

De Romeinsrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak

Een onderzoek naar *iudex qui litem suam facit*

Een Romeinse rechter die een zaak tot de zijne maakt, ofwel *iudex qui litem suam facit*, is aansprakelijk. In dit artikel wordt uiteengezet wat 'een zaak tot de zijne maken' eigenlijk betekent. De gronden die konden leiden tot aansprakelijkheid van de rechter worden namelijk in het Romeinse recht niet gegeven, waardoor de daadwerkelijke invulling van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak naar Romeins recht onduidelijk is.

Als uitgangspunt is het Justiniaanse recht gekozen, niet alleen omdat dit de vorm is waarin het Romeinse recht in Europa is gerecipieerd, maar ook omdat het een afgesloten geheel vormt en bovendien omdat alleen uit de tijd van Justinianus een bron bekend is die een interpretatie geeft van 'een zaak tot de zijne maken'. Vanuit deze relatief zekere basis wordt vervolgens de historische ontwikkeling van het leerstuk omschreven, gegrond op de veel minder complete bronnen over en van het klassieke recht.

In deze ontwikkeling komt een metamorfose van het leerstuk naar voren, veroorzaakt door het veranderende procesrecht in het Romeinse rijk. In de tijd van de wettelijke acties en later van de formulaprocedure was de aansprakelijkheid van de rechter een stok achter de deur om te garanderen dat de *iudex privatus*, een lekenrechter, zijn werk deed. Het voorkomen van rechtsweigering was in deze tijd de functie van de rechterlijke aansprakelijkheid. In de cognitioprocedure die later de overhand kreeg, waarin zaken door een ambtelijke rechter werden behandeld, was deze stok om verschillende redenen geen zinnig instrument meer. Niettemin bleef het idee van de rechter die een zaak tot de zijne maakt bestaan, zij het in een nieuwe interpretatie. De aandacht verschoof naar de onrechtmatige rechtspraak, veroorzaakt door de kwaadwillende of onkundige rechter, met als eindpunt een vorm van risicoaansprakelijkheid voor rechters die een onjuist vonnis velden. Met de werking van deze risicoaansprakelijkheid zal het verhaal zijn aanvang nemen.

1 Het Justiniaanse recht

1.1 De hoofdregel

Als een rechter het proces tot het zijne heeft gemaakt, wordt hij niet geacht in eigenlijke zin verbonden te zijn uit delict. Maar omdat hij ook niet uit contract verbonden is en het in ieder geval

duidelijk is dat hij een fout gemaakt heeft, als is het maar uit onverstand, wordt hij geacht uit delict in oneigenlijke zin aansprakelijk te zijn. Hem zal dan een boete worden opgelegd tot het bedrag dat in de betreffende zaak naar de innerlijke overtuiging van degene die het vonnis wijst, billijk wordt geacht.¹

Bovenstaand fragment uit Justinianus' Instituten geeft de hoofdregel weer die de aansprakelijkheid van een rechter voor onrechtmatige vonnissen bepaalt. Deze hoofdregel is eenvoudig: een rechter is aansprakelijk als hij een onjuist vonnis velt en daardoor een van de procespartijen onrechtvaardig behandelt. Dit is althans de leer die verkondigd werd door Theophilus, medecompilerator van Justinianus' codificatie en antecessor aan de rechtenopleiding van Constantinopel.² In zijn commentaar bij dit fragment zegt hij:

Maevius oordeelde over een zaak tussen Titius en mij. Hij handelde jegens mij onrechtvaardig: stel, hij veroordeelde mij terwijl ik niets verschuldigd was en, zoals de advocaten zeggen, *litem suam fecit* (maakte de zaak tot de zijne), dat wil zeggen, hij veroorzaakte een proces tegen zichzelf.³

Tegen de rechter kan een vordering worden ingesteld, ook als zijn fout onopzettelijk was, *per imprudentiam*.⁴ De hoogte van de vergoeding die de rechter moet betalen wordt naar billijkheid vastgesteld. Deze vergoeding is een boete en kan daarom ook als bestraffing ingezet worden,⁵ in plaats van of samen met vergoeding van de schade. Vanwege dit bestraffende karakter kan de vordering niet tegen de erfgenamen van de rechter worden ingesteld.⁶ In de woorden van Theophilus:

[...] Maar dit is geen *delict*, want soms doet hij [de rechter] het door gebrek aan ervaring in het vonnissen, niet uit boos opzet. Bijgevolg, aangezien de rechter iets fout heeft gedaan, wordt hij aansprakelijk gehouden als op grond van een *quasi-delict* en wordt hij veroordeeld tot het betalen van een zodanige vergoeding als degene die de zaak tussen hem en de gelaedeerde beoordeelt, meent dat

1 I.4.5.pr: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.* Hetzelfde fragment staat in D.50.13.6 en, ingekort, in D.44.7.5.4. (Alle Nederlandse vertaling van teksten uit het Corpus Iuris zijn, indien niet anders aangegeven, uit de vertaling van J.E. Spruit & R. Feenstra, *Corpus Iuris Civilis: tekst en vertaling*, Den Haag: SDU 1993-2011.)

2 Zie de Constitutio Haec, onder 1.

3 ἐμοὶ καὶ Τίτῳ ἔδίκασε ΜΑΕΥΙΟΣ. ἡδίκησέ με· τυχὸν γὰρ μηδὲν με ἐποφείλοντα κατεδίκησεν· καὶ τὸ λεγόμενον παρὰ τοῖς νομικοῖς LITEM SUAM ἐποίησε, τουτέστι καθ' ἑαυτοῦ δίκην ἤγειρεν. J.H.A. Lokin e.a., *Theophili Antecessoris paraphrasis institutionem*, Groningen: Chimaira 2010, IV.5.pr. vertaling MWJR, met dank aan Tom van Bochove.

4 Zie de latijnse weergave van I.4.5.pr in noot 1.

5 Zie ook: O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig: Veit 1901, p.1350.

6 D.5.1.16: 'Julianus meent dat tegen de erfgenaam van een rechter die een geding tot het zijne heeft gemaakt, een actie ter beschikking staat. Deze mening is niet juist en is door velen gelaakt.'

hij bij wijze van boete moet betalen.⁷

De aansprakelijkheidsvordering kon alleen worden ingesteld als er een vonnis was geweest. Er bestond geen aansprakelijkheid voor fouten die niet in een vonnis tot uiting kwamen, zoals fouten in de behandeling van het proces of ongerechtvaardigde vertraging. Het voorbeeld van Theophilus betreft ook een onrechtmatig vonnis. Hij sluit aansprakelijkheid voor andere fouten echter niet expliciet uit. De aanname dat fouten buiten een vonnis niet in aanmerking kwamen steunt dan ook op twee andere gedachten. Ten eerste staat vast dat een rechter die met boos opzet een van de partijen had benadeeld alleen aansprakelijk gesteld kon worden als hij ook een onjuist vonnis had gewezen.⁸ Het zou niet consistent zijn als in geval van boos opzet een vonnis vereist was en in gevallen *per imprudentiam* niet. Ten tweede is er een drietal voorbeelden waaruit is af te leiden dat ook onopzettelijke fouten alleen tot aansprakelijkheid konden leiden wanneer er een onjuist vonnis was geweest. Het eerste voorbeeld is C.2.3.29. In dit fragment wordt de rechter die zich onterecht onbevoegd verklaart gewaarschuwd dat hij in dat geval aansprakelijk is:

Voor het geval dat iemand bij het opstellen van een akte verklaard heeft dat hij geen gebruik zal maken van het verweermiddel inzake onbevoegdheid van de rechter [dat hem toekomt] wegens zijn dienst als soldaat of wegens het aan zijn [staats]ambt of ook priesterschap verbonden prerogatief, verordenen Wij dat het niemand vrijstaat van zijn afspraken terug te komen en zijn medecontractanten te misleiden [...].

2. Al Onze rechters moeten zich in processen dus aan deze regel houden; en deze verplichting tot naleving moet zich ook uitstrekken tot de onderrechters, de bij arbitrageovereenkomsten aangewezen scheidslieden en de gekozen scheidslieden, waarbij zij dienen te weten dat zij geacht worden het geding tot het hunne te maken, indien zij deze regel veronachtzaamd hebben.⁹

Een rechter die zich onbevoegd verklaart, verwerpt de vordering van de eiser.¹⁰ Zo'n onbevoegdheidsverklaring is daarmee een vonnis,¹¹ al is het geen inhoudelijk vonnis.

Een vergelijkbaar geval is fragment XI.36.2 uit de Codex Theodosianus, waarin de rechter

7 [...] ἀλλ' οὔτε DELICTON τοῦτο· ἔσθ' ὅτε γὰρ ἐξ ἀπειρίας τοῦ δικάζειν, οὐ κακῇ διανοίᾳ τοῦτο ἔπραξεν. ὅθεν, ἐπειδὴ ἡμαρτέ τι ὁ δικαστής, ὡς ἀπὸ τοῦ QUASI DELICTU κατέχεται, καὶ εἰς τοσοῦτον καταδικάζεται εἰς ὅσον ἂν δοκιμάσῃ ὁ δικάζων αὐτῷ καὶ τῷ ἀδικηθέντι χρῆναι αὐτὸν λόγῳ ποινῆς καταβάλλειν. Lokin 2010, IV.5.pr. Vertaling MWJR, met dank aan Tom van Bochove.

8 D.5.1.15.1. Boos opzet wordt verder besproken in paragraaf 1.3.

9 *Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usum fori proscriptione propter cingulum militiae suae vel dignitatis vel etiam sacerdotii praerogativam, [...] sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere. [...] 2 . Omnes itaque iudices nostri hoc in litibus observent, et huiusmodi observatio et ad pedaneos iudices et ad compromissarios et arbitros electos perveniat scituros, quod, si neglexerint, etiam litem suam facere intellegantur.*

10 M. Kaser & K. Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München: Beck 1996, §93 II.1.

11 Of sententia: Kaser & Hackl 1996, §93 II.1.

die onterecht een hoger beroep ontvankelijk verklaart, gewaarschuwd wordt voor aansprakelijkheid:

Wie van een tussenvonnis of van de executoren van eerder afgeronde zaken in beroep is gegaan en overhaast van een andere rechtszaal een oordeel heeft gevraagd, wordt bestraft met een boete van dertig munten, zo dat je de gehele zaak zelf zonder vertraging tot een oplossing moet brengen, omdat je vanzelfsprekend gezien wordt de zaak tot de jouwe te zullen hebben gemaakt, als je door toegeeflijkheid een dergelijk beroep hebt toegestaan.¹²

Ten derde spreekt via een redenering *a contrario* ook C.3.1.13.8 voor de theorie dat een vonnis een vereiste was voor aansprakelijkheid. In dit fragment wordt de rechter die niet binnen de voorgeschreven tijd van drie jaar tot een vonnis komt, bestraft met een boete. Deze boete moet aan het rijk betaald worden: van aansprakelijkheid of een vergoeding voor de partijen wordt niet gesproken:

Maar indien de rechter, terwijl beide partijen hun opwachting maken en de wil hebben het proces tot een einde te voeren, hen niet in rechte heeft willen toelaten, of het gewaagd heeft zelf het proces te rekken, uit vriendschap, of vijandschap, of omwille van een allerschandelijkst winstbejag dan wel omwille van enige andere verdorven drijfveer die in de ellendige geest van dergelijke rechters kan ontspruiten, en daardoor de drie jaren zijn verstreken, moet de rechter, [...] gedwongen worden 10 pond goud in Onze private schatkist te storten. Als de rechter echter een lagere positie heeft, zal hij worden bestraft met een geldboete van drie pond goud die door hetzelfde korps ingevorderd en in Onze schatkist gestort moet worden; en hij moet uit zijn ambt ontzet worden en een andere rechter moet in zijn plaats worden gesteld onder bedreiging van dezelfde straf. [...]¹³

Een fout die niet in een vonnis tot uiting komt, leidt dus ten minste in dit specifieke geval niet tot aansprakelijkheid.

