochos in beginsel verplicht was om alle goederen die hij had verkregen uit het beheer en de exploitatie van de *praedia* aan Hosidius (en dus aan diens erfgename) af te staan en eventuele tekorten aan te vullen uit zijn *peculium*. Tegelijkertijd had de erflater echter aan Antiochos al diens achterstallige schulden (*reliqua sua*) gelegateerd. Door Antiochos werd nu betoogd dat niet alleen een eventueel negatief saldo over het beheer van de goederen, maar ook de goederen zelf moesten worden beschouwd als *reliqua sua* (*'et ex reliquis esse dicebat'*) en dat deze als zodanig dus onder de reikwijdte van het *legatum liberationis* vielen. Met andere woorden, ook de goederen in de pakhuizen waarover hij het beheer had gevoerd waren door

31 Sanfilippo, *Libri Tres,* 83; Wankerl, *Appello,* 148-149; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 325-326.

32 De natuurlijke opbrengsten van het land in de vorm van graan en druiven moeten worden beschouwd als vruchten van de landbouwgrond die (uiteraard) toebehoorden aan Hosidius als eigenaar. Daarnaast werden alle zaken die aan een slaaf door derden werden overgedragen door diens meester verkregen: Gai. 2,86-87.

33 D. 40,7,23,1.

34 D. 35,1,32.

de testator aan hem gelegateerd. Deze uitleg van de testamentaire bepaling is niet geheel zonder grond. De opbrengst van *praedia* in de vorm van bijvoorbeeld graan en wijn kon in zekere zin gelijk gesteld worden met de pachtsommen die door de *coloni* werden betaald, aangezien deze ook hadden te gelden als een opbrengst van de exploitatie van de *praedia*, zij het in de vorm van geld. Aangezien de geldelijke opbrengst van de verpachte *praedia* in de vorm van de *reliqua sua et colonorum* reeds aan Antiochos was vermaakt, meende hij ook aanspraak te kunnen maken op de fysieke opbrengst van de andere door hem beheerde grond.[35] Daarnaast gaf de combinatie van de verschillende legaten van de *praedia*, de eigen *reliqua* en die van de *coloni* en het *peculium* het beeld dat het de wil van de *testator* was geweest om alle zaken waarover zijn slaaf het beheer had gevoerd aan deze te toekennen, terwijl hij tegelijkertijd de slaaf wilde bevrijden van al diens schulden jegens zijn erfgename Valeriana. Antiochos' interpretatie van de bepaling met betrekking tot de goederen sluit aan bij deze uitleg van de wil van de erflater.

Antiochos' betoog had succes bij de provinciegouverneur, die de voorraden aan hem toewees. Tegen deze beslissing tekende de erfgename Valeriana appel aan bij de keizer.

4.2 Procedure bij de keizer

4.2.1 Het standpunt van Valeriana

De erfgename Valeriana interpreteerde de woorden '*Item quorum rationem reddere debeat*' anders dan Antiochos. Zij meende dat de testamentaire bepaling slechts zag op de uitstaande schulden (*reliqua*) van Antiochos die voortvloeiden uit het beheer en de exploitatie van de opgeslagen goederen en dat de zaken zelf niet als zodanig moesten worden aangemerkt, aangezien deze een andere grondslag (*causa*) hadden: '*Ex diverso cum diceretur reliqua colonorum ab eo non peti nec propria, diversam autem causam esse eorum, quae in condito essent, (…)*'. Uit dit betoog volgt dat Antiochos volgens Valeriana wel degelijk aanspraak kon maken op het nettoresultaat van de afrekening over het beheer van de goederen, dat als *reliqua sua* in de eigenlijke zin van het woord kon worden beschouwd, maar dat de opgeslagen goederen zelf niet konden worden beschouwd als *reliqua* van hemzelf of de pachters.[36] Zij waren immers niet het resultaat van een afrekening met betrekking tot het door Antiochos gevoerde beheer, maar slechts de fysieke opbrengst van Antiochos' werkzaamheden als rentmeester en behoorden daarom in eigendom toe aan de erfgename. Zij konden volgens de erfgename niet als achterstallige schulden worden aangemerkt en behoorden dus tot een andere categorie vermogensbestanddelen dan de reeds aan hem gelegateerde *reliqua* van hemzelf en de pachters.[37]

35 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 325 en Giliberti, *Servus*, 145.
36 Wankerl, *Appello*, 148.
37 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 326.

4.2.2 Onderzoek ter terechtzitting

Het was aan de keizer om te bepalen welke van beide interpretaties van de bepaling (het meeste) recht deed aan de bedoelingen van *testator*. Hij legde hiertoe ter terechtzitting een hypothetische casus aan Antiochos voor. Wat was rechtens, wanneer men niet uitging van een voorraad goederen, maar van een kist met goudstukken (of munten)[38] waaruit opnamen voor dagelijks gebruik plachten te worden gedaan? Was de legataris van mening dat hij in een dergelijk geval bij het overlijden van de erflater ook recht zou hebben gehad op al het overgebleven goud in de schatkist? Het (niet vermelde) antwoord van Antiochos op deze vraag kon de keizer blijkens de tekst niet bekoren: hij was van mening dat Valeriana terecht appel had ingesteld tegen de beslissing van de *praeses* en vernietigde diens uitspraak. Wat de keizer echter precies meende aan te kunnen tonen met zijn hypothetische casus is mij niet geheel duidelijk en uit het feit dat vrijwel geen enkele auteur die deze tekst heeft becommentarieerd inhoudelijk op dit punt ingaat, volgt dat zij waarschijnlijk met dezelfde vraag worstelden.[39] Het vervangen van een pakhuis met voorraden door een kist met goudstukken maakte de bewoordingen van de testamentaire bepaling niet duidelijker of beter te begrijpen. Uiteindelijk kon het geschil alleen worden opgelost door te bepalen wat de bedoeling van de erflater met de bepaling was geweest. Wellicht wierp de keizer de vergelijking met een geldkist op in een poging om de wil van erflater te bepalen: wanneer een meester zijn slaaf een kist met goudstukken ter beschikking stelde om bepaalde uitgaven mee te doen, dan was het niet de gewoonte om, wanneer de slaaf bij de dood van de meester de vrijheid verkreeg, aan deze niet alleen de betaling van de tekorten kwijt te schelden, maar ook nog eens de restanten van een dergelijke schatkist, die in eigendom toebehoorden aan de meester, mee te geven, zo lijkt de gedachtegang te zijn geweest. Hetzelfde gold om deze reden *mutatis mutandis* voor de voorraden van Hosidius.

---

38 De in de tekst gebruikte bewoordingen '*centiens aureorum*' zijn enigszins raadselachtig. De letterlijke Nederlandse vertaling van het woord *centiens* is 'honderdmaal'. Spruit vertaalt hier '100.000 goudstukken', zie *Corpus Iuris Civilis IV*, 684. De Duitse vertalers van de Digesten menen echter dat *centiens* door de keizer als een verkorte vorm van *centiens centena milia* wordt gebruikt en dat *aureorum* een interpolatie is voor *sestertium*. Hun vertaling van de zinsnede luidt daarom 'zehn Millionen', zie O. Behrends e.a., *Corpus juris civilis. Text und Übersetzung. V*: *Digesten 28-34*, Heidelberg: Müller 2012, 481. Voorts Gl. *centies* ad D. 32,97 en Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 65. Watson vertaalt de zinsnede met de woorden 'a hundred aurei' (A. Watson, *The Digest of Justinian*, deel 2, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1998). De strekking van de opmerking van de keizer is echter bij al deze vertalingen dezelfde, te weten stel nu dat het om een schatkist met munten gaat in plaats van om een pakhuis met goederen.

39 Rizzi en Wankerl gaan in het geheel niet op de hypothetische casus van de keizer in; Sanfilippo, *Libri Tres*, 83 vermeldt niet veel meer dan de bewoordingen van de tekst zelf.

4.2.3 De 'suggestio' van Antiochos

De tekst eindigt echter niet met de vaststelling dat Valeriana terecht in appel was gegaan tegen het vonnis van de provinciegouverneur. Hierna volgt in Paulus' beschrijving van de zaak nog een opmerking van de legataris Antiochos, die aan de keizer het probleem voorlegde dat sommige achterstallige schulden door de erfgename van Hosidius na diens dood waren geïnd.[40] De merkwaardige plaatsing van deze opmerking aan het einde van de tekst is reeds op een andere plaats in dit boek behandeld,[41] zodat hier slechts zal worden ingegaan op de inhoud ervan. Uit de vraag van Antiochos volgt dat de uitleg van de testamentaire bepaling met betrekking tot de voorraden niet het enige twistpunt tussen Valeriana en Antiochos was. Blijkbaar had Valeriana na de dood van haar vader nog enige openstaande schulden bij verschillende *coloni* geïnd, terwijl deze als *reliqua colonorum* eigenlijk toekwamen aan Antiochos. Hoewel dit als gevolg had dat de schuld van de desbetreffende *coloni* tenietging, had dit niet dezelfde consequentie voor het legaat: het eigenmachtig innen van een gelegateerde vordering door een erfgenaam had niet als gevolg dat een *legatum nominis* tenietging.[42] De keizer besliste dan ook geheel volgens het geldende recht dat de erfgename dat wat na de dood van de erflater door haar was geïnd moest afstaan aan Antiochos op grond van het hem toegekende legaat van de *reliqua colonorum*.[43]

40 Paulus vermeldt niet expliciet dat de inning door de erfgename had plaatsgevonden. Het antwoord van de keizer valt echter alleen te begrijpen als we van inning door Valeriana uitgaan.

41 ALD, paragraaf 2.2.5.

42 D. 34,3,21,2. Zie ook Voci, *DER II*, 319.

43 De *suggestio* van Antiochos wordt ook op deze wijze opgevat door Sanfilippo, *Libri Tres*, 84 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 327.

15 D. 35,1,113: een fideicommissum hereditatis en het beheer van het eigen vermogen

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex liberis sex libro secundo. *Cum filius rogatus fuisset a patre, si, antequam res suas administrare posset, decessisset, hereditatem Titio restituere, et egressus viginti annos decessisset, rescriptum est fideicommissum deberi.*	Paulus in het tweede boek uit de 'Zes boeken keizerlijke uitspraken gedaan in gerechtelijke procedures'. Toen een zoon door zijn vader werd gevraagd om de nalatenschap aan Titius af te staan, als hij voordat hij zijn vermogen kon beheren zou komen te overlijden, en hij was overleden nadat hij de leeftijd van twintig jaar was gepasseerd, is er bij rescript bepaald dat het fideï-commis verschuldigd was.

2 Inleiding

In hoofdstuk 3 is reeds aandacht besteed aan de opvallende formulering van D. 35,1,113. Uit de analyse van deze tekst werd duidelijk dat, hoewel de in de tekst vermelde beslissing wordt ingeleid door de woorden '*rescriptum est*', het waarschijnlijk niet om een rescript van Septimius Severus gaat. Het is aannemelijker dat het oorspronkelijke verslag van Paulus betrekking had op een zaak waarin het in D. 35,1,113 overgeleverde rescript werd aangehaald door één van de partijen ter ondersteuning van hun standpunt, dan wel door één van de juristen of eventueel de keizer zelf bij de beraadslagingen in het *consilium*. Het kan hierbij zijn gegaan om een rescript van Septimius Severus zelf of van één van diens voorgangers. De compilatoren hebben ervoor gekozen om dit *rescriptum* uit het verslag van Paulus te lichten en in Digestentitel 35,1 op te nemen, aangezien het rescript direct verband houdt met de materie van deze titel, te weten voorwaarden bij testamentaire beschikkingen. Het is goed mogelijk dat de zaak waarin dit rescript werd aangevoerd echter betrekking had op andere materie.

1 Zie voor de secundaire literatuur over deze tekst, die zich voornamelijk toespitst op zijn betekenis voor de tekstuele overlevering en inhoud van de *Imperiales Sententiae* en de *Decreta*, ALD, paragraaf 3.2.1.

3 Een *fideicommissum hereditatis* onder een opschortende voorwaarde

3.1 fideï-commis en voorwaarde

Het in D. 35,1,113 opgenomen rescript gaat over een zogeheten *fideicommissum hereditatis*, een fideï-commis waarbij een gehele nalatenschap aan de fideï-commissaris werd vermaakt. Deze rechtsfiguur behoeft enige nadere toelichting.

Volgens de regels van het *ius civile* was het in beginsel niet mogelijk om in één en dezelfde nalatenschap of een aandeel hiervan achtereenvolgens verschillende personen tot erfgenaam te benoemen, dat wil zeggen dat de eerste erfgenaam werd opgevolgd door een tweede na het in vervulling gaan van een voorwaarde of het aflopen van een termijn ('Nacherbfolge').[2] Dit doel kon echter worden bereikt door middel van een *fideicommissum hereditatis*, het fideï-commis van de nalatenschap. Bij een dergelijk *fideicommissum* werd aan een erfgenaam middels een fideï-commis de verplichting opgelegd om de nalatenschap (of een deel hiervan) af te geven aan een derde.[3] Het moment van afgifte kon (maar hoefde niet) afhankelijk worden gemaakt van zowel een termijn als een (opschortende) voorwaarde.[4] Zo kon de erfgenaam worden verplicht om de nalatenschap af te geven na een termijn van drie jaar of bijvoorbeeld op het moment dat de fideï-commissaris meerderjarig was geworden.[5] De erflater kon de met het fideï-commis bezwaarde erfgenaam ook verzoeken om het *fideicommissum* pas bij diens eigen dood uit te keren aan de verwachter.[6] In dat geval was er sprake van een zogeheten *fideicommissum hereditatis post mortem* en waren de erfgenamen van de bezwaarde erfgenaam verplicht het fideï-commis uit te keren aan de verwachter.[7] Middels deze specifieke vorm van het *fideicommissum hereditatis* kon een erflater dus toch over zijn graf heen regeren en zowel een erfgenaam als degene die deze op diens beurt moest opvolgen zelf 'benoemen'. Deze constructie wordt in de middeleeuwse en moderne literatuur daarom ook wel aangeduid als *substitutio fideicommissaria*, in tegenstelling

2 Zie bijvoorbeeld Gai. 2,277. Het is immers naar Romeins recht onmogelijk om iemand voor een bepaalde termijn of vanaf een bepaald tijdstip tot erfgenaam te benoemen, D. 28,5,34. Dit beginsel wordt vaak verwoord met het *adagium 'semel heres, semper heres'*: Kaser, *Privatrecht*, 761 en Babusiaux, *Erbrecht*, 149-150.

3 Zie over het *fideicommissum hereditatis* in het algemeen Voci, *DER II*, 344-368, Kaser, *Privatrecht*, 761-765 en Babusiaux, *Erbrecht*, 273-276.

4 Gai. 2,250.

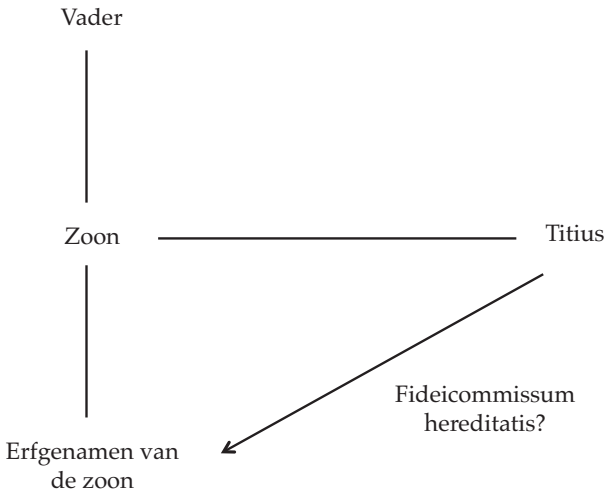
5 Een voorbeeld hiervan vinden we in een ander geval uit de *Decreta*, te weten D. 36,1,76(74),1, waarin de uitkering van een dergelijk fideï-commis wordt verbonden aan het bereiken van de leeftijd van twintig jaar.

6 Gai. 2,277.

7 Gai. 2,277 *i.f.*

tot de *substitutio vulgaris* en *pupillaris* die behoorden tot het domein van het klassieke *ius civile*.[8]

In het geval van D. 35,1,113 ging het om een voorwaardelijk *fideicommissum hereditatis post mortem*. De vader had zijn zoon benoemd tot enige erfgenaam en daarbij in zijn testament bepaald dat indien zijn zoon kwam te overlijden voordat deze diens eigen vermogen kon beheren (‘*antequam res suas administrare posset decessisset*’), de nalatenschap van de vader moest worden afgegeven aan een derde persoon, die in de tekst als Titius wordt aangeduid. Dit betekende dat de plicht om het *fideicommissum* uit te keren aan Titius slechts ontstond bij de dood van de zoon (*post mortem*) en dan alleen wanneer hij overleed voordat hij in staat was om zijn eigen vermogen te beheren (de voorwaarde). Omdat het een *fideicommissum hereditatis* betrof waaraan pas na de dood van de zoon gevolg diende te worden gegeven, werden de erfgenamen van de zoon belast met de feitelijke uitvoering van het fideï-commis. De zoon kwam op twintigjarige leeftijd te overlijden. Tussen zijn erfgenamen en Titius ontstond een geschil over de vraag of aan de voorwaarde voor de uitkering van het *fideicommissum* was voldaan. Met andere woorden, was de jongen bij zijn overlijden in staat geweest om zijn eigen vermogen te beheren of niet? Eén van beide partijen diende over deze kwestie een verzoekschrift (*libellus*) in bij de keizerlijke kanselarij. Eén en ander kan als volgt schematisch worden weergegeven:



8 Zie voor een voorbeeld van *substitutio vulgaris* BZD, nr. 9 (D. 28,5,93(92)) en van *substitutio pupillaris* BZD, nr. 18 (D. 36,1,83(81)).

3.2 Twee leeftijdsgrenzen: *impuberes* en *minores*

Het was nu aan de keizer om een uitleg te geven van de testamentaire voorwaarde en te bepalen op welke leeftijd iemand geacht werd in staat te zijn om zijn eigen vermogen te beheren (‘*res suas administrare*’). Juridisch gezien waren Romeinse burgers in staat om hun vermogen zelfstandig te beheren vanaf het moment dat zij de *pubertas* bereikten en daardoor handelingsbekwaam werden.[9] Vanaf dit moment konden zij immers geldig rechtshandelingen verrichten en dus, wanneer zij zich niet in de *patria potestas* van een ander bevonden, zelfstandig het bewind over hun eigen vermogen voeren.

Uit de tekst blijkt dat de zoon bij zijn overlijden twintig jaar oud was (‘*egressus viginti annos*’), waaruit volgt dat hij naar *ius civile* zonder meer handelingsbekwaam was en bevoegd om over zijn vermogen te beschikken. Het is opvallend dat Paulus de leeftijd van twintig jaar expliciet vermeldt. Als hij had willen aangeven dat de zoon was overleden terwijl hij reeds handelingsbekwaam was, had immers het woord *pubes* volstaan. Hieruit kan worden afgeleid dat de erfgenamen van de zoon waarschijnlijk niet zozeer hadden betoogd dat hun erflater *pubes* was, maar dat hij de leeftijd van twintig jaar had bereikt en dat men vanaf die leeftijd zonder meer in staat was om het eigen vermogen te beheren.

> Een mogelijke verklaring voor dit betoog zou kunnen worden gevonden in de leeftijdsbeperkingen die de *lex Aelia Sentia* stelde aan de bevoegdheid om slaven vrij te laten. *Puberes* waren weliswaar naar *ius civile* bevoegd om geldig rechtshandelingen te verrichten en zelfstandig over hun vermogen te beschikken, maar de vrijlating van slaven werd door de *lex Aelia Sentia* in beginsel pas toegestaan aan eigenaren van twintig jaar en ouder.[10] Hieruit volgt dat een *minor* pas vanaf twintigjarige leeftijd zonder enige belemmering over alle onderdelen van zijn vermogen kon beschikken.

Toch was het bereiken van deze leeftijd niet voldoende om aan te nemen dat hij in staat was om zijn eigen vermogen te beheren, zoals blijkt uit het rescript van de keizer. Dit heeft te maken met de bijzondere status die het praetorische recht toekende aan personen tot de leeftijd van 25 jaar, de zogeheten *minores viginti quinque annis*.[11] Men was van mening dat *minores* door hun jeugd

---

9 Gai. 1,196. In het geval van mannen stelden de Proculianen hiervoor een leeftijdsgrens van 14 jaar. De Sabiniaanse juristen meenden echter dat de vraag of iemand *pubes* was, afhankelijk was van diens lichamelijke gesteldheid, dat wil zeggen de mogelijkheid om kinderen te verwekken.

10 Gai. 1,38-40. De tegenstrijdigheid tussen de handelingsbekwaamheid van *puberes* en de onbevoegdheid om slaven vrij te laten wordt door hem ook expliciet benoemd in 1,40. Tot de leeftijd van twintig jaar was het de eigenaar van een slaaf slechts toegestaan deze vrij te laten indien de vrijlating door middel van *manumissio vindicta* geschiedde op grond van een *iusta causa,* die door een *consilium* was goedgekeurd, zie Gai. 1,38.

11 Vgl. Gl. *Casus* ad D. 35,1,113. Zie over *minores* in het Romeinse recht naast Kaser, *Privatrecht*, 276-277 bijvoorbeeld A. Berger, *RE* XV.2 (1932), s.v. *minores*, 1860-1889.

niet altijd in staat waren om zelfstandig een goed en consistent oordeel te vormen en om die reden een gemakkelijke prooi waren voor list en bedrog.[12] Het recht kwam hen daarom op twee verschillende wijzen te hulp. Om te beginnen stonden er voor *minores* een aantal bijzondere rechtsmiddelen open om voor hen nadelige handelingen aan te tasten, zoals een poenale actie op grond van de *lex Laetoria* tegen personen die hen hadden misleid, een corresponderend verweermiddel dat was gebaseerd op dezelfde wet (*exceptio legis Laetoriae*)[13] en de mogelijkheid om *restitutio in integrum* van de *praetor* te verlangen.[14] Daarnaast bestond de mogelijkheid om voor de *minor* op zijn verzoek een *curator* aan te stellen, die hem ondersteunde bij het nemen van beslissingen met betrekking tot zijn vermogen.[15] Aanvankelijk kon een *curator* slechts worden aangesteld voor specifieke doeleinden (bijvoorbeeld de verkoop van een specifiek vermogensbestanddeel), maar door Marcus Aurelius werd de mogelijkheid gecreëerd om een *curator* te benoemen voor het algemene beheer van het vermogen van de *minor*.[16] In hoeverre de curatoren in een dergelijk geval zich daadwerkelijk met het dagelijkse beheer van het vermogen van de *minor* bezighielden, zal van geval tot geval hebben verschild en was afhankelijk van de vraag in hoeverre de *minor* dit beheer aan hen had toevertrouwd.[17] Hierbij moet worden opgemerkt dat, anders dan in het geval van voogdij, de instemming van een *curator* (*consensus*) voor de geldigheid van de door de *minor* verrichte rechtshandelingen niet van belang was, aangezien de *minor* zelf volledig handelingsbekwaam was.[18] Anderzijds konden *curatores*, net zoals *tutores*, rechtsgeldig over het vermogen van hun *minor* beschikken en onderdelen hiervan vervreemden of met een beperkt recht bezwaren, indien het beheer hiervan aan hen was toevertrouwd.[19]

12 Vgl. D. 4,4,1 *pr.*

13 D. 44,1,7,1. Zie over deze wet en de hierop gebaseerde rechtsmiddelen Schulz, *CRL*, 190-192, Rotondi, *Leges*, 272-273 en Kaser, *Privatrecht*, 276/277. Zie daarnaast S. di Salvo, Lex Laetoria. *Minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C.*, Napels: Jovene 1979.

14 Zie hierover de behandeling van D. 4,4,38 *pr.*

15 Waarover Berger, *RE* XV.2 (1932), s.v. *minores*, 1869 e.v., Schulz, *CRL*, 190 e.v., Kaser, *Privatrecht*, 369 en G. Cervenca 'Studi sulla cura minorum' in drie delen, I: *BIDR* 75 (1972) 235-317, II: *BIDR* 77 (1974), 139-219, III: *BIDR* 82 (1979), 41-94.

16 Deze verandering door Marcus Aurelius wordt expliciet genoemd in SHA *Marc.* 10,12 en daarnaast bevestigd door D. 26,7,33,1, dat een rescript van Marcus Aurelius bevat waaruit duidelijk blijkt dat de curatoren de rol van de tutoren overnemen en verantwoordelijk zijn voor het algemene beheer van het vermogen van de *minor*. Eenzelfde soort constructie ligt ten grondslag aan het geval van D. 26,7,53 (BZD, nr. 8). In de late oudheid werd de benoeming van een *curator* voor het gehele vermogen van de *minor* de regel (zie Kaser, *Privatrecht II*, 234 e.v.) en groeiden voogdij en curatele naar elkaar toe.

17 Schulz, *CRL*, 194-195 en Kaser, *Privatrecht*, 370-371.

18 Kaser, *Privatrecht*, 277 en 370.

19 Kaser, *Privatrecht*, 266.

Dit blijkt o.a. uit het feit dat de Romeinse juristen de *Oratio Severi* uit 195 n. Chr., die voogden verbood de *praedia rustica* en *suburbana* van de hun toegewezen pupil te vervreemden, ook van toepassing achtten op curatoren.[20] De inmenging van een curator in het beheer van het vermogen van een *minor* kon dus aanzienlijk zijn.

De bijzondere status van *minores* onder de 25 jaar en in het bijzonder de mogelijkheid om het vermogen door een *curator* te laten beheren, bracht de keizer waarschijnlijk tot de conclusie dat in het geval van een persoon van twintig jaar niet kon worden aangenomen dat hij zijn vermogen geheel zelfstandig beheerde. Dit had als consequentie dat wel aan de opschortende voorwaarde van het *fideicommissum* was voldaan en om die reden rescribeerde hij dat dit aan Titius moest worden uitgekeerd.

20 D. 27,9,1 *pr.* e.v in verbinding met D. 27,9,8,1. Zie daarnaast bijvoorbeeld ook D. 43,24,11,7 (= D. 50,17,157 *pr.*).

16 D. 36,1,76(74) pr.: het verbod om een testament te maken

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro secundo decretorum. *Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit et ita de filia sua caverat: ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι. pronuntiavit imperator fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petisset, ut fratrem suum heredem faceret: sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.*	Paulus in het tweede boek van de 'Decreten'. Iemand die een zoon en een dochter had, maakte een testament en had ten aanzien van zijn dochter de volgende bepaling opgenomen: 'Ik verzoek je om geen testament te maken, voordat jij kinderen hebt gekregen'. De keizer deed uitspraak dat op grond van deze beschikking een fideï-commis verschuldigd was, alsof hij door de bepaling, dat hij haar had verboden een testament te maken, had verzocht, dat zij haar broer tot erfgenaam zou maken. Dat deze beschikking zo moest worden begrepen, als ware hij haar had verzocht zijn nalatenschap af te geven [aan haar broer].

2 Feiten en juridische achtergrond

Een erflater had een testament gemaakt waarin hij zijn zoon en dochter tot zijn erfgenamen had benoemd. Bij deze erfstelling had hij een bijzondere beschikking ten aanzien van zijn dochter opgenomen, te weten het verzoek om geen testament te maken totdat zij kinderen had gekregen. De erflater wilde met andere woorden dat zijn dochter intestaat overleed, als zij geen kinderen had, met als gevolg dat haar broer in dat geval op grond van het intestaaterfrecht als haar enige erfgenaam kon optreden. Het is aannemelijk dat de vader op deze wijze had willen regelen dat het aandeel van zijn dochter in zijn nalatenschap binnen de familie zou blijven.[2] Als zij geen kinderen ter wereld bracht en aan het verzoek van haar vader voldeed door intestaat te overlijden, kon haar broer als dichtstbijzijnde agnatische verwant als haar

1 Deze tekst wordt behandeld in Sanfilippo, *Libri Tres*, 84-87 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 288-294. Zie daarnaast ook Wieling, *Testamentsauslegung*, 179-180, Johnston, *Law of trusts*, 177-178, Paulus, *Idee*, 177-178 en V. Giuffrè, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione in diritto romano*, Napels: Jovene 1965, 191-193.

2 Paulus, *Idee*, 177 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 291. Johnston, *Law of trusts*, 177 gaat een stap verder en is van mening dat de vader wilde dat het hele vermogen van de dochter bij haar dood in handen van de broer kwam.

enige erfgenaam optreden.[3] Hij had als zodanig recht op de gehele nalatenschap van zijn zuster, waaronder haar aandeel in de nalatenschap van hun vader, met als gevolg dat het vermogen van de vader in zijn geheel in de handen van diens nageslacht bleef.[4] Als zij wél kinderen kreeg, konden deze op grond van het *Senatus Consultum Orfitianum* aanspraak maken op de nalatenschap wanneer hun moeder intestaat overleed, terwijl het voor de hand lag dat zij haar kinderen als erfgenamen benoemde wanneer zij ervoor koos een testament op te maken.

Kinderen hadden op grond van het *ius civile* geen wettelijk recht op de nalatenschap van hun moeder, aangezien een vrouw geen *sui heredes* kon hebben (vgl. Ulpianus D. 50,16,195,5: *mulier autem familiae suae et caput et finis est*).[5] Het *SC Orfitianum* van 178 n. Chr. verbeterde deze situatie door aan de kinderen een recht op de nalatenschap van hun moeder toe te kennen vóór haar andere verwanten van vaders zijde.[6] Ten tijde van het bewind van Severus zouden de eventuele kinderen van de dochter van de erflater in de onderhavige casus op grond van dit senaatsbesluit de nalatenschap verkrijgen. Als zij ervoor koos om een testament te maken, kon zij haar kinderen en haar broer in beginsel niet zomaar passeren.[7] Dit was slechts mogelijk indien zij hiervoor gegronde redenen

3 Zie de Wet XII Tafelen 5,4 en Gai. 3,10-11. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 696 en Babusiaux, *Erbrecht*, 56 e.v.

4 Kinderen waren niet agnatisch verwant met hun moeder en behoorden als zodanig niet tot dezelfde *familia* als hun moeder en grootvader van moederszijde. Dat dergelijke familiebanden echter van minder groot belang waren in het geval van vermogensbescherming door middel van erfrechtelijke constructies blijkt uit D. 31,32,6. Deze tekst ziet op een *fideicommissum familiae relictum*, waarbij een zaak waarvan door de erflater was bepaald dat zij binnen de familie moest blijven, door de leden van de familie bij een derde kon worden opgevorderd, wanneer zij tegen de wil van de erflater aan een derde was verkocht of vermaakt (D. 31,69,3). D. 31,32,6 beschrijft de personen die tot het instellen van een dergelijke vordering gerechtigd waren, te weten personen die met naam genoemd werden in het *fideicommissum*, maar daarnaast ook personen die de familienaam van de erflater droegen en hun nakomelingen in de eerste graad. Dat zou betekenen dat de kinderen van de dochter van het in D. 36,1,76(74) *pr.* beschreven geval gerechtigd zouden zijn geweest om een *fideicommissum familiae relictum* van hun grootvader van moederszijde op te eisen.

5 Kaser, *Privatrecht*, 695, Gardner, *Women*, 190-192 en Babusiaux, *Erbrecht*, 58-60. De kinderen konden wel aanspraak maken op de nalatenschap op grond van het *ius praetorium*, maar dan alleen als geroepene van de derde categorie (*unde cognati*), wat betekende dat alle erfgenamen naar *ius civile* als geroepenen van de tweede categorie (*unde legitimi*) hen voor gingen (Kaser, *Privatrecht*, 702 en Gardner, *Women*, 193). Een uitzondering op deze regel was het geval dat de moeder zich onder de *potestas* van haar echtgenoot bevond. In dit geval werden zij en haar kinderen over en weer als *agnati* beschouwd, zie Gai. 3,14 en 24. *Manus*-huwelijken waren echter ten tijde van Severus uitzonderlijk.

6 Zie bijvoorbeeld I. 3,4,1 *pr.* en Digestentitel 38,17 (*Ad senatus consultum Tertullianum et Orphitianum*). De regeling was alleen van toepassing op vrouwelijke erflaters, die zich niet in de *potestas* van een man bevonden (D. 38,17,1,1). Zie over het *SC Orfitianum* nader Gardner, *Women*, 198-200, Babusiaux, *Erbrecht*, 78-80 en M. Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz etc.: Böhlaus 1967.

7 Zowel de kinderen als broers of zussen van de erflater of erflaatster konden een testament als plichtvergeten aanvechten, zie D. 5,2,1. Zie voor de *exheredatio bona mente* BZD, nr. 17 (D. 36,1,76(74),1).

had, waarbij vooral moet worden gedacht aan ernstige misdragingen jegens de erflater of ander onbehoorlijk gedrag. Als zij haar kinderen of broer zonder enige grond passeerde of hun een te kleine erfportie toebedeelde, stond aan hen de *querela inofficiosi testamenti* ter beschikking.[8] Met deze actie konden zij bewerkstelligen dat het testament nietig werd verklaard en de intestaaterfopvolging in werking trad.[9]

De erflater was na het opmaken van het testament overleden en zijn zoon en dochter hadden ieder hun deel van de nalatenschap verworven. Hierna was ook de dochter overleden, zonder nageslacht, maar mét achterlating van een testament waarin één of meerdere (externe) erfgenamen waren benoemd. Dit laatste feit wordt door Paulus niet in zijn beschrijving vermeld, maar kan worden afgeleid uit het feit dat er een procedure over het testament van de vader en meer in het bijzonder de beschikking ten aanzien van de dochter ontstond. De broer meldde zich bij de testamentaire erfgenamen van zijn zuster en stelde zich waarschijnlijk op het standpunt dat hij aanspraak kon maken op de nalatenschap van zijn zuster op grond van de testamentaire beschikking van hun vader.

3 Keizerlijke procedure

3.1 De beschikking in het testament

Voordat in kan worden gegaan op een inhoudelijke beoordeling van het verzoek van de erflater aan zijn dochter, moet eerst enige aandacht worden besteed aan de vorm ervan. Het is opvallend dat de litigieuze beschikking in het Grieks door Paulus is opgenomen.[10] Dit doet vermoeden dat het een letterlijk citaat uit het testament van de vader betreft, waarop de vraag rijst of het mogelijk was om beschikkingen in een andere taal dan het Latijn in een testament op te nemen. In beginsel was men namelijk op grond van het *ius civile* verplicht om een testament in het Latijn op te maken.[11] Fideï-commissen behoorden echter niet tot het domein van het traditionele *ius civile*, maar waren een keizerrechtelijke schepping en in beginsel vormvrij. Daarom konden fideï-commissaire beschikkingen wel rechtsgeldig in een andere taal dan het Latijn worden opgesteld.[12] Het feit dat de litigieuze testamentaire bepaling in het Grieks was geformuleerd, vormde om deze reden geen

8 D. 5,2,2. Zie over de *querela inofficiosi testamenti* Kaser, *Privatrecht*, 709-713 (met verwijzingen naar verdere literatuur in noot 1) en Babusiaux, *Erbrecht*, 224-231. Zie ook BZD, nr. 9 (D. 28,5,93(92)).

9 D. 5,2,6,1.

10 Zie over de taal waarin procedures bij de keizer werden gevoerd ALD, paragraaf 2.2.4.3.

11 Dit blijkt o.a. uit Gai. 2,281 en *UE* 25,9. Zie hierover Kaser, *Privatrecht*, 687.

12 Gai. 2,281 en *UE* 25,9.

belemmering voor haar geldigheid.[13] Maar kon zij ook inhoudelijk door de beugel? Aan het Romeinse testamentaire erfrecht lag net zoals aan het moderne recht het principe van testeervrijheid ten grondslag.[14] Men kon en mocht niet worden beperkt in het opmaken en vormgeven van een laatste wilsbeschikking. Dit betekende onder andere dat een erflater niet middels een fideï-commissair verzoek invloed kon uitoefenen op wie zijn erfgenamen op hun beurt als hun erfgenamen zouden benoemen, zoals blijkt uit D. 30,114,6:

> D. 30,114,6: 'Men kan niet [bij fideï-commis] worden gevraagd om een ander als erfgenaam in te stellen. De senaat heeft op heldere wijze kenbaar gemaakt dat deze [beschikking] moet worden behandeld alsof er was gevraagd om de nalatenschap af te geven.'[15]

Wat betekende dit voor de beschikking die door de erflater in het onderhavige geval in zijn testament was opgenomen? Een letterlijke lezing en interpretatie van de bewoordingen van de clausule had als gevolg dat de beschikking als ongeldig moest worden aangemerkt.[16] Door zijn dochter te verbieden een testament op te maken zolang zij geen kinderen had voortgebracht, beperkte de vader zonder enige twijfel de testeervrijheid van zijn dochter. Het verzoek schoot bovendien zijn doel, te weten de bescherming van het familievermogen, voorbij. Naleving van het verzoek had immers als gevolg dat niet alleen haar aandeel in de nalatenschap van haar vader, maar haar gehele vermogen – inclusief alle vermogensbestanddelen die zij zelf had verworven – bij haar broer terecht kwam. Een dergelijk fideï-commis was dan ook zonder meer in strijd met het *ius civile*.

Toch vormde deze bepaling de aanleiding voor een gerechtelijke procedure, waarbij de broer aanspraak maakte op tenminste een deel van de nalatenschap van zijn zuster. Paulus vermeldt niet tegen wie de broer procedeerde, maar uit de feiten kan worden opgemaakt dat het om de erfgenamen ging die zijn zuster had benoemd in het testament dat zij in weerwil van het verzoek van haar vader had gemaakt. Deze erfgenamen beriepen zich ongetwijfeld op de ongeldigheid van dat verzoek. Uit de beschrijving van Paulus kan niet worden opgemaakt waarop de broer zijn eis precies baseerde. Het is mogelijk dat hij simpelweg betoogde dat het testeerverbod dat zijn vader in diens testament had opgenomen met zich bracht dat het testament, dat

---

13 Sanfilippo, *Libri Tres*, 85 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 290, nt. 47. Beide auteurs gaan ook in op alternatieve – en achterhaalde – verklaringen van o.a. Mitteis en Arangio-Ruiz voor de taal waarin de testamentaire bepaling was opgesteld.

14 Dit beginsel was reeds verdisconteerd in de Wet van de Twaalf Tafelen (tab. 5,3), waarover Kaser, *Privatrecht*, 108 en i.h.b. nt. 23.

15 Marcianus libro octavo institutionum. *Ut quis heredem instituat aliquem, rogari non potest: plane senatus censuit perinde habendum, atque si rogasset hereditatem restitui.* Vgl. ook D. 36,1,18(17) *pr.*

16 Sanfilippo, *Libri Tres*, 86; Johnston, *Law of trusts*, 178; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 289-290. Rizzi meent zelfs dat door deze bepaling het gehele testament ongeldig zou zijn, Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 290. Deze aanname wordt echter niet door de tekst ondersteund.

zijn zuster in weerwil hiervan had gemaakt, nietig was. In dit geval trad de intestaatopvolging in werking en had hij als dichtstbijzijnde agnatische verwant (*proximus agnatus*) recht op de nalatenschap. Een dergelijk betoog zou echter elke juridische grondslag missen. Het is daarom aannemelijker dat de zoon een andere *interpretatie* van de beschikking verdedigde en betoogde dat het oogmerk van de erflater bij de bepaling niet het beperken van de *testamenti factio* van zijn dochter was geweest, maar het beschermen van het familievermogen. Wanneer de bedoelingen van de erflater bij de formulering van de litigieuze bepaling op deze wijze werden geïnterpreteerd, was de beschikking niet in strijd met het *ius civile* en moest zij worden uitgelegd als een geldig fideï-commis, en wel één ten behoeve van hemzelf.

3.2 De keizerlijke beslissing

Het is onduidelijk of de zaak in eerste aanleg bij de keizer diende of dat er aanvankelijk een andere rechter over het geschil heeft beslist.[17] Aangezien de zaak draaide om de uitleg van een testamentaire beschikking en de vraag of er al dan niet een geldig fideï-commis tot stand was gekomen, zou een dergelijk geschil waarschijnlijk in eerste aanleg bij de *praetor fideicommissarius* terecht zijn gekomen.[18] Tegen zijn beslissingen stond appel bij de keizer open.

Paulus vermeldt daarnaast geen details over de procedure bij de keizer zelf, maar geeft simpelweg de keizerlijke beslissing weer. Deze luidde als volgt:

> *'Pronuntiavit imperator fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petisset, ut fratrem suum heredem faceret: sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.'*

De keizer oordeelde dat er op grond van de beschikking in het testament een fideï-commis verschuldigd was. Hij meende dat de clausule die de dochter verbood een testament te maken gelijk kon worden gesteld met een fideï-commissair verzoek om haar broer tot erfgenaam in te stellen. Aangezien haar broer als dichtstbijzijnde agnatische verwant haar intestaaterfgenaam was, had het vrijwillig voldoen aan de bepaling in testament immers, zoals hierboven reeds is opgemerkt, precies dat als gevolg. Hieruit volgde dat de bepaling volgens de keizer zo moest worden begrepen, dat de erflater aan zijn dochter had verzocht haar aandeel in zijn nalatenschap bij haar dood af te geven aan haar broer.

---

17 Johnston, *Law of trusts*, 13 nt. 20 meent dat het om een beslissing in eerste aanleg ging. Zie hiertegen Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 289 nt. 56.

18 Waarover Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 452-453.

De beslissing van de keizer hield in dat de litigieuze bepaling in het testament door hem werd uitgelegd[19] als een voorwaardelijk *fideicommissum hereditatis post mortem*.[20] De keizer interpreteerde de bepaling in het testament als een *fideicommissum hereditatis* dat moest worden afgegeven bij de dood van de erfgename, zijn dochter, onder de voorwaarde dat zij kinderloos was gestorven.[21] Aangezien er bij de behandeling van D. 35,1,113 reeds is in gegaan op de algemene aspecten van dit bijzondere fideï-commis, zal op deze plaats van een verdere behandeling hiervan worden afgezien.[22]

Hoewel Paulus dit niet expliciet vermeldt, kan met zekerheid worden aangenomen dat de keizer zijn oordeel baseerde op de *voluntas testatoris*.[23] Met de bepaling in zijn testament had de erflater naar mening van de keizer gepoogd te bewerkstelligen dat zijn nalatenschap in de familie bleef. Als zijn dochter voor haar dood kinderen had gekregen en intestaat was overleden óf hen in een testament tot erfgenaam zou hebben benoemd, zou zijn nalatenschap bij haar dood op de kinderen over zijn gegaan. In het geval dat zij in afwezigheid van enig nageslacht aan de wensen van haar vader gehoor had gegeven, was haar vermogen, inclusief de vaderlijke nalatenschap, bij haar broer terechtgekomen.[24] Door het aannemen van een *fideicommissum hereditatis* bewerkstelligde de keizer precies dezelfde rechtsgevolgen, terwijl hij tegelijkertijd de scherpe kantjes van de regeling die de erflater in zijn testament had getroffen, afvijlde. De uitvoering van de testamentaire bepaling zou immers als gevolg hebben gehad dat niet alleen de nalatenschap van de vader, maar ook het gehele eigen vermogen van de dochter op haar broer over zou gaan. Door een *fideicommissum hereditatis* aan te nemen bleef dit laatste voor haar testamentaire erfgenamen behouden.[25]

---

19 Vgl. ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 86, Voci, *DER II*, 921 nt. 20 (die spreekt over 'una interpretazione correttiva') en Paulus, *Idee,* 177. Giuffré, *L'utilizzazione,* 192, Arcaria, *Senatus censuit*, 298 nt. 133 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 291, spreken over 'conversie', het omzetten van een ongeldige rechtshandeling in een andere – geldige – rechtshandeling om het doel van de aanvankelijke rechtshandeling te bereiken (vgl. art. 3:42 BW en §140 BGB). De bewoordingen van D. 36,1,76(74) *pr.* bieden echter geen goede grond voor deze aanname. De door Paulus gekozen formulering '*scripturam accipere*' wijst eerder in de richting van een interpretatie van het testament en de daarin vervatte beschikking, vgl. Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 8 en 530. Ook het feit dat de litigieuze bepaling letterlijk wordt geciteerd pleit hiervoor.

20 Rizzi, *Imperator cognoscens*, 291. Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres,* 86, die spreekt over 'una sostituzione fedecommissaria, subordinata alla condizione 'si sine liberis decesserit''.

21 Zie over het *fideicommissum si sine liberis decesserit* BZD, nr. 12 (D. 32,27,1).

22 Zie BZD, nr. 15 (D. 35,1,113).

23 Sanfilippo, *Libri Tres,* 86; Wieling, *Testamentsauslegung,* 179; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 291.

24 Zie voor de bovenstaande invulling van het keizerlijk oordeel Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 291.

25 Johnston, *Law of trusts,* 178.

3.3 Het *senatus consultum* van D. 30,114,6 en D. 36,1,18(17) *pr.*

De uitspraak van de keizer vertoont grote overeenkomsten met de eerder geciteerde Digestentekst 30,114,6.[26] In deze tekst stelt Marcianus dat de senaat had bepaald dat een bepaling in een testament, waarin de erfgenaam werd verzocht om op zijn beurt een derde als zijn eigen erfgenaam in te stellen, moest worden behandeld als een *fideicommissum hereditatis post mortem* (vgl. het kenmerkende woord '*restituere*'). Ook in een tekst van Ulpianus komt een verwijzing naar hetzelfde *senatus consultum* voor:

> D. 36,1,18(17) *pr.*: 'Naar aanleiding van een bepaalde zaak is er gedebatteerd over de vraag of iemand per fideï-commis kan worden gevraagd, dat hij iemand anders tot erfgenaam maakt. En de senaat heeft stellig bepaald dat niemand gevraagd kan worden een ander tot erfgenaam te benoemen, maar dat hij [de insteller] hiermee schijnt te hebben gevraagd, dat hij [de bezwaarde] zijn nalatenschap aan hem [de verwachter] afgeeft, dat wil zeggen dat hij [de bezwaarde] wat hij ook maar uit zijn nalatenschap verkregen heeft aan hem [de verwachter] afgeeft.'[27]

Het is onduidelijk of dit *senatus consultum* aan de keizerlijke beslissing van D. 36,1,76(74) *pr.* voorafging of dat het besluit pas later door de senaat is genomen.[28] Voor dit laatste pleit het feit dat we het *senatus consultum* alleen tegenkomen in de *Fideicommissorum libri VI* van Ulpianus en *Institutiones* van Marcianus. Beide werken zijn pas na de dood van Severus tot stand gekomen.[29] Dit hoeft echter niet te betekenen dat het door hen beschreven *senatus consultum* ook uit die tijd stamde. Er zijn goede gronden om aan te nemen dat het *senatus consultum* juist aan de keizerlijke beslissing vooraf ging.

Om te beginnen wijst de redenering van de keizer bij zijn oordeel in die richting. Hij stelde de litigieuze bepaling expliciet gelijk met een bepaling waarin de dochter zou worden verzocht om haar broer tot erfgenaam te benoemen. Een dergelijke bepaling, waarbij een erfgenaam werd verzocht om een derde tot zijn erfgenaam te benoemen, was in zowel Marcianus' als Ulpianus' beschrijving het uitgangspunt van het senaatsbesluit. De keizer vormde met andere woorden het aan hem voorgelegde geval om tot de situatie waarop het senaatsbesluit betrekking had. Vervolgens kon hij hieraan de rechtsgevolgen verbinden die het senaatsbesluit in een dergelijke situatie dicteerde en beslissen dat de bepaling als een *fideicommissum hereditatis* moest worden opgevat. Daarnaast kan ook de litigieuze bepaling zelf worden gezien als een bewijs dat het senaatsbesluit al bestond voordat de onderhavige zaak bij de keizer speelde. Men kan zich afvragen waarom de vader

---

26 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 291-292.

27 Ulpianus libro secondo fideicommissorum. *Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat. et senatus censuit rogari quidem quemquam, ut aliquem heredem faciat, non posse: verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat, id est quidquid ex hereditate sua consecutus est ut ei restitueret.*

28 Talbert, *Senate*, 457 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 292.

29 Fitting, *Alter und Folge*, 117 en 122.

ervoor koos om een dergelijke bepaling, die zeer duidelijk in strijd was met de regels van het *ius civile*, op te nemen in zijn testament. Het bestaan van het senaatsbesluit ten tijde van het opmaken van het testament zou hiervoor een verklaring kunnen bieden. Deze stelling vereist enige nadere toelichting.

Hoewel het *fideicommissum hereditatis* het mogelijk maakte om in de praktijk meerdere, elkaar opvolgende erfgenamen te benoemen, kleefde er ook een belangrijk nadeel aan deze figuur. De uitvoering van het *fideicommissum hereditatis* werd beheerst door twee *senatus consulta*: het *Senatus Consultum Trebellianum* uit 56 n. Chr.[30] en het *Senatus Consultum Pegasianum*, dat tijdens het bewind van Vespasianus werd uitgevaardigd.[31] Het *SC Trebellianum* had betrekking op de overgang van de rechten en plichten van de nalatenschap op de fideï-commissaris. De ontvanger van een *fideicommissum hereditatis* kon dan wel als de erfgenaam in materiële zin worden beschouwd, in formele zin was hij dit zeker niet. De erfgenaam die met de uitkering van het fideï-commis was belast, was én bleef de enige formele erfgenaam.[32] Dit had als gevolg dat hij wel alle fysieke goederen die zich in de nalatenschap bevonden kon afgeven aan de fideï-commissaris, maar dat de rechten en plichten die tot de nalatenschap behoorden op hem bleven rusten. Op grond van het *SC Trebellianum* werd de fideï-commissaris '*in heredis loco*' gesteld met als gevolg dat alle acties van of tegen de erfgenaam als *actiones utiles* konden worden ingesteld door of tegen de fideï-commissaris.[33] Daarnaast verkreeg de fideï-commissaris een eigen actie om de nalatenschap is zijn geheel op te eisen (bij een derde), de *fideicommissaria hereditatis petitio*.[34] Tegelijkertijd kon de belaste erfgenaam de vorderingen van crediteuren van de nalatenschap afweren met een exceptie, terwijl de debiteuren van de nalatenschap de vorderingen van de erfgenaam op hun beurt konden blokkeren met dezelfde exceptie.[35] De regeling van het *SC Trebellianum* betekende een grote stap voorwaarts, maar bood voor één probleem geen oplossing: wanneer de belaste erfgenaam van mening was dat het aanvaarden van de nalatenschap en het uitkeren van het *fideicommissum hereditatis* hemzelf niets opleverde, kon hij ervoor kiezen om de nalatenschap te verwerpen en op deze wijze het fideï-commis onwerkzaam te maken.[36] Om deze reden werd in het *SC Pegasianum* bepaald dat de regeling van de *lex Falcidia* met betrekking tot legaten en in het bijzonder die van het Falcidische kwart ook van

30 Gai. 2,253, waarover Kaser, *Privatrecht*, 762 en Babusiaux, *Erbrecht,* 281-283. Zie verder U. Manthe, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlijn: Duncker & Humblot 1989, 35 e.v.

31 Gai. 2,254. Zie over dit senaatsbesluit Kaser, *Privatrecht*, 762-763, Manthe, *Pegasianum*, 41 e.v. en Babusiaux, *Erbrecht*, 283-290. Voorts over de problematiek met betrekking tot de datering van dit *senatus consultum* Manthe, *Pegasianum*, 41 nt. 1.

32 Gai. 2,251.

33 Gai. 2,253.

34 D. 5,6,1 *pr.*

35 D. 36,1,1,4.

36 Manthe, *Pegasianum*, 39-40 onder verwijzing naar Gai. 2,254.

toepassing was op (nalatenschaps)fideï-commissen. Dit betekende dat aan de erfgenaam die met de uitkering van een fideï-commis was belast, het recht werd toegekend om een kwart, het zogeheten 'Pegasianische kwart', hiervan achter te houden.[37]

> Het *SC Pegasianum* greep daarnaast in op de regeling van het *SC Trebellianum* met als gevolg dat er een gecompliceerde situatie ontstond voor de uitkering van *fideicommissa hereditatis*. Als de erfgenaam was verzocht om *minder* dan ¾ van de nalatenschap uit te keren, gold de regeling van het *SC Trebellianum* en trad de ontvanger van het fideï-commis *in heredis loco*, met alle gevolgen van dien.[38] Als de erflater de erfgenaam had verzocht om *meer* dan ¾ of zelfs de gehele nalatenschap aan de fideï-commissaris af te geven, was de erfgenaam op grond van het *SC Pegasianum* gerechtigd om een kwart van de nalatenschap achter te houden.[39] Dit bracht echter op grond van het *SC Pegasianum* met zich mee dat de regeling van het *SC Trebellianum* niet van toepassing was op de verhouding tussen de bezwaarde erfgenaam en de verkrijger van het fideï-commis.[40]

In het voorgaande is steeds uitgegaan van één erfgenaam die werd verplicht de gehele nalatenschap af te geven. De hierboven beschreven regeling was echter *mutatis mutandis* van toepassing op het verzoek aan één van meerdere erfgenamen om zijn aandeel in de nalatenschap af te geven en zodoende ook op het geval van D. 36,1,76(74) *pr.*:

> Gai. 2,259: 'Het maakt echter geen verschil, of iemand, die als enige erfgenaam is benoemd, wordt gevraagd de gehele of een deel van de nalatenschap af te geven, of iemand, die voor een deel tot erfgenaam is ingesteld, wordt gevraagd om dit gehele deel af te geven of een gedeelte hiervan. Want ook in dit geval pleegt men op grond van het *Senatus Consultum Pegasianum* een vierde deel van dit gedeelte te berekenen.'[41]

Het is mogelijk dat de erflater in het door Paulus beschreven geval wilde voorkomen dat een door zijn dochter benoemde externe erfgenaam, die niet tot de familie behoorde, bij het familievermogen betrokken raakte en hier zelfs een deel van kon achterhouden. Als de erflater zijn verzoek direct als een *fideicommissum hereditatis* had vormgegeven, waren de erfgenaam of erfgenamen van de dochter immers gerechtigd geweest om het Pegasiani-

---

37 Gai. 2,254.

38 Gai. 2,255.

39 Gai. 2,256.

40 Gai. 2,254 en 257. Gaius maakt een onderscheid tussen de situatie waarin de bezwaarde erfgenaam wel een kwart heeft achtergehouden en de situatie waarin hij dit niet heeft gedaan. In het eerste geval worden de rechten en schulden van de nalatenschap volgens het model van het delingslegaat over de erfgenaam en de fideï-commissaris verdeeld, in het tweede geval neemt de fideï-commissaris de positie van *emptor hereditatis* in. Zie over deze regeling verder Manthe, *Pegasianum*, 41 e.v. en i.h.b. 64 e.v. over de nadelige gevolgen van Pegasianische regeling.

41 *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur*: *nam et hoc casu de quarta parte eius partis ratio ex Pegasiano senatus consulto haberi solet*.

sche kwart achter te houden.[42] Als we aannemen dat het senaatsbesluit van D. 36,1,18(17) *pr.* ten tijde van het opmaken van het testament al bestond, kon hij echter ook niet middels een fideï-commissair verzoek aan zijn dochter om haar broer tot erfgenaam te benoemen de nadelige gevolgen van het nalatenschapsfideï-commis omzeilen. Een dergelijke beschikking zou immers op grond van het *senatus consultum* van D. 30,114,6 en D. 36,1,18(17) *pr.* in een *fideicommissum hereditatis* worden omgezet. Hij probeerde daarom langs een andere weg, te weten het verzoek om in zijn geheel geen testament te maken, te zorgen dat zijn nalatenschap zonder tussenkomst van een derde bij zijn zoon terecht kwam.

4 Het *responsum* van Papinianus in D. 31,77,24

De door Paulus beschreven zaak vertoont ook grote overeenkomsten met een geval uit dezelfde periode dat door Papinianus in zijn *Responsa* wordt beschreven en door moderne auteurs vaak in samenhang met de tekst van Paulus wordt behandeld:[43]

> D. 31,77,24: '"Ik verzoek aan mijn dochter, bezorgd om haar veiligheid als ik ben, dat zij geen testament maakt totdat zij kinderen heeft gekregen: zo zal zij immers zonder gevaar kunnen leven." Het werd duidelijk dat er geen fideï-commis van de nalatenschap was nagelaten aan haar zuster en mede-erfgename, omdat hij [de vader] niet over zijn eigen geld wilde testeren, maar onder het voorwendsel van een advies haar rechten wilde beperken door te verbieden een testament te maken.'[44]

Een vader had in zijn testament zijn twee dochters tot erfgenaam benoemd en met betrekking tot één van zijn dochters bepaald dat zij slechts een testament mocht maken nadat zij kinderen had gekregen. Hij had hierbij expliciet vermeld dat hij dit had bepaald om haar veiligheid te garanderen. Aan Papinianus werd de vraag voorgelegd of de beschikking van de vader als een *fideicommissum hereditatis* moest worden beschouwd. Deze vraag werd door de jurist ontkennend beantwoord.

---

42 Het feit dat deze tekst in de Digestentitel van het *Senatus Consultum Trebellianum* staat, doet hier niet aan af. Justinianus heeft de Pegasianische regeling grotendeels afgeschaft en voor gevallen die hieronder vielen weer de regeling van het *SC Trebellianum* voorgeschreven, zie Kaser, *Privatrecht II*, 563-564. Dat kan verklaren waarom de compilatoren de tekst van Paulus in de titel over het *SC Trebellianum* hebben geplaatst.

43 Sanfilippo, *Libri Tres*, 86-87; Johnston, *Law of trusts*, 176-178; Paulus, *Idee*, 176-178; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 292-294.

44 Papinianus libro octavo responsorum. *'Mando filiae meae pro salute sollicitus ipsius, ut, quoad liberos tollat, testamentum non faciat: ita enim poterit sine periculo vivere'. fideicommissariam hereditatem sorori coheredi non videri relictam apparuit, quod non de pecunia sua testari, sed optentu consilii derogare iuri testamentum fieri prohibendo voluit.*

Hoewel het feitencomplex van beide teksten nagenoeg gelijk lijkt te zijn, bestaat er één belangrijk verschil tussen beide, te weten het motief van de erflater.[45] We hebben gezien dat het motief van de erflater in de tekst van Paulus voor het opnemen van het testeerverbod het beschermen van het familievermogen was. In D. 31,77,24 heeft de erflater echter expliciet bij het verbod vermeld dat hij dit in zijn testament heeft opgenomen om zijn dochter te beschermen ('*pro salute sollicitus ipsius*'). Deze motivering van de erflater is op zijn minst opmerkelijk te noemen: waarom zou zijn dochter in gevaar zijn als zij een testament opmaakte terwijl zij (nog) geen kinderen had gekregen? Papinianus prikt dan ook door deze motivering heen en doet de bezorgdheid van de vader af als verzonnen en slap excuus om de testeervrijheid van zijn dochter te beperken met de woorden '*optentu consilii*' ('onder het voorwendsel van een advies').[46] Om deze reden was hij van mening dat in dit geval, waarin aan het verbod geen motieven van vermogensbescherming ten grondslag lagen, geen *fideicommissum hereditatis* mocht worden aangenomen.

5 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de keizer in het door Paulus beschreven geval een beslissing nam die haaks stond op de regels van het *ius civile* door een in beginsel ongeldige testamentaire bepaling uit te leggen als een voorwaardelijk *fideicommissum hereditatis.*[47] Hij deed dit echter niet zonder precedent, maar volgde hierin de senaat, die voor soortgelijke gevallen had bepaald dat een dergelijke uitleg op zijn plaats was.[48] Aan de basis van deze beslissing (en het eerdere *senatus consultum*) lag, zoals zo vaak bij keizerlijke beslissingen, de tendens om bij de uitleg van laatste wilsbeschikkingen zoveel mogelijk vast te houden aan de *voluntas testatoris*, in dit geval het behouden van de nalatenschap voor het nageslacht van de testator. Hoezeer de intentie van de erflater van belang was voor de vraag of er een *fideicommissum* verschuldigd was, blijkt wel uit de tekst van Papinianus. Een verbod om een testament op te maken dat was ingegeven door een ander motief dan de bescherming van de eigen nalatenschap kon volgens de jurist niet tot hetzelfde resultaat leiden.

---

45 Paulus, *Idee,* 177; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 293-294. Iets minder expliciet maar op dezelfde lijn Sanfilippo, *Libri Tres,* 87.

46 Sanfilippo, *Libri Tres,* 87; Paulus, *Idee,* 177; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 293-294. Het woord *optentus/obtentus* wordt in de Digesten vaker op dezelfde wijze gebruikt, zie Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 384, die niet alleen naar deze tekst verwijst, maar bijvoorbeeld ook naar D. 23,2,43: '*quae obtentu paupertatis turpissimam vitam egit*'. Zie daarnaast bijvoorbeeld ook D. 49,4,1,13: '*cum optentu alieni nominis suam causam agens*'.

47 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 292.

48 *Idem.*

17 D. 36,1,76(74),1: het fideicommissum hereditatis ten behoeve van een 20-jarige

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro secundo decretorum. *Fabius*[a] *Antoninus impuberem filium Antoninum et filiam Honoratam relinquens exheredatis his matrem eorum Iuniam Valerianam heredem instituit et ab ea trecenta et quasdam res filiae reliquit, reliquam omnem hereditatem filio Antonino, cum ad annum vicensimum aetatis pervenisset, voluit restitui: quod si ante annum vicensimum decessisset filius, eam hereditatem Honoratae restitui praecepit. mater intestata decessit utrisque liberis legitimis heredibus relictis. postea filius annum agens plenum nonum decimum et ingressus vicensimum necdum tamen eo expleto decessit filia herede Fabia Valeriana sua*[b] *relicta, a qua amita fideicommissum et ex testamento patris portionem hereditatis petebat: et apud praesidem optinuerat. tutores Valerianae filiae Antonini egestatem eius praetendebant et recitabant divi Hadriani constitutionem, in qua quantum ad munera municipalia iusserat eum annum, quem quis ingressus esset, pro impleto numerari. imperator autem noster motus et aequitate rei et verbis testamenti 'si ad annum vicensimum aetatis', quamvis scire se diceret a divo Marco non excusatum a tutela eum qui septuagensimum annum aetatis ingressus fuisset, nobis et legis Aeliae Sentiae argumenta proferentibus et alia quaedam, contra petitricem pronuntiavit.*	Paulus in het tweede boek van de 'Decreten'. Fabius Antoninus liet een minderjarige zoon Antoninus en een dochter Honorata achter en nadat hij hen had onterfd, benoemde hij hun moeder Iunia Valeria tot zijn erfgename. Hij liet ten laste van haar HS 300.000 en enkele zaken achter voor zijn dochter en hij wilde dat de overige nalatenschap aan zijn zoon werd afgegeven, wanneer hij zijn twintigste levensjaar had bereikt. Hij schreef voor dat als zijn zoon voor zijn twintigste levensjaar was overleden, dat deze nalatenschap aan Honorata werd afgegeven. De moeder overleed zonder testament, terwijl zij haar beide kinderen als wettelijke erfgenamen achterliet. Hierna overleed de zoon terwijl hij zijn 19e levensjaar had voltooid en het twintigste was begonnen, maar nog niet had afgemaakt, met achterlating van zijn dochter Fabia Valeriana als erfgename. Van haar eiste haar tante het fideï-commis en haar deel van de nalatenschap op grond van het testament van haar vader op. En bij de provinciegouverneur won zij. De voogden van Valeriana, de dochter van Antoninus, voerden haar armoede aan als excuus en reciteerden een constitutie van de vergoddelijkte Hadrianus, waarin hij met betrekking tot de *munera municipalia* had uitgemaakt dat dat jaar, waaraan iemand begonnen was, als voltooid moest worden beschouwd. Onze keizer, bewogen door de billijkheid van de zaak en de woorden van het testament 'als tot het twintigste levensjaar', terwijl wij zowel argumenten op grond van de *lex Aelia Sentia* naar voren brachten als ook andere mogelijkheden, oordeelde tegen de verzoekster, hoewel hij zei te weten dat hij die aan zijn zeventigste levensjaar was begonnen door de vergoddelijkte Marcus niet van voogdij was vrijgesteld.

[a] *Fabinus* F[em], *Sabinus* F[ae] [b] *filia Fabia Valeriana herede sua* Mo.

1 Deze tekst wordt behandeld in Sanfilippo, *Libri Tres*, 87-94, Wankerl, *Appello*, 153-164 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 257-266. Zie daarnaast A. Schneider, 'Zur Berechnung der Fristen im römischen Recht' *ZSS* 22 (1901), 145-147.

2 Feiten en juridisch kader

De erflater Fabius Antoninus liet bij zijn dood een minderjarige zoon, Antoninus, en een dochter, Honorata, achter. In plaats van hen tot zijn erfgenamen te benoemen koos hij ervoor om hen te onterven en in hun plaats hun moeder Iunia Valeriana als enige erfgenaam in te stellen. Hij verzocht haar wel om aan zijn dochter Honorata 300.000 sestertiën en een aantal andere zaken te geven en om aan zijn zoon Antoninus de rest van de nalatenschap af te geven als deze de leeftijd van twintig jaar zou bereiken. Mocht Antoninus echter voor het bereiken van deze leeftijd overlijden, dan was Iunia Valeriana verplicht om de nalatenschap aan haar dochter Honorata af te geven.[2] Men kan zich afvragen of een dergelijke constructie waarbij de kinderen ten gunste van hun moeder werden gepasseerd juridisch gezien wel geldig was. In beginsel kon een erflater zijn kinderen bij het opmaken van een testament immers niet zomaar passeren of onterven.[3] Wanneer hij dit echter zonder kwade bedoelingen deed, was dit wel mogelijk, getuige de volgende twee teksten van Ulpianus:

> D. 38,2,12,2: 'Als iemand niet met kwade bedoeling van de ouder is onterfd, maar vanwege een andere reden, schaadt de onterving hemzelf niet. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat hij vanwege geestesziekte is onterfd of omdat hij minderjarig was en aan de ingestelde erfgenaam is gevraagd de nalatenschap aan hem af te geven.'[4]

> D. 28,2,18: 'Velen onterven hun zoons niet vanwege hun karakteristieken noch om schade toe te brengen, maar zodat zij zorg dragen voor hen, bijvoorbeeld voor minderjarigen, aan wie zij de nalatenschap bij fideï-commis geven.'[5]

In dergelijke gevallen was er sprake van een '*exheredatio bona mente*', een onterving met goede bedoelingen.[6] In de bovenstaande teksten wordt gerefereerd aan de situatie die ook in D. 36,1,76(74),1 aan de orde is, te weten het onterven van minderjarige kinderen in combinatie met een *fideicommissum hereditatis* ten laste van de in hun plaats benoemde erfgenaam. Aan de uitkering van een dergelijk fideï-commis zal vaak een leeftijdsgrens verbonden zijn geweest, zoals ook het geval was in deze zaak. De mogelijkheid om de moeder van de kinderen tot erfgenaam te benoemen maakte de constructie

---

2 Er was met andere woorden sprake van een drieledige fideï-commissaire substitutie, waarbij achtereenvolgens Iunia Valeriana en Antoninus of Honorata als 'erfgenamen' konden optreden. Zie over het begrip fideï-commissaire substitutie en de hiermee verbonden figuur van het *fideicommissum hereditatis* BZD, nr. 15 (D. 35,1,113).

3 Zie over de zogeheten *querela inofficiosi testamenti* BZD, nr. 9 (D. 28,5,93(92)) sub 4.2.

4 Ulpianus libro XLIV ad edictum. *Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa, exheredatio ipsi non nocet: ut puta pone furoris causa exheredatum eum vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum rogatum ei restituere hereditatem.*

5 Ulpianus libro LVII ad edictum. *Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, ut puta impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant.*

6 Zie m.b.t. D. 36,1,76(74),1 Sanfilippo, *Libri Tres,* 88.

des te aantrekkelijker. Op grond van het *ius civile* was het onmogelijk om een vrouw tot voogd te benoemen.[7] Door het vermogen van de *pater familias* in handen van zijn echtgenote te brengen, kon zij het familievermogen beheren en in de praktijk als de voogd van de kinderen optreden. Het benoemen van andere voogden, die van buiten het gezin afkomstig waren, was in dit geval onnodig aangezien de kinderen geen enkel deel van het vermogen van hun vader hadden verworven.[8]

Helaas liepen de zaken niet zoals de erflater had gedacht. Na haar echtgenoot overleed ook de moeder van de kinderen zonder een testament achter te laten. Dit betekende dat haar zoon en dochter op basis van het *Senatus Consultum Orfitianum* als wettelijke erfgenamen ieder de helft van haar vermogen (en dus ook ieder de helft van de nalatenschap van hun vader) verwierven.[9] Hierna kwam ook Antoninus te overlijden op negentienjarige leeftijd of, om in de woorden van Paulus te spreken, terwijl hij aan zijn twintigste levensjaar was begonnen, maar dit nog niet had voltooid. Hij liet zijn gehele vermogen na aan zijn minderjarige dochter Fabia Valeriana. De tante van het meisje, Honorata, was echter van mening dat zij recht had op Antoninus' aandeel in de nalatenschap van hun vader Fabius Antoninus.[10] Antoninus was immers overleden voor het bereiken van de leeftijd van twintig jaar, met als gevolg dat zij recht had op het *fideicommissum hereditatis* dat haar vader in zijn testament aan haar moeder had opgelegd. De plicht tot uitkering hiervan rustte nu op haar nichtje Fabia Valeriana, aldus Honorata.[11] Het onderhavige geval kan als volgt schematisch worden weergegeven:

---

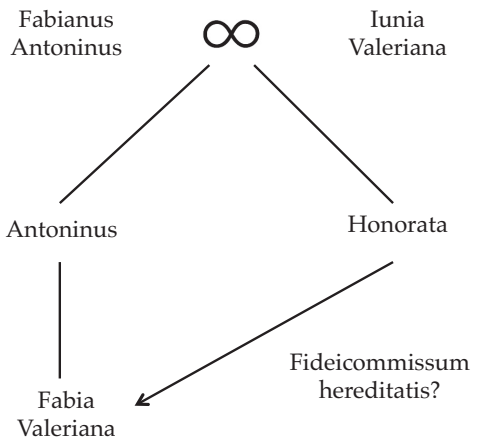
7 D. 26,4,1,1 en D. 26,1,16. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 353. Zie over de mogelijkheden voor vrouwen in de 2e eeuw n. Chr. om het vermogen van hun kinderen te beheren T. Masiello, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli antonini e i severi,* Napels: Jovene 1979.

8 Gardner, *Women*, 153; Saller, *Patriarchy*, 173-174. *Impuberes* kregen alleen een voogd wanneer zij *sui iuris* waren en een eigen vermogen hadden dat door een voogd moest worden beheerd (Vgl. Kaser, *Privatrecht*, 360: 'Der Schwerpunkt der vormundschaftlichen Aufgaben liegt jetzt bei der Verwaltung des Vermögens'). De constructie van D. 36,1,76,1 had als resultaat dat Antoninus en Honorata in beginsel geen eigen vermogen hadden, waardoor het benoemen van een voogd niet nodig was.

9 Sanfilippo, *Libri Tres,* 88. Zie over het *SC Orfitianum* BZD, nr. 16 (D. 36,1,76 *pr.*) sub 2.

10 De andere helft van haar vaders nalatenschap was reeds in haar bezit, zie ook Wankerl, *Appello*, 157.

11 Het *fideicommissum* dat aanvankelijk ten laste van Iunia Valeriana kwam, was via de erfopvolging bij Antoninus en diens erfgename Fabia Valeriana terechtgekomen, zie Sanfilippo, *Libri Tres,* 89 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 259 nt. 344.



3 De gerechtelijke procedure

3.1 Eerste aanleg

Honorata begon een procedure om haar nichtje te dwingen tot afgifte van haar vaders aandeel in de nalatenschap van haar grootvader. Paulus vermeldt over deze procedure slechts dat zij werd gevoerd voor een *praeses provinciae*. Gezien de materie kunnen wij ervanuit gaat dat het een *cognitio extra ordinem* betrof.[12] De procedure in eerste aanleg had – net als de hierop volgende keizerlijke appelprocedure – betrekking op de interpretatie van de clausule '*si ad annum vicensimum aetatis pervenisset*'. Partijen streden over de vraag of aan de voorwaarde voor de verandering van de begunstigde van het *fideicommissum hereditatis,* te weten het overlijden van Antoninus voor het bereiken van de leeftijd van twintig jaar, was voldaan, nu Antoninus weliswaar aan zijn twintigste levensjaar was begonnen, maar het einde hiervan niet had gehaald. De eiseres, Honorata, stelde zich op het standpunt dat Antoninus de leeftijd van twintig jaar nooit had bereikt, daar hij zijn twintigste levensjaar niet had voltooid, en dat om deze reden het *fideicommissum hereditatis*, dat wil zeggen het aandeel van Antoninus in de nalatenschap van hun vader, op grond van het testament van Fabius Antoninus aan haar moest worden uitgekeerd.[13] De tutoren[14] van haar nichtje Fabia

12 Zie bijvoorbeeld Gai. 2,278. Voorts Wankerl, *Appello*, 156-157 en verdere verwijzingen aldaar.

13 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 89.

14 Fabia Valeriana kan ten tijde van de procedure niet ouder dan vijf jaar zijn geweest, gesteld dat zij een wettig kind was. Mannen konden in het huwelijk treden vanaf het moment dat zij *pubes* waren, dat wil zeggen de leeftijd van 14 jaar hadden bereikt (*UE* 5,2 en 11,28; zie ook Gai. 1,196). Als haar vader Antoninus direct bij het bereiken van die leeftijd in het huwelijk was getreden en een kind had verwekt, was Fabia Valeriana bij zijn dood op negentienjarige leeftijd maximaal vijf jaar oud.

Valeriana brachten hier tegenin dat wanneer iemand aan zijn twintigste levensjaar was begonnen, dit betekende dat men het twintigste levensjaar in juridische zin als voltooid moest beschouwen en het *fideicommissum* om die reden had moeten worden uitgekeerd aan haar vader en dus toebehoorde aan hun pupil.[15] Het is mogelijk, al vermeldt Paulus dit niet, dat zij zelfs een tegenvordering tegen de tante van het meisje aanhangig maakten, waarbij zij Honorata aanspraken tot afgifte van háár aandeel in de nalatenschap.[16] De provinciegouverneur besliste in het voordeel van Honorata. De voogden van het meisje lieten het er niet bij zitten en gingen in appel bij de keizer.

3.2 Appel bij de keizer

3.2.1 Het vergeten decreet van Marcus Aurelius

In de procedure bij de keizer werden zowel door partijen als door de juristen van het *consilium* verschillende keizerconstituties en andere vormen van wetgeving aangedragen. Voordat aan de behandeling hiervan kan worden toegekomen, moet eerst aandacht worden besteed aan een keizerconstitutie die verrassenderwijs *niet* tijdens de hoorzitting of in de beraadslagingen over de zaak naar voren lijkt te zijn gebracht. Het betreft een decreet van Marcus Aurelius, waarvan melding wordt gemaakt door Marcellus in diens Digesten:

> D. 35,1,48: 'Ik was niet van mening dat een fideï-commis opeisbaar was, wanneer hij, aan wie het was vermaakt onder de voorwaarde dat hij het zestiende levensjaar had bereikt, zijn zestiende levensjaar was begonnen. En zo heeft ook keizer Marcus Aurelius geoordeeld op een appel uit Germania.'[17]

> D. 30,49 *pr.*: 'Als aan iemand een legaat is vermaakt, onder de voorwaarde dat hij veertien jaar zal zijn, dan maken wij gebruik van de regel, dat hij pas dan veertien jaar is, wanneer hij deze zal hebben voltooid. En Marcellus heeft geschreven dat de keizer dit zo bij rechterlijke uitspraak heeft vastgesteld.'[18]

In deze appelzaak die door Marcus Aurelius is beslist, was precies dezelfde rechtsvraag aan de orde als in de onderhavige zaak. De leeftijdsvoorwaarde die aan de uitkering van het fideï-commis was verbonden, was in beide gevallen zelfs op vrijwel dezelfde wijze geformuleerd: '*cum ad annum vicensimum/sextum decimum pervenisset.*' De uitspraak van de keizer liet geen twijfel

---

15 Sanfilippo, *Libri Tres*, 89-90. Of de tutoren reeds in de procedure in eerste aanleg de constitutie van Hadrianus hadden aangedragen, wordt niet duidelijk uit de tekst.

16 Zie over tegenvorderingen in een *cognitio extraordinaria* Kaser, *Zivilprozessrecht*, 490.

17 Marcellus libro XV digestorum. *Non putabam diem fideicommissi venisse, cum sextum decimum annum ingressus fuisset, cui erat relictum, cum ad annum sextum decimum pervenisset: et ita etiam Aurelius imperator Antoninus ad appellationem ex Germania iudicavit.*

18 Ulpianus libro XXIII ad Sabinum. *Si cui legetur, cum quattuordecim annorum erit, certo iure utimur, ut tunc sit quattuordecim annorum, cum impleverit: et ita imperatorem decrevisse Marcellus scripsit.*

bestaan over de uitkomst van een dergelijk geschil: zolang het voorschreven levensjaar was aangevangen, maar (nog) niet was voltooid, kon het *fideicommissum* niet door de begunstigde worden opgeëist. Toch blijkt nergens uit de tekst dat door Honorata, in wier voordeel de uitspraak van Marcus Aurelius werkte, of door de juristen in het *consilium* een beroep op dit decreet was gedaan. Het is aannemelijk dat geen van hen beschikte over (een kopie van) het decreet en dit om die reden niet konden inbrengen in de procedure.[19] Aan de publicatie en kenbaarheid van keizerlijke decreten wordt in paragraaf 4.1.2 van het Algemeen deel nadere aandacht besteed.

3.2.2 Partijdebat en bewijsvoering

De tutoren van Fabia Valeriana betoogden in appel dat de eis van Honorata alsnog door de keizer diende te worden afgewezen. Hun betoog was tweeledig. Om te beginnen droegen zij een constitutie van Hadrianus aan ter ondersteuning van hun standpunt dat het feit dat Antoninus aan zijn twintigste levensjaar was begonnen voldoende was om te voldoen aan de door Fabius Antoninus gestelde leeftijdsvoorwaarde voor de uitkering het *fideicommissum hereditatis*. In deze constitutie had Hadrianus met betrekking tot publieke ambten ('*munera municipalia*') bepaald dat men bij het beantwoorden van de vraag of iemand de voor toelating vereiste leeftijd van vijfentwintig jaar had bereikt, het begonnen jaar als voltooid mocht beschouwen, aldus de tutoren. Dat de regeling van Hadrianus echter gecompliceerder was dan de voogden in hun betoog deden voorkomen, blijkt wel uit de parafrasering van de desbetreffende constitutie van Ulpianus in zijn edictscommentaar:[20]

> D. 50,4,8: 'Minderjarigen behoren niet te worden toegelaten tot bestuurlijke functies of tot publieke verplichtingen, die geen betrekking hebben op het vermogen, of ereambten, voor de leeftijd van vijfentwintig jaar. Zij worden ook niet tot raadslid gekozen of brengen, als zij gekozen zijn, geen stem in de raadsvergadering uit. Het begonnen vijfentwintigste jaar wordt echter als voltooid beschouwd. Dit is immers bij constitutie bepaald met betrekking tot eervolle ambten bij wijze van gunst, dat wij onvoltooide [jaren] voor voltooid houden, maar met betrekking tot deze ambten, die een bestuurlijk karakter hebben, wordt dit niet toegestaan. Overigens moet niet worden gezegd dat met publieke schade een ambt aan hem wordt toegestaan, zelfs niet bij nadeel van de minderjarige zelf.'[21]

19 Wankerl, *Appello*, 159 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 261-262.

20 De verbinding tussen de constitutie van Hadrianus uit D. 36,1,76(74),1 en de constitutie uit D. 50,4,8 wordt ook gemaakt door Wankerl, *Appello,* 157 en Rizzi, *Imperator,* 262-263.

21 Ulpianus libro XI ad edictum. *Ad rem publicam administrandam ante vicensimum quintum annum, vel ad munera quae non patrimonii sunt vel honores, admitti minores non oportet. denique nec decuriones creantur vel creati suffragium in curia ferunt. annus autem vicensimus quintus coeptus pro pleno habetur: hoc enim in honoribus favoris causa constitutum est, ut pro plenis inchoatos accipiamus, sed in his honoribus, in quibus rei publicae quid eis non committitur. ceterum cum damno publico honorem ei committi non est dicendum, etiam cum ipsius pernicie minoris.*

Het voert te ver om de regeling met betrekking tot de toelating tot municipale bestuurlijke en ereambten hier in detail te bespreken. Wat echter duidelijk wordt uit de tekst van Ulpianus is dat de regeling van Hadrianus een uitzondering betrof.[22] Zij gold alleen voor een bepaalde groep *honores* en was slechts bij wijze van gunst, '*favoris causa*', door de keizer vastgesteld. Het beroep op de constitutie van Hadrianus vormde om deze reden een zwakke ondersteuning van de eis van de tutoren. Hier komt nog bij dat de benoeming van lokale magistraten en ambtenaren behoorde tot het domein van het publiekrecht, terwijl de onderhavige procedure van zuiver privaatrechtelijke aard was.[23] Dit kan de reden zijn geweest waarom de tutoren naast de constitutie van Hadrianus ook de armoede (*egestas*) waarin het meisje verkeerde, aanvoerden als grond voor vernietiging van de uitspraak van de provinciegouverneur. Hieruit kan worden opgemaakt dat zij eigenlijk een op de omstandigheden van het geval gebaseerde billijkheidsbeslissing van de keizer verlangden.

Uit de tekst van Paulus wordt niet duidelijk wat Honorata tegen het betoog van de voogden van Fabia Valeriana in de procedure bij de keizer aanvoerde. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat zij een beroep deed op de constitutie van Marcus Aurelius met betrekking tot de benoeming van voogden, die door de keizer in zijn uiteindelijke oordeel werd vermeld.[24] Ook deze constitutie is niet in haar oorspronkelijke vorm aan ons overgeleverd, maar wordt door de keizer zelf als volgt geparafraseerd: *'non excusatum a tutela eum qui septuagensimum annum aetatis ingressus fuit'*. Deze regel vinden we ook terug bij Ulpianus:

> D. 50,6,4(3): 'Personen ouder dan zeventig jaar zijn vrijgesteld van voogdij en persoonlijke *munera*. Maar hij die het zeventigste jaar is begonnen, maar nog niet heeft voltooid, kan zich niet op deze vrijstelling beroepen, omdat hij, die in het zeventigste levensjaar leeft, niet ouder is dan zeventig jaar.'[25]

Het is mogelijk dat Honorata deze constitutie aanvoerde om de op het publiekrecht gebaseerde argumentatie van de tutoren met een eigen publiekrechtelijk argument te weerleggen. Op deze wijze beoogde zij aan te tonen dat in het publiekrecht de hoofdregel gold dat een aangevangen jaar in beginsel niet als voltooid mocht worden beschouwd. De precieze formulering van de verwijzing naar de constitutie aan het einde van D. 36,1,76(74),1

---

22 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 263.

23 Sanfilippo, *Libri Tres,* 90. Er bestond geen algemene regel in het privaatrecht op grond waarvan een aangevangen jaar als voltooid moest worden beschouwd, aldus Sanfilippo, *Libri Tres,* 90-91. Vgl. ook Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 261-262.