Hoewel ook deze drie voorbeelden aansprakelijkheid voor andere fouten dan onjuiste vonnissen nog steeds niet expliciet uitsluiten, vormen zij een consistent beeld, samen met de gedachte dat het inconsequent zou zijn om in geval van boos opzet wel een vonnis te

12 *Qui a praeiudicio appellaverit vel ab executoribus rerum antea statutarum atque alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit, XXX folium poena multetur, ita ut omnem causam ipse sine dilatione discingas, quippe cum et causam tuam videaris esse facturus, si per conventiam huiusmodi appellationem admiseris. Si quas sane de omni causa interpositas esse provocationes perspexeris, in earum disceptatione observare debebis, quod iam pridem a nobis est evidentissime constitutum.* (Vertaling MWJR.)

13 *Sin autem utraque parte imminente et litem peragere cupiente iudex eam accipere noluerit vel propter amicitias vel inimicitias vel turpissimi lucri gratia vel per aliud quicquam vitium, quod miserrimis animis huiusmodi iudicium innasci potest, litem ipse ausus fuerit protelare et propter hoc triennium fuerit transactum, iudex, [...] decem libras auri privatis nostris largitionibus inferre per scholam palatinam compellatur: sin autem iudex minor fuerit, trium librarum auri multa plectetur per eandem scholam exigenda et nostro aerario applicanda, et eo removendo alter iudex in locum eius subrogetur sub similis poenae formidine [...].*

eisen en buiten opzet niet: een onjuist vonnis was een vereiste voor aansprakelijkheid. Door deze eis is aansprakelijkheid van de rechter te zien als een remedie voor onjuiste vonnissen. De vervolgvraag is dan hoe de verhouding was tussen aansprakelijkheid en hoger beroep, dat immers ook een middel tegen onjuiste vonnissen is.

1.2 Aansprakelijkheid en hoger beroep

Hoger beroep en aansprakelijkheid bestonden naast elkaar. Het duidelijkst blijkt dit uit het in de vorige paragraaf weergegeven C.2.3.29, over de rechter die zich onterecht onbevoegd verklaart. Tegen een onbevoegdheidsverklaring stond hoger beroep open.¹⁴ Justinianus geeft expliciet aan dat de rechter in dit geval ook aansprakelijk is. Dit noopt tot de conclusie dat hoger beroep en aansprakelijkheid elkaar niet hebben uitgesloten.

Deze mogelijkheid zou in theorie tot de vreemde situatie kunnen leiden dat beide partijen een rechter aansprakelijk stelden. Een fout die tot hoger beroep leidt, zadelt immers beide partijen met extra kosten op.¹⁵ Deze theoretische mogelijkheid kwam wellicht in de praktijk niet voor, vanwege de regel dat de rechter een schadevergoeding naar billijkheid opgelegd krijgt.¹⁶ Als de fout waarvoor een rechter aansprakelijk wordt gehouden in hoger beroep al was rechtgezet, kon de vergoeding erg laag of zelfs nul zijn. Alleen de gevallen waarin het rechtssysteem geen andere oplossing bood voor de schade die iemand had geleden en de gevallen waarin het billijk was dat de betreffende rechter bestraft werd voor zijn fout, zouden dan in aanmerking komen voor een vergoeding op basis van een aansprakelijkheidsvordering. Het zou immers vreemd zijn als partijen in elke zaak waarin sprake is van een onjuist vonnis hun schade dubbel vergoed zouden krijgen.¹⁷ Aan de andere kant is niet uit te sluiten dat een rechter die een fout maakt waardoor partijen een overigens onnodig hoger beroep aantekenen, moet betalen voor de kosten van dat hoger beroep. Het is ook nog mogelijk dat partijen om praktische redenen niet aan een aansprakelijkheidszaak zouden zijn begonnen als ze ook in hoger beroep konden, bijvoorbeeld wegens bewijsmoeilijkheden of het simpele feit dat de te verwachten schadevergoeding de moeite niet waard was.

Er is hoe dan ook in elk geval één categorie van gevallen waarin een rechter niet aan aansprakelijkheid ontkomt, ongeacht de mogelijkheid van hoger beroep. Dit zijn de gevallen waarin de rechter met boos opzet een onjuist vonnis velt.

14 Kaser & Hackl 1996, §72 noot 9, §87 noot 9.

15 G. MacCormack, 'The liability of the judge in the republic and principate', *ANRW* II:14, 1982, p.22.

16 Zie paragraaf 1.1.

17 Ook MacCormack komt tot de slotsom dat rechters niet zomaar voor elke mogelijke schade op zouden draaien, zie noot 15.

1.3 Boos opzet

Wanneer boos opzet aan de kant van de rechter wordt bewezen, staat de hoogte van de vergoeding vast. De werkelijke waarde van het procesobject moet worden vergoed, zo blijkt uit D.5.1.15.1:

Een rechter wordt geacht een geding tot het zijne te maken wanneer hij met boos opzet een vonnis heeft gewezen ter ontduiking van een wet (met boos opzet wordt hij geacht dit te doen, indien zijn vooringenomenheid, vijandschap, of zelfs omkoopbaarheid ondubbelzinnig wordt bewezen); het gevolg is dat hij gedwongen wordt de werkelijke waarde van het procesobject te vergoeden.¹⁸

Justinianus' keuze om voor de hoofdregel een vergoeding naar billijkheid voor te schrijven en voor het kwalijkere geval van boos opzet de vergoeding van de werkelijke waarde, impliceert dat de vergoeding naar billijkheid in principe lager uitviel.¹⁹ Opmerkelijk is dat de vergoeding in geval van boos opzet geformuleerd is als schadevergoeding,²⁰ terwijl in de hoofdregel expliciet van een boete wordt gesproken. Toch is de vergoeding van de werkelijke waarde van het procesobject ook als boete te zien, ervan uitgaande dat ook in geval van boos opzet de benadeelde partij via hoger beroep of een nieuw proces zijn schade al vergoed kreeg. De vergoeding die de rechter moest betalen is dan weliswaar gerelateerd aan de waarde van het procesobject, maar is toch als boete op te vatten, omdat de schade van de benadeelde al op andere wijze is vergoed.²¹

Van boos opzet is sprake bij vooringenomenheid, vijandschap, of omkoping van de rechter. Boos opzet alleen is echter niet genoeg: een bijkomende eis is dat de rechter een vonnis ter ontduiking van een wet moet hebben gewezen.²² De heersende leer is dat het ontduiken van de wet zowel ziet op handelen in strijd met de letter van de wet als op handelen in strijd met de geest van de wet.²³ Een vonnis dat strijdig is met de letter van de

18 *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*

19 Over de mogelijkheid dat de vergoeding in geval van boos opzet lager is dan de boete in gevallen waar geen sprake is van opzet, zie ook: O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum: ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig: 1927, p.168; C. de Koninck, 'Iudex qui litem suam fecit: La responsabilité quasi-délictuelle du iudex privatus dans la procédure formulaire' in: L. de Ligt e.a. (red.), *Viva vox iuris romani: essays in honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam: Gieben 2002, p.87.

20 Deze formulering is minder opmerkelijk wanneer de gedachte correct is dat aansprakelijkheid in de cognitioprocedure oorspronkelijk beperkt was tot gevallen van boos opzet, waar de billijke boete voor onrechtmatige rechtspraak later aan toe is gevoegd. Zie hierover paragrafen 2.3, 2.4 en 2.5.

21 MacCormack 1982, p.23, houdt ook voor mogelijk dat de rechter ook in geval van boos opzet alleen de schade die overblijft na een eventueel hoger beroep hoeft te betalen.

22 Een vonnis *in fraudem legis*.

23 H. Honsell, 'In fraudem legis agere', in: D. Medicus & H.H. Seiler (red.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München: Beck 1976, p.112 (met literatuur). Zie ook MacCormack 1982, p.21-22; Birks 1984, p.386; E. Descheemaeker, 'Obligations quasi ex delicto and strict liability in Roman law', *The Journal of Legal History*, 2010-1, p.16; M.A. Monahan, 'The problem of "the judge who

wet is echter nietig.²⁴ Is de rechter dan alsnog aansprakelijk?²⁵ Aan de ene kant hebben de partijen met een nietig vonnis juridisch gezien niets verloren. Aan de andere kant kan er wel schade zijn ontstaan, bijvoorbeeld doordat partijen kosten hebben gemaakt voor het eerste proces, maar ook als een belangrijke getuige of bewijsstuk verloren is gegaan voordat er een nieuw proces gehouden kon worden. Daarnaast zou het vreemd zijn dat de aansprakelijkheidsactie wel beschikbaar was wanneer hoger beroep nog mogelijk was,²⁶ maar niet wanneer er een heel nieuw proces kwam. In hoger beroep kan een partij ten minste nog proceskosten vergoed krijgen.²⁷ In een geheel nieuw proces ligt het niet voor de hand dat iemand kosten vergoed krijgt van een eerder, nietig proces. Er lijkt hierom geen reden om voor D.5.1.15.1 van de heersende leer af te wijken: ook al gaat het vonnis tegen de letter van de wet in en is het daardoor nietig, aansprakelijkheid is dan toch mogelijk.

Met deze conclusie is de bespreking van de rechtsvordering tegen 'de rechter die een proces tot het zijne maakt' afgerond voor wat betreft het Justiniaanse recht: er is een hoofdregel voor alle onjuiste vonnissen, waarop in geval van boos opzet een uitzondering wordt gemaakt voor wat betreft de hoogte van de aansprakelijkheid. Er is echter nog een besprekenswaardige eigenaardigheid aan de Justiniaanse aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, namelijk dat de rechter die zichzelf aansprakelijk maakt een zogeheten 'quasi-delict' pleegt.