24 Wankerl, *Appello*, 158.

25 Ulpianus libro quinto de officio proconsulis. *Maiores septuaginta annis a tutelis et muneribus personalibus vacant. Sed qui ingressus est septuagensimum annum, nondum egressus, hac vacatione non utetur, quia non videtur maior esse septuaginta annis qui annum agit septuagensimum.* Zie ook D. 27,1,2 *pr.*

geeft echter reden tot twijfel. De keizer vermeldde in zijn uitspraak dat hij *wist* ('*scire se diceret*') dat de constitutie van Marcus voorschreef dat een aangevangen zeventigste levensjaar niet als voltooid mocht worden beschouwd. Deze opmerking is enigszins vreemd wanneer de constitutie zojuist door één der partijen tijdens de hoorzitting als bewijs was aangevoerd: in dit geval bestond er immers geen twijfel over de voorkennis van de keizer en hoefde deze niet nogmaals te benadrukken dat hij met de regeling van Marcus bekend was. Het feit dat Paulus beschrijft hoe Severus expliciet vermeldde dat hij bekend was met constitutie van Marcus, lijkt in de richting te wijzen van de mogelijkheid dat Severus de constitutie zelf in het *consilium* had aangedragen[26] en in zijn uitspraak betrok zonder dat partijen hem hierop hadden gewezen of zich hierover hadden uitgelaten.[27]

De bewijsvoering in de onderhavige procedure is in het licht van de andere zaken in de *Decreta* die betrekking hebben op het (testamentaire) erfrecht op zijn minst opvallend te noemen. In de meeste gevallen die door Paulus worden beschreven staat de wil van de erflater, de *voluntas testatoris*, centraal en leggen partijen zich toe op het uitleggen en toelichten hiervan in hun pleidooien bij de keizer. In de zaak van Fabia Valeriana wordt echter voor de uitleg van de clausule '*si ad annum vicensimum aetatis pervenisset*' door tenminste één van de partijen gebruik gemaakt van een objectievere vorm van bewijsvoering, te weten het aandragen van verschillende keizerconstituties die betrekking hebben op de interpretatie en toepassing van dergelijke leeftijdsvoorwaarden.[28]

4 Keizerlijke beslissing en de rol van het *CONSILIUM*

4.1 De opvatting van het *consilium*

Met de *ablativus absolutus 'nobis et legis Aeliae Sentiae argumenta proferentibus et alia quaedam'* beschrijft Paulus het standpunt van de juristen in het *consilium*. Een dergelijke constructie laat ruimte voor interpretatie: zij kan neutraal, d.w.z. als een verwijzing naar de bijdrage van de juristen aan het debat ('terwijl wij deze argumenten aandroegen') of ondersteunend ('en wij droegen deze argumenten aan') worden gelezen, maar ook een notie van kritiek op

26 Een andere mogelijkheid is dat de constitutie hem werd aangedragen door de leden van het *consilium*, vgl. Wankerl, *Appello*, 158. De formulering van de tekst pleit hier echter tegen. De verwijzing naar de constitutie verraadt geen enkele inmenging van het *consilium* en na de opmerking van de keizer m.b.t. de constitutie verwijst Paulus vervolgens in een apart onderdeel van de zin, de *ablativus absolutus nobis…quaedam,* naar de regelingen die door de leden van het *consilium* werden aangedragen om het geval op te lossen.

27 Wankerl, *Appello* meent dat als de constitutie door de keizer of het *consilium* zelf was aangedragen, de uitspraak van de keizer appellabel was aangezien partijen zich hierover niet hadden kunnen uitspreken. Dit lijkt mij ongerijmd, aangezien uitspraken van de keizer per definitie niet appellabel waren.

28 Wankerl, *Appello,* 157.

de keizerlijke beslissing en een tegengestelde opvatting in zich meedragen ('hoewel wij deze argumenten aandroegen').[29] Uit de door Paulus expliciet genoemde argumentatie op basis *lex Aelia Sentia* (4 n. Chr.) volgt echter dat de juristen van mening waren dat de eis van Fabia Valeriana diende te worden afgewezen.[30] Deze wet had betrekking op vrijlatingen en bevatte onder meer een regeling met betrekking tot de verplichte leeftijd van de meester en de slaaf op het moment van vrijlating.[31] Kort gezegd mocht een meester die zijn slaaf wilde vrijlaten niet jonger dan twintig jaar zijn. Hoe dit vereiste precies moest worden uitgelegd, wordt beschreven door Ulpianus in D. 40,1,1:

> D. 40,1,1: 'Het is de heersende leer dat hij, die op de eerste dag van januari is geboren, na het zesde uur van de nacht van voorgaande dag, een vrijlating kan verrichten, als ware zijn twintigste levensjaar voltooid. Dat het immers niet aan personen die ouder dan twintig jaar zijn wordt toegestaan om vrij te laten, maar dat het wordt verboden vrij te laten aan personen die jonger dan twintig jaar zijn. Maar iemand, die de laatste dag van zijn twintigste levensjaar doorbrengt, is niet jonger meer [dan twintig jaar].'[32]

Ulpianus meent dat de leeftijdsgrens van twintig jaar bij vrijlatingen zo moest worden uitgelegd, dat een persoon die zich op de laatste dag (*dies supremus*) van zijn twintigste levensjaar bevond bevoegd was om een vrijlating te verrichten. Hieruit kan *a contrario* worden afgeleid dat iemand die de leeftijd van negentien jaar en 364 dagen nog niet had bereikt, niet bevoegd was om een slaaf vrij te laten. Toepassing van deze uitleg op het onderhavige geval zou hoogstwaarschijnlijk hebben betekend dat de eis van Fabia Valeriana moest worden afgewezen.[33] Nergens uit de tekst blijkt immers dat Antoninus zich op de laatste dag van zijn twintigste levensjaar bevond toen hij stierf. Een andere wet van Augustus die de juristen zouden kunnen hebben aangevoerd en wellicht behoorde tot de *'alia quaedam'*, is de *lex Iulia de adulteriis coercendis*,[34] een wet die betrekking had op overspel. Sommige personen waren niet bevoegd om krachtens deze wet een klacht in te dienen, zoals personen die jonger dan vijfentwintig jaar waren:

---

29 Door verschillende auteurs wordt gewezen op de onduidelijk formulering van de tekst op dit punt, zie meest uitgebreid Wankerl, *Appello*, 159-160, maar daarnaast ook Sanfilippo, *Libri Tres,* 93 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 260 nt. 349, beide met verwijzingen naar eerdere literatuur.

30 Sanfilippo, *Libri Tres,* 92-93; Wankerl, *Appello,* 159. Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 260 nt. 349 beschrijft het debat in de literatuur, maar neemt zelf geen standpunt in.

31 De *lex Aelia Sentia* speelt een belangrijke rol in een ander door Paulus beschreven geval, te weten D. 40,1,10.

32 Ulpianus libro sexto ad Sabinum. *Placuit eum, qui calendis Ianuariis natus est, post sextam noctis pridie kalendas, quasi annum vicensimum compleverit, posse manumittere: non enim maiori viginti annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari: iam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicensimi.*

33 Wankerl, *Appello,* 159.

34 Waarover Rotondi, *Leges*, 445-447.

> D. 48,5,16,6: 'De *lex Iulia de adulteriis* verbiedt bepaalde personen in het bijzonder om een klacht wegens overspel in te dienen, zoals hij die jonger dat vijfentwintig jaar is. Hij wordt immers niet gezien als een geschikte aanklager, die nog niet van volwassen leeftijd is. (…) Wij beschouwen ook hem, die zich in zijn vijfentwintigste levensjaar bevindt, als jonger dan vijfentwintig jaar.'[35]

Uit de bovenstaande tekst blijkt dat ook met betrekking tot de leeftijdsgrens in de *lex Iulia de adulteriis* werd vastgehouden aan de regel dat in dergelijke situaties een aangevangen jaar niet als voltooid mocht worden beschouwd. De toepassing van de maatstaf van de *lex Iulia de adulteriis* in het onderhavige geval zou daarom hetzelfde resultaat hebben opgeleverd als de toepassing van de *lex Aelia Sentia*.

4.2 Uitspraak van de keizer

De keizer weigerde echter mee te gaan in het standpunt van zijn juristen en baseerde zijn uitspraak niet op eerdere (keizerlijke) wetgeving, maar stelde in zijn uitspraak de omstandigheden van het geval en de uitleg van de *voluntas testatoris* centraal.[36] Hij besliste op grond hiervan in het voordeel van Fabia Valeriana en wees de eis van haar tante, de oorspronkelijk *petitrix*, af. De verwijzing die de keizer in zijn beslissing maakte naar de constitutie van Marcus Aurelius kan misschien het beste worden beschouwd als een reactie op het betoog van de juristen. Zij hadden het geschil willen beslissen door een analoge toepassing van de regels die voor dergelijke problemen met betrekking tot de *lex Aelia Sentia* bestonden. Zij hadden zich met andere woorden beroepen op een door het volk vastgestelde *lex*, wellicht zelfs meerdere *leges*. Het is goed mogelijk dat Severus met zijn verwijzing naar de constitutie van Marcus Aurelius aan hen duidelijk wilde maken dat hij op de hoogte was van het feit dat hetzelfde uitgangspunt ook door zijn voorgangers bij het vaststellen van het keizerrecht was gehanteerd, maar dat hij in dit geval ervoor koos een andere koers te varen.[37]

Uit de woorden van Paulus, *motus et aequitate rei et verbis testamenti 'si ad annum vicensimum aetatis'*, blijkt dat de motivering van de keizerlijke uitspraak tweeledig was. Deze werd om te beginnen ingegeven, zo stelt Paulus, door de omstandigheden van het geval, de *aequitas rei*. De keizer was gevoelig voor de klaarblijkelijk armoedige situatie waarin het meisje verkeerde en liet zich hierdoor sturen bij het nemen van zijn beslissing. Hij koos er met andere woorden voor om in zijn oordeel niet aan te sluiten bij het geldende

---

35 Ulpianus libro secondo de adulteriis. *Lex Iulia de adulteriis specialiter quosdam adulterii accusare prohibet, ut minorem annis viginti quinque: nec enim visus est idoneus accusator, qui nondum robustae aetatis est. (…) Minorem viginti quinque annis etiam eum accipimus, qui vicensimum quintum annum aetatis agit.*

36 Vgl. Schneider, 'Zu Berechnung', 147: 'Er erklärt, gewiss mit Recht, die Sache als eine blosse Frage der Interpretation des Testamentes'. Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 264-266.

37 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 264.

recht, maar voor dit bijzondere geval een uitzonderlijke beslissing op basis van de billijkheid te nemen.[38] Dit betekende niet dat hij zijn uitspraak op geen enkele wijze juridisch onderbouwde. Paulus vermeldt dat de keizer zijn beslissing niet alleen op de *aequitas rei* baseerde, maar ook de uitleg van de precieze bewoordingen van het testament, '*si ad annum vicensimum aetatis*', in zijn oordeel betrok. Significant hierbij is de vertaling en uitleg van het woordje *ad*. '*Ad*' kan met betrekking tot tijdsperiodes worden vertaald als 'tot',[39] waardoor de gehele zinsnede kan worden vertaald als 'als hij tot zijn twintigste levensjaar [is gekomen of heeft geleefd]' en dus het begin van het twintigste levensjaar, *i.e.* het bereiken van de leeftijd van negentien jaar, aanduidt.[40] Het is aannemelijk dat keizer de woorden '*si ad annum vicensimum aetatis*' op deze wijze heeft geïnterpreteerd en op grond hiervan tot de conclusie kwam dat de nalatenschap aan Fabia Valeriana toebehoorde. Een dergelijke interpretatie veronderstelt een beroep op de *voluntas testatoris* als gedeeltelijke grondslag voor de keizerlijke beslissing: de keizer doet immers niets anders dan de intentie van de erflater uit de bewoordingen van diens testament aflezen.[41] In die zin kan zijn methode van beslissen dan ook in zekere zin traditioneel worden genoemd: zowel hij als zijn voorgangers beslisten dergelijke geschillen met grote regelmaat met een beroep op de *voluntas testatoris*.

De keuze van de keizer om het geschil af te doen op grond van zijn uitleg van de *voluntas testatoris* in plaats van op de door partijen en juristen aangedragen wetgeving is elegant. Hij was van mening dat er een duidelijk verschil bestond tussen de uitleg van leeftijdgrenzen die in een wettelijke bepaling waren opgenomen en de uitleg van een dergelijke voorwaarde in een privaatrechtelijk testament. Waar bij de uitleg van wettelijke bepalingen de rechtszekerheid voorop stond, kon en moest bij de uitleg van testamentaire bepalingen meer aandacht worden besteed aan de intentie waarmee de erflater deze in het leven had geroepen. Met deze beslissing distantieerde de keizer zich in zekere zin van het partijdebat, waarin ook het *consilium* werd meegezogen, en koos een andere weg, die aansloot bij de wijze waarop zijn voorgangers over dergelijke geschillen hadden geoordeeld. Had hij geweten van het decreet van Marcus Aurelius over deze materie, dan had hij wellicht een andere beslissing genomen.

De beslissing van Severus werd ook nadien niet de hoofdregel. In een rescript uit 226 n. Chr. merkt Alexander Severus het volgende op:

---

38 Sanfilippo, *Libri Tres*, 93-94; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 266; Coriat, *Les constitutions*, 309.

39 Vgl. *Oxford Latin Dictionary*, s.v. *ad* onder B.10. Zie voor het Nederlands H. Pinkster, *Woordenboek Latijn/Nederlands*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2014, s.v. *ad* onder I.2b.

40 Zie voor deze lezing van de zinsnede uit het testament Wankerl, *Appello*, 160.

41 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 264.

> C. 6,53,5,2: 'Keizer Alexander aan Maximus. Het is immers heersende leer onder de juristen dat niet het begin van een jaar moet worden afgewacht, maar de voltooiing, met betrekking tot het voordeel uit een nagelaten fideï-commis.'[42]

De door Alexander Severus aangehaalde heersende leer onder de juristen vinden we terug bij Ulpianus, zij het in een iets genuanceerdere vorm. We zagen reeds dat deze jurist uit de werken van Marcellus bekend was met het decreet van Marcus Aurelius (D. 30,49 *pr.*). Hij merkt vervolgens het volgende op over een legaat dat onder de voorwaarde van het bereiken van de leeftijd van veertien jaar was vermaakt ('*cum ad quartum decimum annum pervenisset*'):

> D. 30,49,3: '(…) Als de zoon op het moment van het maken van het testament jonger dan veertien jaar was, ben ik van mening dat de periode voor het presteren van drie jaarlijkse termijnen meteen begint te lopen vanaf de dag dat het veertiende levensjaar is voltooid, als niet een duidelijke andere intentie van de erflater, die iets anders wilde, wordt bewezen.'[43]

In D. 30,49,3 brengt Ulpianus een nuance aan op de door hem in het *principium* genoemde en later nog eens herhaalde hoofdregel. In beginsel was voor de opeisbaarheid van een legaat of fideï-commis vereist dat het voorgeschreven levensjaar was voltooid, tenzij kon worden bewezen dat de erflater een andere uitleg van de door hem opgestelde bepaling voor ogen had gestaan. Hiermee verenigt de jurist de twee beslissingen van Marcus Aurelius en Septimius Severus tot één coherente rechtsregel: in navolging van andere wettelijke bepalingen en keizerconstituties moest in beginsel het voorgeschreven jaar worden voltooid, tenzij duidelijk uit het testament of overige omstandigheden bleek dat de bepaling op een andere wijze moest worden uitgelegd.

---

42 Imp. Alexander A. Maximo. *Non coeptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, expectandum esse prudentibus placuit.*

43 Ulpianus libro XXIII ad Sabinum. (…) *quod si testamenti facti tempore minor quattuordecim annis filius inveniatur, puto tempus annua bima trima die praestationis ex die completi quarti decimi anni statim cedere, nisi evidens alia mens probaretur testatoris aliud sentientis.*

18 D. 36,1,83(81): de driedubbele substitutieregeling van Julius Foebus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris VI libro primo seu decretorum libro II. *Iulius Foebus testamento facto, cum tres liberos heredes instituere*t, *Foebum et Heracliam ex eadem matre, Polycraten ex alia aequis portionibus, petit a Polycrate minore fratre, ut accepto certo praedio hereditatem fratribus concederet: et invicem eos, qui ex eadem matre erant, si qui eorum heres non fuisset, substituerat. Polycrati, si intra pubertatem decessisset, secundas tabulas fecit, quas matri eius commendavit aperiendas, si impubes obisset. deinde petit a prioribus, ut, si quis eorum sine liberis decederet, portionem suam exceptis bonis maternis eorum et avitis ei vel eis qui superessent restitueret. Heraclia soror mortua sine liberis fratrem Foebum heredem instituit: Polycrates fideicommissum petierat et optinuerat apud Aurelium Proculum proconsulem Achaiae: appellatione facta, cum solus Foebus egisset* μονομερῶς, *victus est, quia 'ei vel eis' verba utrosque fratres complecterentur. adqui invicem duos illos tantum substituerat: sed et voluntas haec patris videbatur, qui exceperat eorum bona materna, quia Polycrates aliam matrem et quidem superstitem habebat, cuius etiam fidei commissum erat, ut legata, quae ei dederat in testamento*[a], *moriens Polycrati filio suo restitueret.*	Paulus in het eerste boek van 'Zes boeken keizerlijke uitspraken gedaan in gerechtelijke procedures' of het tweede boek van de 'Decreten'. Julius Foebus had een testament gemaakt, waarin hij zijn drie kinderen voor gelijke delen als erfgenamen benoemde, Foebus en Heraclia van dezelfde moeder, Polycrates van een andere, en hij vroeg aan Polycrates, de jongere broer, om zijn erfenis aan zijn broer en zus af te staan in ruil voor een zeker landgoed. En hij had hen, die dezelfde moeder hadden, benoemd als substituut-erfgenamen van elkaar, indien één van hen geen erfgenaam zou worden. Voor Polycrates maakte hij voor het geval dat hij als minderjarige zou overlijden een pupillair testament, waarvan hij aan diens moeder opdroeg dat het moest worden geopend, als hij als minderjarige zou overlijden. Vervolgens verzocht hij de oudere kinderen dat zij, als één van hen zonder kinderen zou overlijden, hun erfdeel zouden afgeven aan hem of hen, die nog in leven waren, met uitzondering van de goederen die zij van moederszijde hadden verkregen. De zus Heraclia was overleden zonder kinderen en had haar broer Foebus als erfgenaam ingesteld. Polycrates had het fideï-commis opgeëist en had gewonnen bij de *proconsul* van Achaea, Aurelius Proculus. Nadat er hoger beroep was ingesteld, heeft Foebus de zaak verloren, terwijl hij als enige bij de hoorzitting aanwezig was, omdat de woorden '*ei vel eis*' beide kinderen omvatten. Maar hij had toch die twee [*i.e.* de twee oudere kinderen] tot elkaars substituut-erfgenaam benoemd? Maar toch scheen dit de wil van de vader te zijn, die de goederen van hun moeder had uitgezonderd, omdat Polycrates een andere moeder had die nog in leven was, aan wie hij bij fideï-commis had verzocht, dat zij de legaten, die hij aan haar in zijn testament had gegeven, bij haar dood aan haar zoon Polycrates zou afgeven.

[a] *em.* Mo. *intesta* F[1] *intestata* F[2]

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 94-96, Wankerl, *Appello*, 165-172 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 294-298.

2 Tekstconstitutie

Mommsen meent dat de tekst van D. 36,1,83(81) zoals hierboven weergegeven niet compleet is.[2] Hij onderbouwt deze stelling met het betoog dat de andere teksten uit de *Decreta* van Paulus die een uitgebreide beschrijving van de feiten bevatten, ook altijd op duidelijk wijze ('*diserte*') de keizerlijke uitspraak weergeven. Een dergelijk duidelijk geformuleerd *decretum* ontbreekt echter in D. 36,1,83(81), aldus Mommsen.[3] Daarnaast blijkt uit de *Tipoukeitos*, een 11e-eeuws overzicht van de inhoud van Basilica,[4] dat de Basilica oorspronkelijk nog twee extra teksten na de Paulustekst bevatte.[5] Mommsen gebruikt het feit dat deze teksten in de *Codex Florentinus* ontbreken ter versterking van zijn betoog door te stellen dat niet alleen deze twee teksten, maar ook de laatste regels van het hieraan voorafgaande D. 36,1,83(81) niet aan ons zijn overgeleverd.[6] Andere uitgevers van de tekst lijken zijn suggestie echter niet te volgen en aan te nemen dat de tekst van D. 36,1,83(81) compleet aan ons is overgeleverd.[7]

Het betoog van Mommsen is niet overtuigend. De teksten uit de *Decreta* kennen een zekere verscheidenheid in de wijze waarop de keizerlijke uitspraak wordt verwoord. Sommige teksten bevatten een duidelijk *decretum*, ingeleid door de woorden *pronuntiavit, decrevit* of *placuit*,[8] maar in andere teksten wordt de uitspraak van de keizer op een veel omslachtiger wijze weergegeven, bijvoorbeeld door de woorden '*sententiam conservavit imperator*'(D. 14,5,8), '*placuit recte appellasse*' (D. 32,97) of '*repulsus est interim a petitione*' (*i.e.* de eiser, D. 49,14,48,1). De weergave van de keizerlijke uitspraak door de enkele woorden '*appellatione facta, (…), victus est, quia 'ei vel eis' verba utrosque fratres complecterentur*' is daarom niet dermate bijzonder, dat op basis daarvan moet worden aangenomen dat een deel van de tekst ontbreekt. Ook de inhoud en opbouw van de tekst geven, zoals hieronder zal blijken, geen aanleiding voor een dergelijke aanname.

---

2 Mommsen, *Digesta II*, 258. Hij lijkt te worden gevolgd door Wankerl, *Appello,* 165 en 167 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 295.

3 '*Intercidisse extremam partem l.83 intellegitur collatis reliquis fragmentis decretorum Paulli, ubi relatis partium allegationibus diserte semper enuntiatur, quid pronuntiaverit imperator, quod decretum hic deficit.*' Zie ook Wankerl, *Appello*, 167, die overigens van mening is dat de verdere motivering van de keizerlijke uitspraak ontbreekt, niet de uitspraak zelf.

4 Waarover nader N. van der Wal & J.H.A. Lokin, *Historiae iuris graeco-romani delineatio*, Groningen: Egbert Forsten 1985, 102-103.

5 Vgl. Scheltema & van der Wal, *Basilicorum Libri LX*, Serie A, deel V, 1614.

6 Mommsen, *Digesta II*, 258.

7 Lenel, *Palingenesia I*, 963, Gebauer & Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis*, 694 en A. Kriegl e.a., *Corpus Juris Civilis,* deel 1, Leipzig: sumtibus Baumgaertneri 1861, 622.

8 Zie voor een overzicht ALD, paragraaf 3.2.1.

3 Feiten: het testament van Julius Foebus

Het door Paulus beschreven geval heeft betrekking op de erfrechtelijke complicaties die optreden wanneer een erflater tweemaal getrouwd is geweest en uit beide huwelijken kinderen zijn voortgekomen. De erflater van D. 36,1,83(81), Julius Foebus, had uit zijn eerste huwelijk een zoon en een dochter, Foebus en Heraclia. Hoewel Paulus hier niet expliciet melding van maakt, kan uit zijn beschrijving worden afgeleid dat de eerste echtgenote van Julius Foebus op enig moment was overleden. Dit had als gevolg dat Foebus haar vermogen ofwel als haar erfgenaam ofwel als de *pater familias* van hun kinderen, voor zover zij als erfgenamen waren ingesteld, verkreeg.[9] Ook haar bruidsschat kwam in beginsel aan hem toe.[10] Na het overlijden van zijn eerste echtgenote hertrouwde Foebus en uit dit huwelijk kreeg hij nog een zoon, Polycrates. Om ervoor te zorgen dat ieder het zijne toekwam na zijn overlijden, had hij een testament opgesteld dat getuigt van de nodige regeldrang. Hij had zijn drie kinderen voor gelijke delen tot erfgenamen benoemd. Hierbij had hij echter ten aanzien van Polycrates bepaald dat deze zijn erfdeel aan zijn oudere broer en zuster moest afstaan in ruil voor een zeker landgoed (een *fideicommissum hereditatis*).[11]

> Men kan zich afvragen waarom Julius Foebus een dergelijke bepaling in zijn testament had opgenomen en niet slechts het desbetreffende landgoed aan Polycrates had gelegateerd. In dat geval bestond er echter een grote kans dat het testament door Polycrates (of diens voogden) kon worden aangevochten als plichtvergeten, aangezien de erflater niet zomaar zonder goede grond aan zijn zoon voorbij kon gaan.[12] Door Polycrates wel als erfgenaam te benoemen, maar te verzoeken om zijn erfdeel af te geven in ruil voor een zeker landgoed, omzeilde Julius Foebus deze problematiek. Waarom de erflater Polycrates zijn erfdeel (grotendeels) wilde onthouden wordt uit de tekst niet duidelijk. Mogelijk speelde zijn minderjarigheid ten tijde van het opmaken van het testament een rol.

Daarnaast had hij zijn twee oudere kinderen Foebus en Heraclia als substituut-erfgenamen van elkaar benoemd (*substitutio vulgaris*): als één van beide kinderen niet als erfgenaam kon optreden, bijvoorbeeld omdat hij of zij voortijdig overleden was, zou de ander in zijn of haar plaats treden.[13] Ook

---

9 M. Humbert, *Le remarriage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milaan: Giuffrè 1972, 260-261 en J.F. Gardner & T. Wiedemann, *The Roman household. A sourcebook*, Londen etc.: Routledge 1991, 118. Zie anders L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig: Teubner 1891, 239 e.v., die meent dat het testament van Julius Foebus door Grieks recht werd beheerst en Julius Foebus om die reden niet beschikkingsbevoegd was over de goederen van zijn overleden eerste echtgenote.

10 Kaser, *Privatrecht*, 339. Of de bruidsschat na het overlijden van de vrouw bij haar echtgenoot bleef, was afhankelijk van de vraag wie deze had betaald en welke bedingen hierbij waren gemaakt. Zie hierover *UE* 6,3-5. Zie verder voor het recht omtrent de bruidsschat ook BZD, nr. 34 (D. 50,16,240).

11 Zie over het *fideicommissum hereditatis* in het algemeen BZD, nr. 15 (D. 35,1,113) sub 3.1.

12 Zie over het plichtvergeten testament en de *querela inofficiosi testamenti* BZD, nr. 9 (D. 28,5,93(92)) sub 4.2.

13 Voor een ander voorbeeld van *substitutio vulgaris* in de *Decreta*, zie BZD, nr. 9 (D. 28,5,93(92)).

voor een eventueel vroegtijdig overlijden van Polycrates trof de erflater een regeling. Als *pater familias* van een minderjarige zoon had hij het recht om een speciaal testament te maken (in de tekst aangeduid als '*secundae tabulae*'), waarin hij een substituut-erfgenaam benoemde voor Polycrates. Deze substitutie trad echter niet alleen in werking wanneer zijn zoon om welke reden dan ook bij het overlijden van zijn vader niet als erfgenaam kon optreden, zoals het geval was bij *substitutio vulgaris*, maar ook wanneer zijn zoon wel erfgenaam werd, maar voor het bereiken van de meerderjarige leeftijd zou komen te overlijden.[14] Deze bijzondere vorm van substitutie was de enige echte uitzondering die het Romeinse recht kende op het beginsel dat niemand voor een ander kon testeren en werd ingegeven door het feit dat een minderjarige zelf geen *testamenti factio* had en men wilde voorkomen dat bij vroegtijdig overlijden van een minderjarig kind de intestaaterfopvolging in werking trad.[15] Julius Foebus maakte een dergelijk testament voor zijn zoon Polycrates, waarbij hij aan zijn tweede vrouw, de moeder van Polycrates, opdroeg dit te openen wanneer haar zoon voor het bereiken van de meerderjarigheid kwam te overlijden. Ten behoeve van dezelfde vrouw nam hij enige legaten in zijn testament op, waarbij hij haar verzocht om de gelegateerde zaken bij haar dood af te staan aan haar zoon. Tot slot verzocht hij zijn twee oudste kinderen (de '*priores*') om,[16] als zij kwamen te overlijden zonder achterlating van enig nageslacht, hun erfdeel af te geven aan hun overgebleven broer(s) en/of zus (een *fideicommissum hereditatis post mortem si sine liberis decesserit*, hierna: '*fideicommissum hereditatis post mortem*'),[17] met uitzondering van de goederen die zij van hun moeder en hun grootouders van moederszijde hadden geërfd: '*Deinde petit a prioribus, ut, si quis eorum sine liberis decederet, portionem suam exceptis bonis maternis eorum et avitis ei vel eis qui superessent restitueret.*'. Deze bepaling vormde de aanleiding tot het aan de keizer voorgelegde geschil.

Julius Foebus was op enig moment overleden en zijn kinderen hadden uitvoering gegeven aan het testament. Hoewel aan alle kinderen door het testament in beginsel ⅓ deel van de nalatenschap werd toebedeeld, verwierven Heraclia en Foebus beide de helft van de nalatenschap, aangezien Polycrates op grond van het testament gedwongen was om zijn aandeel aan zijn broer en zus af te geven en genoegen moest nemen met het hem toebedeelde land-

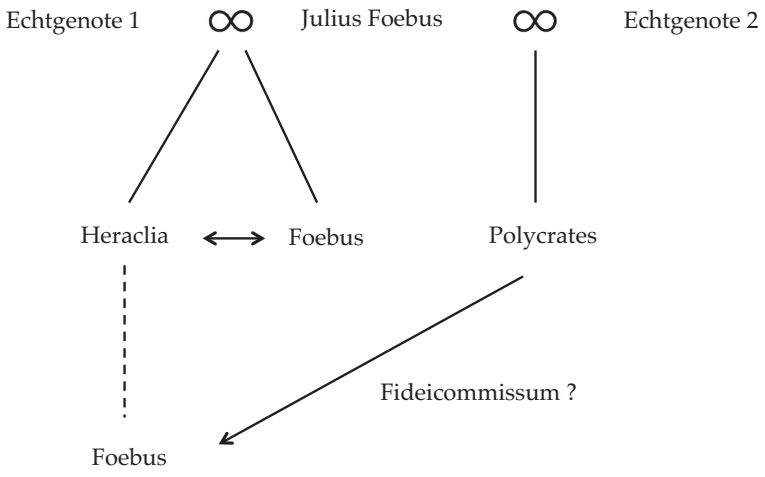
14 Gai. 2,179. In het eerste geval werd de substituut-erfgenaam de erfgenaam van de vader, terwijl hij in het tweede geval als erfgenaam van de zoon optrad. Zie over de *substitutio pupillaris* Voci, *DER II*, 170-214, Kaser, *Privatrecht*, 689-690 en Babusiaux, *Erbrecht*, 154-157 en daarnaast G. Finazzi, *La sostituzione pupillare*, Napels: Jovene 1997.

15 D. 28,1,6 *pr.* Voorts Kaser, *Privatrecht*, 689 en Babusiaux, *Erbrecht*, 154.

16 Dat de zinsnede '*a prioribus*' enkel verwijst naar de oudste twee kinderen, wordt reeds aangenomen in de Glosse: Gl. *a prioribus* ad D. 36,1,83. Zie daarnaast ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 95, Wankerl, *Appello*, 167 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 295.

17 Vgl. D. 36,1,76 *pr*. Deze constructie wordt ook wel aangeduid als fideï-commissaire substitutie.

goed. Hierbij moet men bedenken dat de erfdelen van Heraclia en Foebus bestonden uit twee groepen vermogensbestanddelen: de vermogensbestanddelen die altijd hadden behoord tot het vermogen van Julius Foebus en de vermogensbestanddelen die oorspronkelijk afkomstig waren uit het vermogen van hun overleden moeder. Hierna kwam ook Heraclia te overlijden zonder achterlating van enig nageslacht. Zij benoemde in haar testament haar broer uit het eerste huwelijk, Foebus, als haar enige erfgenaam. Daarop eiste Polycrates van Foebus, in diens hoedanigheid van erfgenaam van Heraclia, uitkering van zijn deel van het *fideicommissum hereditatis post mortem*, dat wil zeggen de helft van het erfdeel van Heraclia (oftewel ¼ deel van de gehele vaderlijke nalatenschap) met uitzondering van de goederen van de moeder van Heraclia en Foebus, die op grond van het testament aan het *fideicommissum* ten bate van Polycrates moesten worden onttrokken (‘*exceptis bonis maternis*’). Ik geef de inhoud van Phoebus’ testament hieronder schematisch weer.



4 Gerechtelijke procedure

4.1. Procedure in eerste aanleg

De procedure vond in eerste aanleg plaats ten overstaan van de *proconsul* van Achaea, Aurelius Proculus, die ons slechts uit de tekst van Paulus bekend is.[18] Zij had betrekking op de uitleg van de bewoordingen van het *fideicommissum hereditatis post mortem* en meer in het bijzonder op de interpretatie van de zinsnede ‘*ei vel eis qui superessent*’. Uit deze woorden leidde Polycrates af dat Heraclia (en daarom ook haar erfgenaam Foebus) op grond

18 *PIR*² A 1586, Barbieri, *L’Albo*, nr. 658 en E. Groag, *Die römischen Reichsbeamten von Achaia bis auf Diokletian*, Wenen etc.: Hölder-Pichler-Tempsky 1939, 81.

van het testament van haar vader verplicht was om bij een kinderloos overlijden haar erfdeel aan *beide* nog levende broers af te staan. De formulering '*ei vel eis*' gaf naar zijn mening slechts uitdrukking aan de mogelijkheid dat er bij het overlijden van één van de twee oudere kinderen mogelijk nog slechts één broer of zus over was, maar dat het uitgangspunt was dat het erfdeel aan *alle* in leven zijnde kinderen moest worden afgestaan.[19] Dit standpunt werd echter door Foebus met ons onbekende argumenten betwist. De *proconsul* Aurelius Proculus volgde het betoog van Polycrates en wees zijn eis toe.

4.2 Procedure bij de keizer

Foebus nam geen genoegen met de uitspraak van de *proconsul* en tekende hoger beroep aan bij de keizer. Hoewel beide partijen bij een (appel)procedure bij de keizer werden opgeroepen te verschijnen,[20] was tijdens de hoorzitting bij de keizer alleen de eiser Foebus aanwezig, zoals door Paulus wordt benadrukt met het woord μονομερῶς.[21] Dit had echter niet als gevolg dat Polycrates als gedaagde zonder meer bij verstek werd veroordeeld. Aangezien de gedaagde in een *cognitio extraordinaria* meestal met behulp van de gerechtelijke magistraat werd gedagvaard,[22] kende deze procedure een verschijningsplicht en het niet voldoen hieraan werd aangemerkt als burgerlijke ongehoorzaamheid, *contumacia*.[23] Verstek had om die reden als gevolg dat een eenzijdige behandeling van de zaak plaatsvond.[24] De partij die niet kwam opdagen kon in de meeste gevallen als gevolg hiervan rekenen op een vonnis in zijn nadeel, maar noodzakelijk was dit niet.[25] Zo ook in het door Paulus beschreven geval. De keizer besliste in het voordeel van de afwezige Polycrates, waarbij hij vasthield aan de duidelijke bewoordingen van het testament[26] en zijn oordeel onderbouwde met de simpele motivering dat de erflater met woorden '*ei vel eis*' had beoogd beide broers als potentiële begunstigden van het *fideicommissum hereditatis* aan te duiden.

---

19 Wankerl, *Appello*, 169.

20 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 509. Zie ook ALD, paragraaf 2.2.4.1 over de wijze waarop partijen werden opgeroepen voor een procedure bij het keizerlijk gerechtshof.

21 Vgl. Gl. μονομερῶς ad D. 36,1,83: '*i.e. sine exceptione aut replicatio et quasi peremptorie*'.

22 De zogeheten *evocatio*, waarover Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 473-476.

23 Wenger, *Institutionen*, 271 en Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 477-478. Zie ook L. Coenraad, *Het beginsel van hoor en wederhoor in het Romeinse procesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, 122-123.

24 D. 5,1,68-73 *pr.* vereist dat de gedaagde driemaal vruchteloos moest worden opgeroepen, alvorens de rechter de behandeling van de zaak in afwezigheid van de gedaagde beval door middel van een *edictum peremptorium*. Zie over deze procedure in meer detail Wenger, *Institutionen*, 271-273, Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 477 e.v. en Coenraad, *Hoor en wederhoor*, 116-123.

25 D. 5,1,73 *pr.* Vgl. ook C. 7,43,1 *i.f.*: *Id enim eo pertinent, ut absentem damnare possis, non ut omnimode necesse habeas*. Zie over de behandeling van het geschil bij verstek Coenraad, *Hoor en wederhoor*, 123-125.

26 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 296.

Op het oordeel van de keizer volgt vervolgens in de tekst de enigszins raadselachtige tegenwerping '*adqui invicem duos illos tantum substituerat*' ('Maar hij had toch die twee [*i.e.* de twee oudere kinderen] tot elkaars substituut-erfgenaam benoemd?'). Het moge duidelijk zijn dat de substitutieregeling die Julius Foebus had getroffen voor het geval dat Heraclia of Foebus niet als erfgenaam konden optreden (de *substitutio vulgaris*) niets te maken had met de fideï-commissaire substitutie die hij had geconstrueerd voor het geval dat één van beide, *na* in het bezit van zijn of haar erfdeel te zijn gekomen, kwam te overlijden.[27] De eerste regeling had met andere woorden betrekking op de situatie van de kinderen *vóór* het overlijden van Julius Foebus, de tweede regeling op de eventuele dood van één van beide kinderen *na* zijn overlijden. Hieruit volgt dat de bovengenoemde tegenwerping vanuit een juridisch oogpunt volstrekt irrelevant is. Er worden verschillende verklaringen gegeven voor haar aanwezigheid in de tekst. Om te beginnen heeft een enkele auteur aan het begin van de 20ste eeuw betoogd dat er sprake is van een glosse van de compilatoren of een lezer die op enigerlei wijze in de tekst terecht is gekomen.[28] Een alternatieve verklaring wordt gegeven door Coriat, die betoogt dat de tegenwerping *adqui…substituerat* van Paulus zelf afkomstig was en impliceert dat de keizer niet conform Paulus' opvattingen had geoordeeld.[29] Het is echter onwaarschijnlijk dat Paulus een eventueel betoog voor een beslissing in het voordeel van Foebus met een dergelijke onzuivere juridische argumentatie heeft onderbouwd. Bovendien zou de aanname van Coriat betekenen dat de jurist het niet eens was met het feit dat de keizer strak vasthield aan de heldere bewoordingen van het testament en de daarin uitgedrukte *voluntas testatoris*, hetgeen niet strookt met zijn overwegend conservatieve houding in de beraadslagingen van het *consilium* in vergelijkbare zaken.[30] De meerderheid van de auteurs is daarom van mening dat de woorden '*adqui invicem duos illos tantum substituerat*' het betoog van Foebus in de procedure bij de keizer weerspiegelen.[31] Foebus moest in de procedure bij de keizer bewijzen dat het de wil van zijn vader was geweest dat de erfportie van zijn zus bij haar dood in zijn geheel aan hem toekwam en omgekeerd. De bewoordingen van het testament waren echter dusdanig helder dat hij hieraan geen argumenten kon ontlenen.

27 Sanfilippo, *Libri Tres*, 95-96.

28 G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV*, Tübingen 1920, 187.

29 Coriat, *Le prince*, 562.

30 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 297 nt. 93 onder verwijzing naar D. 4,4,38 *pr.*, D. 14,5,8, D. 29,2,97 en D. 32,27,1. Wankerl, *Appello*, 170 wijst daarnaast op het feit dat Paulus zijn eigen tegengestelde opvatting in dergelijke gevallen in veel helderder bewoordingen tot uitdrukking pleegt te brengen, vgl. D. 4,4,38 *pr.* Zie ook ALD, paragraaf 4.3.3.5.

31 Sanfilippo, *Libri Tres*, 96; Wankerl, *Appello*, 168; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 296-297. Zie ook B. Kübler, 'Atquin. Kritische Studien zur Interpolationenforschung' *ZSS* 42 (1921), 529-530.

Hij moest dus aan de hand van de andere bepalingen in het testament zijn standpunt zien te onderbouwen. De *substitutio vulgaris*-regeling was hiervoor zijn enige aanknopingspunt en het is daarom niet ondenkbaar dat hij die ter ondersteuning van zijn standpunt aanvoerde, hoe onjuist dit ook vanuit juridisch oogpunt mocht zijn.[32]

Als men de tegenwerping *adqui…substituerat* als een weergave van het betoog van Foebus beschouwt, kan het laatste deel van de tekst (*sed et… restitueret*) worden gezien als de weerlegging hiervan door de keizer en/of Paulus. Uit de tekst kan niet met zekerheid worden opgemaakt of deze weerlegging daadwerkelijk onderdeel uitmaakte van het officiële *decretum* van de keizer – of er, met andere woorden, sprake was van een gemotiveerde afwijzing van het betoog van Foebus door de keizer – of dat deze door Paulus naar aanleiding van de beraadslagingen in het *consilium* aan zijn verslag is toegevoegd.[33] De strekking van het betoog van de keizer en de jurist is echter duidelijk. Uit het feit dat Julius Foebus in zijn testament expliciet had bepaald dat de zaken die Foebus en Heraclia van moederszijde zouden ontvangen niet onder het *fideicommissum hereditatis post mortem* vielen, kon worden afgeleid dat Julius Foebus niet alleen één van zijn twee kinderen uit het eerste huwelijk, maar ook Polycrates als mogelijke begunstigde van het *fideicommissum* had beschouwd.[34] Als hij slechts had gewild dat Heraclia en Foebus hun erfdeel aan elkaar zouden afstaan als zij zonder nageslacht kwamen te overlijden, zou een dergelijke uitzondering van de moederlijke goederen niet nodig zijn geweest. Meer in het algemeen kan uit het testament van Julius Foebus worden opgemaakt dat hij beoogde de moederlijke vermogensbestanddelen te laten toekomen aan de biologische kinderen van beide echtgenotes en om die reden deze zoveel mogelijk van zijn eigen nalatenschap gescheiden probeerde te houden.[35] De toekenning van de legaten aan zijn tweede, nog levende, echtgenote met het verzoek om deze bij haar dood af te geven aan haar zoon diende ditzelfde doel. Mogelijk kan hieruit worden afgeleid dat er sprake was van een *manus*-huwelijk tussen Julius Foebus en zijn tweede echtgenote, hetgeen in de tijd van Severus uitzonderlijk was,[36] maar gezien de enigszins overheersende persoonlijkheid van de erflater niet

32 Sanfilippo, *Libri Tres,* 96, Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 297 en Kübler, 'Atquin', 530, die hierover het volgende opmerkt: 'Daß er [*i.e.* de argumentatie] töricht ist, mag sein; der Kaiser entscheidet ja auch dagegen. Wer ein Testament in einem ihm günstigen Sinne auszulegen wünscht, klammert sich an jede Bestimmung desselben, auch an eine „ganz disparate", wenn er glaubt, daraus den Willen des Erblassers zu seinem Vorteil erforschen zu können.' Anders Wankerl, *Appello*, 168-169 die meent dat Foebus zijn eis ondersteunde met het betoog dat er geen sprake was van een *fideicommissum hereditatis,* maar van een zogeheten 'keuzefideï-commis', op grond waarvan Heraclia kon kiezen aan wie zij de nalatenschap van haar vader naliet.

33 Vgl. Sanfilippo, *Libri Tres*, 96. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 297 neigt naar het eerste.

34 Sanfilippo, *Libri Tres*, 96; Wankerl, *Appello*, 169; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 297-298.

35 Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 298.

36 Kaser, *Privatrecht*, 323-324.

geheel ondenkbaar. Aannemelijker is echter dat de legaten betrekking hadden op de bruidsschat van de tweede echtgenote (*legatum dotis)* of eventueel een geldsom of andere zaken die in plaats hiervan door zijn erfgenamen dienden te worden afgegeven (*legatum pro dote*).[37] Door deze zaken bij legaat aan zijn tweede echtgenote te toe te kennen en haar bij fideï-commis op te dragen deze bij haar dood aan Polycrates af te staan, verzekerde Julius Foebus zich ervan dat deze vermogensbestanddelen uiteindelijk bij hun zoon Polycrates terechtkwamen zonder dat zijn andere twee kinderen hier enige aanspraak op konden maken.

Resumerend kan worden opgemerkt dat in deze tekst wederom de bepaling van de wil van de erflater, de *voluntas testatoris*, centraal staat.[38] Anders dan in de eerder behandelde zaken, hield de keizer in het geval van Polycrates strak vast aan de bewoordingen van het testament en zag geen aanleiding om mee te gaan in de door Foebus voorgestane minder letterlijke uitleg van het testament. Deze grammaticale interpretatie van het testament werd ondersteund door de overige hierin opgenomen bepalingen, die ervoor moesten zorgen dat de vermogensbestanddelen die verbonden waren met zijn twee echtgenotes bij hun eigen kinderen (Heraclia en Foebus resp. Polycrates) terechtkwamen, terwijl de zaken uit Julius Foebus' eigen vermogen onder diens drie kinderen werden verdeeld.

37 Vgl. D. 31,53 *pr.* Zie over deze specifieke legaten Voci, *DER II*, 325-326 en Kaser, *Privatrecht*, 339.

38 Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 298.

19 D. 40,1,10: de vrijlating van de slavin Euemeria

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex libro secundo. *Aelianus debitor fiscalis Euemeriam ancillam ante annos multos emerat hac lege, ut manumitteret, eamque manumiserat: procurator cum bona debitoris non sufficientia quaereret, etiam Euemeriae status quaestionem faciebat. placuit non esse iuri fiscali locum, quo omnia bona debitorum iure pignoris tenerentur, quia ea lege empta est, et, si non manumitteretur, ex constitutione divi Marci ad libertatem perveniret.*	Paulus in het tweede boek uit de 'Zes boeken keizerlijke uitspraken gedaan in gerechtelijke procedures'. Aelianus, een schuldenaar van de *fiscus*, had vele jaren eerder de slavin Euemeria gekocht onder dit beding, namelijk dat hij haar zou vrijlaten, en hij had haar vrijgelaten. Een vertegenwoordiger van de keizer begon, toen hij het vermogen van de schuldenaar niet toereikend aantrof, echter een proces over de status van Euemeria. Het heeft de keizer behaagd dat er geen plaats was voor het recht van de *fiscus*, waardoor alle goederen van debiteuren met een recht van hypotheek jegens hem verbonden zijn, omdat zij onder dit beding was gekocht en, als zij niet zou zijn vrijgelaten, op grond van de constitutie van de vergoddelijkte Marcus de vrijheid zou verkrijgen.'

2 Feiten en juridisch kader

2.1 Feiten

De bovenstaande tekst betreft een zaak over de civiele status van een slavin, Euemeria genaamd, waarbij de keizerlijke *fiscus* nauw was betrokken.[2] Aelianus had enige jaren voordat de procedure speelde de slavin Euemeria gekocht. Bij deze koop was door de verkoper een bijzonder beding gemaakt:

---

1 De tekst wordt behandeld door Wieacker, 'Protopraxie', 245-245 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 394-403. Zie daarnaast H. Wagner, 'Zur Freiheitserteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegenden Sklaven' *SDHI* 33 (1967), 175-177 en *idem*, *Entwicklung*, 93-95.

2 Dit commentaar op D. 40,1,10 is reeds eerder in de vorm van een artikel gepubliceerd in de Groninger Opmerkingen en Mededelingen, zie E.S. Daalder, 'Tekst & Uitleg. D. 40,1,10 Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex libro secundo' *GROM* 31 (2014), 23-30. De onderstaande beschrijving is grotendeels ontleend aan de tekst van dit artikel.

Aelianus was verplicht om op enig moment (wanneer wordt uit de tekst van Paulus niet duidelijk) de slavin vrij te laten (*'ut manumitteret'*). Dergelijke bedingen gericht op vrijlating werden vaker gemaakt in een koopovereenkomst met betrekking tot slaven.[3] Zij konden door verschillende motieven zijn ingegeven.[4] Het kon gaan om een welwillende verkoper die graag wilde dat zijn slaaf op enig moment de vrijheid verkreeg, maar ook om een overdracht met een meer zakelijke insteek, bijvoorbeeld om patronaatsrechten jegens de vrij te laten slaaf aan de koper te laten toekomen (al dan niet in ruil voor een goede koopprijs). Uit de tekst kan niet worden opgemaakt om welke reden het beding in het geval van Aelianus was gemaakt. Vele jaren na het sluiten van de koopovereenkomst had Aelianus voldaan aan zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst en Euemeria vrijgelaten. Dit zou niet tot problemen hebben geleid, ware het niet dat Aelianus niet meer in staat was om zijn schulden aan de *fiscus* te voldoen. De *fiscus* ging daarom over tot de uitoefening van zijn *'ius pignoris'*, zijn generale hypotheekrecht, op het vermogen van Aelianus. Deze rechtsfiguur verdient een nadere toelichting.

2.2 De generale hypotheek van de *fiscus*

Net als elke crediteur had de *fiscus* behoefte aan zekerheid tot voldoening van zijn vorderingen op zijn debiteuren en hij was gewoon zich hierbij te bedienen van de gangbare privaatrechtelijke zekerheidsrechten, zoals pand en hypotheek.[5] Aanvankelijk vereiste de totstandkoming van een pand- of hypotheekrecht ten behoeve van de *fiscus* nog een (rechts)handeling van de crediteur en debiteur zoals blijkt uit de onderstaande tekst van Scaevola:

> D. 20,4,21 *pr.*: 'Titius heeft aan Seia voor het bedrag, waartoe hij jegens haar op grond van voogdijbeheer veroordeeld was, al zijn bestaande en toekomstige goederen verpand. Hierna heeft hij, nadat hij geld had geleend van de *fiscus*, al zijn zaken aan hem verpand. En hij heeft een deel van de schuld aan Seia betaald en de overige som aan dezelfde bij stipulatie met noverende werking beloofd en met betrekking tot deze verbintenis kwam hij hetzelfde overeen over het pandrecht als hierboven vermeld. Men vroeg zich af, of Seia voor moest gaan op de *fiscus* zowel met betrekking tot deze zaken, die Titius had ten tijde van de eerste verbintenis, als ook met betrekking tot die zaken, die hij na de eerdere verbintenis had ver-

3 Vgl. bijvoorbeeld D. 38,1,13 *pr.*, D. 40,8,9 en D. 40,9,30 *pr*. Zie voor een volledig overzicht M. Morabito, *Les réalités de l'esclavage d'apres le Digeste,* Parijs: Les Belles Lettres 1981, 165 nt. 157. Het Romeinse recht kende naast het beding *ut manumittatur* nog enkele andere bedingen die vaak bij de verkoop van slaven werden gemaakt, te weten de bedingen *ut servus exportetur, ne serva prostituatur* en *ne manumittatur.* Zie over alle vier T.A.J. McGinn, 'Ne serva prostituatur. Restrictive covenants in the sale of slaves' *ZSS* 107 (1990), 315 e.v. Zie verder Buckland, *Law of slavery*, 68 e.v., Kaser, *Privatrecht,* 562 en T. Finkenauer, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, Stuttgart: Steiner 2010, 34-36.

4 Finkenauer, *Rechtsetzung,* 35.

5 Zie over het verschil tussen de door het *aerarium* gehanteerde vormen van zekerheid en de zekerheidsrechten die door de *fiscus* werden gebruikt de behandeling van D. 46,1,68,1 (BZD, nr. 23) sub 2.1.

kregen, totdat zij de gehele schuld had teruggekregen. Hij antwoordde dat er geen enkel argument was aangedragen, waarom zij niet voor moest gaan.'[6]

Een dergelijke gang van zaken, waarbij de *fiscus* met al zijn afzonderlijke debiteuren, dat wil zeggen zowel zijn pachters als alle belastingplichtigen, een pandovereenkomst diende te sluiten, was echter niet erg praktisch. Op den duur ontwikkelde zich daarom een stilzwijgend hypotheekrecht van de *fiscus* dat van rechtswege tot stand kwam. Deze ontwikkeling is zeker niet uniek. Hetzelfde proces vond bijvoorbeeld plaats in het geval van de verhuur van een woning, pakhuis of ander gebouw, waarbij de verhuurder een stilzwijgend pandrecht verkreeg op de door de huurder meegebrachte inboedel ter zekerheid van betaling van de huurpenningen en vergoeding van eventuele schade die de huurder aan het gebouw veroorzaakte.[7] Er bestaat discussie over de vraag wanneer de stilzwijgende generale hypotheek van de *fiscus* precies ontstond.[8]

Een eerste groep auteurs meent dat dit zekerheidsrecht waarschijnlijk al in de eerste eeuw n. Chr. aan de *fiscus* toekwam.[9] De belangrijkste voorstander van deze datering is Wieacker. Zijn opvatting over het tijdstip van het ontstaan van de fiscale hypotheek hangt samen met zijn theorie dat het zekerheidsrecht van de *fiscus* niet een legale hypotheek betrof, maar dat het ging om een beslagrecht, dat verwant was aan de praktijk van *protopraxia* (*πρωτοπραξία*) in Romeins Egypte.[10] De *protopraxia* was een beslagrecht van de Egyptische *fiscus* op het vermogen van zijn schuldenaren, dat hij na openbaarmaking van het faillissement ook tegen derden geldend kon maken.[11] Er bestaat echter geen enkel concreet inhoudelijk bewijs voor een directe verbinding tussen de figuur van *protopraxia* en het zekerheidsrecht van de *fiscus*, anders dan een aantal algemene overeenkomsten, waarvan de belangrijkste

---

6 Scaevola libro XXVII digestorum. *Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset:* postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit*: et intulit Seiae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur. Respondit nihil proponi, cur non sit praeferenda.* (mijn accentuering)

7 D. 20,2,2 e.v. Zie ook Wieling, 'Privilegium fisci', 411.

8 De literatuur over dit onderwerp is zeer uitgebreid. Belangrijke bijdragen aan het debat zijn (op chronologische volgorde): Dernburg, *Pfandrecht I*, 339 e.v.; Mitteis, *Privatrecht I*, 370 e.v.; Bolla, *Entwicklung*; Wieacker, 'Protopraxie', 218 e.v.; Frezza, *Garanzie II*, 122 e.v.; Kaser, *Privatrecht*, 466; Wagner, *Entwicklung*; Wieling, 'Privilegium fisci', 404-433; Lenz, *Privilegia fisci*, 87 e.v.

9 Wieling, 'Privilegium fisci' 413; Wieacker, 'Protopraxie', 254.

10 Wieacker, 'Protopraxie', 238 e.v. Andere auteurs die menen dat het recht van de *fiscus* op het vermogen van zijn schuldenaren is voortgekomen uit de *protopraxia* zijn Kaser, *Privatrecht*, 466 en Mitteis, *Privatrecht I*, 371 e.v.

11 Zie hierover uitgebreid Wieacker, 'Protopraxie', 220 e.v. en Wieling, 'Privilegium fisci', 407-411. De belangrijkste bron voor de derdenwerking van dit recht is een edict van de *praefectus Aegypti* Tiberius Alexander uit 68 n. Chr.: *FIRA* I, nr. 58. Kritisch over de derdenwerking van de *protopraxia* is Koops, *Vormen*, 57 nt. 328.

de derdenwerking is.[12] Een dergelijke werking kende het gewone Romeinse pandrecht echter ook. Aangezien de *fiscus* gedurende het Principaat als een privaatrechtelijke entiteit werd beschouwd, ligt het veel meer voor de hand om aan te nemen dat zijn zekerheidsrechten door middel van bestaande Romeinse privaatrechtelijke constructies werden vormgegeven of zij nu conventioneel of stilzwijgend tot stand kwamen. Daarvoor was de overname van een Egyptische rechtsfiguur niet nodig.[13]

De meeste auteurs zijn van mening dat de legale hypotheek van de *fiscus* zich pas in de tweede helft van de tweede eeuw n. Chr. heeft ontwikkeld.[14] Voordien beschikte de *fiscus* slechts over een aantal privileges, maar niet over een daadwerkelijk recht van hypotheek. Het voert te ver om het gehele debat en alle hierin aangevoerde teksten en argumenten op deze plaats te behandelen. Er zal daarom worden volstaan met een aantal algemene opmerkingen.

Er is geen concreet bewijs voor het bestaan van de fiscale hypotheek in de eerste eeuw n. Chr. De belangrijkste tekst die ter ondersteuning van deze theorie wordt aangevoerd is *Fr. Iur. Fisc.* 5, dat gewoonlijk als volgt wordt gelezen: '*bona eorum qui cum fisco contrahunt …e vacuaria [lege vicesimaria] velut pignoris iure fisco obligantur, non solum ea quae habent, sed ea quae habituri sunt*'. De datering en precieze inhoud van deze tekst zijn echter omstreden. Zo wordt de tekst regelmatig in de derde eeuw n. Chr. gedateerd[15] en berust de aanname dat het om een bepaling uit de *lex Iulia de vicesima hereditatium* uit de tijd van Augustus gaat op een emendatie.[16] Daar komt nog bij dat, zelfs als men aanneemt dat de emendatie correct is, de tekst nog steeds geen bewijs vormt voor het bestaan van een algemene generale hypotheek van de *fiscus* voor al zijn vorderingen, maar slechts voor het bestaan van een generale hypotheek die op grond van een specifieke wet voor de in die wet geregelde gevallen tot stand kwam.

Uit de hierboven geciteerde tekst van Scaevola (D. 20,4,21 *pr.*) blijkt dat de *fiscus* in zijn tijd, dat wil zeggen ten tijde van het bewind van Marcus Aurelius, nog door middel van een overeenkomst zijn zekerheden verkreeg.[17]

---

12 Wieacker, 'Protopraxie', 248-249.

13 Wieling, 'Privilegium fisci', 415-416. Zie ook Wagner, *Entwicklung*, 41-61.

14 Dernburg, *Pfandrecht I,* 339; Mitteis, *Privatrecht I*, 373; Frezza, *Garanzie II*, 122 e.v.; Kaser, *Privatrecht*, 466; Wagner, *Entwicklung,* 92, 153 en 192.

15 Zie bijvoorbeeld Wagner, *Entwicklung*, 37-41. Anders Wieacker, 'Protopraxie', 239-240.

16 Zie de teksteditie van Huscke: P.E. Huscke, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Leipzig: Teubner 1886, 638.

17 Zie over deze tekst Frezza, *Garanzie II*, 123 en Wagner, *Entwicklung,* 182-191. Voorts Dernburg, *Pfandrecht I,* 338-339, die benadrukt dat het onlogisch zou zijn voor de *fiscus* om een conventionele generale hypotheek overeen te komen wanneer hij reeds beschikte over een wettelijk hypotheekrecht. In D. 20,4,21,1, dat ook betrekking heeft op de hypotheek van de *fiscus*, wordt geen melding gemaakt van een dergelijke overeenkomst. Wieacker, 'Protopraxie', 251 en Wieling, 'Privilegium fisci', 414 leiden hieruit af dat de wettelijke hypotheek van de *fiscus* ten tijde van Scaevola wel al bestond. Deze tekst moet echter in samenhang met het *principium* worden gelezen.

In de decennia die volgden kwam de stilzwijgende wettelijke hypotheek van de *fiscus* tot ontwikkeling,[18] waarbij het zonder meer mogelijk, zo niet onontkomelijk, was dat beide vormen van zekerheid (de conventionele hypotheek en de stilzwijgende hypotheek) enige tijd naast elkaar bestonden. De eerste aanwijzing voor de erkenning van de juristen van een stilzwijgend hypotheekrecht van de *fiscus* op het vermogen van zijn schuldenaren vinden we in een tekst van Ulpianus, waarin een *responsum* van Papinianus wordt aangehaald:[19]

> D. 49,14,28: 'Als degene, die aan mij alles wat hij heeft en zal hebben heeft verhypothekeerd, met de *fiscus* een overeenkomst is aangegaan, dan moet men onthouden dat Papinianus heeft geantwoord dat met betrekking tot een zaak die later is verkregen de *fiscus* sterker moet zijn. En dit is ook bij keizerconstitutie vastgesteld. De *fiscus* gaat immers voor op het pandrecht.'[20]

In de bovenstaande tekst ontbreekt ieder spoor van een conventionele hypotheek tussen de *fiscus* en zijn schuldenaar. Het ontstaan van het zekerheidsrecht van de *fiscus* wordt door Papinianus (en Ulpianus) simpelweg behandeld als een direct gevolg van het feit dat er een contract is gesloten met de *fiscus*. De eerste expliciete bevestiging van de stilzwijgende generale hypotheek van de *fiscus* vinden we pas in twee rescripten van Caracalla uit 213 en 214:

> C. 8,14,1: 'Keizer Antoninus aan Speratus. Alle goederen van hen, die belastingplichtig zijn, zijn bij wijze van hypotheek voor hun belastingschulden verbonden.'[21]

> C. 8,14,2: 'Keizer Antoninus aan Proculus. Het is zeker dat het vermogen van degene, die met de *fiscus* een overeenkomst is aangegaan, als ware ten titel van hypotheek wordt verbonden, hoewel dit niet expliciet tot uitdrukking is gebracht.'[22]

In hoeverre het wettelijke hypotheekrecht van de *fiscus* in de tussengelegen periode, dat wil zeggen gedurende het bewind van Septimius Severus, reeds tot volle wasdom was gekomen en behoorde tot het geldende recht, valt niet met volledige zekerheid te zeggen. Het beeld dat uit de bronnen naar voren komt, is dat de juristen in de Severische tijd het bestaan van de bijzondere fiscale hypotheek wel erkenden, maar dat er nog onduidelijkheden bestonden over haar concrete rechtsgevolgen, waardoor haar toepassing in de praktijk nog regelmatig tot vragen leidde. De door Paulus in D. 40,1,10 beschreven zaak is een voorbeeld van een dergelijk geval.

---

18 Wagner, *Entwicklung*, 192.

19 Dernburg, *Pfandrecht I*, 339; Wagner, *Entwicklung*, 191.

20 Ulpianus libro tertio disputationum. *Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est. praevenit enim causam pignoris fiscus.*

21 Imp. Antoninus A. Sperato. *Universa bona eorum qui censentur vice pignorum tributis obligata sunt.*

22 Imp. Antoninus A. Proculo. *Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur.*

3 Procedure bij de keizer

3.1 Het betoog van de *fiscus*

Nadat de vertegenwoordiger van de keizerlijke schatkist, de *procurator fisci*, was overgegaan tot de executie van het hypotheekrecht van de *fiscus* op de boedel van Aelianus, trof hij deze ontoereikend aan. In zijn zoektocht naar verhaalsobjecten buiten de boedel van Aelianus stuitte de *procurator* op de recent vrijgelaten Euemeria en hij begon een proces inzake haar civiele status, een zogeheten *status quaestio*.[23] Een dergelijke procedure werd ingeleid met ofwel de eis dat iemand vrij was, de *vindicatio in libertatem*, ofwel de eis dat iemand een slaaf was, de *vindicatio in servitutem*. De *procurator fisci* moet als de eiser[24] voor de laatste actie hebben gekozen. Aangezien Euemeria als onderwerp van het vrijheidsproces niet zelf als gedaagde kon procederen, zal iemand anders in haar naam zijn opgetreden, de zogeheten *adsertor in libertatem*.[25] Mogelijk was dit haar vrijlater Aelianus. Ten tijde van het Principaat hadden aanvankelijk de consuls jurisdictie in vrijheidsprocessen die om die reden in de vorm van een buitengewone procedure (*cognitio extra ordinem*) werden gevoerd.[26] Later, waarschijnlijk in de derde eeuw, kwam hier het speciaal ingestelde ambt van een *praetor de liberalibus causis* bij.[27] Uit de tekst kan niet worden opgemaakt of het hier ging om een appel tegen een uitspraak van de consuls (of wellicht de *praetor de liberalibus causis*) of om een zaak die direct in eerste aanleg bij de keizer was aangebracht.[28]

De *procurator fisci* zal aan zijn vordering ten grondslag hebben gelegd dat de vrijlating van Euemeria door Aelianus een daad van schuldeisersbenadeling (*fraus creditorum*) vormde en dat om die reden de vrijlating nietig was.[29]

---

23 Waarover Buckland, *Law of slavery,* 652 e.v., Kaser, *Privatrecht,* 114-115 en 288-289 en Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 102-103, 199, 347, 381 en 457-458. Zie verder M. Nicolau, *Causa liberalis*, Parijs: Sirey 1933, G. Franciosi, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napels: Jovene 1961 en M. Indra, *Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht*, Berlijn: Duncker & Humblot 2011.

24 Dat bij een dergelijke procedure vertegenwoordigers van de *fiscus* actief betrokken waren, blijkt uit D. 49,14,3,9.

25 Buckland, *Law of slavery*, 655 en Kaser, *Privatrecht,* 115 en 288.

26 Zie bijvoorbeeld D. 40,15,1,4, D. 40,12,27,1 en D. 40,14,4, waaruit blijkt dat in de provincies de gouverneurs (*praesides*) bevoegd waren kennis te nemen van dergelijke geschillen. Zie verder Nicolau, *Causa,* 61-66 en Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 457-458.

27 Nicolau, *Causa,* 67-70 en Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 457-458. De eerste juridische plaats waar de *praetor de liberalis causis* expliciet wordt vermeld, is C. 4,56,1, een rescript van Alexander Severus. Het ambt wordt echter al eerder genoemd in een inscriptie uit Aquino, vlakbij Monte Cassino (*CIL* 10, 5398). Op basis van deze twee vindplaatsen kan worden geconcludeerd dat het ambt ergens tussen 200 en 223, mogelijk tijdens het bewind van Septimius Severus, is ontstaan. Zie ook Nicolau, *Causa*, 69.

28 Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 395. Bianchini, *Materiali,* 94 neigt naar een beslissing in eerste aanleg.

29 Vgl. (hoewel minder expliciet) Wagner, 'Freiheitserteilung', 175 e.v. en *idem*, *Entwicklung*, 93. Anders Wieacker, 'Protopraxie', 246 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 401 e.v. die menen dat de eis van de *procurator* was gebaseerd op recht van de *fiscus* zelf.

Dit betoog berust op de *lex Aelia Sentia* (ca. 4 n. Chr.), een Augusteïsche wet waarin de vrijlating van slaven werd geregeld.[30] Op grond van deze wet was een schuldenaar bevoegd om een in pand gegeven slaaf de vrijheid te verlenen, zolang hij solvent was en zijn schuldeisers door de vrijlating niet werden benadeeld,[31] zoals blijkt uit een tekst van Gaius:

> D. 40,9,29: 'Een slaaf, die onder een generale verpanding valt, behoort zonder twijfel rechtens aan de schuldenaar toe en kan rechtsgeldig door hem worden vrijgelaten, als de *lex Aelia Sentia* zich niet tegen de vrijheidsverlening verzet, dat wil zeggen als hij solvent is en zijn schuldeisers hierdoor niet schijnen te worden benadeeld.'[32]

Was dit laatste niet het geval omdat de schuldenaar insolvent was of zijn schuldeisers door de vrijlating onevenredig werden benadeeld,[33] dan konden zij zich wegens het frauduleuze handelen van de schuldenaar beroepen op de nietigheid van de vrijlating.[34] Uit de woorden van Gaius kan worden opgemaakt dat de mogelijkheid tot vrijlating alleen bestond bij slaven die onderwerp waren van een generale verpanding. Door een constitutie van Septimius Severus en Caracalla wordt inderdaad bevestigd dat wanneer een slaaf specifiek was verpand, vrijlating in het geheel niet mogelijk was.

> C. 7,8,3: 'Keizers Severus en Antoninus aan Antonius. Het is zeker dat door hem, die de zaken die hij heeft en zal hebben met een pandrecht heeft bezwaard, aan slaven de vrijheid kan worden gegeven. Maar ditzelfde geldt niet voor die slaven, die op grond van een pandrecht individueel zijn overhandigd of zijn verbonden.'[35]

Beide regels golden ook voor schuldenaren van de *fiscus*, zoals wordt bevestigd in een ongedateerd rescript van dezelfde keizers dat is opgenomen in C. 7,8,2:[36]

> C. 7,8,2: 'Keizers Severus en Antonius aan Abscantus. De vrijheid, die is verleend door een schuldenaar van de *fiscus* aan een slaaf, die niet is verpand op basis van een specifieke overeenkomst, maar slechts is bezwaard op grond van het recht van de *fiscus*, wordt slechts ontkracht, wanneer wordt ontdekt dat dit met de bedoeling van bedrog is gedaan.'[37]

---

30 Waarover Rotondi, *Leges*, 455-456. Zie daarnaast ook Buckland, *Law of slavery,* 537-546.

31 Zie ook Wagner, 'Freiheitserteilung', 163-188. Zie anders F. Schulz, 'Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht' *ZSS* 48 (1928), 197-284, die van mening is dat dergelijke vrijlatingen in het klassieke Romeinse recht niet mogelijk waren en betoogt dat de hieronder geciteerde teksten zijn geïnterpoleerd.

32 Gaius libro primo de manumissionibus. *Generaliter pignori datus servus sine dubio pleno iure debitoris est et iustam libertatem ab eo consequi potest, si lex Aelia Sentia non impediat libertatem, id est si solvendo sit nec ob id creditores videantur fraudari.* Zie ook D. 20,2,6 en 9, Codextitel 7,8 (*De servo pignori dato manumisso*) en *Fr. Dos*. 16.

33 C. 7,11,1 benadrukt zelfs dat er sprake moest zijn van vermogensschade bij de crediteuren.

34 Gai. 1,37 en 47.

35 Impp. Severus et Antoninus A.A. Antonio. *Ab eo, qui bona sua pignori obligavit, quae habet quaeque habiturus esset, posse servis libertatem dari certum est. Non idem iuris est in his servis, qui pignoris iure specialiter traditi vel obligati sunt.*

36 Zie ook Wieling, 'Privilegium fisci', 420-421.

37 Impp. Severus et Antoninus A.A. Abscanto. *Libertas a debitore fisci servo data, qui pignori non est ex conventione speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur.* Zie ook eerder al D. 40,9,11,1.

Waarschijnlijk beriep de vertegenwoordiger van de *fiscus* zich in de onderhavige procedure op het bovenstaande rescript: Aelianus had Euemeria vrijgelaten terwijl hij insolvent dreigde te worden of zelfs al was, en had daarom frauduleus gehandeld. De expliciete vermelding van het feit dat Euemeria vele jaren eerder door Aelianus was gekocht wijst in deze richting. Waarschijnlijk voerde de *procurator fisci* dit aan als bewijs voor zijn stelling dat Aelianus frauduleus had gehandeld. Aelianus was al lange tijd eigenaar van de slavin, maar juist nu hij zijn schuld aan de *fiscus* niet kon nakomen, had hij gevolg gegeven aan zijn verplichting om haar vrij te laten. De vrijlating was daarom volgens de *procurator* nietig met als gevolg dat Euemeria nog steeds tot het vermogen van Aelianus behoorde en dus ook onder het hypothecaire beslag van de *fiscus* viel.

3.2 Het oordeel van de keizer

Er bestond een complicatie in het geval van Euemeria. Wat immers te denken van het feit dat Aelianus *verplicht* was op grond van de eerdere koopovereenkomst om de slavin vrij te laten? Een dergelijk beding had sinds Marcus Aurelius het bijzondere gevolg dat de slaaf van rechtswege vrij werd, wanneer de koper niet aan zijn verplichting voldeed.[38] Het was nu aan de keizer om de verhouding tussen de hypotheek van de *fiscus* en (de gevolgen van) deze constitutie te bepalen. Uit het door Paulus beschreven *decretum* blijkt dat de keizer van mening was dat de keizerlijke constitutie van Marcus derogeerde aan de *lex Aelia Sentia*.[39] Hij kwam tot het volgende oordeel:

> 'Het heeft de keizer behaagd dat er geen plaats was voor het recht van de *fiscus*, waardoor alle goederen van debiteuren met een recht van hypotheek jegens hem verbonden zijn, omdat zij onder dit beding was gekocht en, als zij niet zou zijn vrijgelaten, op grond van de constitutie van de vergoddelijkte Marcus de vrijheid zou verkrijgen.'

Aan de beslissing van de keizer dat het generale hypotheekrecht van de *fiscus* in het onderhavige geval geen toepassing vond, lijkt de volgende redenering ten grondslag te hebben gelegen. Zelfs al zou de keizer het beroep van de *fiscus* op de *lex Aelia Sentia* honoreren met als gevolg dat Euemeria onderdeel uitmaakte van de failliete boedel van Aelianus (vgl. de tussenzin '*si non manumitteretur*'), dan nog zou dit de *fiscus* niet baten. Het beslag en de executoriale verkoop door de *fiscus* zouden immers in dat geval de koper beletten om ooit nog aan zijn verplichting te voldoen.[40] Dit had als

38 Het betreft een rescript van Marcus Aurelius en Commodus aan Marcus' oude vriend Afidius Victorinus, ergens tussen 176 en 180. Hoewel het rescript nergens volledig wordt geciteerd, wordt er in meerdere teksten naar verwezen, bijvoorbeeld in C. 4,57,2 en 6, D. 40,1,20,2 en D. 40,8,3. Zie voor een volledig overzicht van alle verwijzingen in de Digesten naar de constitutie: Morabito, *Réalités,* 165 nt. 157. Zie verder Buckland, *Law of slavery*, 71, Wagner, 'Freiheitserteilung', 173-174, McGinn, 'Ne serva', 322-323 en Finkenauer, *Rechtsetzung,* 34-44.

39 Wagner, 'Freiheitserteilung', 177.

40 Vgl. Wagner, 'Freiheitserteilung',176.

direct gevolg dat Euemeria krachtens de constitutie van Marcus Aurelius de vrijheid verkreeg. Of de slavin nu was vrijgelaten door Aelianus zelf of de vrijheid verkreeg op grond van de keizerlijke constitutie, in beide gevallen stond de *fiscus* met lege handen. De keizer besliste daarom dat de *fiscus* zijn generale hypotheekrecht niet ten aanzien van Euemeria kon uitoefenen zodat zij als een vrije vrouw door het leven kon blijven gaan.[41]

De beslissing van Septimius Severus sloot aan bij de door zijn voorgangers ontwikkelde praktijk om in soortgelijke gevallen zoveel mogelijk te oordelen in het voordeel van vrijlating, de zogeheten *favor libertatis*.[42] Dit bracht echter niet mee dat de *fiscus* in dit geval anders werd behandeld dan private schuldeisers. Zij visten eveneens achter het net wanneer een aan hen generaal verpande slaaf op grond van een dergelijk beding moest worden vrijgelaten, zoals blijkt uit een tekst van Marcianus:[43]

> D. 40,8,6: 'Als iemand een verpande slaaf onder dit beding had gekocht, namelijk dat hij hem vrijliet, dan komt [hem] de vrijheid toe op grond van een constitutie van de vergoddelijkte Marcus Aurelius, ook al heeft diegene al zijn goederen, dat wil zeggen die hij nu heeft en die hij zal hebben, verpand. (…).'[44]

De tekst veronderstelt het geval waarin een debiteur zijn gehele huidige en toekomstige vermogen had verhypothekeerd aan zijn crediteur en vervolgens een slaaf had gekocht onder een beding van vrijlating.[45] Hoewel

---

41 De beslissing vertoont opvallende overeenkomsten met een andere tekst van Paulus, D. 49,14,45,3 (= *PS* 5,12,1d): '*A debitore fisci in fraudem datas libertates retrahi placuit: sane ipsum ita ab alio emere mancipium, ut manumittat, non est prohibitum: ergo tunc et libertatem praestare possit.*' D. 49,14,45,3 is ontleend aan het vijfde boek van de *Sententiae* van Paulus, die door Fitting aan het begin van de regeerperiode van Caracalla (211 n. Chr.) worden gedateerd (*Alter und Folge*, 95-96). Het is daarom waarschijnlijk dat Paulus in D. 49,14,45,3 de uitspraak van Severus in zijn eigen woorden weergeeft en presenteert als het geldende recht.

42 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 402. Vgl. ook het door Paulus in D. 40,5,38 beschreven geval. Zie over het principe van *favor libertatis* in het Romeinse recht J.A. Ankum, 'Der Ausdruck *favor libertatis* und das klassische römische Freilassungsrecht' in: E. Hermann-Otto (ed.), *Unfreie Arbeits- und Lebensverhältnisse von der Antike bis in die Gegenwart*, Hildesheim etc.: Olms 2005, 82-100, *idem*, 'L'expression *favor libertatis* dans les travaux des juristes classiques romains' in: *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanisticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra 2006, 45-78 en *idem*, 'Der Ausdruck *favor libertatis* in den Konstitutionen der römischen Kaiser' in: T. Finkenauer (ed.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag*, Berlijn etc.: Springer 2006, 1-18.

43 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 400-401.

44 Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. *Si quis obligatum servum hac lege emerit, ut manumittat, competit libertas ex constitutione divi Marci, licet bona omnia quis obligaverit, quae habet habiturusve esset. (…)*

45 Het woord '*obligatum*' heeft in de literatuur voor verdeeldheid gezorgd over de vraag ten behoeve van wie de slaaf was verpand, de verkoper of de koper. Heersende leer is dat het gaat om een generale verpanding door de koper, die als gevolg had dat de slaaf na de verkoop met een pandrecht werd bezwaard, zie meest recent Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 400. Door sommige auteurs wordt ten behoeve van deze interpretatie het woord *obligatum* geschrapt, zie bijvoorbeeld Mommsen, *Digesta II*, 496 en Lenel, *Palingenesia I*, 651. Finkenauer laat (overtuigend) zien dat dit niet noodzakelijk is: Finkenauer, *Rechtsetzung*, 41-42.

de generale hypotheek van de crediteur zich ook uitstrekte tot deze slaaf, verkreeg de laatste toch de vrijheid op grond van de constitutie van Marcus Aurelius, aldus Marcianus. D. 40,1,10 is zeker niet het enige geval uit de rechtspraakverzamelingen van Paulus waarin de *fiscus* als een normale schuldeiser wordt behandeld. Andere voorbeelden van dergelijke beslissingen vinden we in D. 16,2,24 (verrekening met de *fiscus* is mogelijk), D. 46,1,68,1 (aansprakelijkheid van borgen van debiteuren van de *fiscus*) en D. 49,14,47,1 (geen uitkering van winst uit onderhuur aan de *fiscus*). De keizerlijke beslissingen in deze gevallen verraden niet alleen de privaatrechtelijke oorsprong van de keizerlijke schatkist, maar laten ook zien dat de keizers – en in het bijzonder Severus – hun *fiscus* zoveel mogelijk op dezelfde manier als een privaatrechtelijke schuldeiser plachten te behandelen.

20 D. 40,5,38: vaders favoriete alumna

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro tertio decretorum. *In testamento, quod perfectum non erat, alumnae suae libertatem et fideicommissa dedit. cum omnia ut ab intestato egissent, quaesiit imperator, an ut ex causa fideicommissi manumissa fuisset: et interlocutus est, etiamsi nihil ab intestato pater petisset, pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset. pronuntiavit igitur recte eam manumissam et ideo fideicommissa etiam ei praestanda.*	Paulus in het derde boek van de 'Decreten'. In een testament, dat niet was afgemaakt, gaf hij [de erflater] aan zijn *alumna* de vrijheid en een aantal fideï-commissen. Toen zij alles volgens de regels van het intestaaterfrecht afhandelden, vroeg de keizer zich af of zij als ware op grond van een fideï-commis was vrijgelaten. En hij heeft in een interlocutoir vonnis uitspraak gedaan dat, ook al had de vader niets bij versterf verzocht, plichtsgetrouwe zonen haar, op wie de vader gesteld was geweest, toch behoorden vrij te laten. Hij deed dus uitspraak dat zij op rechtsgeldige wijze was vrijgelaten en dat om die reden ook de fideï-commissen aan haar moesten worden uitgekeerd.

2 Feiten

In deze zaak was de erflater[2] begonnen met het opstellen van een testament, waarin hij had bepaald dat zijn *alumna*, een slavin die hij als zijn pleegdochter behandelde, bij zijn dood de vrijheid zou verkrijgen en hij had daarnaast enige fideï-commissen aan haar vermaakt. Nog voordat hij het testament had kunnen voltooien, was de erflater overleden. Als gevolg hiervan werd zijn nalatenschap volgens de regels van het intestaaterfrecht verdeeld. Tijdens de afwikkeling van de nalatenschap rees op enig moment de vraag of de *alumna* de vrijheid had verkregen, ondanks het feit dat de erflater niet in de gelegenheid was geweest om het testament af te ronden.

---

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 103-105, Johnston, *Law of trusts*, 130-131 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 195-205. Zie ook G. Negri, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milaan: Giuffrè 1975, 34-39 en W. Litewski, 'Zwischenbescheide in römischen Prozess' *RIDA* 44 (1997), 211-213.

2 Het mannelijke geslacht van de overledene kan worden afgeleid uit het latere gebruik van '*pater*'.

3 De tweedelige procedure bij de keizer

3.1 De aanloop: een vrijlating in een ongeldig testament

Het door Paulus beschreven geval betreft een slavin die door de erflater als *alumna*, dat wil zeggen als pleegdochter, was aangenomen. *Alumni* konden zowel slaaf als ook vrijgeboren zijn. Of de positie van *alumnus* daarnaast nog zelfstandige juridische gevolgen met zich bracht is onduidelijk.[3] Wat wel uit het overwegend epigrafisch bronnenmateriaal blijkt, is dat er in de meeste gevallen een sterke emotionele band bestond tussen de *alumnus* of *alumna* en zijn of haar verzorger.[4] Dit heeft een aantal auteurs ertoe gebracht om aan te nemen dat de relatie tussen *alumnus* en verzorger moet worden gekwalificeerd als een *quasi*-adoptie die waarschijnlijk niet gepaard ging met enige vorm van formaliteit zoals dat wel het geval was bij de *adoptio legitima*.[5] Zij beschouwen het aannemen van een *alumnus* als een alternatief voor adoptie, waar bijvoorbeeld vrouwen, die immers op grond van het *ius civile* onbevoegd waren om een adoptie te verrichten,[6] gebruik van konden maken. Een *alumnus* kon echter geenszins gelijk worden gesteld met een *filius familiae.* De erflater van D. 40,5,38 achtte het daarom noodzakelijk om in zijn testament een aantal voorzieningen voor de toekomst van zijn *alumna* te treffen, waarvan de belangrijkste haar *manumissio* was.

Bij de behandeling van D. 32,97 is reeds aandacht besteed aan de twee wijzen van testamentaire vrijlating die het Romeinse recht kende, de directe en de fideï-commissaire vrijlating.[7] De vrijlating in het door Paulus in D. 40,5,38 beschreven geval was waarschijnlijk vormgegeven als een directe vrijlating.[8] Hiervoor kunnen verschillende argumenten worden genoemd. Om te beginnen wijst de wijze waarop Paulus de in het geding zijnde rechtsvraag verwoordt, '*an ut ex causa fideicommissi manumissa fuit*' ('of zij als ware op grond van een fideï-commis was vrijgelaten'), in de richting van een directe vrijlating in het oorspronkelijke testament. Het gebruik van het woordje *ut* als adverbium ('zoals' of 'als ware') suggereert dat er aanvankelijk geen sprake was van een fideï-commis, maar dat de keizer de mogelijk-

3 Zie over (de juridische status) van *alumni* A. Smodlaka Kotur, '*Alumni.* Legal status in Roman Dalmatia (the Dalmatian evidence)' *RIDA* 41 (1994), 390-409, die in zekere zin voortbouwt op twee studies van Beryl Rawson: B. Rawson, 'Children in the Roman familia' in: B. Rawson (ed.), *The family in ancient Rome (new perspectives*), Londen etc.: Croom Helm 1986, 173-186 en *idem* & J. Bellemore, '*Alumni*: the Italian evidence' *ZPE* 83 (1990), 1-19. Zie daarnaast ook nog H.S. Nielsen, '*Alumnus*: a term of relation denoting quasi-adoption' *C&M* 38 (1987), 141-188 en i.h.b. 148-157 over *alumni* in juridische teksten.

4 Smodlaka Kotur, '*Alumni*', 399 e.v. en Nielsen, '*Alumnus*', 143 e.v.

5 Smodlaka Kotur, '*Alumni*', 393 en Nielsen, '*Alumnus*', 157 e.v. Zie over de formaliteiten bij *adoptio legitima* Lindsay, *Adoption*, 62 e.v.

6 Gai. 1,104. Zie verder Lindsay, *Adoption,* 71-73.

7 Zie BZD, nr. 14 (D. 32,97) sub 3.

8 Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 196-197 nt. 156 onder verwijzing naar G. Impallomeni, *La manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padua: Cedam 1963, 182. Zie ook Litweski, 'Zwischenbescheide', 213.

heden tot conversie wilde verkennen.[9] Daarnaast wordt als bewijs voor een directe vrijlating ook nog aangevoerd dat in de eerste zin van de tekst de vrijlating tegenover de fideï-commissen door Paulus wordt geplaatst (*'alumnae suae libertatem et fideicommissa dedit'*).[10] Tot slot spreekt het motief voor de vrijlating voor een *manumissio directa.* Zoals reeds is opgemerkt hadden *alumni* en hun verzorgers vaak een emotionele band, die ertoe kon leiden dat de verzorger de *alumnus* bij zijn dood de vrijheid schonk. Uit de woorden *'quam pater dilexisset'* volgt dat de testamentaire vrijlating in D. 40,5,38 hoogstwaarschijnlijk ook uit genegenheid voortkwam. Het lijkt logischer om in dat geval te kiezen voor een directe vrijlating dan voor een fideï-commissaire vrijlating waarbij de tussenkomst van (mogelijk onwillige) erfgenamen vereist was.

Waarschijnlijk werd de erflater door een vroegtijdige dood overvallen en liet hij het testament onvoltooid achter. Dit had als gevolg dat het testament en alle daarin opgenomen beschikkingen ongeldig waren.[11] De nalatenschap werd om deze reden volgens de regels van het intestaaterfrecht afgewikkeld. Terwijl men bezig was met de afwikkeling van de nalatenschap, rees de vraag of de *alumna* op basis van het onvoltooide en dus ongeldige testament toch de vrijheid had verkregen. De tekst van Paulus geeft weinig tot geen aanknopingspunten over de wijze waarop deze zaak vervolgens bij de keizer terecht kwam. Hij maakt geen melding van een procedure in eerste aanleg bij een andere rechter, maar de mogelijkheid van een appelzaak wordt door de literatuur geenszins uitgesloten.[12]

> Sanfilippo betoogt dat het meisje in eerste aanleg met een *actio ex testamento* bij de *praetor* ageerde tegen de erfgenamen.[13] Deze aanname is echter onjuist. Traditioneel vielen procedures over de status van een persoon onder de jurisdictie van de *consuls*.[14] Daarnaast had de *praefectus urbi* een additionele jurisdictie in gevallen die betrekking hadden op de relatie tussen slaaf en meester, waarbij het de slaaf bij uitzondering was toegestaan om zelfstandig tegen zijn meester te procederen.[15] Het is aannemelijk dat een geval als het onderhavige, dat zag op de vrijlating van een slavin door de erfgenamen van haar meester, onder de laatstgenoemde jurisdictie van de *praefectus urbi* viel. Aangezien de stadsprefect zijn rechtsprekende bevoegdheid aan de keizer ontleende en de procedure de vorm van een *cognitio extra ordinem* had, stond tegen zijn uitspraak zonder meer appel bij de keizer open.[16]

---

9 Impallomeni, *Manomissioni,* 183 nt. 104.

10 Impallomeni, *Manomissioni,* 182 nt. 104.

11 Zie bijvoorbeeld D. 28,1,29 *pr.*, waarin wordt benadrukt dat zelfs de fideï-commissen niet geldig zijn (waarover meer in paragraaf 3.2 *infra*). Zie verder met betrekking tot D. 40,5,38 Sanfilippo, *Libri Tres*, 104 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 201.

12 Voor een behandeling in appel pleit Sanfilippo, *Libri Tres*, 104. Negri, *Clausola,* 37 is echter van mening dat de zaak in eerste aanleg bij de keizer werd aangebracht. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 203 nt. 184 sluit een appel niet uit.

13 Sanfilippo, *Libri Tres*, 104.

14 Zie hierover nader BZD, nr. 19 (D. 40,1,10) sub 3.1.

15 Zie bijvoorbeeld D. 40,1,5 over een slaaf die zich *suis nummis* had vrijgekocht. Zie verder Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht,* 465 en Wojciech, *Stadtpräfektur*, 81 e.v.

16 Waarover ALD, paragraaf 2.2.3.

Een verzoek dat erop was gericht om een vrijlating op grond van een ongeldig testament te realiseren, was typische materie voor een keizerlijke rechtszaak. Het *ius civile* was op dit punt onverbiddelijk: de vrijlating stond en viel met de geldigheid van het testament.[17] Er zijn ons echter (onder andere uit de *Decreta* zelf) verschillende voorbeelden bekend van zaken die bij het keizerlijk gerechtshof werden aangebracht met als doel een beslissing aan de keizer te ontlokken waarbij hem werd verzocht het geldende recht opzij te zetten en een vrijlating, legaat, fideï-commis of zelfs een gehele nalatenschap in weerwil van een nietig testament aan de verzoeker toe te kennen.[18] Ook kan in deze context (wederom) worden gewezen op de reeds besproken uitspraak van Marcus Aurelius, die is opgenomen in D. 28,4,3. Gezien de grote overeenkomsten tussen het onderhavige geval en de door Marcus behandelde zaak, is de tekst van diens uitspraak hieronder in zijn geheel opgenomen:

> D. 28,4,3: '(…) Een uitspraak van keizer Antoninus Augustus [Marcus Aurelius] tijdens het consulaat van Pudens en Pollio [166 n. Chr.]. "Aangezien Valerius Nepos, nadat hij van wil was veranderd, zowel zijn testament heeft opengesneden als de namen van zijn erfgenamen heeft doorgehaald, schijnt zijn nalatenschap niet toe te komen aan hen, die erin waren opgenomen, volgens een constitutie van mijn vergoddelijkte vader." En hij zei aan de advocaten van de *fiscus*: "U heeft uw rechters". Vibius Zeno zei: "Ik vraag u, heer en keizer, mij geduldig aan te horen: wat denkt u over de legaten?" En keizer Antoninus antwoordde: "Bent u van mening dat hij die de namen van de erfgenamen heeft doorgehaald, wilde dat het testament geldig was?" Cornelius Priscianus, de advocaat van Zeno zei: "Hij heeft slechts de namen van de erfgenamen doorgehaald." Calpurnius Longinus, de advocaat van de *fiscus* zei: "Een testament, dat geen erfgenaam bevat, kan niet geldig zijn." Priscianus zei: "Hij heeft een aantal slaven vrijgelaten en legaten vermaakt." Nadat hij in de afwezigheid van alle anderen de zaak overwogen had en had bevolen dat zij weer werden binnen gelaten, zei keizer Antoninus: "De onderhavige zaak lijkt een humane interpretatie toe te laten, in die zin dat wij van mening zijn dat Nepos heeft gewild dat slechts die dingen, die hij heeft doorgehaald, ongeldig zijn." Hij [de erflater] heeft de naam van een slaaf doorgehaald, waarvan hij had bevolen dat hij vrij was. Antoninus heeft gerescribeerd dat hij desalniettemin vrij zal zijn. Dit heeft hij duidelijk vanwege de *favor libertatis* gedaan.'[19]

17 Buckland, *Law of slavery*, 470.

18 Zie bijvoorbeeld D. 28,5,93(92).

19 Marcellus libro XXIX digestorum. (…) *sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus. 'Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur'. et advocatis fisci dixit: 'Vos habetis iudices vestros'. Vibius Zeno dixit: 'Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues'? Antoninus Caesar dixit: 'Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit'? Cornelius Priscianus advocatus <Leonis> [Zenonis] dixit: 'Nomina heredum tantum induxit'. Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: 'Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet'. Priscianus dixit: 'Manumisit quosdam et legata dedit'. Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eo[s]dem iussisset, dixit: 'Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit'. Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit. Antoninus rescripsit liberum eum nihilo minus fore: quod videlicet favore constituit libertatis*. De emendaties in de tekst zijn afkomstig van Mommsen.

Deze procedure[20] betrof een testament dat de erflater, Valerius Nepos geheten, had opengesneden om vervolgens de namen van de erfgenamen door te halen. De nalatenschap kwam om ons onbekende redenen bij de *fiscus* terecht en deze werd aangesproken door de legataris Vibius Zeno tot uitkering van diens legaat. De *fiscus* verweerde zich hiertegen bij monde van de *advocatus fisci* Calpurnius Longinus door te stellen dat een testament zonder erfgenamen ongeldig was en dat dit als gevolg had dat ook de vermaakte legaten en vrijlatingen niet langer konden worden opgeëist. Marcus Aurelius koos echter voor een *humanior interpretatio* van het handelen van de erflater en oordeelde op basis van de *voluntas testatoris* dat slechts de erfstellingen ('de dingen, die hij heeft doorgehaald') ongeldig waren. Hieruit volgt dat de legaten en vrijlatingen uit het testament wél door de *fiscus* moesten worden gerespecteerd. Aan deze beslissing voegt Marcellus, de auteur van de tekst, nog de volgende opvallende opmerking toe. Zelfs als een erflater had bepaald in een testament dat een slaaf vrij zou zijn (*manumissio directa*) en later de naam van dezelfde slaaf had doorgehaald (hetgeen op basis van deze uitspraak zou leiden tot de ongeldigheid van het vrijlating), dan verkreeg deze slaaf bij het overlijden van zijn meester toch de vrijheid op grond van een rescript van Marcus Aurelius. In dergelijke gevallen woog de *favor libertatis* zwaarder dan de *voluntas testatoris*. In het licht van het voorgaande hoeft het geen verbazing te wekken dat de *alumna* ervoor koos om haar zaak voor te leggen aan de keizer.[21]

3.2 Het interlocutoire vonnis

Uit de tekst van Paulus blijkt dat de keizer de zaak in twee fasen behandelde, die eindigden in twee beslissingen, een tussenvonnis ingeleid door *interlocutus est* (*interlocutio pro tribunali*) en een eindoordeel ingeleid door *pronuntiavit*.[22] Hieruit kan worden opgemaakt dat de *alumna* waarschijnlijk in de procedure bij de keizer niet alleen haar vrijheid eiste, maar ook uitkering

20 Zie voor een overzicht van de (zeer uitgebreide) literatuur over deze tekst BZD, nr. 12 (D. 32,27,1) nt. 46.

21 Onjuist is de aanname van Cugia dat de tekst betrekking heeft op een *revocatio in servitutem* door de erfgenamen, S. Cugia, *L'invalidità totale della istituzione di erede*, Napels: Alvano 1913, 32 e.v. Zoals terecht wordt betoogd door Sanfilippo, *Libri Tres*, 103-104 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 197-198, vond ten tijde van Severus *revocatio in servitutem* slechts plaats wanneer de vrijgelatene zich ondankbaar tegenover zijn meester had opgesteld (*libertus ingratus*) of de vrijlating ten nadele van de *fiscus* was geschied en de tekst van Paulus geeft geen enkele aanleiding om hiervan uit te gaan, zie Kaser, *Privatrecht*, 292-293. Zie voor de *ingratus libertus* D. 37,14,5 *pr*. en D. 25,3,6,1, voor de *revocatio* bij benadeling van de *fiscus* D. 40,9,16,3 en D. 49,14,30.

22 Litewski, 'Zwischenbescheide', 213; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 199 e.v. Zie ook D. Nörr, 'Zu einem fast vergessenen Konstitutionentyp: interlocutio de plano' in: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, deel 3, Milaan: Giuffrè 1983, 519 e.v., i.h.b. 532-533 (= D. Nörr (ed.), *Historiae iuris antiqui: gesammelte Schriften*, deel 3, Golbach: Keip 2003, 1505 e.v.).

van de aan haar vermaakte fideï-commissen verlangde.[23] In dit geval omvatte de zaak immers twee afzonderlijke rechtsvragen: ten eerste de vraag naar de (on)geldigheid van haar testamentaire vrijlating en ten tweede de vraag of zij aanspraak kon maken op de aan haar in het testament vermaakte fideïcommissen.

Paulus beschrijft de inhoud van de eerste fase van de keizerlijke procedure met de woorden '*quaesiit imperator, an ut ex causa fideicommissi manumissa fuisset*'. De inleidende woorden '*quaesiit imperator*' kunnen op verschillende wijzen worden geïnterpreteerd. Er wordt soms aangenomen dat Paulus verwijst naar een vraag die door Severus tijdens de beraadslagingen in het *consilium* werd opgeworpen.[24] Het werkwoord *quaerere* kan echter ook 'gerechtelijk onderzoeken' betekenen.[25] In dit geval verwijst Paulus niet naar een vraag van de keizer aan diens *consilium*, maar omschrijft hij simpelweg de rechtsvraag die door de keizer gedurende de procedure werd onderzocht, te weten de vraag of het meisje op enigerlei wijze de vrijheid had verkregen of diende te verkrijgen. Hierop zal nu nader worden ingegaan.

Inhoudelijk kwam het eerste deel van de procedure neer op een verkenning van de mogelijkheden om de directe vrijlating uit het testament om te zetten in een fideï-commissaire vrijlating.[26] Het was immers in beginsel naar Romeins recht mogelijk om intestaaterfgenamen te belasten met een fideï-commis[27] en in het verlengde daarvan ook met een fideï-commissaire vrijlating.[28] Dit kon echter alleen indien het de daadwerkelijke bedoeling van de erflater was geweest om zonder testament te overlijden.[29] Had de erflater wel een testament opgesteld en zijn erfgenamen met een aantal fideï-commissen belast, maar was dit testament om welke reden dan ook ongeldig, dan konden de intestaaterfgenamen niet tot uitkering van de fideïcommissen worden verplicht, zelfs niet als zij ook de testamentair erfgenamen waren geweest.[30] In een dergelijk geval konden de bepalingen uit het

23 Anders Negri, *Clausola,* 35 e.v. en Johnston, *Law of trusts,* 130, die beide menen dat de erfgenamen het meisje uit eigen beweging hadden vrijgelaten en de procedure dus slechts zag op de fideï-commissen. Anders ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 105-106 (zie ook de tekst in klein lettercorps *infra*), die meent dat de *alumna* slechts om haar vrijheid procedeerde en daarom betoogt dat er geen sprake was van twee oordelen, maar dat Severus slechts één keer uitspraak heeft gedaan in deze zaak. Hij meent dat de laatste zin van D. 40,5,38 (*pronuntiavit…praestanda*) geïnterpoleerd is. Als argument hiervoor noemt hij de herhaling van woorden die een keizerlijke beslissing markeren, dat wil zeggen *interlocutus est* gevolgd door *pronuntiavit*. Daarnaast is hij van mening dat de vaststelling *recte eam manumissam* 'assurdo' is, aangezien het meisje op bevel van de keizer vrijgelaten is en niet op grond van het testament van de erflater.

24 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 201 met verwijzingen naar andere auteurs in nt. 174.

25 Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 481. Zie m.b.t. vrijheidsprocessen in het bijzonder bijvoorbeeld D. 40,12,72 *pr*.

26 Sanfilippo, *Libri Tres*, 103; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 201-202.

27 Gai. 2,270 en D. 29,7,8,1. Zie over deze mogelijkheid ook Babusiaux, *Erbrecht*, 270 e.v.

28 D. 40,4,43.

29 Vgl. D. 30,114,2. Zie ook Babusiaux, *Erbrecht*, 271-272.

30 D. 31,81 en wederom Babusiaux, *Erbrecht*, 271-272.

testament, of het nu legaten, directe vrijlatingen of fideï-commissen betrof, slechts op één manier worden gered, namelijk door het opnemen een zogeheten 'codicillaire clausule' in het testament.[31] In zulk een clausule bepaalde de erflater dat de beschikkingen in het testament te gelden hadden als fideï-commissen bij versterf, indien het testament later ongeldig bleek te zijn. Het testament en zijn inhoud werden met andere woorden geconverteerd in een codicil *ab intestato*.[32] Als de erflater van D. 40,5,38 een dergelijke clausule in zijn testament had opgenomen, werd de directe vrijlating van de *alumna* van rechtswege omgezet in een fideï-commis ten laste van de intestaaterfgenamen. Het lijkt erop dat de keizer de mogelijkheden tot een dergelijke conversie bij zijn behandeling van het geval heeft willen verkennen: '*an ut ex causa fideicommissi manumissa fuisset*'.[33] Hij en zijn *consilium* kwamen echter tot de conclusie dat de erflater niets bij versterf had verzocht, noch middels een direct fideï-commis noch middels een codicillaire clausule ('*etiamsi nihil ab intestato pater petisset*'). Het realiseren van de vrijlating als ware op grond van een fideï-commis bij versterf bood in dit geval dus geen soelaas.

De keizer weigerde zich bij deze vaststelling neer te leggen en oordeelde toch in het voordeel van de *alumna.* Hij baseerde zijn oordeel hierbij op de *pietas*, het respect dat de kinderen jegens hun vader en diens wensen verschuldigd waren,[34] en stelde dat het passend was voor respectvolle zonen (*pii filii*) om het meisje vrij te laten dat hun vader zozeer had liefgehad.[35] Uit de beslissing van de keizer blijkt een duidelijke waardering voor de *voluntas testatoris*, de wil van de erflater. Hoewel het testament ongeldig was, was daaruit de intentie van de erflater wel duidelijk kenbaar en de keizer kon deze dan ook in zijn beslissing meenemen. De beslissing is daarnaast ook een voorbeeld van de toepassing van het principe van *favor libertatis*, dat wil zeggen de (keizerlijke) gewoonte om in geval van twijfel zoveel mogelijk in het voordeel van vrijlating te beslissen, zelfs al ging dit gepaard met het opzij zetten van de regels van het *ius civile*.[36] Het moge duidelijk zijn dat de keizer dit laatste in de onderhavige zaak zonder meer deed. Zijn beslissing was niet gebaseerd op enige regel van het Romeinse recht, maar uitsluitend gebaseerd op subjectieve noties als *pietas*, *voluntas testatoris* en *favor libertatis*. Sanfilippo verwoordt het mooi wanneer hij stelt dat gaat om een 'un caso

31 Zie D. 29,7,1. Zie verder Kaser, *Privatrecht*, 694 en Babusiaux, *Erbrecht,* 182-183.

32 Een codicil kon zowel bij testamentaire als bij intestaatopvolging worden opgemaakt, zie hierover BZD, nr. 11 (D. 32,27 *pr.*) sub 2.2.1.

33 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 104 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 201-202. Dit verklaart ook waarom de tekst door de Justiniaanse compilatoren is opgenomen in Digestentitel 40,5 over fideï-commissaire vrijlatingen.

34 Heumann & Seckel, *Handlexikon,* 429-430.

35 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres,* 105 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 203-204.

36 Vgl. D. 50,17,122. Zie voor verdere verwijzingen naar literatuur over de *favor libertatis* BZD, nr. 19 (D. 40,1,10) nt. 42.

insomma, in cui l'imperatore deliberamente vuol far prevalere l'equità al diritto, contrapponendo alla regola giuridica un precetto morale'.[37]

3.3 De tweede procedure

De zonen gaven uitvoering aan de tussenuitspraak van de keizer en lieten het meisje vrij. Vervolgens moest Severus nog een beslissing nemen over het verzoek van de *alumna* dat logisch uit het voorgaande voortvloeide, te weten de uitkering van de fideï-commissen. Hij oordeelde dat ook deze moesten worden uitgekeerd: '*Pronuntiavit igitur recte eam manumissam et ideo fideicommissa etiam ei praestanda*'. In zijn uitspraak legde de keizer een verbinding tussen de vrijlating en de fideï-commissen, die wordt gemarkeerd door het gebruik van het woord *ideo*.[38] Hij stelde dat *omdat* het meisje rechtsgeldig vrijgelaten was, de in het testament opgenomen fideï-commissen ook aan haar door de erfgenamen moesten worden uitgekeerd. Deze beslissing is opmerkelijk, daar in het voorgaande reeds is gebleken dat niet alleen de vrijlating van de *alumna*, maar ook alle andere beschikkingen uit het testament van de vader ongeldig waren. Dit bracht met zich mee dat er geen enkele rechtsgrond bestond voor de uitkering van de fideï-commissen aan het meisje. Toch werden de zoons hiertoe veroordeeld door de keizer. Blijkbaar waren beide beschikkingen volgens hem onderling van elkaar afhankelijk: het verlenen van de vrijheid bracht als 'automatisch' gevolg met zich mee dat de fideï-commissen ook moesten worden uitgekeerd. Hoewel dit in de tekst niet wordt vermeld, kan worden aangenomen dat ook deze einduitspraak van de keizer was gebaseerd op de *pietas* en in het verlengde daarvan, de *voluntas testatoris*.[39]

Het decreet van D. 40,5,38 was niet de enige beslissing die Severus in het voordeel van *alumni* nam. Zo bevat de Codex een rescript van Severus en Caracalla ten behoeve van *alumni*, waarin zij oordeelden dat deze geen object konden zijn van een generale hypotheek.[40] Uit het feit dat de tekst over een vermogensrechtelijke handeling met betrekking tot *alumni* gaat, te weten de mogelijkheid van het vestigen van een hypotheek, kan worden opgemaakt dat het rescript alleen *alumni* met de status van slaaf betrof. Beide beslissingen laten zien dat Severus bereid was voor deze bijzondere groep slaven, waarop de regels van het *ius civile* in beginsel onverkort van toepassing waren, uitzonderingen te maken die passen bij de bijzondere rol die zij speelden in het leven van hun meester.

---

37 Sanfilippo, *Libri Tres*, 105. Door sommige auteurs wordt aangevoerd dat de keizer middels zijn oordeel toch de omzetting van de *manumissio directa* in een fideï-commissaire vrijlating bewerkstelligde en de zonen opdroeg hieraan uitvoering te geven, zie Impallomeni, *Manomissioni,* 182. De tekst geeft echter in het licht van het bovenstaande geen aanknopingspunten voor deze aanname. Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 203 nt. 181.

38 Johnston, *Law of trusts,* 131; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 204.

39 Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 204

40 C. 8,16(17),1.

21 D. 44,7,33: de constituties over de vererfbaarheid van poenae

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro tertio decretorum. *Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum*[a] *mortuo.*	Paulus in het derde boek van de 'Decreten'. Hij heeft geoordeeld met betrekking tot constituties, waarin duidelijk wordt gemaakt dat erfgenamen niet aansprakelijk zijn voor een poenale vordering, dat, als iemand bij leven was aangesproken, het opvorderen van de *poena* ook schijnt over te gaan, als ware er een procesovereenkomst gesloten met de overledene.

[a] *cum mortuo* Vulg.; *eu mortuo* F[1]; *eo mortuo* F[2] en *Hal.*

2 De vorm van de tekst

De vorm waarin deze tekst is overgeleverd, heeft vaak aanleiding gegeven tot de veronderstelling dat de compilatoren er de nodige ingrepen in hebben verricht. Verschillende Italiaanse auteurs maken uit de 'barbaarse opmaak' van de tekst op dat deze in haar huidige vorm door de compilatoren door middel van rigoureus knip-en-plak werk is samengesteld uit de originele tekst van Paulus.[2] Het is waar dat de meeste teksten uit de *Decreta* en de *Imperiales Sententiae* een andersoortige redactie kennen, te weten een beschrijving van het feitencomplex en processuele (voor)geschiedenis in combinatie met de uitspraak van de keizer, die meestal is voorzien van een motivering. Bij circa één derde van de teksten uit de *Decreta* en de *Imperiales Sententiae*, is dit echter niet het geval.[3] Het ontbreken van een beschrijving

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 122-125. Zie daarnaast von Savigny, *System VI*, 19-21; K.A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, deel 1, Marburg etc.: Elwertsche Universitäts-Buchhandlung 1863, 217-219; M. Wlassak, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wenen: Hölder 1917, 190-198; S. Riccobono, 'Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte', *ZSS* 47 (1927), 75-116.

2 Riccobono, 'Vererblichkeit', 77 ('Den Tekst haben die Kompilatoren augenscheinlich aus der Paulinischen Vorlage zusammengeflickt, (…). Das Machwerk der Byzantiner zeigt sich sofort in dem barbarischen abgehetzten Bau des Textes: (…)') en Sanfilippo, *Libri Tres*, 123.

3 Zie ALD, paragraaf 3.2.1

van het feitencomplex of soms zelfs een duidelijk gemarkeerd keizerlijk oordeel hoeft daarom niet automatisch te betekenen dat (wat er is overgebleven van) de tekst inhoudelijk als geïnterpoleerd moet worden aangemerkt.[4] D. 44,7,33 is summier, maar bevat wel een keizerlijke rechterlijke beslissing, ingeleid door het woord *'placuit'*, dat in de *Decreta* regelmatig op deze wijze wordt gebruikt.[5]

De tekst heeft betrekking op de overgang van aansprakelijkheid voor een *poena*. Paulus vermeldt dat in verschillende keizerconstituties was bepaald dat deze aansprakelijkheid in beginsel niet op de erfgenamen overging. De keizer bepaalde echter dat wanneer de procedure jegens de aansprakelijke persoon reeds tijdens diens leven was aangevangen ('*vivus conventus fuerat*'), deze overgang van aansprakelijkheid wel plaatsvond. Er bestaat grote verdeeldheid over de interpretatie van D. 44,7,33, die voornamelijk wordt veroorzaakt door de verschillende mogelijke betekenissen van het woord *poena.* In het onderstaande zal op de verschillende voorgestelde interpretaties nader worden ingegaan.

3 Interpretatie van de tekst

3.1 Strafrecht of civiel recht?

3.1.1 Overgang van strafrechtelijke aansprakelijkheid op erfgenamen

Mommsen[6] en in navolging van daarvan Lenel[7] zijn van mening dat de keizerlijke beslissing betrekking had op de overerfbaarheid van *poenae* in de *iudicia publica*, een strafrechtelijke procesvorm. Om te beoordelen of dit mogelijk het geval kan zijn geweest, moet eerst enige aandacht worden besteed aan de verschillende strafrechtelijke procedures en de vererfbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid ten tijde van het Principaat.

Gedurende het Principaat bestonden er verschillende strafrechtelijke procedures voor verschillende soorten delicten. Aanvankelijk werden de meeste misdrijven op grond van de *lex Iulia iudiciorum publicorum* nog op traditionele wijze berecht door de verschillende Republikeinse *quaestiones perpetuae*, de zogeheten *iudicia publica*.[8] Deze juryrechtbanken stonden onder

4 Zie over de mogelijkheid dat sommige van deze teksten door de compilatoren uit een uitgebreider verslag van Paulus zijn gelicht paragraaf ALD, 3.2.1.

5 Zie voor een dergelijk gebruik van *placuit/placet* D. 10,2,41; D. 32,27,1 en 2; D. 32,97; D. 37,14,24; D. 40,1,10; D. 49,14,48 *pr*.; D. 48,19,40.

6 Mommsen, *Strafrecht*, 392.

7 Lenel, *Palingenesia I*, 965 nt. 2.

8 Zie over de *iudicia publica* in het algemeen Mommsen, *Strafrecht*, 339 e.v., A.H.M. Jones, *The criminal courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford: Blackwell 1972, 45-89 en 91 e.v en O.F. Robinson, *The criminal law of ancient Rome*, Baltimore: John Hopkins University Press 1995, 2-6. Specifiek over hun functioneren tijdens het principaat Jones, *Criminal courts*, 91 en Robinson, *Criminal law*, 7.

leiding van een magistraat, meestal een *praetor*, en waren steeds verantwoordelijk voor de berechting van één afzonderlijk, in de wet vastgelegd delict. De misdrijven waarop zij betrekking hadden waren majesteitsschennis, afpersing, echtbreuk, sluipmoord, gif mengen, verwantenmoord, verduistering, testamentsvervalsing, private en publieke geweldpleging, omkoperij en delicten met betrekking tot de graanvoorziening.[9]

Naast de juryrechtbanken van de *iudicia publica* ontstonden er aan het begin van het Principaat nog een aantal andere rechters die in en rondom Rome strafrechtelijke jurisdictie bezaten, te weten de senaat, de keizer en de keizerlijke prefecten.[10] De rechtsprekende bevoegdheid van de senaat zag voornamelijk op de berechting van politieke aanklachten zoals hoogverraad en afpersing tegen senatoren en *equites*.[11] De keizer had een onbeperkte strafrechtelijke jurisdictie (al sierde het hem om de berechting van senatoren aan de senaat over te laten) en kon zowel in eerste aanleg als in appel zaken horen.[12] Ook zijn ondergeschikten beschikten over strafrechtelijke bevoegdheden. Zo was de *praefectus urbi* in de tijd van Severus bevoegd om van vrijwel alle misdrijven die in Rome en binnen honderd mijl rondom de stad werden gepleegd kennis te nemen,[13] terwijl de *praefectus praetorio* waarschijnlijk strafrechtelijke jurisdictie had voor misdrijven die in de rest van Italië hadden plaatsgevonden.[14] Ook de *praefectus vigilum* en de *praefectus annonae* beschikten over een beperkte jurisdictie in strafzaken.[15] Deze rechters hadden een aantal dingen met elkander gemeen. Zij waren om te beginnen niet gebonden aan de procesrechtelijke regels van de *iudicia publica* en hoorden de aan hen voorgelegde zaken dus *extra ordinem*.[16] Daarnaast concurreerde de jurisdictie van deze buitengewone gerechten met die van de *iudicia publica*: de berechting van de hierboven opgesomde '*crimina publica*' kon zowel door een *quaestio perpetua* als door een extraordinair gerecht geschieden.[17] Tot slot werd de berechting van nieuwe soorten misdrijven,

9 Zie de catalogus van Macer in D. 48,1,1.

10 Zie voor de bevoegde rechters in de provincies Mommsen, *Strafrecht*, 222-250 en Jones, *Criminal courts*, 98 e.v. De centrale figuur in het strafrechtsysteem van de provincies was de gouverneur (vgl. Ulpianus in D. 1,18,3 en 13 *pr.*). Daarnaast bestonden er mogelijk gedurende de eerste decennia van het Principaat ook in de provincies juryrechtbanken die overeenkomsten vertoonden met de *quaestiones perpetuae* in Rome, zie Jones, *Criminal courts,* 98 e.v.

11 Jones, *Criminal courts,* 94. Zie over de jurisdictie van de senaat ook Mommsen, *Strafrecht*, 251-259 en Talbert, *Senate*, 460-487.

12 Zie over de strafrechtelijke jurisdictie van de keizer ook ALD, paragraaf 2.2.1 en BZD, nr. 27 (D. 48,19,40).

13 D. 1,12,1 *pr.* en 4, *Coll*. 14,3,2 en Dio *Hist.* 52,21,1-2. Zie ook Mommsen, *Strafrecht*, 272 en Wojciech, *Stadtpräfektur*, 123 e.v.

14 Mommsen, *Staatsrecht* II.2, 968-970 op basis van *Coll*. 14,3,2.

15 D. 1,15,3,1 en 4 (*praefectus vigilum*) en D. 48,12,3,1 (*praefectus annonae*), waarover ook Mommsen, *Strafrecht*, 274-275 en Jones, *Criminal courts*, 97.

16 Jones, *Criminal courts,* 94.

17 Vgl. Jones, *Criminal courts,* 96 en Robinson, *Criminal law,* 8.

de zogeheten '*crimina extraordinaria*', exclusief overgelaten aan deze gerechten.[18] Deze allesomvattende jurisdictie van de keizer, zijn ondergeschikten en de senaat, die met de nodige praktische processuele voordelen gepaard ging,[19] bracht uiteindelijk met zich dat de *iudicia publica* gedurende de tweede eeuw in onbruik raakten.[20] Dit alleen al vormt een argument tegen de stelling van Mommsen en Lenel dat D. 44,7,33 betrekking heeft op de overgang van *poenae* in dit soort procedures. Daarnaast stuit hun opvatting ook op inhoudelijke bezwaren, zoals hieronder nader zal worden toegelicht.

Hoe zat het nu met de overgang van aansprakelijkheid en de hierbij behorende straffen (*poenae*) in de *iudicia publica*? Met betrekking tot de vererfbaarheid van *poenae*, in het bijzonder de straf van inbeslagname van het vermogen (*ademptio bonorum*), schrijft Modestinus het volgende:

> D. 48,2,20: 'In het geval van *iudicia publica* gaan straffen van inbeslagname van het vermogen niet anders over op de erfgenamen, dan wanneer het proces aanhangig is gemaakt en een veroordeling hierop is gevolgd, behalve in het geval van de procedure op basis van afpersing of majesteitsschennis, in welke gevallen het de heersende leer is dat ook tegen overleden verdachten, tegen wie nog geen procedure is aangevangen, in zoverre wordt doorgeprocedeerd, dat hun vermogens door de fiscus worden opgeëist. De vergoddelijkte Severus en Antoninus hebben zelfs gerescribeerd dat zodra iemand zich één van deze aanklachten op de hals heeft gehaald, hij niet meer iets uit zijn vermogen kan vervreemden of iemand kan vrijlaten. (...)'[21]

In de *iudicia publica* ging de aansprakelijkheid voor een *poena* (in dit geval *ademptio bonorum*) alleen over wanneer de gedaagde in een procedure hiertoe reeds was veroordeeld, zo blijkt uit D. 48,2,20. Uitzondering hierop vormde de vervolging van afpersing (*repetundae*) en majesteitsschennis (*maiestas*), die ook op de erfgenamen overging wanneer er nog geen procedure tegen de verdachte was aangevangen. In aanvulling op deze vaststelling merkt Modestinus vervolgens op dat in het geval van de overige misdrijven, '*cetera delicta*', de aansprakelijkheid voor *poenae* overging op het moment dat de verdachte bij leven nog was aangesproken, maar nog niet was veroordeeld:

---

18 Zie over de verschillende *crimina extraordinaria* Digestentitel 47,11, waarvan de meeste minder ernstig waren dan de *crimina publica,* aldus Robinson, *Criminal law,* 10. Zie daarnaast Jones, *Criminal courts,* 107.

19 Zie Jones, *Criminal courts,* 94 en 108, die er bijvoorbeeld op wijst dat de keizer en de senaat meerdere aanklachten tegelijk konden horen en niet gebonden waren aan de in de wet vastgelegde straffen.

20 Vgl. D. 48,1,8. Zie ook Jones, *Criminal courts,* 96-97.

21 Modestinus libro secundo de poenis. *Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur: adeo ut divus Severus et Antoninus rescripserunt, ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse. (...)*

> D. 48,2,20 (vervolg): 'In het geval van [berechting van] de overige delicten kan de straf alleen dan aan de erfgenaam worden opgelegd, wanneer tegen de verdachte terwijl hij nog in leven was een aanklacht is ingediend, ook al heeft er nog geen veroordeling plaatsgevonden.'[22]

In het licht van het voorgaande is het aannemelijk dat wanneer Modestinus in D. 48,2,20 spreekt over '*cetera delicta*', hij verwijst naar de misdrijven die door één van de hierboven genoemde rechters in een *cognitio extraordinaria* werden behandeld.[23] Dit zou ook het verschil met betrekking tot de vererfbaarheid van de strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen verklaren: in het geval van een traditionele *quaestio* ging de *poena* in beginsel slechts over wanneer de overleden gedaagde reeds was veroordeeld, terwijl dit niet noodzakelijk was bij een strafrechtelijke vervolging in de vorm van een *cognitio extra ordinem*.

3.1.2 D. 44,7,33 en de overgang van strafrechtelijke aansprakelijkheid

De uitspraak van de keizer in D. 44,7,33 luidde dat de aansprakelijkheid voor *poenae* op de erfgenamen van de overledene overging, indien deze bij leven reeds in rechte was aangesproken (*'placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri'*). Dit betekent dat de keizerlijke beslissing in het licht van het voorgaande geen betrekking kan hebben gehad op *iudicia publica*, daar zojuist is aangetoond dat in dergelijke procedures de aansprakelijkheid voor *poenae* in beginsel slechts overging wanneer de procedure tegen de overledene tot een veroordeling had geleid.[24] Slechts in het geval van de *cetera delicta* was een overgang van aansprakelijkheid na het uitbrengen van de dagvaarding al mogelijk. Is dat de *persecutio poenae* waar Paulus het in D. 44,7,33 over heeft? Er is een tweetal redenen om aan te nemen dat de door de keizer geformuleerde rechtsregel ook geen betrekking heeft gehad op deze groep van strafrechtelijke procedures.

Om te beginnen is de analogie die Paulus en/of de keizer aan het einde van de tekst maakt met de *litis contestatio* moeilijk verklaarbaar, wanneer we ervan uitgaan dat de keizerlijke uitspraak betrekking heeft gehad op het extraordinaire strafprocesrecht. Het bewijs voor het bestaan van een *litis contestatio* in de traditionele strafrechtelijke procedure, dat wil zeggen in de *iudicia publica*, is uiterst dun en is bovendien slechts afkomstig uit juridische bronnen van de Severische tijd en daarna.[25] De hierboven geciteerde tekst van Modestinus (D. 48,2,20) is één van de weinige teksten die expliciet

---

22 *ex ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta.*

23 Vgl. Wlassak, *Anklage*, 145.

24 Wlassak, *Anklage*, 192.

25 Zie Mommsen, *Strafrecht*, 392-393, die suggereert dat de strafrechtelijke *litis contestatio* werd ontwikkeld door de Severische juristen om vermogensstraffen vererfbaar te maken, hetgeen voordelig zou zijn voor de *fiscus*. Kritisch over het bestaan van een strafrechtelijke *litis contestatio* is Wlassak, *Anklage*.

over een *litis contestatio* (*'lis contestata'*) in verbinding met de *iudicia publica* spreekt.[26] Als men toch op basis van dit beperkte bewijs zou willen concluderen dat er sprake was van een *litis contestatio* binnen de *quaestio*-procedure, dan moet worden benadrukt dat zij niet dezelfde rechtsgevolgen had als de *litis contestatio* in het civiele recht. Het feit dat er een *litis contestatio* had plaatsgevonden, had immers volgens Modestinus *niet* als gevolg dat de aansprakelijkheid van de overleden gedaagde overging op zijn erfgenamen, hetgeen wel het geval was bij de *litis contestatio* in de civiele procedure. Hiervoor was in een *iudicium publicum* een veroordelend vonnis vereist. Hieruit volgt dat de analogie met de strafrechtelijke *litis contestatio* die in D. 44,7,33 wordt getrokken, volledig onjuist zou zijn, aangezien deze gebaseerd is op de aanname dat de *litis contestatio* juist wel de vererfbaarheid van de *poenae* met zich bracht. [27]

Daar komt nog bij dat de plaats van de tekst in de Digesten en in de *Decreta* zelf een sterke indicatie vormt dat het hier gaat om een civielrechtelijke bepaling. Uit het feit dat de tekst is opgenomen in Digestentitel 44,7 *De obligationibus et actionibus* en niet in boeken 47 en 48 van de Digesten, die het strafrecht bevatten, kan worden afgeleid dat de compilatoren de tekst als een civielrechtelijke bepaling beschouwden. De *Decreta* zelf bevatten naast D. 44,7,33 slechts één andere strafrechtelijke beslissing over de strafmaat in een geval van *maiestas* (het verborgen houden van een vijand, D. 48,19,40).[28] Technische vraagstukken over het strafprocesrecht behoorden duidelijk niet tot de materie waarover de keizer zich placht te buigen, terwijl we wel verschillende beslissingen op het gebied van het civiele procesrecht in de *Decreta* tegenkomen.[29]

Uit het voorgaande volgt dat het zeer onwaarschijnlijk is dat het decreet van D. 44,7,33 betrekking had op het strafrecht. Hoe moeten we de keizerlijke beslissing in dit geval in zijn privaatrechtelijke context interpreteren?

3.2 Verschillende civielrechtelijke procedures

3.2.1 Poenae en poenale acties

Het woord *poena* had in de context van het privaatrecht verschillende betekenissen. Het kon verwijzen naar een bij stipulatie overeengekomen boeteclausule, die de gevolgen van schending van het contract door één van beide partijen regelde.[30] Aangezien deze *poena* onderdeel uitmaakte van de contractuele relatie tussen partijen, golden geen bijzondere regels voor de overgang hiervan op de erfgenamen bij het overlijden van één van beide partijen.

---

26 Zie daarnaast D. 48,16,15,5.

27 Zie ook Wlassak, *Anklage*, 196.

28 BZD, nr. 27 (D. 48,19,40).

29 Zie bijvoorbeeld D. 10,2,41/D. 37,14,24, D. 16,2,24 en D. 48,18,20.

30 Heuman & Seckel, *Handlexikon*, 435. Zie over de boeteclausule in het algemeen Kaser, *Privatrecht*, 519-521, Zimmermann, *Law of obligations*, 95-113 en R. Knütel, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Keulen etc.: Böhlau 1976.

Het woord *poena* kon echter ook verwijzen naar een bijzonder soort acties, de zogeheten poenale acties (*actiones poenales*), waarmee het slachtoffer van een onrechtmatige daad (*delictum*) een boete kon opeisen van de pleger ervan ter vergelding van diens delict.[31] Voorbeelden van dit soort acties waren de *actio furti* (diefstal) en de *actio iniuriarum* (kwetsing). Voor de overgang van deze acties op de erfgenamen bestond in de traditionele civiele procedure, het formulaproces, een bijzondere regeling. De aansprakelijkheid voor poenale acties ging in beginsel bij het overlijden van de gedaagde niet over op zijn erfgenamen, behalve wanneer het in de tegen hem aangespannen procedure reeds tot een *litis contestatio* was gekomen.[32] In dit laatste geval ging immers de verbintenis, die aan de procedure ten grondslag lag, door de consumerende werking van de *litis contestatio* teniet en werd deze vervangen door een verbintenis uit de procesovereenkomst en later uit vonnis, die wél vatbaar was voor erfrechtelijke overgang.[33] Deze regel wordt in verschillende teksten in de Digesten bevestigd, waaronder ook door Paulus zelf:

> D. 27,7,8,1 *i.f.*: '(…). Dit moet slechts dan in acht worden gehouden, wanneer de erfgenaam na de dood van de voogd wordt aangesproken, maar niet als de voogd is overleden nadat de procesovereenkomst is gesloten: want door het sluiten van de procesovereenkomst gaan niet alleen poenale acties aan beide kanten over maar worden ook aan een termijn gebonden acties permanent.'[34]

Het *decretum* van D. 44,7,33, waarin de vererfbaarheid van *poenae* wordt verbonden met de dagvaarding van de gedaagde (*vivus conventus*), is duidelijk in strijd met deze procesrechtelijke regel, die niet alleen door Gaius wordt aangemerkt als een *certissima iuris regula*,[35] maar ook door Paulus zelf wordt onderschreven.[36] Op basis van deze vaststelling kan worden geconcludeerd dat de regel die in D. 44,7,33 door de keizer werd geformuleerd geen betrekking had op de vererfbaarheid van *poenae* in het traditionele formulaproces, maar op de wijze waarop deze vererfden in de buitengewone cognitieprocedure.[37] De eerste zin van de tekst vormt hiervoor een sterk bewijs. Waarom zouden de regels voor de vererfbaarheid van *poenae* in het formulaproces in

---

31 Waarover in het algemeen Kaser, *Privatrecht*, 609-614 en Zimmermann, *Law of obligations*, 902-921 en verder P. Voci, 'Azioni penale e azioni miste' *SDHI* 64 (1998), 1-46.

32 Gai. 4,112 (niet vererfbaar); D. 44,7,59, D. 50,17,139 *pr.* en 164 (overgang na *litis contestatio*).

33 Gai. 3,180.

34 Paulus libro nono responsorum. (…) *hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur.*

35 Gai. 4,112.

36 Onjuist is daarom ook de aanname dat D. 44,7,33 een bewijs vormt voor de stelling dat de passieve vererfbaarheid van poenale acties reeds in de tijd van Paulus niet langer werd verbonden met de *litis contestatio*, maar met de dagvaarding, vgl. von Vangerow, *Lehrbuch*, 1.218 en verwijzingen naar oudere auteurs aldaar.

37 Von Savigny, *System VI*, 19; von Vangerow, *Lehrbuch I*, 218; Wlassak, *Anklage*, 190-191. Zie ook B. Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf: Buddeus 1856, 68.

meerdere keizerconstituties moeten worden vastgesteld? Het lijkt onzinnig voor de keizers om in hun constituties nogmaals te bevestigen wat allang duidelijk en bekend was.[38] Het is om deze reden aannemelijk dat de constituties waaraan Paulus of de keizer in D. 44,7,33 refereert betrekking hadden op de cognitieprocedure, te meer daar het procesrecht voor dit soort procedures voornamelijk door de keizers werd ontwikkeld. De extraordinaire procedure was immers nauw verbonden met de keizer en de opkomst van diens bureaucratie.[39] Ook de woordkeuze van Paulus wijst in de richting van een procedure *extra ordinem*. Het woord *persecutio*, waarmee Paulus het in rechte opeisen van de *poena* aanduidt, wordt in het bijzonder in de Digesten gebruikt om een vordering *extra ordinem* aan te duiden, vgl. D. 50,16,178,2 (Ulpianus): "*Persecutionis' verbo extraordinarias persecutiones puto contineri*'.[40]

> Ondanks de bovenstaande argumenten wordt toch door sommige schrijvers betoogd dat de tekst betrekking zou hebben op het formulaproces. Er zijn auteurs die menen dat de beslissing van D. 44,7,33 conform het geldende recht was.[41] Zij betogen hiertoe dat de woorden *si vivus conventus fuerat* slechts zouden uitdrukken dat de procedure al enige tijd bezig was en dat de gedaagde gedurende de loop van de procedure (en niet net na het uitbrengen van de dagvaarding) was overleden. De woorden *quasi lite contestata cum mortuo* geven in hun ogen aan dat er reeds een procesovereenkomst was gesloten, hetgeen wel een heel vergezochte interpretatie van het woord *quasi* lijkt.[42] Een andere inpassing van de tekst in het formulaire procesrecht wordt voorgesteld door Riccobono.[43] Hij betoogt dat – hoewel de tekst naar zijn mening zwaar geïnterpoleerd is – de beslissing van de keizer zou zijn gebaseerd op de mogelijkheid om in de formulaprocedure een fictieve *litis contestatio* (*'ac si lis contestata fuisset'*) in het procesformulier op te nemen.[44] Hij verbindt hiertoe de tekst uit de *Decreta* met D. 2,11,10,2, waaruit hij – met de nodige aanpassingen in de tekst – het bestaan van een dergelijke fictie afleidt. Aangezien D. 44,7,33 ook betrekking heeft op de vererfbaarheid van een *poena* na een enkele dagvaarding (*conventio*) bij de dood van de gedaagde, gaat Riccobono ervanuit dat beide teksten over eenzelfde soort geval gaan.[45] Riccobono's theorie over het bestaan van een fictieve *litis contestatio* is – zoals viel te verwachten – niet zonder kritiek gebleven. Door Lenel is overtuigend aangetoond dat een dergelijke fictieve *litis contestatio* niet paste in het systeem van de *formulae in ius conceptae* noch in dat van de *formulae in factum conceptae*.[46] Hiermee komt de uitleg van Riccobono van D. 44,7,33 op zeer losse schroeven te staan en moet dan ook worden afgewezen.[47]

38 Von Vangerow, *Lehrbuch I*, 219.
39 I. Butti, 'La 'cognitio extra ordinem': da Augusto a Diocleziano' *ANRW* II.14 (1982), 31.
40 Vgl. Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 424, s.v. *perscutio* sub bb met verwijzingen naar andere vindplaatsen. Zie daarnaast ook Kaser, *Zivilprozessrecht*, 485.
41 De belangrijkste bron voor deze opvatting is de Glosse, zie Gl. *quasi* ad D. 44,7,33 '*Expressivum est veritatis, et sic plana est haec lex*' en Gl. *mortuo* ad D. 44,7,33 '*id est eo mortuo post litem contestatam'*. Zie daarnaast bijvoorbeeld K.G. von Wächter, *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte*, deel 3, Stuttgart: Metzler 1846, 113 en H. von Buchka, *Die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß*, deel 2, Rostock: s.n. 1847, 63 e.v.
42 Zie ook von Vangerow, *Lehrbuch I*, 218-219.
43 Riccobono, 'Vererblichtkeit', 75 e.v.
44 Zie voor de interpolatievermoedens Riccobono, 'Vererblichkeit', 78-80.
45 *Idem*, 98-99.
46 O. Lenel, 'Fingierte Litiskontestation?' *ZSS* 48 (1928), 563-567. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 612 nt. 24.
47 Anders Sanfilippo, *Libri Tres*, 124-125.

3.2.2 Poenae in de cognitiones extra ordinem

De auteurs die ervan uitgaan dat D. 44,3,77 betrekking heeft op een civielrechtelijke *cognitio extra ordinem*, nemen aan dat de tekst ziet op *poenae* die door de gedaagde aan de *fiscus* waren verschuldigd en om deze reden in een fiscale *cognitio extra ordinem* werden opgeëist.[48] De *fiscus* was gerechtigd tot het innen van geldboetes voor verschillende kleinere vergrijpen zoals bijvoorbeeld het kopen van een zaak die object was van een rechtszaak en het betreden van het huis van de rechter door een aanklager of gedaagde, wiens zaak bij dezelfde rechter aanhangig was.[49] Daarnaast kon de *fiscus* ook als 'private' partij optreden in een gewone civiele procedure, die vanwege de betrokkenheid van de *fiscus* tegen het einde van de tweede eeuw ook werd gevoerd in de vorm van een *cognitio extra ordinem*.[50] In deze capaciteit kon de *fiscus* in theorie net als ieder ander rechtssubject gebruik maken van privaatrechtelijke poenale vorderingen, zoals de *actio furti* of de *actio ex lege Aquilia*. De bewoordingen van de keizerlijke beslissing laten echter ruimte voor een breder toepassingsbereik van de door de keizer formuleerde rechtsregel. Paulus vermeldt nergens in de tekst dat de werking hiervan beperkt was tot fiscale procedures. In de provincies vonden tegen het einde van de tweede eeuw procedures tussen burgers onderling in toenemende mate in de vorm van een *cognitio extra ordinem* plaats,[51] hetgeen als gevolg moet hebben gehad dat justitiabelen in de provincies ook schadevergoedingen op grond van delict middels deze procedure gingen opeisen.[52] Het is zeer goed mogelijk dat juist in het kader van een dergelijke procedure de vraag rees hoe men om moest gaan met de regeling omtrent de vererfbaarheid van vorderingen die waren gebaseerd op de *actiones poenales* uit het reguliere formulaproces.

3.2.3 Vererfbaarheid van poenae in de cognitio extra ordinem

In het voorgaande zijn de gevolgen van het sluiten van de *litis contestatio* voor de vererfbaarheid van *poenae* in het formulaproces reeds beschreven. In de Digesten worden de termen *litis contestatio* en *lite contestata* sporadisch door juristen in de context van de cognitieprocedure gebruikt, maar de *litis contestatio* had daarin duidelijk niet dezelfde rechtsgevolgen als in

48 Von Savigny, *System VI*, 19-20; von Vangerow, *Lehrbuch I*, 218; Wlassak, *Anklage*, 193 e.v., die hierbij wijst op twee andere teksten met een gelijksoortige strekking als D. 44,7,33, te weten D. 39,4,16,13 en D. 44,7,26.

49 *Fr. Iur. Fisc.* 1,8 en D. 48,14,1,4. Zie voor meer voorbeelden Lenz, *Privilegia fisci*, 61-62 en Millar, 'Fiscus', 37-38. Veel van deze boetes gingen aanvankelijk naar het *aerarium*, maar werden gedurende het Principaat door de keizer en zijn *fiscus* naar zich toe getrokken. Zie hierover paragraaf ALD, paragraaf 4.3.3.2.

50 Zie hierover ALD, paragraaf 4.3.3.2.

51 Zie over deze ontwikkeling Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 168-171, Butti 'La cognitio', 43 en M. Wlassak, *Zum römischen Provinzialprozess*, Wenen: Hölder 1919, 11-36.

52 Hier lijkt Kaser ook vanuit te gaan, wanneer hij schrijft over de maatstaf voor het bepalen van de boete door de rechter: Kaser, *Privatrecht*, 612.

de formulaprocedure.[53] Met andere woorden, aan de *litis contestatio* kwam in de *cognitio extraordinaria* – voor zover zij daar deel van uit maakte – niet dezelfde centrale rol toe als in het formulaproces. Meest in het oog springend was het feit dat de procesovereenkomst was ontdaan van haar belangrijkste rechtsgevolg, te weten haar consumerende werking.[54] Aangezien de vererfbaarheid van *poenae* in de formulaprocedure afhankelijk was van het sluiten van de procesovereenkomst, is het in het licht van de neutralisering van het begrip *litis contestatio* niet meer dan logisch dat op enig moment de vraag rees vanaf welk moment *poenae* waarover in een *cognitio extra ordinem* werd geprocedeerd overerfbaar werden. Het *decretum* van D. 44,7,33 bevat het antwoord op deze vraag. Bepalend was het moment van dagvaarding (het moment dat de gedaagde '*conventus*' was), aldus de keizer. Met betrekking tot de vererfbaarheid van *poenae* werd door deze beslissing aan het uitbrengen van de dagvaarding in de cognitieprocedure dezelfde rechtsgevolgen gegeven als in het formulaproces verbonden waren geweest aan de *litis contestatio*, hetgeen wordt uitgedrukt door de woorden '*quasi lite contestata cum mortuo*'.

Deze beslissing kwam niet geheel uit de lucht vallen maar sloot aan bij eerdere keizerlijke wetgeving over het moment waarop andere vorderingen waarover extraordinair werd geprocedeerd overerfbaar werden. In D. 5,2,7 maakt Paulus melding van een rescript van Antoninus Pius over dezelfde vraag met betrekking tot de *querela inofficiosi testamenti*, waarover ook in de vorm van een *cognitio extra ordinem* werd beslist:[55]

> D. 5,2,7: 'Laten wij eens bekijken, wie zijn procedure dusdanig schijnt te hebben voorbereid, dat de actie kan overgaan [op zijn erfgenaam]. En laten we aannemen dat hij zich in de vaderlijke macht bevond, opdat het aanvragen van het boedelbezit niet noodzakelijk voor hem is en de aanvaarding van de nalatenschap overbodig. Als hij met een dergelijke beschuldiging heeft gedreigd of ofwel sprake is van een mondelinge aanzegging dan wel een overhandiging van de dagvaarding, dan gaat de procedure over op zijn erfgenaam. Dit heeft wijlen Antoninus Pius gerescribeerd over de overhandiging van de dagvaarding en de mondelinge aanzegging.(…)'.[56]

53 Wenger, *Institutionen,* 276-279 en Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 490-491.

54 Wenger, *Institutionen*, 279 en Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 491.

55 Zie over de procesvorm en de bevoegde gerechtelijke instanties voor de *querela inofficiosi testamenti* Kaser, *Zivilprozessrecht*, 458.

56 Paulus libro singulari de septemviralibus iudiciis. *Quemadmodum praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus. et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit: is si comminatus tantum accusationem fuerit vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit, ad heredem suum accusationem transmittet: idque divus Pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit. (…).* Vgl. ook D. 5,2,6,2 en C. 3,28,5.

De tekst van Paulus ziet op het volgende geval. Een erflater was overleden met achterlating van een testament, waartegen persoon A wilde optreden met de *querela inofficiosi testamenti.* Wat nu als A kwam te overlijden voordat een rechter over zijn eis had kunnen oordelen? Tot het instellen van een *querela* was slechts een beperkte groep personen bevoegd, te weten de civiele en praetorische erfgenamen van de erflater (de kinderen, de ouders en de broers en zusters van de erflater).[57] Dit recht om het testament aan te vechten ging blijkens de hierboven geciteerde tekst in beginsel niet over op hun erfgenamen wanneer zij voor aanvang van de procedure kwamen te overlijden. Uit de tekst van Paulus blijkt echter dat dit op grond van een rescript van Antoninus Pius wel het geval was indien de bevoegde erfgenaam voor zijn of haar overlijden reeds een mondelinge aanzegging (*denuntiatio*) had gedaan of een dagvaarding had uitgebracht (*datio libelli*). Ook in dit geval was de vordering dus vatbaar voor overgang vanaf het moment dat de gedaagde (in dit geval de testamentaire erfgenaam of erfgenamen) door de eiser in rechte was aangesproken.

De samenhang tussen het rescript van Antoninus Pius en het decreet van Septimius Severus is een mooi voorbeeld van de wijze waarop de keizers gedurende het Principaat het recht ontwikkelden. Zij vaardigden met betrekking tot de extraordinaire procedure geen algemene regelgeving in de vorm van edicten uit die beoogde zoveel mogelijk gevallen te bestrijken, maar ontwikkelden het procesrecht op basis van individuele gevallen door middel van rescripten en decreten. Daarnaast laat het *decretum* van Severus zien hoe de keizers op de beslissingen van hun voorgangers voortbouwden en deze verder modificeerden. Op het moment dat deze zaak bij Severus werd aangebracht, bestond op grond van eerdere keizerconstituties blijkens de beschrijving van Paulus slechts de regel dat *poenae* niet overerfbaar waren. Deze rechtsregel week echter af van het traditionele *ius civile*, waarin *actiones poenales* vanaf het moment van *litis contestatio* wel degelijk overerfbaar waren. Deze discrepantie tussen het *ius civile* en het keizerrecht werd door Severus in zijn *decretum* rechtgezet: net zoals in het traditionele procesrecht, konden op grond hiervan *poenae* in de cognitieprocedure onder soortgelijke voorwaarden van de erfgenamen van een gedaagde worden opgeeist. Deze beslissing zal ongetwijfeld in het voordeel van de keizerlijke *fiscus* hebben gewerkt. Zij strekte echter ook ten voordele van de gewone burger die in Gallië een schadevergoeding voor de diefstal van zijn koe probeerde te krijgen.

57 D. 5,2,1. Zie daarnaast ook Kaser, *Privatrecht*, 711.

22 D. 46,1,68 pr.: de aansprakelijkheid van borgen voor magistraten

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro tertio decretorum. <*Fideiussores*> *[Praedes]*[a] *magistratuum in poenam vel multam, quam non spopondissent, non debere conveniri decrevit.*	Paulus in het derde boek van de 'Decreten'. De keizer heeft geoordeeld dat borgen van magistraten niet moeten worden aangesproken voor straffen of boetes, die zij niet hadden beloofd.

[a] *em.* Len.

2 Juridisch kader: borgen van magistraten

De keizerlijke uitspraak van D. 46,1,68 *pr.* heeft betrekking op de aansprakelijkheid van de borgen van municipale magistraten. Anders dan de magistraten in Rome,[2] waren gemeentelijke magistraten met het oog op het aan hen toe te vertrouwen beheer van de financiën van het *municipium*[3] verplicht om persoonlijke (en soms ook zakelijke) zekerheid te stellen voor hun eventuele aansprakelijkheid jegens de gemeente.[4] Deze verplichting werd vaak vastgelegd in de wetten van de individuele *municipia*, zoals bijvoorbeeld in de *Lex Irnitana*, de stadswet van Irni (einde eerste eeuw n. Chr.):[5]

> Caput 60: 'Zij die zich in deze gemeente verkiesbaar stellen voor het duumviraat of de positie van quaestor (…), ieder van hen moet, op de dag dat de verkiezingen zullen plaatsvinden, voordat de stemmen worden uitgebracht, onder toeziend oog van degene, die de verkiezingen zal organiseren, aan de gemeenschap van inwoners borgen (*praedes*) tot zekerheid aanbieden dat de gemeenschappelijke fondsen, die hij zal beheren gedurende tijd ambtstermijn, behouden zullen blijven.(…)'.[6]

---

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres,* 106-108.

2 Mommsen, *Staatsrecht I,* 700.

3 Zie de *Lex Irnitana*, cap. 60 (geciteerd *infra*) en daarnaast D. 50,1,2,5. Een voorbeeld van zo'n financiële taak van de magistraten, die bij nalatigheid kon leiden tot aansprakelijkheid van de borgen, is de inning van legaten die aan de gemeente waren vermaakt: D. 50,2,38,2.

4 D. 50,1,38,6 en de *Lex Irnitana*, cap. 60 (geciteerd *infra*).

5 Vgl. ook de *Lex Malacitana*, cap. 60 en de *Lex Tarentina*, cap. 9,2.

6 *Lex Irnitana,* cap. 60 (tab. VIIA), r. 10 en 14-18: *qui in eo municipio [II]viratum quaesturamve petent/ (…) quisquis(!) eorum quo die comitia habebuntur ante qu/am suffragium feratur arbitratu eius qui ea comitia ha/bebit praedes in commune municipum dato pecuniam com/munem eorum quam in honore suo tractaveri{n}t salvam / is fore (…).* Zie voor de meest recente editie van deze tekst J.G. Wolf (ed.), *Die Lex Irnitana: ein römisches Stadtrecht aus Spanien: lateinisch und deutsch,* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2011.

Uit deze tekst blijkt dat de *Lex Irnitana* het stellen van voldoende zekerheid voorschreef als een vereiste om deel te mogen nemen aan de verkiezing tot *duumvir* of *quaestor*. Boden de aangeboden borgen naar de mening van degene die de verkiezing organiseerde te weinig verhaal, dan moest de kandidaat hier nog zakelijke zekerheid in de vorm van *praedia* aan toevoegen.[7] Als de kandidaat geen of slechts gebrekkig zekerheid kon bieden, kon hij niet deelnemen aan de verkiezingen.[8] De in de stadswet gebruikte terminologie is in verband met de tekst van Paulus opvallend. De bepaling duidt de borgen van magistraten niet aan als '*fideiussores*', zoals Paulus in D. 46,1,68 *pr.* doet, maar als '*praedes*'. Deze terminologische discrepantie en haar gevolgen voor de tekst van Paulus verdienen enige nadere toelichting.

Uit de overgeleverde stadswetten van verschillende *municipia* in Spanje en Italië blijkt dat de borgen van gemeentelijke magistraten tijdens de Republiek en het Principaat plachten te worden aangeduid als '*praedes*'.[9] Over de wijze waarop een dergelijke vorm van borgstelling tot stand kwam, geven de stadswetten echter geen nadere informatie. De Digesten doen dat wel. De borgen verbonden zich jegens de gemeente door het afleggen van een zogeheten *cautio rem publicam salvam fore*, een garantie middels een vormelijke belofte dat het vermogen van de gemeente behouden zou blijven.[10] Uit het feit dat klassieke juristen als Papinianus, Paulus en Ulpianus nog spreken over borgstelling door middel van deze *cautio*, kan worden afgeleid dat dit

7 *Lex Irnitana*, cap. 60 (tab. VIIA), r. 18-19. Men spreekt dan ook wel van het stellen van '*praedes praediaque*'.

8 *Lex Irnitana,* cap. 60 (tab. VIIA), r. 21-24.

9 Zie over deze vorm van borgtocht Mommsen, 'Stadtrechte', 357 e.v. (met recensie van Dernburg in *KZGR* 3 (1856), 80 e.v.); W. Liebenam, *Städteverwaltung im romischen Kaiserreiche,* Leipzig: s.n. 1900, 320 e.v., C. van Gessel, '*Praedes, praedia, cognitores*: Les sûretés réelles et personnelles de l'adjudicataire du contrat public en droit romain (textes et réflexions)' in: J.-J. Aubert (ed.), *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain,* Genève: Droz 2003, 95-122.

10 D. 27,8,1 *pr.*; D. 50,1,2,5; D. 50,1,17,15; D. 50,4,16,2. Zie over deze *cautio* in het bijzonder C.P. Wagner, 'Cautio rem publicam salvam fore', *Revista Chilena de Historia del Derecho* 7 (1978), 57-65. Over de precieze vorm waarin deze borgstelling plaatsvond bestaat discussie in de literatuur. Volgens Mommsen, 'Stadtrechte', 357 e.v. was deze borgstelling vormvrij. Het woordgebruik van de verschillende teksten in de Digesten die betrekking hebben op de *cautio rem publicam salvam fore* wijzen in de richting van een stipulatie of een publiekrechtelijke variant daarvan. Een voorbeeld hiervan is het gebruik van het woord *interrogare*, dat de vraag van de *stipulator* bij het sluiten van een stipulatie door middel van vraag en antwoord pleegt aan te duiden (Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 283) in teksten die betrekking hebben op borgstelling door magistraten, zie bijvoorbeeld D. 50,8,5,3 ('*Pro magistratu <fideiussor> [praes] interrogatus*', emendatie Lenel, *Palingenesia I*, 884 nt. 1). Zie ook Varr. *L.L.* 6,74, die de gang van zaken bij de borgstelling als volgt omschrijft: '*Praes qui a magistratu interrogatus, in publicum ut praes siet; a quo et quom respondet, dicet: praes.*'. Zie voor een weerlegging van Mommsen's standpunt Dernburg, *KZGR* 3 (1856), 82-83 (vgl. Dernburg, *Pfandrecht I*, 27). Ook Liebenam, *Städteverwaltung,* 322, van Gessel, '*Praedes*', 114 en Koops, *Vormen*, 30 menen dat het om een *contractus verbis* gaat.

ook ten tijde van Severus nog steeds de meest gangbare wijze was waarop borgen zich voor gemeentelijke magistraten verbonden.[11]

De totstandkoming van deze publieke vorm van borgtocht sloot aan bij de privaatrechtelijke vormen van borgtocht die door stipulatie tot stand kwamen, *sponsio, fideipromissio* en *fideiussio*.[12] *Sponsio* en *fideipromissio* waren de oudste vormen van privaatrechtelijke borgtocht. Het belangrijkste verschil tussen beide was dat de eerste was voorbehouden aan Romeins burgers, terwijl de tweede ook door *peregrini* kon worden aangegaan.[13] *Sponsio* en *fideipromissio* kenden echter een aantal nadelen: zij werden gesloten ter verzekering van schulden die ook zelf middels een stipulatie tot stand waren gekomen en waren bovendien onderhevig aan een groot aantal wettelijke bepalingen die in het nadeel van de crediteur werkten.[14] Aan het einde van de Republiek ontwikkelde zich daarom een andere wijze van borgstelling, te weten de *fideiussio*. Deze wijze van zekerheidstelling was in tegenstelling tot *sponsio* en *fideipromissio* niet beperkt tot schulden die door een stipulatie tot stand waren gekomen en was niet gebonden aan het strenge wettelijke regime dat zich met betrekking tot deze andere vormen van stipulatieborgtocht had ontwikkeld.[15] De voordelen die de *fideiussio* met zich bracht hadden als gevolg dat de *sponsio* en *fideipromissio* door Justinianus werden afgeschaft.[16] Om de teksten van de klassieke juristen op deze nieuwe regeling aan te laten sluiten, werden niet alleen termen als *sponsor* en *fideipromissor*, maar ook de term *praes* door de compilatoren vervangen door de term *fideiussor*.[17]

Wat betekent een en ander nu voor de tekst van Paulus? Uit het voorgaande volgt dat het aannemelijk is dat, aangezien de tekst betrekking heeft op gemeentelijke magistraten, de zekerheidstelling in D. 46,1,68 *pr.* door middel van een *cautio rem publicam salvam fore* had plaatsgevonden en dat de borgen in de oorspronkelijke tekst door Paulus niet als '*fideiussores*', maar als '*praedes*' waren aangemerkt. Het is met andere woorden waarschijnlijk dat het gebruik van *fideiussores* in de Digestentekst berust op een interpolatie.[18]

---

11 Zie bijvoorbeeld D. 50,1,2,5 (Ulpianus), D. 50,1,17,15 (Papinianus) en D. 50,4,16,2 (Paulus). Anders Mommsen, 'Stadtrechte', 357 nt. 29a en 369, die meent dat het stellen van *praedes* gedurende het Principaat werd vervangen door privaatrechtelijke vormen van borgtocht.

12 Van Gessel, '*Praedes*', 114. Anders dan de figuur van borgtocht in het publiekrecht, hebben de Romeinse privaatrechtelijke vormen van borgtocht de nodige aandacht in de secundaire literatuur gekregen. Zie voor twee beknopte algemene overzichten van dit onderwerp met verwijzingen naar andere literatuur Kaser, *Privatrecht*, 660-666 en Zimmermann, *Law of obligations*, 114-152.

13 Kaser, *Privatrecht*, 662 en Zimmermann, *Law of obligations*, 120.

14 Alleen stipulatieschulden: Gai. 3,119-119a; wettelijke regelingen: Gai. 3,121 e.v.

15 Gai. 3,116.

16 Kaser, *Privatrecht II*, 458.

17 Kaser, *Privatrecht II*, 458.

18 Lenel, *Palingenesia I*, 964 nt. 1; Sanfilippo, *Libri Tres*, 106; Koops, *Vormen*, 59 nt. 349.

3 De keizerlijke uitspraak: de reikwijdte van de zekerheidstelling

Het feit dat de zekerheidstelling van de borgen van magistraten niet zag op een specifieke schuld van de desbetreffende magistraat, maar op alle mogelijke aansprakelijkheden jegens de gemeente die tijdens of na zijn ambtsperiode konden ontstaan, betekende niet dat de aansprakelijkheid van de borgen onbeperkt was. Zo konden de borgen alleen worden aangesproken wanneer de magistraten zelf geen of te weinig verhaal boden.[19] De reikwijdte van hun aansprakelijkheid werd daarnaast bepaald door de bewoordingen van hun stipulatie: *'rem publicam salvam fore'*. Aansprakelijkheden die niet verbonden waren aan de ambtsuitoefening door de magistraat vielen om die reden *niet* onder de aansprakelijkheid van de borgen. Met andere woorden, slechts wanneer er sprake was van schade aan het vermogen van het *municipium* konden de borgen aansprakelijk worden gesteld; in het geval van persoonlijke aansprakelijkheden op grond van het strafrecht of het civiele recht kon de wederpartij zich slechts wenden tot de magistraat zelf.[20] Een voorbeeld van een dergelijke persoonlijke aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid van een magistraat die ontstaat als hij een voogd heeft aangesteld zonder zekerheidsstelling te verlangen (de zogeheten *actio subsidiaria*).[21] Hierover merkt Ulpianus op twee verschillende plaatsen het volgende op:

> D. 27,8,1 *pr.*: 'De *actio subsidiaria* zal tegen de stadsraad niet worden verleend, maar wel tegen de magistraten, maar niet tegen hun borgen. Deze hebben immers beloofd dat het vermogen van de stad behouden zal blijven, niet dat van een pupil. (…).'[22]

> D. 50,1,2,5: 'Maar als een zoon er niet voor heeft gezorgd dat er voogden zijn aangesteld, of minder solvente personen heeft gekozen, of geen zekerheden heeft verlangd, of een insolvent persoon heeft aangesteld, dan bestaat er geen enkele twijfel dat hijzelf aansprakelijk is. Zijn vader wordt echter slechts dan aansprakelijk gehouden, als ook borgen op deze grond aansprakelijk plegen te worden gesteld. Maar dit is niet gebruikelijk (dit is immers vaak betoogd en bij rescript bepaald), omdat borgen beloven dat het vermogen van de stad behouden zal blijven, maar het is niet van belang voor de gemeente, voor zover het om de financiën gaat, dat voogden voor pupillen worden aangesteld.'[23]

---

19 D. 50,1,38,2 en D. 50,8,5,3. Zie ook Dernburg, *KZGR* 3 (1856), 82-83 en Koops, *Vormen*, 30.

20 Vgl. Gl. *fideiussores* ad D. 46,1,68 *pr.*: '*non enim plus tenentur quam promiserunt…promiserunt autem indemnitatem reipublicae non ultra.*' Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 106-108, die ook de hieronder geciteerde voorbeelden van deze regel behandelt.

21 Zie over deze mogelijkheid om magistraten voor eventuele door de pupil geleden schade aansprakelijk te stellen met de zogeheten *actio subsidiaria* BZD, nr. 7 (D. 26,5,28).

22 Ulpianus libro XXXVI ad edictum. *In ordinem subsidiaria actio non dabitur, sed in magistratus, nec in fideiussores eorum: hi enim rem publicam salvam fore promittunt, non pupilli. (…)*

23 Ulpianus libro primo disputationum. *Sed si filius tutores dare non curaverit vel minus idoneos elegerit nec satis exegerit vel non idoneum acceperit, ipse quidem quin sit obstrictus, nulla dubitatio est: pater vero ita demum obligatur, si et fideiussores solent hoc nomine obligari. sed non solent (hoc enim et relatum et rescriptum est), quia fideiussores rem publicam salvam fore promittunt, rei publicae autem nihil, quod ad rem pecuniariam attinet, interest pupillis tutores dari.*

Ook poenale acties die gericht waren tegen de magistraat konden om dezelfde redenen niet worden ingesteld tegen zijn borgen, aldus Papinianus:

> D. 50,1,17,15: 'Borgen, die hebben beloofd dat het vermogen van de stad behouden zal blijven, en zij die magistraten op hun eigen risico voordragen, kunnen niet aansprakelijk worden gesteld voor poenale acties, die zij, voor wie zij zich garant hebben gesteld, hebben opgelopen. Het is immers voldoende dat zij opdraaien voor schade aan de gemeente, hetgeen het voorwerp van hun belofte vormt.'[24]

De uitspraak van de keizer in D. 46,1,68 *pr.* ziet op twee andere soorten van aansprakelijkheid, te weten de aansprakelijkheden voor *poenae* en *multae*. Hoewel het woord *poena* kan verwijzen naar poenale acties in een civielrechtelijke procedure (vgl. D. 44,7,33), is dat in deze zaak niet het geval. Uit het feit dat *poenae* in samenhang met *multae* wordt genoemd, kan worden opgemaakt dat het hier gaat om publiekrechtelijke aansprakelijkheden voor verschillende soorten geldstraffen.[25] Het verschil tussen een *poena* en een *multa* wordt door Ulpianus toegelicht in D. 50,16,131,1:

> D. 50,16,131,1: 'Tussen een 'boete' (*multa*) en een 'straf' (*poena*) bestaat echter een groot verschil. Terwijl 'straf' de algemene benaming is van de bestraffing van alle delicten, wordt 'boete' specifiek gebruik voor een overtreding, van welke de bestraffing tegenwoordig een geldelijke is. Men pleegt echter niet slechts geldstraffen op te leggen, maar ook straffen die betrekking hebben op de persoon of diens reputatie. Daarnaast berust een boete op het oordeel van degene, die de boete uitspreekt. Een straf wordt niet opgelegd, als deze niet op grond van een wet of een ander rechtsvoorschrift specifiek aan een bepaald delict wordt verbonden. Met andere woorden, waar niet een specifieke straf is vastgesteld, daar wordt een boete opgelegd. Verder kan hij, aan wie de bevoegdheid tot rechtspreken is gegeven, een boete opleggen: het is op grond van de keizerlijke richtlijnen toegestaan dat slechts magistraten en gouverneurs van provincies een boete kunnen opleggen. Een straf kan echter eenieder opleggen, aan wie de vervolging van dat specifieke misdrijf of delict toekomt.'[26]

---

24 Papinianus libro primo responsorum. *Fideiussores, qui salvam rem publicam fore <responderunt> [sposponderunt] (em.* Mo.*), et qui magistratus suo periculo nominant poenalibus actionibus non adstringuntur, in quas inciderunt hi, pro quibus intervenerunt: eos enim damnum rei publicae praestare satis est quod promitti videtur.*

25 Ook Sanfilippo, *Libri Tres,* 106 lijkt van strafrechtelijke aansprakelijkheid uit te gaan. Zie voor het publiekrechtelijke karakter van de *multa* Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 355.

26 Ulpianus libro tertio ad legem Iuliam et Papiam. *Inter 'multam' autem et 'poenam' multum interest, cum poena generale sit nomen omnium delictorum coercitio, multa specialis peccati, cuius animadversio hodie pecuniaria est: poena autem non tantum pecuniaria, verum capitis et existimationis irrogari solet. et multa quidem ex arbitrio eius venit, qui multam dicit: poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est: quin immo multa ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita. item multam is dicere potest, cui iudicatio data est: magistratus solos et praesides provinciarum posse multam dicere mandatis permissum est. poenam autem unusquisque inrogare potest, cui huius criminis sive delicti exsecutio competit.*

Uit deze tekst volgt dat een *multa* een boete is, die alleen kan worden opgelegd door municipale magistraten en provinciegouverneurs. *Poena* is daarentegen een breder begrip en is een algemene aanduiding voor een sanctie op een delict.[27] Dit kan een geldstraf zijn, maar het kan ook gaan om een straf gericht op de persoon zelf (*i.e.* vrijheidsstraf, verbanning, doodstraf) of diens reputatie, aldus Ulpianus. Aangezien D. 46,1,68 *pr.* betrekking heeft op de aansprakelijkheid van borgen, moet het echter logischerwijs in dit specifieke geval gaan om een *poena* in de zin van een geldstraf. Een dergelijke straf vindt blijkens D. 50,16,131,1 haar grondslag in een wet of een ander voorschrift en kan door eenieder worden opgelegd, die bevoegd is om over de vervolging voor een bepaald delict te beslissen (en dus niet slechts door gemeentelijke magistraten of provinciegouverneurs zoals een *multa*). Daar staat tegenover dat de hoogte van de verschillende *poenae* in de wet was vastgelegd, terwijl de hoogte van een *multa* in beginsel door de rechter discretionair werd vastgesteld.[28]

De keizer bepaalde in het *decretum* van D. 46,1,68 *pr.* dat dergelijke publiekrechtelijke geldstraffen, die magistraten op persoonlijke titel waren opgelegd, niet konden worden verhaald op de borgen van magistraten. Hoewel de motivering van de uitspraak niet door Paulus wordt vermeld, is het aannemelijk dat er een soortgelijke redenering als in de hierboven geciteerde teksten van Ulpianus en Papinianus aan ten grondslag heeft gelegen. De borgen stonden garant voor schade aan het vermogen van het *municipium* die door toedoen van een magistraat was ontstaan, maar niet voor eventuele persoonlijke boetes of geldstraffen die aan dezelfde magistraat op persoonlijke titel waren opgelegd.[29]

27 Zie over het begrip *poena* in het strafrecht, civiele recht en fiscale recht ook BZD, nr. 21 (D. 44,7,33).

28 D. 50,16,244.

29 Vgl. Gl. *fideiussores* ad D. 46,1,68 *pr*. (geciteerd in noot 20 *supra*) en Sanfilippo, *Libri Tres*, 106.

23 D. 46,1,68,1: de zaak van Petronius Thallus en zijn medeborgen

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro tertio decretorum. *Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant:*[a] *bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat et conveniebat fideiussores*[b] *tam in sortem quam in usuras: qui deprecabantur. lecta subscriptione fideiussionis*[c]*, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit fideiussores*[b] *in usuras non teneri, sed quidquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem, et ita in id quod defuisset fideiussores*[b] *conveniendos exemplo pignorum a creditore distractorum.*	Paulus in het derde boek van de 'Decreten'. Petronius Thallus en een aantal andere personen hadden zich borg gesteld voor Aurelius Romulus, een pachter van een *vectigal*, voor HS 100.000 per jaar. De *fiscus* had het vermogen van Romulus in beslag genomen, als zijnde aan hem verhypothekeerd, en sprak de borgen aan voor zowel de hoofdsom als de rente. Deze dienden een verzoekschrift in. Nadat hij de akte van borgtocht had gelezen, deed de keizer uitspraak dat, aangezien zij zich slechts voor HS 100.000 per jaar hadden verbonden en niet voor de gehele pachtsom, de borgen niet aansprakelijk waren voor de rente, maar dat dat wat het vermogen had opgeleverd eerst naar de rente ging en het overige naar de hoofdsom, en dat de borgen op deze manier moesten worden aangesproken voor dat wat nog ontbrak, naar het voorbeeld van de verkoop van in pand gegeven zaken door een crediteur.

[a] *fideiusserant] centum annuorum…praedes facti erant* Len. [b] *praedes* Len. [c] *praedum*? Len.

2 Feiten, juridisch kader en prosopografie

2.1 Borgstelling bij een verpachting door de *fiscus*

Petronius Thallus had zich samen met een aantal andere personen borg gesteld voor ene Aurelius Romulus, die een *vectigal* van de *fiscus* had gepacht (*conductor vectigalis*). Afhankelijk van de context kan het woord *vectigal/vec-*

1 Deze zaak wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 108-111 en Wagner, *Entwicklung*, 145 e.v.

tigalia een groot aantal betekenissen hebben.[2] De meest basale betekenis van het woord is de natuurlijke opbrengst van een stuk land.[3] In de Digesten wordt het woord echter met name gebruikt om de verschillende soorten inkomsten van de Romeinse overheid, dat wil zeggen van het *aerarium* of de *fiscus* en van gemeentes, aan te duiden. Zo kan het bijvoorbeeld verwijzen naar de inkomsten die werden verkregen uit de verpachting van land (*agri vectigales*) of bepaalde gebouwen (*aedes vectigales*).[4] Daarnaast wordt het woord ook gebruikt om andersoortige publieke inkomsten uit belastingheffing of de exploitatie van publieke (zout)mijnen en pekbranderijen aan te duiden:

> D. 50,16,17,1: 'Onder publieke heffingen moeten wij verstaan, dat waaruit de fiscus zijn inkomsten ontvangt. Zoals bijvoorbeeld douaneheffing, belasting op koopwaar en de inkomsten uit de zoutmijnen, de steengroeves en de pekbranderijen.'[5]

Zoals hieronder nader zal worden toegelicht, werden deze overheidsinkomsten lang niet altijd door overheidsfunctionarissen geïnd. Het recht om dit voor de overheid te doen werd reeds sinds de Republiek bij openbare veiling verpacht aan privépersonen. Een dergelijk recht tot de inning van een bepaalde belasting of een andere publieke inkomst werd ook aangeduid als een *vectigal*.[6] Dit brengt ons terug bij de *conductor vectigalis* Aurelius Romulus. Uit het voorgaande volgt dat het woord *vectigal* in D. 46,1,68,1 kan verwijzen naar de pacht van land van de *fiscus* of naar de pacht van het recht tot inning van een bepaalde inkomstenbron van de *fiscus*, zoals een belasting. Een mogelijk beginpunt om de betekenis van het woord in D. 46,1,68,1 te bepalen wordt geboden door een andere tekst van Paulus, te weten D. 49,14,45,14:

> D. 49,14,45,14: 'Aan minderjarigen onder de vijfentwintig jaar moeten geen stukken grond en ook geen recht tot belastingheffing worden verpacht, opdat zij niet ten nadele van deze dingen het voorrecht van hun leeftijd gebruiken.'[7]

---

2 Vgl. Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 614 (s.v. *vectigal*). Zie daarnaast Koops, 'Moschis', 288 en U. Malmendier, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer,* Keulen etc.: Böhlau 2002, 128-132, S. Günther, *Vectigalia nervos esse rei publicae. Die indirekten Steuern in der römischen Kaiserzeit von Augustus bis Diokletian*, Wiesbaden: Harrassowitz 2008, 14-21. Het hierop volgende overzicht van de verschillende betekenissen van het woord *vectigal* is aan het werk van deze auteurs ontleend.