1.4 Rechterlijke aansprakelijkheid als quasi-delict

Boos opzet leidt in elk geval tot aansprakelijkheid, maar zoals uit de hoofdregel blijkt kan een rechter ook zonder opzet, *per imprudentiam*, 'een proces tot het zijne maken'. Wat is dan de grondslag voor de verbintenis die de rechter tot betaling dwingt? In D.50.13.6 overweegt Gaius:

Als een rechter het proces tot het zijne maakt, beschouwen wij hem niet als in eigenlijke zin aansprakelijk uit delict. Maar aangezien hij niet uit contract aansprakelijk is en wij in ieder geval aannemen dat hij een fout heeft gemaakt, ook al was het door onkunde [*per imprudentiam*, MWJR], wordt hij geacht als het ware uit delict met een op de feiten toegesneden actie aansprakelijk te zijn, en hij zal een boete krijgen die zo hoog is als de rechter in deze zaak naar zijn innerlijke overtuiging

makes the case his own": notions of judicial immunity and judicial liability in ancient Rome', *Catholic University Law Review*, 2000, p.443.

24 C.7.64.2, D.49.1.19. Wanneer precies sprake was van strijd met de letter van de wet is moeilijk te zeggen, met name omdat D.42.1.27 gaat over een blijkbaar geldig hoger beroep van een beslissing die contra leges is. Zie Kaser & Hackl 1996, II.2, tekst en noot 30; MacCormack 1982, p.22. Kelly trekt aan de hand van D.5.1.15.1 de conclusie dat een oordeel dat in fraudem legis is blijkbaar niet nietig is: J.M. Kelly, *Roman Litigation*, Oxford: Clarendon Press 1966, p.110.

25 Zie ook MacCormack 1982, p.21-22.

26 Zie paragraaf 1.2.

27 C.7.51.5; Kaser & Hackl 1996, §97, p.630-632.

billijk zal achten.²⁸

Ook Justinianus vindt dat de rechter die een proces tot het zijne maakt geen echt delict pleegt. Hij schaaft de verbintenis die ontstaat uit het 'tot het zijne maken van een proces' namelijk onder de 'quasi-delicten', net zoals Gaius honderden jaren eerder al concludeerde dat de verbintenis *quasi ex maleficio* ontstond. Het verschil tussen de verbintenis uit *quasi-delict* en uit een echt *delict* is gelegen in de verwijtbaarheid van de dader.²⁹ Over de actie tegen de rechter die een proces tot het zijne maakt zegt Theophilus dat er geen sprake is van een *delict* omdat een rechter ook buiten opzet aansprakelijk is, bijvoorbeeld als hij door onervarenheid een fout maakt.³⁰ Deze redenering is echter niet compleet, omdat andere delicten ook niet per se opzet vereisen: schuld is voldoende, ook in de vorm van onervarenheid. Eenieder die een ander schade toebrengt pleegt namelijk een *delict* op grond van de Lex Aquilia, mits de schade door zijn opzet of schuld is ontstaan.³¹ Ook *imperitia*, onbedrevenheid of onervarenheid, maakt schuldig.³²

Als de aansprakelijkheid van de rechter beperkt was tot onjuiste vonnissen waaraan hij schuld had, dan zou er geen aparte bepaling voor nodig zijn. De Lex Aquilia zou volstaan.³³ Dat er wel een aparte bepaling is, en dat deze als quasi-delict is gekwalificeerd, impliceert dat rechterlijke aansprakelijkheid anders is dan de normale, Aquiliaanse aansprakelijkheid. De bepaling over de rechter die een zaak tot de zijne maakt, spreekt dan ook niet van *imperitia*, maar van fouten die *per imprudentiam* worden gemaakt. *Imperitia* betekent onervarenheid of onwetendheid. *Imprudentia* kan ook onwetendheid betekenen, maar *per imprudentiam* is ook 'onbedoeld', 'onvoorzien'.³⁴ Het is mogelijk hier juridisch een verschil in te zien, namelijk dat de ervaren, kundige rechter die alles heeft gedaan om tot een goed vonnis te komen geen *imperitia* verweten kan worden, maar wel *per*

28 *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.* Vrijwel gelijk is D.44.7.5.4, waarin echter de passages over de op de feiten toegesneden actie en de boete niet voorkomen. Ook I.4.5 is vrijwel een kopie van D.50.13.6.

29 Zie ook D.N. MacCormick, 'Iudex qui litem suam fecit', *Acta Juridica* 1977-3, p.161. Over de aard van het quasi-delict is veel gespeculeerd en er zijn dan ook veel andere theorieën. Zie voor een overzicht: Descheemaeker 2010, p.4 en noot 32.

30 Zie paragraaf 1.1.

31 I.4.3.14.

32 Zie I.4.3.7 en D.50.17.132, met voorbeelden in D.1.18.6.7, D.9.2.8.1, D.9.2.27.29, D.19.2.9.5, D.19.2.13.5 en D.9.2.30.3.

33 Er zijn echter ook andere redenen denkbaar waarom de Lex Aquilia niet van toepassing zou zijn, ook als een zelfde standaard van verwijtbaarheid van toepassing zou zijn, zie O.F. Robinson, 'The "iudex qui litem suam fecerit" explained', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 1999-116, p.195.

34 K.E. Georges, T. Baier & T. Dänzer, *Der neue Georges*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2013, p.5092.

imprudential een onjuist vonnis kan vellen.³⁵ Dit verschil is vooral bewijstechnisch relevant. Een rechter heeft geen enkel verweer als hij onjuist vonnist, zijn *imperitia* hoeft niet bewezen te worden. Op de rechter rust daarom een risicoaansprakelijkheid.³⁶ Dat hij net zo aansprakelijk is wanneer hij wel schuldig is, of zelfs opzettelijk handelt, hoeft hier niet aan af te doen.³⁷

De opvatting dat de 'rechter die een proces tot het zijne maakt' een risicoaansprakelijkheid betreft, past ook bij het karakter van de overige quasi-delicten. Hiervan zijn er drie. Iemand uit wiens woning iets naar beneden is gegooid of gegoten is aansprakelijk voor de gevolgen daarvan, ook als iemand anders er schuld aan heeft. Hetzelfde geldt voor iemand die langs of boven een drukke weg iets heeft geplaatst of opgehangen dat gevaarlijk is als het valt.³⁸ Een reder, herbergier, of stalhouder is aansprakelijk voor oplichting of diefstal in zijn schip, herberg, of stal, gepleegd door een medewerker.³⁹ Ook in deze gevallen treft de aansprakelijke persoon zelf geen schuld, zodat dit het verbindende kenmerk van de quasi-delictuele acties lijkt te zijn.⁴⁰ Justinianus geeft dit ook zelf weer door in I.4.5.1 over de persoon uit wiens woning iets gegooid of gegoten wordt te zeggen:

'Hij wordt dan namelijk niet in eigenlijke zin uit delict gebonden geacht, omdat hij veelal wegens andermans schuld [...] aansprakelijk is.'⁴¹

35 Geen verschil ziet echter P.B.H. Birks, 'A new argument for a narrow view of *litem suam facere*', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1984-4, p.384.

36 Zie ook MacCormick 1977, p.160; E.J.H. Schrage, 'De aansprakelijkheid van de rechter voor beroepsfouten', *RM Themis* 1995-4, p.128; Met een andere onderbouwing: J. Plescia, 'Judicial accountability and immunity in Roman law', *The American Journal of Legal History* 2001-1, p.65. Alle mogelijke andere standpunten zijn echter ook verdedigd: verwijtbaarheid op grond van alleen dolus, dolus en culpa, een overgang in tijd van risicoaansprakelijkheid naar dolus- of culpa-aansprakelijkheid, een verschillende standaard voor formele fouten en materiële fouten, en tot slot de mening dat de categorie 'quasi-delict' niets zegt over de standaard van verwijtbaarheid. Zie, met literatuur: MacCormack 1982, p.17, noot 52; Birks 1984, p.384. Het idee dat Justinianus uit didactisch of symmetrisch oogpunt op kunstmatige wijze vier categorieën van verbintenissen met daarin elk vier verbintenissen heeft gemaakt komt hierin vaak voor (bijvoorbeeld Robinson, *infra* noot 38; P. Stein, 'The nature of quasi delictal obligations in Roman law', *RIDA* 1958-5, p.563), maar ook als de indeling kunstmatig is, wil dat nog niet zeggen dat zij daarmee ook nietszeggend is.

37 Zie ook Descheemaeker 2010, p.17.

38 I.4.5.1. De theorie dat de risicoaansprakelijkheid het verbindende element van de quasi-delicten is, is niet onomstreden. Zie D. Stojcevic, 'Sur le caractère des quasi-délits en droit romain', *IURA* 1957, p.57; O.F. Robinson, 'Justinian's institutional classification and the class of quasi-delict', *The Journal of Legal History* 1998-3, p.248: 'There is not much connection between a careless (or perhaps corrupt) iudex and pots of ill-balanced geraniums.'

39 I.4.5.3.

40 Al is Justinianus niet consequent: in I.4.5.3 zegt hij dat de reder, herbergier, of stalhouder wel 'tot op zekere hoogte' schuld heeft omdat hij slecht personeel heeft aangetrokken, misschien vergelijkbaar met 'utique peccasse aliquid intellegitur' uit I.4.5. Zo blijkt de grens tussen causaal verband en schuld moeilijk te trekken: kon de reder, herbergier, of stalhouder immers weten dat degene die hij op het punt staat om aan te nemen iemand zou bestelen? Zie ook Descheemaeker 2010, p.9.

41 *ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur [...]*.

In het geval van de rechter is het natuurlijk niet zo dat die altijd aansprakelijk is door andermans schuld. Ook degene die aansprakelijk wordt gehouden omdat iets dat hij boven een weg heeft geplaatst valt, is niet per se aansprakelijk wegens andermans schuld: de val van het object kan aan allerlei andere zaken te wijten zijn, zoals het weer of een ondeugdelijke wasknijper. Het verbindende kenmerk ligt daarom in het feit dat de pleger van een quasi-delict zelf geen schuld treft, maar toch aansprakelijk wordt gehouden.

1.5 Verantwoordelijkheid van adviseurs

Alvorens over te gaan naar het voor-Justiniaanse recht, nog een kort woord over de adviseurs van de rechter en hun relevantie voor de aansprakelijkheid van de rechter. Een rechter had de beschikking over assessoren aan wie hij juridisch advies kon vragen. Als een rechter een onjuist vonnis velde en dit te wijten was aan een verkeerd advies van een assessor, dan was deze assessor krachtens D.2.2.2 aansprakelijk in plaats van de rechter:

Volgens dit edict moet het boos opzet van degene die recht doet, bestraft worden; want indien door het onverstand van de bijzitter anders recht gedaan is dan had behoren te geschieden, dient dit niet de magistraat tot nadeel te strekken, maar de bijzitter zelf.⁴²

De aansprakelijkheidsoep werd dus niet zo heet gegeten als zij in de voorgaande paragrafen is opgediend. Hoewel op de rechter inderdaad een risicoaansprakelijkheid rustte voor iedere juridische misser, kon hij zichzelf voor een deel indekken door in geval van twijfel advies in te winnen. De visie van de adviseur kon hij volgen zonder voor aansprakelijkheid te hoeven vrezen.

2 Historische ontwikkeling

De vordering tegen 'de rechter die een proces tot het zijne maakt' bestond al in het voor-Justiniaanse recht, toen de formulaprocedure nog de normale procesvorm was. In deze procesvorm was de rechter geen overheidsfunctionaris, maar een leek: de *iudex privatus* of privérechter. Hij werd geselecteerd door de procespartijen en aangesteld in de procesovereenkomst. Hierin werden ook het geschil, de eis en het verweer vastgelegd, samen met de opdracht aan de rechter om te veroordelen of vrij te spreken. In deze procesvorm was er behoefte aan controle op de privérechter. Rechtsweigering leidde in de formulaprocedure tot grote problemen voor de eiser, omdat de procesovereenkomst

⁴² *Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri: nam si adessoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adessori.*

betekende dat de eiser zijn oorspronkelijke vordering verloor. Velde de privérechter geen of een nietig vonnis, dan was de eiser hierdoor al zijn aanspraken verloren. De gewenste controle vond plaats door een privérechter aansprakelijk te stellen als hij zich niet aan de opdracht in de procesovereenkomst hield, dat wil zeggen als hij niet ofwel vrijsprak ofwel een veroordeling uitsprak binnen de grenzen van zijn opdracht. De eiser had dan weliswaar geen vonnis waarmee hij zich op de gedaagde kon verhalen, maar in plaats daarvan kon hij zich op de privérechter verhalen.⁴³

2.1 Risicoaansprakelijkheid van de privérechter

Ook in het klassieke recht had de aansprakelijkheid van de privérechter het karakter van een risicoaansprakelijkheid. Uit de overgeleverde bronnen blijkt dat de privérechter aansprakelijk was wanneer hij zijn opdracht uit de procesovereenkomst niet uitvoerde, ongeacht of hem dit te verwijten was. Uit deze bronnen is bekend dat een privérechter ten minste bij zijn zaak aanwezig moest zijn. Daarnaast moest hij de zitting eindigen met ofwel een vonnis ofwel een geldige schorsing. Ten derde moest een veroordeling binnen de grenzen vallen die in de procesovereenkomst waren gegeven. Was hem bijvoorbeeld in een zaak over een geldlening opgedragen om ofwel vrij te spreken, ofwel tot een betaling van tienduizend sestertiën te oordelen, dan was een hoger of lager bedrag niet toegestaan. De formulering van deze verplichtingen in alle bronnen is van een simpele 'als...dan' aard. Aansprakelijkheid is steeds het vaststaande gevolg van rechtsweigering, verwijtbaarheid komt niet ter sprake:⁴⁴

a. De verplichting bij de zaak aanwezig te zijn

De eerstgenoemde verplichting voor de privérechter is dat hij aanwezig moest zijn bij het proces waarin hij moest vonnissen. Deze verplichting is af te leiden uit het niet-juridische boek 'de Saturnalia' van Macrobius.⁴⁵ Hij citeert ene Gaius Titius, die in de tweede eeuw voor Christus⁴⁶ over een groep dronken rechters, die hun ogen nauwelijks open kunnen houden en tijdens de behandeling van hun zaak naar het toilet vertrekken, zegt dat zij op het laatste moment van hun gokspelen naar het comitium waren vertrokken, zodat ze zichzelf niet aansprakelijk maakten.⁴⁷ Dit

43 Zie ook MacCormack 1982, p.9.

44 Zie ook MacCormack 1982, p.9; Birks 1984, p.374.

45 Macrobius, *Saturnalia*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2011 (vertaald door R.A. Kaster), 3.16.15-3.16.16. Zie MacCormack 1982, p.5; Karlowa 1901, p.1349; MacCormick 1977, p.155; Robinson 1999, p.197; F. Lamberti, 'Riflessioni in tema di "litem suam facere"', *Labeo* 1990-2, p.234-236.

46 Het citaat van Gaius Titius verdedigt de Lex Fannia Sumptuaria. Deze wet is van 161 voor Christus.

47 Macrobius 2011, 3.16.15-3.16.16: *Ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati. Ubi horae decem sunt, iubent puerum vocari, ut comitium eat percontatum, quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot vetuerint. Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant. Dum eunt, nulla est in angiporto amphora quam non inpleant, quippe qui vesicam plenam vini habeant.*

impliceert zowel dat afwezigheid leidt tot aansprakelijkheid als dat een beschonken toestand juist niet leidt tot aansprakelijkheid.⁴⁸ Macrobius schrijft rond 430 na Christus,⁴⁹ zes eeuwen nadat Gaius Titius spreekt. Bovendien is het fragment niet juridisch, maar literair. Dit roept enige twijfels op over de betrouwbaarheid van de tekst, maar als het citaat klopt, is dit de oudste bekende bron waarin wordt gesproken van de rechter die een proces tot het zijne maakt.⁵⁰

b. De verplichting te schorsen of te vonnissen

De tweede verplichting voor de privérechter was dat hij zich aan bepaalde schorsingsregels moest houden.⁵¹ Dit is het resultaat van de gedachte dat elke zitting moest eindigen in een geldig vonnis of een geldige schorsing, zodat de eiser zeker wist dat hij later alsnog een vonnis zou krijgen.⁵² Zo niet, dan kon de eiser zich op de rechter verhalen. Het oudste bewijs dat schorsing aan aansprakelijkheid koppelt, staat in de Lex Irnitana. Deze wet is een soort plaatselijke verordening van het stadje Irni⁵³ in Spanje. De Lex Irnitana is opgesteld in 91 na Christus en waarschuwt dat een proces de rechter schade berokkent, dat wil zeggen 'de rechter geld gaat kosten', als er niet geldig is geschorst of gevonnist gedurende de dagen en op de plaats zoals de wet die voorschrijft.⁵⁴ De Lex Irnitana spreekt echter niet van 'een proces tot het zijne

48 MacCormack 1982, p.10; Birks 1984, p.383.

49 A. Cameron, 'The date and identity of Macrobius', *The Journal of Roman Studies* 1966, p.25.

50 Lamberti 1990, p.236. Verder is niet zeker of Macrobius het wel over de *iudex privatus* heeft, aangezien hij 'rechter' zowel in het enkelvoud als in het meervoud gebruikt en een *iudex privatus* een alleensprekende rechter was.

51 Regels waarvan Gellius zegt dat hij deze in de Lex Julia en de juristencommentaren opzocht toen hij als rechter moest dienen, zie A. Gellius, *Noctes Atticae*, Oxford: Clarendon, 1990 (vertaald door P.K. Marshall), 14.2.1. Zie ook Lamberti 1990, p.257.

52 Het meest simpele idee lijkt te zijn dat een rechter aan het eind van een zitting ofwel uitspraak gedaan moet hebben, ofwel geschorst moet hebben, anders staat de eiser immers met lege handen. Metzger verdedigt echter een iets uitgebreidere zienswijze: de rechter die weigert te schorsen wanneer hij daar wel toe verplicht is, bijvoorbeeld als een partij door ziekte niet aanwezig kan zijn, is aansprakelijk als hij toch doorgaat met het proces en een vonnis velt. Zo'n vonnis, in strijd met een verplichte schorsing, is nietig, zie: Kaser & Hackl 1996, §54 V, en staat dus gelijk aan het niet vellen van een vonnis. Een dergelijke fout zou de rechter kunnen repareren door alsnog een geldig vonnis te wijzen: E. Metzger, 'Absent parties and bloody-minded judges' in: A. Burrows & A. Rodger (red.), *Mapping the law: essays in memory of Peter Birks*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p.463-464.

53 De Lex Irnitana is een voor Irni aangepaste versie van de Lex Flavia Municipalis, waarvan ook delen zijn teruggevonden in Malaca en Urso. Voor een uitgebreide behandeling van de Lex Irnitana, zie J.G. Wolf, *Die Lex Irnitana*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2011, p.159; J. Gonzalez & M.H. Crawford, 'The Lex Irnitana: A new copy of the Flavian municipal law', *The Journal of Roman Studies* 1986, p.147. Over de connectie tussen het recht te Irni en het recht te Rome, zie: D. Johnston, 'Three thoughts on Roman private law and the Lex Irnitana', *The Journal of Roman Studies* 1987, p.62; E. Metzger, 'Remedy of prohibition against Roman judges in civil trials', in: J. Getzler (red.), *Proceedings of the eighteenth British legal history conference*, 2009, p.5, noot 12.

54 Lex Irnitana, hoofdstuk 91: [...] *si neque diffissum e lege neque iudicatum sit per quos dies quoque loco ex hac lege iudicari licebit oportebit, iudici arbitroue lis damni sit [...]*. Zie: Gonzalez &

maken'. Een verklaring hiervoor is dat de Lex Irnitana de Romeinse procesvorm, de formulaprocedure, verplicht stelt voor Irni en dat burgers hun rechtsverhoudingen naar Romeins recht moeten inrichten.⁵⁵ Dat een proces de rechter geld gaat kosten wanneer hij niet schorst of vonnist, is dan omdat hij op grond van het Romeinse recht aansprakelijk is door het 'tot de zijne maken van de zaak'.⁵⁶

Een tweede bron, die een vergelijkbare regel weergeeft, is een fragment van Ulpianus.⁵⁷ Hij haalt hierin de jurist Pomponius aan, die zegt dat de bescherming van een eiser die tegen de onbevoegde tutor van een onvolwassene procedeert vervalt als een rechter in dat proces nalaat te schorsen, omdat de rechter het proces tot het zijne maakt wanneer hij niet schorst en ook geen vonnis velt.⁵⁸ Waarschijnlijk is de gedachte dat de eiser dan geen dubbele bescherming nodig heeft: hij kan zich al op de rechter verhalen, dus is de normale bescherming tegen onbevoegde tutoren overbodig. De precieze achtergrond van het probleem met de tutor en de daarbij behorende bescherming is moeilijk vast te stellen, omdat het fragment niet compleet bewaard is.⁵⁹ Duidelijk is echter dat een privérechter het proces tot het zijne heeft gemaakt, *litem suam fecisse*, als hij geen vonnis heeft geveld en niet heeft geschorst, *neque diffidit neque sententiam dixit*.⁶⁰

Beide bronnen concluderen dus automatisch tot aansprakelijkheid wanneer een privérechter nalaat te schorsen en ook nog geen vonnis heeft geveld. Bovendien impliceert Pomponius dat de aansprakelijkheid tot volledige vergoeding van de waarde van het procesobject leidt, aangezien de genoemde bescherming tegen onbevoegde tutoren blijkbaar niet meer nodig is.

Crawford 1986, p.147. Aanduidingen van tekstgebreken en -aanvullingen zijn voor de leesbaarheid hier weggelaten. Zie ook: Wolf 2011, p.159.