3 Bijv. D. 7,1,59,2.

4 Bijv. D. 6,3,1 *pr.* en D. 39,2,15,26.

5 Ulpianus libro decimo ad edictum. *"Publica" vectigalia intellegere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit: quale est vectigal portus vel venalium rerum, item salinarum et metallorum et picariarum.*

6 Bijv. D. 39,4,9 *pr.*-4; D. 39,4,11,5.

7 Paulus libro quinto sententiarum. *Minoribus viginti quinque annis neque fundus neque vectigalia locanda sunt, ne adversus ea beneficio aetatis utantur.*

Uit de loskoppeling van de *locatio* van een *fundus* van de overheid enerzijds en die van een *vectigal* anderzijds blijkt dat Paulus er de voorkeur aan gaf om het zelfstandig gebruik van het woord *vectigal* te reserveren voor de pacht van een recht tot belastingheffing.[8] Deze voorkeur zien we ook terug in de *Decreta*, waar de pacht van een stuk land van de *fiscus* door Paulus in expliciete bewoordingen wordt omschreven (D. 49,14,47,1: '*Aemilius Ptolemaeus conduxerat a fisco possessionem'*) en niet als de pacht van een *vectigal* wordt aangeduid.[9] Daar komt nog bij dat hij in het *principium* van dezelfde tekst (D. 49,14,47 *pr.*) nu juist wél spreekt over een *conductio vectigalis* en hij dus in feite in deze tekst dezelfde tegenstelling als die van D. 49,14,45,14 creëert.[10] Het is daarom aannemelijk dat het woord *vectigal* in D. 46,1,68,1 niet verwijst naar de pacht van land, maar dat Aurelius Romulus het recht om een belasting of een andere inkomstenbron te innen van de *fiscus* had gepacht.[11]

Het was reeds sinds de Republiek gebruikelijk om de inning van publieke inkomsten over te laten aan private ondernemers, de zogeheten *publicani*. Het recht om een bepaalde belasting te innen werd eens in de vijf jaar door de censoren in het openbaar geveild (*locatio censoria*) en opgekocht door *societates publicanorum*, samenwerkingsverbanden van meerdere *publicani* die als geheel het recht om een belasting te innen opkochten.[12] Een vertegenwoordiger van de *societas*, een *manceps*, ging het contract met de staat namens zijn vereniging aan. Ten tijde van de Republiek was het al gebruikelijk om van de veilingkoper te eisen dat hij bij aankoop van een dergelijk recht zekerheid stelde tot voldoening van de vordering van de Romeinse staat. Deze zekerheidstelling geschiedde door het aanbieden van borgen en stukken grond, '*praedes praediaque*', door de veilingkoper aan de ambtenaren van het *aerarium* (aanvankelijk de *quaestores*, later de *praefecti aerarii*).[13] Regelmatig dienden de *praedes* daarnaast ook zelf nog *praedia* aan te bieden ter aanvulling van de reeds door de veilingkoper verschafte zekerheid.[14] Een soortgelijke praktijk komen we gedurende het Principaat ook op municipaal niveau tegen in de stadswetten van Malaga en Irni. Ook deze schrijven voor dat de *duumviri* bij de verpachting van belastingen en publieke grond verplicht waren om van de beoogde pachter zekerheid in de vorm van

8 Malmendier, *Societas publicanorum*, 129-132 en Koops, 'Moschis', 293.
9 Koops, 'Moschis', 293.
10 Koops, 'Moschis', 293.
11 Zie ook Koops, 'Moschis', 293 nt. 80. Anders Sanfilippo, *Libri Tres,* 109 ('agri vectigales') en Biachini, *Materiali*, 105 ('ager vectigalis').
12 Waarover meest recent Malmendier, *Societas publicanorum*. Zie daarnaast ook E. Badian, *Publicans and sinners. Private enterprise in the service of the Roman Republic*, Oxford: Blackwell 1972 en P.A. Brunt, 'Publicans in the Roman Principate' in: *idem*, *Roman imperial themes*, Oxford: Clarendon Press 1990, 354-432.
13 Waarover Dernburg, *Pfandrecht I*, 26 e.v.; Schulz, *CRL*, 412-413; Malmendier, *Societas Publicanorum*, 89-91. Zie ook Mommsen, 'Stadtrechte', i.h.b. 466-478, Kniep, *Societas*, 204-214, Karlowa, *Rechtsgeschichte II*, 47-59 en H.J. Roby, *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines*, deel 1, Cambridge: University Press 1902, 477-482.
14 Dernburg, *Pfandrecht I*, 28 en Kniep, *Societas*, 206.

praedes praediaque te verlangen.[15] Deze publiekrechtelijke vorm van zekerheidstelling geschiedde, anders dan privaatrechtelijke zekerheidstelling, middels een geschreven verklaring (*subsignatio*), die werd ingeschreven in de registers van het *aerarium* (*tabulae publicae*) of van het *municipium* (*tabulae communes*)[16] en werd beheerst door haar eigen rechtsregels.[17] De staat of gemeente kon op het moment van het opeisbaar worden van de schuld zonder rechterlijke tussenkomst overgaan tot de executoriale veiling van het vermogen van de *praes* en in het bijzonder van de in zekerheid gegeven *praedia*.[18] De verkoop werd in het openbaar bekend gemaakt door middel van een edict van de magistraat die de verkoop leidde.[19] Over de precieze wijze waarop de veiling plaatsvond, bestaat veel onduidelijkheid. De *Lex Malacitana* schrijft voor dat '*e lege praediatoria praedibus praedisque vendundis dicere oporteret, aut, si lege praediatoria emptorem non inveniet, quam legem in vacuom vendendis dicere oporteret*'.[20] Mogelijk wordt met deze bepaling bedoeld dat de magistraten op grond van de algemene regels voor de verkoop van *praedes praediaque* (*lex praediatoria*) eerst moesten proberen om de zekerheidsobjecten te verkopen tegen een bedrag dat gelijk stond aan of hoger was dan de schuld van de schuldenaar aan de staat of de gemeente. Mocht men geen koper voor dit bedrag kunnen vinden, dan mochten de magistraten de zekerheidsobjecten voor een lagere, doch zo hoog mogelijke, prijs verkopen.[21] Een andere interpretatie is dat de *lex praediatoria* voorschreef dat men eerst diende te proberen de zekerheidsobjecten te verkopen met daarop nog een aanspraak van de voormalig eigenaar, bijvoorbeeld het recht om de zaak tegen een bepaald bedrag terug te kopen, en dat wanneer men onder dit beding geen koper kon vinden, de zekerheidsobjecten vrij van rechten moesten worden verkocht.[22]

De verpachting van fiscale bezittingen en het recht om belasting te innen door de *fiscus* gedurende de keizertijd kunnen in zekere zin worden beschouwd als een voortzetting van de Republikeinse verpachtingspraktijk. Diende een pachter van de *fiscus* ook op dezelfde wijze zekerheid te verschaffen als waarop dit geschiedde in het geval van de verpachting van Republikeinse belastingen door het *aerarium*? Door Lenel wordt betoogd dat de verwijzingen naar de *fideiussores* in D. 46,1,68,1 op interpolaties berusten en dat de borgen van belastingpachter Aurelius Romulus oorspronke-

15 *Lex Malacitana*, cap. 63 en *Lex Irnitana*, cap. 63, waarover J. González & M.H., 'The Lex Irnitana: a new copy of the Flavian municipal law' *JRS* 76 (1986), 147-242 en i.h.b. 218-219.

16 Schulz, *CRL*, 412 o.v.n. *Lex Malacitana*, cap. 63.

17 Vgl. Cic. *Balb.* 45: '*de iure praediatorium*'. Ook het edict kende een eigen titel voor dit soort zekerheden, zie D. 23,3,54 en Lenel, *Edictum Perpetuum*, 389-390.

18 Dernburg, *Pfandrecht I*, 28 en 35 e.v.; Kniep, *Societas*, 205-206; Wieling, 'Privilegium fisci', 405-406.

19 Dernburg, *Pfandrecht I*, 36.

20 *Lex Malacitana*, cap. 64.

21 Dernburg, *Pfandrecht I*, 37.

22 Karlowa, *Rechtsgeschichte II*, 57-58; Roby, *Roman private law*, 481.

lijk werden aangeduid als *praedes*.[23] Hieruit kan worden afgeleid dat hij van mening moet zijn geweest dat de zekerheidstelling bij fiscale belastingpacht op dezelfde wijze verliep als in het geval van borgstelling jegens het *aerarium*, te weten middels het stellen van *praedes praediaque*, maar Lenel geeft zelf geen toelichting bij zijn emendatie.[24] Door andere auteurs wordt echter op goede gronden betoogd dat de *fiscus* geen gebruik maakte van de zekerheidstelling door middel van de publiekrechtelijke figuur van *praedes praediaque*, maar zijn zekerheden verkreeg op basis van normale privaatrechtelijke constructies zoals *fideiussio* en pand en hypotheek.[25] Het belangrijkste argument hiervoor is dat we de publiekrechtelijke vormen van borgstelling nergens in het *Corpus Iuris Civilis* meer tegenkomen. Als deze praktijk door de *fiscus* was overgenomen, zou men verwachten dat we op zijn minst sporen hiervan in de codificatie van Justinianus zouden tegenkomen. Dit rechtvaardigt het vermoeden dat de zekerheidstelling door middel van *praedes* en *praedia* samen met het *aerarium Saturni* verloren is gegaan.[26] Daarnaast past het gebruik van privaatrechtelijke vormen van zekerheid beter bij het karakter van de *fiscus* gedurende het Principaat. De *fiscus* werd door de Romeinse juristen behandeld als ware hij het privévermogen van de keizer en werd als zodanig in beginsel beheerst door de regels van het privaatrecht.[27] Het ligt daarom voor de hand om aan te nemen dat zekerheden bij fiscale pachtcontracten ook via de normale privaatrechtelijke weg werden verschaft. Het lijkt mij om deze reden aannemelijk dat Petronius Thallus en zijn medeborgen zich borg hadden gesteld door middel van *fideiussio* en dat de emendatie van Lenel moet worden afgewezen.[28]

2.2 Het geschil en de daarbij betrokken partijen

Resumerend kan dus worden aangenomen dat Aurelius Romulus het recht om een belasting te innen van de *fiscus* had gepacht en dat bij het afsluiten van de pachtovereenkomst Petronius Thallus en een aantal andere personen zich door middel van *fideiussio* borg hadden gesteld tot zekerheid van voldoening van de vordering van de *fiscus* op Romulus. Hierbij merkt Paulus op dat deze borgstelling gelimiteerd was tot een bedrag van HS 100.000 per jaar. Op enig moment bleef Aurelius Romulus in gebreke en legde de *fiscus* beslag op zijn gehele vermogen. Vervolgens sprak hij ook de borgen aan

23 Lenel, *Palingenesia I,* 964 nt. 1, 2 en 3. Hij wordt gevolgd door Frezza, *Garanzie I*, 73 en Koops, *Vormen*, 59 nt. 349.

24 Lenel plaatst de teksten van D. 46,1,68 samen met D. 49,14,50 onder de edictstitel '*De praediatoribus*'. Dit vormt echter geen overtuigend bewijs voor zijn emendatie, zie Wagner, *Entwicklung*, 147-148.

25 Dernburg, *Pfandrecht I*, 335-336 en Kniep, *Societas,* 214-215.

26 Dernburg, *Pfandrecht I*, 335, die ook nog wijst op Gai. 2,61, waarin de jurist in de context van de praediatuur steeds spreekt over de *populus* en nergens melding maakt van de *fiscus*. Zie ook Kniep, *Societas,* 214.

27 Zie hierover ALD, paragraaf 4.3.3.2.

28 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 109 en Wagner, *Entwicklung*, 147-148.

voor zowel de openstaande hoofdsom als de door de betalingsachterstand gegenereerde rente. De *fiscus* ontving immers rente over alle aan haar openstaande schulden, waaronder ook de schulden uit de pacht van een *vectigal*, zoals blijkt uit D. 22,1,17,5: '*Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit: ut solet a foricariis, qui tardius pecuniam inferunt, item* ex vectigalibus' (mijn accentuering).[29] De borgen weigerden echter te betalen en dienden een verzoekschrift in bij de keizer.

Uit de tekst van Paulus kan niet worden opgemaakt om welk soort belasting het ging of in welk deel van het rijk dit geschil was gerezen. De naam van de belastingpachter, Aurelius Romulus, komen we in epigrafische bronnen wel tegen, [30] maar geen van deze personen komt in aanmerking om als de Aurelius Romulus uit de tekst van Paulus te worden geïdentificeerd.[31] Een inscriptie uit Rome maakt melding van ene Petronius Thallus, de vrijgelatene van Petronia Nice:

> *CIL* 6, 24027: 'Aan de goden van de onderwereld. Petronius Thallus heeft dit [grafmonument] voor zichzelf gemaakt terwijl hij nog in leven was en voor zijn patroon Petronia Nice, die het verdiend heeft.'[32]

Zijn *patrona*, Petronia Nice, komen we nog in twee andere grafinscripties uit Rome tegen, waarvan de eerste op basis van uiterlijke kenmerken kan worden gedateerd tussen 201 en 230 n. Chr.:[33]

> *ILVarsovie* 34: 'Aan de goden van de onderwereld. Petronia Nice heeft dit monumentje gemaakt voor haar dochter Valeria Euticia, een zeer plichtsgetrouw meisje, dat 15 jaren, 11 maanden en 17 dagen heeft geleefd, en voor zichzelf, en voor hun vrijgelatenen en voor Julia Moschis, een zeer geliefde vriendin'.[34]

---

29 Zie over aan de *fiscus* verschuldigde rente ook BZD, nr. 6 (D. 22,1,16,1) sub 4.

30 *CIL* 6, 716; *CIL* 6, 3404; *CIL* 14, 2408.

31 *CIL* 6, 716 maakt melding van ene Aurelius Romul*i*us (mijn accentuering), een vrijgelatene van Marcus Aurelius die in 205 n. Chr. (het jaar van de inscriptie) priester was bij de cultusplaats van *Sol Invictus*. Het feit dat zijn naam niet volledig met de Pauliaanse tekst overeenkomt en dat hij ten tijde van het bewind van Severus de functie van priester vervulde, maakt het onwaarschijnlijk dat hij de pachter van D. 46,1,68,1 was. *CIL* 6, 3404 bevat een grafinscriptie die is opgesteld door Aurelius Romulus voor Aurelius Dasumius, beiden soldaat in het *legio II Parthica*. De inscriptie kan echter op basis van de *cognomina* van dit legioen (*Pia, Fideles, Aeterna*) gedateerd worden tussen 218 en 253, hetgeen het onaannemelijk maakt dat de *miles* Aurelius Romulus dezelfde persoon is als de belastingpachter in de tekst van Paulus. *CIL* 14, 2408 kent eenzelfde soort dateringsprobleem. Deze inscriptie, die een lijst van toneelspelers uit Bovillae bevat, waaronder ene Aurelius Romulus, is opgesteld in 169 n. Chr. Het is onwaarschijnlijk dat we deze acteur meer dan 20 jaar later nog tegenkomen als pachter van de *fiscus*.

32 *D(is) M(anibus) / Petronius Thallus / fecit sibi vivos (!) et / Petroniae Niceni / patronae bene me/renti*

33 Zie voor deze datering de entry van de inscriptie in de Epigraphic Database Roma, nummer: EDR103041.

34 *D(is) M(anibus) / Petronia Nice fecit / filiae suae Valeriae / Euticiae pientissim(a)e / qu(a)e vixit annis XV / mensibus XI diebus XVII / et sibi et suis libertis / libertabusque eoru(m) / et Iuliae Moscidi amic(a)e / carissimae aedic(u)la*

> *CIL* 6, 38730: 'Aan de goden van de onderwereld. Petronius Troilus heeft dit [grafmonument] gemaakt voor zijn echtgenote Petronia Nice, die het heeft verdiend.'[35]

De Griekse *cognomina* van de patroon van Petronius Thallus en haar echtgenoot, Nice en Troilus, doen vermoeden dat beiden zelf ook vrijgelatenen waren. Slaven hadden immers vaak een Griekse naam, al dan niet afgeleid van een mythologische figuur zoals de namen Nice en Troilus, die werd overgenomen als *cognomen* wanneer de slaaf werd vrijgelaten.[36] Uit het feit dat Petronius Thallus zich als *libertus* borg kon stellen voor een belastingpachter kan worden afgeleid dat hij sinds zijn vrijlating een aanzienlijk vermogen moet hebben verworven. De Romeinse geschiedenis kent vele voorbeelden van slaven die na hun vrijlatingen zelfstandig of met behulp van hun voormalige meesters grote rijkdom verwierven. Het is mogelijk dat Petronius Thallus via zijn vrijlaters Petronia Nice en Petronius Troilus verbonden was met de rijke en invloedrijke familie van de uit Afrika afkomstige Marcus Petronius Mamertinus.[37] Deze *eques* was een ver familielid van de redenaar Fronto[38] en bekleedde de positie van *consul suffectus* in 150 n. Chr. Zijn zoon Marcus Petronius Sura Mamertinus, die het consulaat in 182 n. Chr. bekleedde, was getrouwd met de dochter van keizer Marcus Aurelius, Annia Cornificia Faustina Minor.[39] Naast Sura Mamertinus had de oude Mamertinus nog een tweede zoon, Marcus Petronius Sura Septimianus geheten.[40] Sommige auteurs leiden uit zijn *cognomen* Septimianus af dat Marcus Petronius Mamertinus mogelijk getrouwd was met een lid van de *Septimii* (ene Septimia?) en er dus een familiaire relatie bestond tussen de Petronii en keizer Septimius Severus.[41] Het liep overigens niet goed af met beide zoons. Zij behoorden tot de groep senatoren die op bevel van Commodus in 190 werd vermoord.[42] De tekst van Paulus biedt geen directe aanknopingspunten om een relatie tussen Petronius Thallus en de familie van Petronius Mamertinus aan te nemen. Een dergelijke verbinding zou echter wel een verklaring kunnen bieden voor de welgestelde positie van Thallus en het feit dat hij als vrijgelatene de mogelijkheid kreeg om zijn zaak direct aan de keizer voor te leggen.

---

35 *D(is) M(anibus) / Petroniae / Niceni / coniugi b(ene) m(erenti) / Petronius Tro/ilus fec(it)*

36 Zie recent over dit onderwerp en voor verdere literatuurverwijzingen C. Bruun, 'Greek or Latin? The owner's choice of names for *vernae* in Rome' in: M. George (ed.), *Roman slavery and Roman material culture*, Toronto etc.: University of Toronto Press 2013.

37 *PIR*^{2} P 288.

38 Zoals blijkt uit Front. *Ad am.* 1,10.

39 *PIR*^{2} P 311; Leunissen, *Konsuln und Konsulare*, 129, 321, 365, 371 en 399.

40 *PIR*^{2} P 312; Leunissen, *Konsuln und Konsulare,* 132, 365, 371 en 399.

41 Birley, *Septimius Severus*, 225-226.

42 SHA *Comm.* 7,5.

3 Geschil bij de keizer

3.1 Voorvraag: de generale hypotheek van de *fiscus* versus borgstelling

3.1.1 Processconsumptie?

In de procedure bij de keizer stond de vraag centraal of de borgen slechts konden worden aangesproken tot betaling van (een deel van) de pachtschuld of dat zij ook aansprakelijk waren voor de hierbij komende rente. Dat de borgen *konden* worden aangesproken nadat de *fiscus* reeds beslag had gelegd op het vermogen van Aurelius Romulus (vgl. het gebruik van het plusquamperfectum '*occupaverat*' en het imperfectum '*conveniebat*'), lijkt buiten twijfel te staan. Dit roept de vraag op naar de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de borgen en het eerdere beslag van de *fiscus*.

Op grond van de tekst van Paulus moet worden geconcludeerd dat het beslag van de *fiscus* niet op basis van een rechterlijk vonnis kan hebben plaatsgevonden. Als dit wel het geval zou zijn geweest, zou de hoofdschuld, dat wil zeggen de pachtsommen en de hieruit voortvloeiende rente, door de consumerende werking van de *litis contestatio* teniet zijn gegaan met als gevolg dat de borgen ook niet langer aansprakelijk konden worden gesteld. De actie tegen de hoofdschuldenaar en de actie tegen de borgen hadden immers betrekking op *eadem res*.[43] Wellicht kan uit deze overwegingen de emendatie van Lenel worden verklaard.[44] Anders dan het geval was bij *fideiussores*, stond de verbintenis die een *praes* met de staat aanging los van de hoofdverbintenis en bovendien kon de staat zonder rechterlijke tussenkomst overgaan tot de executie van de *praedia* én het vermogen van de *praes*.[45] Het probleem van processconsumptie speelde dus in dergelijke gevallen geen rol. Als men ervanuit zou gaan dat de *fiscus* reeds een gerechtelijke procedure tegen Aurelius Romulus had gevoerd en op deze grond zijn vermogen in beslag had genomen, dan valt de tekst alleen te begrijpen indien men aanneemt dat de borgen in D. 46,1,68,1 *praedes* waren en om die reden ná Romulus nog steeds konden worden aangesproken.[46] Aangezien echter reeds in de vorige paragraaf is aangetoond dat een borgstelling jegens de *fiscus* door

43 *PS* 2,17,16. Zie Kaser, *Privatrecht*, 665, Zimmermann, *Law of obligations*, 125 e.v. en daarnaast Levy, *Konkurrenz*, 190 e.v., Frezza, *Garanzie I*, 129 e.v. en D. Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1971, 250. Dit principe werd ook vastgehouden in *extra ordinem* procedures, hoewel daarin de *litis contestatio* en haar consumerende werking ontbrak, zie Zimmermann, *Law of obligations*, 127 en E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar: Böhlau 1965, 199-201. Zie voor een soortgelijke redenering m.b.t. D. 46,1,68,1 Wagner, *Entwicklung*, 146 nt. 227.

44 Vgl. Koops, *Vormen*, 59 nt. 349.

45 Zie over de verhouding tussen de hoofdschuldenaar en de *praedes* en de verkoop van de *praedia* Mommsen, 'Stadtrechte', 469 en 471 e.v.; Dernburg, *Pfandrecht I*, 28 en 35 e.v.; Kniep, *Societas*, 205 e.v.

46 Zie voor deze motivering van de conjectuur Koops, *Vormen*, 59 nt. 349.

middel van *fideiussio* werd aangegaan, moet het beslag van de *fiscus* dus een andere juridische grondslag hebben gehad.

3.1.2 Generale hypotheek van de fiscus

Een aanwijzing voor deze grondslag vormen de woorden '*ut obligata sibi*' ('als zijnde op grond van hypotheek jegens hem verbonden'), waaruit kan worden afgeleid dat de *fiscus* in het onderhavige geval gebruik had gemaakt van zijn wettelijke generale hypotheekrecht om beslag te leggen op het vermogen van Aurelius Romulus. Aangezien op het ontstaan en de algemene aspecten van deze rechtsfiguur reeds bij de beschrijving van D. 40,1,10 is ingegaan, kunnen deze hier onbesproken blijven.[47] De formulering van de grondslag van het beslag van de *fiscus* in D. 46,1,68,1, '*ut sibi obligata*', wordt soms aangegrepen om te beargumenteren dat er geen sprake is van een (stilzwijgend) hypotheekrecht van de *fiscus*, maar dat het zou gaan om een 'Beschlagrecht gegen Steuerpächter mit unförmlichem Zugriff'.[48] Het is echter aannemelijker dat Paulus met deze woorden uitdrukking geeft aan het feit dat het ging om een hypotheekrecht dat zonder een expliciete hiertoe strekkende rechtshandeling (*obligatio*) tot stand was gekomen.[49] Een gelijksoortige beschrijving van het hypotheekrecht van de *fiscus* komen we ook tegen in de bij de beschrijving van D. 40,1,10 geciteerde rescripten van Caracalla, terwijl het zekerheidsrecht van de *fiscus* door contemporaine juristen als Paulus simpelweg wordt aangeduid een *ius pignoris*.[50]

Als we ervan uitgaan dat de *fiscus* het vermogen van Aurelius Romulus in beslag had genomen op grond van zijn legale hypotheek, kan ook worden verklaard waarom Petronius Thallus en zijn medeborgen nog steeds aansprakelijk konden worden gesteld. De woorden '*bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat*' drukken slechts uit dat *fiscus* krachtens zijn hypotheekrecht beslag had gelegd op het vermogen van Romulus en dit eventueel zelfs al te gelde had gemaakt. Een dergelijk beslag door de *fiscus* vond zonder rechterlijke tussenkomst plaats,[51] met als gevolg dat er ook geen sprake was van processconsumptie. De borgen konden daarom nog steeds aansprakelijk worden gesteld aangezien de schuld waarvoor zij zich hadden verbonden nog steeds bestond. Door zekerheidstelling door middel van borgen van

47 BZD, nr. 19 (D. 40,1,10) sub 2.2.

48 Wieacker, 'Protopraxie', 241-242. Zie in dezelfde zin Sanfilippo, *Libri Tres*, 109, die spreekt over 'il suo [i.e. *fiscus* – ESD] privilegio'.

49 Zie in dezelfde zin ook Wieling, 'Privilegium fisci', 413. Kniep, *Societas*, 219-220 meent dat de inbeslagname door de *fiscus* wel plaatsvond op grond van een pandrecht, maar dat dit ook een conventioneel pandrecht kon zijn geweest. Hij wordt gevolgd door Wagner, *Entwicklung*, 151.

50 Paulus: D. 40,1,10 en D. 27,9,2; Papinianus: D. 50,15,5,2; Hermogenianus: D. 49,14,46,3. Zie daarnaast ook C. 7,73,3 (Caracalla, 213 n. Chr.).

51 Zie over dit eigenmachtige beslag ('*occupare*') van de *fiscus* Wieling, 'Privilegium fisci', 423 onder verwijzing naar C. 7,73,1, en Bolla, *Entwicklung*, 103. Zie daarnaast ook C. 9,51,3,1. Anders Wagner, *Entwicklung*, 149-150.

Aurelius Romulus te verlangen had de *fiscus* dus in feite dubbele zekerheid verkregen: hij kon zich zowel krachtens zijn hypotheekrecht verhalen op het vermogen van zijn schuldenaar, als ook krachtens de borgstelling op diens borgen. Een dergelijke combinatie van persoonlijke en zakelijke zekerheid was niet uniek voor de *fiscus*, ook uit de dagelijkse private rechtspraktijk kennen we voorbeelden waarbij een schuld werd verzekerd door zowel een pandrecht als een borgstelling. In sommige gevallen verbond de borg zich expliciet alleen voor het deel van de schuld dat overbleef na de executie van de zakelijke zekerheidsrechten,[52] in andere gevallen stelde hij zich in het algemeen borg voor de voldoening van de gehele schuld.[53]

3.2 De in het geding zijnde rechtsvraag

Zoals eerder reeds werd opgemerkt stond de aansprakelijkheid van de borgen in het geding bij de keizer buiten kijf. De vraag waar Severus zich over moest buigen was of de borgen, die hun aansprakelijkheid hadden gelimiteerd tot HS 100.000 per jaar, slechts aansprakelijk konden worden gesteld voor de betaling van de hoofdsom (*sors*) of dat hun aansprakelijkheid zich ook uitstrekte tot de hieruit voortvloeiende rente. Voor de beantwoording van deze vraag waren de bewoordingen van de akte van borgtocht doorslaggevend. Het was immers geldend recht dat de borgen van een belastingpachter wél tot betaling van de rente konden worden aangesproken, indien zij zich borg hadden gesteld voor de gehele pachtsom en geen bijzondere regelingen met betrekking tot deze aansprakelijkheid hadden getroffen in de akte van borgtocht:

> D. 50,8,3,1: 'Degenen die zich borg hebben gesteld voor een belastingpachter voor de gehele pachtsom, worden ook rechtens aangesproken voor de rente, tenzij in de bewoordingen van de verbintenis specifiek iets is opgenomen met betrekking tot hun persoon.'[54]

Het was daarom zaak voor de keizer om de akte van borgtocht onder ogen te krijgen en zelf te onderzoeken wat partijen hierin hadden opgenomen. Nadat hij deze nader had bestudeerd ('*lecta subscriptione fideiussionis*') kwam hij tot de conclusie dat Petronius Thallus en zijn medeborgen zich inderdaad slechts voor HS 100.000 per jaar en niet voor de gehele pachtsom hadden verbonden. Om deze reden oordeelde hij dat zij niet konden worden aangesproken tot betaling van de rente ('*quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit fideiussores in usuras non teneri*').[55] In het tweede deel van zijn uitspraak kwam hij echter toch nog zijn eigen *fiscus* tegemoet door te bepalen dat uit de opbrengst van het vermogen van Aurelius

52 Zie bijvoorbeeld D. 46,1,52 *pr.* en D. 46,1,63.
53 Zie bijvoorbeeld D. 46,1,54 en D. 46,1,62.
54 Ulpianus libro tertio opinionum. *Qui fideiusserint pro conductore vectigalis in universam conductionem, in usuras quoque iure conveniuntur, nisi proprie quid in persona eorum verbis obligationis expressum est.*
55 Vgl. Frezza, *Garanzie I*, 75.

Romulus eerst de rente moest worden voldaan en daarna pas de hoofdsom, met als gevolg dat de borgen vervolgens door de *fiscus* konden worden aangesproken voor dat deel van de hoofdsom dat niet door de opbrengst uit het vermogen werd gedekt (‘*sed quidquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem, et ita in id quod defuisset fideiussores conveniendos*’).

> Sommige auteurs gaan een stap verder zonder dat de tekst hiertoe overigens aanleiding geeft. Zo stelt Sanfilippo dat de beslissing van Severus in feite een *beneficium excussionis personalis* behelsde, met andere woorden dat de keizer de *fiscus* verplichtte om eerst zijn eigen schuldenaar aan te spreken en zich dan pas tot diens borgen te wenden.[56] Wagner denkt hier anders over en komt tot de conclusie dat Severus oordeelde dat de *fiscus* verplicht was om eerst zijn hypotheek uit te winnen en zich te verhalen op de goederen van de *conductor* en daarna pas de borgen kon aanspreken. Op grond van deze interpretatie van de tekst concludeert hij vervolgens dat de keizer met deze beslissing het *beneficium excussionis realis* in het leven riep.[57] Beide opvattingen zijn ongegrond. Een nauwkeurige lezing van de door Paulus gekozen bewoordingen laat geen ruimte voor de aanname dat de keizer in zijn uitspraak een algemene volgorde van verhaal voorschreef. In zijn oordeel bepaalde de keizer slechts dat borgen die zich tot een bepaald bedrag aansprakelijk hadden gesteld, niet voor de rente over de hoofdsom aansprakelijk konden worden gesteld en gaf met het oog op deze vaststelling voor dit specifieke geval bovendien een regeling voor de toerekening van de opbrengst van de veiling van het vermogen van de pachter.

3.3 De pandrecht-analogie aan het einde van de tekst

Uit het voorgaande volgt dat de keizer in het voordeel van de borgen besliste, maar tegelijkertijd ook de nadelige gevolgen van zijn beslissing voor de *fiscus* beperkte door een toerekeningsregeling met betrekking tot de rente te treffen. Hij motiveerde zijn beslissing door te benadrukken dat eenzelfde soort gewoonte reeds bestond in de dagelijkse rechtspraktijk met betrekking tot de toerekening van het bedrag dat middels een executoriale verkoop was verkregen: ‘*exemplo pignorum a creditore distractorum*’. Waar verwijst deze analogie naar?[58] Uit verschillende teksten in de Digesten blijkt dat de juristen ervan uitgingen dat, afhankelijk van de bewoordingen van de pand- of hypotheekovereenkomst, de te betalen rente (die al dan niet middels stipulatie overeengekomen was) deel kon uitmaken van de door de zekerheidsrechten verzekerde schuld.[59] Wanneer de zekerheidsobjecten mede waren verstrekt met het oog op de rentevordering had dit als gevolg dat de schuld slechts was afbetaald (en de zekerheidsrechten kwamen te vervallen), wanneer ook de rentevordering volledig was voldaan.[60] Met betrekking tot de toebedeling van de opbrengst van de verkoop van de zekerheidsobjecten in een dergelijk geval, schrijft Florentinus, een relatief onbekende jurist uit de tijd van Marcus Aurelius,[61] het volgende voor:

---

56 Sanfilippo, *Libri Tres*, 110-111.
57 Wagner, *Entwicklung*, 146 e.v.
58 Sanfilippo vermoedt dat dit deel van de tekst geïnterpoleerd is: Sanfilippo, *Libri Tres*, 110.
59 D. 13,7,8,5; D. 13,7,11,3; D. 46,1,63.
60 D. 13,7,11,3.
61 Kunkel, *Herkunft*, 217.

> D. 13,7,35 *pr.*: 'Wanneer er ter zake van zowel de hoofdsom als de rente iets verschuldigd is door hem, die voor zijn schuld panden heeft verstrekt, moet hetgeen uit de verkoop van de panden is ontvangen eerst voor [de voldoening van] de rente, waarvan reeds vaststaat dat zij verschuldigd is, worden gebruikt, en vervolgens, als er nog iets over is, voor de hoofdsom. Er moet geen gehoor worden gegeven aan de schuldenaar, als hij, wanneer hij weet dat hij niet voldoende solvent is, aangeeft, ten laste van welke vordering hij het liefste wil dat een pand wordt gebruikt.'[62]

De aard van het werk waaruit deze tekst afkomstig is (de *Institutiones* van Florentinus, een elementair leerboek) en de stelligheid waarmee hij is geformuleerd, vormen een sterke indicatie dat we hier inderdaad te maken hebben met een gangbare regeling uit de rechtspraktijk, die regelmatig werd toegepast door schuldeisers die de onderpanden van hun schuldenaren verkochten. De toebedelingsregeling die de keizer in zijn beslissing trof voor zijn *fiscus* was dan ook in geen enkel opzicht opmerkelijk te noemen: zij sloot aan bij het gewone, dat wil zeggen het tussen burgers geldende, privaatrecht en de praktische gewoonten die zich hierbinnen hadden ontwikkeld en was volledig in lijn met het streven van Severus om de *fiscus* zoveel mogelijk als een privaatrechtelijke entiteit te behandelen.

62 Florentinus libro octavo institutionum. *Cum et sortis nomine et usurarum aliquid debetur ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet, quidquid ex venditione pignorum recipiatur, primum usuris, quas iam tunc deberi constat, deinde si quid superest sorti accepto ferendum est: nec audiendus est debitor, si, cum parum idoneum se esse sciat, eligit, quo nomine exonerari pignus suum malit.*

24 D. 46,1,68,2: de gevolgen van een transactio voor de borg

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro tertio decretorum. *Non possunt conveniri fideiussores*[a] *liberato reo transactione.*	Paulus in het derde boek van de 'Decreten'. Borgen kunnen niet worden aangesproken wanneer de debiteur door een schikking is bevrijd.

[a] *praedes* Len.

2 Schikking (*TRANSACTIO*) en borgtocht

De formulering en de inhoud van D. 46,1,68,2 rechtvaardigen het vermoeden dat we in dit geval niet te maken hebben met de volledige oorspronkelijke tekst van Paulus, maar slechts met een gedeelte hiervan.[2] Het is meer dan waarschijnlijk dat de oorspronkelijke tekst van Paulus een uitgebreidere beschrijving van de procedure bij de keizer bevatte, inclusief een keizerlijk oordeel, maar dat dit verslag door de compilatoren is gereduceerd tot zijn huidige vorm.[3] Hiervoor zijn verschillende argumenten te noemen. Ten eerste biedt de formulering van D. 46,1,68,2 geen aanknopingspunten om aan te nemen dat de in de tekst verwoorde rechtsregel een *decretum* van de keizer betrof. Werkwoorden waarmee de keizerlijke uitspraken in de *Decreta* en de *Imperiales Sententiae* plegen te worden ingeleid, zoals *pronuntiavit, decrevit* of *placuit*, ontbreken. Daarnaast pleit de inhoud van D. 46,1,68,2 voor de aanname dat het gaat om een excerpt uit het oorspronkelijke verslag van Paulus. Deze stelling verdient een nadere toelichting.

D. 46,1,68,2 heeft betrekking op de rechtsgevolgen van een zogeheten *transactio*. Een *transactio* was niets anders dan een schikking tussen partijen, dat wil zeggen een overeenkomst tussen twee (of meerdere) personen waarbij zij een tussen hen ontstaan geschil oplosten door over en weer concessies te doen. Zij was vormvrij, kwam door enkele wilsovereenstemming tot stand en was als zodanig in de klassieke tijd een bijzondere vorm van een

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 111-112.
2 Sanfilippo, *Libri Tres*, 111-112.
3 Zie hierover ALD, paragraaf 3.2.1.

pactum van kwijtschelding.[4] In beginsel had het aangaan van een schikking daarom ook niet als gevolg dat de schuldenaar *ipso iure* van zijn schuld werd bevrijd.[5] De *praetor* kende echter wel aan de schuldenaar een verweermiddel toe als de schuldeiser in weerwil van de schikking toch besloot om hem aan te spreken, de zogeheten *exceptio pacti conventi*,[6] die in sommige teksten over de *transactio* ook wel wordt aangeduid als de *exceptio transactionis factae* of *transacti negotii*.[7] D. 46,1,68,2 geeft in feite antwoord op de vraag in hoeverre een dergelijke *exceptio* ook toekwam aan een borg, die zich garant had gesteld voor de betaling van de schuld waarop de schikking betrekking had.[8] Hiervoor kende het Romeinse recht een vaste stelregel, namelijk dat de verweermiddelen die de hoofdschuldenaar tegen zijn schuldeiser kon inroepen, ook ter beschikking stonden aan de borg:

> D. 46,1,32: 'Een verweermiddel (en de overige voordelen van de hoofdschuldenaar) komen in het verlengde van de persoon van de schuldenaar ook tegen diens wil toe aan de borg en overige nevenaansprakelijken.'[9]

> D. 44,1,19: 'Alle verweermiddelen, die aan de hoofdschuldenaar toekomen, komen ook aan de borg toe, zelfs tegen de zin van de hoofdschuldenaar in.'[10]

Dat deze regel onverkort van toepassing was op de *exceptio pacti*, blijkt uit de volgende teksten van Paulus en Ulpianus:[11]

> D. 2,14,21,5 en 22: '21,5. Met betrekking tot hen, die hoofdelijk bevoegd zijn tot de inning van dezelfde geldsom, of die aansprakelijk zijn voor dezelfde geldsom, wordt gevraagd in hoeverre de *exceptio pacti* een ander ook ten voordele strekt of nadeel berokkent. En *pacta in rem* strekken ten voordele van allen, in wiens belang het was dat de verbintenis van hem,

4 M. Kaser, *RE* 2. Reihe, VI.2 (1937), s.v. *transactio*, 2141 en *idem*, *Privatrecht*, 642. In de naklassieke periode werd de *transactio* hiervan losgemaakt en als een zelfstandige overeenkomst beschouwd, zie Kaser, *Privatrecht II*, 445.

5 Uitzondering waren schikkingen die betrekking hadden op *actiones furti* of *iniuriarum* en het geval waarin de *transactio* door middel van stipulatie (*acceptilatio*) tot stand was gekomen, zie Kaser, *RE* 2. Reihe, VI.2 (1937), s.v. *transactio*, 2142 en M.E. Peterlongo, *La transazione nel diritto Romano*, Milaan: Giuffrè 1936, 244.

6 Zie bijvoorbeeld D. 46,3,96,2. Zie daarnaast Guarino, *DPR*, par. 83.6.

7 D. 2,15,3,2 resp. D. 2,15,17. Zie over de ontwikkeling van de *exceptio* van de schuldenaar Kaser, *RE* 2. Reihe, VI.2 (1937), s.v. *transactio*, 2141-2142.

8 Voor de emendatie van Lenel, die *fideiussores* wil vervangen door *praedes*, geeft de tekst geen aanleiding en deze moet dan ook niet worden overgenomen. Zij is hoogstwaarschijnlijk ingegeven door het feit dat Lenel ook in de andere twee teksten van deze *lex* de *fideiussores* wil vervangen door *praedes*. Zoals hierboven echter is aangetoond, is dit voor D. 46,1,68 *pr.* terecht, maar voor D. 46,1,68,1 niet. Daarbij moet worden opgemerkt dat Sanfilippo, een groot liefhebber van interpolaties, ook geen reden ziet om *fideiussores* te vervangen door *praedes* in deze tekst (*Libri Tres*, 111).

9 Ulpianus libro LXXVI ad edictum. *Ex persona rei et quidem invito reo exceptio (et cetera rei commoda) fideiussori ceterisque accessionibus competere potest.*

10 Marcianus libro XIII institutionum. *Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.*

11 Vgl. Peterlongo, *Transazione*, 255.

> die de afspraak is aangegaan, werd opgeheven. Een overeenkomst van de schuldenaar zal om deze reden in het voordeel van de borgen werken, 22. als niet is afgesproken, dat slechts de schuldenaar is bevrijd, maar de borg aansprakelijk blijft. In dit laatste geval kan de borg geen gebruik maken van de *exceptio*.'[12]

Uit het voorgaande blijkt dat D. 46,1,68,2 geen nieuwe rechtsregel bevat. Het accessoire karakter van de aansprakelijkheid van borgen bracht met zich dat zij gebruik konden maken van de excepties die aan de hoofdschuldenaar ter beschikking stonden, zelfs als de laatste het hier niet mee eens was. Dat deze regel zich ook uitstrekte tot schikkingen (mits het niet een hoogstpersoonlijke afspraak, een *pactum in personam* betrof),[13] lag voor de hand en wordt door deze tekst slechts bevestigd.[14] De rechtsfiguur van *transactio* was er ook niet één die nog keizerlijke rechtsvorming behoefde: zij bestond reeds in het *ius civile vetus* en er kunnen zelfs sporen van haar worden teruggevonden in de Wet van de Twaalf Tafelen.[15] Het is onaannemelijk dat de keizer de moeite nam om een zo elementaire regel van Romeins privaatrecht nogmaals in een rechterlijke uitspraak vast te leggen en dat Paulus een dergelijke regel in zijn collectie van keizerlijke uitspraken heeft opgenomen. Het is daarom waarschijnlijk dat de compilatoren in het geval van D. 46,1,68,2 niet de oorspronkelijke tekst van het verslag van Paulus hebben overgenomen in de tekst van de Digesten, maar zich hebben beperkt tot het opnemen van een (klein) deel van de tekst, een algemene rechtsregel die op enig moment gedurende de procedure naar voren was gebracht door één van de partijen, één van de leden van het *consilium*, of misschien wel door de keizer zelf.

---

12 Paulus libro tertio ad edictum. *In his, qui eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur. et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur interfuit. itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet.* Ulpianus libro quarto ad edictum. *nisi hoc actum est, ut dumtaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur: tunc enim fideiussor exceptione non utetur.*

13 Deze regel gold voor alle verweermiddelen. Wanneer deze hoogstpersoonlijk, dat wil zeggen nauw verbonden waren met de persoon van de schuldenaar, konden zij niet door de borg worden gebruikt: D. 44,1,7 *pr.*

14 Peterlongo, *Transazione*, 255.

15 Kaser, *RE* 2. Reihe, VI.2 (1937), s.v. *transactio*, 2140.

25 D. 47,2,88(87): de diefstal van een pandobject

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro primo decretorum. *Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit. sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae et usurarum eius furti conveniretur.*	Paulus in het eerste boek van de 'Decreten'. Aan de crediteur komt een diefstalactie ten bedrage van het pand toe, niet ten bedrage van de schuld. Maar wanneer de schuldenaar zelf het pand heeft weggenomen, wordt het tegenovergestelde aanvaard, dat hij wordt aangesproken voor verschuldigde geldsom en de rente daarover met de diefstalactie.

2 *Furtum pignoris* en de *actio furti* van de pandhouder

D. 47,2,88(87) maakt onderdeel uit van een groep uitvoerig in de moderne literatuur becommentarieerde teksten die betrekking hebben op het leerstuk van de *furtum pignoris*, de diefstal van een in pand gegeven zaak.[2] Verschillende auteurs hebben op basis van de inhoud en de formulering van deze tekst hun twijfels geuit over de authenticiteit hiervan,[3] waarbij sommigen zelfs zijn overgegaan tot het aannemen van drastische interpolaties.[4] In het onderstaande zal allereerst worden ingegaan op het algemene debat over de *furtum pignoris* alvorens nader aandacht te besteden aan de plaats van de tekst van Paulus daarin.

---

1 De tekst wordt behandeld in Sanfilippo, *Libri Tres,* 37-41. Zie daarnaast de in noot 2 genoemde literatuur.

2 De belangrijkste bijdragen aan dit debat, waarin ook telkens D. 47,2,88(87) aan bod komt, zijn: F. Schulz, 'Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht' *ZSS* 32 (1911), 43-59; J.A.C. Thomas, 'Furtum pignoris' *TvR* 38 (1970), 135-162; J.A. Ankum, '*Furtum pignoris* und *furtum fiduciae* im klassischen römischen Recht (I) & (II)' *RIDA* 26 (1979), 127-161 resp. *RIDA* 27 (1980), 95-143; M. Kaser, 'Studien zum römischen Pfandrecht III. Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand' *SDHI* 45 (1979), 1-92; *idem*, ''Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae'' *ZSS* 99 (1982), 249-277; J.A.C. Thomas, 'Furtum pignoris: a commentary on the commentaries' in: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo,* deel 1, Milaan: Giuffrè 1982, 585-600; G.C.J.J. van den Bergh, 'Custodia and furtum pignoris' in: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, deel 1, Milaan: Giuffrè 1982, 603-614.

3 Thomas, 'Furtum pignoris', 150-151.

4 Zie bijvoorbeeld Sanfilippo, *Libri Tres*, 37-40, die in de eerste zin de woorden *'pignoris non'* wil schrappen en daarnaast de gehele tweede zin als Justiniaans beschouwt.

2.1 *Furtum pignoris* en de *actio furti*

Een zaak waarop een pandrecht werd gevestigd kon naar Romeins recht bij de schuldenaar blijven,[5] waarbij er een bezitloos pandrecht tot stand kwam, of in de macht van de schuldeiser worden gebracht in de vorm van een vuistpand. Het is dit laatste geval waarop het debat rondom de *furtum pignoris* zich in het bijzonder concentreert.[6] Wanneer een in vuistpand gegeven zaak van de schuldeiser werd gestolen, rees de vraag wie er gerechtigd was tot het instellen van een *actio furti*, de poenale actie waarmee van de dief een boete kon worden geëist ter vergelding van de door hem gepleegde onrechtmatige daad. Het antwoord op deze vraag wordt door Gaius helder in zijn Instituten verwoord:

> Gai. 3,203: 'De diefstalactie komt aan hem toe, in wiens belang het is dat de zaak behouden blijft, ook al is hij niet de eigenaar. En dus komt zij alleen toe aan de eigenaar, wanneer hij er belang bij heeft dat zijn zaak niet verloren gaat.'[7]

De *actio furti* werd door de *praetor* toegekend aan degene die er belang bij had dat de zaak behouden bleef en zou voortbestaan, ongeacht of deze persoon ook de eigenaar van de zaak was. Hieruit volgt, zo stelt Gaius, dat ook een pandhouder gerechtigd was tot het instellen van de *actio furti* als het object waarop zijn pandrecht rustte, was ontvreemd:

> Gai. 3,204: 'Daarom staat vast dat een schuldeiser over een van hem gestolen pand kan procederen met de diefstalactie. Ja zelfs al heeft de eigenaar zelf, dat wil zeggen de schuldenaar zelf, de zaak gestolen, dan nog komt aan de schuldeiser de diefstalactie toe.'[8]

Deze bevoegdheid van de schuldeiser ging zelfs zo ver dat wanneer de zaak in vuistpand was gegeven en deze door de schuldenaar/eigenaar zelf werd gestolen, de schuldeiser een *actio furti* tegen de eigenaar zelf had. De mogelijkheid voor de schuldeiser om met de diefstalactie tegen de dief van zijn zekerheidsobject te ageren vinden we niet alleen bij Gaius, maar komen we ook bij andere juristen zoals Ulpianus tegen[9] en wordt algemeen geaccepteerd als een regel van klassiek Romeins recht.

---

5 In de onderstaande tekst zal steeds worden uitgegaan van het geval waarin de schuldenaar/pandgever ook de eigenaar van de in pand gegeven zaak is.

6 Zie over de *actio furti* van de hypotheekhouder Thomas, 'Furtum pignoris', 144-149, die deze mogelijkheid voor het klassieke Romeinse recht ontkent. Ankum en Kaser zien echter wel ruimte voor de diefstalactie in een dergelijk geval, zowel wanneer de zaak van de debiteur door een derde wordt gestolen als wanneer de debiteur zelf een diefstal begaat door de zaak zonder toestemming aan een derde te vervreemden, Ankum, 'Furtum pignoris I', 145-149 en Kaser, 'Besitzpfand', 77-80.

7 *Furti autem actio ei conpetit, cuius interest rem saluam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter conpetit quam si eius intersit rem non perire.*

8 *Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamuis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subripuerit, nihilo minus creditori conpetat actio furti.*

9 Zie bijvoorbeeld D. 47,2,12,2 en D. 47,2,19,5.

De problemen ontstaan echter wanneer men zich afvraagt waarop de actieve legitimatie van de pandhouder tot de *actio furti* precies was gebaseerd. Wat was het belang van de pandhouder bij het behoud van de zaak waar Gaius naar verwijst? Over deze vraag is de literatuur tot op de dag van vandaag verdeeld. Grofweg kunnen er twee opvattingen worden onderscheiden. De eerste groep auteurs meent dat de pandhouder een zelfstandig belang had bij het behoud van het zekerheidsobject, aangezien het de kern van zijn zekerheidsrecht vormde.[10] Door hen wordt het belang van de schuldeiser daarom ook wel aangeduid als een 'Sicherungsinteresse' of een 'positief belang'.

Er zijn daarnaast echter ook auteurs die betogen dat de pandhouder niet een positief, maar een negatief belang had bij het behoud van het zekerheidsobject.[11] Dit negatieve belang zag – in hun visie – op de aansprakelijkheid die de pandhouder jegens de pandgever had voor het verlies of tenietgaan van de in zekerheid gegeven zaak en wordt om die reden ook wel aangeduid als de 'Haftungsinteresse' van de pandhouder. Aan deze opvatting ligt de aanname ten grondslag dat de pandhouder aansprakelijk was voor *custodia*.

Bij de beantwoording van de vraag naar het belang van de pandhouder bij het instellen van de *actio furti* moet allereerst een onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin de zaak door de pandgever zelf was gestolen en het geval waarin het zekerheidsobject door een derde was weggenomen. Het is duidelijk dat in het eerste geval (diefstal door de pandgever) de *actio furti* van de pandhouder niet gebaseerd kan zijn geweest op een 'Haftungsinteresse', aangezien hij in een dergelijk geval niet aansprakelijk was jegens de pandgever (die immers de zaak zelf gestolen had). Het staat dan ook vast dat de pandhouder in dit geval ageerde met de diefstalactie op basis van zijn zekerheidsbelang.[12] Dit lag anders in het geval van diefstal door een derde. In dit geval kan worden betwijfeld welk belang de pandhouder nu precies tot het instellen van de *actio furti* legitimeerde. Door auteurs uit het eerste kamp wordt betoogd dat ook hier de 'Sicherungsinteresse' van de crediteur de basis vormde van de rechtsvordering tegen de dief. Andere auteurs menen echter dat de actie was gebaseerd op zijn aansprakelijkheid

10 De belangrijkste vertegenwoordiger van deze opvatting is Thomas (Thomas, 'Furtum pignoris' en *idem*, 'Commentaries'). Ook Kaser lijkt van een zelfstandige 'Sicherungsinteresse' van de pandhouder uit te gaan, al spreekt hij zich niet zo expliciet hierover uit als Thomas: Kaser, 'Besitzpfand', 63-80 en *idem*, 'Furtum pignoris', 255 e.v.

11 Auteurs die deze opvattingen aanhangen zijn Schulz ('Die Aktivlegitimation') en Ankum ('Furtum pignoris I' en 'Furtum pignoris II'). Kaser meent dat de *custodia*-aansprakelijkheid van de pandhouder pas door de laat-klassieke juristen als de grondslag voor de *actio furti* werd erkend: 'Furtum pignoris', 253.

12 Ook Schulz en Ankum bestrijden deze aanname niet: Schulz, 'Die Aktivlegitimation', 27 en Ankum, 'Furtum pignoris I', 139. Deze redenering wordt door tegenstanders van de Haftungsinteresse-theorie aangevoerd als een argument om een legitimatie tot de *actio furti* op basis van aansprakelijkheid in zijn geheel af te wijzen: Thomas, 'Furtum pignoris', 140 en Sanfilippo, *Libri Tres*, 38.

jegens de pandgever voor het verlies van de zaak. Dit brengt ons bij de kern van het debat in de literatuur, te weten de vraag naar de graad van aansprakelijkheid van de pandhouder jegens de pandgever.

2.2 De aansprakelijkheid van de pandhouder bij diefstal

Het klassieke Romeinse recht kende verschillende graden van aansprakelijkheid uit overeenkomst, te weten *dolus*, *culpa* en *custodia*. In de meeste gevallen waren partijen slechts over en weer aansprakelijk voor onbehoorlijk gedrag (*dolus*) of nalatigheid (*culpa*). Wanneer een zaak aan de wederpartij tijdelijk werd afgestaan met het oogmerk om deze partij genot of een ander voordeel te verschaffen, was echter een strengere aansprakelijkheidsgraad van toepassing.[13] Voorbeelden van dergelijke houders waren de bruiklener en aannemers van werk tegen betaling (*conductio operis*), zoals vollers (*fullo*) en kleermakers (*sarcinator*).[14] In dit geval was de schuldenaar aansprakelijk voor *custodia*. Aanvankelijk werd de term *custodia* door de Romeinse juristen gebruikt om invulling te geven aan de zorgplicht die op de houder van een zaak rustte, dat wil zeggen dat hij verplicht was om de zaak veilig te bewaren en zo nodig te bewaken ('*custodiam praestare*' in de letterlijke zin van het woord).[15] Door de tijd heen ontwikkelde *custodia* zich echter tot een objectieve vorm van aansprakelijkheid, waarbij de houder in diende te staan voor diefstal en bepaalde vormen van beschadiging, ongeacht de vraag of hij deze in het individuele geval had kunnen voorkomen of niet.[16] Met andere woorden, *custodia* behelsde een vorm van wat wij nu risicoaansprakelijkheid zouden noemen. Uiteraard was ook deze aansprakelijkheid niet onbegrensd, geen enkele verbintenis verplichtte immers tot het onmogelijke (*impossibilium nulla obligatio est*).[17] Zo kon de bruiklener bijvoorbeeld niet aansprakelijk worden gesteld voor diefstal of schade die was veroorzaakt door een inval van rovers of vijanden, overvallen van piraten, schipbreuken en brand.[18]

---

13 In de romanistiek wordt aangenomen dat aan deze striktere aansprakelijkheid het principe van *utilitas* ('Utilitätsgedanke') ten grondslag lag, zie Zimmermann, *Law of obligations*, 198-199. Zie hierover verder B. Kübler, 'Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht' in: *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Giercke*, deel 2, Breslau: Marcus 1910, 235-275 en D. Nörr, 'Die Entwicklung des Utilitätsgedanke im römischen Haftungsrecht' *ZSS* 73 (1956), 68-119.

14 Gai. 3,205-206.

15 Zie G. MacCormack, '*Custodia* and *culpa*' *ZSS* 89 (1972), 149-219 en G.C.J.J. van den Bergh, '*Custodiam praestare*: *custodia*-liability or liability for failing *custodia*?' *TvR* 43 (1975), 59-72 en *idem*, 'Custodia', 603-114.

16 Kaser, *Privatrecht*, 506-507; Ankum, 'Furtum pignoris I', 134 nt. 16; Zimmermann, *Law of obligations*, 194. Anders Van den Bergh en MacCormack (literatuur vorige noot), die ontkennen dat de klassieke juristen een dergelijke objectieve invulling aan het begrip *custodia* gaven.

17 D. 50,17,185.

18 D. 13,6,18 *pr*.

Het feit dat bruikleners en aannemers van werk wel aansprakelijk konden worden gesteld door hun wederpartij voor de diefstal van een zaak door een derde, bracht met zich mee dat zij gerechtigd waren tot het instellen van een *actio furti* tegen de dief.[19] Zij – en niet de eigenaar zelf – hadden immers belang bij het instellen van de diefstalactie.[20] Overigens beschikte de eigenaar natuurlijk nog wel over een revindicatie tegen de dief.

Voorstanders van de 'Haftungsinteresse'-theorie zijn van mening dat de vuistpandhouder ook aansprakelijk was voor *custodia* met als gevolg dat hij door de debiteur zonder meer aansprakelijk kon worden gesteld voor de diefstal van het pand door een derde. Het is echter maar de vraag of dit het geval was. [21] De klassieke bronnen zijn op dit punt onduidelijk en soms zelfs tegenstrijdig.[22] Sommige teksten pleiten voor een *custodia*-aansprakelijkheid van de pandhouder,[23] terwijl andere lijken te wijzen in de richting van een beperktere vorm van aansprakelijkheid voor *culpa* en *dolus*.[24] De teksttraditie van de teksten die op dit vraagstuk betrekking hebben levert bovendien nog een extra complicatie op. Uit I. 3,14,4 blijkt dat de pandhouder in het Justiniaanse recht slechts in diende te staan voor *culpa* (en natuurlijk *dolus*).[25] Dit doet vermoeden dat de teksten van de klassieke juristen in de Digesten mogelijk geïnterpoleerd zijn om ze aan te passen aan het recht van de 6e eeuw,[26] waardoor het vrijwel onmogelijk is om met zekerheid het klassieke standpunt te achterhalen.

De onduidelijkheid over de aansprakelijkheid van de pandhouder weerklinkt ook in de teksten die betrekking hebben op zijn legitimatie tot de *actio furti.* Sommige teksten wijzen expliciet in de richting van aansprakelijkheid voor *custodia* als actieve legitimatie tot de *actio furti*, zoals D. 47,2,14,16, waarin Ulpianus de pandhouder gelijkstelt met bruikleners en aannemers van werk:

---

19 Gai. 3,205.

20 Een uitzondering was het geval waarin de bestolen houder ondertussen zelf insolvent was geworden. In dat geval was de eigenaar gerechtigd tot het instellen van de *actio furti*: Gai. 3,205.

21 Het debat over de *custodia*-aansprakelijkheid van de pandhouder heeft zich grotendeels geconcentreerd rond de vraag naar de actieve legitimatie van de pandhouder tot het instellen van de *actio furti*. Zie daarnaast in meer algemene zin bijvoorbeeld ook nog Zimmermann, *Law of obligations,* 225-227, Kaser, 'Besitzpfand', 70 e.v. en Ankum, 'Furtum pignoris II', 114 onder verwijzing naar J.A. Ankum, 'La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico' in: *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, deel 4, Milaan: Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica 1983, 587 e.v.

22 Kaser, 'Studien II', 336, die spreekt over de 'undeutliche Quellenlage'.

23 Zie bijvoorbeeld D. 13,7,13,1, het hieronder geciteerde D. 47,2,14,16, C. 4,24,6 en C. 8,13,19. Twijfelachtig zijn D. 13,7,30 en D. 47,8,2,22, die in de richting van *custodia* zouden kunnen wijzen. Zie over deze teksten Kaser, 'Besitzpfand', 70-72.

24 Zie bijvoorbeeld D. 13,6,5,2, D. 39,2,15,30, D. 42,5,9,5, D. 44,4,4,8 en D. 50,17,23.

25 Kaser, *Privatrecht II*, 352-353 en Zimmermann, *Law of obligations*, 227.

26 Kaser, 'Furtum pignoris', 253-254.

> D. 47,2,14,16: 'Men heeft zich afgevraagd wat voor rechtsvordering van diefstal wordt gegeven aan hem, aan wie een zaak is in bruikleen is gegeven. En ik meen dat aan allen, voor wiens risico de zaken van anderen komen, zoals in het geval van bruikleen, maar ook in het geval van aanneming van werk of pand, als deze gestolen zijn, dat aan allen diefstalacties toekomen. De condictie komt echter slechts toe aan degene, die de eigendom heeft.'[27]

Deze tekst suggereert dat de *actio furti* van de pandhouder gebaseerd was op zijn *custodia*-aansprakelijkheid jegens de pandgever.[28] Andere teksten wijzen echter, zij het vaak minder expliciet, in de richting van een zelfstandig belang van de pandhouder bij het instellen van de *actio furti*, waaronder de volgende tekst die uit hetzelfde werk van Ulpianus afkomstig is:[29]

> D. 47,2,12,2: 'Maar ook als een zaak in pand is gegeven, geven wij de diefstalactie aan de schuldeiser, hoewel de zaak niet tot zijn vermogen behoort. Ja, wij zullen zelfs de diefstalactie niet alleen tegen de externe dief verlenen, maar ook tegen de eigenaar zelf, en dit heeft Julianus geschreven. Bovendien is de algemene opvatting dat zij ook aan de eigenaar zelf wordt toegekend, en zo kan het gebeuren, dat hij zowel aansprakelijk wordt gesteld met de *actio furti*, als er zelf mee procedeert. Hij wordt echter om deze reden aan beiden gegeven, omdat beiden daar een belang bij hebben. Maar heeft de schuldeiser altijd belang of slechts dan, wanneer de debiteur niet solvent is? Pomponius meent dat hij altijd er belang bij heeft om de zaak in handen te hebben, en dit betoogt ook Papinianus in het twaalfde boek van zijn *Quaestiones*. En het is zeer juist dat de schuldeiser hier altijd een belang bij schijnt te hebben, en dit heeft Julianus ook vaak geschreven.'[30]

---

27 Ulpianus libro XXIX ad Sabinum. *Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere: condictio autem ei demum competit, qui dominium habet.*

28 Ankum, 'Furtum pignoris II', 110-111 en 115-118, die overigens meent dat de *actio furti* van de pandhouder tegen de externe dief deels op zijn 'Sicherungsinteresse' en deels op zijn 'Haftungsinteresse' was gebaseerd. Wanneer de debiteur zijn schuld nog niet had voldaan, had de pandhouder een zekerheidsbelang ter waarde van de schuld en een aansprakelijkheidsbelang ter waarde van de *superfluum* (het verschil tussen de waarde van de zaak en de schuld); als de debiteur zijn schuld al wel had voldaan, had de pandhouder uitsluitend een aansprakelijkheidsbelang bij het instellen van de *actio furti*. Thomas, 'Furtum pignoris', 142-142 meent dat deze tekst, die niet in zijn theorie past, geïnterpoleerd is.

29 Zie verder ook bijvoorbeeld nog D. 47,2,14,5-7, waarvan Ankum meent dat zij betrekking hebben op *fiducia*: Ankum, 'Furtum pignoris I', 149-159 en 'Furtum Pignoris II', 135-141.

30 Ulpianus libro XXIX ad Sabinum. *Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut <non> [nonnumquam,* em. Mo.*] teneatur furti et agat. ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit.*

Uit deze tekst wordt door voorstanders van de 'Sicherungsinteresse'-theorie afgeleid dat de pandhouder een zelfstandig belang had bij de *actio furti*, ongeacht de vraag of de debiteur reeds in betalingsnood verkeerde of niet.[31] Ulpianus benadrukt dat hij niet de enige was die er zo over dacht: ook Pomponius, Papinianus en Julianus hingen deze visie aan. Het enkele feit dat Ulpianus zich genoodzaakt voelde om dit te benadrukken, doet vermoeden dat er onder de klassieke juristen zelf ook discussie bestond over de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de pandhouder en dat dit de oorzaak is van alle onduidelijkheden en tegenstrijdigheden in de Digestenteksten.[32] Het is om die reden onmogelijk om op deze plaats een sluitende oplossing te bieden voor de hierboven beschreven problematiek, te meer de klassieke teksten mogelijk ook nog eens op verschillende punten door de Justiniaanse compilatoren aan het recht van hun tijd zijn aangepast.[33] Dit zou bovendien een uitgebreide behandeling van alle in het geding zijnde teksten vereisen, hetgeen de reikwijdte van dit proefschrift ver te buiten gaat. In het onderstaande zal dan ook slechts worden ingegaan op de visie van Paulus op dit probleem.

3 D. 47,2,88(87)

3.1 *Decretum*?

Voordat in kan worden gegaan op de inhoud van D. 47,2,88(87) moet eerst enige aandacht worden besteed aan de vorm van de tekst. Net zoals een aantal andere teksten uit de *Decreta* en de *Imperiales Sententiae*, is D. 47,2,88(87) niet duidelijk geformuleerd als een rechterlijke uitspraak van de keizer. Een werkwoord waarmee deze in de *Decreta* en de *Imperiales Sententiae* plegen te worden ingeleid, zoals *pronuntiavit, decrevit* of *placuit*, ontbreekt. Het is goed mogelijk dat het oorspronkelijke verslag van Paulus veel uitgebreider was en dat door de compilatoren slechts een beperkt deel van de tekst in de Digesten is overgenomen. Gezien het feit dat er mogelijk onder de klassieke juristen zelf discussie bestond over de actieve legitimatie van de pandhouder tot het instellen van de *actio furti*, is het waarschijnlijk dat D. 47,2,88(87) het standpunt van één of meerdere klassieke juristen (of van de keizer zelf) weergeeft, dat in de beraadslagingen in het *consilium* was verdedigd en als zodanig door Paulus is opgetekend. Gezien de inhoudelijke samenhang tussen D. 47,2,88(87) en de hieronder te bespreken Digestentekst D. 47,2,15 *pr.*,

31 Thomas, 'Furtum pignoris', 139-140. Kaser voert deze tekst aan i.c.m. D. 47,2,14,5-7 ter ondersteuning van zijn standpunt dat de meeste klassieke juristen meenden dat de *actio furti* tegen een externe dief werd 'verdeeld' over de pandhouder (voor de waarde van de vordering) en de pandgever (voor het verschil tussen de waarde van de zaak en de vordering), zie Kaser, 'Besitzpfand', 65 e.v.

32 Zimmermann, *Law of obligations*, 226.

33 Aanhangers van beide opvattingen hebben verschillende interpolaties in de betrokken teksten voorgesteld om ze op deze wijze in hun theorie in te kunnen passen.

die ook van Paulus afkomstig is, ligt het voor de hand dat het om Paulus' eigen opvattingen over de positie van de pandhouder gaat.[34] Het bestaan van een meningsverschil tussen de klassieke juristen over de grondslag van de aansprakelijkheid van de pandhouder en diens actieve legitimatie tot de *actio furti* kan ook verklaren waarom een zaak hierover bij de keizer terecht kwam. Het was de taak van de keizer om dergelijke controversen binnen het *ius civile* definitief te beslissen.

3.2 De grondslag van de boete bij de *actio furti*

De tekst van Paulus heeft betrekking op de feitelijke grondslag van de te berekenen boete, *i.e.* de geldelijke waardering van het belang op grond waarvan de pandhouder zijn *actio furti* instelt. In het *decretum* wordt een onderscheid gemaakt tussen een *actio furti* tegen een dief, waarbij de pandhouder tweemaal de *waarde van het pand* kan vorderen, en de *actio furti* tegen de debiteur/pandgever zelf, in welk geval de pandhouder slechts tweemaal de *waarde van zijn vordering* tegen de pandgever inclusief de hierover verschuldigde rente kan vorderen. Dit onderscheid is opvallend. Als we aan zouden nemen dat de legitimatie van de pandhouder tot de *actio furti* uitsluitend berust op zijn eigen zelfstandige 'Sicherungsinteresse', zou er geen reden bestaan om een onderscheid te maken tussen de berekening van de boete bij de *actio furti* tegen de externe dief enerzijds en de *actio furti* tegen de debiteur/pandgever anderzijds. In beide gevallen is het belang van de pandhouder immers hetzelfde, te weten de waarde van de vordering.[35] Als we er echter van uitgaan dat het belang dat de pandhouder had bij het instellen van de *actio furti* kon verschillen naar gelang de persoon waartegen hij deze actie instelde – of dat op zijn minst Paulus deze mening was toegedaan –, zou dit ook het onderscheid dat Paulus in D. 47,2,88(87) maakt kunnen verklaren. Als de diefstalactie van de pandhouder tegen de dief (in ieder geval deels) was gebaseerd op zijn aansprakelijkheid jegens de pandhouder, is het niet meer dan logisch dat de hoogte van de boete werd berekend op basis van de waarde van de zaak. Dit was immers juist het bedrag waarvoor de pandgever de pandhouder kon aanspraken. Dit was echter niet het geval wanneer de pandgever/debiteur de zaak zelf had gestolen. In dat geval bestond het belang van de pandhouder bij zijn vordering slechts uit de waarde van zijn vordering tegen de debiteur (inclusief de rente, ter voldoening waarvan een pandrecht ook kon worden gebruikt, zie de behandeling van D. 46,1,68,1) en moest deze waarde worden gebruikt om de op te eisen boete te berekenen. Dezelfde redenering komen we tegen met betrekking tot de *litis aestimatio* bij de *actio Serviana*:

34 Thomas, 'Furtum pignoris', 150 e.v.; Kaser, 'Besitzpfand', 64 e.v.

35 Thomas, 'Furtum pignoris', 149-151 meent dan ook dat dit onderscheid niet bestond. Hij plaatst daarom grote vraagtekens bij de authenticiteit van D. 47,2,88(87).

> D. 20,1,21,3: 'Als een verpande zaak niet wordt afgegeven, dan zal een taxatie van de in het geding zijnde zaak plaatsvinden tegen de bezitter, maar tegen de schuldenaar zelf wel op een andere wijze dan tegen een andere willekeurige bezitter. Want tegen de schuldenaar wordt de zaak op niet meer gewaardeerd dan wat hij is verschuldigd, omdat hij [de schuldeiser] geen belang heeft bij meer; tegen de derde-bezitter wordt de overwaarde ook meegenomen, en dat wat de crediteur ontvangt naast de schuld, moet hij aan de debiteur afstaan op grond van de pandactie.'[36]

Het onderscheid dat Ulpianus hier maakt tussen de *litis aestimatio* bij de *actio Serviana* tegen de debiteur en de *actio Serviana* tegen een willekeurige derde komt naadloos overeen met het onderscheid dat Paulus maakt ten aanzien van de *actio furti*.[37] Uit de tekst blijkt duidelijk dat het belang van de crediteur bij de actie hieraan ten grondslag lag: in een procedure tegen de debiteur zelf was zijn belang beperkt tot de waarde van zijn vordering, terwijl in een procedure tegen een derde zijn belang werd gewaardeerd op een hoger bedrag, te weten de waarde van de zaak zelf. Hieruit kan worden opgemaakt dat het belang van de crediteur in een dergelijke procedure was gebaseerd op zijn aansprakelijkheid jegens de pandgever.[38]

> In de tekst over de *actio Serviana* wordt ook melding gemaakt van de verplichting van de crediteur om in het geval van een procedure tegen een derde het overschot, dat wil zeggen het verschil tussen de waarde van het zekerheidsobject en de hoogte van de daardoor verzekerde vordering, af te staan aan de debiteur. Een soortgelijke regeling komen we ook tegen in D. 47,2,15 *pr.*, een andere tekst van Paulus, die betrekking heeft op de *actio furti*: 'Het belang van de schuldeiser, wiens pand gestolen is, is niet beperkt tot de waarde van zijn vordering, maar hij kan met de *actio furti* het gehele bedrag opeisen. Maar hij zal ook op grond van de pandactie dat wat de schuld overstijgt aan de debiteur moeten afgeven.'[39] De schuldeiser die met succes de *actio furti* tegen een derde heeft ingesteld, moet vervolgens een deel van de boete, te weten '*id quod debitum excedit*', afstaan aan de debiteur. De laatste kan dit bedrag opvorderen van de pandhouder met de *actio pigneraticia*. Over de uitleg van de woorden '*id quod debitum excedit*' bestaat reeds sinds de Middeleeuwen onduidelijkheid. De Glosse noemt twee verschillende interpretaties zonder uitsluitsel te geven.[40] Onder verwijzing naar D. 13,7,22 *pr*. en D. 20,1,21,3 wordt de mogelijkheid geopperd dat de pandhouder zijn vordering met de geïnde boete diende te verrekenen of in ieder geval alles wat het bedrag van zijn vordering te boven ging moest afgeven aan de debiteur ('*& quod ampli debito habet, debitori reddit totum*'). Maar, zo vermeldt de Glosse, er

---

36 Ulpianus LXXIII ad edictum. *Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest, adversus ceteros possessores etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneraticia actione.*

37 Vgl. Ankum, 'Furtum pignoris II', 112-113.

38 Kaser, 'Besitzpfand', 62 onder verwijzing naar F. Wubbe, 'Der Streitwert bei der actio Serviana' in: D. Medicus & H.H. Seiler (ed.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München: Beck 1976, 179 e.v. Zie ook Ankum, 'Furtum pignoris II', 112-113.

39 Paulus libro quinto ad Sabinum. *Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest: sed et pigneraticia actione id quod debitum excedit debitori praestabit.*

40 Gl. *in solidum* ad D. 47,2,15 *pr.*

zijn ook schrijvers die van mening zijn dat de pandhouder de dubbele waarde van zijn vordering mocht behouden en de verdubbelde overwaarde, dat wil zeggen het verschil tussen de waarde van het pand en de vordering, moest afgeven aan de debiteur ('*licet quidam dicant debitum & duplum debiti retinere & quod ultra sit reddat*'). In de moderne literatuur is tot slot betoogd dat '*id quod debitum excedit*' moet worden geïnterpreteerd als 'het bedrag, waarmee de waarde van de verpande zaak de hoogte van de vordering overstijgt', dat wil zeggen enkel het *superfluum*.[41]

41 Ankum, 'Furtum Pignoris II', 102 en Kaser, 'Furtum Pignoris', 260-261. Beide auteurs nemen aan dat de compilatoren een zin(sdeel) tussen de eerste en tweede zin van de tekst hebben verwijderd. Overigens verdedigt Kaser in zijn eerdere artikel nog de opvatting dat de pandhouder op grond van deze tekst verplicht was om de dubbele overwaarde aan de pandgever uit te keren, zie 'Besitzpfand', 65, terwijl Ankum in 'Furtum pignoris I', 137-138 nt. 26 nog betoogt dat de tweede zin van de tekst in zijn geheel geïnterpoleerd is.

26 D. 48,18,20: de getuigenverklaringen in de procedure tegen Surus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro tertio decretorum. *Maritus quidam heres uxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum deposuisse defunctam se absente dicebat, et in eam rem unum testem liberti sui filium produxerat apud procuratorem: desideraverat et quaestionem haberi de ancilla*[a]*. Surus negabat se accepisse et testimonium non oportere unius hominis admitti nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla. procurator quaestionem de ancilla habuerat. cum ex appellatione cognovisset imperator, pronuntiavit quaestione illicite habita unius testimonio non esse credendum ideoque recte provocatum.*	Paulus in het derde boek van de 'Decreten'. Een zekere echtgenoot eiste als erfgenaam van zijn echtgenote van Surus een geldsom, waarvan hij zei dat zijn overleden vrouw deze bij hem [Surus] in zijn afwezigheid in bewaargeving had gegeven en in deze zaak produceerde hij bij de *procurator* één getuige, de zoon van zijn vrijgelatene. Hij verlangde daarnaast dat een slavin onder tortuur werd gehoord. Surus ontkende dat hij het geld in ontvangst had genomen en [betoogde] dat de getuigenverklaring van één persoon niet moest worden toegelaten en dat men niet pleegde te beginnen met ondervragingen onder tortuur, ook al was zij de slavin van iemand anders. De *procurator* liet de ondervraging van de slavin plaatsvinden. Toen de keizer van deze zaak in appel kennis had genomen, deed hij uitspraak dat, aangezien de ondervraging onrechtmatig had plaatsgevonden, de getuigenverklaring van één enkele persoon niet moest worden geloofd en dat er daarom terecht appel was aangetekend.

[a] Suri *ins.* Mo.

1 Deze tekst wordt behandeld in: Sanfilippo, *Libri Tres*, 125-126; Wankerl, *Appello,* 172-182; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 403-412. Zie daarnaast U. Ziletti, 'Sul valore probatorio della testimonianza nella 'cognitio extra ordinem'' *SDHI* 29 (1963), 143-145; L. Schumacher, *Servus Index. Sklavenverhör und sklavenanzeige im republikanischen und kaiserzeitlichen Rom*, Wiesbaden: Steiner 1982, 201-203; U. Vincenti, *Ante sententiam appellari potest. Contributo allo studio dell'appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano*, Padua: Cedam 1986, 18 e.v.; *idem, Duo genera sunt testium. Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano,* Padua: Cedam 1989, 145 e.v.; A. Metro, 'Unus testis nullus testis' in: F.W. Cairns & O.F. Robinson (ed.), *Critical studies in ancient law, comparative law and legal history*, Oxford etc.: Hart 2001, 111-113.

2 Feiten

De feiten van de aan de keizer voorgelegde zaak waren als volgt. Een zekere echtgenoot, die hierna Titius zal worden genoemd, vorderde van Surus teruggave van een geldsom die zijn echtgenote, die ondertussen overleden was, bij Surus in bewaargeving zou hebben gegeven. Surus stelde echter dat hij nooit enig bedrag uit de handen van de echtgenote had ontvangen. Op Titius rustte de plicht om te bewijzen dat dit wel het geval was geweest. Hij voerde hiertoe in de procedure in eerste aanleg, die bij een keizerlijke *procurator* plaatsvond, één getuige aan, te weten de zoon van zijn vrijgelatene. Daarnaast verzocht hij de *procurator* om toestemming te geven voor het verhoor van een slavin onder tortuur, een zogeheten *quaestio per tormenta*. Surus verzette zich echter zowel tegen het gebruik van de getuigenverklaring van de *libertinus* als het verzoek om de *quaestio.* Hij was van mening dat de verklaring van één enkele getuige niet moest worden toegelaten en dat het verzoek tot de *quaestio* moest worden afgewezen, daar men niet de gewoonte had om zonder meer met verhoor onder tortuur te beginnen.

3 Procedure in eerste aanleg

3.1 Grondslag van de vordering en prosopografie

De procedure betrof in essentie een eenvoudig civielrechtelijk geschil over bewaargeving (*depositum*): Titius eiste als erfgenaam van de bewaargeefster, zijn overleden echtgenote, de door de laatstgenoemde in bewaring gegeven geldsom op van Surus, de bewaarnemer. Het is opvallend dat door Titius werd gevraagd om een *quaestio per tormenta*. Deze wijze van verhoor behoorde in beginsel tot het domein van het strafrecht, zoals ook blijkt uit de plaatsing van de Digestentitel over dit onderwerp (‘*De quaestionibus*’) in boek 48 van de Digesten, dat betrekking heeft op het strafrecht. Uit de *Sententiae* van Paulus blijkt echter dat in sommige civielrechtelijke geschillen, zoals voogdijzaken en erfrechtelijke geschillen, ook gebruik kon worden gemaakt van *quaestiones*.[2] Uit D. 48,18,20 volgt dat geschillen over bewaargeving klaarblijkelijk ook tot deze groep behoorden.[3] Wellicht kan dit worden verklaard uit het feit dat de *actio depositi* oorspronkelijk een poenale actie was. Vanwege de vertrouwensrelatie waarop het contract van *depositum* was gebaseerd, had de actie van de bewaargever tegen de bewaarnemer ten tijde van de Wet van de Twaalf Tafelen een poenaal karakter, maar verloor dit

2 *PS* 5,16,2, zie voor voogdijzaken daarnaast ook D. 27,3,1,3. Zie ook Buckland, *Law of slavery*, 86-87.

3 Hoewel het verhoor van de slavin door de keizer uiteindelijk onrechtmatig werd verklaard, kan uit het betoog van Surus worden afgeleid dat de grondslag hiervoor niet een verbod van *quaestiones* in civiele geschillen in het algemeen of geschillen over bewaargeving in het bijzonder was.

onder het praetorische edict.[4] Een veroordeling in een formulaprocedure die werd ingeleid met de *actio depositi* had echter wel, net als een veroordeling in voogdijzaken, *infamia* als gevolg.[5] Deze bijzondere bijkomstigheid bij de actie zou de toelaatbaarheid van *quaestiones* bij de bewijsgaring kunnen verklaren.

Het contract van *depositum* maakte onderdeel uit van het traditionele *ius civile* en behoorde als zodanig in Rome tot de competentie van de *praetor urbanus*.[6] Uit de tekst van Paulus blijkt echter dat het onderhavige geschil in eerste aanleg werd beoordeeld door een keizerlijke *procurator*. Hieruit kan worden afgeleid dat we te maken hebben met een *cognitio extraordinaria* en dat het geschil zich waarschijnlijk in één van de (keizerlijke) provincies heeft afgespeeld. Er wordt naar aanleiding van de naam van de gedaagde, Surus, soms betoogd dat de procedure in Syria plaatsvond.[7] Men meent dat deze Surus een fictieve persoon was, die door Paulus als een stereotype in zijn tekst werd ingezet. De naam Surus zou een verbastering zijn van het woord *Syrus*, wat Syriër betekent, en door Paulus als stereotype zou zijn gebruikt, omdat de Syriërs erom bekend stonden gierig en hebzuchtig te zijn.[8] 'Surus' zou niet kunnen verwijzen naar een bestaand persoon, aangezien Paulus in zijn rechtspraakverzamelingen dergelijke personen pleegt aan te duiden met een dubbele naam (zie bijvoorbeeld D. 4,4,38 *pr.*: Aemilius Larianus; D. 14,5,8: Titianus Primus; D. 32,27,1: Pompeius Hermippus).[9] Vele andere teksten uit de *Decreta* en de *Imperiales Sententiae* bevatten echter ook slechts de eerste naam van de betrokken personen en deze verwijzen in sommige gevallen wel degelijk naar een historische persoon.[10] Hieruit volgt dat op basis van het feit dat Paulus een enkele naam gebruikt niet zonder meer kan worden aangenomen dat het in deze tekst om een fictief personage gaat.

> Wel moet worden vastgesteld dat het de identificatie van de gedaagde moeilijker maakt. Surus is een relatief veel voorkomend *cognomen* en het is om die reden onmogelijk om met zekerheid de Surus van D. 48,18,20 te identificeren. Mogelijk was de procedure gericht tegen Publius (?) Mevius Surus[11] of Marcus Iuventius Surus Proculus,[12] twee aanzien-

4 Wet XII Tafelen 8,19. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 535 en Zimmermann, *Law of obligations*, 206-207.

5 Gai. 4,182 en D. 3,2,1. Zie over de gevolgen van *infamia* Kaser, *Privatrecht*, 274-275. Zie daarnaast nog M. Kaser, 'Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen' *ZSS* 73 (1956), 220-278.

6 De *actio depositi* maakte immers onderdeel uit van het *Edictum Perpetuum*, zie Lenel, *Edictum Perpetuum*, 288-290.

7 U. Vincenti, 'Per uno studio sugli appelli 'ante sententiam'' *BIDR* 86/87 (1983-1984), 79.

8 Schumacher, *Servus index,* 203.

9 Schumacher, *Servus index,* 203.

10 Zie bijvoorbeeld D. 32,27 *pr.*; D. 32,97; D. 40,1,10; D. 48,19,40; D. 49,14,47 *pr.* Van in ieder geval de laatste tekst kan met enige zekerheid worden vastgesteld dat zij betrekking heeft op historische figuren, zie BZD, nr. 28 (D. 49,14,47 *pr.*) sub 2.

11 *PIR*² M 582; Leunissen, *Konsuln und Konsulare*, 152, 238, 280 en 365; Barbieri, *L'Albo,* nr. 373; Alföldy, 'Senat', 148.

12 *PIR*² I 889; Leunissen, *Konsuln und Konsulare*, 159, 272 en 357; Barbieri, *L'Albo,* nr. 320; Alföldy, 'Senat', 145.

lijke Romeinen waarvan we zeker weten dat ze tijdens de regeerperiode van Severus in leven waren.[13] Mevius Surus was waarschijnlijk afkomstig uit Afrika en bekleedde in 205 de positie van *legatus Augusti pro praetore* van de drie Daciae. Surus Proculus was *legatus Augusti pro praetore* in Noricum in 201.

3.2 Partijdebat in eerste aanleg: *quaestio de ancilla*

3.2.1 Getuigenverhoor van slaven

Het betoog van Surus in eerste aanleg was tweeledig. Zoals hierboven reeds werd vermeld, betoogde Surus ten eerste dat een enkele getuigenverklaring niet voldoende bewijs vormde om te komen tot een veroordelend vonnis (hierna: 'eerste verweer'). De eiser had op dit verweer geanticipeerd door de *procurator* ter aanvulling hiervan te verzoeken om een ondervraging van een slavin. Hierop reageerde Surus met een tweede verweer (hierna: 'tweede verweer'), namelijk dat 'men niet placht te beginnen met ondervragingen onder tortuur, ook al was zij de slavin van iemand anders' ('*nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla*'). De twee verweren van Surus hingen met elkaar samen. Aan de beoordeling van het eerste verweer, de ontoelaatbaarheid van één enkele getuigenverklaring, kwam de rechter slechts toe wanneer hij van oordeel was dat het tweede verweer van Surus moest worden gehonoreerd, dat wil zeggen in het geval dat hij de *quaestio* van de slavin niet toelaatbaar achtte. Om deze reden zal in het onderstaande eerst op het tweede deel van Surus' betoog worden ingegaan. Daarvoor moet eerst enige aandacht worden besteed aan het verhoor van slaven in het algemeen.

Slaven konden niet als vrije personen een (vrijwillige) getuigenverklaring in de klassieke zin van het woord afleggen,[14] maar plachten te worden verhoord onder tortuur, de *quaestio per tormenta*.[15] Men mocht echter niet zomaar overgaan tot een dergelijke ingrijpende ondervraging. Door Augustus was vastgesteld dat de ondervraging van slaven onder tortuur nooit het beginpunt van een gerechtelijk onderzoek moest zijn: '*et non esse a tormentis incipiendum et divus Augustus constituit*'.[16] Deze regel werd door Hadrianus in een brief aan een zekere Sennius Sabinus verder uitgewerkt:

13 Zie ook Schumacher, *Servus index*, 203.

14 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 367 en Schumacher, *Servus index*, 9-10. Zie ook Tac. *Ann.* 2,28, die duidelijk een onderscheid maakt tussen de getuigenverklaringen van vrije personen en verklaringen van slaven.

15 Zie over dit onderwerp Mommsen, *Strafrecht*, 412-418, Buckland, *Law of slavery*, 86 e.v. en Schumacher, *Servus index*. Zie daarnaast A. Ehrhardt, *RE* 2. Reihe, VI.2 (1937), *s.v. tormenta,* 1775-1794, W. Waldstein, *RE* XXIV (1963), s.v. *quaestio per tormenta,* 786-787, O.F. Robinson, 'Slaves and the criminal law' *ZSS* 98 (1981), 235-243 en D. Liebs, 'Der Schutz der Privatsphäre in einer Sklavenhaltergesellschaft. Aussagen von Sklaven gegen ihre Herren nach römischem Recht' *BIDR* 22 (1980), 147-189.