55 Wolf 2011, p.159.

56 Lamberti 1990, p.260; Metzger 2006, p.9; P.B.H. Birks, 'New light on the Roman legal system: the appointment of judges', *The Cambridge Law Journal* 1988-1, p.49; D. Ibbetson, 'The misbehaving judge – two footnotes', in: H. Dondorp (red.), *Ius romanum, ius commune, ius hodiernum: studies in honours of Eltjo J.H. Schrage on the occasion of his 65th birthday*, Amsterdam: Kloof 2010, p.211.

57 Zie het commentaar van De Zulueta in: C.H. Roberts, *The Antinoopolis Papyri*, Londen: Egypt Exploration Society 1950, p.48.

58 Roberts 1950, Papyrus 22: *Item Pomponius scribit si falso tutore auctore minus fuerit diffisus dies edictum quidem cessare et iudicem quia neque diffidit neque sententiam dixit litem suam fecisse*. Aanduidingen van tekstgebreken en -aanvullingen zijn voor de leesbaarheid hier weggelaten. Doordat het fragment beschadigd is, leest men voor *minus* ook wel *male*. Zie voor beide lezingen: Roberts 1950, p.50-51, MacCormack 1982, p.18-19, Metzger 2009, p.12, noot 33, T. Giménez-Candela, 'Una revision de Pap. Ant. 22', in: *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro D'Ors*, Pamplona: Universidad de Navarra 1987, p.569-73, MacCormack 1982, p.19, Lamberti 1990, p.228-231. De keuze voor *male* zou betekenen dat een rechter slecht geschorst heeft, terwijl *minus* duidt op het helemaal niet schorsen. Deze laatste keuze lijkt de heersende leer te zijn en past ook beter bij het fragment uit de Lex Irnitana, dat ook spreekt van helemaal niet schorsen.

59 Zie het commentaar van De Zulueta in: Roberts 1950, p.48; MacCormack 1982, p.18-19; Lamberti 1990, p.228-231; Metzger 2009, p.11-13.

60 MacCormack 1982, p.18-19; MacCormick 1977, p.155; Robinson 1999, p.197; Lamberti 1990, p.228-231; Metzger 2009, p.11-13.

c. De grenzen van de procesovereenkomst

De laatste eis die uit de klassieke bronnen bekend is, komt uit Gaius' Instituten:

Een punt waarop de rechter moet letten, wanneer de veroordelings-clausule op een bepaalde geldsom is gesteld, is dat hij noch tot meer, noch tot minder dan het opgenomen bedrag veroordeelt; anders maakt hij zichzelf aansprakelijk voor de gevolgen van een onjuist vonnis. Evenmin mag hij, wanneer de taxatie opgenomen is, meer toewijzen dan die taxatie bedraagt; anders maakt hij zich ook weer aansprakelijk voor de gevolgen van een onjuist vonnis. Wel is het hem toegestaan tot een lager bedrag te veroordelen.⁶¹

Een rechter die tot een ander bedrag veroordeelt dan de procesovereenkomst toestaat, is dus aansprakelijk.⁶² De ratio geeft Gaius niet, maar waarschijnlijk was het vonnis in dit geval nietig en zag de eiser zich voor een feitelijk aan rechtsweigering gelijk probleem gesteld,⁶³ zodat de privérechter behandeld wordt alsof hij rechtsweigering had gepleegd.⁶⁴

Zo laten de bronnen een consistent beeld zien van de voor-Justiniaanse aansprakelijkheid, namelijk dat deze verband houdt met rechtsweigering en daaraan analoge gevallen. De vraag is dan of ook andere gevallen tot aansprakelijkheid konden leiden.

2.2 Grenzen aan de aansprakelijkheid

Ondanks dat de aansprakelijkheid van de rechter ook binnen de formulaprocedure het karakter van een risicoaansprakelijkheid had, ging de aansprakelijkheid minder ver dan in de Justiniaanse tijd. Voor juridische fouten, of fouten in de motivering van zijn oordeel hoefde de rechter niet te vrezen. Een motivering werd niet gegeven⁶⁵ en er was geen hoger beroep waarin de zaak opnieuw werd bekeken.⁶⁶ Kwam een privérechter er juridisch niet

61 *Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est.* J.E. Spruit en K. Bongenaar, *De Instituten van Gaius*, Zutphen: Walburg Pers 1994, 4.52.

62 Zie ook MacCormack 1982, p.18; MacCormick 1977, p.152; Kaser & Hackl 1996, §42; Robinson 1999, p.197.

63 Zie ook Kaser & Hackl 1996, p.371, noot 17; Ibbetson 2010, p.213.

64 Sommige schrijvers menen dat een dergelijk vonnis niet nietig is. Ook dan heeft een van beide partijen echter een probleem, omdat er geen hoger beroep is om de betreffende fout te herstellen. Zie: Kelly 1966, p.107; Lamberti 1990, p.256; MacCormick 1977, p.153.

65 De *iudex privatus* motiveerde zijn uitspraak niet, of was daar althans niet toe verplicht, als een in 1979 in Spanje opgegraven inscriptie van een Romeins vonnis, de Tabula Contrebiensis (J.S. Richardson, 'The Tabula Contrebiensis: Roman law in Spain in the early first century B.C.: I', *The Journal of Roman Studies* 1983, p.33-41) representatief is, zie: Birks 1984, p.375 en verder; Descheemaeker 2010, p.16.

66 Robinson 1999, p.198; MacCormick 1977, p.150; Kaser & Hackl 1996, §55 I.1.

uit, dan kon ook hij een beroep doen op zijn adviseurs. Was hij niet in staat om tot een vonnis te komen, bijvoorbeeld omdat de zaak hem te ingewikkeld was of hij geen doorslaggevend argument had gehoord, dan kon hij verklaren dat de zaak hem onduidelijk was: *rem sibi non liquere*.⁶⁷ De zaak kwam dan voor een andere rechter. De aansprakelijkheid was dus beperkt tot formele fouten die tot gevolg hadden dat er geen geldig vonnis kwam en de eiser daardoor met lege handen lieten staan.⁶⁸ Voor een risicoaansprakelijkheid die zich uitstrekte tot fouten in de materiele behandeling van de zaak is geen bewijs.

Toch worden de aansprakelijkheid in het klassieke recht en in het Justiniaanse recht aan elkaar verbonden via één fragment van Gaius. Dit is het fragment waarop Theophilus baseert dat er aansprakelijkheid voor materiële fouten bestaat, terwijl het fragment is geschreven voor de formulaprocedure waarbinnen voor deze aansprakelijkheid nu juist geen bewijs is. Zoals al in paragraaf 1.4 is weergegeven, schrijft Gaius:

Als een rechter het proces tot het zijne maakt, beschouwen wij hem niet als in eigenlijke zin aansprakelijk uit delict. Maar aangezien hij niet uit contract aansprakelijk is en wij in ieder geval aannemen dat hij een fout heeft gemaakt, ook al was het door onkunde [*per imprudentiam*, MWJR], wordt hij geacht als het ware uit delict met een op de feiten toegesneden actie aansprakelijk te zijn, en hij zal een boete krijgen die zo hoog is als de rechter in deze zaak naar zijn innerlijke overtuiging billijk zal achten.⁶⁹

De rechter die een proces tot het zijne heeft gemaakt heeft een fout gemaakt, al is het onopzettelijk, en moet daarvoor betalen. Dit is een juiste omschrijving van de voorbeelden die zijn overgeleverd: al die gevallen zijn immers rechterlijke fouten, maar geen van die gevallen stelt enige eis aan de verwijtbaarheid van de rechter. Ook de onopzettelijke fouten worden bestraft. Theophilus, echter, interpreteert het fragment zo dat elke onopzettelijke fout tot aansprakelijkheid leidt.⁷⁰ Dit is niet wat Gaius schrijft en, meen ik, ook niet wat hij bedoelt.⁷¹ Het fragment gaat namelijk over de aard van de verbintenis die ontstaat wanneer een rechter een proces tot het zijne maakt. De verbintenis ontstaat niet uit misdrijf, maar ook niet uit contract. Toch wordt hij geacht iets fout gedaan te hebben.

67 Voor een voorbeeld hiervan, zie Gellius' *Noctes Atticae*, 14.2.25, besproken in: D. Nörr, 'L'Esperienza giuridica di Gellio', in: *Historiae Iuris Antiqui: gesammelte Schriften / Dieter Nörr*, Goldbach: Keip 2003, p.33-56.

68 Zie ook MacCormick 1977, p.149; Birks 1984, p.374 (voortbouwend op D'Ors).

69 Zie noot 29 voor het latijn.

70 Zie paragraaf 1.1. Ook in moderne literatuur wordt het fragment van Gaius soms nog zo gelezen, wat er mede toe heeft geleid dat de *imprudentia*-clausule wel als geïnterpoleerd wordt afgedaan. Zie met literatuur: MacCormack 1982, p.19 en noot 56; MacCormick 1977, p.155; Robinson 1999, p.196; De Koninck 2002, p.84; M.H. Hoeflich, 'Regulations of judicial misconduct from late antiquity to the early middle ages', *Law and History Review* 1984-1, p.83; Monahan 2000, p.445.

71 Net zo: MacCormack 1982, p.19 en noot 56. Zie ook Robinsons argument gebaseerd op de afwezigheid van enige aanwijzing in andere juristenfragmenten dat er voor materieel onjuiste oordelen een remedie was: Robinson 1999, p.196.

Daarom, schrijft Gaius, wordt de rechter verbonden alsof hij een misdrijf had gepleegd. De gronden waarop een rechter geacht wordt een proces tot het zijne gemaakt te hebben, komen niet ter sprake. Deze gronden, zoals die uit de bronnen blijken, komen neer op rechtsweigering. Dit zijn zinnige gronden binnen de formulaprocedure. In de tijd van Justinianus was rechtsweigering echter niet het probleem dat het in de formulaprocedure was, omdat er een ambtelijke rechterlijke macht bestond inclusief beroepsmogelijkheden en er geen procesovereenkomst was die de aanspraken van de eiser deed verdwijnen. Zoals in paragraaf 1.1 uit C.3.1.13.8 is gebleken, wordt de rechter die niet binnen de voorgeschreven tijd vonnist op een andere manier aangepakt dan via civiele aansprakelijkheid. De interpretatie die Theophilus van het citeerde fragment van Gaius geeft is dus, begrijpelijkerwijs, anders dan de interpretatie die in de voor-Justiniaanse tijd past, omdat het instituut van 'de rechter die een proces tot het zijne maakt' is meegegaan in de overgang van formulaprocedure naar cognitiprocedure en daardoor is veranderd.

2.3 Boos opzet

Het is niet zeker of boos opzet ook in de context van de formulaprocedure een grond voor aansprakelijkheid was. In het onder paragraaf 1.3 al besproken D.5.1.15.1 schrijft Ulpianus:

Een rechter wordt geacht een geding tot het zijne te maken wanneer hij met boos opzet een vonnis heeft gewezen ter ontduiking van een wet (met boos opzet wordt hij geacht dit te doen, indien zijn vooringenomenheid, vijandschap, of zelfs omkoopbaarheid ondubbelzinnig wordt bewezen); het gevolg is dat hij gedwongen wordt de werkelijke waarde van het procesobject te vergoeden.⁷²

Het kan zijn dat Ulpianus schrijft over de formulaprocedure, wat zou betekenen dat in de laat-klassieke tijd ook boos opzet werd bestraft naast de gevallen van rechtsweigering.⁷³ Dit fragment zou binnen de formulaprocedure als grond voor aansprakelijkheid wel een vreemde eend in de bijt zijn, omdat het vellen van een vonnis *in fraudem legis* een materiële fout kan betreffen, terwijl de andere voorbeelden van klassieke aansprakelijkheid gebaseerd zijn op vormfouten.⁷⁴ Een materiële fout zou moeilijk te ontdekken zijn, omdat vonnissen niet gemotiveerd waren en er geen hoger beroep was.⁷⁵ Bovendien is een vonnis *in fraudem legis* nietig,⁷⁶ waardoor de regels over rechtsweigering waarschijnlijk al soelaas zouden bieden. De theorie van Robinson, die bepleit dat Ulpianus over een cognitiprocedure schrijft, lijkt hierom aannemelijk.⁷⁷

⁷² Zie noot 18 voor het latijn.

⁷³ MacCormack 1982, p.21.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Zie paragraaf 2.2 en Schrage 1995, p.128.

⁷⁶ Zie noot 24.

⁷⁷ Robinson 1999, p.199. Zie ook MacCormack 1982, p.22; MacCormick 1977, p.156.

Ook de formulering van Ulpianus roept vragen op: 'Een rechter wordt geacht een geding tot het zijne te maken wanneer hij met boos opzet een vonnis heeft gewezen ter ontduiking van een wet'. Dit is te lezen als een exclusieve definitie van *litem suam facere*,⁷⁸ maar deze definitie zou zowel voor het formulaproces als voor de cognitiprocedure onjuist zijn. In beide procedures was boos opzet immers geen vereiste. Het idee dat Ulpianus toch een definitie lijkt te geven, zou betekenen dat er een tussenfase geweest moet zijn waarin rechters binnen de cognitiprocedure alleen aansprakelijk waren voor onjuiste vonnissen als er boos opzet in het spel was.⁷⁹ De algemene aansprakelijkheid waar Theophilus van spreekt moet dan later geïntroduceerd zijn. De zin van Ulpianus hoeft echter niet per se als definitie gelezen te worden, hij kan ook als tijdsaanduiding bedoeld zijn: 'op het moment dat de rechter met boos opzet vonnis wijst, maakt hij zich aansprakelijk'. Deze lezing vereist echter dat het precieze moment waarop een rechter met boos opzet een proces tot het zijne maakt relevant is. Er zijn geen bronnen waaruit dat blijkt.⁸⁰ Een derde mogelijkheid is dat Ulpianus reden had om in dit fragment alleen over boos opzet te schrijven, maar niet de bedoeling had om een algemene definitie van *litem suam facere* te geven, bijvoorbeeld omdat hij aan een specifieke wet refereert of een unieke situatie aangeeft die met het voorgaande fragment, D.5.1.15.pr, te maken heeft.⁸¹ Ook hiervoor is echter geen sluitend bewijs, laat staan een verklaring waarom in een specifiek geval *dolo malo in fraudem legis agere* van belang is en in andere gevallen niet. Het fragment van Ulpianus is dus lastig te plaatsen. Aangenomen dat Ulpianus wel een algemene regel weergeeft, past deze regel het beste in de cognitiprocedure, voordat een algemene aansprakelijkheid voor onjuiste vonnissen geldend recht was.

2.4 De hoogte van de aansprakelijkheid

Er zijn geen oorspronkelijke bronnen uit de voor-Justiniaanse tijd die spreken over de hoogte van de aansprakelijkheid. De enige bronnen die informatie geven over het bedrag dat een rechter moest betalen wanneer hij een proces tot het zijne maakte komen uit het Corpus Iuris. De fragmenten die hierin staan opgenomen zijn in oorspronkelijke vorm veel ouder, maar kunnen door Justinianus in overeenstemming gebracht zijn met het in zijn tijd geldende recht. Het voor-Justiniaanse recht is dus wellicht niet helemaal hetzelfde als het recht zoals dat in het Corpus Iuris wordt vastgesteld.

In I.4.5 schrijft het Corpus Iuris een billijke boete voor.⁸² Het is echter de vraag of dit ook

⁷⁸ Zie ook Lamberti 1990, p.224-225.

⁷⁹ Zie ook Karlowa 1901, p.1351.

⁸⁰ In D.5.1.15.pr wordt wel bepaald dat een *filius familias* aansprakelijk is tot het bedrag dat zijn *peculium* groot was op het moment dat hij vonnist, maar dit staat los van het moment dat hij zich aansprakelijk maakte. Bovendien vallen zowel de aansprakelijkheid als de bepaling van de hoogte van de aansprakelijkheid samen met het moment van vonnissen: het was dus niet nodig om hier extra bij stil te staan. Anders: Ibbetson 2010, p.219.

⁸¹ Ibbetson 2010, p.216; Birks 1984, p.386; Descheemaeker 2010, p.16; Lamberti 1990, p.250.

⁸² Zie noot 1.

de regel was in het klassieke recht.⁸³ In alle gevallen van aansprakelijkheid in het klassieke recht was de eiser zijn volledige vordering kwijt en was de privérechter hiervoor verantwoordelijk, terwijl hij zijn aansprakelijkheid waarschijnlijk eenvoudig had kunnen voorkomen.⁸⁴ Een billijkheidsafweging lijkt in deze situatie weinig zin te hebben. In het Justiniaanse recht was de schade variabel, doordat hoger beroep mogelijk was, en was er meer variatie in de fouten en mogelijke verwijtbaarheid van de rechters doordat iedere fout in een vonnis tot aansprakelijkheid leidde. De billijke boete lijkt daarom meer op zijn plaats in het Justiniaanse recht. Meer dan speculatie is dit echter niet.

Er zijn nog twee versies van de tekst van I.4.5 in het Corpus Iuris opgenomen: D.44.7.5.4 en D.50.13.6. De drie versies zijn niet helemaal gelijk: In D.44.7.5.4 staat niks over de hoogte van de aansprakelijkheid en ook niet het type actie dat moet worden ingesteld: de *actio in factum*. Dat er iets is gewijzigd aan de oorspronkelijke vorm is dus zeker. Als D.44.7.5.4 simpelweg een ingekorte versie van de oorspronkelijke tekst is, dan is er niets aan de hand. Aan de fragmenten is echter niet te zien of het ene fragment een ingekorte versie van het andere is, of dat juist het andere is aangevuld.⁸⁵ De toevoeging over de *actio in factum* is zinloos in het Justiniaanse recht, omdat men in de cognitioprocedure niet meer aan een beperkt aantal beschikbare acties met daarbij behorende formules was gebonden. Het lijkt dan ook niet waarschijnlijk dat Justinianus dit heeft toegevoegd. Over het laatste deel van de fragmenten D.50.13.6 en I.4.5, die de hoogte van de aansprakelijkheid bepaalt, zegt dit echter nog niks. Ook een vergelijking met de Lex Irnitana brengt ons helaas niet verder. Deze waarschuwt dat een zaak de rechter geld gaat kosten,⁸⁶ wat zowel op een billijke boete als op volledige vergoeding kan slaan.

Een billijke boete is in het klassieke recht misschien wel op zijn plaats als er in de praktijk toch remedies waren voor rechtsweigering, anders dan aansprakelijkheid van de rechter. Te denken valt aan het toestaan van correctie door de privérechter die in de fout was gegaan,⁸⁷ of aan *restitutio in integrum*: een bevoegdheid van de magistraat om een situatie terug te brengen naar een vorige toestand, waarmee hij wellicht het effect van de procesovereenkomst ongedaan kon maken. Het in paragraaf 2.1.b besproken fragment uit de Antinoopolis Papyri maakt het bestaan van deze andere remedies echter erg onzeker. Pomponius schrijft immers dat de bescherming die een eiser had wanneer hij een nietig vonnis had verkregen wegens een onbevoegde tutor verviel als de rechter datzelfde proces tot het zijne maakte. Dit wijst niet op een systeem waarin rechterlijke aansprakelijkheid

83 Zie ook De Koninck 2002, p.86-87; Ibbetson 2010, p.214.

84 Zie ook McCormick 1977, p.154; Robinson 1999, p.198; met kanttekening: Metzger 2006, p.458, 465.

85 Zoals verdedigd door Robinson 1999, p.199, die ervan uitgaat dat '*et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur*' verwijst naar een appelrechter, maar het zou mijns inziens net zo goed kunnen wijzen op de privérechter die een actie tegen *iudex qui litem suam facit* moet beoordelen.

86 Zie paragraaf 2.1.b.

87 Of onbekende andere mogelijkheden, zie McCormack 1982, p.20, noot 58; Metzger 2006, p.465.

naast andere remedies bestond.⁸⁸ De voorzichtige conclusie is dan ook dat binnen de formulaprocedure er geen billijke boete werd opgelegd aan de rechter die het proces tot het zijne maakte, maar dat hij de volledige waarde van het procesobject moest betalen. Deze conclusie past bij de in de hiernavolgende paragraaf beschreven opvatting dat de actie tegen de rechter die zich een zaak eigen maakt betekende dat de rechter als het ware in plaats van de gedaagde werd gesteld en daardoor de volledige vordering van de eiser moest voldoen.

2.5 De betekenis van 'een proces tot het zijne maken'

Iudex qui litem suam facit betekent in algemene zin: 'de rechter die zich bij een geschil betrokken maakt.'⁸⁹ Er zijn echter twee opvattingen over hoe dit begrepen moet worden: betreft de rechter zichzelf in een zaak die hij beslist en is hij daarom aansprakelijk,⁹⁰ of is hij om een andere reden aansprakelijk en maakt hij zichzelf daardoor als het ware gedaagde in de zaak?⁹¹ De eerste opvatting gaat ervan uit dat *litem suam facere* het gedrag van de rechter beschrijft, de tweede dat *litem suam facere* het gevolg van het gedrag van de rechter beschrijft. Het verschil is van belang omdat een 'gedragsgerichte' opvatting van

88 Echter, Metzger wijst erop dat rechters niet altijd in staat zullen zijn geweest om te beoordelen of een schorsing al dan niet aan de orde was en dat daarom toch de ernst van zijn fout gewogen zou kunnen worden. Metzger 2009, p.465, 469. Aan deze weging zou dan een 'billijke boete' gekoppeld kunnen worden.