16 D. 48,18,1 *pr.*

> D. 48,18,1,1: 'De precieze bewoordingen van het rescript zijn als volgt: tot de folteringen van slaven moet slechts dan worden overgegaan, wanneer de beschuldigde als verdachte moet worden aangemerkt en het bewijs reeds zodanig is geleverd door andere bewijsmiddelen, dat alleen de bekentenis van de slaven nog lijkt te ontbreken.'[17]

Uit dit rescript blijkt dat een verhoor onder tortuur slechts mogelijk was indien er reeds ander belastend bewijs tegen de verdachte bestond. Hier voegden Marcus Aurelius en Lucius Verus later bij rescript nog aan toe dat een zaak in beginsel niet kon worden beslist op grond van de enkele verklaring van een slaaf: '*idem* [Marcus Aurelius en Lucius Verus] *rescripserunt non utique in servi unius quaestione fidem rei constituendam, sed argumentis causam examinandam*'.[18]

De bewijsgaring door middel van slavenverhoor kende daarnaast nog een aantal andere beperkingen. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de Romeinse juristen in het algemeen enigszins wantrouwig stonden tegenover bewijslevering door middel van *quaestiones per tormenta*. Ulpianus merkt hierover het volgende op:

> D. 48,18,1,23: 'In verschillende keizerconstituties wordt verklaard dat men niet altijd zijn vertrouwen moet stellen in ondervraging onder tortuur, maar ook niet nooit. Het is immers een fragiel en riskant bewijsmiddel dat de waarheid tekort doet. (…)'[19]

De belangrijkste specifiek juridische beperking op het verhoor van slaven door middel van een *quaestio* was dat zij niet onder tortuur mochten worden gehoord om belastend bewijs tegen hun meester te verkrijgen.[20] Deze regel gold reeds ten tijde van de Republiek en ging terug op het *mos maiorum*, zoals blijkt uit de redevoering van Cicero voor koning Deiotarus.[21] Het was slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk om een slaaf tegen zijn meester te laten getuigen, te weten in het geval van beschuldigingen van overspel (*crimina adulterii*), belastingfraude (*fraus census*) en hoogverraad (*maiestas*).[22]

---

17 Ulpianus libro octavo de officio proconsulis. *Verba rescripti ita se habent: 'Ad tormenta servorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio servorum deesse videatur'.*

18 D. 48,18,1,4.

19 Ulpianus libro octavo de officio proconsulis. *Quaestioni fidem non semper nec tamen numquam habendam constitutionibus declaratur: etenim res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat.* (…)

20 Zie bijvoorbeeld D. 48,18,1,5, D. 48,18,2 en D. 48,18,9,1. Zie daarnaast *PS* 5,16,5 en C. 9,41,1 *pr.*

21 Cic. *Deiot.* 3.

22 C. 9,41,1 *pr.* Zie hierover Robinson, 'Slaves', 236 e.v.

In andere gevallen werd een dergelijk verhoor, wanneer dit toch was uitgevoerd, beschouwd als onrechtmatig bewijs.[23] Deze verklaringen van slaven tegen hun meesters mochten niet door de rechter in zijn vonnis worden meegenomen, tenzij deze door ander bewijsmateriaal werden ondersteund, aldus een rescript van Septimius Severus uit 196 n. Chr. [24] Aan informatie die slaven vrijwillig over hun meesters verschaften, diende nog minder waarde te worden gehecht.[25]

Daarnaast waren de mogelijkheden tot ondervraging onder tortuur beperkt in geschillen die betrekking hadden op een geldsom, *causae pecuniariae*.[26] Welk soort zaken precies met deze term werd aangeduid, kan niet met zekerheid uit de klassieke bronnen worden opgemaakt. Aangezien de *quaestio per tormenta* vooral werd toegepast in strafrechtelijke procedures, lijkt het aannemelijk dat de Romeinse keizers en juristen deze term gebruikten om de groep vermogensrechtelijke geschillen aan te duiden, waarin een *quaestio* geoorloofd was (zie paragraaf 3.1).[27] De regeling over de toelaatbaarheid van een *quaestio* in *causae pecuniariae* wordt uiteengezet door Marcianus in D. 48,18,9 *pr.*:

> D. 48,18,9 *pr.*: 'De vergoddelijkte Antoninus Pius heeft in een rescript bepaald dat slaven niet onder tortuur kunnen worden verhoord in geldelijke zaken, tenzij de waarheid anders niet kan worden gevonden. Dit wordt ook in andere rescripten bepaald. Maar dit betekent dat niet gemakkelijk een verhoor onder tortuur wordt gehouden in een geldelijke zaak. Maar als de waarheid niet anders kan worden gevonden dan door middel van tortuur, mag een dergelijk verhoor worden gehouden, zoals ook de vergoddelijkte Severus heeft gerescribeerd. En het is daarom mogelijk om de slaven van een ander aan een verhoor onder tortuur te onderwerpen, als de zaak dit vereist.'[28]

23 C. 9,41,1,1, een rescript van Septimius Severus en Caracalla dat is overgenomen door Ulpianus in D. 48,18,1,16 en door Marcianus D. 48,18,9,1.

24 C. 9,41,1,1.

25 D. 48,18,1,16 en D. 48,18,9,1 ('*multo minus indicia servorum contra dominos admittenda sunt*'). Deze laatste regel ontbreekt in de tekst van het rescript in de Codex, maar uit de letterlijke overeenkomst tussen D. 48,18,1,16 en D. 48,18,9,1 kan worden afgeleid dat zij mogelijk wel onderdeel uitmaakte van de originele tekst van het *rescriptum*.

26 Anders Ziletti, 'Sul valore', 144, die uitgaat van een algeheel verbod op ondervraging onder tortuur in *causae pecuniariae* op grond van C. 9,41,1,2 en D. 48,18,19 *pr.* Deze opvatting is echter onjuist. C. 9,41,1,2 verbiedt niet *quaestiones* in *causae pecuniariae* in het algemeen, maar verhindert slechts dat slaven in *causae pecuniariae* tegen hun meesters worden ondervraagd ('*In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse manifestum est*').

27 Buckland, *Law of slavery*, 86-87. Een bredere interpretatie wordt aangehouden door Liebs, 'Der Schutz', 158. Het onderhavige geval valt binnen beide interpretaties.

28 Marcianus libro secundo de iudiciis publicis. *Divus Pius rescripsit posse de servis haberi quaestionem in pecuniaria causa, si aliter veritas inveniri non possit. quod et aliis rescriptis cavetur. sed hoc ita est, ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur: sed si aliter veritas inveniri non possit nisi per tormenta, licet habere quaestionem, ut et divus Severus rescripsit. licet itaque et de servis alienis haberi quaestionem, si ita res suadeat.* Vgl. *PS* 5,15,6.

In *causae pecuniariae* was het slavenverhoor een *ultimum remedium*. Alleen als de verklaring van een slaaf absoluut noodzakelijk was om de waarheid te achterhalen, kon een dergelijke ondervraging worden uitgevoerd, aldus Antoninus Pius en Severus.[29] C. 9,41,1,2 (196 n. Chr.) bevat hiernaast een rescript van Severus, waarin wordt benadrukt dat slaven in dit soort geschillen nooit mochten getuigen tegen hun eigen meester, ook al was er sprake van een gebrek aan bewijsmiddelen. Kortom, de mogelijkheden tot een *quaestio* in civiele procedures waren beperkt. Was zij in het geval van Titius en Surus toelaatbaar?

3.2.2 Het betoog van Surus

Uit het bovenstaande blijkt dat twee zaken van belang waren voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van een *quaestio*: de vraag aan wie een slaaf toebehoorde en de aanwezigheid van voldoende andere bewijsmiddelen. Uit de tekst van Paulus blijkt dat Surus op beide punten (*i.e.* in zijn tweede verweer) inging met het betoog dat 'men niet pleegde te beginnen met ondervragingen onder tortuur, ook al was zij de slavin van iemand anders' (*'nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla'*). Het meest problematische gedeelte van dit verweer zijn de woorden *'etsi aliena esset ancilla*', die zien op de eigendomsvraag met betrekking tot de slavin. De vraag aan wie de slavin nu eigenlijk toebehoorde, heeft reeds sinds de Middeleeuwen gezorgd voor verdeeldheid in de literatuur. Mommsen gaat ervanuit dat zij toebehoorde aan Surus en voegt om die reden in zijn tekst van de Digesten bij de eerste vermelding van de slavin het woordje *Suri* toe: *desideraverat et quaestionem haberi de ancilla [Suri]*.[30] Volgens deze opvatting moet het woord *aliena* vanuit het perspectief van de eiser worden begrepen: als we aannemen dat de slavin aan Surus toebehoorde, dan was zij ten opzichte van Titius 'de slavin van een ander'. Hoewel de interpretatie van Mommsen veel navolging heeft gekregen,[31] is zij onwaarschijnlijk. Als de slavin van Surus was geweest, had hij het verhoor kunnen voorkomen door simpelweg aan te voeren dat slaven in civielrechtelijke geschillen niet tegen hun meesters mochten worden gehoord (vgl. C. 9,41,1,2: '*In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse manifestum est*').[32] Het lijkt

29 Een voorbeeld van een dergelijk gebrek aan bewijsmiddelen dat een *quaestio per tormenta* rechtvaardigde vinden we in D. 27,3,1,3, waarin een ander decreet van Septimius Severus over deze materie is opgenomen. Hierin bepaalde de keizer dat wanneer een voogd in het kader van een *actio tutelae* weigerde om inventaris- en veilinglijsten (*inventaria neque auctionalia*) te overleggen, de slaven die bij het opstellen van deze lijsten betrokken waren geweest konden worden ondervraagd om ervoor te zorgen dat deze alsnog werden geproduceerd.

30 Mommsen, *Digesta II*, 845 nt. 2. Hij baseert deze aanname naar eigen zeggen op de Basilica (*'idem Graeci'*).

31 Sanfilippo, *Libri Tres*, 125; Ziletti, 'Sul valore', 144; Metro, 'Unus testis', 112.

32 C. 9,41,1,2 ziet precies op dit geval.

onlogisch dat hij ervoor koos een ingewikkelder en minder effectieve argumentatie te voeren die was gebaseerd op de ontoelaatbaarheid van de *quaestio* wegens het gebrek aan andere bewijsmiddelen[33] en bovendien is het zeer onaannemelijk dat de *procurator Caesaris* een verhoor toestond dat direct in strijd was met een oude en bekende rechtsregel.[34]

Een tweede mogelijkheid is dat de slavin toebehoorde aan de overleden echtgenote van de eiser en dat zij op grond van het erfrecht zijn eigendom was geworden.[35] In dit geval was de slavin *aliena* vanuit het perspectief van Surus en was er geen sprake van een *quaestio contra dominum*. Het is echter maar de vraag of slaven op grond van het Romeinse recht wel *voor* hun meester, een *quaestio pro domino*, mochten getuigen. Paulus en Ulpianus wijzen deze mogelijkheid af,[36] terwijl Papinianus de *quaestio pro domino* juist lijkt toe te staan.[37] Latere keizerconstituties uit de derde eeuw zijn echter eenstemmig en verbieden een verhoor in het voordeel van de meester.[38] Hieruit kan worden afgeleid dat het recht op dit punt gedurende het bewind van Severus in ontwikkeling was.[39] Het is goed mogelijk dat Titius in de onderhavige procedure van de onduidelijkheden omtrent deze rechtsregel gebruik probeerde te maken en zijn eigen slavin voor verhoor naar voren probeerde te schuiven.

Een derde mogelijkheid is dat de slavin niet aan Surus of Titius toebehoorde, maar eigendom was van een derde persoon.[40] Uit D. 48,18,9 *pr.* blijkt duidelijk dat ook slaven, die niet aan één van de partijen zelf toebehoorden, in civiele geschillen onder tortuur konden worden gehoord als dit noodzakelijk was om de waarheid te achterhalen. In een dergelijk geval was de partij die hierom verzocht wel verplicht om de prijs van de slaaf in kwestie dan wel de waardevermindering die door de tortuur ontstond te betalen.[41] Voor de opvatting dat de slavin aan een derde toebehoorde pleit ook het taalgebruik van Paulus. Het woord '*alienus*' komt in de Digestentitel 48,18 nog op

33 Wankerl, *Appello*, 177.

34 Anders Ziletti, 'Sul valore', 144, die meent dat de *procurator* niet in strijd met het geldende recht handelde, omdat de slavin naar zijn mening werd verhoord over haar eigen rol bij de totstandkoming van het *depositum*, '*de facto suo*', en dus niet getuigde tegen haar meester. Hij baseert zich hierbij op C. 9,41,14, een rescript van Diocletianus, dat geenszins de rechtstoestand van een eeuw eerder hoeft weer te geven.

35 Gl. *ancilla* ad D. 48,18,20 (in tegenstelling tot Accursius die in Gl. *Casus* ad D. 48,18,20 betoogt dat de slavin van Surus was). Zie ook Liebs, 'Der Schutz', 159 en Schumacher, *Servus index*, 202.

36 D. 48,18,1,3; D. 48,18,18,7; *PS* 5,16,8a. Tegen de toelaatbaarheid van de *quaestio pro domino* pleiten Robinson, 'Slaves', 238 en Schumacher, *Servus index*, 138-140.

37 D. 48,18,17,2. Vgl. ook Tac. *Ann.* 3,14,1. Zie ook Mommsen, *Strafrecht*, 414 en Liebs, 'Der Schutz', 158, die betoogt dat de reeds geciteerde tekst van Marcianus (D. 48,18,9 *pr.*) ook betrekking heeft op de *quaestio pro domino*.

38 C. 9,41,6 (240 n. Chr.); C. 9,41,7 (286 n. Chr.); C. 9,41,14 (294 n. Chr.).

39 Buckland, *Law of slavery*, 88.

40 Deze mogelijkheid wordt voorzichtig gesuggereerd door Metro, 'Unus testis', 112 en Wankerl, *Appello*, 174

41 *PS* 5,16,3.

twee andere plaatsen voor, te weten het hierboven geciteerde D. 48,18,9 *pr.* en D. 48,18,1,14, en verwijst in beide gevallen naar een persoon die niet als partij is betrokken bij de procedure.

Het is onmogelijk om de eigenaar van de slavin met zekerheid vast te stellen. Het ligt in de rede dat een slavin van de overleden echtgenote waardevol bewijs kon leveren over transacties die door haar voormalige meesteres waren aangegaan. Als wij ervanuit gaan dat zij toebehoorde aan Titius, is het echter enigszins verwonderlijk dat Surus in zijn betoog niet op de toelaatbaarheid van een *quaestio pro domino* inging. Wanneer we ervan uitgaan dat de slaaf eigendom was van een derde, rijst de vraag hoe diens slavin betrokken kon zijn geweest bij de transactie tussen de echtgenote van Titius en Surus. Was zij een toevallige passant of wellicht om een andere reden aanwezig toen het geld werd overhandigd? Het is ook mogelijk dat de slavin oorspronkelijk toebehoorde aan de overleden echtgenote en in handen van een derde was gekomen doordat zij aan deze persoon was overgedragen of gelegateerd.

De interpretatie van het eerste deel van het tweede verweer van Surus (*nec solere a quaestionibus incipi*) levert minder problemen op. In het bovenstaande is reeds ter sprake gebracht dat de ondervraging van een slaaf niet het beginpunt van de bewijsvoering mocht vormen, zoals al door Augustus was bepaald. Het was noodzakelijk om eerst bewijs uit andere bronnen aan te voeren, alvorens over te gaan tot het verhoor van slaven. Dit gold des te meer in het geval van vermogensrechtelijke zaken – waartoe deze zaak over bewaargeving zonder twijfel behoorde – , daar Septimius Severus zelf (in navolging van Antoninus Pius) had bepaald dat de ondervraging van slaven een *ultimum remedium* behoorde te zijn.[42] Surus meende echter dat het enige andere bewijs dat door de eiser werd aangedragen, de getuigenverklaring van diens *libertinus*, door de rechter niet moest worden meegenomen in diens beslissing (‘*testimonium non oportere unius hominis admitti*’). De reden hiervoor wordt uit de tekst van Paulus niet geheel duidelijk, maar het lijkt aannemelijk dat hij de betrouwbaarheid en objectiviteit van de getuige, die als *libertinus* in een nauwe relatie tot de eiser stond, betwistte[43] en meende dat de zaak niet op basis van de verklaring van deze ene getuige mocht worden beslist. Nu deze getuigenverklaring in zijn ogen buiten beschouwing zou moeten worden gelaten, was er geen ander bewijs meer om een *quaestio per tormenta* van de slavin te rechtvaardigen en het verzoek hiertoe diende dan ook naar zijn mening door de *procurator* te worden afgewezen.

De keizerlijke *procurator* gaf geen gehoor aan het betoog van Surus en besliste dat de *quaestio* van de slavin diende plaats te vinden. De motivering van deze beslissing is door Paulus niet in zijn verslag van de zaak opgenomen. Het is zowel mogelijk dat de *procurator* in de getuigenverklaring van de *libertinus* voldoende aanleiding zag om over te gaan tot een *quaestio* als

42 Vgl. B. 60,50,19 sch. 1.

43 Ziletti, ‘Sul valore’, 143 onder verwijzing naar D. 22,5,3 *pr.* waarin Callistratus beschrijft hoe de rechter de betrouwbaarheid van een getuige moest beoordelen.

dat hij in aansluiting op de rescripten van Antoninus Pius en Severus waarnaar wordt verwezen in D. 48,18,9 *pr.* juist van mening was dat alleen door middel van de *quaestio* van de slavin de waarheid kon worden achterhaald en het verhoor om deze reden gerechtvaardigd was.[44] Het feit dat de *procurator* de *quaestio* van de slavin toestond, had als gevolg dat de eis van Titius niet langer slechts door één getuigenverklaring werd ondersteund. Om deze reden kwam de *procurator* in zijn geheel niet aan de beoordeling van het eerste verweer van Surus toe, dat zag op de toelaatbaarheid van de verklaring van één enkele getuige. Hij kwam op grond van de getuigenverklaring van de slavin en de *libertinus* tot het oordeel dat de eis van Titius gegrond was en veroordeelde Surus tot terugbetaling van de in bewaring gegeven geldsom.[45] Deze beslissing had, zoals hierboven reeds is benadrukt, grote gevolgen voor Surus. Een veroordeling in een procedure die betrekking had op bewaargeving bracht immers *infamia* met zich mee. Het is dan ook niet verwonderlijk dat Surus tegen het vonnis van de *procurator* in appel ging bij de keizer.[46]

4 De beslissing van de keizer

De uitspraak van de keizer bestond uit twee onderdelen. Ten eerste bepaalde hij dat het verhoor van de slavin onder tortuur onrechtmatig (*illicite*) had plaatsgevonden. De gronden van dit oordeel worden door Paulus niet genoemd. De meest voor de hand liggende motivering, die aansloot op het betoog van Surus in eerste aanleg, was dat de keizer van oordeel was dat de getuigenverklaring van één ander vrij persoon, die ook nog eens in een familiaire relatie tot de eiser stond, niet voldoende was om in deze *causa pecuniaria* over te gaan tot een verhoor onder tortuur.[47] Het gevolg van de beslissing van de keizer was dat de verklaring van de slavin ontoelaatbaar was als bewijs in de procedure en niet als ondersteuning van het vonnis kon dienen.[48]

Het wegvallen van de getuigenverklaring van de slavin had als gevolg dat er aan het vonnis van de *procurator* nog maar één ander bewijsmiddel ten grondslag lag, te weten de verklaring van de *libertinus*. In het tweede deel van zijn uitspraak boog de keizer zich over de vraag of een rechterlijke

44 Wankerl, *Appello*, 177-178. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 408 nt. 470 verdedigt de tweede opvatting.

45 Zo ook B. 60,50,19 Sch. 1. Zie daarnaast ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 205 en Wankerl, *Appello*, 173 en 177.

46 Dat het hier niet gaat om een tussentijds appel tegen de beslissing om tot de *quaestio* over te gaan, wordt benadrukt door Vincenti, *Ante sententiam*, 21 en Wankerl, *Appello*, 174. Zie daarnaast ook Litewski, 'Zwischenbescheide', 188 nt. 154.

47 Vgl. Sanfilippo, *Libri Tres,* 125-126 en Wankerl, *Appello,* 179-180. Anders Schumacher, *Servus index*, 203.

48 Vgl. C. 9,41,1,1, D. 48,18,1,16 en D. 48,18,9,1, waarin wordt vastgesteld dat een ongeldige *quaestio contra dominum* niet door de rechter ten grondslag aan zijn vonnis mocht worden gelegd.

uitspraak kon worden gebaseerd op slechts één enkele getuigenverklaring. Hij oordeelde op dit punt dat '*unius testimonio non esse credendum*', *i.e.* dat de verklaring van één enkele persoon niet moest worden geloofd. Hierop rijst de vraag wat de keizer precies met deze beslissing bedoelde: moest de getuigenverklaring van deze specifieke persoon onder de omstandigheden van dit specifieke geval niet moeten worden geloofd of beoogde de keizer een nieuwe algemene bewijsrechtelijke regel te creëren op grond waarvan een rechterlijke uitspraak nooit op één enkele getuigenverklaring kon worden gebaseerd?

Het Romeinse civiele procesrecht kende een vrije bewijsleer. De rechter had een grote mate van vrijheid bij het bepalen van de toelaatbaarheid en de waardering van het aan hem aangeboden bewijs en was hierbij niet aan enig wettelijk voorschrift gebonden.[49] Dit gold ook voor de toelating en de waardering van getuigenbewijs. Callistratus schrijft dat het tot de taak van de rechter behoorde om de betrouwbaarheid van getuigen zorgvuldig te onderzoeken en dat in deze overweging onder andere hun sociale status, hun achtergrond, hun vermogenstoestand en hun verhouding tot de partijen moesten worden meegenomen.[50] Over de vraag naar de waardering van het bewijs in een specifieke zaak, citeert hij het volgende rescript van Hadrianus:

> D. 22,5,3,2: 'Welke bewijsmiddelen op welke wijze in welke zaak voldoende bewijs opleveren, kan niet met zekerheid worden vastgesteld. Hoewel niet altijd, maar toch vaak wordt de waarheid in een individuele zaak zonder publieke akten aan het licht gebracht. Nu eens bevestigt het aantal getuigen, dan weer hun waardigheid en autoriteit, dan weer bijvoorbeeld een eenstemmig gerucht de geloofwaardigheid van hetgeen waarover wordt geprocedeerd. Ik kan dus slechts aan jou zeer globaal bij rescript laten weten dat je niet een specifieke zaak meteen aan één soort bewijsmiddel moet ophangen, maar naar eer en geweten moet beoordelen, wat je kan geloven of wat je als onvoldoende bewezen beschouwt.'[51]

Met andere woorden, de beoordeling van de vraag of er voldoende bewijs was om tot een veroordeling van de gedaagde te komen, moest door de rechter per specifiek geval worden bepaald. In beginsel onthield zelfs de keizer zich van de ontwikkeling van stelregels op dit gebied. Met betrekking tot de vraag of één getuigenverklaring voldoende bewijs vormde om tot een veroordeling te komen, kwam hierin pas verandering ten tijde van het bewind van Constantijn:

---

49 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 361 e.v. (formulaprocedure) en 491-493 (*cognitio extra ordinem*). Het moderne Nederlandse bestuursbewijsrecht wordt tot op de dag van vandaag door dit beginsel geregeerd.

50 D. 22,5,3 *pr.*-1.

51 Callistratus libro quarto de cognitionibus. '*Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris'.*

> C. 4,20,9 (= C. Th. 11,39,3): 'Keizer Constantijn aan de stadhouder Iulianus. Wij hebben reeds eerder te kennen gegeven dat getuigen worden gebonden door de heilige belofte van een eed, voordat zij een verklaring afgeven, en dat meer geloof moet worden gehecht aan *honestiores* als getuigen. Op dezelfde wijze hebben wij verordonneerd dat geen enkele rechter mag dulden dat de getuigenverklaring van één persoon al te gemakkelijk in welke zaak dan ook maar wordt toegelaten. En nu maken wij voor eens en altijd duidelijk dat de verklaring van een enkele getuige in zijn geheel niet mag worden gehoord, ook al is een dergelijke getuige bekleed met de eer van de gehele senaat.'[52]

In het bovenstaande rescript werd door Constantijn de zogeheten '*unus testis, nullus testis*'-regel in het leven geroepen, die voorschreef dat één getuigenverklaring nooit voldoende bewijs vormde om tot een veroordelend vonnis te komen en niet door de rechter bij zijn beslissing mocht worden betrokken. Door sommige auteurs wordt echter betoogd dat ook het klassieke Romeinse recht deze regel al kende.[53] De belangrijkste bronnen die ter ondersteuning van deze opvatting worden aangevoerd zijn van literaire aard,[54] maar daarnaast worden ook enkele juridische teksten als bewijs aangevoerd, te weten D. 22,5,12, C. 4,20,2 (223 n. Chr.), C. 4,20,4 (284 n. Chr.) én de onderhavige tekst van Paulus. In de meest recente literatuur over dit onderwerp wordt echter terecht aangenomen dat de '*unus testis, nullus testis*'-regel ten tijde van Severus nog niet bestond en dat noch het betoog van Surus noch de uitspraak van de keizer in D. 48,18,20 hierop betrekking heeft.[55] De formulering van het betoog van Surus ('*testimonium non oportere unius hominis admitti*') en in het bijzonder het gebruik van het woord '*admitti*' lijken weliswaar te suggereren dat hij zich beriep op een reeds bestaande algemene rechtsregel, maar uit de rest van de tekst blijkt dat deze formulering eerder werd ingegeven door retorische motieven dan door het bestaan van een juridische regel en dat zij vooral was gericht op het overtuigen van de *procurator* (en de keizer) van de onbetrouwbaarheid van deze specifieke getuigenverklaring.[56] De bewoordingen van het keizerlijk oordeel, '*unius testimonio non esse credendum*', impliceren dat de keizer zich slechts, conform de hierboven beschreven regels van het Romeinse civiele procesrecht, uitliet over de geloofwaardigheid van de in het geding zijnde getuigenverklaring.[57] In het rescript van Constantijn wordt gebruik gemaakt van het werk-

---

52 Imp. Constantinus A. ad Iulianum praesidem. *Iurisiurandi religione testes priusquam perhibeant testimonium, iam dudum artari praecepimus, et ut honestioribus potius fides testibus habeatur. Simili more sanximus, ut unius testimonium nemo iudicum in quacumqua causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.*

53 F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani*, Milaan: Giuffrè 1938, 542 e.v. Zie ook Vincenti, *Ante sententiam*, 19, *idem, Duo genera,* 147 en Bianchini, *Materiali*, 125.

54 Sen. *Contr.* 7,1,23 en 7,5,5; Quint. *Decl.* 338,21 en 379,5.

55 Zie naast G. Pugliese, 'La preuve dans le procès romain de l'époque classique' in: G. Pugliese, G. Sacconi & I. Buti (ed.), *Scritti giuridici scelti,* deel 1, Napels: Jovene 1985, 382 e.v. ook Zilletti, 'Sul valore', 141 e.v., Metro, 'Unus testis', 112-113 en meest recent Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 406 e.v.

56 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 408-410 o.v.n. Zilletti, 'Sul valore', 143.

57 Pugliese, 'La preuve', 384; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 410.

woord *audire*, dat in processuele context verwees naar het aanhoren van de betogen van partijen en de beslissing hierover door de rechter.[58] Met andere woorden, het voorschrift van Constantijn dat een verklaring van één getuige niet 'mocht worden gehoord' zag op de *toelaatbaarheid* van een dergelijke verklaring in de procedure. De getuigenverklaring moest als gevolg van dit rescript door de rechter in zijn geheel buiten beschouwing worden gelaten. De woordkeuze van Severus in het onderhavige *decretum* was echter minder sterk. Hij gebruikte het woord *credere* dat anders dan *audire* geen bijzondere betekenis had in de context van het civiele proces en simpelweg 'geloven' of 'geloof hechten aan' betekende.[59] De beslissing van de keizer in D. 48,18,20 zag om deze reden niet op de toelaatbaarheid van een getuigenverklaring in een civiele procedure, maar op de *geloofwaardigheid* hiervan.[60] Met andere woorden, de vraag of de verklaring van één enkel persoon aan de basis van een veroordelend vonnis kon staan, maakte naar zijn mening onderdeel uit van de feitelijke waardering van getuigenbewijs in de civiele procedure. In dit specifieke geval moest geen geloof aan de getuigenverklaring van de *libertinus* worden gehecht en om deze reden oordeelde de keizer dat Surus terecht appel had aangetekend tegen de beslissing van de *procurator* ('*ideoque recte provocatum*').

Uit het uitspraak van de keizer volgt dat de beoordeling van de vraag of een getuigenverklaring door de rechter moest worden meegenomen in zijn beslissing en eventueel tot een veroordeling kon leiden, de taak was van de rechter bij wie het geschil aanhangig was en dat zijn waardering van het bewijs op basis van de hierboven genoemde criteria doorslaggevend bleef.[61] Dit betekende niet dat het *decretum* van de keizer in zijn geheel geen betekenis had voor de rechtspraktijk. Door in zijn beslissing aan te geven dat aan de getuigenverklaring van één enkele getuige geen geloof moest worden gehecht, gaf hij aan lagere rechters het signaal af om terughoudendheid te betrachten bij de beoordeling van dergelijke verklaringen.[62] Zijn beslissing maakte onderdeel uit van de toenemende inmenging van de keizers in de rechterlijke waardering van getuigenverklaringen, die meer dan honderd jaar later uitmondde in de '*unus testis, nullus testis*'-regel van Constantijn.[63]

58 Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 44.
59 Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 111.
60 Pugliese, 'La preuve', 384; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 410.
61 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 412.
62 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 412. Vgl. ook Metro, 'Unus testis', 113. Dezelfde gedachtegang zien we ook terug in het rescript van Constantijn: '*Simili more sanximus, ut unius testimonium nemo iudicum in quacumqua causa facile patiatur admitti*'.
63 Pugliese, 'La preuve', 320; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 412. Zie ook Ziletti, 'Sul valore', 145 e.v.

27 D. 48,19,40: de verbanning van Metrodorus en Philoctetes

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro tertio decretorum. *Metrodorum, cum hostem fugientem sciens susceperit, in insulam deportari, Philocteten, quod occultari eum non ignorans diu dissimulaverit, in insulam relegari placet.*	Paulus in het derde boek van de 'Decreten'. De keizer heeft besloten Metrodorus te deporteren naar een eiland, aangezien hij een vijand, van wie hij wist dat hij op de vlucht was, heeft verborgen, en Philoctetes naar een eiland te relegeren, omdat hij, hoewel hij hiervan op de hoogte was, verzweeg dat hij [*i.e.* de vijand] verborgen werd.

2 Juridisch kader

2.1 De *hostis* en zijn helpers

D. 48,19,40 is de enige tekst in de *Decreta* die betrekking heeft op het strafrecht en vermeldt slechts de beslissing van de keizer in de zaken van een zekere Metrodorus en Philoctetes. Beide heren stonden terecht vanwege hun betrokkenheid bij het verborgen houden van een *hostis*, een vijand van de Romeinse staat. Uit de tekst van Paulus wordt niet duidelijk wie deze *hostis* was. Het is mogelijk dat het ging om een persoon van niet-Romeinse afkomst die behoorde tot een volk waarmee de Romeinen in staat van oorlog verkeerden,[2] maar het is waarschijnlijker dat het een Romeins burger betrof die door de senaat tot *hostis* was verklaard. De senaat gebruikte deze bevoegdheid in de keizertijd in het bijzonder tegen troonpretendenten en hun aanhangers en deed dit vaak op initiatief van de zittende keizer.[3] Zo waren tijdens de burgeroorlogen van 193 tot en met 197 n. Chr. de rivalen van Severus, Pescennius Niger en Clodius Albinus, en hun aanhangers ook

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 126.

2 D. 49,15,24: '*Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipse populo Romano.*'

3 Mommsen, *Strafrecht*, 259. Een mooi voorbeeld van een dergelijke verklaring door de senaat is de *hostis*-verklaring van Septimius Severus, die op voorspraak van Didius Julianus door de senaat tot *hostis* werd verklaard: SHA *Sev.* 5,5 en Dio *Hist.* 73(74),16,1.

tot *hostes* verklaard.[4] Als we de klassieke bronnen mogen geloven waren de klopjachten die Severus na zijn overwinningen tegen Niger en Albinus liet organiseren meedogenloos.[5] De gevolgen van gevangenneming waren executie van de *hostes* zonder proces en inbeslagname van hun vermogens.[6] Het is aannemelijk dat de *hostis* van D. 48,19,40 een aanhanger was van één van de rivalen van Severus, die aan zijn onfortuinlijke lot probeerde te ontsnappen. Uit het feit dat zijn helpers Griekse namen hadden, zou kunnen worden opgemaakt – maar niet met zekerheid kunnen worden vastgesteld – dat de zaak zich afspeelde in het oosten van het rijk, dat overwegend Griekstalig was, en dat de *hostis* een aanhanger van Pescennius Niger was geweest. Over de heren Metrodorus en Philoctetes valt verder weinig te zeggen. Uit het feit dat hun zaak door de keizer zelf werd behandeld en uit de hun toebedeelde straffen (waarover hieronder meer) kan worden opgemaakt dat zij waarschijnlijk behoorden tot de hogere klassen van de Romeinse samenleving.

Het helpen van een *hostis* werd beschouwd als een misdaad tegen het Romeinse volk en zijn veiligheid, een zogeheten *crimen maiestatis*.[7] Dit misdrijf bestond reeds sinds de Republiek en zag op iedere schending van de waardigheid van het Romeinse volk en zijn vertegenwoordigers. In de keizertijd werd zijn werking uitgebreid en zag het *crimen maiestatis* in toenemende mate op de schending van de *maiestas* van de keizer en zijn familie-

4 Opvallend is dat de veroordelingen van Pescennius Niger en Clodius Albinus waarschijnlijk door Severus zelf zijn uitgesproken en niet door de senaat, vgl. het taalgebruik van SHA *Sev.* 8,13 en *Pesc.* 5,7 (Pescennius Niger) en van SHA *Sev.* 10,2 (Clodius Albinus). Dit vermoeden wordt ondersteund door het feit dat de *hostis*-verklaring van Niger en Albinus niet wordt vermeld door Cassius Dio, een lid van de senaat in die periode, terwijl hij wel expliciet melding maakt van de *hostis*-verklaring van Severus, die wel door de senaat werd uitgesproken (zie de vorige noot).

5 Zie hierover nader ALD, paragraaf 1.3.3.2.

6 SHA *Sev.* 13; Her. 3,8,2 en 7. Cassius Dio is meer genuanceerd: Dio *Hist.* 75(76),8,3-4. Normaliter werd een *hostis* behandeld als iemand die veroordeeld was vanwege *perduellio*, zie Mommsen, *Strafrecht*, 259 en 538. *Perduellio* wordt in D. 48,4,11 gedefinieerd als een daad die werd ingegeven door een 'vijandige gezindheid tegen de staat of de keizer'. Uit deze tekst blijkt ook dat de juristen ten tijde van Severus *perduellio* als een onderdeel van het *crimen maiestatis* beschouwden. Om deze reden werd dit misdrijf dus op soortgelijke wijze bestraft. Zie hierover paragraaf 3 *infra.*

7 Zie voor deze definitie van *crimen maiestatis* D. 48,4,1 *pr.*: '*Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum vel adversus securitatem eius committitur.*' Er bestaat de nodige literatuur over *maiestas*, zie naast de behandeling van het onderwerp door Mommsen (*Strafrecht,* 537 e.v.) bijvoorbeeld B. Kübler, *RE* XIV.1 (1928), s.v. *maiestas*, 542-559, C.W. Chilton, 'The Roman law of treason under the early Principate' *JRS* 45 (1955), 73-81, R.S. Rogers, 'Treason in the early Empire' *JRS* 49 (1959), 90-94, R.A. Bauman, *The crimen maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg: Witwatersrand University Press 1967, R.A. Bauman, *Impietas in principem. A study of treason against the Roman emperor with special reference to the first century A.D.,* München: Beck 1974, Robinson, *Criminal law*, 74-78 en J. Harries, *Law and crime in the Roman world,* Cambridge: Cambridge University Press 2007, 72-85.

leden.[8] Het misdrijf van majesteitsschennis vond zijn grondslag in verschillende opeenvolgende wetten, waarvan de belangrijkste de *lex Cornelia* van Sulla uit 81 v. Chr. en de hierop voortbouwende *lex Iulia maiestatis* zijn.[9] Beide wetten bevatten geen heldere definitie van het *crimen maiestatis*. Wat precies als een *crimen maiestatis* diende te worden beschouwd, was een kwestie van interpretatie. De juridische geschriften over dit onderwerp bevatten dan ook niet meer dan een opsomming van verschillende feitencomplexen, die op basis van uitleg onder het begrip *crimen maiestatis* konden worden gebracht.[10] In een dergelijke opsomming vermeldt Scaevola dat personen 'waarvan wordt gezegd dat zij te kwader trouw ervoor hebben gezorgd dat *hostes* niet in de handen van het Romeinse volk kwamen of door wier toedoen *hostes* met opzet werden geholpen met proviand, wapens, paarden, geld of andere zaken' zich schuldig maakten aan het misdrijf van majesteitsschennis.[11] De omschrijving van Scaevola is zeer ruim: eenieder die op enigerlei wijze bijdroeg aan de ontsnapping van een *hostis* kon worden aangeklaagd voor het plegen van een *crimen maiestatis*. De handelingen van Metrodorus en Philoctetes vielen ook onder dit feitencomplex en zij zullen dan ook op deze grondslag zijn aangeklaagd.[12]

2.2 Strafrechtelijke jurisdictie van de keizer

Hoe kwam de zaak van Metrodorus en Philoctetes bij de keizer terecht? Bij de behandeling van D. 44,7,33 is reeds enige aandacht besteed aan het systeem van strafrechtelijke jurisdictie in de Republiek en de Keizertijd. In de Republiek vonden strafrechtelijke procedures in beginsel plaats bij gespecialiseerde *quaestiones*, die ook wel werden aangeduid als *iudicia publica*. Deze *quaestiones* waren juryrechtbanken die onder leiding van een *praetor* steeds één soort misdrijf berechtten. Er bestond ook een dergelijke *quaestio* voor de berechting van gevallen van majesteitsschennis, de *quaestio maiestatis.* De creatie van deze speciale rechtbank voor de berechting van *crimina maiestatis*

8 Vgl. Harries, *Law and crime*, 77. Deze extensieve interpretatie van het *crimen maiestatis* begon reeds onder Augustus: Tac. *Ann.* 1,72 e.v. Het kon hierbij niet alleen gaan om schending in woord of daad van de daadwerkelijke persoon van de keizer of zijn familieleden, maar zelfs ook om de fysieke schending van hun beeltenissen. Titel 48,4 van de Digesten (*Ad legem Iuliam maiestatis*) bevat een aantal teksten die bijvoorbeeld zien op het beschadigen en omsmelten van keizerbeelden (vgl. D. 48,4,6).

9 Zie over deze wetten Kübler, *RE* XIV.1 (1928), s.v. *maiestas*, 546-550 en daarnaast Bauman, *Crimen maiestatis*, 266-292. De laatste gaat ook uitgebreid in op het debat over de precieze datering van de *lex Iulia maiestatis* en de vraag of zij aan Caesar of aan Augustus moet worden toegeschreven.

10 Vgl. de in Digestentitel 48,4 opgenomen teksten van verschillende auteurs.

11 D. 48,4,4: *(…) factumve dolo malo cuius dicitur, quo minus hostes in potestatem populi Romani veniant: cuiusve opera dolo malo hostes populi Romani commeatu armis telis equis pecunia aliave qua re adiuti erunt: (…)*

12 Zo ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 126 en Bianchini, *Materiali*, 126.

werd traditioneel toegeschreven aan Sulla en diens *lex Cornelia maiestatis* van 81 v. Chr,[13] maar in de moderne literatuur wordt aangenomen dat zij al eerder tot stand was gekomen op grond van vroegere wetgeving op het gebied van de *crimina maiestatis*.[14] Net als alle andere *quaestiones* bleef de *quaestio maiestatis* voortbestaan onder het Principaat. Hiernaast werden echter ook de senaat en de keizer (en in diens verlengde de *praefectus urbi* en de *praefectus praetorio*) bevoegd om kennis te nemen van strafrechtelijke geschillen. Gelet op het grote aantal andere taken van beide staatsorganen, beperkte hun inmenging op het gebied van het strafrecht zich in het algemeen tot gevallen waarbij personen uit de (senatoriale) elite betrokken waren en politiek en sociaal gevoelige zaken, waarvan de uitkomst mogelijk sterke reacties in de samenleving kon uitlokken.[15] De berechting van *crimina maiestatis* behoorde vaak tot deze laatste categorie en de vergaande inmenging van de senaat en de keizer op dit gebied is duidelijk zichtbaar in de literaire bronnen.[16] Tegelijkertijd treffen wij in dezelfde bronnen vanaf 15 n. Chr. geen expliciete vermelding van de *quaestio maiestatis* meer aan, hetgeen sommige auteurs doet vermoeden dat de permanente rechtbank voor majesteitsschennis rond die tijd moet zijn opgeheven.[17] Aangezien de *crimina maiestatis* in het Principaat meestal betrekking hadden op een schending van de waardigheid de keizer en/of diens familie, was het wenselijk dat de berechting van dit misdrijf zoveel mogelijk werd overgelaten aan de senaat, zeker wanneer de verdachten in een dergelijke procedure zelf afkomstig waren uit de senatoriale klasse.[18] Zo merkt Maecenas (als spreekbuis van Cassius Dio) in zijn redevoering aan Augustus over goed staatsmanschap hierover het volgende op:

> Dio *Hist.* 52,31,3-4: 'Ten derde, in het geval van leden van de senaat en hun kinderen en hun vrouwen, wanneer zij ooit van een ernstig misdrijf worden beschuldigd, zodat zij veroordeeld kunnen worden in een proces tot verlies van burgerrecht, verbanning of de dood, moet jij deze zaak aan de senaat overdragen zonder van tevoren een oordeel te vellen, en aan hem de gehele beslissing over deze dingen in zijn geheel toevertrouwen, (…)'[19]

13 Mommsen, *Strafrecht*, 203; Kübler, *RE* XIV.1 (1928), s.v. *maiestas*, 548.

14 R.A. Bauman, *Crimen and punishment in ancient Rome*, Londen etc.: Routledge 1996, 59 e.v. en aangehaalde auteurs aldaar. Hij is van mening dat bij de *lex Appuleia* en de *lex Varia* uit 103 resp. 90 v. Chr. reeds was voorzien in een dergelijke speciale rechtbank.

15 Talbert, *Senate*, 463 e.v. (senaat) en daarnaast Jones, 'Jurisdiction', 479 en P. Garnsey, *Social status and legal privilege in the Roman Empire*, Oxford: Clarendon Press 1970, 99.

16 Het andere misdrijf dat vaak door de senaat werd berecht waren beschuldigingen van *res repetundae*, zie hierover Talbert, *Senate*, 464-466.

17 Talbert, *Senate*, 466.

18 Millar, *Emperor*, 521.

19 τρίτον, ἂν τούς τε βουλευτὰς τοὺς ἐκ τῆς γερουσίας καὶ τοὺς παῖδας τάς τε γυναῖκας αὐτῶν, ἄν ποτέ τινα αἰτίαν βαρυτέραν, ὥστε τὸν ἁλόντα σφῶν ἀτιμίαν ἢ φυγὴν ἢ καὶ θάνατον ὀφλεῖν, λάβωσιν, ὑπό τε τὸ βουλευτήριον ὑπάγῃς μηδὲν προκαταγνούς, καὶ ἐκείνῳ πᾶσαν τὴν περὶ αὐτῶν διαψήφισιν ἀκέραιον ἐπιτρέπῃς, (…). Vgl. ook *Hist.* 52,31,9, dat specifiek ziet op het geval waarin iemand beschuldigd wordt van het organiseren van een samenzwering tegen de keizer. Ook in dat geval deed de *princeps* er goed aan om de rechtszaak tegen een dergelijk persoon niet zelf te berechten, maar door te verwijzen naar de senaat.

Dit neemt niet weg dat keizers ook zelf tot de berechting van dergelijke zaken konden overgaan en dit ook met enige regelmaat hebben gedaan.[20] En zelfs als een zaak bij de senaat werd aangebracht, kon de keizer hier nog invloed op uitoefenen door gedurende de zitting als voorzitter van de senaat zijn mening over de zaak kenbaar te maken.[21] Dit hoefde overigens niet altijd in het nadeel van de verdachte te werken, aangezien de keizer ook kon pleiten voor een niet-ontvankelijk verklaring van de zaak of voor strafvermindering.[22] Het bewijs voor het voortbestaan van strafrechtelijke procedures ten overstaan van de senaat gedurende het bewind van Severus is reeds besproken in hoofdstuk 1 (paragraaf 1.4.3.2). Uit het gebruik van het woord *placuit*, dat in de *Decreta* en de *Imperiales Sententiae* een keizerlijke rechterlijke beslissing markeert, kan echter worden opgemaakt dat de zaak van Metrodorus en Philoctetes niet bij de senaat, maar bij de keizer zelf was aangebracht. Helaas geeft de tekst te weinig informatie om de redenen voor deze gang van zaken te achterhalen. Zij is echter geenszins ongebruikelijk: over Severus' voorganger Marcus Aurelius vermeldt Dio dat hij in de nasleep van de opstand van Avidius Cassius een deel van diens aanhangers ter berechting naar de senaat doorverwees, maar ook een aantal personen, waaronder de medeplichtige prefect van Egypte Flavius Calvisius, zelf veroordeelde.[23]

3 De beslissing van de keizer

De tekst van Paulus geeft geen informatie over het verloop van de procedure bij de keizer. Het is aannemelijk dat Severus de verdachten Metrodorus en Philoctetes en wellicht hun advocaten in de gelegenheid stelde om hun zaak in een hoorzitting te bepleiten, net zoals de gewoonte was in een privaatrechtelijke procedure bij het keizerlijk hof. Zij werden door de keizer schuldig bevonden en tot verschillende straffen veroordeeld. Metrodorus, die onderdak had geboden aan de *hostis*, werd gedeporteerd naar een eiland, terwijl Philoctetes, die slechts afwist van de onderduiker maar hem niet zelf in huis had gehad, werd gerelegeerd naar een eiland. Dit onderscheid verdient enige nadere toelichting.

In de *Pauli Sententiae* wordt de wijze beschreven waarop een verdachte die schuldig was bevonden aan een *crimen maiestatis* placht te worden gestraft:

20 Vgl. ook Harries, *Law and crime,* 80-81, die de *maiestas*-procedure beschrijft als een middel om de elite onder controle te houden.
21 Talbert, *Senate*, 477 e.v.
22 *Idem*, 478-479.
23 Dio *Hist.* 71(72),28,2-4.

PS 5,29,1: 'Vroeger werd aan deze personen voor altijd vuur en water ontzegd. Nu worden personen uit de lagere stand voor de beesten gegooid of levend verbrand en personen van hogere komaf worden ter dood gebracht.'[24]

Ten tijde van de Republiek en het vroege Principaat werden de plegers van een *crimen maiestatis* bestraft met de zogeheten *aquae et ignis interdictio*, letterlijk 'de ontzegging van water en vuur'. Dit betekende dat zij werden verbannen uit de samenleving, waarbij het burgerrecht aan hen werd ontnomen met als gevolg dat hun vermogen toeviel aan de staat.[25] Gedurende de keizertijd werd de *aquae et ignis interdictio* echter vervangen door de *deportatio*, een later ontstane vorm van verbanning die in grote lijnen dezelfde rechtsgevolgen had.[26] De hierboven geciteerde tekst noemt de *deportatio* echter niet als straf voor een *crimen maiestatis*, maar vermeldt dat personen van lage komaf (*humiliores*) voor de beesten werden gegooid of levend werden verbrand, terwijl personen met een hogere sociale status (*honestiores*) simpelweg ter dood werden gebracht. [27] In de keizertijd genoten bepaalde groepen binnen de Romeinse samenleving, die tezamen werden aangeduid als *honestiores*, op basis van hun *dignitas* een aantal juridische privileges, waaronder een mildere bestraffing voor strafrechtelijke vergrijpen.[28] Tot deze *honestiores* behoorden onder andere de leden van de senatoriale en ridderlijke klasse, *decuriones* en veteranen. In het geval van majesteitsschennis bracht het onderscheid tussen beide groepen met zich dat de *honestiores* op een meer humane wijze werden gedood, bijvoorbeeld door onthoofding met een bijl of executie met een zwaard, terwijl de *humiliores* voor de leeuwen werden gegooid of levend werden verbrand. Uit de hierboven geciteerde tekst van Paulus volgt echter wel dat de Republikeinse straf op majesteitsschennis, verbanning, in beginsel tot het verleden behoorde en door de doodstraf

24 (…) *His antea in perpetuum aqua et igni interdicebatur: nunc vero humiliores bestiis obiciuntur vel vivi exuruntur, honestiores capite puniuntur.* (…) Vgl. ook I. 4,18,3.

25 Vgl. Gai. 1,128 en 161. Een beroemd voorbeeld van de verbanning door middel van *aquae et ignis interdictio* is de verbanning van de redenaar Cicero. Hij werd echter nooit officieel berecht en veroordeeld, maar verliet Rome voordat het zover kon komen. Zijn ontzegging van water en vuur werd door zijn aartsvijand Clodius Pulcher vervolgens vastgesteld in een speciale wet, de *lex de exilio Ciceronis* (Cic. *Dom.* 47).

26 D. 48,19,2,1. Zie ook B. Levick, 'Poena legis maiestatis' *Historia* 28 (1979), 358-379 en i.h.b. 376 e.v.

27 Mommsen is van mening dat *capite punire* en *poena capitis* in juridische teksten een bredere betekenis hadden dan slechts de doodstraf en verwezen naar elke vorm van verlies van vrijheid of burgerrecht (Mommsen, *Strafrecht*, 907). Uit verschillende teksten in de Digesten blijkt echter dat de juristen een duidelijk onderscheid maakten tussen *capite punire/poena capitis* enerzijds en *deportatio* anderzijds, zie bijvoorbeeld D. 48,8,3,5, D. 48,8,16 en D. 48,11,7,3. In D. 48,19,4 wordt de *poena capitis* zelfs als een strafverzwaring van de *deportatio* genoemd.

28 Zie over dit onderwerp Garnsey, *Social status.* Voorts A. Wacke, 'Die *potentiores* in den Rechtsquellen. Einfluß und Abwehr gesellschaftlicher übermacht in der Rechtspflege der Römer' *ANRW* II.13 (1980), 562-607 en R. Rilinger, *Humiliores, honestiores: zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München: Oldenbourg 1988.

was vervangen.[29] Dit blijkt in de praktijk echter lang niet altijd het geval te zijn geweest. De keizers, die boven elke wet en conventie verheven waren (*'princeps legibus solutus est'*), waren immers niet aan dergelijke regels met betrekking tot de strafmaat gebonden en konden ervoor kiezen om, wanneer zij dit geraden achtten in het licht van de omstandigheden van het geval, de verdachte tot een lichtere straf te veroordelen, zoals verbanning in de vorm van *deportatio* of *relegatio*.[30] Uit literaire bronnen blijkt dat zij dit ook met enige regelmaat hebben gedaan, in het bijzonder bij de berechting van personen uit de hogere sociale klassen. Ook Septimius Severus maakte van deze mogelijkheid gebruik bij zijn beslissing in de zaak van Metrodorus en Philoctetes.[31]

In zijn beslissing kent de keizer aan de verdachten twee verschillende straffen toe, te weten *deportatio* (Metrodorus) en *relegatio* (Philoctetes). In beide gevallen was er sprake van verbanning, maar de voorwaarden waaronder dit gebeurde verschilden, zoals blijkt uit een tekst van Ulpianus:

> D. 48,22,14,1: 'Er bestaan grote verschillen tussen relegatie en deportatie. Want deportatie heeft het verlies van burgerschap en vermogen als gevolg, terwijl in het geval van relegatie beide behouden blijven, tenzij het vermogen wordt geconfisqueerd.'[32]

In het geval van *deportatio* verloor de veroordeelde altijd zijn burgerrecht en daarmee ook zijn vermogen, dat door de *fiscus* in beslag werd genomen.[33] Daarnaast geschiedde *deportatio* altijd *'in insulam'*: de banneling werd gedeporteerd naar een specifiek eiland en het was hem niet toegestaan dit ooit nog te verlaten.[34] Het verlies van burgerschap bracht een aantal nadelige gevolgen met zich mee. Aangezien de *deportatus* niet langer een Romeins burger was, werden al zijn familiaire betrekkingen (*i.e.* huwelijk, positie van *pater familias*) verbroken en kon hij niet langer als patroon, *tutor* of vrijlater van slaven optreden. Hij kon daarnaast naar *ius civile* geen geldige rechtshandelingen meer verrichten.[35] Dit had onder andere als belangrijk gevolg dat hij niet langer in staat was om een testament te maken, terwijl een eerder door hem opgesteld testament ongeldig werd. Als gevolg hiervan vielen alle goederen die hij na zijn *deportatio* nog verwierf bij zijn dood toe aan

---

29 Tiberius wordt op grond van verschillende literaire bronnen vaak aangewezen als de initiator van deze ontwikkeling, zie Tac. *Ann* 6,18-19, Suet. *Tib*. 58,61 en Dio *Hist*. 57,9,3 en 23,1. Zie ook Kübler, *RE* XIV.1 (1928), s.v. *maiestas*, 553.

30 Zie over de verhouding tussen de keizer en de wet ALD, paragraaf 2.1.2.3.

31 Sanfilippo, *Libri Tres*, 126 spreekt over 'pene straordinarie'.

32 Ulpianus libro……. *Et multum interest inter relegationem et deportationem: nam deportatio et civitatem et bona adimit, relegatio utrumque conservat, nisi bona publicentur.* De oorspronkelijke tekst van deze *lex* ontbreekt in de *Codex Florentinus*, maar is gereconstrueerd op basis van de *Basilica,* zie Mommsen, *Digesta II*, 861.

33 Vgl. D. 48,13,3, D. 48,19,2,1 en *PS* 5,23,11;13 en 18. Zie over *deportatio* Mommsen, *Strafrecht*, 957-958, 974-976 en G. Kleinfeller, *RE* V.1-2 (1905), s.v. *deportatio in insulam*, 231-233.

34 Wanneer hij dit wel deed, werd hij met de dood gestraft: D. 48,19,4 en D. 48,19,28,13.

35 Het *ius gentium* was uiteraard nog wel op hem van toepassing, D. 48,22,15 *pr.*

de *fiscus*.[36] De gevolgen van *deportatio* duurden tot slot ook na de dood van de *deportatus* voort: het lichaam van een gedeporteerde mocht niet zonder toestemming van de keizer naar een andere plaats worden overgebracht en begraven.[37] Als daarentegen een persoon werd gerelegeerd, behield hij zijn burgerrecht en in beginsel ook zijn vermogen, al kon de rechter in het licht van de omstandigheden bepalen dat aan de veroordeelde zijn vermogen of een deel hiervan moest worden ontnomen.[38] Niet in alle gevallen van *relegatio* was het de rechter toegestaan om (een deel van) het vermogen van de veroordeelde in beslag te laten nemen. De relegatie kende drie gradaties, te weten de tijdelijke relegatie (*relegatio in tempus*), eeuwigdurende relegatie (*relegatio in perpetuum*) en relegatie naar een eiland (*relegatio in insulam*).[39] Alleen in de laatste twee gevallen mocht de rechter de inbeslagname van het vermogen van de veroordeelde bevelen, bij tijdelijke relegatie was dit niet toegestaan.[40]

Zowel Metrodorus als Philoctetes werd door de keizer verbannen naar een eiland. Uit het voorgaande volgt echter dat de voorwaarden waaronder dit gebeurde per persoon verschilden. Metrodorus, die de *hostis* onderdak had geboden, werd zwaarder gestraft en verloor bij zijn verbanning ook zijn burgerrecht. Philoctetes kreeg daarentegen een lichtere straf die correspondeerde met zijn beperkte betrokkenheid bij het misdrijf en werd ook verbannen naar de eiland, maar met behoud van zijn burgerrecht.[41] De beslissing is illustratief voor het beeld van de keizer als rechtvaardige vorst en rechter. Na de burgeroorlogen tegen Pescennius Niger en Clodius Albinus behoorden *maiestas*-processen zoals die van Metrodorus en Philoctetes tot de orde van de dag. Zo beschrijft Cassius Dio bijvoorbeeld het proces van de senator Cassius Clemens, die terecht stond vanwege zijn betrekkingen met Pescennius Niger.[42] Clemens hield een openhartig betoog bij de keizer, waarin hij benadrukte dat hij Niger noch Severus zelf kende en zich slechts had aangesloten bij Niger om zich tegen het keizerschap van Didius Julianus te verzetten. Severus bewonderde zijn vrijmoedigheid en liet slechts de helft

36 D. 28,1,8,1, D. 48,20,7,5 en D. 48,22,15 *pr.*

37 D. 48,24,2.

38 Zie over *relegatio* Mommsen, *Strafrecht*, 964-980 en G. Kleinfeller, *RE* 2. Reihe, I.1 (1914), s.v. *relegatio*, 564-565. Eén van de beroemdste *relegati* is de dichter Ovidius, die door Augustus werd verbannen, zie Ov. *Trist.* 2,137 en 5,11,15, waarover bijvoorbeeld F. Norwood, 'The riddle of Ovid's *relegatio*' *CPh* 58 (1963), 150-163 en P. Leitner, '*Nasonis relegatio*: zu den Hintergründen der Verbannung Ovids' *ZSS* 122 (2005), 150-165. Zie ook W.J. Zwalve, 'Publius Suillius Rufus. De rancunes van een gevreesd pleiter' in: *idem*, *De cypressen van Daphne*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, 29-40.

39 D. 48,19,4 en D. 48,19,28,13. Zie voor een aantal bijzondere vormen van *relegatio* D. 48,22,7,5 e.v.

40 D. 48,22,7,4, waarin vervolgens wordt opgemerkt dat een vonnis dat de inbeslagname van het vermogen van een tijdelijk gerelegeerde beval afkeuringswaardig was, maar niet ongeldig. De beperking van de mogelijkheden tot inbeslagname in het geval van *relegatio* werd geïnitieerd door Trajanus: D. 48,22,1.

41 Bianchini, *Materiali,* 126.

42 Dio *Hist.* 74(75),9.

van Cassius' vermogen door de *fiscus* in beslag nemen. Beide zaken laten zien dat de keizer een grote vrijheid had bij het bepalen van de gepaste straf voor aanhangers van zijn rivalen en dat hij hiervan ook gebruik maakte. De beslissing van D. 48,19,40 laat de rechtvaardigheid van de keizer zien, die op genuanceerde wijze de beschikbare straffen toepaste. Hij had ervoor kunnen kiezen om aan beide verdachten de doodstraf op te leggen, maar veroordeelde ze daarentegen tot een lichtere straf, waarbij hij ook rekening hield met ernst van de misdrijven die elk van hen had gepleegd.

28 D. 49,14,47 pr.: de fiscale schuld van Moschis

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro primo decretorum. *Moschis quaedam, fisci debitrix ex conductione vectigalis, heredes habuerat, a quibus post aditam hereditatem Faria Senilla et alii praedia emerant. cum convenirentur propter Moschidis reliqua et dicebant*[a] *heredes Moschidis idoneos esse et multos alios ex isdem bonis emisse, aequum putavit imperator prius heredes conveniri debere, in reliquum possessorem omnem: et ita pronuntiavit.*	Paulus in het eerste boek van de 'Decreten'. Een zekere Moschis, een schuldenaar van de *fiscus* vanwege de pacht van een *vectigal*, had erfgenamen, van welke Faria Senilla en enkele andere personen, nadat de nalatenschap was aanvaard, stukken grond hadden gekocht. Toen zij werden aangesproken vanwege de achterstallige schulden van Moschis en betoogden dat de erfgenamen van Moschis solvent waren en vele anderen uit hetzelfde vermogen hadden gekocht, was de keizer van mening dat eerst de erfgenamen moesten worden aangesproken en voor het restant iedere bezitter. En zo deed hij ook uitspraak.

[a] *et dicebant*] *dicebant et* Hal.

2 Feiten en prosopografie

Een vrouw met het *cognomen* Moschis had een schuld bij de *fiscus* vanwege de pacht van een *vectigal* (*conductio vectigalis*). Zij kwam te overlijden en liet verschillende erfgenamen achter. Nadat deze de nalatenschap hadden aanvaard, verkochten zij enkele landbouwgronden uit de nalatenschap aan derden, waaronder een vrouw met de naam Faria Senilla. Zij en haar medekopers werden vervolgens door de *fiscus* aangesproken vanwege de schuld die Moschis aan de keizerlijke schatkist had en die nu op de erfgenamen was overgegaan (*propter reliqua Moschidis*). Faria Senilla en de andere aangesproken kopers verzetten zich tegen de vordering van de *fiscus* door enerzijds te betogen dat de erfgenamen van Moschis zelf nog solvent waren en anderzijds door erop te wijzen dat er nog andere personen waren die goederen uit

1 Deze tekst wordt behandeld in Sanfilippo, *Libri Tres*, 52-54 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 232-241. Zie daarnaast Dernburg, *Pfandrecht II*, 376-377, Wagner, *Entwicklung*, 136-141, P. Cerami, 'Contrahere cum fisco' *ASGP* 34 (1973), 317-319 en E. Koops, 'Moschis' case. On the execution of fiscal debts and the *beneficium excussionis*' *TvR* 80 (2012), 279-310. Het laatste artikel is gebaseerd op een eerdere beschrijving van de tekst door Koops in zijn proefschrift: Koops, *Vormen*, 52-59.

de nalatenschap hadden gekocht, maar die (nog) niet door de *fiscus* waren aangesproken. Het geschil werd voorgelegd aan de keizer.

Aan de prosopografie van de *dramatis personae* in deze zaak is in de literatuur reeds de nodige aandacht besteed. Er is betoogd dat Moschis, de erflaatster van D. 49,14,47 *pr.*, kan worden geïdentificeerd als Numitoria Moschis, een rijke Romeinse dame die wij uit twee verschillende inscripties kennen:

> *CIL* 14, 3626 = *ILS* 2742: 'Aan de goden van de onderwereld. Van Lucius Cominius Maximus, zoon van Lucius, afkomstig uit Mantua, tweemaal *primipilaris*, procurator van keizer Marcus Aurelius, prefect van het *legio II Traiana Fortis*, een *ducenarius*; tribuun van het zevende praetoriaanse cohort, van het veertiende cohort van de stad Rome en van het derde cohort van de *vigiles*; centurion van het eerste praetoriaanse cohort, van het vijfde cohort van de stad Rome en van het vijfde cohort van de *vigiles*; reservist van de keizers, *beneficiarius* van de gardeprefect, die 82 jaar en 18 dagen leefde. Numitoria Moschis, dochter van Gaius, zijn echtgenote en erfgename [heeft dit monument opgericht] voor hem, die het zeer verdient.'[2]

> *CIL* 14, 3628: 'Aan de goden van de onderwereld. Voor Numitoria Moschis, dochter van Gaius, een zeer toegewijde echtgenote, hebben Lucius Graecius Constans, tribuun van het eerste praetoriaanse cohort en Lucius Graecius Numitorius, zoon van Constans, als erfgenamen [dit monument] opgericht voor haar die het zeer verdient.'[3]

Uit de bovenstaande inscripties blijkt dat Numitoria Moschis tweemaal getrouwd is geweest. Haar eerste echtgenoot, Lucius Cominius Maximus,[4] was afkomstig uit Mantua in Noord-Italië en heeft verschillende militaire en een enkele administratieve positie bekleed. Uit het feit dat hij in zijn grafinscriptie wordt aangeduid als *evocatus Augustorum* kan worden afgeleid dat hij onder het bewind van Marcus Aurelius en Lucius Verus, dat wil zeggen tussen 161 en 168 n. Chr. uit het leger werd ontslagen.[5] Op het moment van zijn decharge moet hij ongeveer 36 jaar oud zijn geweest, waaruit volgt dat hij in de tweede helft van de regeerperiode van Severus, dat wil zeggen tussen 207 en 214, op 82-jarige leeftijd is gestorven.[6] Over de tweede echtgenoot van Numitoria Moschis, Lucius Graecius Constans, is veel minder bekend, hetgeen doet vermoeden dat hij wellicht niet van dezelfde statuur als haar

---

2 *D(is) M(anibus) / L(ucii) Comini(i) L(ucii) f(ilii) Maximi domu Mantua / pr(imi) p(ilari) bis procuratori M(arci) Antonini Aug(usti) pr/aef(ecto) leg(ionis) II Troianae* (sic) *Fortis CC / trib(uno) c(o)hor(tis) / VII praetoriae XIIII urbanae III vigul(um) / centurio(ni) c(o)hortis I pr(aetoriae) X urbanae V / vig(ilum) evocato Augustorum beneficiar(io) / praef(ecti) praetori vixit annis LXXXII / dieb(us) XVIII Numitoria C(ai) f(ilia) Moschis / coniu(n)x bene merenti heres.*

3 *D(is) M(anibus) / Numitori/ae C(ai) f(iliae) Moschi/di coniu(n)gi sancti/ssimae L(ucius) Graecius / Constans trib(unus) coh(ortis) I / pr(aetoriae) et L(ucius) Graecius / Numitorius C(onstans?) / filius her(edes) / b(ene) m(erenti) f(ecerunt).*

4 *PIR*^{2} C 1268 en Pflaum, *Carrières*, 514-515.

5 Dat met de term *Augusti* in *CIL* 14, 3626 wordt verwezen naar Marcus Aurelius en Lucius Verus wordt reeds aangenomen door Pflaum, *Carrières*, 513 en met overtuigende argumenten verdedigd door Koops, 'Moschis', 286-287.

6 Pflaum, *Carrières I*, 514; Koops, 'Moschis', 286.

eerste man was.[7] De enige bron van informatie over zijn leven is de inscriptie die hij voor zijn vrouw oprichtte en waaruit blijkt dat hij tribuun was van het eerste praetoriaanse cohort. Gezien de leeftijd van haar eerste echtgenoot is het aannemelijk dat Numitoria Moschis niet lang na Cominius kwam te overlijden met achterlating van twee erfgenamen, te weten haar tweede echtgenoot Constans en een zoon met de naam Lucius Graecius Numitorius.[8] Of haar dood nog binnen de regeerperiode van Septimius Severus viel kan niet met zekerheid worden vastgesteld, maar het is niet onmogelijk,[9] zeker wanneer men rekening houdt met het feit dat de leeftijd van Cominius bij diens ontslag uit het leger en het jaar waarin dit plaatsvond slechts kunnen worden geschat en dus de mogelijkheid bestaat dat hij voor 207 n. Chr. is overleden. Voorts moet nog worden opgemerkt dat op basis van de vermelding van het *cognomen* Numitorius in de naam van de zoon van Lucius Graecius niet kan worden geconcludeerd dat hij ook de zoon van Moschis was. Om te beginnen zou dit betekenen dat Moschis na het overlijden van haar eerste echtgenoot nog in staat was om kinderen ter wereld te brengen, hetgeen met zich brengt dat er een onaannemelijk groot leeftijdsverschil van meer dan 40 jaar tussen beide echtgenoten bestond. Daarnaast bestond in de keizertijd de praktijk om een erfgenaam te dwingen om de naam van de erflater of erflaatster aan te nemen door dit als expliciete voorwaarde te stellen voor het accepteren van de nalatenschap.[10] Dit fenomeen wordt ook wel aangeduid als 'testamentaire adoptie'.[11] Het is aannemelijk dat Numitoria Moschis, van wie geen andere kinderen bekend zijn, haar stiefzoon onder een dergelijke voorwaarde tot haar erfgenaam had benoemd.

Hoewel de Moschis van D. 49,14,47 *pr.* niet met volledige zekerheid als de Numitoria Moschis uit de bovenstaande inscripties kan worden geïdentificeerd, geeft de tekst hier wel aanleiding toe. Om te beginnen had Numitoria Moschis net als de Moschis uit D. 49,14,47 *pr.* verschillende erfgenamen, hetgeen wellicht niet een sterk bewijs voor de identificatie vormt, maar haar in ieder geval niet uitsluit. Daarnaast rijst de vraag hoe de Moschis van D. 49,14,47 *pr.* het pachtcontract met de *fiscus* had verworven. Door sommigen wordt D. 49,14,47 *pr.* aangehaald als een argument voor de stelling dat in de keizertijd ook vrouwen zelfstandig economische activiteiten ontplooiden, ondernemingen konden drijven en in het bijzonder pachtcontracten met de

7 Constans heeft bijvoorbeeld geen eigen lemma in de *PIR* noch in het werk van Pflaum.

8 Koops, 'Moschis', 286.

9 Koops, 'Moschis', 286 sluit deze mogelijkheid niet uit, maar merkt op dat een procedure ten tijde van het bewind van Caracalla (d.w.z. na 211 n. Chr.) ook denkbaar is.

10 B. Salway, 'What's in a name? A survey of Roman onomastic practice from c. 700 B.C. to A.D. 700' *JRS* 84 (1994), 132. Zie over deze praktijk ook R. Syme, 'Clues to testamentary adoption' in: *Epigrafia e ordine senatorio* I (*Tituli* deel 4, Rome, 1982[1984]), 397-410 (= *Roman papers* IV, 159-173).

11 Kaser, *Privatrecht*, 349. De testamentaire adoptie was geen juridische figuur en bracht geen rechtsgevolgen met zich mee. Zij wordt door de Romeinse juristen om deze reden niet behandeld.

fiscus konden aangaan.[12] Het bewijs voor vrouwelijk fiscaal ondernemerschap in het Principaat is echter zeer beperkt.[13] Uit de hierboven besproken prosopografie komt een ander mogelijk scenario naar voren. De eerste echtgenoot van Numitoria Moschis, Cominius, was duidelijk een geslaagd en bemiddeld man, die niet alleen militaire posities, maar ook een administratieve functie heeft bekleed, te weten die van keizerlijk *procurator*. Uit de inscriptie wordt niet duidelijk om wat voor procuraat het ging. Er wordt wel betoogd dat Cominius als *procurator patrimonii* of *procurator* van de *ratio privata* onderdeel uitmaakte van het ambtenarenapparaat dat het keizerlijke vermogen beheerde, maar ook andere procuraturen zijn mogelijk.[14] In alle gevallen zal Cominius echter te maken hebben gehad met de keizerlijke *fiscus* en in de gelegenheid zijn geweest om een lucratief belastingpachtcontract te verwerven.[15] Het lijkt daarom aannemelijk dat niet Moschis, maar Cominius degene was die de *conductio* van een *vectigal* met de *fiscus* overeen was gekomen en dat dit contract bij zijn overlijden was overgegaan op zijn enige erfgename Moschis.[16] Deze aanname sluit aan bij de tekst van Paulus: hij beschrijft Moschis niet als een *conductrix vectigalis*, maar gebruikt de veel omslachtigere bewoordingen '*fisci debitrix ex conductione vectigalis*'.

3 De grondslag van de eis van de *FISCUS*

Om de beslissing van de keizer op juiste wijze te kunnen duiden, is het van belang om eerst de juridische grondslag van de vordering van de fiscus vast te stellen. Uit de tekst blijkt dat de schuld van Moschis en haar erfgenamen bij de fiscus was voortgekomen uit de pacht van een vectigal (conductio vectigalis). Hierop rijst de vraag wat er precies wordt bedoeld met een vectigal? Bij de behandeling van D. 46,1,68,1 is reeds aandacht besteed aan de verschillende betekenissen die dit woord kon hebben, hetgeen een uitgebreide behandeling van het begrip in deze paragraaf overbodig maakt.[17] Op deze plaats kan worden volstaan met de vaststelling dat overwegend twee interpretaties van het woord vectigal in D. 49,14,47 pr. worden verdedigd, die tot twee verschillende interpretaties van de tekst hebben geleid.

12 Expliciet: G. Klingenberg, 'Die Frau im römischen Abgaben- und Fiskalrecht', *RIDA* 30 (1983), 141-150, i.h.b. 148. Impliciet: Kniep, *Societas*, 102; Hirschfeld, *Verwaltungsbeamten*, 92 nt. 3 en 165 nt. 2.

13 Koops, 'Moschis', 307-308. Zie ook Gardner, *Women*, 236-237.

14 Pflaum, *Carrières*, 315: *procurator patrimonii*; S. Schmall, *Patrimonium und Fiscus. Studien zur kaiserlichen Domänen- und Finanzverwaltung von Augustus bis Mitte des 3. Jahrhunderts n. Chr.*, diss. Bonn 2011, 531: *procurator rationis privatae*. Kritisch over deze aannames is Koops, 'Moschis', 287.

15 Zie over de samenloop tussen een procuratorschap en de *conductio* van een *vectigal* Koops, 'Moschis', 308.

16 Koops, 'Moschis', 308.

17 Zie daarvoor BZD, nr. 23 (D. 46,1,68,1) sub 2.1.

3.1 Moschis als pachtster van een *ager vectigalis*?

De eerste groep auteurs gaat ervan uit dat Moschis één of meerdere stukken grond van de *fiscus* had gepacht tegen de betaling van een jaarlijkse geldsom, die werd aangeduid als *vectigal*.[18] Reeds in de Republiek hadden gemeenten en de Romeinse staat de gewoonte om stukken land voor bepaalde of onbepaalde tijd ('eeuwigdurend') ter bewerking en exploitatie in pacht uit te geven aan privépersonen.[19] Deze rechtsverhouding kon in beginsel alleen door de uitgevende overheid worden beëindigd wanneer de pachtsommen niet werden voldaan.[20] Zolang de pachter echter aan zijn financiële verplichtingen voldeed, werd hij door de *praetor* tegen iedere storing in zijn bezit beschermd door middel van bezitsinterdicten en mogelijk ook middels een zakelijke rechtsvordering die hij tegen iedere willekeurige derde geldend kon maken.[21] Zijn recht wordt door moderne Nederlandse auteurs dan ook vaak gelijk gesteld met ons zakelijke recht van erfpacht.[22] De bovengenoemde auteurs waren van mening dat Moschis verschillende *agri vectigales* van de *fiscus* had gepacht en dat deze stukken grond – of beter gezegd, het recht van erfpacht hierop[23] – bij haar overlijden waren verkocht door haar erfgenamen aan Faria Senilla en andere derden. Zij werden vervolgens door de *fiscus* aangesproken tot betaling van de achterstallige *vectigalia*. De juridische basis voor deze vordering kan worden gevonden in D. 39,4,7 *pr.*:

---

18 Sanfilippo, *Libri Tres*, 53 e.v.; Cerami, 'Contrahere cum fisco', 317 e.v.; Bianchini, *Materiali*, 135 e.v; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 232 e.v.

19 Digestentitel 6,3 (*Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur*), Gai. 3,145 en Hyginus, *De cond. agr.* p. 116,5-15 (editie Lachmann). Zie over dit onderwerp o.a. Mommsen, *Staatsrecht* II.1, 439 e.v. en daarnaast M. Weber, *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*, Stuttgart: Enke 1891, L. Mitteis, *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum*, Leipzig: Teubner 1901, M.I. Rostowzew, *Geschichte der Staatspacht in der römischen Kaiserzeit bis Diokletian*, Leipzig: Dieterich 1902, F. Lanfranchi, *Studi sull'ager vectigalis I. La classicità dell'actio in rem vectigalis*, Faenza: Fratelli 1938; *II. Il problema della usucapibilità degli agri vectigales*, Napels: Jovene 1939; *III. La trasmissibilità a titolo singolare del ius vectigale*, Faenza: Fratelli, 1940, L. Bove, *Ricerche sugli "agri vectigales"*, Napels: Jovene 1960 en F. Gallo, 'Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella 'locatio' degli 'agri vectigales' *SDHI* 30 (1964), 1 e.v.

20 Zie D. 6,3,1 *pr.*

21 D. 6,3,1,1 – 6,3,2, D. 21,2,66 *pr.* en D. 39,2,15,26, waarin wordt gesproken over een '*actio vectigalis*'. Zie ook Lenel, *Edictum Perpetuum*, 186 e.v en verder bijvoorbeeld Kaser, *Privatrecht*, 455, Lanfranchi, *Studi I,* en Gallo, 'Locatio', 31 e.v. Ontkennend over het bestaan van een zakelijke actie in de klassieke periode is Schulz, *CRL,* 398 met verwijzingen naar verdere literatuur.

22 Zie bijvoorbeeld Kaser & Wubbe, *Privaatrecht,* 144-145 en van Oven, *Leerboek,* 165-166.

23 De tekst spreekt over de vervreemding van de *praedia* zelf: '*a quibus post aditam hereditatem Faria Senilla et alii praedia emerant.*' Vgl. echter D. 30,71,6, waaruit blijkt dat de juristen een dergelijke formulering interpreteerden als een overdracht van het recht van erfpacht op de *praedia* en niet van de eigendom van de stukken grond zelf.

> D. 39,4,7 *pr.*: 'De keizers Marcus Aurelius en Lucius Verus hebben middels een rescript bepaald dat voor de betaling van pachtsommen de gronden zelf en niet de personen worden aangesproken en dat dus de bezitters [van de gronden] achterstallige pachtsommen moeten betalen en dat zij, als zij hiermee niet bekend zijn, een actie op grond van koop zullen hebben.'[24]

Het publieke karakter van de pacht van overheidsgrond bracht met zich mee dat de verplichting tot betaling van het *vectigal* als een last op het land drukte en dat om deze reden iedere bezitter – en niet slechts degene met wie de uitgevende overheid het oorspronkelijk pachtcontract had gesloten – tot betaling kon worden aangesproken. Dit gold niet alleen voor de pachtsommen die tijdens het bezit van de huidige *possessor* opeisbaar waren geworden, maar ook voor eventuele achterstallige pachtsommen die door diens voorganger(s) niet waren betaald, aldus het rescript. Op grond van de regel van D. 39,4,7 *pr.* waren Faria Senilla en de andere kopers als nieuwe bezitters zonder meer aansprakelijk voor de achterstallige betalingen van Moschis en haar erfgenamen.[25]

Hoe moet de uitspraak van de keizer in het voordeel van de kopers in dit geval worden verklaard? De bovengenoemde auteurs menen dat de keizer de billijkheid liet prevaleren boven het hierboven beschreven aansprakelijkheidsprincipe vanwege de mogelijkheid voor de *fiscus* om verhaal te nemen op zijn daadwerkelijke debiteuren, te weten de erfgenamen van Moschis.[26] Zij waren op het moment dat zij de *praedia* vervreemdden reeds gehouden om de achterstallige pachtsommen te voldoen aan de *fiscus* en het toestaan van de vordering van de *fiscus* tegen de derde-kopers zou als gevolg hebben gehad dat er een onevenwichtigheid zou ontstaan in de verhouding tussen de drie partijen.[27] Om tot een billijke oplossing van het geschil te komen en zoveel mogelijk aan de belangen van alle betrokken partijen tegemoet te komen, oordeelde de keizer daarom dat de *fiscus* zich eerst tot de erfgenamen moest wenden, alvorens zich voor het eventuele restant van de vordering te kunnen verhalen op de kopers, aldus deze auteurs.[28]

> De uitspraak van de keizer wordt enigszins anders uitgelegd door Cerami.[29] Hij zet de verplichting tot betaling van een *vectigal* voor de pacht van een stuk grond af tegen de verplichting tot betaling belasting, *tributum*, over land. Voor de inning van dergelijke belastingen gold de regel dat de bezitter van een stuk grond gehouden was om de *tributa* hierover te betalen, ongeacht de vraag of hij ook als de daadwerkelijke debiteur van de *fiscus*

---

24 Papirius Iustus libro secundo de constitutionibus. *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere eoque <exemplo> [ex empto]* (Cuiac) *actionem, si ignoraverint, habituros.*

25 Vgl. Sanfilippo, *Libri Tres,* 53-54; Bianchini, *Materiali*, 135; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 237 e.v. (alhoewel niet expliciet).

26 Sanfilippo, *Libri Tres*, 54; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 240.

27 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 240.

28 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 240-241. Zie ook Bianchini, *Materiali*, 135.

29 Cerami, 'Contrahere cum fisco', 317-319.

moest worden aangemerkt. Wanneer de bezitter van een stuk land en de debiteur van de *fiscus* niet dezelfde persoon waren (bijvoorbeeld doordat het land in pand was gegeven of omdat het stuk land was overgedragen en de nieuwe eigenaar voor de achterstallige *tributa* van de oude eigenaar werd aangesproken), kon de *fiscus* kiezen wie van beiden hij aansprak.[30] Cerami meent dat de uitspraak van de keizer met betrekking tot de aansprakelijkheid tot betaling van een *vectigal* moet worden gezien als een bewuste afwijking van de keuzemogelijkheid van de *fiscus*, die wordt gerechtvaardigd door het feit dat we hier, in tegenstelling tot het geval van de inning van *tributa*, te maken hebben met een contractuele verhouding tussen de *fiscus* en zijn debiteur. In dergelijke gevallen zou de *fiscus* zich op grond van het decreet moeten houden aan een vaste *ordo excussionis*, waarbij hij zich eerst tot zijn debiteur moest wenden en dan pas de *possessor* van de grond kon aanspreken.

Hoewel de hierboven in de hoofdtekst vermelde interpretatie van de tekst op het eerste gezicht wellicht aannemelijk schijnt te zijn, levert zij toch een aantal problemen op.

Om te beginnen is het geenszins zeker dat de keizer en zijn *fiscus* dezelfde constructie voor verpachting van de keizerlijke landerijen hanteerden als de *municipia* en de Romeinse staat. De Digesten bevatten geen teksten die betrekking hebben op de uitgifte van een *ager vectigalis* door de *fiscus*,[31] waaruit volgt dat het zeer onaannemelijk is dat aan het door Paulus in D. 49,14,47 *pr.* geschreven geval *wel* een dergelijke rechtsfiguur ten grondslag ligt. Daarnaast bevatten de *Decreta* zelf een tekst over de pacht van land van de *fiscus*, waarin geen gebruik wordt gemaakt van de term (*ager*) *vectigal(is)*, maar simpelweg wordt gesproken over de *conductio* van een *possessio* van de *fiscus*.[32] Men zou nog kunnen betogen dat Moschis de *praedia* niet van de *fiscus*, maar van de Romeinse staat, de *res publica*, had gepacht en dat de *fiscus* hier namens de staat optrad.[33] Paulus vermeldt echter expliciet dat Moschis een *debitrix fisci* was, hetgeen een dergelijke constructie onaannemelijk maakt. Voorts pleit de formulering *ex conductione vectigalis* tegen de aanname dat we hier te maken hebben met de pacht van *praedia vectigalia*. Zoals bij de behandeling van D. 46,1,68,1 reeds is aangetoond, pleegt Paulus het woord *vectigal* zonder verdere toevoeging te reserveren voor de pacht van een recht tot belastingheffing.[34] Dit doet vermoeden dat we in deze tekst, waarin het woord *vectigal* niet alleen zelfstandig is gebruikt, maar Paulus zelfs precies dezelfde formulering hanteert (*conductio vectigalis* in D. 49,14,47 *pr.* resp. *conductor vectigalis* in D. 46,1,68,1), eveneens te maken hebben met de pacht van een recht tot belastingheffing.

30 Cerami, 'Contrahere cum fisco', 313 e.v., die o.a. D. 50,2,15,2 aanhaalt ter ondersteuning van zijn standpunt. Zie over deze tekst ook Koops, 'Moschis', 291 e.v.

31 Alle teksten die de uitgevende overheid vermelden hebben betrekking op gemeentes, zoals reeds is opgemerkt door Koops, 'Moschis', 289.

32 D. 49,14,47,1: '*Aemilius Ptolemaeus conduxerat a fisco possessionem*'.

33 Zie over de verhouding tussen de *fiscus* en het *aerarium* ALD, paragraaf 4.3.3.2.

34 Zie BZD, nr. 23 (D. 46,1,68,1) sub 2.1.

3.2 Moschis als belastingpachtster

Op grond van het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat Moschis een debiteur van de *fiscus* was op grond van de pacht van het recht om een belasting te heffen.[35] Deze vaststelling heeft een aantal gevolgen voor de interpretatie van de rest van de tekst. Allereerst heeft zij als consequentie dat de *praedia* die door de erfgenamen aan Faria Senilla en de andere kopers werden vervreemd niet toebehoorden aan de *fiscus* (of eventueel een andere overheid), maar aan Moschis en haar erfgenamen zelf. In deze richting wijst ook de opmerking van Paulus dat de vervreemding pas plaatsvond *post aditam hereditam*, 'nadat zij [de erfgenamen] de nalatenschap hadden aanvaard'. Tot het moment van aanvaarding waren de erfgenamen immers niet bevoegd om rechtsgeldig over goederen uit de nalatenschap te beschikken.[36] Het feit dat de casus betrekking heeft op de pacht van een belasting en niet van een stuk grond heeft daarnaast als gevolg dat er een andere grondslag voor de vordering van de *fiscus* moet worden gevonden. Faria Senilla en de andere kopers werden immers in dit geval niet aangesproken als bezitters van een stuk overheidsgrond op grond van de regel van D. 39,4,7 *pr.*, maar als derde-verkrijgers en volwaardige privaatrechtelijke eigenaren van de opgeëiste *praedia*. Een dergelijk optreden van de *fiscus* tegen derden kan het beste worden verklaard door aan te nemen dat hij ageerde op basis van zijn wettelijke hypotheekrecht,[37] net zoals in het geval van de andere belastingpachter die we reeds in D. 46,1,68,1 zijn tegengekomen, Aurelius Romulus.[38]

Door een enkele auteur wordt betoogd dat de *fiscus* in deze zaak probeerde de overdracht aan Faria Senilla en de andere kopers terug te draaien met het betoog dat deze zou zijn

35 Wieacker, 'Protopraxie', 243; Wagner, *Entwicklung*, 140 nt. 178; Malmendier, *Societas publicanorum*, 130 nt. 377; Koops, 'Moschis', 293. Zie ook Klingenberg, 'Die Frau', 148. Over de vraag om welke belasting het ging, zie Koops, 'Moschis', 308 e.v.

36 De nalatenschap werd tot de aanvaarding door de erfgenamen gekwalificeerd als een *hereditas iacens*, een subjectloos vermogen. Zie hierover Kaser, *Privatrecht*, 720 en Voci, *DER I*, 516 e.v.

37 Dernburg, *Pfandrecht II*, 376-377; Wagner, *Entwicklung*, 136-141; Wieling, 'Privilegium fisci', 418; Koops, 'Moschis', 296 e.v. Wagner, *Entwicklung*, 140 is van mening dat er in deze zaak sprake zou zijn van een conventionele hypotheek en dat de beslissing van de keizer om die reden kan worden gezien als een klassieke voorloper van het *beneficium excussionis personalis* van Nov. 4,2 (535 n. Chr.) en dat deze past in de juridische hervormingen die op het gebied van het pandrecht door Severus (en Caracalla) werden doorgevoerd. Gezien de tijdsperiode waarin deze zaak zich aandiende bij de keizer en het feit dat Paulus nergens melding maakt van een conventionele hypotheek, kan echter worden aangenomen dat het hier gaat om de uitoefening van het wettelijke hypotheekrecht van de *fiscus*.

38 Er moet worden benadrukt dat dit ook de enige (juridische) overeenkomst is tussen D. 46,1,68,1 en D. 49,14,47 *pr.* Sommige auteurs proberen beide teksten met elkaar in verband te brengen en betogen dat in beide zaken een specifieke *ordo excussionis* voor de *fiscus* door de keizer wordt aangenomen, zie Sanfilippo, *Libri Tres*, 110-111 en Wagner, *Entwicklung*, 146 e.v. Bij de behandeling van D. 46,1,68,1 is echter reeds aangetoond dat er in D. 46,1,68,1 geen sprake is van een *ordo excussionis*, zie BZD, nr. 23 (D. 46,1,68,1).

geschied *in fraudem fisci*.[39] De onderbouwing van deze stelling wordt gevormd door D. 49,14,45 *pr.*, waarin Paulus opmerkt dat zowel schenkingen als andersoortige vervreemdingen (zoals een overdracht op basis van een koopovereenkomst) door de *fiscus* konden worden herroepen wanneer zij hem schaadden in zijn verhaalsmogelijkheden. Het is echter zeer de vraag of de vervreemdingen in D. 49,14,47 *pr.* konden worden aangemerkt als rechtshandelingen *in fraudem fisci* en als zodanig door de *fiscus* werden herroepen. Om te beginnen zou Paulus een dergelijk relevant feit toch zeker hebben vermeld in zijn beschrijving.[40] Daarnaast blijkt uit het verweer van Faria Senilla dat de schuldenaren van de *fiscus* nog steeds solvent waren, hetgeen het moeilijker maakte om te bewijzen dat de vervreemdingen de verhaalspositie van de *fiscus* daadwerkelijk hadden verslechterd.[41] Het is daarom onwaarschijnlijk dat de *fiscus* in deze zaak zijn vordering op een dergelijke grondslag baseerde.

Omdat bij de behandeling van D. 40,1,10 al ruime aandacht is besteed aan het ontstaan van de legale hypotheek van de *fiscus* op het vermogen van zijn schuldenaren zal er op deze plaats van een verdere behandeling van dit onderwerp worden afgezien.[42] In het geval van D. 46,1,68,1 had de *fiscus* krachtens zijn hypotheekrecht beslag gelegd op de goederen die zich nog bij de schuldenaar zelf bevonden. Wat nu als de *debitor fisci* de goederen in de tussentijd had vervreemd aan één of meerdere derden? In een dergelijk geval had de *fiscus* de mogelijkheid om zijn hypotheekrecht ook onder deze personen uit te winnen. De fiscale hypotheek was immers een beperkt zakelijk recht (een *ius in re*), dat rustte op de goederen van de schuldenaar en niet alleen tegen deze persoon zelf, maar ook tegen diens opvolgers onder bijzondere titel kon worden ingeroepen. Het eerste deel van het verweer van Faria Senilla (‘*dicebant heredes Moschidis idoneos esse*’) zag op de verhouding tussen de vorderingen die de *fiscus* had tegen zijn schuldenaren, *i.e.* de erfgenamen van Moschis, en de kopers. Zij en de andere kopers waren van mening dat de *fiscus* eerst verhaal moest proberen te halen bij zijn vooralsnog solvente schuldenaren, alvorens zich tot de boedelkopers te wenden en dat wanneer het toch zo ver kwam dat de derden werden aangesproken, de *fiscus* alle kopers en niet slechts een aantal moest aanspreken. Dit verweer miste echter een solide juridische grondslag. Het uitgangspunt in het klassieke Romeinse recht bij de uitwinning van zekerheidsrechten als pand en hypotheek was immers de keuzevrijheid van de crediteur: hij kon ervoor kiezen om met een persoonlijke actie tegen zijn debiteur te ageren, met een zakelijke actie eventuele verpande of verhypothekeerde zaken die zich bij diezelfde debiteur bevonden uit te winnen of verhaal te nemen op de met een pand- of hypotheekrecht bezwaarde goederen die ondertussen in de

39 Lenz, *Privilegia fisci*, 65-66. De mogelijkheid wordt verkend en verworpen door Wagner, *Entwicklung*, 136 en Koops, ‘Moschis’, 294-295.
40 Koops, ‘Moschis’, 294-295.
41 Wagner, *Entwicklung*, 136.
42 Zie BZD, nr. 19 (D. 40,1,10) sub 2.2.

handen van derden waren beland.[43] Met andere woorden, het Romeinse recht kende geen voorrecht van uitwinning zoals het Nederlandse Burgerlijk Wetboek dit kent in de vorm van artikel 3:234 BW.[44] Het was aan de keizer om te bepalen of een dergelijke vorm van subsidiariteit in het geval van de legale hypotheek van de *fiscus* wel moest worden geaccepteerd.

4 Beslissing van de keizer

De keizer week in zijn beslissing af van de algemene regels met betrekking tot de executie van pand- en hypotheekrechten en besliste in het voordeel van Faria Senilla en de andere boedelkopers. De grondslag voor deze beslissing wordt door Paulus expliciet vermeld: '*aequum putavit imperator* (…)'. De keizer baseerde zijn uitspraak dus niet op enige bestaande rechtsregel, maar maakte gebruik van zijn bevoegdheid om het geldende recht opzij te zetten en een beslissing te nemen op basis van de billijkheid (*aequitas*).

De keizerlijke uitspraak bestaat uit twee delen. Ten eerste oordeelde Severus dat de *fiscus* eerst zijn eigen debiteuren, dat wil zeggen de erfgenamen, diende aan te spreken alvorens hij zich tot de boedelkopers kon wenden (*'prius heredes conveniri debere*'). Op welke grond(en) deze debiteuren moesten worden aangesproken vermeldt Paulus niet, maar het ligt voor de hand om aan te nemen dat de keizer hierbij zowel de persoonlijke vordering van de *fiscus* op basis van het pachtcontract in gedachten had als ook de uitwinning van eventuele verhypothekeerde vermogensbestanddelen die zich nog bij de erfgenamen bevonden.[45] De rechtvaardiging van deze uitzondering op de regels van het *ius civile* lijkt gelegen te zijn geweest in het feit dat de erfgenamen op het moment van de procedure tegen Faria Senilla en de andere kopers nog solvent waren en de *fiscus* dus nog in de gelegenheid was om zich op zijn eigen debiteuren te verhalen.[46] Een soortgelijke redenering komen we tegen in een rescript van Septimius Severus en Caracalla uit 204:[47]

43 C. 4,10,14, C. 8,13(14),14 en C. 8,13(14),24.

44 Zie hierover uitgebreid Koops, *Vormen*.

45 Koops, 'Moschis', 304. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 239-241 lijkt een soortgelijk standpunt te hanteren en gaat ervan uit dat het gehele *patrimonium* van de erfgenamen tot verhaal van de *fiscus* strekte en pas wanneer dit geen soelaas bood een vordering tegen de derdekopers mogelijk was. Wagner, *Entwicklung*, 140 benadrukt dat het niet zeker is dat de erfgenamen nog verhypothekeerde zaken in hun bezit hadden.

46 Vgl. de hierboven reeds beschreven soortgelijke redenering van de auteurs die uitgaan van een *conductio* van een *ager vectigalis* en in het bijzonder Sanfilippo, *Libri Tres*, 54: 'Con ogni probabilità l'imperatore potè far prevalere l'equità al principio suesposto, perchè nella specie la reperibilità en la solvibilità degli eredi della debitrice erano sufficienti a garantire il credito del fisco'.

47 Koops, 'Moschis', 303-304.

> C. 8,13(14),2: '*Pr.* Keizers Severus en Antoninus aan Lucius. Hoewel vaststaat dat uw tegenpartij op zekere zaken een speciaal pandrecht heeft gekregen en op het gehele vermogen een generaal zekerheidsrecht en dat het recht op alle zaken dezelfde rechtskracht heeft, moet het recht hier toch op gematigde wijze worden toegepast. 1. En dus, als het zeker is dat hij op die zaken, die specifiek aan hem zijn verpand, de gehele schuld kan verhalen, zal de provinciegouverneur bevelen dat de zaken, die u later uit hetzelfde vermogen in pand hebt gekregen, in de tussentijd niet worden weggenomen.'[48]

In het bovenstaande rescript gaven Severus en Antoninus regels voor de verhouding tussen een eerste pandhouder met een aantal speciale pandrechten én een generale hypotheek op het vermogen van zijn schuldenaar en een tweede pandhouder met slechts een aantal speciale pandrechten op zaken uit datzelfde (reeds aan de eerste pandhouder verhypothekeerde) vermogen. Ook in een dergelijk geval moesten de regels van het civiele recht niet onverkort worden toegepast, '*iurisdictio tamen temperanda est*', aldus de keizers. Wanneer met zekerheid kon worden vastgesteld dat de zaken waarop de eerste pandhouder een speciaal pandrecht had voldoende verhaal voor diens vordering boden, kon deze zich niet krachtens zijn generale hypotheekrecht verhalen op de zaken die aan de tweede pandhouder in pand waren gegeven.[49] Zowel in het decreet van Severus in de zaak van Faria Senilla als in het rescript aan Lucius werd de uitwinningsbevoegdheid van een hypotheekhouder met een generale hypotheek beperkt ten behoeve van de rechten van derden (de derdebezitter respectievelijk een lager gerangschikte pandhouder met een aantal specifieke pandrechten). De rechtvaardiging voor deze beperking was in beide gevallen dezelfde: de generale hypotheekhouder had een andere, voor derden minder bezwarende, bron om zijn vordering voldaan te krijgen (de erfgenamen van D. 49,14,47 *pr.* respectievelijk de speciale pandrechten van de eerste pandhouder van C. 8,13(14),2).[50]

Het tweede deel van de keizerlijke beslissing is enigszins raadselachtig: '(*aequum putavit imperator*)…*in reliquum possessorem omnem* [*conveniri debere*]' ('de keizer meende dat het billijk was dat voor het restant van de schuld iedere bezitter moest worden aangesproken.'). Er wordt aangenomen dat de keizer hiermee bedoelde dat alle boedelkopers (voor zover mogelijk) tezamen moesten worden aangesproken.[51] Met andere woorden, de keizer gaf

---

48 Impp. Severus et Antoninus A.A. Lucio. Pr. *Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est.* 1. *Ideoque si certum est posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex isdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit*.

49 De regel van C. 8,13(14),2 staat sinds de Middeleeuwen bekend als het *'beneficium excussionis realis*', zie Koops, *Vormen*, 49. In het Romeinse recht had zij geen algemene gelding, zie Koops, *Vormen*, 48 nt. 289. De meest recente monografie over het onderwerp stamt uit 1894: M. Wolff, *Das beneficium excussionis realis*, Berlijn: Issleib 1894. Zie daarnaast ook nog W.J. Zwalve, 'Tekst & Uitleg XII: C. 8,13(14),2' *GROM* 27 (2010), 129-146.

50 Koops, 'Moschis', 303-304.

51 Dernburg, *Pfandrecht II*, 376; Kniep, *Societas*, 228 en 367; Sanfilippo, *Libri Tres,* 53; Koops, 'Moschis', 305; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 241.

ook gehoor aan de tweede klacht van Faria Senilla en de andere door de *fiscus* aangesproken kopers. Ook deze beslissing vormde een afwijking van de normale rechtsregels die betrekking hadden op de executie van pand- en hypotheekrechten: iedere verpande of verhypothekeerde zaak was immers in beginsel ten behoeve van de voldoening van de gehele schuld (of in dit geval restschuld) jegens de schuldeiser verbonden, de zogeheten 'ondeelbaarheid van het pandrecht'.[52] Hieruit volgde dat de schuldeiser vrij was om te kiezen welke zaak hij ten behoeve van zijn vordering wilde uitwinnen.[53] De keizer ontnam in zijn uitspraak deze bevoegdheid aan de *fiscus* en legde hem de verplichting op om voor de restschuld alle derde-bezitters van de aan hem verhypothekeerde zaken *tezamen* aan te spreken.

Welke rechtvaardiging lag er aan deze ingrijpende beperking van de bevoegdheden van de *fiscus* ten grondslag? Waarom was het '*aequum*' om de *fiscus* te dwingen alle boedelkopers gezamenlijk aan te spreken? Het zou kunnen dat de keizer de term *aequum* in dit geval op een zeer specifieke en letterlijke manier hanteerde, te weten in de zin van 'gelijkheid', en dat hieruit voortvloeide dat de boedelkopers van de erfgenamen van Moschis een gelijke behandeling verdienden met als gevolg een gezamenlijke aansprakelijkheid.[54] Problematisch aan deze interpretatie van het *tweede* deel van de keizerlijke beslissing is dat een dergelijke duiding van het woord *aequum* moeilijk valt te rijmen met het *eerste* deel van de beslissing, terwijl beide A.c.I.'s van dezelfde inleidende hoofdzin ('*aequum putavit imperator*') afhankelijk zijn. Het is daarom aannemelijk dat er andere overwegingen van een meer praktische aard aan de keizerlijke uitspraak ten grondslag lagen. Wanneer de *fiscus*[55] één van de boedelkopers aansprak en deze wilde voorkomen dat de door hem aangekochte zaken openbaar werden geveild en verkocht, had hij geen andere mogelijkheid dan het gehele bedrag van de restschuld aan de *fiscus* te voldoen. Een gedeeltelijke betaling deed immers het hypotheekrecht van de *fiscus* op zijn zaak niet tenietgaan.[56] In een dergelijk geval had de derdebezitter echter wel recht op de cessie van de oorspronkelijke vordering en alle hiermee verbonden zekerheidsrechten, zodat hij regres kon nemen op de schuldenaar of zich tot één van de andere derde-bezitters kon wenden.[57] In het geval van D. 49,14,47 *pr.* zou dit een onwenselijk effect met zich meebrengen. Wanneer Faria Senilla of één van de andere kopers door de *fiscus* zouden worden aangesproken voor een eventuele restschuld,

52 Zie over de ondeelbaarheid van het pandrecht in het algemeen A. Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung' *Index* 3 (1972), 454-502. Een uitgebreide studie van het fenomeen wordt voorbereid door J. van Kralingen (Universiteit Leiden) en zal binnenkort worden gepubliceerd.

53 D. 20,5,8.

54 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 241.

55 De onderstaande redenering, die doorloopt tot het einde van de alinea, is ontleend aan Koops, 'Moschis', 306-307.

56 D. 13,7,8,2, D. 20,1,19 en C. 8,27(28),6.

57 Koops, 'Moschis', 306 o.v.n. D. 49,14,45,9, C. 7,73,3 en C. 7,73,7.

zouden zij gedwongen zijn om het gehele openstaande bedrag te betalen. Vervolgens kon de aangesproken koper, nadat de *fiscus* aan hem (of haar) de restschuld en de hiermee verbonden zekerheden had gecedeerd, één van de andere kopers aanspreken en op precies dezelfde wijze dwingen tot een betaling van het volledige openstaande bedrag. Ook in dit geval vond er na betaling een cessie van de schuld plaats, waarop de tweede aangesproken koper zich tot een derde wendde en zo voort. Deze gang van zaken had als resultaat dat de boedelkoper die als laatste werd aangesproken slechts verhaal kon halen bij de erfgenamen van Moschis en dus het insolventierisico moest dragen, zonder dat hij ooit hierom had gevraagd. De regeling die door Severus werd getroffen loste in het geval van aansprakelijkheden jegens de *fiscus* dit probleem op. Uit de verplichting van de *fiscus* om alle boedelkopers gezamenlijk aan te spreken vloeide voort dat aan elke koper een deel van de restschuld werd 'toegewezen' dat overeenkwam met de waarde van de goederen die hij in handen had. Om hun goederen te kunnen bevrijden van de fiscale schuld die hieraan kleefde, hoefde de koper als gevolg hiervan bij uitwinning niet langer de gehele schuld te voldoen, maar slechts het deel dat correspondeerde met de waarde van de zaken die hij of zij onder zich had.[58] Hierdoor werd het insolventierisico evenredig over de derde-bezitters verdeeld.

Zoals reeds hierboven werd opgemerkt, zijn beide beslissingen in strijd met het bestaande recht met betrekking tot de uitwinning van pand- en hypotheekrechten. De uitspraak is een voorbeeld van een billijkheidsbeslissing (*'aequum putavit'*), waarbij Severus de (praktische) belangen van de eisers zwaarder liet wegen dan die van zijn 'eigen' *fiscus* en om die reden zelfs het geldende recht buiten toepassing liet. De beslissing bracht een duidelijke verslechtering van de positie van de *fiscus* met zich mee doordat de fiscale executoriale bevoegdheden werden gebonden aan beperkingen die geenszins golden voor private schuldeisers en deze een zware administratieve belasting met zich meebrachten.[59] Het is daarom maar zeer de vraag of de regeling van D. 49,14,47 *pr.* gold voor alle soorten fiscale schulden. De mogelijkheid bestaat dat zij alleen van toepassing was op de contractuele schuldenaren van de *fiscus*.[60] Daarnaast is het goed denkbaar dat de regeling alleen betrekking had op de executie van de wettelijke generale hypotheek van de *fiscus*, maar niet op conventionele speciale of eventueel zelfs generale zekerheidsrechten.

58 Een soortgelijke regeling werd door Constantijn geïntroduceerd voor personen die zaken hadden gekocht van schuldenaren van *civitates*, zie C. 11,33(32),2,1-1a.

59 Koops, 'Moschis', 305 en 307.

60 Dernburg, *Pfandrecht II*, 376; Koops, 'Moschis', 305.

29 D. 49,14,47,1: de onderhuurconstructie van Aemilius Ptolemaeus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro primo decretorum. *Aemilius Ptolemaeus conduxerat a fisco possessionem eamque paulatim pluribus locaverat maiore quantitate quam ipse susceperat: conveniebatur a procuratoribus Caesaris in eam quantitatem quam ipse perciperet. hoc iniquum et inutile fisco videbatur, ut tamen suo periculo ipse eos quibus locaverat conveniret: ideoque pronuntiavit in eam solam quantitatem eum conveniri debere, qua ipse conductor exstiterat.*	Paulus in het eerste boek van de 'Decreten'. Aemilius Ptolemaeus had een landgoed van de *fiscus* gepacht en dit stukje bij beetje aan verschillende onderpachters verpacht voor een hogere pachtsom dan hij zelf op zich had genomen [ten aanzien van de *fiscus*]. Hij werd aangesproken door de vertegenwoordigers van de keizers voor de hoeveelheid, die hij zelf ontving. Dit scheen onbillijk en nadelig voor de *fiscus*, nu hij [Aemilius Ptolemaeus] toch zelf op eigen risico zijn pachters moest aanspreken. En daarom heeft de keizer uitspraak gedaan dat hij slechts voor die som moest worden aangesproken, waarvoor hij zelf pachter was geworden.

2 Feiten, sociaal-economische context en prosopografie

2.1 Een *conductor fisci*

Een zekere Aemilius Ptolemaeus had een stuk grond van de *fiscus* gepacht ('*conduxerat a fisco possessionem*') en dit op zijn beurt in kleinere stukken verpacht aan een aantal onderpachters voor een hogere pachtsom. In het *principium* van D. 49,14,47, de zaak over de fiscale schulden van de overleden Moschis, zijn we reeds een belastingpachtster van de *fiscus* tegengekomen, een *conductrix vectigalis*. Uit het feit dat Aemilius Ptolemaeus door Paulus expliciet wordt aangeduid als een *conductor possessionis fisci*, kan worden afgeleid dat de verpachting door de *fiscus* in D. 49,14,47,1 geen betrekking heeft op de verpachting van het recht om belasting te innen, maar dat de tekst gaat over de pacht van een stuk land.[2] Op dit punt is echter in het geval van de *fiscus* enige oplettendheid geboden. De term '*conductor*' was de normale privaatrechtelijke benaming voor een huurder of pachter en kon

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres,* 55-56 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 241-247.

2 Zie voor het gebruik van het woord *possessio* om een stuk grond aan te duiden Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 441.

ook op deze wijze worden gebruikt om de pachter van een landgoed van de *fiscus* aan te duiden.[3] In de context van verpachtingen door de *fiscus* kan zij echter ook zien op een bijzonder soort pacht, te weten de verpachting van het recht tot het innen van pachtsommen van derden. Deze constructie behoeft enige nadere toelichting.

Gedurende het Principaat hadden de keizers door middel van erfopvolging en inbeslagnames vele landgoederen in Italië en de provincies verworven.[4] Deze keizerlijke bezittingen werden op verschillende wijzen beheerd en geëxploiteerd. Sommige van de keizerlijke landerijen werden naar het model van de Republikeinse elite beheerd door rentmeesters die door de keizer zelf waren aangesteld, de zogeheten *vilici*.[5] Het was echter, gezien het grote aantal landgoederen dat hem toebehoorde, in financieel opzicht zeer onaantrekkelijk voor de keizer om de exploitatie van al zijn landgoederen aan eigen slaven of door hem betaalde vrije personen over te laten. Om deze reden werd waarschijnlijk een groot deel van de (provinciale?) keizerlijke landgoederen verpacht.[6]

Het bronnenmateriaal over de verpachting van land door de *fiscus* is schaars, onze kennis berust voornamelijk op een aantal inscripties uit Noord-Afrika, die betrekking hebben op de *Lex Manciana*, een wet die de verpachting, bewerking en het beheer van de keizerlijke landerijen reguleerde.[7]

---

3 Vgl. D. 19,2,1, waarin '*locatio et conductio*' als de algemene term voor het contract van huur en verhuur wordt gebruikt. Zie ook Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 90. Zie D. 49,14,45,13 voor een voorbeeld van een *conductor* van een *fundus fiscalis*.

4 Millar, *Emperor*, 175. Zie naast Millar, *Emperor,* 175-189 over de keizerlijke bezittingen en het beheer hiervan in het algemeen Hirschfeld, *Verwaltungsbeamten*, 121 e.v. en D. Crawford, 'Imperial estates' in: M.I. Finley (ed.), *Studies in Roman property*, Cambridge: Cambridge University Press 1976, 35-70. Zie over de verkrijging en de vervreemding hiervan in het bijzonder Crawford, 'Imperial estates', 40-44.

5 Zie bijvoorbeeld *CIL* 6, 745 (*vilicus praedior(um) Maecianor(um)*) en *CIL* 6, 276 (*Daphnus Imp(eratoris) T(iti) Caes(aris) Aug(usti) Vespasiani ser(vus) pecul(iaris) vilicus praedior(um) Peduceanor(um)*). Zie over het beheer van keizerlijke landerijen door *vilici* Crawford, 'Imperial estates', 50 e.v. en daarnaast meer in het algemeen Aubert, *Business Managers*, 117-200 en Carlsen, *Vilici*, 1995.

6 Zie over de verpachting van staatswege in het algemeen Crawford, 'Imperial estates', 45-50, Millar, *Emperor*, 185-186 en de literatuur die bij de behandeling van D. 49,14,47 *pr.* (BZD, nr. 28) wordt aangehaald in noot 19.

7 De beroemdste van deze inscripties is de Henchir-Mettich inscriptie (*CIL* 8, 25902). Zie daarnaast ook *CIL* 8, 10570 ('Saltus Burunitanus'), *CIL* 8, 25943 en 26416 ('*Lex Hadriana de rudibus agris*'), *CIL* 8, 10570, *CIL* 8, 14428 en *CIL* 8, 14451. Het standaardwerk over het beheer van keizerlijke landerijen in Noord-Afrika is D.P. Kehoe, *The economics of agriculture on Roman imperial estates in North Africa*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1988. Zie daarnaast ook W. Held, 'Die Lex Manciana, ein Zeugnis für die Kolonatsverhältnisse im römischen Reich zu Beginn des 2. Jahrhunderts' *Altertum* 11 (1965), 223-233, D. Flach, 'Inschriftenuntersuchungen: Inschriftenuntersuchungen zum römischen Kolonat in Nordafrika' *Chiron* 8 (1978), 441-492, *idem,* 'Pachtbedingungen: Die Pachtbedingungen der Kolonen und die Verwaltung der kaiserlichen Güter in Nordafrika' *ANRW* II.10.2 (1982), 427-473, L. de Ligt, 'Studies in legal and agrarian history I: the inscription from Henchir-Mettich and the *Lex Manciana*' *AncSoc* 29 (1998-1999), 219-239 en R. Scholl & C. Schubert, '«Lex Hadriana de agris rudibus» und «Lex Manciana»' *APF* 50 (2004), 79-84.

Uit deze inscripties blijkt[8] dat de keizerlijke landerijen in Noord-Afrika door de *fiscus* werden verpacht voor de ontplooiing van landbouwactiviteiten aan lokale boeren, de zogeheten *coloni*.[9] Deze *coloni* pachtten het land voor onbepaalde tijd en betaalden de huur in de vorm van afdracht van één derde deel van de oogst. Om ervoor te zorgen dat zij het door hen gepachte land zo efficiënt mogelijk bewerkten, was het van groot belang om toezicht te houden op hun werkzaamheden. Deze taak werd – anders dan men wellicht in de keizertijd zou verwachten – niet toebedeeld aan een *procurator Caesaris*, een ambtenaar in dienst van de keizer. Er werd gebruik gemaakt van private tussenpersonen, die het recht om de pachtsommen van de *coloni* te innen op openbare veilingen kochten. Deze personen werden ook wel aangeduid als *conductores*. In beginsel verdienden de *conductores* hun brood met het innen van de pachtsommen, maar daarnaast hadden zij ook het recht om zelf braak liggende stukken grond binnen het landgoed met verplichte hulp van de *coloni* te bewerken en de winsten hieruit op te strijken.[10] De *conductores* legden vervolgens rekening en verantwoording af aan één of meerdere *procuratores* van de *fiscus*, die waren aangesteld als beheerder van het gehele landgoed en de bevoegdheid hadden om eventuele geschillen tussen de *conductores* en de *coloni* te beslechten.

Was Aemilius Ptolemaeus een dergelijke tussenpersoon, die van de *fiscus* het recht had gepacht om voor de periode van vijf jaar de pachtsommen van de *coloni* op een keizerlijk landgoed te innen? Hoewel deze hypothese aantrekkelijk is, staat er één belangrijk bezwaar aan in de weg. Uit de tekst van Paulus blijkt dat er sprake was van twee afzonderlijke contractuele relaties tussen de *fiscus* en Aemilius Ptolemaeus enerzijds ('*conduxerat a fisco*') en tussen Aemilius Ptolemaeus en zijn pachters anderzijds ('*locaverat eam pluribus*').[11] Voor de hierboven beschreven Noord-Afrikaanse constructie was echter kenmerkend dat de *coloni* juist niet in een contractuele relatie stonden met de *conductor*, maar met de *fiscus* zelf.[12] Dit was in het geval van D. 49,14,47,1

8 De onderstaande (zeer beknopte) beschrijving van het Noord-Afrikaanse pachtsysteem is ontleend aan Kehoe, *Economics*, i.h.b. 71-153.

9 Vgl. D. 49,14,50. Zie over *coloni* in het algemeen P.W. de Neeve, Colonus. *Privégrondpacht in Romeins Italië tijdens de Republiek en het vroege Principaat*, diss. Utrecht 1981. De term *colonus* was niet gereserveerd voor pachters van de *fiscus*, maar kon ook worden gebruikt om de pachters van privépersonen aan te duiden, zie bijvoorbeeld D. 32,27,2 en D. 32,97.

10 Zie voor een geval waarin een *conductor*, Allius Maximus, misbruik van deze bevoegdheid maakte de petitie van de *coloni* van de Saltus Burunitanus (*CIL* 8, 10570).

11 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 245-246.

12 Hirschfeld, *Verwaltungsbeamten*, 131 (met verwijzingen naar epigrafisch materiaal) en D.P. Kehoe, *Law and the rural economy in the Roman Empire,* Ann Arbor: University of Michigan Press 2007, 61 ('there is no indication that they [de *conductores* - ESD] sublet land to the *coloni*.'). Vermeldenswaardig is de petitie van de *coloni* van de *saltus Burunitanus*, die zich afficheren bij de keizer als *rustici tui vernulae et alumni saltu(u)m tuorum* (*CIL* 8, 10570, col. III,27). Ook het feit dat de regels m.b.t. de relatie tussen *conductores* en *coloni* in de Henchir-Mattich inscriptie worden afgekondigd door de *procurator Caesaris* en niet door de *conductores* of de *coloni* zelf, vormt een indicatie dat beide een contractuele relatie hadden met de *fiscus*. Zie ook D. 1,19,3 en D. 50,6,6(5),11, waarin de *coloni* op keizerlijke landgoederen worden aangemerkt als '*coloni Caesaris*'. Anders Crawford, 'Imperial estates', 47 e.v., die meent dat de *coloni* de grond van de *conductores* pachtten.

duidelijk niet aan de orde. Het is daarom aannemelijker dat Aemilius Ptolemaeus als een 'gewone' pachter een contract met de *fiscus* was aangegaan en vervolgens op eigen initiatief het land had 'onderverpacht'.

2.2 Prosopografie

Waar de verpachte *fiscalis possessio* zich bevond, blijkt niet uit de tekst van Paulus. De naam Aemilius Ptolemaeus komen we echter tegen in een inscriptie uit Syrië uit 195 n. Chr.[13] In deze inscriptie wordt Aemilius Ptolemaeus genoemd als echtgenoot van Ulpia Regilla en vader van Aemilius Reginus. De laatste was op eenentwintigjarige leeftijd overleden terwijl hij diende als de *adiutor* van een *cornicularius*, één van de secretarissen van de provinciegouverneur.[14] Is het mogelijk dat zijn vader de pachter uit D. 49,14,47,1 was? Tijdens en na de burgeroorlog tussen Severus en Pescennius Niger had Severus vele landgoederen en andere bezittingen in de oostelijke provincies geconfisqueerd en toegevoegd aan het keizerlijk privévermogen. Aangezien het onmogelijk was om al deze landerijen zelf te beheren, werd waarschijnlijk op zijn minst een gedeelte hiervan door de *fiscus* ter bewerking in pacht uitgegeven aan lokale personen. Het is goed mogelijk dat Aemilius Ptolemaeus één van deze 'naoorlogse' pachters was, die een stuk land kreeg toebedeeld dat groot genoeg was om het in stukken te verdelen en aan derden te verpachten.

3 Procedure bij de keizer

Het ondernemingsplan van Aemilius Ptolemaeus had echter niet de gewenste afloop. Hij werd door de *procuratores Caesaris* niet alleen aangesproken tot betaling van het bedrag waarvoor hij zelf het stuk land van de *fiscus* had gepacht, maar ook tot uitkering van de winst die hij daarbovenop had gemaakt door het gepachte stuk land voor een grotere som te verpachten aan derden. Uit de tekst van Paulus kan niet worden opgemaakt of de zaak in eerste aanleg of in appel bij de keizer werd aangebracht.[15] Het onderwerp van het geschil, te weten de reikwijdte van de bevoegdheden van de *fiscus* met betrekking tot de verpachting van keizerlijke bezittingen, verklaart wel waarom de zaak zich op enig moment bij de keizer aandiende. Slechts de

13 *IGLSyr* 448 (= *IG* 3, 1008 = *CIG* 4453). De verbinding tussen deze inscriptie en de onderhavige Digestentekst wordt ook getrokken door Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 242 nt. 292 en Liebs, *Hofjuristen*, 53 nt. 204.

14 Zie over deze positie O. Fiebiger, *RE* IV.1 (1900), s.v. *cornicularii*, 1603-1604.

15 Bianchini, *Materiali*, 137 meent dat het gaat om een hoger beroep tegen een uitspraak in eerste aanleg (van een niet nader geëxpliciteerde rechter), waarin de eis van de *fiscus* werd toegewezen. Zie voor de weerlegging van deze zeer speculatieve theorie Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 243-244.

keizer kon immers een definitief antwoord geven op de vraag of de *fiscus* de bevoegdheid had om de winst van zijn pachters af te romen.[16]

De *fiscus* delfde bij de keizer het onderspit. Severus oordeelde dat Aemilius Ptolemaeus alleen kon worden aangesproken voor het bedrag dat hij met de *fiscus* als pachtsom overeen was gekomen ('*ideoque pronuntiavit in eam solam quantitatem eum conveniri debere, qua ipse conductor exstiterat.*'). De uitspraak had een tweeledige motivering: de keizer was van mening dat het standpunt van de *fiscus* enerzijds onbillijk was ('*iniquum*') en anderzijds ook nog eens nadelig voor de *fiscus* ('*inutile fisco*') zou zijn, aangezien niet de *fiscus*, maar Aemilius Ptolemaeus degene was die het risico van een eventuele insolventie van zijn pachters droeg ('*ut tamen suo periculo ipse eos quibus locaverat conveniret*').[17] Dat een beslissing in het voordeel van de *fiscus* een '*iniquum*' resultaat zou opleveren behoeft nauwelijks toelichting. Zoals hierboven reeds werd vermeld, was er in het door Paulus beschreven geval sprake van twee verschillende contractuele relaties tussen verschillende contractspartijen (het pachtcontract van Ptolemaeus met de *fiscus* en de pachtcontracten van Ptolemaeus met zijn onderpachters). Op grond van zijn pachtcontract met de *fiscus* had Ptolemaeus in beginsel het recht om de grond zelf te bewerken en hiervan de natuurlijke vruchten te plukken of deze op een andere wijze winstgevend te maken, terwijl de *fiscus* in ruil hiervoor recht had op de in het pachtcontract overeengekomen pachtsom.[18] De laatste kon geen rechten ontlenen aan eventuele lucratieve contracten die zijn pachter Ptolemaeus met derden sloot ten aanzien van de grond; contracten werkten immers alleen tussen partijen. Hieruit volgt dat een beslissing ten gunste van de *fiscus* in zou druisen tegen de algemene beginselen van het Romeinse contractenrecht.[19] Een dergelijk oordeel zou bovendien ook als gevolg hebben dat er een onbillijke onevenwichtigheid in de contractuele relatie tussen de *fiscus* en Ptolemaeus – en toekomstige fiscale pachters – zou ontstaan: de *fiscus* zou de vruchten plukken van de lucratieve onderverpachtingen, terwijl Ptolemaeus als wederpartij van de onderpachters het risico van hun insolventie zou dragen zonder enig verder voordeel uit deze constructie te halen.[20] Het toewijzen van de eis zou in essentie betekenen dat Ptolemaeus niet dat kreeg waar hij op grond van de pachtovereenkomst recht op had, te weten de opbrengsten van de grond die hij middels de onderverpachting had gerealiseerd. De winst die hij daardoor had gegenereerd kon immers gelijk worden gesteld met de natuurlijke vruchten die hij had kunnen trekken

16 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 246-247.

17 Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 55 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 245 e.v. Dat deze twee motieven ten grondslag lagen aan de keizerlijke beslissing blijkt uit het gebruik van het verbindwoord *ideoque* ('dus', 'daarom'). Of zij oorspronkelijk van de keizer zelf of van één van de leden van zijn *consilium* afkomstig waren, kan niet met zekerheid uit de tekst worden opgemaakt, zie Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 247.

18 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 246.

19 Zie voor een soortgelijk geschil over de huur en onderhuur van een *insula* D. 19,1,53 *pr.* en D. 19,2,58 *pr.*

20 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 245-246.

wanneer hij ervoor zou hebben gekozen om het land zelf te bewerken. In dit opzicht zou een beslissing in het voordeel van de *fiscus* in strijd zijn met de verwachtingen die een pachter bij het aangaan van de overeenkomst mocht hebben. Een dergelijke afloop was ook niet wenselijk vanuit economisch oogpunt, hetgeen wordt uitgedrukt door de woorden '*inutile fisco*'. Als de keizer een recht van de *fiscus* op de winst uit de onderverpachting zou erkennen, zou het in het vervolg zeer onaantrekkelijk zijn om een stuk grond van de *fiscus* te pachten.[21] Aangezien de pachtcontracten van de *fiscus* in beginsel een duur van vijf jaar kenden (*quinquennium* of *lustrum*), zou een dergelijke uitspraak op korte termijn voor grote problemen kunnen hebben gezorgd. Dat de keizers oog hadden voor deze problematiek en zich realiseerden dat het van groot belang was om ervoor te zorgen dat het pachten van fiscale grond aantrekkelijk bleef, blijkt ook uit een tekst van Callistratus:[22]

> D. 49,14,3,6: 'Wanneer de vijf jaar, waarvoor iemand zich als publieke pachter heeft verbonden, is voltooid, is hij niet aansprakelijk voor de daaropvolgende periode. Dit wordt in vele keizerlijke rescripten benadrukt. Ook wijlen Hadrianus heeft in deze bewoordingen gerescribeerd: "Dit gebruik, dat pachters van publieke belastingen en gronden aansprakelijk blijven, als zij niet voor dezelfde prijs kunnen worden verpacht, is zeer onmenselijk. Want pachters worden makkelijker gevonden, als zij weten dat zij niet aansprakelijk zullen worden gehouden, wanneer zij zich, nadat hun termijn is verlopen, terug willen trekken."' [23]

Hoewel in de bovenstaande tekst geen expliciete melding van de *fiscus* wordt gemaakt (de pachters worden aangeduid als *publicus conductor* en *conductores vectigalium publicorum et agrorum*), kan uit het feit dat deze tekst afkomstig is uit Callistratus' werk over de rechtspositie van de *fiscus* ('*De iure fisci et populi libri IV*') worden afgeleid dat de tekst betrekking heeft op de *fiscus*. Uit beide teksten blijkt dat er de Romeinse keizers veel aan was gelegen om het pachten van keizerlijke bezittingen aantrekkelijk te maken. De verpachting van keizerlijke grond vormde een belangrijke bron van inkomsten voor de *fiscus*, die door de keizers tegen de inhaligheid van individuele *procuratores* met een kortetermijnvisie moest worden beschermd. De keizer liet zich daarom niet verleiden door het opportunisme van zijn ambtenaren, maar koos ervoor vast te houden aan de beginselen van het *ius civile* en geen bijzonder privilege ten behoeve van zijn *fiscus* te creëren.

---

21 Zie Gl. *videbatur* ad D. 49,14,47,1: '*quia nemo accederet ad conductionem fiscalium praediorum*'. Zie daarnaast Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 245.

22 Sanfilippo, *Libri Tres*, 55-56.

23 Callistratus libro tertio de iure fisci. *Cum quinquennium, in quo quis pro publico conductore se obligavit, excessit, sequentis temporis nomine non tenetur: idque principalibus rescriptis exprimitur. divus etiam Hadrianus in haec verba rescripsit: 'Valde inhumanus mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint. nam et facilius invenientur conductores, si scierint fore ut, si peracto lustro discedere voluerint, non teneantur'.* Het rescript lijkt een reactie te zijn op het fenomeen van *relocatio tacita* (D. 19,2,14), de stilzwijgende verlenging van de pachtovereenkomst, waarover Zimmermann, *Law of obligations*, 356-357.

30 D. 49,14,48 pr.: het geheime fideï-commis van Statius Florus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro secundo decretorum. *Statius Florus testamento scripto heredis sui Pompeii tacitae*[a] *fidei commiserat, ut non capienti fundum et certam pecuniae quantitatem daret, et eo nomine cautionem a Pompeio exigi curaverat se restituturum ea, quae ei per praeceptionem dederat. postea idem Florus facto secundo testamento et eodem Pompeio et Faustino heredibus institutis nullas praeceptiones Pompeio dederat. haec persona, quae capere non poterat, se detulerat. consulti imperatores a procuratoribus rescripserant, si non probaretur mutatam voluntatem esse, praestandum fideicommissum: atque ita Pompeius condemnatus desiderabat onus esse id hereditatis oportere, quia praeceptiones non acceperat, nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem perseverasse, sed in universo. pronuntiavit nec testamentum prius exstare nec, si dedisset in primo testamento, ex posteriore peti potuisse, nisi [re]petitum*[b] *esset. placuit, quia non probabat sibi datas praeceptiones ex sola sua cautione, solum fideicommissum praestare debere.*	Paulus in het tweede boek van de 'Decreten'. Statius Florus had, nadat hij een testament had gemaakt, aan zijn erfgenaam Pompeius middels een geheim fideï-commis opgedragen om aan iemand die onbevoegd was te verkrijgen (*incapax*) een stuk grond en een zekere geldsom te geven, en hij had ervoor gezorgd dat van Pompeius hiervoor een *cautio* werd geëist dat hij de zaken zou uitkeren aan de begunstigde, die hij aan hem door middel van een voorafnemingslegaat had vermaakt. Hierna had dezelfde Florus, nadat hij een tweede testament had gemaakt en dezelfde Pompeius en Faustinus tot erfgenamen had benoemd, geen enkel voorafnemingslegaat aan Pompeius vermaakt. Deze persoon, die niet bevoegd was te verkrijgen, had zichzelf aangegeven bij de *fiscus*. Nadat de keizers door de *procuratores* waren geraadpleegd, hadden zij gerescribeerd dat, als niet werd bewezen dat de wil [van de erflater] was gewijzigd, het fideï-commis moest worden uitgekeerd. En Pompeius, na op deze wijze te zijn veroordeeld, eiste dat dit ten laste van de nalatenschap diende komen, omdat hij de voorafnemingslegaten niet had ontvangen en niet kon worden aangenomen dat de erflater deels bij zijn eerdere wil was gebleven, maar volledig. De keizer deed uitspraak dat het eerste testament niet langer bestond en dat als hij [de erflater] iets in zijn eerste testament had vermaakt, dit niet op grond van het latere testament kon worden opgeëist als het daarin niet was herhaald. Hij besliste dat hij [Pompeius] als enige het fideï-commis moest uitkeren, omdat hij niet kon bewijzen dat de voorafnemingslegaten alleen vanwege zijn garantie aan hem waren vermaakt.

[a] *em.* Mo., *tacite* F [b] *ins.* Mo. onder verwijzing naar Suerinus (*Repetitarum Lectionum Iuris Civilis Liber*, Basel 1586, 153 e.v.)

1 Deze tekst wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres*, 96 -99, Johnston, *Law of trusts*, 63-65, Wankerl, *Appello*, 182-192 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 328-341. Zie daarnaast J.A. Ankum, 'Paulus D. 49,14,18 *pr*.: De beslissing in hoger beroep van keizer Septimius Severus over de nalatenschap van Statius Florus' in: B.C.M. Jacobs (ed.), *Een rijk gerecht: opstellen aangeboden aan prof. mr. P.L. Nève*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1998, 1 e.v. en F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milaan: Giuffrè 2000, 245-248.

2 Feiten en procedure

2.1 Feiten

Een zekere Statius Florus had een testament gemaakt waarin hij een zekere Pompeius en één of meerdere andere personen tot zijn erfgenamen had benoemd.[2] Daarnaast wilde hij ook een stuk grond en een geldsom vermaken aan een zogeheten *incapax*, een persoon die op grond van de *lex Iulia et Papia* onbevoegd was om zaken bij testament te verkrijgen. Om deze reden koos Florus ervoor Pompeius te belasten met een geheim fideï-commis (*fideicommissum tacitum*) om deze zaken aan de *incapax* af te geven. Om zich ervan te verzekeren dat Pompeius dit ook daadwerkelijk zou doen, liet hij hem hiervoor een garantie (*cautio*) afgeven. Daarnaast nam hij ten behoeve van Pompeius in zijn testament een voorafnemingslegaat (*legatum per praeceptionem*) op met betrekking tot dat stuk grond en die geldsom. Enige tijd later besloot Florus een nieuw testament te maken, waarin hij Pompeius en een zekere Faustinus tot zijn erfgenamen benoemde[3] en waarin de voorafnemingslegaten niet meer waren opgenomen. De *incapax* gaf zichzelf bij de *fiscus* aan en er ontstond een procedure tussen hem en de *fiscus* aan de ene kant en Pompeius aan de andere kant over de uitkering van het fideï-commis.

2.2 Het geschil: juridisch kader

2.2.1 Incapax

In deze zaak staat een geheim fideï-commis ten behoeve van een *incapax* centraal. Het begrip *incapax* is afkomstig uit de huwelijkswetgeving van Augustus. In het algemeen wordt aangenomen dat deze wetgeving, bestaande uit de *lex Iulia de maritandis ordinibus* uit 18 v. Chr. en de *lex Papia Poppaea* uit 9 v. Chr. (tezamen ook wel de *lex Iulia et Papia* geheten), onder andere als doel had het Romeinse bestanddeel van de bevolking van het rijk te vergroten en daarom het sluiten van huwelijken en in het bijzonder het verwekken van kinderen stimuleerde.[4] Zo waren alle mannen tussen de 25 en 60 jaar

---

2 Dit kan worden afgeleid uit het feit dat Statius Florus ook een aantal voorafnemingslegaten (*legati per praeceptionem*) ten behoeve van Pompeius had opgenomen, zie Ankum, 'Paulus', 10 nt. 51 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 330 nt. 202. In het volgende wordt voor het gemak steeds uitgegaan van één mede-erfgenaam in het eerste testament.

3 Vgl. de Glosse, die ervan uitgaat dat Faustinus ook in het eerste testament tot mede-erfgenaam van Pompeius was benoemd: Gl. *per praeceptionem* ad D. 49,14,48 *pr.*

4 De huwelijkswetgeving van Augustus is een veel becommentarieerd onderwerp. Zie over de *lex Iulia et Papia* in het algemeen bijvoorbeeld L.F. Raditsa, 'Augustus' legislation concerning marriage, procreation, love affairs and adultery' *ANRW* II.13 (1980), 278-339, A. Mette-Dittmann, *Die Ehegesetze des Augustus. Eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps*, Stuttgart: Steiner 1991 en R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, 4e editie, Padua: Cedam 1996; over de Augusteïsche bevolkingspolitiek in het bijzonder J.E. Spruit, *De lex Iulia et Papia Poppaea: beschouwingen over de bevolkingspolitiek van Augustus*, inaugurele reden Leiden, Deventer: Kluwer 1969.

en alle vrouwen tussen de 20 en 50 jaar verplicht te trouwen en moest er uit het huwelijk minstens één kind voortkomen.[5] Ongehoorzaamheid aan deze regeling werd zwaar bestraft: ongehuwden (*caelibes)* en kinderloos gehuwden (*orbi*) waren geheel respectievelijk gedeeltelijk (dat wil zeggen voor de helft) *incapaces*.[6] Dit betekende dat zij geheel of gedeeltelijk onbevoegd waren als erfgenaam of legataris bij testament te verkrijgen. Alles wat in strijd met deze regeling in een testament of een codicil aan hen was vermaakt, werd als 'vervallen' (*caducum*) aangemerkt.[7] Hun aandeel in de nalatenschap werd in dit geval verdeeld over de andere erfgenamen die wel reeds nageslacht hadden geproduceerd (*heredes patres*), of, bij gebrek hieraan, aan de legatarissen met kinderen (*legatarii patres*).[8] Ontbraken beiden, dan vervielen de vermaakte goederen aanvankelijk aan het *aerarium* en later aan de *fiscus*.[9] De regeling van de *lex Iulia et Papia* kon aanvankelijk gemakkelijk worden omzeild door een making aan een *incapax* in de vorm van een fideï-commis in het testament op te nemen, aangezien deze wet niet op fideï-commissen van toepassing was:[10] één van de redenen voor het ontstaan van deze rechtsfiguur was immers gelegen in het omzeilen van dit soort regelingen.[11] Met deze omzeiling van de wet werd echter korte metten gemaakt door het *Senatus Consultum Pegasianum* uit de tijd van Vespasianus, waardoor de rechtsregels die betrekking hadden op legaten, waaronder de regeling van de *lex Iulia et Papia*, van toepassing werden verklaard op fideï-commissen.[12]

2.2.2 Fideicommissum tacitum

Na de uitvaardiging van het *Senatus Consultum Pegasianum* trachtte men de regeling van de *lex Iulia et Papia* te omzeilen door middel van een *geheim* fideï-commis, een *fideicommissum tacitum*. [13] Een geheim fideï-commis is een fideï-commis ten behoeve van een *incapax* dat niet expliciet in het testament

5 Astolfi, *Lex Iulia et Papia*, 1-3.
6 Gai. 2,111.
7 *UE* 17,1.
8 Gai. 2,206-207.
9 *UE* 28,7 en Gai. 2,150. Vanaf wanneer makingen aan *incapaces* toekwamen aan de *fiscus* in plaats van het *aerarium* is niet geheel duidelijk. Uit *UE* 17,2 kan worden afgeleid dat vanaf Caracalla alle *bona caduca*, inclusief de goederen die op grond van *incapacitas* vervallen waren verklaard, toekwamen aan de *fiscus*. Er wordt echter aangenomen dat dit ook eerder al het geval was, zie ALD, paragraaf 4.3.3.2.
10 Gai. 2, 286-286a.
11 Vgl. Gai. 2,285, die stelt dat het fideï-commis onder andere is ontwikkeld om te bewerkstelligen dat *peregrini* ook bij testament konden verkrijgen. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 757.
12 Gai. 2, 286-286a. Zie over dit *senatus consultum* Manthe, *Pegasianum*.
13 Zie over het *fideicommissum tacitum* Johnson, *Law of trusts,* 42 e.v. en Voci, *DER I*, 476-477. Voorts S. Puliatti, *Il «de iure fisci» di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milaan: Giuffrè 1992, 242-258 en S. Cámara Lapuente, *La fiducia sucesoria secreta*, Madrid: Dykinson 1996. Zie voor het verband tussen de *lex Iulia et Papia* en het *fideicommissum tacitum* Johnston, *Law of trusts*, 44 en Puliatti, *Callistrato*, 244 e.v.

of een codicil aan de begunstigde was vermaakt, maar op andere wijze tot stand kwam:[14]

> D. 30,103: 'Wat betreft geheime fideï-commissen wordt aangenomen dat er sprake is van wetsontduiking, wanneer iemand niet in een testament of in codicillen een verzoek krijgt, maar zich middels een *cautio* of een *chirographum* verbindt om een fideï-commis uit te keren aan hem, die niet bevoegd is om te verkrijgen.'[15]

Uit de bovenstaande definitie blijkt dat een dergelijke geheime making door de Romeinse juristen werd gekwalificeerd als een ontduiking van de wet, *fraus legis*. Het ontduiken van de wet (*agere in fraudem legis*) moet worden onderscheiden van het handelen in strijd met de wet (*agere contra legem*). Van het laatste was sprake wanneer een *incapax* openlijk in een testament tot legataris of erfgenaam werd benoemd, van het eerste wanneer men de wet probeerde te ontduiken door middel van een geheim fideï-commis (vgl. D. 1,3,29: '*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*').[16] Het feit dat er bij een *tacitum fideicommissum* sprake was van een ontduiking van de wet had als gevolg dat de goederen waarop het fideï-commis betrekking had niet alleen als *caduca* werden aangemerkt, maar dat zij mogelijk ook in hun geheel direct toekwamen aan de *fiscus*.[17]

> Een erfgenaam die had toegezegd om uitvoering te geven aan een geheim fideï-commis had op grond van het *Senatus Consultum Plancianum* niet het recht om hieraan het Pegasianische kwart te onttrekken.[18] Daarnaast kon hij ook geen aanspraak maken op de goederen waarop het fideï-commis betrekking had en die vervallen (*caducum*) waren verklaard, ook al voldeed hij aan de vereisten van de *lex Iulia et Papia*.[19] Het is onduidelijk of een mede-erfgenaam, die niet op de hoogte was van het geheime fideï-commis en voldeed aan de

---

14 In sommige gevallen werd zij nog wel opgenomen in het testament. Zo kon men bijvoorbeeld in het testament een onduidelijke making opnemen, waarbij de begunstigde en/of het object van het fideï-commis niet werden genoemd. De daadwerkelijke inhoud van het fideï-commis was in een dergelijk geval meestal reeds mondeling aan degene die ermee was belast kenbaar gemaakt. Zie bijvoorbeeld D. 49,14,40 en D. 30,123,1. Zie over de ontwikkeling hiervan Johnston, *Law of trusts*, 53 e.v.

15 Iulianus libro XXXVIII digestorum. *In tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei qui capere non potest.* Vgl. D. 49,14,3 *pr.* en D. 34,9,10 *pr.*

16 Zie bijvoorbeeld D. 49,14,3 *pr*. en D. 30,103. Zie over het begrip *fraus legis* verder H. Krüger & M. Kaser, 'Fraus' *ZSS* 63 (1943), 117-174, H. Honsell, 'In fraudem legis agere' in: D. Medicus & H.H. Seiler (ed.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München: Beck 1976, 111-126 en O. Behrends, *Die fraus legis. Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngeltung in der römischen Gesetzesinterpretation*, Göttingen: Schwartz 1982.

17 Ankum, 'Paulus', 17-18.

18 Zie hierover D. 34,9,11, D. 35,2,59,1, D. 49,14,49 en *UE* 25,17. In D. 35,2,59,1 en D. 49,14,49 wordt melding gemaakt van een rescript van Antoninus Pius op grond waarvan dit kwart direct toekwam aan de *fiscus.* Door sommige auteurs werd betoogd dat het Pegasianische kwart aan de erfgenaam wordt ontnomen omdat hij door zijn toezegging om het geheime fideï-commis uit te keren als onwaardig (*indignus*) moest worden aangemerkt, zie Voci, *DER I,* 476-477, Kaser, *Privatrecht*, 726 en Puliatti, *Callistrato,* 245-246.

19 *UE* 25,17.

vereisten van de *lex Iulia et Papia,* wel aanspraak op de *caduca* kon maken.[20] De bronnen zwijgen hierover. Uit de betrokkenheid van de *fiscus* bij het door Paulus beschreven geval kan in ieder geval worden afgeleid dat in deze zaak de mede-erfgenaam Faustinus om welke reden dan ook geen aanspraak kon maken op de *caduca* en het stuk land en de geldsom toekwamen aan de *fiscus*.

Paulus vermeldt dat Pompeius zich tot de uitkering van het *fideicommissum* had verplicht middels een *cautio*. Uit de definitie van D. 30,103 blijkt dat de degene die met de uitkering van het *tacitum fideicommissum* was belast zich hier inderdaad meestal toe verbond door middel van een *cautio* of een *chirographum.* Het doel hiervan was het garanderen van de uitkering van het geheime fideï-commis door degene die hiermee was belast.[21] Zowel de klassieke bronnen als de moderne literatuur[22] zwijgen over de precieze inhoud van een dergelijke *cautio* of *chirographum.* Het is echter aannemelijk dat het steeds gaat om een afspraak tussen de degene die met het fideï-commis was belast en de *begunstigde*.[23] Wanneer immers de *erflater* zich door de belaste erfgenaam of legataris liet beloven dat de laatste het fideï-commis zou uitkeren aan de *incapax*, was er in dit geval sprake van een beding dat niet door een derde kon worden afgedwongen: '*alteri stipulari nemo potest*'.[24] Een dergelijke belofte was bovendien in strijd met de regel dat men geen prestatie na de dood van de crediteur of de debiteur kon stipuleren ('*placuit ab heredis persona incipere actionem non posse*').[25] De omslachtige formulering van D. 49,14,48 *pr.* ondersteunt de stelling dat er sprake was van een *cautio* van Pompeius aan de *incapax.* De woorden '*et eo nomine cautionem a Pompeio exigi curaverat* (…)' ('hij had ervoor gezorgd dat van Pompeius hiervoor een *cautio* werd geëist') laten ruimte voor een interpretatie waarbij de *cautio* niet aan Statius Florus zelf, maar aan de *incapax* was gedaan. Het passieve gebruik van het werkwoord *exigere* impliceert dat niet Florus, maar iemand anders degene was die de *cautio* eiste. Of het ging om een formele *cautio* in de vorm van een stipulatie of een vormeloze afspraak – het woord *cautio* kan immers ook simpelweg verwijzen naar een akte, in het bijzonder naar een akte van een schuldbekentenis[26] – kan uit de tekst niet worden opgemaakt. Het is echter zeker dat het document, in welke vorm dan ook, aan de *incapax* in beginsel de mogelijkheid bood om bij de dood van Florus een procedure tegen Pompeius te beginnen om het fideï-commis op te eisen.

20 Sanfilippo, *Libri Tres*, 98 meent van wel. Hij wordt gevolgd door Arcaria, *Referre*, 245 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 332.
21 Johnston, *Law of trusts,* 63 en Wankerl, *Appello,* 185.
22 Vgl. Sanfilippo, *Libri Tres,* 97, Arcaria, *Referre*, 245 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 331-332.
23 Wankerl, *Appello,* 186.
24 Zie bijvoorbeeld D. 45,1,38,17.
25 Gai. 3,100 en 158. Zie ook Kaser, *Privatrecht*, 492 en aangehaalde literatuur aldaar.
26 Kaser, *Privatrecht*, 539 nt. 12. In de literatuur wordt met betrekking tot geheime fideïcommissen aangenomen dat de woorden *domestica cautio* in D. 30,103 verwijzen naar een dergelijke 'Privatschuldschein', Heumann & Seckel, *Handlexikon*, 61.

2.2.3 *Legatum per praeceptionem*

Daarnaast had Statius Florus in het eerste testament de zaken die behoorden tot het fideï-commis middels een *legatum per praeceptionem*, een 'voorafnemingslegaat', aan Pompeius vermaakt. Dit betekende dat deze zaken voor de scheiding en deling van de nalatenschap van de boedel moesten worden afgescheiden en aan de erfgenaam-legataris moesten worden uitgekeerd.[27] Het *legatum per praeceptionem* moet worden onderscheiden van het bij de behandeling van D. 32,27 *pr.* reeds beschreven prelegaat. Een prelegaat wordt gedefinieerd als een legaat – in welke vorm dan ook – ten behoeve van een erfgenaam; een voorafnemingslegaat is één van de manieren waarop aan een dergelijk prelegaat kon worden vormgegeven.[28]

In het door Paulus beschreven geval had het *legatum per praeceptionem* waarschijnlijk als doel Pompeius aan te moedigen het fideï-commis daadwerkelijk uit te keren. De precieze inhoud van de *cautio* met betrekking tot de preceptielegaten kan niet uit het verslag van Paulus worden opgemaakt. In het bijzonder wordt in de literatuur de vraag gesteld of er een verwijzing naar de voorafnemingslegaten in was opgenomen. De formulering van D. 49,14,48 *pr.* lijkt in die richting te wijzen ('*et eo nomine cautionem a Pompeio exigi curaverat se restituturum ea, quae ei per praeceptionem dederat*'), terwijl de uitspraak van de *procuratores* en de keizer een indicatie vormen voor het tegendeel.[29]

2.2.4 *Tweede testament: herroeping van het geheime fideï-commis?*

Op enig moment besloot Statius Florus een tweede testament op te maken, waarin hij Pompeius en Faustinus als erfgenamen benoemde, maar waarin het *legatum per praeceptionem* ten gunste Pompeius niet meer was opgenomen. Deze beslissing van de erflater vormde de aanleiding tot het uiteindelijk geschil.

In het voorgaande is reeds benadrukt dat *fideicommissa tacita* geen onderdeel uitmaakten van het testament van de erflater, maar juist hierbuiten tot stand kwamen (vgl. D. 30,103: '*quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret*'). Hierop rijst de vraag of het maken van het tweede testament en de daarmee gepaard gaande nietigheid van het eerste testament ook van invloed was op het voortbestaan van het geheime fideï-commis. Uit een tekst van Papinianus blijkt dat dit

27 Reeds in de oudheid bestond er discussie over de precieze werking van het preceptielegaat. Zie hierover Gai. 2,216-220. Zie verder Kaser, *Privatrecht*, 744 en daarnaast Ankum, 'Papinians Lehre', 77-90 en Wimmer, *Prälegat*, 106 e.v.

28 Zie nader over dit onderscheid Ankum,'Papinians Lehre', 78-79 en Wimmer, *Prälegat*, 1 e.v. en verdere verwijzingen bij beide auteurs.

29 Zie over dit debat nader Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 329 nt. 196 en de aangehaalde literatuur aldaar. Zie daarnaast ook Johnston, *Law of trusts*, 64-65, die betoogt dat de preceptielegaten niet in de *cautio* werden vermeld.

niet het geval was en dat het bestaan van het *fideicommissum tacitum* onafhankelijk van de geldigheid van het testament moest worden beoordeeld:

> D. 22,3,3: 'Wanneer een geheim fideï-commis is opgedragen aan diegene, die zowel in het eerste als in het tweede testament voor hetzelfde deel of later voor meer als erfgenaam is ingesteld, ligt de bewijslast voor de veranderde wil [van de erflater] bij hem, die wordt aangesproken, (…).'[30]

Een met een geheim fideï-commis belaste erfgenaam moest bewijzen dat de erflater had beoogd om door het maken van het tweede testament ook het fideï-commis te herroepen. Het enkele feit dat het tweede testament de herroeping van het eerste testament als gevolg had, was niet voldoende om ook tot de herroeping van het *fideicommissum tacitum* te concluderen.

Hoewel het door Paulus niet expliciet wordt vermeld, ligt het in het licht van het voorgaande voor de hand dat de *incapax* zich bij Pompeius had gemeld na de dood van Statius Florus en het fideï-commis had opgeëist. De laatste weigerde echter afgifte van de *fundus* en de geldsom. De reden die Pompeius hiervoor had, moge duidelijk zijn: aangezien er geen voorafnemingslegaat meer in het tweede testament ten behoeve van Pompeius was opgenomen, meende hij dat hij hieruit mocht afleiden dat Statius Florus had beoogd het geheime fideï-commis te schrappen. Hij weigerde daarom om het fideï-commis uit eigen zak uit te keren. Hierop besloot de *incapax* zichzelf aan te geven bij de *fiscus*. Deze op het eerste gezicht opmerkelijke beslissing verdient enige nadere toelichting.

2.2.5 Aangifte bij de fiscus

Uit het feit dat zowel Gaius als Paulus een monografie aan de praktijk van het *fideicommissum tacitum* hebben gewijd,[31] kan worden afgeleid dat de figuur na de uitvaardiging van het *SC Pegasianum* snel aan populariteit won.[32] Dit zette de keizers en de *fiscus* ertoe aan een manier te bedenken om de betrokken personen te verleiden hun mond open te doen over het bestaan van een dergelijk *fideicommissum*.[33] We vinden de oplossing in een edict van Trajanus, waardoor het zogeheten *beneficium Traiani* werd geïntroduceerd.[34]

---

30 Papinianus libro nono responsorum. *Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo quam in secundo testamento pro eadem parte vel postea pro maiore heres scribitur, probatio mutatae voluntatis ei debet incumbere qui convenitur, (…).*

31 Beide getiteld '*Liber singularis de tacitis fideicommissis*', zie D. 34,9,23 (Gaius) en D. 49,14,49/D. 50,16,229 (Paulus).

32 Zie ook Ankum, 'Paulus', 14.

33 Johnston, *Law of trusts*, 55: 'Somehow the taciturn parties to these arrangements must be induced to break their silence'.

34 D. 49,14,13 *pr.*-3; D. 49,14,15,3; D. 49,14,16; D. 49,14,49. Zie over het *beneficium Traiani* Johnston, *Law of trusts*, 55 e.v. en Provera, *La vindicatio*, 85-91. Voor het *beneficium Traiani* bestonden er ook al soortgelijke regelingen, zie hierover Johnston, *Law of trusts*, 56 e.v. en Puliatti, *Callistrato*, 266 e.v.

Op grond van deze regeling kon een *incapax*, aan wie openlijk of middels een geheim fideï-commis een aantal zaken waren vermaakt, zichzelf aangeven bij de *fiscus*[35] *(delatio ad fiscum*) met als gevolg dat hij als beloning recht had op de helft van het fideï-commis.[36] De *delator* moest hier echter wel iets voor doen. De *fiscus* kon de vervallen goederen waarop het *fideicommissum* betrekking had door middel van een *vindicatio caducorum* opeisen.[37] In de *vindicatio*-procedure vervulde echter niet een ambtenaar van de *fiscus*, maar de *delator* zelf de rol van eiser.[38] Hij werd hierbij vanaf Hadrianus waarschijnlijk wel bijgestaan door een *advocatus fisci*.[39]

In het licht van het voorgaande rijst de vraag waarom de *incapax* van D. 49,14,48 *pr.* er eigenlijk voor koos om de *fiscus* erbij te betrekken en niet zelfstandig een procedure tegen Pompeius op basis van de *cautio* begon. In dit laatste geval zou hij echter het risico lopen dat hij door iemand anders werd aangegeven bij de *fiscus*[40] of dat deze op ander wijze lucht kreeg van het geheime fideï-commis, met als gevolg dat de *fiscus* het hele fideï-commis opvorderde en de *incapax* met lege handen stond. Door zich bij de *fiscus* te melden, verzekerde de *incapax* zich in ieder geval van de helft van het *fideicommissum*. Hieruit kan worden opgemaakt dat het *beneficium Traiani*, bedoeld of onbedoeld, als gevolg had dat geheime fideï-commissen (zij het deels) afdwingbaar werden.[41]

2.3 Procedure in eerste aanleg

Namens de *fiscus* vorderde de *incapax* de zaken waarop het fideï-commis betrekking had op met een *vindicatio caducorum.* Blijkens het verslag van Paulus vond de procedure in eerste aanleg plaats ten overstaan van keizer-

35 Zie over de verhouding tussen het *aerarium* en de *fiscus* in gevallen van *delatio* Johnston, *Law of trusts*, 57-58. Het lijkt er kortgezegd op dat de daadwerkelijke aangifte diende te geschieden bij de ambtenaren van het *aerarium*, terwijl de uiteindelijk opbrengst van de procedure ten goede kwam aan de *fiscus.* Zie ook Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 454.

36 D. 49,14,13 *pr.*-1. Anders Ankum, 'Paulus', 23, die van mening is dat *incapaces* die zichzelf aangaven alleen recht hadden op de helft van het *fideicommissum* als het een openbaar (d.w.z. in een testament of codicil opgenomen) fideï-commis betrof. Dat het *beneficium Traiani* echter ook gold in het geval van geheime fideï-commissen kan worden opgemaakt uit D. 49,14,49. Deze Digestentekst, waarin de praktische toepassing van het *beneficium Traiani* wordt behandeld, is afkomstig uit de *Liber singularis de tacitis fideicommissis* van Paulus.

37 Kaser, *Zivilprozessrecht,* 453-455 en Puliatti, *Callistrato,* 242 e.v., die meent dat het gaat om een actie die analoog was aan de *vindicatio caducorum*, maar niet identiek.

38 D. 49,14,2,3 en D. 49,14,13,1. Zie ook Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 454-455 en Provera, *La vindicatio*, 86 e.v. Als de *incapax* na zijn aangifte driemaal geen gehoor gaf aan de oproep om te komen procederen, was hij verplicht om het procesbelang van de *fiscus* te vergoeden, D. 49,14,42,1.

39 Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 455.

40 Het was niet alleen lucratief voor een *incapax* om zich bij de *fiscus* te melden. Ook andere personen konden aangifte doen van het bestaan van een geheim fideï-commis en op deze wijze een beloning opstrijken, D. 49,14,1 *pr.*

41 Johnston, *Law of trusts*, 60 en 65.

lijke *procuratores*.[42] In deze procedure stond het *fideicommissum tacitum* centraal. Door de *delator* werd van de zijde van de *fiscus* betoogd dat er een *fideicommissum* bestond en dat het feit dat in het tweede testament geen *legatum per praeceptionem* ten behoeve van Pompeius was opgenomen hier niets aan af deed. Hij zal waarschijnlijk ter ondersteuning van zijn standpunt de *cautio* van Pompeius hebben overlegd. Pompeius daarentegen stelde zich op het standpunt dat, zelfs als er al sprake was geweest van een geheim *fideicommissum*,[43] uit het feit dat in het tweede testament geen voorafnemingslegaat meer voorkwam kon worden afgeleid dat Florus niet langer wenste dat het *fideicommissum* aan de *incapax* werd uitgekeerd. De *procuratores* verkeerden in twijfel: moest het *fideicommissum* als ingetrokken worden beschouwd?[44] Zij besloten daarom de keizers over deze kwestie te raadplegen, alvorens zelf uitspraak te doen.[45] Dit is in feite niets anders dan wat moderne juristen een 'prejudiciële vraag' noemen, een vraag van een lagere rechter aan een hogere rechter over de uitleg van een bepaalde rechtsregel.[46] Ook de Romeinen kenden deze procedure, die in de moderne literatuur wordt aangeduid als *consultatio* of *relatio ante sententiam*.[47] In de meeste ons bekende gevallen gaat het om een *consultatio* bij de keizer zelf.[48] Er bestond ten tijde van Severus hoogstwaarschijnlijk nog geen aparte gestructureerde regeling voor deze keizerlijke adviesprocedure.[49] Uit het schaarse bewijs voor de procedure in de Digesten en de Codex blijkt dat de lagere rechter ambtshalve middels een tussenvonnis *(interlocutio*) besliste om over te gaan tot *consultatio* en dat tegen een dergelijke beslissing geen beroep openstond.[50] De *consultatio* had als gevolg dat de procedure werd opgeschort.[51] De rechter zond een ver-

42 Ankum, 'Paulus', 13-14, Arcaria, *Referre,* 245 en Wankerl, *Appello,* 188. Onduidelijk over de rechter in eerste aanleg zijn Sanfilippo, *Libri Tres*, 98 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 334. Het betrof waarschijnlijk de *procuratores fisci*: Wankerl, *Appello*, 188 en Arcaria, *Referre*, 245. Ankum spreekt meer algemeen over *procuratores Caesaris*, 'Paulus', 10 e.v.

43 Uit de bewoordingen van de tekst kan niet worden afgeleid dat Pompeius het bestaan van het *fideicommissum* in zijn geheel ontkende.

44 Ankum, 'Paulus', 16; Wankerl, *Appello*, 187; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 333

45 Ankum, 'Paulus', 15 en Wankerl, *Appello*, 188-189. Zie anders Johnston, *Law of trusts*, 64-65 en Coriat, *Le prince*, 310, die menen dat de *procuratores* de zaak zouden hebben doorverwezen naar de keizers en dat deze als enige in eerste aanleg een beslissing zouden hebben genomen. Uit de beschrijving van Paulus blijkt echter duidelijk dat dit niet het geval is, zie Arcaria, *Referre*, 246-248 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 333 nt. 210. De laatste twee auteurs zijn echter wel van mening dat de adviesvraag van de *procuratores* aan de keizers niet tijdens de procedure plaatsvond, maar reeds hiervoor.

46 Vgl. E.S. Daalder & R. de Graaff, 'Rome, Luxemburg, Den Haag: de prejudiciële procedure als rechtsvormend instrument' *AA* 64 (2015), 324-332.

47 Waarover W. Litewski, 'Consultatio ante sententiam' *ZSS* 86 (1969), 227-257. Zie in het bijzonder p. 227-229 over de zeer uiteenlopende terminologie die in de klassieke bronnen wordt gebruikt, zoals *consultatio, relatio, opinio* en *suggestio*.

48 Litewski, 'Consultatio', 231 en 247 e.v.

49 Litewski, 'Consultatio', 237. Het eerste aan ons bekende procesreglement stamt uit de tijd van Constantijn, C. Th. 11,30,1.

50 D. 49,1,1,2.

51 Litewski, 'Consultatio', 239.

zoekschrift aan de keizer met daarin de rechtsvraag en een beschrijving van het voorliggende feitencomplex.[52] Partijen hadden tot de tijd van Constantijn waarschijnlijk niet het recht om hun zienswijze aan de keizer kenbaar te maken.[53] De keizer nam zijn beslissing uitsluitend op basis van het verzoekschrift. Van een zitting waarbij partijen werden gehoord of nader bewijs kon worden aangedragen was geen sprake.[54] Het antwoord van de keizer op een prejudiciële vraag had de vorm van een rescript, zoals ook duidelijk blijkt uit de bewoordingen van D. 49,14,48 *pr.*: '*Consulti imperatores a procuratoribus rescripserant*, (…)'.[55] Deze keizerlijke beslissingen waren uiteraard bindend voor de lagere rechter bij wie de zaak aanhangig was,[56] maar leenden zich vaak ook voor toepassing in andere geschillen.[57] De keizers beantwoordden de vraag van de *procuratores* als volgt:

> '*Consulti imperatores a procuratoribus rescripserant, si non probaretur mutatam voluntatem esse, praestandum fideicommissum*.'[58]

Uit de bewoordingen van het rescript blijkt dat de keizers slechts een beoordelingskader formuleerden aan de hand waarvan de procuratoren de zaak verder moesten afhandelen. De keizerlijke uitspraak was gebaseerd op de *voluntas testatoris*: voor de vraag of het fideï-commis nog bestond, was de wil van de erflater doorslaggevend. Bewijs hiervoor moest worden geleverd door degene die betoogde dat deze wil was veranderd, aldus de keizers. Met andere woorden: op Pompeius rustte de negatieve bewijslast om aan te tonen dat Florus *niet* langer had gewild dat het *fideicommissum* door Pompeius werd uitgekeerd. Deze beslissing vertoont grote overeenkomsten met de eerder geciteerde tekst van Papinianus, die hier daarom wordt herhaald:

> D. 22,3,3: 'Wanneer een geheim fideï-commis is opgedragen aan diegene, die zowel in het eerste als in het tweede testament voor hetzelfde deel of later voor meer als erfgenaam is ingesteld, ligt de bewijslast voor de veranderde wil [van de erflater] bij hem, die wordt aangesproken, (…).'[59]

---

52 *Idem*, 232.

53 *Idem*, 241 e.v. Litewski betoogt echter op basis van de brieven van Plinius dat partijen soms toestemming kregen om een *libellus* met hun standpunt in te dienen, zie Plin. *Ep.* 10,59, 10,60 en 10,81.

54 *Idem*, 250.

55 Litewski, 'Consultatio', 252.

56 Litewski, 'Consultatio', 252-253, Kaser & Hackl, *Zivilprozessrecht*, 451 en Kelly, *Princeps Iudex*, 90.

57 Zie ALD, paragraaf 2.1.2.2 over (de rechtskracht van) rescripten.

58 Vertaling: 'Nadat zij door de procuratoren waren geraadpleegd, hadden de keizers geantwoord dat het fideï-commis moest worden uitgekeerd, als niet werd bewezen dat de wil [van de erflater] was veranderd.'

59 Papinianus libro nono responsorum. *Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo quam in secundo testamento pro eadem parte vel postea pro maiore heres scribitur, probatio mutatae voluntatis ei debet incumbere qui convenitur, (…).*

Deze tekst is afkomstig uit het negende boek van de *Responsa*, die door Papinianus tussen 206 en 211 zijn opgesteld.[60] De overeenkomsten tussen dit *responsum* en de keizerlijke beslissing doen vermoeden dat Papinianus als functionaris binnen de keizerlijke kanselarij op enigerlei wijze invloed heeft gehad op de inhoud van het rescript.[61]

In de voortzetting van de procedure bij de *procuratores* droeg Pompeius waarschijnlijk de afwezigheid van de *legati per praeceptionem* in het tweede testament aan als bewijs voor de wijziging van de wil van de erflater. Dit werd door de procuratoren echter niet voldoende geacht. Zij veroordeelden hem tot uitkering van het fideï-commis aan de *incapax* en de *fiscus*, zoals blijkt uit het woord '*condemnatus*'.[62]

3 Beoordeling van het geschil door de keizer

3.1 Betoog van Pompeius

Pompeius ging in appel bij de keizer tegen de uitspraak van de *procuratores*. Tijdens deze procedure richtte hij zijn pijlen niet op de beslissing van de procuratoren dat het fideï-commis nog bestond en moest worden uitgekeerd, maar beklaagde hij zich slechts over het feit dat hij hiertoe *als enige* was veroordeeld. Hij was van mening dat dit een last was die op de gehele nalatenschap diende te drukken ('*atque ita Pompeius condemnatus desiderabat onus esse id hereditatis oportere, (…)*').[63]

Pompeius onderbouwde zijn betoog als volgt.[64] Hij stelde dat de erflater met het opnemen van de voorafnemingslegaten in het eerste testament had willen bewerkstelligen dat de uitkering van het fideï-commis ten laste van de nalatenschap zou komen. Nu er geen sprake was van dergelijke legaten in het tweede testament, diende de uitkering van het *fideicommissum* alsnog ten laste van *beide* erfgenamen te komen. Men kon er immers niet van uitgaan, aldus Pompeius, dat de erflater maar deels bij zijn eerdere wilsbeschikking was gebleven ('(…) *nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem*

60 Fitting, *Alter und Folge*, 76-78.

61 Ankum, 'Paulus', 16. Wankerl, *Appello,* 188-189 gaat ervan uit dat de Papinianustekst het reeds geldende recht weergeeft. Zie over de verhouding tussen D. 49,14,48 *pr.* en D. 22,3,3 ook Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 334 nt. 211. Zie over de invloedrijke rol van de juristen bij de uitvaardiging van rescripten Honoré, *Emperors*.

62 Ankum 'Paulus', 16-18; Wankerl, *Appello*, 188; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 443.

63 Uit de tekst kan niet worden opgemaakt wie de tegenpartij van Pompeius in de procedure bij de keizer was. Naar aanleiding van de procedure in eerste aanleg is het aannemelijk dat hij bij de keizer ook tegen de *fiscus* procedeerde.

64 Zie voor een soortgelijke uitleg van het betoog van Pompeius ook Ankum, 'Paulus', 18-20 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 335 e.v.

perseverasse, sed in universo.').[65] Er waren in de ogen van Pompeius dus slechts twee uitkomsten in deze zaak mogelijk. Ofwel men nam aan dat Florus niet van gedachten was veranderd, hetgeen betekende dat het *fideicommissum* door Pompeius moest worden uitgekeerd, maar dat de kosten hiervan wel ten laste van de *gehele* nalatenschap dienden te komen. Ofwel men veronderstelde dat de erflater wel van gedachten was veranderd en het fideï-commis had ingetrokken, zoals Pompeius in eerste aanleg had betoogd. Nu de procuratoren hadden geoordeeld dat uit het tweede testament niet kon worden afgeleid dat Florus het fideï-commis had willen schrappen, moest dit volgens Pompeius als gevolg hebben dat de uitkering van het *fideicommissum* voor de helft op hemzelf en voor de andere helft op zijn mede-erfgenaam Faustinus zou moeten drukken.

Het betoog van Pompeius kwam er feitelijk op neer dat hij de keizer verzocht te oordelen dat de *praeceptiones* alsnog op grond van het tweede testament aan hem moesten worden uitgekeerd.[66] Natuurlijk moet hij zelf ook hebben begrepen dat dit verzoek iedere juridische grondslag miste. Het opmaken van het tweede testament had immers als gevolg dat het eerste testament inclusief de voorafnemingslegaten was herroepen en krachteloos was geworden. Het lijkt er daarom sterk op dat Pompeius probeerde om een billijkheidsbeslissing aan de keizer te ontlokken, waardoor de nadelige consequenties van de beslissing van de keizerlijke procuratoren in eerste aanleg enigszins werden verzacht. Uit D. 28,5,93(92) blijkt dat de keizer geneigd was om bij uitzondering in bijzondere gevallen werking te geven aan een herroepen testament. In die zaak verzocht de eiseres, Pactumeia Magna, tot afgifte van een nalatenschap, terwijl zij slechts in een eerste testament, dat op geldige wijze door een later testament was herroepen, tot erfgename was benoemd. De keizer besloot om de nalatenschap toch aan haar uit te keren, aangezien de herroeping slechts had plaatsgevonden omdat de erflater meende dat Pactumeia was vermoord en de nalatenschap door een speling van het lot in handen van de *fiscus* terecht was gekomen.[67]

---

65 Sanfilippo, *Libri Tres*, 97 houdt de woorden '*sed in universo*' voor geïnterpoleerd zonder duidelijke reden. In de Glosse wordt deze zin niet verbonden met het betoog van Pompeius, maar in samenhang met de keizerlijke uitspraak gelezen en afhankelijk gemaakt van het later volgende '*pronuntiavit*', zoals blijkt uit de in de tekst van D. 49,14,48 *pr*. gebruikte interpunctie. Een dergelijke lezing dient echter te worden afgewezen, zie daarover Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 335-336.

66 Uit de bewoordingen van Paulus wordt niet duidelijk hoe Pompeius zijn verzoek om de uitkering van het fideï-commis ten laste van de nalatenschap te laten komen juridisch gezien precies had vormgegeven. Uit de uitspraak van de keizer, die louter ziet op de vraag of Pompeius wel of niet recht had op de voorafnemingslegaten, kan echter worden afgeleid dat hij waarschijnlijk uitkering van de voorafnemingslegaten verlangde. Vgl. Sanfilippo, *Libri Tres*, 98 en i.h.b. nt. 1.

67 Zie voor deze zaak BZD, nr. 9 (D. 28,5,93(92)).

3.2 Beslissing van de keizer

De keizer weigerde in dit geval een billijkheidsbeslissing te geven en hield strak vast aan de regels van het Romeinse erfrecht en het geleverde bewijs. Zijn uitspraak bestond uit twee delen, ingeleid door de woorden *pronuntiavit* respectievelijk *placuit*.[68]

Het eerste deel van de uitspraak, *'pronuntiavit nec testamentum prius exstare nec, si dedisset in primo testamento ex posteriore peti potuisse, nisi [re]petitum esset'*, bevat een algemeen oordeel op grond van de basisprincipes van het Romeinse erfrecht. De keizer oordeelde dat het eerste testament niet langer bestond en dat beschikkingen, zoals de *legati per praeceptionem*, die in het eerste testament waren opgenomen alleen maar konden worden opgeëist op basis van het tweede testament als zij hierin waren herhaald. Ter ondersteuning van deze interpretatie van het keizerlijk oordeel wordt door Mommsen in zijn *Editio Maior* van de Digesten aan het woordje *petitum* het voorvoegsel *re-* toegevoegd (*nisi repetitum esset*).[69] Hij wordt hierin door de meeste moderne auteurs gevolgd.[70] Een enkeling verdedigt de lezing *nisi petitum esset*.[71] In dit geval zouden de woorden niet verwijzen naar een herhaling van de legaten, maar naar een *fideicommissum* waarin aan de erfgenamen van het tweede testament werd verzocht om uitvoering te geven aan de legaten uit het eerste testament. Beide lezingen leveren uiteindelijk hetzelfde resultaat op: aangezien er op geen enkele manier in het tweede testament naar de legaten werd verwezen, konden zij niet worden opgeëist.[72]

In het tweede deel van de uitspraak gaat de keizer specifieker in op het betoog van Pompeius: '*Placuit, quia non probabat sibi datas praeceptiones ex sola sua cautione, solum fideicommissum praestare debere*.'. Uit het laatste deel van de zin blijkt duidelijk dat Severus niet in de redenering van Pompeius meeging en hem als enige aansprakelijk achtte voor de uitkering van het *fideicommissum*. Het eerste deel van de zin, dat de motivering van deze beslissing bevat (*quia…cautione*), heeft echter voor enige verdeeldheid in de literatuur gezorgd. Vanwege de wat gedrongen formulering is aanvankelijk door een aantal auteurs betoogd dat het om een Justiniaanse interpolatie zou gaan.[73] Deze opvatting wordt echter als achterhaald beschouwd.[74] Tot op heden worden grofweg twee verschillende interpretaties van de zinsnede

68 Ankum, 'Paulus', 20-23; Wankerl, *Appello*, 190; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 338-340.

69 Mommsen, *Digesta II*, 884 nt. 3 onder verwijzing naar H. Suerinus, *Repetitarum lectionum iuris civilis liber*, Basel 1586, 153 e.v. Daarnaast stelt hij op dezelfde plaats nog een aantal andere toevoegingen op de tekst voor. Deze zijn echter voor de begrijpelijkheid hiervan niet noodzakelijk en daarom in de bovenstaande weergave van D. 49,14,48 *pr.* niet overgenomen.

70 Ankum, 'Paulus', 20-21 en Wankerl, *Appello*, 183.

71 Sanfilippo, *Libri Tres*, 99.

72 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 338-339.

73 Sanfilippo, *Libri Tres*, 99 o.v.n. G. Beseler, 'Einzelne Stellen', *ZSS* 45 (1925), 452.

74 Ankum, 'Paulus', 22; Wankerl, *Appello*, 190; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 339.

verdedigd, waarbij de plaatsing van de interpunctie binnen de zin een centrale rol speelt. Door de meeste auteurs wordt in navolging van Mommsen een komma geplaatst achter de woorden *'ex sola sua cautione'*: *placuit, quia non probabat sibi datas praeceptiones ex sola sua cautione, solum fideicommissum praestare debere.* In dit geval zag de redenering van de keizer vooral op de verhouding tussen de preceptielegaten aan de ene kant en de *cautio* aan de andere kant. De keizer stelde vast dat Pompeius niet op grond van de enkele *cautio* kon bewijzen dat de legaten aan hem moesten worden uitgekeerd. Met andere woorden, de keizer ontkende iedere onderlinge afhankelijkheid tussen de *cautio* en de voorafnemingslegaten en behandelde ze als twee autonome handelingen door de erflater.[75] Door een enkeling wordt echter betoogd dat de komma niet achter '*ex sola sua cautione*' zou moeten worden geplaatst, maar achter '*praeceptiones*': *placuit, quia non probabat sibi datas praeceptiones, ex sola sua cautione solum fideicommissum praestare debere*.[76] Wanneer men de tekst op deze wijze leest, benadrukte de keizer dat Pompeius als enige tot uitkering van het *fideicommissum* was verplicht, en wel omdat hij als enige zich hiertoe middels de *cautio* had verplicht.[77] Bij deze lezing rijst de vraag hoe het eerste deel van de zin, *quia non probabat sibi datas praeceptiones*, zich tot het tweede deel verhoudt. Als Pompeius had kunnen bewijzen dat de legaten wel aan hem moesten worden uitgekeerd, zou hij immers ook als enige aansprakelijk zijn geweest op grond van de *cautio*. Het oorzakelijk verband tussen de hoofdzin en de bijzin dat door *quia* wordt uitgedrukt ontbreekt dus in deze interpretatie. Daarnaast wordt tegen deze opvatting ook nog betoogd – wat daarvan ook zij – dat deze interpunctie en de hieruit volgende interpretatie als gevolg zouden hebben dat men moet aannemen dat de keizer in zijn uitspraak slechts een vanzelfsprekendheid vaststelde: op grond waarvan zou Pompeius anders aansprakelijk kunnen zijn geweest tot uitkering van het fideï-commis?[78]

Uit het voorgaande volgt dat de interpunctie van Mommsen de betere optie is. In dit geval kan worden gesteld dat de uitspraak van de keizer het spiegelbeeld van die van de *procuratores* vormde. Deze hadden geoordeeld dat aan het ontbreken van de legaten in het tweede testament niet de conclusie kon worden verbonden dat het in de *cautio* opgenomen geheime fideïcommis als ingetrokken moest worden beschouwd. De keizer oordeelde op zijn beurt dat de verplichting tot uitkering van de legaten niet kon worden afgeleid uit de *cautio* en het bestaan van het *fideicommissum*.[79] Zowel de *procuratores* als de keizer behandelden de testamenten aan de ene kant en de *cautio* aan de andere kant als twee onafhankelijke rechtsfeiten, die los van elkaar moesten worden beoordeeld. De keizer ging voorbij aan het betoog

75 Johnston, *Law of trusts*, 65; Wankerl, *Appello*, 190; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 339.
76 Ankum, 'Paulus', 21-22.
77 Ankum, 'Paulus', 22.
78 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 340.
79 Wankerl, *Appello*, 190.

van Pompeius dat de erflater niet slechts deels bij zijn wil kon zijn gebleven en oordeelde met deze uitspraak impliciet dat Florus blijkbaar juist wel had beoogd de positie van Pompeius ongunstiger te maken.[80] Hij liet zich daarom ook niet verleiden om over te gaan tot het nemen van een billijkheidsbeslissing op grond waarvan de voorafnemingslegaten alsnog aan Pompeius dienden te worden uitgekeerd, maar hield strak vast aan de basisprincipes van het Romeinse erfrecht, in het bijzonder de centrale rol van de *voluntas testatoris* als beoordelingsmaatstaf in dergelijke kwesties, en de bewoordingen van het testament en de akte.[81] Het feit dat Pompeius zo onverstandig was geweest om zelf mee te werken aan het ontduiken van de wet, zal wellicht aan de gestrengheid van de keizer hebben bijgedragen.[82]

80 Vgl. Ankum, 'Paulus', 19-20 nt. 84.

81 Sanfilippo, *Libri Tres*, 99 ('Il decreto è in tutto conforme ai principii civili') en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 341.

82 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 341.

31 D. 49,14,48,1: het fideicommissum hereditatis van Cornelius Felix

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro secundo decretorum. *Cornelio Felici mater scripta heres rogata erat restituere hereditatem post mortem suam. Cum heres scripta condemnata esset et a fisco*[a] *omnia bona mulieris occuparentur, dicebat Felix se ante poenam esse (hoc enim constitutum est). Sed si nondum dies fideicommissi venisset, quia*[b] *posset prius ipse mori vel etiam mater alias res adquirere, repulsus est interim a petitione.*	Paulus in het tweede boek van de 'Decreten'. Een tot erfgenaam benoemde moeder was verzocht om de nalatenschap na haar dood aan Cornelius Felix af te geven. Toen de benoemde erfgename was veroordeeld en alle goederen van de vrouw door de *fiscus* in beslag werden genomen, zei Felix dat zijn aanspraak voorging op de [tenuitvoerlegging van de] straf (dit was immers bij keizerconstitutie vastgesteld). Maar daar het fideï-commis nog niet opeisbaar was, [en] omdat het mogelijk was dat hij zelf eerder overleed of ook dat zijn moeder nog andere zaken verwierf, is hij voorlopig in zijn eis afgewezen.

[a] *a fisco et* F; *et a fisco* Vulg. [b] *est), etsi nondum dies fideicommissi venisset. sed quia* Mo.

2 Feiten en prosopografie

De feiten van de zaak die door Paulus in D. 49,14,48,1 wordt beschreven zijn simpel. Een onbekende erflater had de moeder van Cornelius Felix tot erfgename benoemd en haar verzocht om bij haar dood zijn nalatenschap af te geven aan Cornelius Felix, een zogeheten *fideicommissum hereditatis post mortem*. Hoewel Paulus dit niet expliciet vermeldt, kan uit de tekst worden afgeleid dat de testator hierna was overleden en dat zijn nalatenschap door de moeder van Felix was geaccepteerd. Vervolgens werd zij veroordeeld voor een misdrijf, met als gevolg dat haar vermogen in beslag werd genomen door de *fiscus*. In reactie hierop probeerde Cornelius Felix zijn aanspraak op het *fideicommissum hereditatis* in een procedure tegen de *fiscus* geldig te maken.

De naam Cornelius Felix komt met enige regelmaat in epigrafische bronnen voor. Voor de tweede helft van de tweede eeuw n. Chr. zijn aan ons drie verschillende personen met de naam Cornelius Felix uit verschillende inscripties bekend: L. Cornelius Felix Plotianus, C. Cornelius Felix Italus en

1 Deze tekst wordt behandeld in Sanfilippo, *Libri Tres*, 99-101 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 298-305.

Sex. Cornelius Felix Pacatus. L. Cornelius Felix Plotianus[2] was gouverneur van Pannonia Inferior in de periode 183-185.[3] Niet lang daarna viel hij uit de gratie bij Commodus, hetgeen vaak in verband is gebracht met de val van de *praefectus praetorio* Tigidius Perennis.[4] Hij werd geëxecuteerd en uit het feit dat zijn naam in vele inscripties is verwijderd kan worden opgemaakt dat zijn persoon zelfs onderwerp was van een *damnatio memoriae*.[5] Hieruit volgt dat Cornelius Felix Plotianus hoogstwaarschijnlijk al overleden was voordat Severus aan de macht kwam en dus niet de verwachter van het *fideicommissum* van D. 49,14,48,1 kon zijn geweest.

C. Cornelius Felix Italus[6] was een senator, behorend tot de *tribus* Quirina, die een civiele carrière doorliep onder Marcus Aurelius. Hij bekleedde achtereenvolgens de functie van *quaestor* van Sicilië, volkstribuun, *praetor*, *legatus* van de *proconsul* in de provincie Achaea en tot slot de onder Marcus Aurelius gecreëerde positie van *iuridicus* van Flaminia en Umbria.[7] Daarnaast was hij patroon van de *colonia* Arminium. Men vermoedt dat hij één van de eerste *iuridici* in Italië was en deze functie omstreeks 165-166 bekleedde.[8] Dit maakt het zeer onwaarschijnlijk dat hij bijna dertig jaar later tijdens het bewind van Severus nog in leven was, laat staan dat zijn moeder nog in leven was. Deze belemmering geldt echter niet voor Sex. Cornelius Felix Pacatus,[9] die waarschijnlijk de zoon van C. Cornelius Felix Italus was.[10] Het belangrijkste bewijs voor deze familieband is een inscriptie uit de stad Simitthu, gelegen in het huidige Tunesië, waarin over Sex. Cornelius Felix Pacatus wordt vermeld dat hij 'C(ai) f[il(io)]' was en behoorde tot dezelfde *tribus* als Italus.[11] Pacatus was patroon van de stad Simitthu en heeft hiernaast in ieder

2 *PIR*² C 1359; Barbieri, *L'Albo*, nr. 716; J. Fitz, *RE* Suppl. IX (1962), s.v. Cornelius (nr. 284), 21-22; Leunissen, *Konsuln und Konsulare*, 277. Zie verder ook P. Kovács, 'Burgus building inscriptions of Commodus from Pannonia' *Sylloge Epigraphica Barcinonensis* 6 (2008), 125-138.

3 Fitz, *RE* Suppl. IX (1962), s.v. Cornelius (nr. 284), 22, Leunissen, *Konsuln und Konsulare*, 277 en B.E. Thomasson, *Laterculi praesidum*, deel 1, Göteborg: Radius 1984, 114 nr. 22.

4 *PIR*² C 1359, Fitz, *RE* Suppl. IX (1962), s.v. Cornelius (nr. 284), 22 en Leunissen, *Konsuln und Konsulare*, 277 met verwijzingen naar andere auteurs aldaar.

5 Vgl. bijvoorbeeld *CIL* 3, 3385. Zie ook *PIR*² C 1359, Barbieri, *L'Albo*, nr. 716 en Leunissen, *Konsuln und Konsulare*, 277. Mogelijk was Plotianus betrokken bij een complot om Commodus af te zetten, zie Hekster, *Commodus*, 64 en C. De Ranieri, 'La gestione politica di età Commodiana e la parabola di Tigidio Perenne' *Athenaeum* 86 (1998), 412.

6 *PIR*² C 1357; E. Groag, *RE* IV,1 (1900), s.v. Cornelius, nr. 151, 1311; Barbieri, *L'Albo*, nr. 715. Zie ook Groag, *Reichsbeamten von Achaia*, 109.

7 *CIL* 11, 337: *C(aio) Cornelio / C(ai) f(ilio) Quirin(a) / Felici Italo / iurid(ico) per Flamin(iam) / et Umbri[am] leg(ato) / prov(inciae) Achaiae praet(ori) / [t]r(ibuno) pl(ebis) quaest(ori) prov(inciae) Sicil(iae) / patrono coloniae* (…).

8 M. Corbier, 'Les circonscriptions judiciaires de l'Italie de Marc-Aurèle à Aurélien' *MEFRA* 85 (1973), 619 en 637-638.

9 *PIR*² C 1358; E. Groag, *RE* IV,1 (1900), s.v. Cornelius (nr. 152), 1311; Barbieri, *L'Albo*, nr. 715.

10 *PIR*² C 1358; Groag, *RE* IV,1 (1900), s.v. Cornelius (nr. 152), 1311; Barbieri, *L'Albo*, nr. 715; Corbier, 'Circonscriptions', 638 nt. 2. Zie ook Coriat, *Les constitutions*, 313 en Liebs, *Hofjuristen*, 53 nt. 204.

11 *CIL* 8, 14559: *Sex(to) Cornelio C(ai) f[il(io)] / Quir(ina) Felici Pacat[o]*

geval de functie van *tribunus laticlavius* van de *III legio Cyrenaica* en *quattuorvir viarum curandarum* uitgeoefend, beide posities die jonge patriciërs aan het begin van hun senatoriale loopbaan bekleedden. We hebben helaas geen andere bronnen over het verdere verloop van Pacatus' leven en carrière.

Wanneer we de Cornelius Felix van D. 49,14,48,1 willen verbinden met één van de hierboven beschreven *Cornelii Felices* is Sex. Cornelius Felix Pacatus de meest aannemelijke kandidaat. Anders dan in het geval van Cornelius Felix Italus, waren hij en zijn moeder tijdens het bewind van Severus waarschijnlijk nog in leven. Het feit dat zijn vader Italus een welgesteld man was, doet vermoeden dat zijn nalatenschap aanzienlijk was en dat het om die reden de moeite waard was om erover te procederen bij de keizer. Tot slot kan het feit dat Pacatus een man van senatoriale rang was verklaren waarom hij in de gelegenheid werd gesteld om (waarschijnlijk zelfs in eerste aanleg, zie *infra*) bij de keizer te procederen.[12]

3 Veroordeling en inbeslagname

De moeder van Cornelius Felix werd veroordeeld voor een niet nader genoemd misdrijf met als gevolg dat haar gehele vermogen in beslag werd genomen (*publicatio bonorum*). Vermogensconfiscatie kon in beginsel in het Romeinse strafrecht niet als een zelfstandige straf worden opgelegd,[13] maar maakte onderdeel uit van een aantal andere straffen, te weten de doodstraf, het verlies van de status van vrij persoon en verbanning.[14] Uit de opmerking in het keizerlijk oordeel dat Cornelius Felix mogelijk eerder kon overlijden dan zijn moeder en dat zij nog in staat zou zijn om nieuw vermogen te verwerven (*'quia posset prius ipse mori vel etiam mater alias res adquirere'*), kan worden opgemaakt dat zij niet ter dood was gebracht of tot slavernij was veroordeeld. Er moet daarom in dit geval sprake zijn geweest van een verbanning. Bij de behandeling van D. 48,19,40 is reeds ter sprake gekomen dat het Romeinse recht ten tijde van het Principaat twee verschillende soorten verbanning kende, te weten deportatie (*deportatio*) en relegatie (*relegatio*). Bij deportatie verloor de veroordeelde zijn Romeins burgerrecht en als logisch gevolg hiervan ook zijn vermogen, terwijl in het geval van relegatie de veroordeelde zijn burgerrecht en zijn vermogen in beginsel behield.[15] Dit betekende niet dat relegatie nooit gepaard ging met inbeslagname van het vermogen van de veroordeelde. De rechter kon in sommige gevallen[16] bepalen

12 Coriat, *Les constitutions*, 313.

13 Mommsen, *Strafrecht*, 1006 en W. Waldstein, *RE* Suppl. X (1965), s.v. *bona damnatorum*, 108. De enige uitzondering hierop is valsmunterij, zie *PS* 5,12,12.

14 D. 48,20,1 *pr.* Zie ook Mommsen, *Strafrecht*, 1006-1011 en Waldstein, *RE* Suppl. X (1965), s.v. *bona damnatorum*, 108.

15 D. 48,22,14,1. Zie daarnaast BZD, nr. 27 (D. 48,19,40) sub 3.

16 Wanneer de relegatie voor bepaalde tijd was opgelegd, was inbeslagname van het vermogen in beginsel niet mogelijk. Wanneer een rechter echter dit in zijn vonnis toch had verordonneerd, was dit vonnis niet ongeldig: D. 48,22,7,4.

dat aan de gerelegeerde zijn vermogen of een deel daarvan moest worden ontnomen.[17] Hoe groot dat deel was, lijkt afhankelijk te zijn geweest van het gepleegde misdrijf en de bijkomende omstandigheden.[18]

Uit het feit dat de moeder van Cornelius Felix na haar verbanning nog in de positie was om nieuw en overerfbaar vermogen te verwerven, kan worden afgeleid dat er in haar geval sprake was van een relegatie waarbij zij haar burgerrecht behield.[19] Dit had als gevolg dat zij na de inbeslagname van (een deel van) zijn vermogen weer een nieuw vermogen kon opbouwen, waarop de regels van het Romeinse *ius civile* van toepassing waren. Voor een *deportatus* lag dit gecompliceerder. Ook hij kon gedurende zijn ballingschap nieuwe zaken verwerven, maar zijn vermogen en de handelingen die hij met betrekking hiertoe verrichtte werden beheerst door het *ius gentium*.[20] Dit verschil tussen relegatie en deportatie trad vooral op de voorgrond op het moment van het overlijden van de balling. Bij de dood van een *relegatus* traden de regels van het Romeinse testamentaire of het intestaaterfrecht in werking, afhankelijk van de vraag of hij wel of niet een testament had opgemaakt,[21] terwijl de goederen van een *deportatus* wegens het ontbreken van *testamenti factio* bij zijn dood toekwamen aan de *fiscus*.[22] Uit de formulering van de uitspraak van de keizer – waar hieronder nog op zal worden ingegaan – kan worden afgeleid dat hij het mogelijk achtte dat de moeder van Cornelius Felix, of liever gezegd haar erfgenamen, in de toekomst nog door Cornelius Felix kon worden aangesproken voor de uitkering van het *fideicommissum*. Dit zou niet mogelijk zijn als de moeder van Felix was gedeporteerd: in dat geval had zij geen erfgenamen en kwam haar vermogen bij haar dood automatisch toe aan de *fiscus* met als gevolg dat Felix alleen van de *fiscus* uitkering van het *fideicommissum* kon verlangen.

Het feit dat het in deze zaak om een relegatie ging, kan ook een oplossing bieden voor de controverse over de plaats van de woorden *a fisco* in de tekst. De *Codex Florentinus*, en in navolging daarvan Mommsen, plaatst deze woorden voor '*et*' met als gevolg dat zij een combinatie vormen met de persoonsvorm *condemnata esset*: '*cum heres scripta condemnata esset a fisco*'.

---

17 D. 48,22,4. Deze tekst spreekt slechts over een gedeeltelijke confiscatie van het vermogen. Het feit dat de rechter zowel een gedeelte als ook het gehele vermogen aan de veroordeelde kon ontnemen kan *a contrario* worden afgeleid uit D. 48,22,7,4. Zie ook Mommsen, *Strafrecht*, 1009-1010 en Waldstein, *RE* Suppl. X (1965), s.v. *bona damnatorum*, 112.

18 Zie bijvoorbeeld D. 48,19,38,8, waarin Paulus expliciet vermeldt dat het doorspelen van bewijsstukken door een procesvertegenwoordiger aan de tegenpartij leidt tot relegatie in combinatie met inbeslagname van de helft van het vermogen van de veroordeelde.

19 Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 303 nt. 111. Zie anders Gl. *a petitione* ad D. 49,14,48,1, waarin wordt uitgegaan van een deportatie. Het feit dat de moeder van Cornelius Felix gerelegeerd werd, bevestigt dat zij een hoge sociale status moet hebben gehad, aangezien relegatie een straf was die alleen aan *honestiores*, d.w.z. aan Romeins burgers van aanzienlijke status, werd opgelegd. Zie over het onderscheid tussen *honestiores* en *humiliores* BZD, nr. 27 (D. 48,19,40) sub 3.

20 Waarover ook BZD, nr. 27 (D. 48,19,40) sub 3.

21 D. 48,20,7,5 en D. 28,1,8,3.

22 D. 28,1,8,1, D. 48,20,7,5 en D. 48,22,15 *pr.*

De Vulgaat plaatst deze woorden daarentegen achter '*et*', met als gevolg dat zij worden gekoppeld aan *occuparentur*: '*et a fisco omnia bona mulieris occuparentur*'. De lezing van de *Florentinus* brengt met zich mee dat de moeder van Cornelius Felix was veroordeeld door de *fiscus*, of liever gezegd, door een *procurator fisci*,[23] terwijl bij de lezing van de Vulgaat in het midden blijft welke rechter de veroordeling had uitgesproken. Hoewel de procuratoren van de *fiscus* in sommige geschillen jurisdictie hadden, kan uit het feit dat de moeder van Felix werd verbannen worden opgemaakt dat het in dit geval nooit om een veroordeling door een ambtenaar van de *fiscus* kan zijn gegaan. Tot het uitspreken van een veroordeling tot relegatie waren slechts de keizer, de senaat, de prefecten en de provinciegouverneurs bevoegd.[24] Op basis hiervan kan worden geconcludeerd dat er duidelijk sprake is van een verschrijving in de *Codex Florentinus*: de woorden *a fisco* moeten worden verbonden met de inbeslagname (*omnia bona occuparentur*) en niet met het rechterlijk oordeel dat hiertoe bevel had gegeven.[25]

De inbeslagname van het vermogen van de moeder van Felix door de *fiscus* had gevolgen voor de vermogenspositie van verschillende derden. Als haar zoon had Cornelius Felix recht op een deel van het haar ontnomen vermogen. Wanneer de *fiscus* het gehele vermogen aan een *relegatus* of *deportatus* ontnam, was hij altijd verplicht om een bepaald deel van dat vermogen af te staan aan diens kinderen.[26] Hoe groot dit deel in de tijd van Severus precies was, wordt uit de juridische bronnen niet duidelijk. Tacitus vermeldt dat in het geval van de verbanningen van Gnaeus Calpurnius Piso en Publius Suillius Rufus door Tiberius respectievelijk Nero de helft van het vermogen in beslag werd genomen en de andere helft aan de kinderen en kleinkinderen werd gegund.[27] In de *Historia Augusta* wordt melding gemaakt van een regeling van Hadrianus waarbij aan kinderen van *proscripti* één twaalfde van het inbeslaggenomen vermogen moest worden afgegeven.[28] De eerste regeling die ons uit een juridische bron bekend is, is uitgevaardigd door Theodosius I in het jaar 380 en schrijft voor dat de kinderen recht hadden op de helft van het vermogen van de veroordeelde.[29] Het aandeel van het vermogen van

23 Vgl. G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen III*, Tübingen: Mohr 1913, 79, die *a fisco* wil vervangen door *a procuratore fisci*.

24 D. 48,22,7,1 en D. 48,22,14,2. In het geval van deportatie waren dit zelfs slechts de keizer en de *praefectus urbi*: D. 48,22,6,1 en 48,19,2,1.

25 Zie in dezelfde zin Sanfilippo, *Libri Tres*, 100. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 299 nt. 97 vermeldt beide opties, maar laat haar eigen voorkeur in het midden.

26 D. 48,20,1,1-2 en D. 48,20,7 *pr*. Bij een gedeeltelijke inbeslagname bestond deze verplichting op grond van een rescript van Marcus Aurelius en Lucius Verus niet: D. 48,20,1,3. Zie over deze uitkering aan de kinderen ook Mommsen, *Strafrecht*, 1006 en Waldstein, *RE* Suppl. X (1965), s.v. *bona damnatorum*, 114-115.

27 Tac. *Ann.* 3,17 en 13,43.

28 SHA *Hadr.* 18,3.

29 C. Th. 9,42,8 (verkort overgenomen in C. 9,49,8). Zie ook C. Th. 9,42,24 (= C. 9,49,10 *pr.*), waarin hetzelfde een halve eeuw later in 426 nogmaals wordt bepaald door Theodosius II en Valentinus III.

zijn moeder dat Cornelius Felix bij de inbeslagname reeds van de *fiscus* ontving, zal dus ergens tussen één twaalfde en de helft moeten hebben gelegen.

Daarnaast konden ook de schuldeisers van de moeder hun rechten tegen de *fiscus* laten gelden.[30] Door verschillende juristen wordt in de Digesten vermeld dat de rechten van crediteuren voorgingen op de strafrechtelijke maatregel ten bate van de *fiscus*:[31]

> D. 49,14,17: 'Resumerend moet men weten dat de opvordering van alle fiscale boetes wordt achtergesteld ten opzichte van de opvordering door schuldeisers.'[32]

> D. 49,14,37: 'De heersende leer dat door de *fiscus* geen boete moet worden opgeëist, als de schuldeisers niet dat wat hen toekomt hebben ontvangen, heeft hierop betrekking, dat het privilege in het geval van een boete niet tegen crediteuren wordt uitgeoefend, niet dat de *fiscus* de algemene rechten van privépersonen verliest.'[33]

Om de vorderingen van de crediteuren tevreden te stellen, kon de *fiscus* ervoor kiezen om het inbeslaggenomen vermogen te veilen en uit de opbrengsten hiervan de crediteuren te voldoen. Het was echter ook mogelijk dat de *fiscus* de goederen van de veroordeelde behield en de verschuldigde som uit eigen kas uitkeerde.[34]

4 Procedure bij de keizer

4.1 De eis van Cornelius Felix

Uit de tekst kan niet zonder meer worden opgemaakt of het gaat om een procedure in eerste aanleg of om een hoger beroep bij de keizer. Recent is betoogd dat de zinsnede '*cum heres scripta condemnata esset a fisco*' verwijst naar de procedure in eerste aanleg en dat de procedure van Cornelius Felix om die reden moet worden beschouwd als een appel bij de keizer.[35] Deze redenering is echter onjuist. De strafrechtelijke veroordeling van de moeder van Cornelius Felix en de hierop volgende civielrechtelijke opvordering van het *fideicommissum* door haar zoon zijn twee verschillende procedures met verschillende

30 In het geval van een gedeeltelijke inbeslagname naar rato van het aandeel dat door de *fiscus* in beslag was genomen: C. 9,12,2.

31 Zie naast de hieronder geciteerde teksten bijvoorbeeld ook nog D. 28,1,8,1 en D. 24,3,31 *pr.* Zie daarnaast Sanfilippo, *Libri Tres*, 100, Waldstein, *RE* Suppl. X (1965), s.v. *bona damnatorum*, 117-119 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 300. De constitutie waar Cornelius Felix naar verwijst in zijn betoog bij de keizer ('*hoc enim constitutum est*'), is helaas niet in de Digesten of de Codex overgeleverd. Zie hierover Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 301 nt. 103.

32 Modestinus libro secundo de poenis. *In summa sciendum est omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi.*

33 Papinianus libro decimo responsorum. *Quod placuit fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum reciperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat.*

34 Waldstein, *RE* Suppl. X (1965), s.v. *bona damnatorum*, 117-119.

35 Coriat, *Le prince*, 290.

betrokkenen.[36] Gezien het onderwerp van de keizerlijke procedure, te weten de opvordering van een *fideicommissum* uit een door de *fiscus* in beslag genomen vermogen, en de vermoedelijke status van Cornelius Felix als *vir clarissimus* is het mogelijk dat het hier om een procedure in eerste aanleg bij de keizer ging.[37]

In de procedure bij de keizer eiste Cornelius Felix uitkering van het *fideicommissum* door de *fiscus* op grond van de stelling dat zijn vordering tegen zijn moeder voorging op de rechten van de *fiscus* op haar vermogen. Hij beriep zich met andere woorden op de reeds hierboven behandelde rechtsregel dat de *fiscus* bij inbeslagname van het vermogen van een veroordeelde verplicht was om de vorderingen van diens crediteuren te voldoen. Het was echter maar zeer de vraag of Felix een opeisbaar recht als crediteur ten opzichte van zijn moeder had. In het algemeen verkreeg de verwachter van een legaat of een *fideicommissum* een overerfbaar recht op uitkering hiervan op het moment van het overlijden van de erflater, de *dies cedens*.[38] Hij kon het legaat of *fideicommissum* echter pas opeisen vanaf het moment dat de erfgenamen de nalatenschap hadden aanvaard.[39] Wanneer aan de uitkering van het legaat of *fideicommissum* een voorwaarde (*condicio*) of een onbepaalde termijn (*dies incertus*) was verbonden, ontstond het recht hierop pas op het moment dat de voorwaarde in vervulling was gegaan. De *dies cedens* viel met andere woorden samen met de vervulling van de voorwaarde.[40] Over het specifieke geval waarin de uitkering van een legaat (of een fideï-commis) was verbonden aan de opschortende voorwaarde van de dood van de erfgenaam, schrijft Papinianus het volgende:

> D. 35,1,79,1: '"Mijn erfgenaam moet HS 100.000 aan Titius geven, wanneer hij zelf sterft". Het legaat is onder een voorwaarde nagelaten. Hoewel het immers zeker is dat de erfgenaam zal sterven, is het toch onzeker, of de verwachter van het legaat dan nog in leven zal zijn. Het legaat is niet opeisbaar en het is niet zeker dat het legaat aan hem [de verwachter] zal toevallen.'[41]

---

36 Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 300 nt. 101.

37 Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 300 nt. 101 en (minder expliciet) Bianchini, *Materiali*, 140. Ook Coriat komt tot deze conclusie in zijn meest recente boek over de constituties van Septimius Severus: Coriat, *Les constitutions*, 313.

38 Zie bijvoorbeeld D. 38,2,5 *pr.* en 1. Voorts Voci, *DER II*, 368-369, Kaser, *Privatrecht*, 752 en Babusiaux, *Erbrecht*, 245. Zie verder ook nog G. Grosso, *I legati nel diritto romano,* Turijn: Giappichelli 1962, 275 e.v. Door de *lex Papia Poppaea* werd het moment van het overlijden van de testator gelijk gesteld met het openen van het testament, zie *UE* 24,31. Zie daarnaast Voci, *DER II*, 369 en Kaser, *Privatrecht*, 752.

39 Voci, *DER II*, 368-369, Kaser, *Privatrecht*, 752 en Babusiaux, *Erbrecht*, 245.

40 D. 36,2,5,2 en *UE* 24,31. Zie verder Grosso, *Legati*, 283-287, Kaser, *Privatrecht*, 752 en Babusiaux, *Erbrecht*, 246. Als aan het legaat of fideï-commis een bepaalde termijn (*dies certus*) was verbonden, viel de *dies cedens* samen met het overlijden van de erflater. Het legaat of fideï-commis was evenwel pas opeisbaar vanaf het moment dat de termijn was voltooid (ook wel de *dies veniens* genoemd), zie Kaser, *Privatrecht*, 752.

41 Papinianus libro primo definitionum. *'Heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato'. legatum sub condicione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo. dies legati non cedit et non est certum ad eum legatum perventurum.* Zie ook D. 35,1,1,2 en D. 31,12,1.

Een legaat of fideï-commis *post mortem heredis* werd door de Romeinse juristen beschouwd als een voorwaardelijk legaat, omdat, hoewel de dood van de erfgenaam wel een zekerheid was, het in leven zijn van de legataris op datzelfde moment dit niet was. De *dies cedens* van een dergelijke making viel om die reden samen met de dood van de erfgenaam.[42] Voor het geval van Cornelius Felix, wiens *fideicommissum* ook onder de voorwaarde van de dood van de erfgename (zijn moeder) was nagelaten, betekende dit dat hij pas bij de dood van zijn moeder (en *niet* op het moment van het overlijden van de erflater) een opeisbaar recht op het *fideicommissum* verkreeg.[43] Op het moment van inbeslagname van het vermogen van zijn moeder door de *fiscus* kon hij daarom in beginsel niet worden aangemerkt als een crediteur van zijn moeder.[44] Het is mogelijk dat Cornelius Felix dit probleem zelf ook reeds had voorzien en aan zijn vordering ten grondslag had gelegd dat de voorwaarde voor de uitkering van zijn fideï-commis wel in vervulling was gegaan nu zijn moeder door haar verbanning een vorm van *capitis deminutio*, een vermindering van rechtsbevoegdheid, had ondergaan. Dit betoog zou echter geen hout hebben gesneden. Relegatie ging, anders dan deportatie, niet gepaard met *capitis deminutio*.[45] Daarnaast had het feit dat er bij deportatie wel een vorm van *capitis deminutio* plaatsvond, ook nog eens niet automatisch als gevolg dat een eventueel *fideicommissum post mortem* ten laste van de *deportatus* opeisbaar werd op het moment van inbeslagname.[46] Maatgevend bleef in beide gevallen het moment van het daadwerkelijk overlijden van de bezwaarde erfgenaam.[47]

4.2 De beslissing van de keizer

Op grond van het bovenstaande komt het niet als een verrassing dat de keizer het verzoek van Cornelius Felix afwees (‘*repulsus est interim a petitione*’) met de motivering dat het *fideicommissum* nog niet opeisbaar was (‘*sed si nondum dies fideicommissi venisset*’). Deze beslissing was volledig conform de hierboven besproken regels van het geldende *ius civile* en behoeft daarom

42 Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 301 en Sanfilippo, *Libri Tres*, 100-101.

43 *Idem.* Zie daarnaast ook Grosso, *Legati*, 394.

44 Dit lijkt ook de gedachte achter de emendatie van Mommsen te zijn geweest. Hij wil de woorden *‘sed si nondum dies fideicommissi venisset’* lezen als een bijzin bij ‘*dicebat Felix se ante poenam esse*’ en om deze reden de huidige bewoordingen vervangen door ‘*etsi nondum dies fideicommissi venisset*’ (‘hoewel het fideï-commis nog niet opeisbaar was’).

45 Uit D. 4,5,11 en Gai. 1,160-162 blijkt dat er in de keizertijd drie soorten van *capitis deminutio* bestonden: *capitis deminutio maxima*, waarbij men de vrijheid verloor, *capitis deminutio media*, waarbij men het burgerschap verloor en een ‘restcategorie’ *capitis deminutio minima*, die zag op veranderingen in de familiesfeer. Het moge duidelijk zijn dat deportatie gepaard ging met *capitis deminutio media.* Bij relegatie verloor de *relegatus* daarentegen niet zijn burgerrecht en veranderde er ook niets in zijn familiesfeer. Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 304.

46 D. 31,77,4.

47 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 304.

geen verdere toelichting.[48] Enige nadere aandacht moet echter wel worden besteed aan de tussenzin in het oordeel *'quia posset prius ipse mori vel etiam mater alias res adquirere'*, waarin de keizer wees op twee mogelijke gebeurtenissen die van invloed konden zijn op de plicht tot uitkering van het *fideicommissum* als de moeder van Felix kwam te overlijden.

Allereerst merkt de keizer op dat Cornelius Felix eerder dan zijn moeder zou kunnen overlijden (*'posset prius ipse mori'*). Dit had als gevolg dat het *fideicommissum* kwam te vervallen. Deze redenering van de keizer is niet bijzonder of problematisch: we kwamen haar al eerder tegen in de hierboven geciteerde tekst over legaten *post mortem* (D. 35,1,97,1) en zij sluit dus net als de uitspraak naadloos aan bij de regels van het *ius civile*. De tweede door de keizer genoemde gebeurtenis die van invloed kon zijn op de uitkeringsplicht, te weten de mogelijkheid dat de moeder in de toekomst nog nieuwe vermogensbestanddelen zou kunnen verwerven, wordt daarentegen in de literatuur wel als problematisch beschouwd. Om te beginnen wordt gewezen op het feit dat het *fideicommissum hereditatis* zag op een geïndividualiseerde groep vermogensbestanddelen, afkomstig van de onbekende erflater, en dat het recht van Cornelius Felix specifiek betrekking had op deze zaken. Deze zouden niet zonder meer kunnen worden vervangen door andere vermogensbestanddelen die later door de bezwaarde erfgenaam waren verworven.[49] Daarnaast wordt wel betoogd dat de vermogensconfiscatie door de *fiscus* als gevolg zou hebben dat niet de moeder van Felix, maar de *fiscus* aansprakelijk was voor de uitkering van het *fideicommissum*.[50] De door de keizer in zijn uitspraak gesuggereerde mogelijkheid dat het *fideicommissum* moest worden betaald uit de nieuw verworven middelen van de moeder zou in dit geval een verschuiving van de aansprakelijkheid ten bate van de *fiscus* met zich brengen.[51] Om deze redenen wordt wel gesuggereerd dat de zinsnede *'vel etiam mater alias res adquirere'* een interpolatie is.[52] Zij kan echter ook op een andere wijze worden verklaard.

In het voorgaande is reeds gebleken dat een *deportatus* bij zijn deportatie naast zijn gehele vermogen ook zijn burgerrecht verloor en niet meer in staat was om rechtsgeldig een testament op te maken. Dit had als gevolg dat de *fiscus* moest worden beschouwd als de opvolger onder algemene titel van het in beslag genomen vermogen van de *deportatus*[53] en zonder meer aansprakelijk was voor de schulden die hiermee verbonden waren. De moeder van Felix was echter niet gedeporteerd, maar gerelegeerd en had als zodanig haar burgerrecht behouden. Dit had gevolgen voor de positie van de *fiscus* met betrekking tot haar vermogen. Anders dan in de literatuur over deze

48 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 302.
49 Sanfilippo, *Libri Tres*, 101.
50 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 303.
51 Sanfilippo, *Libri Tres*, 101 en Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 302-303.
52 Sanfilippo, *Libri Tres*, 100-102. Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 302-303 en i.h.b. nt. 108.
53 Mommsen, *Strafrecht*, 1005-1006 en Waldstein, *RE* Suppl. X (1965), s.v. *bona damnatorum*, 117-119. Vgl. ook C. 9,12,2 en D. 46,1,71 *pr.*

tekst (stilzwijgend) wordt aangenomen, was in het geval van relegatie de *fiscus* niet aansprakelijk voor schulden die *na* de inbeslagname van het vermogen waren ontstaan. De moeder van Felix had immers haar burgerrecht behouden en kon daarom nog zelf voor de betaling van deze schulden in rechte worden aangesproken. Met andere woorden, in het geval van relegatie werd de *fiscus* niet gezien als de opvolger onder algemene titel van de veroordeelde. Hierboven is reeds uiteengezet dat de verwachter van een *fideicommissum post mortem* pas een opeisbaar recht op het fideï-commis verkreeg op het moment dat de bezwaarde erfgenaam overleed. Dit betekent dat Cornelius Felix bij het overlijden van zijn moeder en het opeisbaar worden van het *fideicommissum* zich in beginsel moest melden bij haar erfgenamen en niet bij de *fiscus.* Het feit dat de zaken waarop het *fideicommissum hereditatis* betrekking had reeds in handen van de *fiscus* waren en de moeder van Felix, of liever gezegd haar erfgenamen, niet aan hun verplichtingen op grond van het testament konden voldoen, deed hier niet aan af. Wanneer een erflater één of meerdere specifieke zaken bij voorwaardelijk legaat of fideï-commis had nagelaten en de bezwaarde erfgenaam deze nog voor de vervulling van de voorwaarde van de hand had gedaan of de zaak door zijn schuld teniet was gegaan, had de verwachter van het legaat of fideï-commis slechts een persoonlijke vordering tot schadevergoeding tegen de bezwaarde erfgenaam, geen zakelijke actie tegen een eventuele derde-verkrijger.[54] Tegen deze achtergrond moet de zinsnede *'vel etiam mater alias res adquirere'* worden verklaard. Door te verwijzen naar de mogelijkheid dat de moeder van Felix nog nieuwe vermogensbestanddelen kon verwerven, probeerde de keizer niet zijn eigen *fiscus* van zijn aansprakelijkheid jegens Felix te ontheffen, maar toonde hij simpelweg de reeds bestaande civielrechtelijke mogelijkheden tot opvordering van het *fideicommissum* aan de bezorgde fideï-commissaris. Totdat de moeder van Felix kwam te overlijden en het fideï-commis opeisbaar werd, kon de keizer echter niets voor hem betekenen. Daarom werd zijn vordering, volledig conform de regels van het *ius civile*, voorlopig (*interim*) afgewezen.

Het feit dat de keizer de eis van Cornelius Felix niet gewoon afwees, maar hieraan het woord '*interim*' toevoegde, is opvallend. Wat bedoelde de keizer hier precies mee? De eenvoudigste verklaring is dat hij slechts wilde aangeven dat Cornelius Felix op een later tijdstip, te weten bij het overlijden van zijn moeder, nog de mogelijkheid had om een schadevergoeding van de erfgenamen van zijn moeder te eisen. Men zou echter uit het gebruik van dit woord ook kunnen afleiden dat de keizer aan Felix de mogelijkheid bood om op een later tijdstip zich alsnog bij de *fiscus* (en in het verlengde daarvan hemzelf) te melden en wel op het moment dat het vermogen van zijn moeder geen of niet voldoende verhaal bood.[55] Hoewel de verwachter van een

54 Zie over deze aansprakelijkheid van de bezwaarde erfgenaam bijvoorbeeld D. 30,47,4, D. 30,112,1 en D. 31,63 en daarnaast ook Grosso, *Legati*, 395-405. Zie voor een uitzondering op dit uitgangspunt *PS* 4,1,15, waarover hieronder meer.

55 Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 305.

fideï-commis bij vervreemding of verlies van de aan hem vermaakte zaak door de erfgenaam in beginsel slechts een persoonlijk recht tegen diezelfde erfgenaam had, zijn er sporen te vinden van een aanzet tot de verlening van een zakelijke actie tegen de derde-verkrijger. In de *Pauli Sententiae* wordt bijvoorbeeld het volgende opgemerkt:

> *PS* 4,1,15: 'Als een erfgenaam een zaak, die het object van een fideï-commis was, heeft verkocht en hij [de koper] haar heeft gekocht, terwijl hij hiermee bekend was, verlangt de verwachter van het fideï-commis niettemin rechtens dat hij in het bezit hiervan wordt gesteld.'[56]

Uit deze tekst blijkt dat men in beginsel terughoudend was met het verlenen van een zakelijke actie tegen een derde-verkrijger. Slechts indien zowel de verkopende erfgenaam als de koper op de hoogte waren van het bestaan van het fideï-commis, kon de fideï-commissaris verlangen dat het bezit van de zaak of zaken waarop het fideï-commis betrekking had alsnog aan hem werd toegekend. Het is mogelijk dat de keizer in zijn uitspraak een soortgelijke mogelijkheid voor Cornelius Felix wilde creëren en met het woord *interim* de deur op een kier liet voor een eventuele procedure tegen de *fiscus* in de toekomst.

56 *Rem fideicommissam si heres vendiderit, eamque sciens compararit, nihilominus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat.* Zie ook D. 31,89,7.

32 D. 49,14,50: de verkoop van fiscale landerijen door Valerius Patruinus

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro tertio decretorum. *Valerius Patruinus procurator imperatoris Flavio Stalticio praedia certo pretio addixerat. deinde facta*[a] *licitatione idem Stalticius recepta ea licitatione*[b] *optinuerat et in vacuam possessionem inductus erat. de fructibus medio tempore perceptis quaerebatur: Patruinus fisci esse volebat. plane si medio tempore inter primam licitationem et sequentem adiectionem percepti fuissent, ad venditorem pertinerent (sicut solet dici, cum in diem addictio facta est, deinde melior condicio allata est) nec moveri deberemus, quod idem fuisset, cui et primo addicta fuerant praedia. sed cum utraque addictio intra tempus vindemiarum facta fuisset, recessum est ab hoc tractatu itaque placebat fructus emptoris esse.*	Paulus in het derde boek van de 'Decreten'. Valerius Patruinus had als vertegenwoordiger van de keizer aan Flavius Stalticius landerijen voor een zekere prijs toegekend. Vervolgens was een bod uitgebracht en had Stalticius gewonnen door dit bod over te nemen en hij was in het vrije bezit gesteld. Er ontstond een geschil over de vruchten die in de tussentijd waren getrokken: Patruinus meende dat deze van de *fiscus* waren. Het was duidelijk dat wanneer zij [*i.e.* de vruchten] getrokken waren in de periode tussen het eerste bod en het hierop volgende hogere bod, zij aan de verkoper toebehoorden (zoals pleegt te worden gezegd, wanneer er een voorbehoud van een beter bod is gemaakt en er vervolgens een beter bod naar voren is gebracht) en wij moesten niet worden bewogen door het feit dat het dezelfde persoon was, aan wie de landerijen aanvankelijk waren toegekend. Maar omdat beide toewijzingen gedurende de wijnoogst waren gedaan, is van deze gewoonte afgeweken en dus werd besloten dat de vruchten van de koper waren.

1 Deze zaak wordt behandeld door Sanfilippo, *Libri Tres,* 112-119 en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 247-257. Zie daarnaast G. Beseler, 'Miscellanea critica' *ZSS* 43 (1922), 431-434, W. Müller, *Fr. 50 D. de iure fisci 49.14. Ein Beitrag zum römischen Fiskalrecht,* Leipzig: Noske 1927, G.G. Archi, 'La restituzione dei frutti nelle vendite con 'in diem addictio' e con 'lex commissoria'' in: E. Albertario (ed.), *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milaan: Giuffrè 1933, 345-347, M. Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Rome: Accademia Nazionale dei Lincei 1954, 214-217, T. Mayer-Maly, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht,* Wenen etc.: Herold 1956, 50-52, G. Thielmann, *Die römische Privatauktion. Zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, Berlijn: Duncker & Humblot 1961, 22-34, Cerami, 'Contrahere cum fisco', 352-356, Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, 244-248, R. Verstegen, 'De fiscus verkoopt een verpacht goed. Rome's keizer als rechter (D. 49,14,50)' in: B.C.M. Jacobs & E.C. Coppens (ed.), *Een rijk gerecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.L. Nève*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1998, 551-583 en W.J. Zwalve, 'Valerius Patruinus' case. Contracting in the name of the emperor' in: L. de Blois, P. Erdkamp & O.J. Hekster (ed.), *The representation and perception of Roman imperial power* (IMEM 3), Amsterdam: Gieben 2003, 157-169.

Papinianus et Messius novam sententiam induxerunt, quia sub colono erant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere, emptorem vero pensionem eius anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset: atque si hoc ipsum in emendo convenisset. pronuntiavit tamen secundum illorum opinionem, quod[c] *quidem domino colerentur, universos fructus habere: si vero sub colono, pensionem accipere.Tryphonino suggerente, quid putaret de aridis fructibus, qui ante percepti in praediis fuissent, respondit, si nondum dies pensionis venisset, cum addicta sunt, eos quoque emptorem accepturum.*	Papinianus en Messius introduceerden de nieuwe opvatting dat het, omdat de landerijen zich onder een pachter bevonden, onbillijk was dat alle vruchten aan hem werden ontnomen; dat deze om die reden moesten toekomen aan de pachter, terwijl de koper genoegen moest nemen met de pachtsom van dat jaar, opdat de *fiscus* niet door de pachter aansprakelijk werd gehouden, omdat het genot hem niet was verschaft, als ware dit bij de koop zelf overeengekomen. De keizer deed uiteindelijk uitspraak volgens hun opvatting, dat wanneer de grond door de eigenaar werd bebouwd, hij [*i.e.* de koper] alle vruchten verkreeg, maar dat als deze zich onder een pachter bevond, hij dan de pachtsom moest accepteren. Toen Tryphoninus vroeg wat zijn mening was met betrekking tot droge vruchten, die al eerder op de landerijen waren geoogst, antwoordde hij dat de koper ook recht op deze vruchten had, als de termijn voor de betaling van de pachtsom nog niet was verschenen toen deze [*i.e.* de landerijen] werden verkocht.

[a] *alia ins.* Mo. [b] *recepta adiectione* Mo. [c] *quod] si* Mo.

2 Feiten en prosopografie

De in D. 49,14,50 beschreven zaak had betrekking op de verkoop van een aantal landerijen van de *fiscus* door een keizerlijke procurator met de naam Valerius Patruinus. Deze Valerius Patruinus wordt door de meeste moderne auteurs gelijk gesteld met de Valerius Patruinus die voorkomt in het werk van Cassius Dio en de *Historia Augusta*.[2] Over het leven van deze keizerlijke ambtenaar is ons weinig bekend,[3] daar Dio en de *Historia Augusta* uitsluitend een gedetailleerde beschrijving van de dood van Patruinus op bevel van Caracalla in 212 geven:

> Dio *Hist.* 77(78),4,1-2: 'Toen de soldaten van de praetoriaanse garde Papinianus en Patruinus van zekere zaken beschuldigden, stond Antoninus toe dat zij hen doodden, terwijl hij het volgende zei: 'ik neem deze beslissing voor jullie en niet voor mijzelf, en vertrouw op jullie zowel als aanklagers als als rechters.' En degene die Papinianus had vermoord, verweet hij dat hij een bijl en niet een zwaard had gebruikt.'[4]

2 Zwalve, 'Valerius Patruinus' case', 157 nt. 1; Liebs, *Hofjuristen*, 53 nt. 204; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 249 nt. 311. Zie ook I. Mennen, *Power and status in the Roman Empire, AD 193-284*, Leiden etc.: Brill 2011, 172.

3 Zie *PIR*[2] V 160 en Pflaum, *Carrières*, nr. 220A.

4 Ὅτι Ἀντωνῖνος Παπιανὸν καὶ Πατρουινόν, τῶν δορυφόρων ἐπί τισι κατηγορησάντων αὐτῶν, ἐπέτρεψεν ἀποκτεῖναι αὐτούς, εἰπὼν κἀκεῖνο ὅτι "ἐγὼ ὑμῖν καὶ οὐκ ἐμαυτῷ ἄρχω, καὶ διὰ τοῦτο καὶ πείθομαι ὑμῖν καὶ ὡς κατηγόροις καὶ ὡς δικασταῖς." Καὶ τῷ γε τὸν Παπινιανὸν φονεύσαντι ἐπετίμησεν ὅτι ἀξίνῃ αὐτὸν καὶ οὐ ξίφει διεχρήσατο.

> SHA *Car.* 4,1-2: 'Vervolgens werd Papinianus in zijn [*i.e.* Caracalla] bijzijn door de soldaten met een bijl geslagen en gedood. En tijdens deze daad zei hij tegen de beul: 'Je had mijn bevel moeten uitvoeren met een zwaard.' Op zijn bevel werd ook Patruinus ter dood gebracht voor de tempel van de vergoddelijkte Pius, en hun lijken werden over de straat gesleept zonder enige menselijke waardigheid.'[5]

Uit deze literaire beschrijvingen wordt door sommige auteurs afgeleid dat Valerius Patruinus ten tijde van zijn dood de positie van *praefectus praetorio* bekleedde,[6] maar zekerheid bieden beide teksten hierover niet. Het is echter goed denkbaar dat Patruinus na zijn positie als keizerlijke procurator nog verscheidene andere posities binnen de keizerlijke bureaucratie heeft bekleed en uiteindelijk tot *praefectus praetorio* werd benoemd.

Paulus geeft in zijn verslag een beknopte omschrijving van de gebeurtenissen die aanleiding gaven tot het geschil. Hij vermeldt dat Valerius Patruinus een aantal *praedia* van de *fiscus* had toegewezen (*addixerat*) voor een zekere prijs aan Flavius Stalticius. Hierna ontving hij een hoger bod van een derde,[7] dat vervolgens door Stalticius werd overgenomen[8] met als gevolg dat de landerijen opnieuw aan hem werden toegewezen en hij in het bezit hiervan werd gesteld. Hierop rees de vraag aan wie de vruchten toebehoorden die tussen de eerste en de tweede toewijzing aan Stalticius op de landerijen waren geoogst.

3 Het lot van de tussentijds geplukte vruchten

3.1 Het voorbehoud van een beter bod

Bij het lezen van Paulus' omschrijving van de feiten rijst de vraag welke juridische constructie ten grondslag lag aan het in D. 49,14,50 geschetste feitencomplex. Hierover bestaat enige discussie in de literatuur. Sommige auteurs betogen dat alle koopcontracten van de overheid en *fiscus* (al dan niet op grond van een speciale clausule in het contract) zonder meer konden worden ontbonden wanneer de *fiscus* een beter bod ontving.[9] Daarnaast is gesuggereerd dat de zaak betrekking had op een bijzondere fiscale verkoopconstructie, waarbij er sprake was van een veiling die in twee fasen

---

5 *Dein in conspectu eius Papinianus securi percussus a militibus et occisus est. quo facto percussori dixit, "Gladio te exsequi oportuit meum iussum." occisus est etiam eius iussu Patruinus ante templum Divi Pii, tractaque sunt eorum per plateam cadavera sine aliqua humanitatis reverentia.*

6 Mennen, *Power*, 164 en 172 en Liebs, *Hofjuristen,* 53 nt. 204.

7 Vgl. de door Mommsen voorgestelde toevoeging van het woord *alia* aan de tekst. Ook zonder deze toevoeging wordt echter uit de context duidelijk dat het om het bod van een ander dat Flavius Stalticius moet zijn gegaan.

8 De emendatie van Mommsen, die meent dat *recepta ea licitatione* moet worden gelezen als *recepta adiectione*, is begrijpelijk maar niet noodzakelijk aangezien de huidige bewoordingen van de tekst niet onduidelijk of onbegrijpelijk zijn, vgl. Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, 19 nt. 10.

9 Cerami, 'Contrahere cum fisco', 355.

plaatsvond, waarin de *praedia* tot twee keer toe aan Stalticius, zij het de eerste maal 'provvisoria', werden toegekend.[10] Deze gang van zaken lijkt echter enigszins omslachtig. Waarom zou Valerius Patruinus zich genoodzaakt hebben gezien om dezelfde zaken binnen korte tijd tweemaal te veilen? Het is aannemelijker dat de eerste koopovereenkomst tussen Patruinus en Stalticius niet voortvloeide uit een veiling, maar uit een onderhandse verkoop.[11] Wellicht had Stalticius de keizerlijke procurator uit eigen beweging benaderd en hem gevraagd de landerijen aan hem te verkopen zonder dat hiertoe een directe aanleiding bestond. In een dergelijk geval lijkt het niet meer dan redelijk dat Patruinus met de door Stalticius geboden prijs akkoord ging onder het beding dat hij in de gelegenheid werd gesteld om te proberen middels een openbare veiling een hogere koopprijs voor de *praedia* te generen. Een dergelijk beding is in feite niets anders dan een zogeheten 'voorbehoud van een beter bod', een *in diem addictio*, en om die reden wordt door verschillende auteurs terecht aangenomen dat de zaak van D. 49,14,50 betrekking heeft op een 'gewone' privaatrechtelijke verkoop onder voorbehoud van een beter bod of eventueel een fiscale variant hiervan.[12] Deze interpretatie van het feitencomplex wordt ondersteund door het gebruik van het woord *addicere* in de eerste zin van de tekst: '*Valerius Patruinus procurator imperatoris Flavio Stalticio praedia certo pretio addixerat.*'.[13] Een dergelijk voorbehoud hoefde in het geval van de *fiscus* waarschijnlijk zelfs niet eens expliciet overeen te worden gekomen, zoals lijkt te volgen uit D. 50,1,21,7:[14]

> D. 50,1,21,7: 'Dezelfde heeft geantwoord dat, als een gemeenschap geen enkele eigen wet heeft met betrekking tot de toelaatbaarheid van hogere biedingen, niet kan worden teruggekomen op een reeds volmaakt geworden verhuur of verkoop van publieke gronden: de termijnen die zijn vastgesteld voor hogere biedingen, hebben immers betrekking op fiscale gevallen.'[15]

10 Talamanca, *Contributi*, 217. Vgl. ook Cerami, 'Contrahere cum fisco', 355-356.

11 Zwalve, 'Valerius Patruinus' case', 157.

12 Gl. *addixerat* ad D. 49,14,50. Voorts Mayer-Maly, *Locatio conductio*, 50 en Zwalve, 'Valerius Patruinus' case', 157. Sanfilippo, *Libri Tres*, 113 e.v., Thielmann, *Privatauktion*, 22-23, Peters, *Rücktrittsvorbehalte,* 15-19 en 248 en Verstegen, 'Fiscus', 560-561 gaan uit van een bijzondere, publiekrechtelijke, variant van de *in diem addictio*.

13 Vgl. Gl. *addixerat* ad D. 49,14,50. Zie daarnaast Beseler, 'Miscellanea', 431-432 en Mayer-Maly, *Locatio conductio*, 50, die voor het woord *addixerat* de woorden '*in diem*' willen invoegen.

14 Zie Mayer-Maly, *Locatio conductio*, 50; Peters, *Rücktrittsvorbehalte,* 15 e.v.; Verstegen, 'Fiscus', 561; Zwalve, 'Valerius Patruinus' case', 157. Zie ook Wieacker, *Lex commissoria*, 62.

15 Paulus libro primo responsorum. *Idem respondit, si civitas nullam propriam legem habet de adiectionibus admittendis, non posse recedi a locatione vel venditione praediorum publicorum iam perfecta: tempora enim adiectionibus praestituta ad causas fisci pertinent.* Vgl. C. 11,32(31),1.

3.2 De toewijzing van de tussentijds getrokken vruchten

Nadat Stalticius het bezit en de eigendom van de *praedia* definitief had verworven, ontstond zoals gezegd een geschil over de vruchten die tussen de eerste en de tweede toewijzing waren getrokken. Valerius Patruinus meende dat deze toebehoorden aan de *fiscus*, terwijl Stalticius hoogstwaarschijnlijk betoogde dat zij aan hem als koper dienden te worden toegewezen. De tekst geeft geen informatie over de juridische argumentatie die beide partijen aan hun standpunt ten grondslag legden, maar het is waarschijnlijk dat hun redenering ongeveer langs dezelfde lijnen liep als de discussie in het *consilium*. Deze wordt wel uitgebreid door Paulus beschreven en is hieronder nogmaals geciteerd:

> *'plane si medio tempore inter primam licitationem et sequentem adiectionem percepti fuissent, ad venditorem pertinerent (sicut solet dici, cum in diem addictio facta est, deinde melior condicio allata est) nec moveri deberemus, quod idem fuisset, cui et primo addicta fuerant praedia.'*

De geciteerde passage wordt door menig auteur als geïnterpoleerd beschouwd.[16] Het belangrijkste argument dat voor deze stelling wordt aangevoerd, is de schoolse en algemene bewoordingen van de passage, die niet goed in deze context zouden passen. Tegenwoordig wordt dit vergaande interpolatievermoeden echter afgewezen.[17] Het is waarschijnlijker dat Paulus in de *plane*-passage zijn eigen mening over de zaak weergeeft,[18] waarbij het woord *plane* uitdrukking geeft aan de stelligheid waarmee hij zijn eigen opvatting over de oplossing voor het onderhavige geval naar voren bracht. De opvatting van de jurist bestaat uit twee verschillende elementen: enerzijds betoogde hij dat op grond van de gangbare rechtsopvattingen met betrekking tot een koop onder voorbehoud van een beter bod de vruchten dienden toe te komen aan de verkoper (*plane si…allata est*), anderzijds meende hij dat geen waarde moest worden gehecht aan het feit dat de eerste en de tweede koper dezelfde persoon waren, met als gevolg dat de vruchten zijns inziens moesten worden toegewezen aan de *fiscus* als verkoper. Beide elementen verdienen enige nadere toelichting.

---

16 Als eerste Beseler, 'Miscellanea', 432-433. Zie daarnaast Archi, 'La restituzione', 346-347 en Thielmann, *Privatauktion*, 22-24. Mayer-Maly, *Locatio conductio,* 50-51 gaat iets minder ver en beschouwt de passage 'slechts' tot '*nec moveri debemus…*' als geïnterpoleerd. Zie ook Sanfilippo, *Libri Tres*, 112 die alleen de verwijzing naar de regeling m.b.t. de *in diem addictio* (*sicut…allata est*) wil schrappen.

17 Verstegen, 'Fiscus', 561 e.v. en Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 251 e.v.

18 Verstegen, 'Fiscus', 564-565 en, behoudender, Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 252. De opbouw van de passage doet denken aan een andere tekst uit de *Decreta*, D. 4,4,38 *pr.*, waarin Paulus op soortgelijke wijze met de keizer in debat treedt. Vgl. Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 252-253.

3.2.1 Het rechtskarakter van de in diem addictio

Zoals reeds in het voorgaande duidelijk werd gaf een *in diem addictio* aan de verkoper het recht om van de koopovereenkomst af te zien wanneer hij binnen een bepaalde termijn een betere koper (in de meeste gevallen een koper die bereid was om een hogere prijs te betalen) kon vinden.[19] Reeds in de oudheid bestond er een meningsverschil over de vraag of een dergelijk voorbehoud werd geconstrueerd als een opschortende dan wel als een ontbindende voorwaarde, zoals blijkt uit de onderstaande tekst van Paulus:[20]

> D. 41,4,2,4: 'Als er onder het voorbehoud van een beter bod is verkocht, dat wil zeggen 'als niet iemand een beter bod heeft gedaan', dat is de koop tot stand gekomen en meent Julianus dat de vruchten van de koper worden en dat er verkrijgende verjaring plaats kan vinden. Anderen menen echter dat deze voorwaardelijk is aangegaan, maar hij zei dat niet [onder voorwaarde] werd gecontracteerd, maar dat werd ontbonden, hetgeen een juiste uitspraak is.'[21]

Uit deze tekst blijkt dat Julianus het standpunt verdedigde dat het om een ontbindende voorwaarde ging en dat zijn opvatting door Paulus werd gevolgd.[22] Diens tijdgenoot Ulpianus neemt echter over deze kwestie een genuanceerdere positie in en merkt over de aard van de *in diem addictio* het volgende op:

> D. 18,2,2 *pr.*: 'Wanneer een landgoed onder voorwaarde van een beter bod wordt verkocht, dan is het de vraag of de koop volmaakt is, maar onder voorwaarde kan worden ontbonden of dat de koop voorwaardelijk is gesloten. En het lijkt mij vooral van belang te zijn, wat partijen hebben bedoeld. Want als zij hebben bedoeld dat wanneer een beter bod wordt gedaan zal worden afgezien van de koop, dan zal er sprake van een volmaakte koop zijn, die onder voorwaarde kan worden ontbonden. Als echter is bedoeld dat de koop volmaakt zal worden, als geen beter bod wordt gedaan, dan zal de koop voorwaardelijk zijn gesloten.'[23]

---

19 Vgl. D. 18,2,1: Paulus libro quinto ad Sabinum. *In diem addictio ita fit: 'Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat.'*

20 Zie over deze discussie Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, 93-125 en Zimmermann, *Law of obligations*, 736-737.

21 Paulus libro LIV ad edictum. *Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Iulianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.*

22 De *in diem addictio* is daarmee een uitzondering op de hoofdregel dat het klassieke Romeinse recht geen ontbindende voorwaarden kende, vgl. Zimmermann, *Law of obligations*, 731 e.v. Zie over de goederenrechtelijke werking van de *in diem addictio* Scheltema, *Goederenrechtelijke werking*, 71 e.v.

23 Ulpianus libro XXVII ad Sabinum. *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.*

Het antwoord op de vraag of een voorbehoud van een beter bod werd vormgegeven als een opschortende of een ontbindende voorwaarde was, blijkens Ulpianus, afhankelijk van de bedoeling van de betrokken partijen. De gekozen constructie had echter wel gevolgen voor de toewijzing van de vruchten die werden getrokken gedurende de looptermijn van het voorbehoud:

> D. 18,2,2,1-D. 18,2,4 *pr.*: '2,1. Over het geval dat een verkoop dus volgens het door ons gemaakte onderscheid volmaakt is, schrijft Julianus dat degene, aan wie de zaak onder voorbehoud van een beter bod is verkocht, zowel door verjaring kan verkrijgen als de vruchten en vermeerderingen verkrijgt en dat hij het risico draagt, als de zaak tenietgaat, 3. aangezien na het tenietgaan van de zaak geen beter bod meer kan worden gedaan. 4 *pr*. In het geval dat de verkoop echter voorwaardelijk is, kan de koper volgens Pomponius niet krachtens verjaring verkrijgen en komen ook de vruchten niet aan hem toe.'[24]

Wanneer de *in diem addictio* in de vorm van een opschortende voorwaarde was gegoten, kwamen de vruchten die werden getrokken gedurende de looptijd van het voorbehoud toe aan de verkoper (D. 18,2,4 *pr.*). Was er echter voor een ontbindende voorwaarde gekozen, dan werd de koop als *pura* aangemerkt, met als gevolg dat dezelfde vruchten in beginsel toekwamen aan de koper (die tegelijkertijd ook het risico voor het tenietgaan van de zaak droeg) (D. 18,2,2,1).[25] Of hij deze ook mocht houden was afhankelijk van de vraag of de verkoper binnen de gestelde termijn een beter bod ontving:

> D. 18,2,6 *pr.*: 'Op dezelfde wijze wordt geheel juist betoogd dat de vruchten, die in de tussentijd zijn geplukt, toekomen aan de eerste koper, wanneer zich geen andere koper met een beter bod aandient of er sprake is van een onechte koper. Maar als er een tweede koper is, staat vast dat de eerste koper de vruchten moet teruggeven, en wel aan de verkoper. Dit heeft Julianus ook zo geschreven in het 48ste boek van zijn Digesten.'[26]

Uit deze tekst volgt dat in het geval van een voorbehoud in de vorm van een ontbindende voorwaarde een restitutieverplichting met betrekking tot de vruchten ontstond van de koper jegens de verkoper, wanneer de laatste binnen de gestelde termijn een beter bod ontving en accepteerde.[27] Dit brengt ons terug bij D. 49,14,50. In het licht van het voorgaande kan worden aangenomen dat Paulus van mening was dat de *in diem addictio* moest worden beschouwd als een ontbindende voorwaarde (vgl. D. 41,4,2,4) en dat de

---

24 Ulpianus libro XXVIII ad Sabinum. *Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit,* 3. Paulus libro quinto ad Sabinum. *quoniam post interitum rei iam nec adferri possit melior condicio.* 4 pr. Ulpianus libro XXVIII ad Sabinum. *Ubi autem condicionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere*.

25 Vgl. ook D. 41,4,2,4.

26 Ulpianus libro XXVIII ad Sabinum. *Item quod dictum est fructus interea captos emptorem priorem sequi, totiens verum est, quotiens nullus emptor existit, qui meliorem condicionem adferat, vel falsus exsistit: sin vero exstitit emptor posterior fructus refundere priorem debere constat, sed venditori. Et ita Iulianus libro quadragensimo octavo digestorum scripsit.*

27 Vgl. Zimmermann, *Law of obligations*, 733-734.

vruchten in beginsel toekwamen aan de koper, Flavius Stalticius. Wanneer er echter een beter bod was gedaan, dicteerden de hierboven beschreven regels van het *ius civile* dat de vruchten aan de verkoper toebehoorden en, indien nodig, door de koper aan de verkoper moesten worden gerestitueerd (D. 18,2,6 *pr.*). Dit bracht voor het onderhavige geval met zich dat de vruchten door de keizer aan de verkoper moesten worden toegewezen, aldus Paulus.[28]

3.2.2 De complicatie van D. 49,14,50

De onderhavige zaak verschilt echter in één opzicht van de hierboven beschreven situatie: anders dan in de zojuist geciteerde teksten ziet D. 49,14,50 op het geval waarin de eerste en de tweede koper dezelfde persoon waren. Volgens Paulus veranderde dit niets aan de zaak, zoals hij ook expliciet vermeldt in de tekst: 'wij moesten niet worden bewogen door het feit dat het dezelfde persoon was, aan wie de landerijen aanvankelijk waren toegekend' ('*nec moveri deberemus, quod idem fuisset, cui et primo addicta fuerant praedia.*'). Met andere woorden, ook al was de tweede koper dezelfde persoon als de eerste koper, toch moest zijn bod worden gekwalificeerd als een 'beter bod' met als gevolg dat de vruchten op grond van het geldende recht toekwamen aan de verkoper en in het verlengde daarvan de *fiscus*.[29] De door Paulus in het *consilium* verdedigde opvatting was echter niet geheel onomstreden. Uit D. 18,2,6,1 blijkt dat er onder de klassieke juristen discussie bestond over de vraag of een tweede bod door dezelfde koper moest worden beschouwd als een 'beter bod' in de zin van het voorbehoud, of dat een dergelijke situatie moest worden afgedaan als een geval waarin de verkoper geen beter bod had ontvangen:

> D. 18,2,6,1: 'Als er iemand is, die een beter bod uitbrengt, en de eerste koper hem vervolgens overbiedt en het gekochte bij hem blijft, kan worden betwijfeld, of de vruchten aan hemzelf toekomen, als ware er geen beter bod gedaan, of van de verkoper zijn, hoewel het dezelfde persoon is, die het betere bod heeft gedaan. De ratio schijnt het laatste te dicteren. Toch is ook van belang wat partijen hebben bedoeld, zoals ook Pomponius schrijft.'[30]

Uit de tekst blijkt dat de opvatting van Paulus door Ulpianus als de meest logische wordt aangemerkt, maar dat tegelijkertijd ook een andere oplossing voor het geval denkbaar was. Het was uiteindelijk afhankelijk van de omstandigheden van het geval en vooral de bedoeling van partijen welke van beide wegen diende te worden bewandeld.

---

28 Vgl. Sanfilippo, *Libri Tres*, 115.

29 Vgl. Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, 245.

30 Ulpianus libro XVIII ad Sabinum. *Si quis extiterit, qui meliorem condicionem adferat, deinde prior emptor adversus eum licitatus sit et penes eum emptum remanserit, dubitari poterit, utrum fructus ipse habeat, quasi nulla meliore condicione allata, an vero venditoris sint, licet eadem sit persona, quae meliorem condicionem attulit. quod ratio facere videtur: intererit tamen quid acti sit: et ita Pomponius scribit.*

Het gelijkstellen van een beter bod door dezelfde koper met de situatie dat er in zijn geheel geen beter bod was gedaan kon, zo blijkt uit het hierboven geciteerde D. 18,2,6 *pr.*, gevolgen hebben voor de toekenning van de tussentijds getrokken vruchten. Wanneer de *in diem addictio* was geformuleerd als een ontbindende voorwaarde kwamen de vruchten immers volgens Ulpianus in een dergelijk geval niet toe aan de verkoper, maar aan de koper van de zaak. Uit het voorgaande volgt dat het waarschijnlijk is dat beide partijen meenden dat de *in diem addictio* moest worden beschouwd als een ontbindende voorwaarde,[31] maar dat zij verschilden van mening over de juridische kwalificatie en gevolgen van het feit dat het betere bod door de eerste koper was gedaan. Valerius Patruinus betoogde dat er geen verschil bestond tussen de onderhavige situatie en het geval waarin er twee verschillende kopers waren en meende om die reden dat de vruchten aan de *fiscus* toekwamen. Flavius Stalticius was echter van mening dat het feit dat hij zelf het betere bod had gedaan gelijk moest worden gesteld met de situatie waarin zich geen betere koper had aangediend en dat om die reden de vruchten aan hem toekwamen. Het standpunt van Patruinus werd gedeeld door Paulus, die zijn mening baseerde op de meest gangbare opvatting in de rechtspraktijk en dit ook in zijn verslag benadrukt door het gebruik van het woord *plane.* De keizer dacht hier echter anders over.

3.2.3 De beslissing van de keizer

'sed cum utraque addictio intra tempus vindemiarum facta fuisset, recessum est ab hoc tractatu itaque placebat fructus emptoris esse.'

De keizer ging in zijn beslissing voorbij aan het debat over de juridische kwalificatie van het geval waarin een beter bod werd uitgebracht door de eerste koper en baseerde zijn beslissing op de feitelijke omstandigheden van het geval.[32] Hij oordeelde dat de door Paulus uiteengezette regels van het bestaande recht in dit geval buiten toepassing moesten worden gelaten

---

31 Zie ook Archi, 'La restituzione', 345 en Sanfilippo, *Libri Tres*, 11. Verstegen, 'Fiscus', 562 betoogt dat het om een opschortende voorwaarde zou gaan. Zijn belangrijkste argument voor deze stelling is dat het bezit van de *praedia* pas na de tweede toewijzing aan Stalticius werd verschaft. Een dergelijk uitstel van de bezitsverschaffing was echter net zo goed mogelijk wanneer een overeenkomst aan een ontbindende voorwaarde was onderworpen.

32 Sanfilippo, *Libri Tres*, 116; Verstegen, 'Fiscus', 565 en 567; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 254. Anders Thielmann, *Privatauktion*, 29, die betoogt dat de keizer van mening was dat het koopcontract ook betrekking had op de tussentijds getrokken vruchten. Zie ook Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, 245-246, die meent dat de aanwezigheid van de vruchten in de koopprijs was verdisconteerd. Om deze reden was het onbillijk om de vruchten niet aan Stalticius toe te kennen. Voor beide standpunten bestaan geen duidelijke aanknopingspunten in de bewoordingen van de tekst.

('*recessum est ab hoc tractatu*')[33] en dat de vruchten aan de koper moesten worden toegewezen, aangezien beide *addictiones* hadden plaatsgevonden tijdens[34] de wijnoogst (*vindemia*). De situatie lijkt als volgt te zijn geweest. Na het sluiten van de eerste koopovereenkomst tussen Valerius Patruinus en Flavius Stalticius was men begonnen met het oogsten van de druiven op de verkochte *praedia*.[35] Ten tijde van de tweede definitieve toewijzing was dit proces nog steeds gaande en dit werd pas enige tijd nadat Stalticius in het bezit van de *praedia* was gesteld, afgerond.[36] De door Paulus voorgestelde oplossing van het geval zou met zich brengen dat de oogst gedeeld zou moeten worden: het deel van de druiven dat van het land was gehaald voor de tweede toewijzing zou toekomen aan de *fiscus* als verkoper, terwijl de rest van de oogst zou toekomen aan de koper Flavius Stalticius.[37] In de literatuur wordt betoogd dat een dergelijke opdeling van de oogst zou stuiten op de nodige bedrijfseconomische en productionele problemen.[38] Wanneer de druiven werden geoogst dienden zij binnen afzienbare tijd (dat wil zeggen voordat zij bedierven) te worden geplet en verwerkt. Ze werden hierna gedurende een half jaar opgeslagen in (vaak in de aarde ingegraven) vaten, *dolia*, die behoorden tot het *instrumentum fundi* en meestal overgingen op de nieuwe eigenaar. Het opdelen van de oogst na het sluiten van de tweede overeenkomst of het schatten van de waarde van de daarvoor geoogste druiven zal waarschijnlijk een ingewikkelde opgave zijn geweest. Het was daarom praktischer om de gehele oogst toe te wijzen aan de koper.[39]

33 Vgl. Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, 245 nt. 9 en Verstegen, 'Fiscus', 566.

34 Sommige auteurs lezen op deze plaats *citra* ('voor') in plaats van *intra* in navolging van de Glosse (Gl. *acta* ad D. 49,14,50) en menen dat de oogst op grond van de algemene regels van het Romeinse kooprecht werd toegewezen aan de koper. Uit D. 19,1,13,10 (Ulpianus) blijkt immers dat de tijdens het sluiten van de koopovereenkomst nog hangende vruchten aan de koper toebehoorden. Zie in deze zin bijvoorbeeld Honoré, *Emperors*, 24. Deze lezing vindt echter weinig ondersteuning in de rest van tekst, vgl. bijvoorbeeld de zinsnede '*de fructibus medio tempore perceptis*'. Zie hierover ook Verstegen, 'Fiscus', 567.

35 Sanfilippo, *Libri Tres*, 116; Cerami, 'Contrahere cum fisco', 353. Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 254 meent dat de oogst reeds voor de eerste verkoop was aangevangen.

36 Sanfilippo, *Libri Tres*, 116; Cerami, 'Contrahere cum fisco', 353.

37 Zie voor het recht van de koper op de vruchten na de tweede toewijzing bijvoorbeeld D. 19,1,13,10.

38 Verstegen, 'Fiscus', 567-568, waaraan ook de hieronder uiteengezette redenering is ontleend. Een soortgelijke, maar beknoptere uitleg van de keizerlijke beslissing vinden we bij Sanfilippo, *Libri Tres*, 115 en Mayer-Maly, *Locatio conductio*, 51.

39 Dat de toewijzing betrekking had op de *gehele* oogst blijkt uit de latere opmerking van Papinianus en Messius, waaruit blijkt dat de koper in beginsel het recht had om alle vruchten (*universi fructus*) aan de pachter te ontnemen.

4 Een nieuw probleem: de verpachte staat van de *praedia*

4.1 De opvatting van Papinianus en Messius

'Papinianus et Messius novam sententiam induxerunt, quia sub colono erant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere, emptorem vero pensionem eius anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset: atque si hoc ipsum in emendo convenisset.'

In reactie op de beslissing van de keizer droegen Papinianus en Messius nog een ander punt aan waarover het *consilium* zich diende te beraden, te weten het feit dat verkochte *praedia* reeds voor de eerste koopovereenkomst door Valerius Patruinus aan een *colonus* waren verpacht (*locatio conductio*). Wanneer de keizer en zijn *consilium* ervoor hadden gekozen om bij de toebedeling van de tussentijds getrokken vruchten het geldende recht te volgen en de vruchten aan de verkoper hadden toegewezen, had dit geen problemen voor de pachter opgeleverd. In dit geval kon Valerius Patruinus de pachter immers in de gelegenheid (blijven) stellen om in navolging van de pachtovereenkomst de druiven te oogsten in ruil voor betaling van de pachtsom door de pachter. In deze situatie zou pas verandering zijn gekomen na de voltooiing en uitvoering van de tweede koopovereenkomst. Vanaf dat moment had Flavius Stalticius als nieuwe eigenaar het recht om de pachter van de *praedia* te zetten en zelf de vruchten van het land te oogsten. Hij was immers geen partij bij de overeenkomst tussen Patruinus en de pachter en hoefde deze niet te respecteren. Om een dergelijke evictie van de pachter en de hierbij horende aansprakelijkheid van de verkoper/verhuurder te voorkomen, diende de verkoper expliciet met de koper overeen te komen dat de laatste de pachter met rust zou laten, aldus Gaius:

> D. 19,2,25,1: 'Degene die een landgoed voor de vruchten of een woning heeft verhuurd, moet, wanneer hij om één of andere reden het landgoed of het gebouw verkoopt, ervoor zorgen dat het ook onder de koper op grond van dezelfde overeenkomst zowel aan de pachter vrij staat om de vruchten trekken als aan de bewoner om het huis te blijven bewonen. Anders kan hij, die wordt verhinderd, hem [*i.e.* de verkoper/verhuurder] aanspreken met de *actio conducti*.'[40]

Op verschillende plaatsen in de Digesten wordt naar dergelijke bedingen verwezen, die meestal inhielden dat de verkoper en koper met elkaar afspraken dat de huursommen na de eigendomsoverdracht toe zouden komen aan de koper.[41] Uit de opmerking van Papinianus en Messius kan echter

---

40 Gaius libro decimo ad edictum provinciale. *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*

41 D. 19,1,13,11 (afspraak in algemeen); D. 18,1,68 *pr.*, D. 19,1,53 *pr.* en D. 19,2,58 *pr.* (specifiek beding m.b.t. huursommen).

worden afgeleid dat Patruinus had nagelaten een dergelijke regeling voor zijn pachter te treffen met Flavius Stalticius: het feit dat de koper na de keizerlijke beslissing in de gelegenheid was om *alle* vruchten (‘*universi fructus*’, dat wil zeggen de tussentijds geoogste vruchten én de vruchten die na de tweede toewijzing waren geoogst) aan de pachter te ontnemen, impliceert dat de koper voor deze beslissing reeds recht had op de vruchten die werden geoogst na de afronding van de tweede koopovereenkomst.

Zoals hierboven reeds werd opgemerkt, had de beslissing van de keizer en het *consilium* als gevolg dat niet de verkoper, maar de *koper* op basis van de keizerlijke beslissing recht had op de tussentijds geoogste vruchten en deze aan de pachter kon ontnemen.[42] Papinianus en Messius waren van mening dat de situatie die door deze uitspraak ontstond om twee redenen problematisch was. Om te beginnen stelden zij dat het onbillijk was om aan de pachter alle vruchten te ontnemen (‘*Papinianus et Messius novam sententiam induxerunt, quia sub colono erant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universos*’). Wanneer de keizer volgens de regels van het *ius civile* had beslist, zou immers tenminste een gedeelte van de oogst (*i.e.* alle vruchten die voor de tweede toewijzing waren geoogst) zijn toegekomen aan de pachter. De keizerlijke afwijking van het geldende recht had echter als gevolg dat ook dit deel van de oogst niet langer aan de verkoper en in het verlengde daarvan de pachter toekwam. Een dergelijk nadelig gevolg van een keizerlijke uitspraak voor een derde, die niet direct bij het geschil betrokken was, werd door Papinianus en Messius als onbillijk beschouwd.[43]

Daarnaast wezen zij op het feit dat de uitspraak van de keizer als gevolg had dat de *fiscus* nu het risico liep om aansprakelijk te worden gesteld door de pachter, zoals kan worden afgeleid uit de toevoeging *‘ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset*’. Het is opvallend dat Papinianus en Messius op deze plaats expliciet de *fiscus* als aansprakelijke partij noemen. Het was immers Valerius Patruinus (of één van diens voorgangers) die het huurcontract met de pachter was aangegaan en het klassieke Romeinse recht kende in beginsel geen systeem van directe vertegenwoordiging, waarbij slechts de achterman en niet de vertegenwoordiger door de handelingen van de laatste

42 Aan de goederenrechtelijke kant van de keizerlijke beslissing wordt in de tekst geen aandacht besteed. In beginsel werd een pachter eigenaar van de vruchten die hij oogstte van het door hem gepachte land. Dit was echter niet het geval wanneer hij de vruchten van het land van een ander plukte, zonder dat de laatste hiertoe toestemming had gegeven. Het is aannemelijk dat een soortgelijke situatie ontstond door de uitspraak van de keizer.

43 Waarover nader Verstegen, ‘Fiscus’, 576-577. Zie ook Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 255-256, die spreekt over de onbalans (‘lo squilibrio’) die tussen partijen door de keizerlijke beslissing m.b.t. de vruchten was ontstaan.

werd gebonden.[44] Uit een tekst in het Edictscommentaar van Ulpianus blijkt echter dat wanneer een keizerlijke *procurator* in uitoefening van zijn functie en binnen de grenzen van zijn bevoegdheden een contract aanging met een derde, zijn handelingen bij uitzondering wél direct werden toegerekend aan de keizer (en daarmee de *fiscus*) alsof deze door hemzelf waren verricht:[45]

> D. 1,19,1 *pr.*: 'De handelingen en daden die zijn verricht door een vertegenwoordiger van de keizer, worden op dusdanige wijze door hem goedgekeurd, als ware zij door de keizer zelf verricht.'[46]

De directe privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de *fiscus* voor de handelingen van diens vertegenwoordigers bracht in het onderhavige geval met zich dat de pachter de *fiscus* aansprakelijk kon stellen op basis van de huurovereenkomst die hij met Patruinus gesloten had en een schadevergoeding voor het verlies van de vruchten kon eisen.[47] Om een dergelijke aansprakelijkheid van de *fiscus* te voorkomen, kwamen de juristen van het keizerlijke *consilium* met een creatieve oplossing. Zij stelden voor om in dit geval de fysieke vruchten toe te kennen aan de pachter, terwijl aan Flavius Stalticius de pachtsom van dat jaar (*pensio eius anni*) werd uitgekeerd. Deze oplossing sloot aan bij het in de rechtspraktijk bestaande gebruik om bij de verkoop van verpachte landerijen een soortgelijke constructie te bedingen. In dit specifieke geval gingen de juristen echter een stap verder en maakten, daar er een dergelijk beding niet expliciet door Patruinus en Stalticius was overeengekomen, gebruik van een fictie:[48] de pachtgelden werden aan Stalticius toegekend, *als ware* dit bij de koopovereenkomst tussen Patruinus en Stalticius overeengekomen ('*atque si hoc ipsum in emendo convenisset*').[49]

---

44 Vgl. art. 3:66 BW. Zie voor het Romeinse recht Zimmermann, *Law of obligations*, 45-47 en Kaser, *Privatrecht*, 260-261. Hieruit mag overigens niet uit worden afgeleid dat het Romeinse recht in zijn geheel geen vertegenwoordiging kende. Een vertegenwoordiger kon in sommige gevallen een verbintenis tussen zijn achterman en een derde tot stand brengen, maar was tegelijkertijd ook altijd zelf aansprakelijk jegens de derde. Zie over dit soort constructies ook BZD, nr. 3 (D. 14,5,8).

45 Sommige auteurs plaatsen deze tekst in de publiekrechtelijke sfeer en zijn van mening dat het hier om publiekrechtelijke rechtshandelingen zoals regelgeving en vonnissen gaat. Dit is onjuist: zowel de titel van de Digesten waarin het fragment zich bevindt (D. 1,19) als het oorspronkelijke werk waar het uit afkomstig is (het 16e boek op het Edict van Ulpianus) hebben voornamelijk betrekking op privaatrechtelijke rechtshandelingen. Bovendien is de nuancering die op de stelling van D. 1,19,1 *pr.* in D. 1,19,1,1 wordt aangebracht ook van privaatrechtelijke aard. Zie in deze zin ook Zwalve, 'Valerius Patruinus' case', 163 nt. 22.

46 Ulpianus libro XVI ad edictum. *Quae acta gestaque sunt a procuratore Caesaris, sic ab eo comprobantur, atque si a Caesare gesta sunt.* De directe aansprakelijkheid van de *fiscus* blijkt ook D. 49,14,5 *pr.*, die ook afkomstig is uit het 16e boek op het Edict van Ulpianus.

47 Zwalve, 'Valerius Patruinus' case', 157 e.v., i.h.b. 166 e.v.

48 Sanfilippo, *Libri Tres*, 117; Verstegen, 'Fiscus', 572; Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 256

49 Anders Rizzi, *Imperator Cognoscens*, 256, die meent dat men deed alsof een dergelijke afspraak was opgenomen in het contract tussen de verkoper en de *colonus*. Deze interpretatie sluit echter niet aan bij de bewoordingen van de tekst. Vgl. ook D. 19,2,25,1.

4.2 De beslissing van de keizer

'pronuntiavit tamen secundum illorum opinionem, quod quidem domino colerentur, universos fructus habere: si vero sub colono, pensionem accipere.'

De keizer gaf in zijn beslissing gehoor aan de opvatting van zijn juridische adviseurs ('*pronuntiavit tamen secundum illorum opinionem*') en oordeelde dat de koper Flavius Stalticius in dit geval genoegen diende te nemen met de pachtsom van dat jaar.[50] Het woord *tamen* lijkt echter te suggereren dat de auteur van de tekst, Paulus, de opvatting van Papinianus, Messius en de keizer niet deelde en graag een andere oplossing voor het onderhavige probleem had gezien.[51] Het is mogelijk dat het verslag oorspronkelijk ook de beschrijving van Paulus' eigen opvatting over het door Papinianus en Messius opgeworpen probleem bevatte, maar dat deze door de compilatoren uit de tekst is verwijderd.[52] De tekst biedt echter geen duidelijke aanknopingspunten voor een dergelijke aanname.

Sommige auteurs menen dat het tweede deel van de zin ('*quod quidem domino colerentur, universos fructus habere: si vero sub colono, pensionem accipere*'), waarin nadere invulling aan de keizerlijke uitspraak wordt gegeven, als geïnterpoleerd moet worden beschouwd.[53] De belangrijkste reden hiervoor is de algemene formulering van de passage en in het bijzonder de verwijzing naar het geval waarin de verkochte *praedia* zich niet onder een pachter bevonden, waarover met geen woord wordt gerept in de beschrijving van het feitencomplex. Het is natuurlijk mogelijk dat de *praedia* slechts deels waren verpacht en dat het andere gedeelte onder toezicht van Patruinus zelf werd bewerkt.[54] Zij kan echter ook worden beschouwd als een verheldering en precisering van de opvatting van Papinianus en Messius, in die zin dat de keizer in zijn beslissing aangaf dat het uitgangspunt bleef dat de vruchten zelf toekwamen aan de koper. Slechts wanneer de landerijen waren verpacht, vond de regel van Papinianus en Messius toepassing en kwamen de vruchten toe aan de pachter, terwijl de pachtsom aan de koper werd uitgekeerd.

De bovenstaande uitleg van de bewoordingen van de keizerlijke beslissing doet de vraag rijzen naar de reikwijdte van het in D. 49,14,50 vervatte *decretum*. Het is onwaarschijnlijk dat de beslissing van de keizer om in navolging van zijn juridische adviseurs een fictief evictiebeding ten gunste van de pachter aan te nemen, leidde tot een verandering in de dagelijkse

50 Anders Beseler, 'Miscellanea', 432-433, die meent dat de keizer de vruchten zelf toewees aan de koper en om deze reden vergaande correcties in de tekst aanbrengt. Zie in gelijke zin Mayer-Maly, *Locatio conductio*, 50 en 52.

51 Sanfilippo, *Libri Tres,* 117; Coriat, *Le prince*, 563. Zie daarnaast T. Honoré, *Emperors and Lawyers,* Londen: Duckworth 1981 (eerste druk), 17. Verstegen, 'Fiscus', 578-579 twijfelt.

52 Sanfilippo, *Libri Tres,* 117; Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 256 nt. 335.

53 Sanfilippo, *Libri Tres,* 112 en 117.

54 In deze richting lijkt Honoré, *Emperors* (1981), 17 te denken. Vgl. ook Verstegen, 'Fiscus', 579-580.

private rechtspraktijk. Ook in latere juristenteksten en keizerconstituties lijkt het expliciet overeengekomen evictiebeding de norm te zijn gebleven.[55] Hebben we hier dan wellicht te maken met een nieuw fiscaal privilege? Hiertegen pleit de samenhang tussen de eerste en de tweede beslissing van de keizer. De vraag naar de positie van de pachter en de uitspraak hierover was immers het directe gevolg van de eerste keizerlijke beslissing dat de tussentijds geoogste vruchten toekwamen aan de koper en deze beslissing was zoals gezegd niet gebaseerd op het recht, maar op de feitelijke omstandigheden van het onderhavige geval. Dit maakte beslissing van de keizer in beginsel slechts toepasbaar op gevallen met een soortgelijk feitencomplex, dat wil zeggen gevallen waarin twee toewijzingen aan dezelfde persoon hadden plaatsgevonden tijdens de wijnoogstperiode. De enige mogelijkheid om in deze tekst een nieuw fiscaal privilege te lezen, is door de tweede beslissing los te koppelen van de eerste beslissing en het onderliggende feitencomplex en hieruit de algemene regel af te leiden dat in het geval van koopovereenkomsten met de *fiscus* vanaf dit moment altijd een fictief evictiebeding als onderdeel van de overeenkomst werd aangenomen.[56] De algemene bewoordingen van de keizerlijke uitspraak zouden als argument voor deze interpretatie van de tekst kunnen worden aangevoerd. Bovendien zou een dergelijke nieuwe rechtsregel toekomstige aansprakelijkheden van de *fiscus* door het toedoen van nalatige *procuratores* zoals Valerius Patruinus kunnen voorkomen. Van verwijzingen naar een dergelijk privilege ontbreekt echter in latere bronnen ieder spoor.

5 De toevoeging van Tryphoninus

Met de beslissing om aan de koper de *pensio* (en niet de fysieke vruchten zelf) toe te kennen was de kous echter nog niet af, zo blijkt uit het verslag van Paulus. In reactie op de uitspraak van de keizer wierp een andere jurist in het *consilium,* Tryphoninus, vervolgens de vraag op wat de eerdere beslissingen betekenden voor de zogeheten *aridi fructus*, de droge of gedroogde vruchten van de landerijen (zoals bijvoorbeeld graan) die reeds eerder waren geoogst. De formulering van de vraag van de jurist en het keizerlijke antwoord hierop zijn enigszins raadselachtig en de passage wordt daarom door de meeste auteurs simpelweg niet behandeld. Het idee achter de vraag van Tryphoninus lijkt het volgende te zijn geweest.[57] De *pensio* die op jaar-

55 Verstegen, 'Fiscus', 573. Zie bijvoorbeeld D. 19,1,13,11 (Ulpianus) en in het bijzonder C. 4,65,9 (234 n. Chr., Alexander Severus).

56 Bolla, *Entwicklung*, 88; Lenz, *Privilegia fisci*, 108-110 en 138-139. Ontkennend Verstegen, 'Fiscus', 573-574.

57 De onderstaande interpretatie is grotendeels ontleend aan Verstegen, 'Fiscus', 569-570 en Thielmann, *Privatauktion*, 32-33. Zie voor een andere interpretatie Peters, *Rücktrittsvorbehalte*, 246-247, die meent dat de droge vruchten op het moment van de *addictiones* opgeslagen waren op de *praedia* en als zodanig in de prijsberekening waren meegenomen.

lijkse basis door de pachter aan de verhuurder werd betaald had niet slechts betrekking op de wijnoogst, maar op alle opbrengsten van de verpachte landerijen, waaronder ook de droge vruchten. Nu de keizer had geoordeeld dat de *pensio* voor dat jaar toekwam aan Stalticius, rees logischerwijs de vraag naar het lot van de reeds geoogste droge vruchten, ook al had de procedure hier wellicht aanvankelijk geen betrekking op gehad. De bijzondere productionele en bedrijfseconomische redenen die de keizer ertoe hadden gebracht om in het onderhavige geval de gehele wijnoogst toe te kennen aan de koper, speelden geen rol in het geval van de droge vruchten (waarvan kan worden aangenomen dat zij gewoon in de daarvoor bestemde pakhuizen op de landerijen lagen opgeslagen). Een toewijzing van deze vruchten aan de verkoper volgens de regels van het geldende recht zou daarom op het eerste gezicht weinig problematisch zijn. Dit zou echter leiden tot een vreemde onbalans tussen de verkoper/verhuurder, de koper en de pachter. De laatste was immers verplicht op basis van het keizerlijke *decretum* om in ruil voor het genot van de vruchten de gehele *pensio* uit te keren aan de koper, terwijl hij in een dergelijk geval eigenlijk een deel hiervan, te weten de 'tegenwaarde' van de droge vruchten, aan de verkoper zou moeten vergoeden. Een dergelijke onbalans, die alleen door middel van onderlinge verrekening en schattingen van percentages van de (waarde van) de oogst kon worden rechtgetrokken, was onwenselijk. Daarom oordeelde de keizer dat ook deze vruchten aan de koper toekwamen op voorwaarde dat de *pensio* nog niet opeisbaar was toen de toewijzingen aan de koper plaatsvonden.[58] Deze beslissing had als gevolg dat de volledige *pensio* terecht aan Stalticius werd uitgekeerd en er geen onderlinge verrekening tussen hem en de *fiscus* hoefde plaats te vinden.

6 Conclusie

De eerste uitspraak van de keizer in het geschil tussen Valerius Patruinus en Flavius Stalticius is het voorbeeld van een beslissing waarin de keizer de regels van het *ius civile* buiten toepassing liet en zijn uitspraak baseerde op de omstandigheden van het geval: in dit geval brachten zwaarwegende productionele en bedrijfseconomische overwegingen de keizer ertoe om van het geldende recht af te wijken. De tekst laat zien dat zowel de leden van het *consilium* als de keizer zelf zich bewust waren van het feit dat een dergelijke beslissing onwenselijke juridische consequenties voor partijen én derden kon hebben. In het onderhavige geval had dit als gevolg dat de keizer zich gedwongen zag om nog twee vervolgbeslissingen te nemen met betrekking

58 De door de keizer geformuleerde voorwaarde '*si nondum dies pensionis venisset, cum addicta sunt*' is raadselachtig. Aangezien de jaarlijkse *pensio* de tegenprestatie voor de gehele oogst vormde, valt moeilijk te begrijpen waarom het moment van het opeisbaar worden van de *pensio* van belang was. Vgl. ook Thielmann, *Privatauktion*, 32-33, die meent dat het om een interpolatie gaat.

tot de betaling van de *pensio* en de toewijzing van de droge vruchten. De stapsgewijze opbouw van het debat in het *consilium* laat zien dat men systematisch te werk ging en verraadt het hoge, soms zelfs abstracte, niveau waarop de beraadslagingen plaatsvonden. Uit het verslag van D. 49,14,50 blijkt duidelijk dat de keizer en de juristen bij het nemen van een beslissing rekening hielden met de belangen van *alle* bij het geschil betrokken partijen en personen. De beslissingen in het onderhavige geval getuigen van de wens om een rechtvaardige balans tussen deze belangen te bereiken. In deze zaak wordt wederom duidelijk dat de belangen van de *fiscus* bij een dergelijke belangenafweging niet zwaarder wogen dan die van private personen.[59] Sterker nog, de toewijzing van de vruchten aan de koper bracht (uiteindelijk) met zich dat de *fiscus* zijn recht op de pachtsom van de pachter verloor, terwijl dit niet het geval zou zijn geweest wanneer de keizer in overeenstemming met het recht had beslist.

59 Rizzi, *Imperator Cognoscens,* 256 en Cerami, 'Contrahere cum fisco', 354.

33 D. 50,2,9 pr. en 1: de benoeming van decuriones

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus libro primo decretorum. *Severus Augustus dixit: 'etsi probaretur Titius in servitute patris sui natus, tamen, cum ex libera muliere sit procreatus, non prohibetur decurio fieri in sua civitate'. 1. Non esse dubitandum, quin navicularii non debent decuriones creari.*	Paulus in het eerste boek van de 'Decreten'. Keizer Severus heeft gezegd: "Ook al wordt aangetoond dat Titius geboren is terwijl zijn vader slaaf was, aangezien hij uit een vrije vrouw is geboren, is het hem niet verboden raadslid te worden in zijn gemeente." 1. Niet moet worden betwijfeld, dat reders niet tot raadslid moeten worden benoemd.

2 *Decuriones:* de Romeinse provinciale administratie

De gouverneurs van de Romeinse provincies lieten het bestuur van de hierin gelegen steden en dorpen veelal over aan de lokale elite. De provinciale *municipia* en *coloniae* kenden een zelfstandige bestuursorganisatie die grote gelijkenissen vertoonde met het Romeinse staatsbestel en die bestond uit een volksvergadering, magistraten, zoals de *duoviri iure dicundo* en de *duoviri aediles*, en een raad van voorname burgers, de *ordo decurionum*.[2] Aanvankelijk was de *ordo decurionum*, net zoals de senaat in Rome, niet meer dan een raadgevend orgaan, terwijl de wetgevende macht bij de gemeentelijke volksvergadering lag.[3] Gedurende de keizertijd verschoof deze bevoegdheid echter naar de *ordo decurionum* – net als in Rome zelf – en werd de volksvergadering nog slechts voor de verkiezing van magistraten of priesters bij elkaar geroepen.[4] De besluiten van de *ordo* hadden kracht van wet en bonden de

1 Deze teksten worden beide behandeld in Sanfilippo, *Libri Tres*, 15-22. Zie daarnaast voor D. 50,2,9 *pr.* ook Coriat, *Les constitutions*, 368-369.

2 Zie over de bestuurlijke organisatie van *municipia* en *coloniae* in het algemeen F.F. Abbott & A.C. Johnson, *Municipal administration in the Roman Empire*, 2 delen, Princeton: Princeton University Press 1926 en bijvoorbeeld W. Langhammer, *Die rechtliche und soziale Stellung der Magistratus Municipales und der Decuriones in der Übergangsphase der Städte von sich selbstverwaltenden Gemeinden zu Vollzugsorganen des spätantiken Zwangsstaates (2.-4. Jahrhundert der römischen Kaiserzeit*), Wiesbaden: Steiner 1973. Zie over de *ordo decurionum* in het bijzonder B. Kübler, *RE* IV.2 (1901), s.v. *decurio*, 2319-2351, Abbott & Johnson, *Municipal administration I*, 64-68 en Langhammer, *Stellung*, 188 e.v.

3 Abbott & Johnson, *Municipal administration I*, 58; Langhammer, *Stellung*, 188.

4 Abbott & Johnson, *Municipal administration I*, 58.

municipale magistraten.[5] Uit overgeleverde stadswetten zoals de *lex Malacitana* en *lex Coloniae Genetivae Iuliae* blijkt dat de *ordo* alle aspecten van het publieke leven in de stad controleerde en dus het feitelijke bestuur van het *municipium* vormde.[6]

De grootte van de *ordo decurionum* was vastgelegd in het statuut van de stad. In de meeste steden bestond hij uit honderd leden, maar er zijn afwijkingen bekend.[7] Eens in de vijf jaar werden nieuwe leden tot de *ordo* toegelaten en de lijst met de nieuwe samenstelling hiervan werd publiekelijk bekendgemaakt. In beginsel bestond de *ordo* uit ex-magistraten, maar er zijn ook voorbeelden bekend van *decuriones* die door de volksvergadering, de *ordo* of de keizer zelf werden gekozen.[8] Voor toelating tot de *ordo decurionum* moest men aan een aantal vereisten voldoen.[9] Zo moest men vrijgeboren (*ingenuus*) zijn, het burgerrecht van de gemeente hebben en inwoner daarvan zijn. Daarnaast moest de kandidaat ouder dan 25 jaar zijn,[10] beschikken over een aanzienlijk vermogen[11] en hij mocht geen oneerbaar beroep bekleden, *i.e.* een beroep dat *infamia* met zich meebracht zoals dat van gladiator of acteur.[12] Tot slot moest de nieuwe *decurio* een bedrag betalen om toegelaten te worden tot de *ordo*, het *honorarium decurionatus pro introitu* of de *summa honoraria*.[13] De hoogte van dit bedrag verschilde per stad en was meestal in de statuten van het *municipium* vastgelegd.[14] Toelating tot de *ordo decurionum* werd gedurende de Republiek en de vroege Keizertijd beschouwd als een eer. De *decuriones* waren net zoals de senatoren in Rome een bevoorrechte klasse. Zij hadden het recht om een toga met een purperen zoom te dragen, hadden speciale plaatsen in het amfitheater van de stad[15] en genoten als *honestiores* vele privileges op het gebied van het strafrecht, die ook toekwamen aan hun kinderen en hun ouders.[16] Zo konden zij bijvoorbeeld niet worden gekruisigd, voor de dieren worden gegooid of tot het verrichten van dwangarbeid worden veroordeeld.[17] Daar stond tegenover dat de *decuriones*

5 *Lex Col. Gen. Iul.*, cap. 129. Zie daarnaast Langhammer, *Stellung*, 188.

6 Zie voor een overzicht van de taken en bevoegdheden van de *ordo decurionum* Abbott & Johnson, *Municipal administration I*, 67.

7 Zie bijvoorbeeld de stadswet van Tymandros, waarin een aantal van 50 *decuriones* is vastgesteld: *CIL* 3, 6866. Zie over de grootte van de *ordo decurionum* ook J. Nicols, 'On the standard size of the ordo decurionum' *ZSS* 105 (1988), 712-719.

8 Volksvergadering: Cic. *Ver.* 2,120; *ordo*: Front. *Ad am.* 2,7,3; keizer: *CIL* 10, 1271.

9 Zie hierover uitgebreid Langhammer, *Stellung*, 190-195.

10 Zie bijvoorbeeld D. 50,2,11 en D. 50,2,6,1.

11 Plin. *Ep.* 1,19,2 spreekt over een minimum van HS 100.000, d.w.z. het vermogen van een Romeinse *eques*.

12 Vgl. D. 50,2,12.

13 Waarover P. Garnsey, 'honorarium decurionatus' *Historia* 20 (1971), 309-325.

14 Dat dit bedrag hoog kon oplopen blijkt uit een inscriptie uit Rusicade, waar het intreedgeld voor nieuwe *decuriones* HS 20.000 bedroeg (*CIL* 8, 7983). Vgl. ook Plin. *Ep.* 10,113.

15 *Lex Col. Gen. Iul.*, cap. 125.

16 D. 48,19,9,12 e.v.

17 Kübler, *RE* IV.2 (1901), s.v. *decurio*, 2330-2332 en Langhammer, *Stellung*, 220 e.v. Zie verder over het onderscheid tussen *humiliores* en *honestiores* BZD, nr. 27 (D. 48,19,40) en de literatuur die wordt aangehaald in noot 28 aldaar.

niet alleen geen salaris ontvingen voor hun bestuurlijke werkzaamheden, maar dat hun positie zelfs gepaard ging met de nodige bestuurlijke verplichtingen en financiële lasten (*munera*). Zo waren *decuriones* verplicht met enige regelmaat municipale magistraturen te bekleden en dienden zij publieke werken, bijeenkomsten en festiviteiten uit eigen middelen te financieren.[18] Dergelijke *munera* waren voor de gemeenten van groot belang ter bekostiging van de uitvoering van wat wij nu zouden aanduiden als 'publieke taken', aangezien een gemeentelijke stelsel van belastingheffing in de meeste steden in het rijk ontbrak.[19] Ondanks de bijkomstige kosten van het decurionaat, beschouwden de rijke provinciale families het als een eer om tot de *ordo decurionum* te behoren en streefden zij ernaar om uit elke generatie tenminste één lid voor de *ordo* aan te leveren.[20] Hierdoor werd het decurionaat tot op zekere hoogte erfelijk, maar het bleef mogelijk voor leden van minder voorname families om tot de *ordo* toe te treden en daardoor onderdeel te worden van de gevestigde politieke orde, mits zij aan de kwalificatievereisten voldeden.

De populariteit van het decurionaat verminderde vanaf het einde van de tweede eeuw n. Chr. De toenemende inmenging van de keizerlijke administratie in het bestuur van de *municipia* en *coloniae* zorgde ervoor dat de macht en invloed van de *decuriones* afnam, terwijl het decurionaat tegelijkertijd steeds grotere financiële lasten met zich bracht.[21] Vanaf de derde eeuw werd het bekleden van de positie van *decurio* daarom steeds vaker gezien als een last in plaats van een lust en ontwikkelde zich een groot aantal gronden voor vrijstelling van het verrichten van de *munera* (vgl. D. 50,5 '*De vacatione et excusatione munerum*').[22] In een poging om de leegloop van de stadsraden tegen te gaan, werd daarom de kring van personen die voor het decurionaat in aanmerking kwamen aanzienlijk uitgebreid. Zo bepaalde Septimius

---

18 Zie voor een volledig overzicht van deze *munera* Langhammer, *Stellung*, 237 e.v. met verwijzingen naar verdere literatuur in voetnoot 412.

19 F. Millar, 'Empire and city, Augustus to Julian: obligations, excuses and status' *JRS* 73 (1983), 77.

20 J. Edmondson, 'Cities and urban life in the western provinces' in: D. Potter (ed.), *A companion to the Roman Empire*, Malden, MA etc.: Blackwell 2006, 272. Zie ook Kübler, *RE* IV.2 (1901), s.v. *decurio*, 2343, Abbott & Johnson, *Municipal administration I*, 68 en Baumann, *Freiheitsbeschränkungen*, 26-32. Eenzelfde soort 'erfelijkheid' deed zich ook voor in Rome bij de senatoriale orde, zie hierover Millar, 'Empire and city', 89-90.

21 Mommsen, *Staatsrecht* III.1, 821; Kübler, *RE* IV.2 (1901), s.v. *decurio*, 2342 e.v.; Abbott & Johnson, *Municipal administration I*, 68; Garnsey, *Social status*, 275-276. De crisis van de derde eeuw had een grote toename van de financiële lasten van de *decuriones* als gevolg. Het onderhoud van het leger vereiste veel geld met als gevolg dat de belastingen in de provincies en de *municipia* stegen. De *decuriones*, die verantwoordelijk waren voor de inning van de belasting (vgl. D. 50,1,17,7), kwamen hierdoor sterk onder druk te staan. Wanneer zij niet voldoende belasting van de inwoners van hun gemeente ontvingen, dienden zij het verschil tussen de door de overheid geëiste som en de opbrengsten zelf bij te leggen. Zie over deze problematiek meest recent Baumann, *Freiheitsbeschränkungen*, 75-110 met de (kritische) recensie van A.J.B. Sirks in *TvR* 83 (2015), 515 e.v., i.h.b. 517-518.

22 Vgl. Baumann, *Freiheitsbeschränkungen*, 23. Zie over de verschillende vrijstellingsgronden, met verdere literatuurverwijzingen, Langhammer, *Stellung*, 262 e.v.

Severus bijvoorbeeld dat het ook aan Joden was toegestaan om de positie van *decurio* te bekleden.[23] Daarnaast werden gekwalificeerde burgers steeds vaker gedwongen om tot de raad toe te treden of in ieder geval de hieraan verbonden *munera* te verrichten. Een mooi voorbeeld hiervan vinden we in D. 50,2,1, waarin Ulpianus beschrijft dat provinciegouverneurs *decuriones*, wanneer zij uit hun oorspronkelijke woonplaats vertrokken waren, konden dwingen om terug te keren en de publieke *munera* te verrichten.[24] Tegen deze achtergrond moeten de twee teksten van D. 50,2,9 worden bezien. Zij zijn illustratief voor het begin van de neergang van het decurionaat aan het einde van tweede eeuw en laten zien hoe hier in de rechtspraktijk en meer in het bijzonder door de keizers mee werd omgegaan.

3 D. 50,2,9 *PR.*

3.1 De juridische status van Titius

Het *principium* van D. 50,2,9 heeft betrekking op de uitbreiding van de kring van potentiële kandidaten voor de positie van *decurio*. Paulus schrijft dat Septimius Severus heeft gezegd dat personen die een vrije vrouw als moeder en een slaaf als vader hadden ook *decurio* van hun gemeente konden worden. De opmerking roept de vraag op naar de sociale en juridische status van een kind met dergelijke ouders.

Gaius vermeldt dat een kind dat werd geboren in een naar *ius civile* rechtsgeldig huwelijk (*i.e. in conubio*) op grond van datzelfde recht de status van zijn vader verkreeg. Werd het kind echter uit een andersoortige verhouding geboren, dan volgde het op grond van het *ius gentium* de status van de moeder:

> Gai. 1,80: '(…) en het gevolg van een rechtsgeldig huwelijk is altijd, dat degene die geboren wordt, de status van de vader volgt. (...) Maar dat wanneer het huwelijk op een andere wijze tot stand is gekomen, dat hij, die wordt geboren, op grond van het *ius gentium* de status van de moeder volgt (…).'[25]

Wanneer men deze regel toepaste op relaties tussen slaven en vrijgeborenen had dit als gevolg dat een kind dat uit de verhouding tussen een slavin en een vrijgeboren man was geboren als slaaf moest worden aangemerkt, terwijl het kind uit de relatie tussen een vrijgeboren vrouw en een mannelijke slaaf werd geboren als *ingenuus*, zoals ook door Gaius wordt opgemerkt:

---

23 D. 50,2,3,3.

24 Ulpianus libro secundo opinionum. *Decuriones, quos sedibus civitatis, ad quam pertinent, relictis in alia loca transmigrasse probabitur, praeses provinciae in patrium solum revocare et muneribus congruentibus fungi curet.* Zie ook D. 50,2,2,8, waarin wordt vermeld dat personen ouder dan 55 jaar niet meer gedwongen mogen worden om *decurio* te worden.

25 *(…) et semper conubium efficit ut qui nascitur patris condicioni accedat (...), aliter uero contracto matrimonio eum qui nascitur iure gentium matris condicionem sequi (…)*

> Gai. 1,82: 'De consequentie van deze dingen is dat op grond van het *ius gentium* uit een slavin en een vrijgeboren man een slaaf wordt geboren, terwijl anderzijds uit een vrijgeboren vrouw en een mannelijke slaaf een vrijgeboren kind ter wereld komt.'[26]

De jurist voegt hier echter direct aan toe dat er op grond van het Romeinse *ius civile* enkele uitzonderingen bestonden op dit uitgangspunt (Gai. 1,83: '*Animaduertere tamen debemus, ne iuris gentium regulam uel lex aliqua uel quod legis uicem optinet, aliquo casu commutauerit*'). Voor de interpretatie van D. 50,2,9 *pr.* is vooral *caput* 86 relevant, waarin Gaius het volgende vermeldt:

> Gai. 1,86: 'Maar dit gedeelte van de wet is in stand gebleven, dat uit een vrije vrouw en de slaaf van iemand anders, van wie zij wist dat hij een slaaf was, slavenkinderen worden geboren. Maar bij de volkeren die een dergelijke wet niet kennen, volgt degene die geboren wordt op grond van het *ius gentium* de status van de moeder en is dus vrijgeboren.'[27]

De door Gaius vermelde wet, waarvan de naam en verdere inhoud onderwerp van debat zijn,[28] maakte een uitzondering op het beginsel van *ius gentium* dat kinderen de status van hun moeder volgden en schreef voor dat zij in het geval van een relatie tussen een vrijgeboren vrouw en een mannelijke slaaf niet als *ingenui*, maar als slaven werden geboren. Toepassing van deze regel op het geval van Titius zou betekenen dat de keizerlijke beslissing met zich bracht dat ook slaven konden worden toegelaten tot het decurionaat. Een dergelijke invulling en strekking van de uitspraak van Severus is uiterst onwaarschijnlijk. Wanneer wij de tekst van Gaius echter nauwkeurig lezen, blijkt dat voor de toepassing van deze afwijking van de hoofdregel echter wel twee vereisten golden. Het moest gaan om de slaaf van iemand anders (*servus alienus*) en, belangrijker nog, de vrouw moest kennis hebben gehad van de sociale status van haar minnaar. Als dit niet het geval was, werden de kinderen als *ingenui* geboren, zoals blijkt uit een rescript van Caracalla:

> C. 5,18,3: 'Keizer Antoninus aan Hostilia. Als jij zonder bekend te zijn met de status van Eros met hem als ware hij een vrij man bent getrouwd en een bruidsschat hebt gegeven en er later is geoordeeld dat hij slaaf was, zal jij de bruidsschat uit het *peculium* terugkrijgen, en al hetgeen hij nog verschuldigd aan jou blijkt te zijn. Jouw kinderen worden echter als buitenechtelijke vrijgeboren kinderen beschouwd, aangezien zij geboren zijn uit een vrije moeder en een onzekere vader.'[29]

---

26 *Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium seruus nascitur, et contra ex libera et seruo liber nascitur.*

27 *Sed illa pars eiusdem legis salua est, ut ex libera et seruo alieno, quem sciebat seruum esse, serui nascantur. itaque apud quos talis lex non est, qui nascitur, iure gentium matris condicionem sequitur et ob id liber est.*

28 Er bestaan verschillende opvattingen over de aard en de geadresseerden van de onbekende *lex* uit Gai. 1,85-86, waarover Sanfilippo, *Libri Tres*, 16-18. Zie daarnaast ook P.R.C. Weaver, 'Gaius I.84 and the S.C. Claudianum' *CR* 14 (1964), 137-139 en J.A. Crook, 'Gaius, Institutes, I.84-86' *CR* 17 (1967), 7-8.

29 Imp. Antoninus A. Hostiliae. *Si ignorans statum Erotis ut liberum duxisti et dotem dedisti isque postea servus est iudicatus, dotem ex peculio recipies et si quid praeterea tibi debuisse eum apparuerit. filii autem tui, ut ex libera nati incerto tamen patre, spurii ingenui intelleguntur.*

Uit het bovenstaande volgt dat Titius als zoon van een *ingenua* en een slaaf hoogstwaarschijnlijk de status van vrijgeboren (*ingenuus*), maar buitenechtelijk kind (*spurius*) had.[30] Een dergelijk kind was alleen cognatisch verwant aan de moeder, volgde haar *origo*[31] en stond niet onder de *patria potestas* van zijn vader, maar was vanaf zijn geboorte *sui iuris*.[32] Uit een papyrus uit Egypte uit 145 n. Chr. blijkt dat *spurii* op grond van de *lex Aelia Sentia* en de *lex Papia Poppaea* aanvankelijk niet mochten worden geregistreerd in de publieke geboorteregisters.[33] Dit veranderde waarschijnlijk gedurende het bewind van Marcus Aurelius,[34] maar ook hierna zorgde het feit dat *spurii* geen onderdeel uitmaakten van een *familia* met aan het hoofd een *pater familias* ervoor dat zij in de Romeinse samenleving een achtergestelde positie bleven houden.[35] Dit verschil tussen legitieme en buitenechtelijke kinderen wordt fraai geïllustreerd door een rescript van Marcus Aurelius en Lucius Verus aan de gouverneur van Bithynia over de vraag of *spurii* tot *decurio* konden worden benoemd:

> D. 50,2,3,2: 'Er bestaat geen enkele twijfel dat buitenechtelijke kinderen verkozen kunnen worden in de raad. Als hij [een buitenechtelijk kind] een legitiem kind als tegenstander heeft, hebben Marcus Aurelius en Lucius Verus aan Lollius Avitus, gouverneur van Bithynia, te kennen gegeven dat hij [het legitieme kind] de voorkeur moet krijgen. Maar bij gebrek hieraan kunnen ook buitenechtelijke kinderen met zowel een toereikend vermogen als een eerbaar leven tot het decurionaat worden toegelaten. Dit zal geen enkele smet voor de raad opleveren, aangezien het in zijn eigen belang is dat de raad altijd voltallig is.'[36]

Uit het bovenstaande rescript blijkt dat er ten tijde van het bewind van Marcus Aurelius geen twijfel meer over bestond dat buitenechtelijke kinderen tot de *ordo decurionum* konden worden toegelaten, mits er geen legitieme kinderen verkiesbaar waren en de *spurius* voldeed aan de algemene voorwaarden

30 J. Evans Grubbs, 'Making the private public: illegitimacy and incest in Roman law' in: C. Ando & J. Rüpke (ed.), *Public and private in ancient mediterranean law and religion*, Berlijn etc.: De Gruyter 2015, 126.

31 D. 50,1,9.

32 Gai. 1,64. Zie over *spurii* Kaser, *Privatrecht*, 351-352 en meest recent Evans Grubbs, 'Making', 115 e.v., i.h.b. 122 e.v. Zie ook B. Rawson, '*Spurii* and the Roman view of illegitimacy' *Antichton* 23 (1989), 10-41.

33 P. Mich. 3.169, 1.3-5: '*quia lex Aelia Sentia et Papia Poppaea spurios spuriasve in albo profiteri vetat*'. Zie over deze akte H.A. Sanders, 'A birth certificate of the year 145 A.D.' *AJA* 32 (1928), 309-329 en C. Terreni, 'P. Mich. 3.169: il mistero di Sempronia Gemella' *SDHI* 62 (1996), 573-582.

34 SHA *Marc.* 9,7-9. Zie over deze regel Rawson, '*Spurii*', 28 en Evans Grubbs, 'Making', 123. Zie daarnaast Schulz, *CRL*, 126 en 160. Anders C. Sánchez-Moreno Ellart, 'Notes on some new issues concerning the birth certificates of roman citizens' *JJP* 34 (2004), 107-119.

35 Evans Grubbs, 'Making', 125.

36 Ulpianus libro tertio de officio proconsulis. *Spurios posse in ordinem allegi nulla dubitatio est: sed si habeat competitorem legitime quaesitum, praeferri eum oportet, divi fratres Lolliano Avito Bithyniae praesidi rescripserunt. cessantibus vero his etiam spurii ad decurionatum et re et vita honesta recipientur: quod utique non sordi erit ordini, cum ex utilitate eius sit semper ordinem plenum habere.*

voor lidmaatschap van de *ordo* (zie paragraaf 2 *supra*).[37] Het is waarschijnlijk dat dit een recente ontwikkeling was en dat *spurii* pas vanaf de tweede eeuw n. Chr. werden toegelaten tot de *ordo decurionum* om de gaten te vullen die ontstonden door de vermindering van de populariteit van het decurionaat. Van een dergelijke houding getuigt ook duidelijk de laatste zin van het hierboven geciteerde rescript.[38]

3.2 De regel van D. 50,2,9 *pr.*

Wat betekent dit alles voor de tekst van Paulus? Op basis van het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat de opmerking van Severus uit D. 50,2,9 *pr.* geen vernieuwend karakter had, maar slechts een herhaling was van een reeds bestaande, zij het recente, rechtsregel. Daarnaast is de door de jurist gebruikte formulering opvallend. Paulus leidt de opmerking van de keizer in met de woorden '*Severus Augustus dixit*'. Het woord *dicere* wordt door Paulus op geen enkele andere plaats in de *Decreta* en *Imperiales Sententiae* gebruikt om een keizerlijk eindoordeel te markeren, maar slechts om de standpunten van partijen of een opvatting van één van de juristen uit het *consilium* weer te geven.[39] Hieruit volgt dat de tekst van D. 50,2,9 *pr.* waarschijnlijk niet de uitspraak van Severus bevat, maar slechts een weergave is van het standpunt dat de keizer in het debat in het *consilium* verdedigde en dat door de compilatoren uit het verslag van Paulus is geëxcerpeerd en in de Digesten is opgenomen.[40] De tekst geeft geen duidelijkheid over het onderliggende geschil of over de wijze waarop dit bij de keizer terecht was gekomen. Er wordt wel betoogd dat de zaak een appel van Titius betrof tegen een gemeentelijke *lectio ordinis*, de selectie van de leden van de *ordo decurionum* door de *duoviri quinquennales*, waaruit hij naar zijn mening onterecht was weggelaten.[41] Hieruit volgt dat, hoewel het decurionaat onder de gevestigde orde ten tijde van Severus al aan populariteit inboette, het voor andere groep vrije burgers, zoals *spurii*, nog steeds een manier was om hun sociale positie te versterken en hun aanzien te vergroten.

4 D. 50,2,9,1: DE VRIJSTELLING VAN *NAVICULARII*

De tweede tekst van D. 50,2,9 ziet op de vrijstelling van het decurionaat voor een bijzondere groep Romeinse ondernemers, te weten *navicularii*, oftewel reders. Hoewel de tekst van Paulus ruim is geformuleerd en spreekt over

37 Zie ook D. 50,2,6 *pr.*
38 Langhammer, *Stellung*, 191 nt. 15 en 194.
39 Zie voor een dergelijk gebruik van *dicere* in de *Decreta* en de *Imperiales Sententiae*: D. 4,4,38 *pr.*; D. 10,2,41; D. 14,5,8; D. 26,5,28; D. 26,7,53; D. 29,2,97; D. 32,97; D. 36,1,76(74),1; D. 37,14,24; D. 48,18,20; D. 49,14,47 *pr.*; D. 49,14,48,1.
40 Vgl. Bianchini, *Materiali*, XII.
41 Sanfilippo, *Libri Tres*, 20.

navicularii in het algemeen, moet worden aangenomen dat deze niet op alle reders betrekking had, maar slechts op die *navicularii* wier schepen verantwoordelijk waren voor de graantoevoer naar Rome (de *annona*).[42] Het transporteren van graan naar Rome werd beschouwd als een uiterst belangrijke taak en om die reden genoten de reders die bij de *annona* betrokken waren reeds sinds het begin van de keizertijd een aantal privileges. Zo schrijft Suetonius dat Claudius niet alleen de *navicularii* met financiële middelen ondersteunde, maar ook mannelijke burgers ontsloeg van de verplichtingen die aan hen door de *lex Papia Poppaea* werden opgelegd, aan *Latini* het Romeinse burgerschap toekende en aan hun vrouwen het *ius trium liberorum* gaf.[43] Nero stelde de reders vrij van de betaling van *tributum* over hun schepen.[44] Op den duur – en in ieder geval vanaf het bewind van Hadrianus – verkregen de reders ook vrijstelling van de publieke *munera* in de provinciale gemeenten:

> D. 50,6,6(5),3: 'Handelaren, die betrokken zijn bij de graanvoorziening van de stad, en reders, die de graanvoorziening van de stad ondersteunen, krijgen een vrijstelling van publieke *munera*, zolang als zij in die hoedanigheid actief zijn. Want terecht is het de heersende leer dat zij voor hun risico's worden beloond, ja zelfs hiertoe met beloningen worden aangemoedigd, zodat zij die buiten hun eigen stad taken, nota bene publieke taken, met gevaar en arbeid vervullen, van hun gemeentelijke lasten en kosten worden bevrijd. En daarom is het niet vreemd om te zeggen dat ook zij, terwijl zij de graantoevoer van Rome dienen, vanwege staatszaken afwezig zijn.'[45]

De positie van graanhandelaren en *navicularii* werd vergeleken met die van Romeinen die afwezig waren vanwege staatszaken en om deze reden niet hoefden bij te dragen aan de municipale lasten.[46] In beide gevallen was de vrijstelling gegrond op het feit dat de betrokken personen al op een andere wijze een bijdrage aan de samenleving (de *res publica*) leverden en hiervoor niet alleen kosten maakten, maar zelfs ook regelmatig gevaar liepen. De hiervoor genoemde vergaande vrijstellingen werden echter niet zonder meer aan elke *navicularius* verleend die bij de graanhandel betrokken was.[47] Men moest om te beginnen het grootste deel van zijn vermogen in de rederij hebben geïnvesteerd en blijven investeren, dit om te voorkomen dat (rijke) inwoners van gemeenten hun publieke verplichtingen probeerden te ontlopen

42 Vgl. D. 50,6,6(5),5: Callistratus libro primo de cognitionibus. *Divus Hadrianus rescripsit immunitatem navium maritimarum dumtaxat habere, qui annonae urbis serviunt*.

43 Suet. *Claud.* 18-19.

44 Tac. *Ann.* 13,51.

45 Callistratus libro primo de cognitionibus. *Negotiatores, qui annonam urbis adiuvant, item navicularii, qui annonae urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in eiusmodi actu sunt. Nam remuneranda pericula eorum, quin etiam exhortanda praemiis merito placuit, ut qui peregre muneribus et quidem publicis cum periculo et labore fungantur, a domesticis vexationibus et sumptibus liberentur: cum non sit alienum dicere etiam hos rei publicae causa, dum annonae urbis serviunt, abesse.*

46 Zie voor afwezigheid van staatswege als vrijstellingsgrond D. 50,5,4.

47 Vgl. D. 50,6,6(5),9.

door een klein deel van hun vermogen in de graanhandel te steken.[48] Daarnaast golden de vrijstellingen alleen gedurende de periode dat de reder actief was in de Romeinse graanvoorziening[49] en hadden zij alleen betrekking op zijn eigen persoon en niet op zijn kinderen en vrijgelatenen.[50] Wanneer verschillende reders zich verenigden in een *collegium* of een *corpus*, kon de vrijstelling ook aan deze vereniging als zodanig worden toegekend. In dit geval gold de vrijstelling echter alleen voor *navicularii* zelf en niet voor andere personen die bij de feitelijke of financiële ontplooiing van de activiteiten van de vereniging betrokken waren.[51]

De vrijstelling van publieke taken en verplichtingen sloot op zich niet uit dat *navicularii* toetraden tot de *ordo decurionum* van hun gemeente. Wanneer zij hiervoor kozen, kwam hun vrijstelling van de publieke *munera* te vervallen en waren zij verplicht om deze net als de andere leden van de *ordo* te vervullen, zo blijkt uit een rescript van Pertinax:

> D. 50,6,6(5),13: 'Ik heb begrepen dat zij, die opgenomen zijn in corporaties, die vrijstelling verlenen, zoals die van de reders, wanneer zij de positie van *decurio* op zich nemen, moeten worden gedwongen om de publieke *munera* te verrichten. En dit schijnt ook door een rescript van de wijlen Pertinax bevestigd te zijn.'[52]

Dit brengt ons terug bij de uitleg van D. 50,2,9,1. Uit de formulering van de tekst van Paulus blijkt dat het in D. 50,2,9,1 om een bijzondere vorm van benoeming tot *decurio* gaat. Uit de woorden '*non debent creari*' kan worden afgeleid dat het niet ging om de situatie waarin een *navicularius* het decurionaat vrijwillig op zich had genomen, maar op het geval waarin hij hiertoe gedwongen werd.[53] Dit soort gevallen zullen zich gedurende de regeerperiode van de *Severi* steeds vaker hebben voorgedaan. Door de toenemende impopulariteit van het decurionaat kregen *municipia* steeds meer moeite met het vullen van de *ordo decurionum* en de gemeenten zagen in een dergelijk geval geen andere uitweg dan hun inwoners te dwingen om tot de *ordo* toe te treden.[54] Een dergelijke gedwongen opname in de *ordo* zou voor de *navicularii* echter een ontoelaatbare doorkruising van de aan hen toegekende privileges betekenen, zeker wanneer dit met zich zou brengen dat zij, wanneer zij tegen hun wil tot *decurio* werden benoemd, ook verplicht waren om de

---

48 D. 50,6,6(5),6 en 8. D. 50,5,4 geeft specifiekere hoeveelheden: het moest gaan om één schip met een laadvermogen van minimaal 50.000 schepels (*modii*) of vijf schepen met ieder een laadvermogen van minimaal 10.000 schepels.

49 D. 50,6,6(5),3. D. 50,4,5 schrijft een periode van vijf jaar voor.

50 D. 50,6,6(5),4.

51 D. 50,6,6(5),12, die spreekt over de *artifices*. Zie echter het hieronder geciteerde D. 50,6,6(5),13 waarin wordt gesproken over een *corpus naviculariorum*.

52 Callistratus libro primo de cognitionibus. *Eos, qui in corporibus allecti sunt, quae immunitatem praebent <ut>* (*ins.* Hal.) *naviculariorum, si honorem decurionatus adgnoverint, compellendos subire publica munera accepi: idque etiam confirmatum videtur rescripto divi Pertinacis*.

53 Sirks, *Food for Rome*, 95.

54 Vgl. Sirks, *Food for Rome*, 95. Zie ook Baumann, *Freiheitsbeschränkungen*, 40-42 over gedwongen toetreding tot de *ordo* als strafmaatregel.

hiermee verbonden *publica munera* te verrichten, zoals de hierboven geciteerde Digestentekst lijkt te suggereren. Uit D. 50,2,9,1 blijkt dan ook dat een dergelijke benoeming in het geval van *navicularii* niet mogelijk was.

Op basis van de formulering van de tekst kan worden aangenomen dat ook in dit geval de compilatoren slechts een deel van het verslag van Paulus in de Digesten hebben opgenomen. De formulering van de tekst *'non esse dubitandum, quin navicularii non debent decuriones creari'* rammelt. In de hoofdzin ontbreekt een persoonsvorm, terwijl in de hierop volgende bijzin ingeleid door *quin* een coniunctivus zou moeten worden gebruikt.[55] In hoeverre de overgeleverde tekst de inhoud weergeeft van de oorspronkelijke uitspraak of eventueel van een standpunt dat in het *consilium* was verdedigd, kan daarom niet met zekerheid worden gezegd. Ook is het net zoals in het *principium* onduidelijk welk geschil aan de keizerlijke uitspraak ten grondslag lag. Het is goed mogelijk dat het ging om een appel van een *navicularius* tegen een gedwongen benoeming tot *decurio*.[56] Wij zijn bekend met dergelijke procedures in het geval van vrijstellingen van het verrichten van gemeentelijk *munera*, zoals blijkt uit D. 50,5,1,1:

> D. 50,5,1,1: 'Diegenen die één of andere vrijstellingsgrond wensen te gebruiken, moeten hiervoor telkens wanneer zij worden benoemd beroep aantekenen, ook al zijn zij al eens eerder vrijgesteld. (…).'[57]

Vrijstellingen van *munera* werden dus niet zomaar verleend, maar moesten actief, dat wil zeggen door het aantekenen van beroep, worden verworven.[58] Het is aannemelijk dat iemand die op wilde komen tegen een gedwongen benoeming tot *decurio* een zelfde soort procedure diende te volgen. Dat dergelijke beroepsprocedures konden worden uitgeprocedeerd tot aan de keizer blijkt uit de zaak van Romanius Appulus (D. 26,5,28), die zich bij het keizerlijk hof verzette tegen een magistratelijke benoeming tot voogd.[59]

---

55 Zie bijvoorbeeld D. 18,1,50 en D. 22,5,3,6.

56 Sanfilippo, *Libri Tres*, 22 gaat net als bij D. 50,2,9 *pr*. uit van een appel van een *navicularius* tegen een *lectio ordinis* door de *duoviri quinquennales*, waarin deze (naar diens mening onterecht) als *decurio* was opgenomen.

57 Ulpianus libro secondo opinionum. *Qui excusatione aliqua utuntur, quotienscumque creati fuerint, etsi iam ante absoluti sunt, necesse habent appellare. (…)*

58 De gedachte achter deze regel verwoordt Ulpianus in D. 50,5,1 *pr.*: '*Omnis excusatio sua aequitate nititur. sed si praetendentibus aliquod sine iudice credatur, aut passim sine temporis praefinitione, prout cuique libuerit, permissum fuerit se excusare, non erunt, qui munera necessaria in rebus publicis obeant.* (…)'

59 BZD, nr. 7 (D. 26,5,28).

34 D. 50,16,240: de teruggave van de dos bij beëindiging van het huwelijk

1 Tekst en vertaling[1]

Paulus ex libris[a] sex libro primo imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum. *Cum quaerebatur, an verbum 'soluto matrimonio dotem reddi' non tantum divortium, sed et mortem contineret, hoc est an de hoc quoque casu contrahentes sentirent[b], et multi putabant hoc sensisse, et quibusdam aliis contra videbatur: secundum <….>[c]: hoc motus imperator pronuntiavit id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum.*	Paulus in het eerste boek van de 'Zes boeken keizerlijke uitspraken gedaan in gerechtelijke procedures'. Toen werd gevraagd, of de clausule 'dat de bruidsschat terug wordt gegeven bij beëindiging van het huwelijk' niet alleen echtscheiding, maar ook de dood omvatte, dat wil zeggen of de contractspartijen ook dit geval hadden willen regelen, waren velen van mening dat dit de bedoeling was, terwijl aan andere personen het tegenovergestelde toescheen. Volgens <…>. Hierdoor bewogen, deed de keizer uitspraak dat dit met dit beding was bedoeld dat de bruidsschat in geen enkel geval bij de echtgenoot bleef.

[a] *libris* F[2]; *libro* F[1] [b] *sentirent* Hal.; *sentient* F [c] Mo.: *'desunt rationes ab utraque parte prolatae.'*

2 '*Secundum hoc motus*': de tekstuele overlevering van D. 50,16,240

Deze tekst, die afkomstig is uit het eerste boek van de *Imperiales Sententiae*, heeft betrekking op het Romeinse huwelijksrecht en meer in het bijzonder de regels omtrent de teruggave van de bruidsschat, de *dos*.[2] Voordat op de inhoud kan worden ingegaan, dient eerst enige aandacht te worden geschonken aan de overlevering van de tekst en in het bijzonder aan de beginwoorden van de laatste zin '*secundum hoc motus*'. De tekst is overzichtelijk door Paulus vormgegeven: hij begint met de in het geding zijnde rechtsvraag, om vervolgens te vermelden dat er verschil van mening bestond bin-

1 Deze tekst wordt behandeld U. Babusiaux, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess,* München: Beck 2006, 147-148 en J.F. Stagl, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wenen etc.: Böhlau 2009, 111-112.

2 Over beide onderwerpen bestaat een grote hoeveelheid aan literatuur. Zie voor een beknopt overzicht Kaser, *Privatrecht*, 310 e.v. De meest recente Engelstalige monografie op dit gebied is S. Treggiari, *Roman marriage.* Iusti coniuges *from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford: Clarendon Press 1991.

nen het *consilium*, waarbij sommige personen de ene opvatting verdedigden en andere personen een andere. Op deze constatering volgt direct het keizerlijk oordeel, dat wordt ingeleid met de zinsnede '*secundum hoc motus*'. Met andere woorden, onderbouwing van de verschillende standpunten van de keizerlijke adviseurs ontbreekt. Tegelijkertijd is de woordcombinatie '*secundum hoc motus*' onvertaalbaar. Om deze reden heeft Mommsen in zijn *Editio Maior* aangenomen dat '*secundum*' in de oorspronkelijke tekst van Paulus (en wellicht ook in andere, verloren gegane, handschriften van de Digesten) de motivering van de standpunten inleidde, terwijl hij *'hoc motus'* vervolgens verbindt met *imperator*.[3] Problematisch aan deze theorie is dat we de constructie *'hoc motus'* nergens anders in de Digesten tegenkomen. De woordcombinatie '*secundum hoc'* is daarentegen wel een gangbare uitdrukking, die we op verschillende plaatsen in de Digesten terugvinden en daar de betekenis 'volgens dit/dat', 'op grond van het voorgaande' of 'daarom' heeft.[4] *Secundum hoc* geeft met andere woorden uiting aan een gevolgtrekking. Toch is ook deze uitleg problematisch. Om te beginnen veronderstelt het gebruik van '*secundum hoc'* een voorafgaande uitleg van de standpunten van de keizerlijke adviseurs (op grond waarvan de keizer zijn beslissing nam) en deze motivering ontbreekt nu juist in D. 50,16,240. Daarnaast is de woordcombinatie *motus imperator* niet veelzeggend: waardoor is de keizer nu precies '*motus'*? Wellicht is dit ook de reden dat de Vulgaat een andere lezing heeft van het woord *motus*, te weten '*Tit(i)us'*.[5] *Tit(i)us Imperator* is echter ook een vreemde woordcombinatie, aangezien geen enkele van de keizers waaronder Paulus heeft gewerkt de naam Titus of Titius droeg. Kortom, voor beide lezingen valt iets te zeggen, maar beide kennen ook hun gebreken. Aangezien deze kwestie voor de inhoud van de tekst weinig relevant is, zal hier in overeenstemming met de rest van de literatuur over D. 50,16,240 de lezing van Mommsen worden gevolgd.

3 Mommsen, *Digesta II*, 955 nt. 4, gevolgd door Lenel, *Palingenesia I*, 1112 nt. 2. Zie ook Babusiaux, *Id quod*, 147, Stagl, *Favor dotis*, 111 en Coriat, *Les constitutions*, 219.

4 Zie bijvoorbeeld D. 25,4,1,4, D. 40,4,19 en D. 40,5,4,21.

5 Mommsen, *Digesta II*, 955.

3 Juridisch kader: huwelijk en bruidsschat

3.1 Het huwelijk in het klassieke Romeinse recht

Anders dan in het Nederlandse recht, waren er in het Romeinse recht vrijwel geen formaliteiten verbonden aan de totstandkoming van een huwelijk.[6] Ulpianus schrijft hierover het volgende:

> D. 35,1,15: 'Aan wie een legaat is vermaakt onder de voorwaarde 'wanneer zij met een lid van de familie was getrouwd', schijnt de voorwaarde meteen vervuld te zijn, wanneer zij als echtgenote naar binnen is gebracht, hoewel zij nog niet in de slaapkamer van haar echtgenoot is gekomen. Huwelijken komen immers niet tot stand door gemeenschap, maar door wilsovereenstemming.'[7]

De jurist verwerpt het idee dat een huwelijk alleen rechtsgeldig kon zijn wanneer het was geconsumeerd. Voor de sluiting van een huwelijk was slechts wilsovereenstemming nodig, die tot uiting werd gebracht in een zogeheten *deductio uxoris in domum mariti*.[8] Dit betekende echter niet dat alle huwelijkssluitingen die berustten op wilsovereenstemming zonder meer rechtsgeldig waren. Het vereiste van wilsovereenstemming bracht met zich mee dat beide partijen handelingsbekwaam dienden te zijn, met als gevolg dat minderjarigheid of krankzinnigheid bij één der partijen tot de nietigheid van het huwelijk leidde.[9] Dit betekende verder dat wanneer de bruid of de bruidegom zich *in potestate* bevond, toestemming vereist was van de *pater familias* in kwestie.[10] Een huwelijk was daarnaast naar Romeins recht alleen rechtsgeldig als tussen beide partners *conubium* bestond, dat wil zeggen het recht om met elkaar in het huwelijk te treden.[11] Een dergelijk recht ontbrak bijvoorbeeld in het geval van een huwelijk tussen vrije burgers en slaven en huwelijken tussen familieleden.[12]

---

6 Over de aard van het Romeinse huwelijk bestaat tot op de dag van vandaag discussie in de literatuur. De traditionele opvatting, die bijvoorbeeld wordt verdedigd door Kaser, luidt dat de Romeinen het huwelijk niet beschouwden als een rechtsverhouding, maar als een feitelijk sociaal instituut ('ein faktische Verhältnis des sozialen Lebens') waaraan bepaalde rechtsgevolgen waren verbonden, zie Kaser, *Privatrecht*, 310 met verwijzingen naar andere auteurs. Recent is echter door verschillende auteurs betoogd dat de Romeinse juristen het huwelijk wel degelijk als een rechtsverhouding kwalificeerden, zie bijvoorbeeld G. Eisenring, *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis*, Wenen etc.: Böhlau 2002.

7 Ulpianus libro XXXV ad Sabinum. *Cui fuerit sub hac condicione legatum 'si in familia nubsisset', videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*

8 Een informele *deductio* was voldoende, zie Schulz, *CRL*, 111-112. Zie over de vereisten voor de totstandkoming van een geldig huwelijk verder Treggiari, *Roman marriage*, 37-82.

9 *UE* 5,2 en *PS* 2,19,7.

10 *UE* 5,2 en D. 23,2,2.

11 *UE* 5,2 en 3.

12 Slaven: *UE* 5,5; *PS* 2,19,6. Familieleden: Gai. 1,59; *UE* 5,6. Een andere belangrijke groep burgers die tot het bewind van Septimius Severus geen *conubium* had, waren soldaten.

In vermogensrechtelijk opzicht kon het huwelijk op twee manieren worden vormgegeven.[13] In de vroege Republiek werd de vrouw meestal door haar vader (de *pater familias*) overgedragen aan de familie van haar echtgenoot, de zogeheten '*conventio in manum*'. Deze *conventio in manum* kon op ceremoniële wijze geschieden door middel van een godsdienstige plechtigheid (*confarreatio*) of door middel van *coemptio*, een overdrachtsvorm die was afgeleid van de *mancipatio*.[14] De positie van vrouw die zich *in manu* bevond, vertoonde grote gelijkenissen met die van een dochter *in potestate*; de Romeinse jurist Gaius stelt zelfs dat zij in *filiae loco* stond.[15] Zoals een dochter had zij geen eigen vermogen, kon zij niet zelfstandig rechtshandelingen verrichten en werd zij op grond van de regels van het intestaaterfrecht *heres legitima* van haar echtgenoot. Wanneer zij *sui iuris* was, kwam al het vermogen dat zij vóór haar huwelijk had gehad vanaf de huwelijkssluiting toe aan haar echtgenoot of diens *pater familias* en werd zij zelf vanaf dat moment handelingsonbekwaam.[16] Het *manus*-huwelijk raakte reeds ten tijde van de Republiek in onbruik en gedurende de keizertijd werden de meeste huwelijken daarom zonder *conventio in manum* gesloten. Bij een dergelijk 'vrij' huwelijk trad de vrouw niet toe tot de familie van haar echtgenoot, maar bleef in de *potestas* van haar vader of eventueel *sui iuris*, indien haar vader overleden was of zij om een andere reden reeds voor het huwelijk *sui iuris* was geworden. Wanneer er geen *conventio in manum* plaatsvond, had het huwelijk in beginsel geen consequenties voor de vermogensrechtelijke positie van de echtgenoten. Men was getrouwd onder wat tegenwoordig 'koude uitsluiting' wordt genoemd.[17] Zij werden zelfs niet als wettelijke erfgenamen van elkaar gezien, daar zij tot verschillende *familiae* behoorden en dus niet agnatisch verwant waren. Dit betekende overigens niet dat de echtgenoten ook in de praktijk in vermogensrechtelijk opzicht strikt gescheiden levens leidden: de gewoonte dicteerde dat echtgenoten die zich in een gelukkig huwelijk bevonden hun vermogens als een gemeenschap behandelden.[18]

3.2 De bruidsschat (*dos*)

In het Romeinse huwelijksrecht bestond, net als in vele andere antieke culturen, de gewoonte om aan de bruidegom een bruidsschat, een *dos*, uit te keren, ongeacht de vraag om wat voor soort huwelijk het ging.[19] Deze werd

13 Zie over dit onderwerp Kaser, *Privatrecht*, 329-332 en Treggiari, *Roman Marriage*, 365 e.v.
14 Gai. 1,112-113. Naast deze twee wijzen van 'overdracht' kon de vrouw ook in de familie van haar echtgenoot worden opgenomen door verjaring (*usus*), zie Gai. 1,111.
15 Vgl. Gai. 1,114, 2,139 en 3,3. De gelijkenis met een *filia* gaat echter niet helemaal op, de echtgenoot had bijvoorbeeld niet het *ius vitae necisque* over zijn vrouw zoals hij dit wel over zijn kinderen had, zie Schulz, *CRL*, 117. Zie daarnaast Treggiari, *Roman Marriage*, 28 e.v. over de gevolgen van het *manus*-huwelijk.
16 Kaser, *Privatrecht*, 330.
17 Vgl. ook Kaser, *Privatrecht*, 329, die spreekt over 'Gütertrennung'.
18 Schulz, *CRL*, 119-120 en Kaser, *Privatrecht*, 329.
19 Schulz, *CRL*, 122 en Kaser, *Privatrecht*, 333.

om twee redenen aan de toekomstige echtgenoot gegeven.[20] Om te beginnen werd hij gezien als een bijdrage in de kosten die de echtgenoot diende te maken om in het levensonderhoud van zijn echtgenote en hun kinderen te voorzien, de *onera matrimonii*.[21] Daarnaast diende de bruidsschat als bron van inkomsten en onderhoud voor de vrouw bij beëindiging van het huwelijk en moest om die reden in de meeste gevallen bij het einde van het huwelijk worden gerestitueerd aan de vrouw (waarover hieronder meer).

De bruidsschat kon door verschillende personen worden aangeboden. In de meeste gevallen werd hij afgegeven door de *pater familias* van de bruid, dat wil zeggen haar vader of eventueel grootvader, en een dergelijke bruidsschat werd om die reden ook wel aangeduid als een *dos profecticia*: *'profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius.'* (*UE* 6,3).[22] Wanneer de *pater familias* van de bruid niet meer in leven was of niet over de benodigde financiële middelen beschikte, kon de bruidsschat ook worden verschaft door iemand anders.[23] In dit geval placht hij te worden aangeduid als een *dos adventicia*.[24] Daarnaast kon de toekomstige echtgenote natuurlijk ook zelf, indien zij *sui iuris* was, haar eigen bruidsschat uitkeren.[25] Over de daadwerkelijke verschaffing van de *dos* wordt in de zogeheten *Ulpiani Epitome* het volgende vermeld:

> *UE* 6,1: 'Een bruidsschat wordt gegeven, toegezegd of beloofd'.[26]

De *dotis datio* was de feitelijke overhandiging van de *dos*. Hiervoor bestonden geen bijzondere regels, op de afgifte waren de gewone privaatrechtelijke regels met betrekking tot overdracht van goederen en vorderingen van toepassing.[27] Daarnaast kon de uitkering van een *dos* worden beloofd door middel van een stipulatie, een *dotis promissio*, of door middel van een speciale vormelijke toezegging, de *dotis dictio*.[28] Naast de door Ulpianus genoemde wijzen kon de *dos* ook nog op grond van een damnatielegaat worden gegeven.[29]

---

20 Schulz, *CRL,* 120; Kaser, *Privatrecht*, 332-333; Treggiari, *Roman Marriage,* 332 e.v. Zie daarnaast Saller, *Patriarchy*, 210 e.v.

21 Vgl. D. 10,2,20,2, D. 23,3,7 *pr.* en D. 23,3,56,1-2.

22 Kaser, *Privatrecht*, 334.

23 Saller, *Patriarchy*, 207-208 meent dat ongeveer één derde tot de helft van alle bruidsschatten niet door de *pater familias* werden betaald.

24 *UE* 6,3. Vgl. ook D. 23,3,5,9 en 11.

25 Kaser, *Privatrecht*, 334. Zie bijvoorbeeld D. 23,3,73 *pr.* en 2.

26 *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*.

27 Schulz, *CRL*, 122 en Kaser, *Privatrecht*, 335.

28 *UE* 6,2 en Gai. 3,95a. Uit de laatste tekst lijkt, hoewel deze corrupt is, te kunnen worden opgemaakt dat het belangrijkste verschil tussen een *dotis promissio* en een *dotis dictio* was dat de *dictio* - in tegenstelling tot een *promissio* - geen voorafgaande vraag van de echtgenoot behoefde. Aangezien de *dotis dictio* door de compilatoren uit de Digesten is verwijderd en overal is vervangen door de *dotis promissio* is het echter moeilijk om iets met zekerheid over deze rechtsfiguur vast te stellen, zie Schulz, *CRL*, 122-123 en Kaser, *Privatrecht*, 336.

29 Zie bijvoorbeeld D. 23,3,48,1.

Gedurende het huwelijk was de echtgenoot volledig eigenaar van de zaken die behoorden tot de *dos* en kon hij in beginsel zonder toestemming van zijn vrouw over deze zaken beschikken.[30] Op dit uitgangspunt bestonden een aantal uitzonderingen. Zo was de echtgenoot op grond van de *lex Iulia de fundo dotali*, een hoofdstuk van de *lex Iulia de maritandis ordinibus*, niet bevoegd om zonder de toestemming van zijn echtgenote landerijen (*fundi*) in Italië te vervreemden.[31] Daarnaast trad er met betrekking tot de zaken en gelden die behoorden tot de *dos* zaaksvervanging op wanneer zij werden vervreemd resp. uitgegeven. Gaius stelt bijvoorbeeld dat *'res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur'*.[32] Wel had de echtgenoot recht op de vruchten van de zaken die tot de *dos* behoorden.[33]

Bij het einde van het huwelijk diende de *dos* in de meeste gevallen terug te keren naar de vrouw of haar *pater familias*. Zij beschikten over een speciale actie om de bruidsschat terug te vorderen, te weten de *actio rei uxoriae*.[34] Deze actie maakte onderdeel uit van de zogeheten *bonae fidei iudicia*, de acties die werden beheerst door de goede trouw.[35] Uit het *bona fides* karakter van de *actio rei uxoriae* hebben de Romeinse juristen een aantal vaste regels met betrekking tot de teruggave van de bruidsschat ontwikkeld, waarbij de verschaffer van de *dos* en wijze waarop het huwelijk tot een einde kwam een doorslaggevende rol speelden.[36] Kwam het huwelijk ten einde door een echtscheiding of de dood van de man, dan diende de *dos* te worden gerestitueerd aan de vrouw (wanneer zij *sui iuris* was) of haar *pater familias* (wanneer de vrouw zich nog *in potestate* bevond).[37] Bij de beëindiging van het huwelijk door de dood van de echtgenote gold een genuanceerder regime. In dit geval bleef de *dos* in beginsel bij de echtgenoot, tenzij deze was verschaft door de *pater familias* van de overleden vrouw. Een dergelijke *dos profecticia* diende wél te worden gerestitueerd door de echtgenoot aan de *pater familias* van zijn overleden echtgenote.[38] Was de *pater familias* reeds overleden, dan mocht de echtgenoot de *dos* behouden.[39] De regel dat de *dos* bij de dood van de echtgenote diende te worden afgegeven aan de verschaffer ervan,

30 Schulz, *CRL*, 124 en Kaser, *Privatrecht*, 333. Zie hierover ook H.J. Wolff, 'Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht' *ZSS* 53 (1933), 297-371.

31 Gai. 2,63 en D. 23,5,4.

32 D. 23,3,54. Zie daarnaast ook D. 23,3,32. Kaser spreekt zelfs over een 'Sondervermögen', *Privatrecht*, 333.

33 D. 23,3,7 *pr.*

34 *UE* 6,6. Zie over deze actie A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der "actio rei uxoriae"*, Keulen etc.: Böhlau Verlag 1969.

35 Lenel, *Edictum Perpetuum*, 302 e.v. De *actio rei uxoriae* wordt ook door Gaius genoemd in zijn opsomming van *bonae fidei iudicia*, zie Gai. 4,62.

36 Schulz, *CRL*, 126-128; Kaser, *Privatrecht*, 338 e.v.; Treggiari, *Roman Marriage*, 350 e.v.

37 Kaser, *Privatrecht*, 338-339. Zie voor de teruggave na echtscheiding *UE* 6,6 en D. 24,3,2 *pr.*-1. Om de *dos* te kunnen opeisen, had de *pater familias* wel toestemming van de vrouw nodig, vgl. D. 24,3,2,1: '*denique pater non aliter quam ex voluntate filiae petere dotem nec per se nec per procuratorem potest*.'

38 *UE* 6,4.

39 *Idem*.

gold alleen in het geval van een *dos profecticia*. Als de *dos* door een derde was betaald, had deze in beginsel geen recht op teruggave hiervan bij de dood van de vrouw.[40] Daarnaast blijkt uit het *Epitome* van Ulpianus dat een derde-verschaffer ook geen aanspraak kon maken op de bruidsschat wanneer het huwelijk eindigde door een scheiding. De *actio rei uxoriae* kwam alleen toe aan de vrouw of aan haar *pater familias* (mits zij zich bij hem voegde ('*adiuncta filiae persona*')), ongeacht de vraag of de bruidsschat door de *pater familias* of een derde was verschaft.[41] Om deze reden ontstond de gewoonte om, als de *dos* door een derde was verschaft, bij stipulatie overeen te komen dat de bruidsschat bij beëindiging van het huwelijk diende te worden teruggegeven.[42] Op een dergelijke *dos*, die door de Romeinse juristen wordt aangeduid als een '*dos recepticia*', heeft de tekst van Paulus betrekking.[43]

4 D. 50,16,240: uitleg van een restitutieclausule bij een *DOS RECEPTICIA*

4.1 De *dos recepticia*

De *dos recepticia* wordt in de *Ulpiani Epitome* als volgt omschreven:

> *UE* 6,5: 'Een bruidsschat die door een derde is verschaft blijft echter in handen van de echtgenoot [bij de dood van de echtgenote], behalve als hij, die de bruidsschat heeft gegeven, heeft gestipuleerd dat deze aan hem wordt teruggegeven. Deze bruidsschat draagt de speciale benaming 'herkrijgingsgave'.'[44]

In het geval van een *dos recepticia* kwam de verschaffer van de *dos* door middel van stipulatie met de toekomstige echtgenoot overeen dat de *dos* aan hem diende te worden teruggegeven bij beëindiging van het huwelijk. Een dergelijke stipulatie wordt in de literatuur wel aangeduid als een *cautio de dote restituenda*[45] en creëerde een verbintenis onder opschortende voorwaarde tussen de verschaffer van de *dos* enerzijds (*stipulator*) en de echtgenoot anderzijds (*promissor*). Dit blijkt ook duidelijk uit de wijze waarop de gever van de *dos* zijn recht op teruggave in rechte kon afdwingen. Bij beëindiging van het huwelijk vorderde de verschaffer afgifte van de bruidsschat door middel van de *actio ex stipulatu*, niet met de *actio rei uxoriae*.[46] De *cautio de dote*

40 *UE* 6,5.
41 *UE* 6,6.
42 *UE* 6,5.
43 Kaser, *Privatrecht*, 337 nt. 8; Stagl, *Favor dotis*, 111. Anders S. Solazzi, 'Servus recepticius e dos recepticia' in: *idem, Scritti di diritto Romano*, deel 6, Napels: Jovene 1972, 511 e.v., die meent dat de *dos recepticia* niet klassiek is, en Babusiaux, *Id quod*, 147, die meent dat het om een *dos* gaat die door de vader van de bruid is verschaft.
44 *Adventicia autem dos semper penes maritum remanet, praeterquam si is, qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuit ; quae dos specialiter „recepticia" dicitur*.
45 Guarino, *DPR*, par. 43.3.
46 Guarino, *DPR*, par. 72.2.

restituenda moet niet worden verward met de zogeheten *pacta dotalia.* Dergelijke vormvrije bedingen werden bij de verschaffing van de *dos* overeengekomen om aanpassingen op de algemene regels voor de toepassing van de *actio rei uxoriae* aan te brengen.[47] Het ging hierbij bijvoorbeeld om afspraken over de termijnen van afgifte, de aansprakelijkheidsgraad voor afgifte, eventuele retentierechten of de zaken waar de *dos* betrekking op had.[48] De *bona fides*-clausule in de *formula* van de *actio rei uxoriae* gaf de rechter de ruimte om dergelijke afspraken tussen partijen te respecteren. Uit de bewoordingen van D. 50,16,240 blijkt echter duidelijk dat het door Paulus beschreven geval een *cautio de dote restituenda* betrof. De woorden '*soluto matrimonio dotem reddi*' zijn te algemeen geformuleerd om te worden aangemerkt als een specifiek *pactum dotale*, maar hebben duidelijk als doel de teruggave van de *dos* te verzekeren.[49]

Vervolgens rijst de vraag door wie dit beding was gemaakt, dat wil zeggen, door wie de betreffende bruidsschat was afgegeven. In veruit de meeste gevallen waarin een *dos recepticia* werd bedongen, was de verschaffer van de *dos* een derde, dat wil zeggen een (familie)vriend of ander familielid van de vrouw dan de *pater familias.* De *pater familias* had immers reeds op grond van de goede trouw-clausule in de *actio rei uxoriae* recht op teruggave van de *dos* bij het overlijden van de vrouw. Toch komen in de Digesten ook gevallen voor waarin de *pater familias* zelf een *cautio de dote restituenda* van de toekomstige echtgenoot van zijn dochter verlangde.[50] Vaak bedong hij in dit geval niet alleen dat de bruidsschat bij de dood van zijn dochter aan hem moest worden afgegeven, maar ook dat deze aan zijn zoon of andere erfgenamen moest worden gerestitueerd indien hij voor zijn dochter kwam te overlijden.[51] Eenzelfde soort constructie kon worden gebruikt door de vrouw die haar eigen bruidsschat betaalde. Wanneer zij wilde dat haar bruidsschat bij haar dood ten goede kwam aan haar erfgenamen, diende zij een gelijksoortige restitutieregeling te bedingen. Daar Paulus geen melding maakt van bijzondere omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de betrokkenheid van erfgenamen van een *pater familias* of de vrouw, is het aannemelijk dat het hier om een standaardgeval ging, waarbij een derde de *dos* voor de vrouw had uitgekeerd.[52]

---

47 Kaser, *Privatrecht*, 341 en Treggiari, *Roman Marriage*, 357. De hele Digestentitel 23,4 heeft betrekking op dergelijke *pacta dotalia* (*'De pactis dotalibus'*).

48 Termijnen: D. 23,4,14-19; aansprakelijkheid: D. 23,4,6; retentierecht: D. 23,4,2; inhoud *dos*: D. 23,4,21. Een vergaand voorbeeld is de afspraak tussen een schoonvader en een echtgenoot, waarbij de eerste afzag van zijn recht op de *dos* van zijn dochter, wanneer zij kwam te overlijden met achterlating van een zoon: D. 23,4,26 *pr.*

49 Babusiaux, *Id quod*, 147-148 twijfelt hierover. Zij wijt deze onduidelijkheid aan het feit dat de procedure bij de keizer de vorm van een *cognitio extra ordinem* had en dat het onderscheid tussen beide soorten bedingen om die reden minder relevant was, aangezien men in een dergelijke procedure niet gebonden was aan procesformulieren.

50 Zie bijvoorbeeld D. 23,4,26,5. Vgl. ook Babusiaux, *Id quod*, 147.

51 D. 23,4,9 en D. 23,4,23.

52 Zo ook Kaser, *Privatrecht*, 337 nt. 8 en Stagl, *Favor dotis*, 111.

4.2 Procedure bij de keizer

4.2.1 Voorgeschiedenis

Hoewel Paulus de processuele voorgeschiedenis van het geval niet beschrijft, kan op basis van de tekst en het voorgaande de volgende reconstructie worden gemaakt. Naar aanleiding van een huwelijk had een derde namens een aanstaande echtgenote de bruidsschat verschaft. Hij had hierbij door middel van een stipulatie bedongen dat de *dos* aan hem moest worden teruggegeven, wanneer het huwelijk zou worden beëindigd. Deze clausule was als volgt verwoord: '*soluto matrimonio dotem reddi*'. Staande het huwelijk was de vrouw komen te overlijden.[53] Hierop vorderde de derde met de *actio ex stipulatu* van de echtgenoot afgifte van de *dos.* Deze verzette zich hier echter tegen met het argument dat de woorden '*soluto matrimonio*' slechts zagen op de beëindiging van het huwelijk door echtscheiding (*divortium*) en niet op het einde van het huwelijk door de dood van de vrouw. De verschaffer van de *dos* dacht hier anders over en betoogde dat deze woorden zowel een echtscheiding als ook de dood van de vrouw besloegen. Uit de tekst kan niet worden opgemaakt of het in deze zaak ging om een appel of dat de keizer haar in eerste aanleg hoorde. Aangezien zij betrekking had op materie waarover normaliter in een gewone formulaprocedure werd geprocedeerd (het ging immers om de nakoming van een stipulatie), ligt het voor de hand om aan te nemen dat de zaak de keizer in appel bereikte, daar dergelijke zaken overwegend door de keizers in appel werden gehoord.[54]

4.2.2 De uitleg van de cautio de dote restituenda

In de procedure bij het keizerlijk hof bogen Septimius Severus en zijn adviseurs zich over de vraag hoe de bewoordingen van de stipulatie, '*soluto matrimonio dotem reddi*', moesten worden uitgelegd. Diende de bruidsschat slechts in geval van een scheiding te worden gerestitueerd of hadden de woorden *soluto matrimonio* ook betrekking op de beëindiging van het huwelijk door de dood van de echtgenote? Uit de tekst blijkt dat de meningen binnen het *consilium* verdeeld waren. Zoals hierboven reeds werd vermeld, ontbreekt in de tekst de motivering van hun standpunten. In het algemeen kan worden opgemerkt dat de uitleg van stipulaties in de klassieke periode in vele opzichten overeenkwam met de wijze waarop overeenkomsten in het Nederlandse recht op grond van de Haviltex-norm worden uitgelegd. Het pre-klassieke recht had een zeer restrictief regime van uitleg van (meestal vormelijke) rechtshandelingen gekend, waarbij een letterlijke interpretatie

53 Dat het in deze zaak om de dood van de vrouw en niet om de dood van de man ging, kan worden opgemaakt uit het oordeel van de keizer, dat impliceert dat de man nog in leven was. Zie ook Babusiaux, *Id quod*, 147 en Stagl, *Favor dotis*, 111.

54 Waarover ALD, paragraaf 2.2.2 en 2.2.3.

voorop stond.[55] Tijdens de late Republiek en de keizertijd kwam hier echter verandering in en hanteerde men een geïndividualiseerde interpretatiemethode, waarbij het steeds ging om het bepalen van *'id quod actum est'*.[56] Hierbij ging het niet alleen om de bewoordingen van de stipulatie (*verba*), maar ook om de bedoelingen van partijen (*voluntas*), zoals deze bleken uit de verdere omstandigheden van het geval.[57] Deze maatstaf was niet alleen van toepassing op vormvrije rechtshandelingen en contracten, maar werd ook gehanteerd bij de uitleg van vormelijke rechtshandelingen, zoals stipulaties en testamenten.[58] Uit de formulering van D. 50,16,240 kan worden opgemaakt dat de keizer en zijn raadsleden bij hun uitleg van de in het geding zijnde clausule het zojuist beschreven principe hanteerden. In zijn uitspraak stelt de keizer immers expliciet dat *'id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum'*.[59]

Naast deze algemene regel van uitleg bevatten de Digesten nog een bijzondere bepaling voor de uitleg van stipulaties:[60]

> D. 34,5,26: 'Wanneer met betrekking tot een stipulatie wordt gevraagd, wat men overeengekomen is, strekt een onduidelijkheid ten nadele van de *stipulator*.'[61]

> D. 45,1,38,18: 'Wanneer met betrekking tot stipulaties wordt gevraagd, wat men is overeengekomen, moeten de woorden tegen de *stipulator* worden geïnterpreteerd.'[62]

---

55 Zimmermann, *Law of obligations*, 622-623.

56 Zimmermann, *Law of obligations*, 632-634. Zie bijvoorbeeld D. 50,17,34, D. 18,1,80,2, D. 18,1,40,1 en D. 18,1,78 *pr.*

57 Zimmermann, *Law of obligations*, 633: 'The common intentions of the individual parties to a contract, as they became apparent from the specific context within which the negotiations had taken place and the declarations had been made.' Vgl. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981,635 (Haviltex): 'Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.'

58 Zie bijvoorbeeld D. 50,17,34, D. 45,1,38,6 en D. 45,1,41 *pr*. Zie daarnaast Zimmermann, *Law of obligations,* 632 e.v. en F. Pringsheim, 'Id quod actum est' *ZSS* 78 (1961), 1 e.v., i.h.b. 54-60. Voor de uitleg van testamenten was een beroemd keerpunt de zogeheten 'Causa Curiana', een rechtszaak in 92 v. Chr. over de uitleg van een testament. Zie hierover Zimmermann, *Law of obligations*, 628-632. Zie daarnaast Babusiaux, *Erbrecht*, 298-300 met verwijzingen naar oudere literatuur op p. 344.

59 Zie ook Babusiaux, *Id quod*, 148. Anders Stagl, *Favor dotis*, 111-112, die meent dat de keizer een normatieve interpretatie geeft ('ein normatives Auslegungsziel'), die werd ingegeven door een onbehagen over de algemene regel dat de bruidsschat bij de *dos adventicia* bij de dood van de vrouw aan de echtgenoot toekwam. De tekst geeft echter geen aanleiding voor een dergelijke interpretatie.

60 Een gelijksoortige regel gold bij de uitleg van koop- en huurovereenkomsten, zie D. 50,17,172 en D. 2,14,39.

61 Celsus libro XXVI digestorum. *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.*

62 Ulpianus libro XLIX ad Sabinum. *In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.*

De zogeheten *contra stipulatorem*-regel schreef voor dat een onduidelijkheid in de bewoordingen van een stipulatie ten nadele van de *stipulator* moest worden uitgelegd. Hij was immers in de positie geweest om de stipulatie zo nauwkeurig en volledig mogelijk te formuleren.[63] Over de precieze rol die deze regel in de praktijk speelde bij de interpretatie van stipulaties bestaat verschil van mening.[64] Ten grondslag aan deze discussie ligt het feit dat de Romeinse juristen in sommige gevallen de regel wel toepasten, terwijl zij in andere gevallen een stipulatie juist in het voordeel van de *stipulator* uitlegden.[65] De meeste auteurs gaan er daarom van uit dat *contra stipulatorem*-regel niet moet worden gezien als een starre interpretatieregel, maar hoogstens als een hulpmiddel bij de interpretatie van stipulaties dat ondergeschikt was aan de uitleg volgens het principe van '*id quod actum est*'.[66]

Uit het bovenstaande volgt dat de keizer en de leden van het *consilium* een grote mate van vrijheid hadden bij het bepalen van de inhoud van het litigieuze restitutiebeding. Het is dan ook niet zo verrassend dat de adviseurs van de keizer verschillende meningen waren toegedaan. Paulus geeft geen informatie over wie precies welk standpunt verdedigde tijdens de beraadslagingen (zoals hij bijvoorbeeld wel in D. 29,2,97 doet) noch vermeldt hij, zoals eerder reeds is opgemerkt, de onderbouwing van beide standpunten. Uit de laatste zin van de tekst blijkt echter duidelijk dat de keizer zich uiteindelijk bij één van beide kampen aansloot. '*Motus*' door hun argumenten kwam hij tot de beslissing dat de bedoeling van de stipulatie was geweest om de teruggave van de *dos* in alle gevallen van beëindiging van het huwelijk te verzekeren: '*pronuntiavit id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum*'. Hij oordeelde met andere woorden dat de zinsnede '*soluto matrimonio*' zowel een echtscheiding als ook de dood van de echtgenote omvatte. Met deze beslissing interpreteerde hij de stipulatie in het voordeel van de *stipulator* en week dus in zekere zin af van *contra stipulatorem*-regel. Het feit dat deze opvatting werd gedeeld door een deel van het *consilium*, dat grotendeels uit juristen bestond, laat zien dat deze regel inderdaad niet spijkerhard was en dat van geval tot geval moest worden bekeken of zij diende te worden toegepast.

---

63 D. 45,1,99 *pr.* Eenzelfde soort rechtvaardiging komen we tegen bij *contra venditor*- en *contra locator*-regel, zie D. 2,14,39. Zie ook H. Honsell, 'Ambiguitas contra stipulatorem' in: H.-P. Benöhr (ed.), *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wenen etc.: Böhlau 1986, 76 e.v., die meent dat de regel teruggaat op het Romeinse sacrale recht.

64 Waarover Honsell, 'Ambiguitas', 73 ev. en Zimmermann, *Law of obligations*, 639-640. Zie daarnaast ook H.E. Troje, 'Ambiguitas contra stipulatorem' *SDHI* 27 (1961), 93 e.v. en C. Krampe, 'Die ambiguitas-Regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem' *ZSS* 100 (1983), 185-228.

65 Er bestaat slechts één tekst in de Digesten waarin de regel expliciet wordt toegepast: D. 18,1,33.

66 Krampe, 'Die ambiguitas-Regel', 227-228; Honsell, 'Ambiguitas', 88; Zimmermann, *Law of obligations*, 639-640. Vgl. D. 18,1,33.