89 Letterlijk: de rechter die een/het geschil tot het zijne maakt. Van belang is dat *facere* met dubbele accusatief 'maken tot' betekent, wat lijkt uit te sluiten dat er uit het niets iets nieuws wordt gemaakt, zoals wel wordt verdedigd door MacCormick 1977, p.158 (de rechter begint een nieuw geschil in plaats van dat hij zich bij een bestaand geschil betreft). Standaardvertalingen kiezen voor: 'Als een rechter het proces tot het zijne maakt' (Spruit & Feenstra 1993-2011, D.50.13.6), 'If a judge has made a cause his own' (A. Watson, *The Digest of Justinian*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1985, D.44.7.5.4), 'If a judge make the cause his own' (J.A.C. Thomas, *The Institutes of Justinian: text, translation and commentary*, Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1975, I.4.5), 'Wenn ein Haussohn als Richter den Rechtsstreit zu seinem eigenen macht' (O. Behrends, *Corpus Iuris Civilis: text und Übersetzung*, Heidelberg: Müller 1990, D.5.1.15.1), maar ook bijvoorbeeld: 'Wenn ein Richter in der Streitsache das Recht verletzt' (Behrends 1990, I.4.5), 'Si un juge a mal jugé' (H. Hulot e.a., *Corps de droit civil romain*, Aalen: Scientia Verlag 1979, D.44.7.5.4), 'If a son-in-power, acting as judge, makes himself liable to the damages' (Watson 1985, D.5.1.15).

90 Kelly 1966, p.105-106; Descheemaeker 2010, p.12; met een andere insteek: Robinson 1999, p.197; en Lamberti 1990, p.263-264, die meent dat niet alleen de gronden voor aansprakelijkheid door de tijd heen zijn aangepast, maar ook de terminologie en dat *litem suam facere* pas rond de tijd van Cicero werd gebruikt, met 'partijdigheid' als betekenis. Volgens Mousourakis had *litem suam facere* oorspronkelijk de betekenis van partijdig zijn en is de frase later breder van toepassing werd: G. Mousourakis, *Fundamentals of Roman private law*, Berlijn: Springer 2012, p.266, noot 417.

91 Karlowa 1901, p.1349; P.F. Girard & F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parijs: Arthur Rousseau, 1929, p.677 noot 2; MacCormack 1982, p.6; M. Voigt, *Die XII Tafeln*, Leipzig: Liebeskind 1883, dl.1, p.554-555; E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Parijs: Plon, 1928, p.589-590; De Koninck 2002, p.87; R. Hochstein, *Obligaciones quasi ex delicto: Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Stuttgart: Kohlhammer 1971, p.14.

litem suam facere betekent dat deze uitdrukking een zelfstandige grond van aansprakelijkheid voor de rechter was, waaronder alle voorbeelden uit de bronnen geschaard moeten kunnen worden en die eventueel verder reikt dan deze voorbeelden. De 'gevolggerichte' opvatting maakt *litem suam facere* geen zelfstandige grond voor aansprakelijkheid en is dus afhankelijk van verdere regels die aangeven wanneer iemand een proces tot het zijne maakt, zoals die welke in de onder 2.1 vermelde bronnen staan.

Een belangrijk bezwaar tegen de gevolggerichte opvatting wordt afgeleid uit de systematiek van het praetorisch edict.⁹² Het argument is dat dit edict bestaat uit regels die gestructureerd zijn volgens de formule: 'als gedrag X, dan gevolg Y'.⁹³ De edictsbeplanning over de rechter die een proces tot het zijne maakt is door Lenel gereconstrueerd als:

Als de rechter een geschil, dat hij tussen Eiser en Gedaagde moest berechten, tot het zijne heeft gemaakt, dan wordt de rechter veroordeeld om aan Eiser een bedrag te betalen dat in deze zaak billijk lijkt.⁹⁴ (Vertaling MWJR.)

Volgens de algemene structuur van het edict zou de 'als-clausule' in deze formule bepaald gedrag moeten aangeven. Dit zou niet het geval zijn wanneer de gevolggerichte opvatting van *litem suam facere* wordt gehanteerd, omdat het edict dan alleen maar zou zeggen: 'De rechter die zichzelf tot gedaagde in een zaak heeft gemaakt, wordt tot een billijke boete veroordeeld.' Iedere indicatie van hoe een rechter zichzelf tot gedaagde maakt, ontbreekt. Dit is de reden waarom schrijvers voor de gedragsgerichte opvatting kiezen.⁹⁵

Op dit bezwaar tegen de gevolggerichte opvatting is echter wel wat af te dingen. Ten eerste is een eindeloze discussie mogelijk over wat 'gedrag' precies is. In geval van diefstal zal waarschijnlijk niemand bezwaar hebben tegen een regel die luidt: 'Als iemand diefstal pleegt, dan moet hij het gevang in.' Is 'diefstal' dan echter wel duidelijk gedefinieerd gedrag? Net zoals 'de rechter die een proces tot het zijne maakt' verder geïnterpreteerd moet worden, bijvoorbeeld door te zeggen: 'de rechter die niet schorst wanneer hij hiertoe wel verplicht is, maakt zich als gedaagde betrokken bij de zaak', kan voor de dief gezegd worden: 'hij die een zaak verduistert pleegt diefstal' en vervolgens kan 'verduistering' weer nader gedefinieerd worden. Het verwijt dat 'zichzelf gedaagde in het proces maken' niet voldoende definieert welke gedragingen tot aansprakelijkheid leiden, geldt dus in zekere mate voor iedere wetsbepaling. De keuze voor de gedragsgerichte opvatting levert ook weinig verbetering op, want zonder verdere uitleg is 'zich bij een geschil betrokken maken', ook met de idee dat dit over bepaald gedrag gaat, net zo obscuur als de

92 Met name wanneer, mijns inziens onjuist, als uitgangspunt wordt genomen dat Gaius in D.50.13.6 en D.44.7.5.4 oorspronkelijk heeft bedoeld dat een rechter voor iedere fout *per imprudentiam* aansprakelijk gesteld kan worden. Zie ook noot 71.

93 Kelly 1966, p.104-105; Robinson 1999, p.196.

94 *S. p. N^m N^m litem, quam inter A^m A^m et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse* 'quantum ob eam rem aequum videbitur N^m N^m A^o A^o condemnari, tantam pecuniam. Lenel 1927, p.167-169.

95 Bijvoorbeeld Kelly 1966, p.104-105; Robinson 1999, p.196.

gevolggerichte opvatting. De enige omstandigheid waaronder de gevolggerichte opvatting inderdaad onacceptabel zou zijn, is als volstrekt onbekend was in welke gevallen een rechter een proces tot het zijne maakte. Zo zouden ook de verschillende diefstalbepalingen zinloos zijn als niemand wist wat diefstal betekende.

Het is echter denkbaar dat heel goed bekend was in welke gevallen een rechter een proces tot het zijne maakte. Afgaande op het fragment uit de Saturnalia dat in paragraaf 2.1.a is besproken, waaruit de verplichting om bij een zaak te komen opdagen is afgeleid, was de *iudex qui litem suam facit* in de tweede eeuw voor Christus al bekend. Het is mogelijk dat rechters ook in de oudere procesvorm van de wettelijke acties al aansprakelijk waren wanneer zij bijvoorbeeld niet kwamen opdagen, wellicht op grond van de Wet van de Twaalf Tafelen.⁹⁶ Ook de wettelijke acties werkten met een privérechter en een procesovereenkomst die de oorspronkelijke aanspraken van de eiser deed verdwijnen.⁹⁷ De aansprakelijkheid van de rechter die zich een zaak eigen maakte kon dus in de tijd van de wettelijke acties dezelfde rol vervullen als in de tijd van de formulaprocedure.⁹⁸ De afhandeling zal anders zijn geweest dan in de formulaprocedure, omdat de executiemogelijkheden van beide procedures verschilden.⁹⁹ In de tijd van de wettelijke acties kon een benadeelde eiser wellicht de handoplegging¹⁰⁰ instellen tegen de rechter, in plaats van tegen de gedaagde.¹⁰¹

Hoe oud de *iudex qui litem suam facit* is en op welke manier hiermee werd omgegaan blijft giswerk. Dat hij tijdens de wettelijke acties al bestond lijkt echter aannemelijk en dat de gronden in die tijd dezelfde waren als tijdens het formulaproces lijkt ook aannemelijk, vanwege de overeenkomsten in beide procesvormen. Het is dan mogelijk dat de actie tegen de rechter die een proces tot het zijne maakt in het edict is opgenomen ofwel om aan te geven hoe iemand tegen deze rechter kon optreden, omdat de handoplegging¹⁰² in de formulaprocedure niet meer mogelijk was, ofwel om te bewerkstelligen dat de rechter niet de werkelijke waarde van het procesobject meer moest betalen, als vervanger van de

96 MacCormack 1982, p.5; Hochstein 1971, p.14. Uit de Twaalf Tafelen is echter niets anders bekend dan een straf voor een rechter die zich laat omkopen, een ander geval dan *litem suam facere*. Zie ook: Lamberti 1990, p.222-223.

97 Of althans, een moment van *litis contestatio* waarop dit gebeurde. Kaser & Hackl 1996, §11 IV.2.

98 Zie ook: MacCormack 1982, p.20; Lamberti 1990, p.257. MacCormick 1977, p.149, schrijft dat de actie tegen de rechter die een proces tot het zijne maakt ontstaan is in de tijd van het formulaproces, maar beschouwt de mogelijkheid dat hij al eerder is ontstaan niet.

99 In de tijd van de wettelijke acties vond nog persoonlijke executie plaats door middel van de handoplegging, *manus iniectio*. De verliezende partij kon in het uiterste geval als slaaf verkocht worden. In de formulaprocedure kwam er een tweede vonnis wanneer de verliezende partij niet aan het eerste vonnis voldeed, op grond waarvan diens vermogen geveild werd. Ook een variant van de handoplegging bleef een mogelijkheid in de formulaprocedure: de gedaagde werd dan niet meer als slaaf verkocht, maar moest voor de eiser aan het werk om zijn schuld af te betalen. Zie over de methoden van tenuitvoerlegging: Kaser & Hackl 1996, §56-61.

100 Zie noot 99.

101 MacCormack 1982, p.20; Karlowa 1901, p.1349; Girard & Senn 1929, p.677 noot 2.

102 Of een andere, onbekende manier van tenuitvoerlegging van deze zaken.

gedaagde, maar dat een billijke boete opgelegd kon worden.¹⁰³ Niet alleen is daarmee het nut van de edictsbeveling gegeven, maar ook was een nadere definitie van *litem suam facere* dan onnodig, omdat het al een gevestigd concept was. Pas wanneer de cognitioprocedure zijn intrede doet is een nieuwe uitleg nodig,¹⁰⁴ bijvoorbeeld die van Ulpianus in D.5.1.15.1.¹⁰⁵ Van de periode voorafgaand aan dit fragment is niets overgeleverd waarin wordt gevraagd of uitgelegd wat *litem suam facere* eigenlijk betekent.

Met deze achtergrond is 'zich tot gedaagde maken in een proces' voldoende gekwalificeerd gedrag om in het edict te kunnen passen: door de wellicht al sinds de wettelijke acties bekende regels omtrent de functie van privérechtster te breken, maakt een rechter zich een proces eigen, net zoals iemand diefstal pleegt door zich een zaak van een ander wederrechtelijk toe te eigenen. Een nadere uitleg van *litem suam facere* was niet nodig en misschien zelfs onwenselijk, omdat dit alleen maar zou leiden tot een opsomming van de regels die een privérechtster niet mocht breken. Het opnemen van het reeds bekende *iudex qui litem suam facit* was doeltreffender dan een omslachtige beveling met alle mogelijke gronden daarin opgesomd.

Door deze nuancering van het belangrijkste bezwaar tegen een gevolggerichte opvatting van *litem suam facere* worden de oplossingen van de gedragsgerichte schrijvers minder sterk. De meest voor de hand liggende gedragsgerichte lezing van *iudex qui litem suam facit* is dat de rechter zijn eigen belangen dient in de zaak die hij berecht.¹⁰⁶ Dit zou een

103 MacCormack 1982, p.20; Cuq 1928, p.590; Plescia 2001, p.60.

104 Hochstein 1971, p.15

105 Zie paragraaf 2.3.

106 Analoog aan Cicero, die in De Oratore 2.75.305 handelt over de fouten die advocaten kunnen maken als ze iemand verdedigen en zegt: 'En als je, terwijl je toch voor een ander optreedt, je eigen zaakje gaat dienen, of je om een kwetsende opmerking door woede laat meeslepen en de hele rechtszaak uit het oog verliest, richt je dan geen schade aan?' (vertaling H.W.A. Van Rooijen-Dijkman & A.D. Leeman, *De ideale redenaar*, Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Genneep 2003, p.197). Een andere interpretatie van Cicero is dat de advocaat juist de zaak uit het oog verliest en zijn eigen geschil begint: MacCormick 1977, p.159, en zie ook Lamberti 1990, p.240. Seneca gebruikt *litem suam facere* in zijn *Consolatione ad Polybium* binnen een context waarin hij juist de belangen van een ander dient: [2.2] 'Why do you hesitate? let us lament together, and I will even make this quarrel my own: —" Fortune, whom everyone thinks most unjust, you seemed hitherto to have restrained yourself from attacking one who by your favour had become the object of such universal respect that—rare distinction for anyone—his prosperity had excited no jealousy: but now, behold! you have dealt him the cruellest wound which, while Caesar lives, he could receive, and after reconnoitring him from all sides you have discovered that on this point alone he was exposed to your strokes. What else indeed could you have done to him?' (Seneca, *Minor dialogues, together with the dialogue On clemency*, Londen: George Bell and Sons, 1889, p.423 vertaald door A. Stewart). Ook dit aantrekken van het belang van een ander is echter een vorm van persoonlijke betrokkenheid bij het geschil, zie ook Lamberti 1990, p.241. Tot slot: Gellius wil zich niet in een geschil betrekken met een autoriteit die er niet bij is om zijn standpunt te verdedigen: 'In reply to these questions, to decide both matters about which he had written to me, I contented myself with quoting Marcus Varro, a more learned man in my opinion than Coelius and Claudius together.' [5] 'For Varro has made it quite plain what ought to be said, and I did not wish, when at a distance, to enter into a dispute with a man who had the name of being learned.' (A.

voldoende helder verbod zijn, ware het niet dat het niet strookt met de voorbeelden van *litem suam facere* die zijn overgeleverd.¹⁰⁷ Er is geen enkel voorbeeld dat aansprakelijkheid koppelt aan de persoonlijke belangen van de rechter. Uit het fragment in Macrobius' *Saturnalia* is *a contrario* voorzichtig af te leiden dat zelfs de dronken toestand en tijdelijke afwezigheid van een rechter bij zijn zaak geen gronden voor aansprakelijkheid waren.¹⁰⁸ Wellicht zat hier een 'eigen schuld'-gedachte achter: de partijen hadden immers zelf voor de betreffende zich misdragende rechter gekozen.¹⁰⁹ Voor de theorie dat verondersteld werd dat aan alle gevallen van *litem suam facere* een eigen belang van de rechter ten grondslag lag¹¹⁰ is geen bewijs en, buiten de lezing dat *litem suam facere* duidt op partijdigheid, ook geen aanleiding.¹¹¹ De vraag is ook hoe iemand een persoonlijk belang van de rechter kon bewijzen.¹¹² Voor het aannemen van steekpenningen is bewijs natuurlijk mogelijk, maar juist voor dit geval kenden de Twaalf Tafelen al een andere regel.¹¹³ Bovendien is het idee dat een rechter alleen aansprakelijk was wanneer hij zijn eigen belangen diende in strijd met Gaius' fragment waarin hij schrijft dat rechters onopzettelijk een zaak tot hun eigen kunnen maken.

Een andere lezing luidt dat *litem suam facere* betekent dat de rechter niet handelt als orgaan van de staat, maar als privépersoon.¹¹⁴ Dit deed hij als hij de regels voor zijn functie negeerde. Vervolgens zou elke willekeurige burger een actie tegen hem kunnen instellen en een boete opstrijken. Deze lezing is echter niet wezenlijk anders dan de gevolggerichte opvatting: 'hij handelt als privéburger en moet daarom betalen' is net zo nietszeggend als 'hij heeft zich in plaats van de gedaagde gesteld en moet daarom betalen.' Daarnaast is het feit een privépersoon te zijn nu juist een kenmerk van de privérechter. Deze lezing is dus voor de duidelijkheid niet wezenlijk verschillend van de gevolggerichte opvatting, maar wel omslachtiger, zonder dat de feiten hier aanleiding toe geven.

Iedere theorie over de oorspronkelijke betekenis van *litem suam facere* is noodzakelijkerwijs deels op speculatie gebaseerd. De theorie die de meest simpele verklaring biedt waar alle feiten in onder kunnen worden gebracht is mijns inziens de

Gellius, *The Attic nights of Aulus Gellius*, New York: Putnam 1927, vertaald door J.C. Rolfe, 10.1.4-10.1.5), zie ook: Birks 1984, p.382-383; Lamberti 1990, p.241.

107 Zie ook McCormack 1982, p.17; Robinson 1999, p.197.

108 Zie paragraaf 2.1.a.

109 McCormack 1982, p.17; McCormick 1977, p.156. Dit gaat echter niet op wanneer partijen het niet eens konden worden over de rechter en hij via een eliminatieproces bepaald werd, zie Lex Irnitana hoofdstuk 87 (Wolf 2011, p.159).

110 Deze theorie wordt verdedigd door Kelly 1966, p.108 en ook Plescia 2001, p.64.

111 Zie ook Robinson 1999, p.197.

112 Zie ook Birks 1984, p.384.

113 Gellius, *Noctes Atticae* 20.1.7: *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur [...]*. Later ook de Lex pecunia accepta ob rem iudicandam, de Lex Cornelia de sicariis, de Lex Cornelia de repetundis en de Lex Julia de repetundis, zie McCormack 1982, p.6-8; Plescia 2001, p.51.

114 Robinson 1999, p.197.

gevolggerichte theorie: *iudex qui litem suam facit* betekent de rechter die zich als het ware tot gedaagde in een zaak heeft gemaakt. Dit is de lezing die ook Theophilus aanhoudt en die ook in de literatuur lange tijd de heersende leer is geweest. De modernere theorieën die willen dat *litem suam facere* een aanduiding van specifiek laakbaar gedrag is, weten geen bevredigende omschrijving van dit gedrag te geven en steunen te zeer op een bezwaar tegen de gevolggerichte theorie dat sterke nuance behoeft.

Conclusie

De rechter die een proces tot het zijne maakt is een figuur die waarschijnlijk al in de tijd van de wettelijke acties bestond. Een rechter die de regels van het procesrecht doorbrak maakte zich de zaak eigen: de eiser kon zich op hem verhalen in plaats van op de gedaagde, omdat een fout van de rechter ervoor had gezorgd dat verhaal op de gedaagde geen optie meer was. Er is geen bewijs overgeleverd van de werking van dit systeem in de periode van de wettelijke acties. Voor de formulaprocedure is dit anders. Bekend is dat rechtsweigeren en fouten die ertoe leidden dat er geen vonnis in het vooruitzicht stond, of dat het vonnis nietig was, betekenden dat een rechter het proces tot het zijne maakte. Waarschijnlijk waren dit dezelfde gronden als in de tijd van de wettelijke acties. De benadeelde kon vervolgens tegen de rechter een *actio in factum* instellen op grond van het praetorisch edict. De enige overgeleverde bron over de hoogte van de schadevergoeding bepaalt dat de rechter dan een billijke boete moest betalen aan de benadeelde. Deze bron staat echter in het Corpus Iuris, waardoor het mogelijk is dat de billijke boete in het klassieke recht nog niet gold en pas later door Justinianus is ingevoerd. In de context van de formulaprocedure ligt het vergoeden van de volledige waarde van het procesobject meer voor de hand, omdat de benadeelde per definitie deze volledige waarde had verloren en een billijkheidswaardering niet op zijn plaats lijkt. De volledige vergoeding wordt ook door Ulpianus voorgeschreven in gevallen van boos opzet. Boos opzet was echter waarschijnlijk pas een grond voor aansprakelijkheid in de cognitioprocedure, omdat deze grond binnen de formulaprocedure geen toegevoegde waarde had en bovendien een vonnis *in fraudem legis* vereiste, terwijl er binnen de formulaprocedure geen mogelijkheid was om een vonnis te toetsen. Aansprakelijkheid wegens rechtsweigeren en nietige vonnissen speelde in de buitengewone procesgang geen rol meer door de introductie van de ambtelijke rechter, die op een andere manier voor rechtsweigeren werd gestraft, en het hoger beroep. Hiervoor in de plaats kwam een risicoaansprakelijkheid voor onjuiste vonnissen. De formulering van Ulpianus' fragment over boos opzet doet echter vermoeden dat in zijn tijd de risicoaansprakelijkheid voor onjuiste vonnissen nog niet bestond. In de wetgeving van Justinianus staan beide gronden naast elkaar, met als verschil de hoogte van de aansprakelijkheid: in geval van boos opzet moest de rechter de volledige waarde van het procesobject vergoeden, voor onjuiste vonnissen die *per imprudentiam* waren

gewezen, werd een billijke boete opgelegd. Naast het aansprakelijk stellen van de rechter kon de benadeelde ook in hoger beroep gaan, wat doet vermoeden dat de falende rechter alleen in bijzondere omstandigheden tot hoge schadevergoedingen gedwongen werd. Bovendien kon de rechter zich tot op zekere hoogte vrijwaren door juridische vragen voor te leggen aan zijn adviseurs, die een eigen verantwoordelijkheid droegen.

Het bestaan van risicoaansprakelijkheden die als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de rechter hangen komt in de moderne tijd misschien vreemd over. Toch zijn zij te verklaren binnen de context van de rechtssystemen waarbinnen ze golden en blijken ze bovendien niet zo streng als ze op het eerste gezicht lijken.

M.W.J. Reijntjes¹¹⁵

Groningen

¹¹⁵ Marten Reijntjes is sinds 2012 verbonden aan de sectie Rechtsgeschiedenis van de Rijksuniversiteit Groningen. Het onderwerp van zijn promotieonderzoek is aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak.