

OPUSCULA VARII ARGUMENTI¹

I. Die spätromischen Gesetzesformen nochmals betrachtet

Als ich² — jetzt schon vor mehr als sechzehn Jahren — versuchte, die Formen der spätromischen Kaisergesetze zu beschreiben und insbesondere den Unterschied zwischen Kaiseredikten und Kaiserbriefen klarzustellen, veranlaßte mich dazu wohl hauptsächlich ein leichter Ärger³ über die Art, in der Franz Dölger bei der Beschreibung der byzantinischen Urkunden die inhaltlichen Unterschiede zwischen Gesetzen und Privilegien (wie es mir schien) als nebensächlich neben den Formfragen darstellte und dazu noch Briefe und Edikte durcheinander warf. Daß ich jetzt nochmals auf die Frage zurückkomme (ohne viel neues dazu bringen zu können) hat einen ganz durch Zufall bedingten Grund: Als ich vor kurzem Seecks Regesten zu Rate zog, fiel mein Auge auf die ersten Seiten der Einführung (die ich, so muß ich gestehen, nie vorher genau angesehen hatte); zu meinem Erstaunen stellte ich fest, daß Seeck schon im Jahre 1919 den Unterschied zwischen Kaisergesetzen in der Form eines an einen Magistraten gerichteten Briefes und Kaiseredikten genau so klar und richtig beschrieb⁴ als ich es sechzig Jahre später getan habe. Das merkwürdige an der Sache ist aber, daß nicht nur Dölger diese von mir übersehene Erklärung entweder auch nicht gesehen oder aus irgendeinem Grund der Erwähnung nicht für wert geachtet hat; auch die meisten Romanisten, die von der spätromischen Gesetzgebungsgeschichte zu sprechen hatten, liessen sie unbeachtet.

Einen dieser Romanisten trifft dieser Tadel auf jeden Fall nicht; Krüger⁵ schrieb seine Behauptung, daß "die Gruppen (d.h. die Gesetzesformen) in einander übergehen"

- 1 Weil die nachfolgenden Stückchen alle ziemlich kurz sind, erhielt ich den Rat, sie unter einem Reihentitel zusammenzustellen, so wie es damals Zachariä von Lingenthal mit der Reihe "Aus und zu den Quellen des römischen Rechts" machte. Warum ich mir diese Bezeichnung nicht geborgt habe, versteht sich leicht; übrigens will die Wiederverwendung des 1743 von Cornelis van Bijkershoek gewählten Buchtitels ebensowenig besagen, daß ich mich diesem großen Juristen gleichwertig fühle.
- 2 N. van der Wal, *Die Textfassung der spätromischen Kaisergesetze in den Codices*, BIDR 83 (1980) SS. 1-27; ders., *Edictum und lex edictalis*, RIDA, 3^{me} série 28 (1981) SS. 277-313.
- 3 Daß es sich dabei nicht nur um ein Vorurteil eines Juristen gegen einen Philologen handelt, zeigen die kritischen Bemerkungen, die Ludwig Burgmann (selber ein vorzüglicher Philologe) vor kurzem veröffentlichte (*Chrysobull gleich Privileg?* in *Das Privileg im europäischen Vergleich*, Bd. 1, Frankfurt/Main 1997, SS. 69-92, insbes. SS. 79-85).
- 4 O. Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart 1919 (Neudruck Frankfurt/Main 1964) SS. 2-10. Die gleichartige sehr kurze Beschreibung, die Mommsen schon 1905 in den *Prolegomena* (S. CLIII) seiner Theodosianausgabe aufnahm, enthält zwar keine Fehler, hebt aber m.E. den Unterschied nicht genügend hervor.
- 5 P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*², München und Leipzig 1912, S. 301.

sieben Jahre vor der Erscheinung von Seecks Regestenwerk. Daß diese Behauptung falsch ist, habe ich schon 1980 gezeigt (Seeck erwähnt sie nicht): wenn nach einem Gesetz in Briefform die Mitteilung *de eadem re scriptum edictum ad populum*⁶ folgt, so heißt das nicht etwa, daß hier eine Mischform zwischen Edikt und Brief vorliegt, sondern das Gesetz wurde in mehreren Exemplaren veröffentlicht, deren eines ein Brief und ein anderes ein Edikt war; im angeführten Fall wurden sogar zwei an verschiedene Bevölkerungsgruppen gerichtete Edikte und mehrere Briefe an verschiedene Magistraten verwendet.

Wenn man aber die seit 1919 erschienenen Handbücher und Lehrbücher des römischen Rechts durchsieht, ist das einigermaßen erstaunliche Ergebnis, daß sie, wie gesagt, fast alle Krügers falsche Vorstellung der Sache folgen und Seecks richtige Darstellung nicht einmal erwähnen. Meistens geschieht das so, daß *edictum* und *lex edictalis* als völlig gleichwertige Synonyme betrachtet werden und auf dieser falschen Vorstellung weitergebaut wird. Weil aber die Gesetze, die sich selbst als *lex edictalis* bezeichnen, ausnahmslos in der Briefform⁷ verfaßt sind, liegt es viel näher, anzunehmen, daß mit dieser Bezeichnung⁸ Gesetze gemeint wurden, die, obwohl sie nicht Edikte im eigentlichen Sinn des Wortes waren, trotzdem dieselbe Allgemeinverbindlichkeit wie ein echtes Edikt hatten. Dafür spricht auch, daß neben Formeln wie *Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus* ... (o.ä.) abwechselnd auch ähnliche Fassungen mit *generali lege*⁹ verwendet werden. Es stimmt also keinesfalls, daß fast alle spätrömische Kaisergesetze Edikte waren (und noch viel weniger, wie der Verfasser eines im übrigen vorzüglichen niederländischen Lehrbuchs der römischen Rechtsquellengeschichte¹⁰ behauptete, daß sie entweder Edikte oder Reskripte waren und nur in sehr wenigen Ausnahmefällen eine andere Form hatten).

Für die Kaisergesetzgebung wurden also im spätrömischen Reich — um noch einmal zusammenzufassen — drei Gesetzesformen gebraucht. Zuerst die *oratio ad senatum*, die zu dieser Zeit nicht mehr eine Rede an den Senat (*oratio in senatu habita*), sondern ein an den Senat gerichteter Brief war; bei einigen wenigen Texten sind der althergebrachte Anfangsgruß¹¹ (*Imp. — A. consulibus praetoribus tribunis plebis senatui suo salutem*

6 So C. Theod. 11,28,9.

7 Die acht in der Überlieferung erhaltenen Konstitutionen (C. Theod. 2,31,1 = C. Just. 4,26,13; Nov. Valent. 14§2, 18§3, 19§1, 23§2 und 35§20; C. Just. 5,9,6 und 6,23,29§2) die diese Selbstbezeichnung aufzeigen, sind sämtlich an Prätorianerpräfekte gerichtete Briefe.

8 S. ausführlicher meine Abhandlung *Edictum und lex edictalis* (wie oben Anm. 1).

9 So z.B. C. (Just.) 1,2,13 (= Nov. Marciani 5§2); 3,5,1; 3,43,1§1; 10,32,54; 10,71,3.

10 B.H.D. Hermesdorf, *Schets der uitwendige geschiedenis van het Romeinsch recht*³, Nijmegen 1946 (mein damaliges Studentenexemplar; spätere Drücke habe ich nicht eingesehen), S. 293.

11 So Nov. Valent. 1,3 (aus dem Jahre 450; hier folgt sogar noch der — in Privatbriefen damals schon längst nicht mehr übliche — Heilwunsch *Si vos liberique vestri valetis, bene est; nos exercitusque nostri valemus*). Gruß und Heilwunsch begegnen sogar noch (mit kleinen Abweichungen und einem groben Fehler in der Grußformel) in einem Brief, den der Kaiser Anastasius im Jahre 519 aus Kon-

dicat) und die ebenso altertümliche, vom Kaiser mit eigener Hand geschriebene Schlußformel¹² (*Optamus vos felicissimos et florentissimos nostrique amantissimos per multos annos bene valere, sanctissimi ordinis patres conscripti*), die in den Originaltexten wohl niemals gefehlt haben, erhalten geblieben. Die Veröffentlichung des Gesetzes erfolgte, indem der Brief im Senat vorgelesen und dann zu den *acta senatus* gelegt wurde.

Die Edikte wurden, ebenso wie die *edicta principum* der frühen Kaiserzeit und die Edikte der republikanischen und späteren Magistrate, durch Ausstellung des Textes an einem öffentlichen Ort dem ganzen Volk oder einer größeren Bevölkerungsgruppe verkündet. Auch hier gibt es eine vom Kaiser selber geschriebene Schlußformel, die aber nicht den bei Briefen üblichen Heilwunsch, sondern den Befehl zur Veröffentlichung enthält. Zwei Fassungen dieser Formel sind überliefert: *Proponatur amantissimo nostri populo Romano* steht unter zwei weströmischen Gesetzen¹³ aus dem fünften Jahrhundert; eine ähnliche Fassung ist (lateinisch unter einem griechischen Text!) bei drei¹⁴ Novellen Justinians überliefert. Als Überschrift finden sich in den Gesetzessammlungen und in den Inschriften meistens Fassungen wie *Edictum Constantini imperatoris*, *Constantinus imperator edictum*, *Imp. — A. ad populum* u.ä. Daß aber in der Urfassung dieser Texte noch immer die alte Anfangsformel *Imperator — Augustus dicit: ...* (folgt der Text) stand, braucht man nicht nur aus der Verwendung einer ähnlichen¹⁵ griechischen Formel im Edikt eines Prätorianerpräfekten des sechsten Jahrhunderts zu schließen; Amelotti und Luzzatto haben schon im Jahre 1972 eine damals von mir übersehene Inschrift in ihre Sammlung¹⁶ aufgenommen, die den vollständigen Anfang eines solchen Edikts (leider ohne jegliche Spur des ehemals nachfolgenden Textes) enthält: + Ἀγαθῇ τύχῃ | Αὐτοκράτωρ | Καῖσαρ Αὔγουστος | Φλ. Ἰουστινιανὸς | νικητῆς τροπευῆχος | μέγιστος ἀεισέβαστος λέγει.

Die überwiegende Mehrzahl der Kaisergesetze wurde, wie schon Seeck bemerkt, in der Briefform erlassen. Solche Briefe wurden an alle für die Sache zuständige Magistraten (gegebenenfalls auch an kirchliche Würdenträger) gerichtet; die auch hier vom Kaiser

stantinopel an den römischen Senat richtete (Coll. Avellana Nr. 113).

12 So Nov. Valent. 1,3 und Nov. Maior. 1.

13 Nov. Valent. 9 und 16.

14 Im Authenticum steht unter Nov. 13, 69 und 141 *Proponatur Constantinopolitanis civibus nostris*, im griechischen Text haben Nov. 13 und 69 *Constantinopoli* statt *-tanis* und in Nov. 69 fehlt *civibus nostris*. Welche der drei Fassungen die richtige ist, weiß ich nicht; vielleicht wurden sie alle drei abwechselnd verwendet.

15 Nov. Just. 167: Φλάβιος Κομίτας Θεόδωρος Βάσσεος οἱ μεγαλοπρεπέστατοι ἑπαρχοὶ τῶν ἱερῶν πραιτωρίων λέγουσιν· τὰ μὲν ἄλλα κτλ. (Zur Erklärung der Mehrzahlform *οἱ ... λέγουσιν* s. E. Stein, *Rheinisches Museum* 74 (1925) SS. 372-375 (= *Opera minora selecta*, Amsterdam 1968, SS. 170-173).

16 *Le costituzioni giustinianee nei papiri e nelle epigrafi* (Legum Iustiniani imperatoris vocabularium — Subsidia I) a cura di M. Amelotti e G.I. Luzzatto, Mailand 1972, S. 90 (wiederholt in der zweiten Auflage, a cura di M. Amelotti e L. Migliardi Zingale, Mailand 1985 S. 101).

eigenhändig geschriebene Schlußformel enthielt aber keinen Heilwunsch und auch keinen unmittelbaren Befehl zum Aushang, sondern die Anweisung, der Adressat solle den Gesetzestext *edictis sollemni more propositis* oder etwa διὰ τῶν συνεισθισμένων ἡδίκτων (also zusammen mit einem von ihm selber verfaßten Begleitedikt¹⁷) durch Aushang veröffentlichen. Es ist wohl dieser¹⁸ Umstand, der (zusammen mit dem oben gerügten falschen Verständnis der Bezeichnung *lex edictalis*) nicht nur Dölger, sondern auch manche andere Historiker dazu verführt hat, Kaiseredikte und Kaiserbriefe durcheinander zu bringen; ein Brief des Kaisers wird aber dadurch noch nicht zum Kaiseredikt, daß er zusammen mit dem Edikt eines Magistraten auf dem *forum Traiani* in Rom oder sonstwo ausgehängt wurde.

Mit meinen Untersuchungen in den Jahren 1980/81 glaube ich also (vielleicht überflüssigerweise, weil Seeck es schon 1919 festgestellt hatte) nachgewiesen zu haben, daß es diese drei verschiedene Arten der spätrömischen Kaisergesetze gegeben hat. Dabei habe ich aber wohl nicht genügend benachdruckt, daß zwei dieser drei Arten Briefe waren: die *orationes ad senatum* entsprechen mit ihrem Anfangsgruß, mit der altertümlichen Formel vom Typ *s(i) v(ales) b(ene) e(st) e(go) v(aleo)* und mit ihrem Schlußheilwunsch der klassischen Briefform des Altertums sogar noch besser als die Kaiserbriefe, die die *svbeev*-Formel wohl nie enthalten haben: sie war schon zu Quintilians Zeiten altmodisch. Trotzdem handelt es sich nicht nur aus der Sicht der Zeitgenossen, sondern auch grundsätzlich um zwei verschiedene Gesetzesformen, zuerst weil man bei den *orationes ad senatum missae* ihre Abstammung nicht nur von den alten vom Kaiser selbst ausgesprochenen *orationes in senatu*, sondern von den noch älteren *senatusconsulta* immer im Bewußtsein hatte; zwei Gesetzesformen, deren eine hervorgeht aus einem (seit dem Prinzipat in Gegenwart des Kaisers) gefaßten Senatsbeschluß und die andere ein Befehl des Kaisers ist, dem der adressierte Magistrat nur zu gehorchen hat, sind doch von einander sehr verschieden. Der zweite Unterschied liegt in der Methode der Veröffentlichung des Textes: die Kaiserbriefe wurden ja zusammen mit einem Begleitedikt ausgehängt, die *orationes* aber nach der Verlesung im Senatsarchiv niedergelegt.

- 17 Das bedeutet die in den posttheodosianischen Novellen mehrmals begegnende Mitteilung, die Konstitution sei *antelata edicto* veröffentlicht. Einige solche Edikte sind erhalten: s. z.B. E. Schwartz, ACO I III 68-69/70 (zum Gesetz C. Theod. 16,5,66); ACO I IV 66-67 (zu C. Just. 1,1,3); Nov. Just. 159 i.f. (ed. Schoell/Kroll S. 743 Z. 17-33). Seecks Vermutung (aaO. S. 10), sie hätten bezweckt, den Inhalt der in hochrhetorischer Sprache verfaßten Gesetze den Untertanen in einfacheren Worten klarzumachen, wird vom letzteren Text nicht bestätigt.
- 18 Auch die von Mommsen und Meyer in den Vorreden der Ausgaben des Theodosianus und der posttheodosianischen Novellen gewählte Einteilung der "*constitutionum acceptores*" in (a) *senatus, populus, provinciales* (b) *civitates et corpora* und (c) die verschiedenen Magistraten kann zur Verwirrung beigetragen haben; Senat und Volk gehören in dieser Beziehung ja nicht zusammen.

II. Nur im Griechischen verwendete lateinische Fachworte?

Schon vor längerer Zeit fiel mir auf, daß die byzantinischen Rechtsgelehrten des sechsten Jahrhunderts die Klage, die wir mit den klassischen römischen Juristen gewohnt sind, *actio de pauperie* zu nennen, öfters mit dem ziemlich naheliegenden, mir aber bis dahin völlig unbekannten Namen¹ 'ἡ *quadrupedaria*' bezeichnen. Ich hatte schon damals das Gefühl, dieses Wort finde sich nirgendwo in den lateinischen Quellen des römischen Rechts, konnte das aber nicht beweisen. Seit wir aber über den Linzer Thesaurus verfügen, ist es ein leichtes festzustellen, daß es sich hier wirklich um ein lateinisches Adjektiv handelt, das in den erhaltenen lateinischen Rechtsquellen nicht begegnet.

Nach dieser Feststellung fragt man sich sofort, ob dann die *actio de pauperie* unter diesem Namen in einem der byzantinischen Rechtslexika verzeichnet ist, deren Neuauflagen im vor kurzem erschienenen achten Bande der Frankfurter *Fontes minores*² stehen. Mit Hilfe des *Index verborum latinorum* am Ende des Buches ist diese Frage leicht zu beantworten: Das Lexikon 'Ρωμαϊκαὶ ἀγωγαὶ³ enthält ein Lemma namens Κοναδρουπεδαρία, dessen Text hauptsächlich aus dem Institutionentitel 4,9 (*Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur*) und den Fragmenten des gleichnamigen Digestentitels D. 9,1,1§§15.17, D. 9,1,2pr. und D. 9,1,3 zusammengesetzt wurde. Es braucht wohl kaum gesagt zu werden, daß diese lateinischen Texte nur von der *actio de pauperie* reden und nicht etwa von einer (*actio*) *quadrupedaria*; letztere Bezeichnung muß der Verfasser, wie zu erwarten, in den von ihm benutzten griechischen Übersetzungen der erwähnten Texte gefunden haben.

Das Phänomen eines nur in griechischen Texten begegnenden lateinischen Fachwortes läßt die Vermutung aufkommen, es könne noch mehr solche Worte geben; bis jetzt aber habe ich aber nur einen irgendwie vergleichbaren Fall⁴ gefunden: das Wort *superfi-*

1 So BS 3082,7.27; 3083,6.8.21; 3084,5.20; 3085,11.25; 3087,3.4; 3089,18; 3150,10.15.29. Wie man sieht, haben nicht nur die Juristen der Zeit Justinians, sondern auch die Verfasser der neuen Scholia zu den Basiliken diese Bezeichnung (die sie mit griechischen Buchstaben schrieben: ἡ κοναδρουπεδαρία) verwendet. Theophilus dagegen bezeichnet im bezüglichen Titel (4,9) der Institutionen die *actio de pauperie* nicht mit diesem Namen; er nennt sie (seltsamerweise) ständig 'ὁ νοξαλῖος δωδεκάδελτος', anscheinend weil sie vom Zwölftafelgesetz eingeführt wurde.

2 *Fontes minores VIII — Lexica iuridica byzantina* edd. Ludwig Burgmann, Marie Theres Fögen, Roos Meijering, Bernard H. Stolte, Frankfurt am Main 1990.

3 Die Entstehung dieser Edition habe ich aus nächster Nähe miterlebt, vom Augenblick an, als vor Jahren Scheltema den Text in der Hs. Laur. plut. LXXX,2 fand und wir anfänglich glaubten, es handle sich um eine Abhandlung aus der Antezessorenzeit; dann kam viel später der Anfang der seriösen Editionsarbeit, bei der Dr. Meijering sich ohne jegliche juristische Vorwissenschaft mit erstaunlicher Schnelligkeit in die spröde Materie einarbeitete und schon nach wenigen Monaten die Hilfe der juristisch geschulten Kollegen gar nicht mehr brauchte, und schließlich als Ergebnis diese schöne und nützliche Ausgabe.

4 Selber gefunden habe ich dieses Beispiel nicht; ohne den Hinweis von Marie Theres Fögen (*Byzantinische Kommentare zu römischen Aktionen*, in *Fontes minores VIII* S. 227) würde ich den

ciarius, das in den lateinischen Quellen als Substantiv für den Superfiziar und als Adjektiv nur bei Bezeichnungen des Rechtsobjekts (*aedes, bona, insula, praedium*) benutzt wird, hat im frühbyzantinischen Juristengriechisch eine weitere Verwendung gefunden: die der Revindikation ähnliche dingliche Klage, die der Prätor dem Superfiziar verspricht, heisst hier⁵ 'ἡ *superficiaria* (ἀρχωγή)'.

Weiterhin gibt es in der byzantinischen Juristensprache meines Wissens nur einige Merkwürdigkeiten, die dieser Erscheinung mehr oder weniger ähnlich sind. So wurde z.B. die *condictio* mit dem männlichen Substantiv 'ὁ *condicticios*' angedeutet⁶ und in ähnlicher Weise haben auch manche Werktitel das Wortgeschlecht geändert: *Institutiones* hiessen (τὰ) *Instituta*⁷, *regulae* wurden *regularia*⁸ und *libri iuris civilis* sogar *iuriscivilia*.⁹ Diese Wortformen zeigen zwar eine gewisse Ähnlichkeit mit der Bezeichnung 'ἡ *quadrupedaria*'; es handelt sich aber nicht um die gleiche Erscheinung. So begegnet das Beiwort *condicticius* zwar nicht oft, aber doch bisweilen¹⁰ in den lateinischen Rechts-

Fall wohl übersehen haben.

- 5 So BS 876,13 und 876,20 und in zwei der in *Fontes minores* VIII (s. Anm. 2) edierten Lexika: 'Ρωμαῖκοὶ ἀρχωγὰι 2,8 und das Lexikon zur Hexabiblos aucta ι 73.
- 6 Es erübrigt sich wohl, Beispiele zu verzeichnen: in den griechischen Texten des justinianischen Zeitalters führt die *condictio* immer und überall diesen Namen.
- 7 So im Index (auctorum) Florentinus der Digesten bei den Lehrbüchern des Florentinus (XIX 1), Gaius (XX 6), Ulpian (XXIV 14), Paul (XXV 18), Callistratus (XXVII 4) und Marcian (XXIX 1). Mit demselben Namen bezeichneten die frühbyzantinischen Juristen die Institutionen Justinians (und die späteren die Theophiloparaphrase), wenn vom ganzen Werk die Rede war; warum sie dann jedes einzelne der vier Bücher wiederum in weiblicher Form als ἡ πρώτη (bzw. δευτέρα, τρίτη und τετάρτη) *institution* (d.h. ἱστοιουσίων) anführten, weiß ich nicht zu erklären.
- 8 So der Index Florentinus bei den *Regulae* des Neratius (VIII 1), Pomponius (XI 8), Cervidius Scaevola (XVIII 4), Gaius (XX 11), Ulpian (XXIV 8.15), Paul (XXV 8.9.23), Marcian (XXIX 2), Modestin (XXXI 3) und Rufinus (XXXV 1); das Wort wurde augenscheinlich aus dem lateinischen Genitiv *regularum* gebildet.
- 9 Index Florentinus V 1 (Sabinus). In ähnlicher Weise verwendete Theophilus (und wohl auch die anderen byzantinischen Juristen) die Substantive (τὸ) *iuriscivilion* und (τὸ) *iurisdiction* für *ius civile* und *ius gentium*.
- 10 Inst. (Just.) 3,14,1; 4,6,24.25.26; D 12,1,24; 12,2,13,2; 12,4,7pr.; 24,1,55; C. 8,54,3 = Fr. Vatic. 286. Im Verhältnis zur massenhaften Verwendung des Substantivs *condictio* ist die Zahl dieser Stellen verschwindend klein; trotzdem beweisen die (fast alle nicht interpolierten) Digestentexte, daß die Bezeichnung *condicticia actio* von den klassischen Juristen gelegentlich benutzt wurde. Weiterhin fällt auf, daß im Institutionenpassus 4,6,24-26 die Klage bei ihrer ersten Erwähnung sofort *condicticia actio* genannt wird und erst nachher *condictio* heißt. Ob das manchmal begegnende *condicticia* ohne hinzugefügtes *actio* ein erst in nachklassischer Zeit eingedrungener Gräzismus ist, weiß ich nicht. Ebensowenig kann ich erklären, warum die Klage in der griechischen Fachsprache männlich (ὁ *condicticios*) geworden ist; zwar erklärt sich die Verwendung männlicher Bezeichnungen vom Typ 'ὁ *Aquilios*' aus der Gleichsetzung der Klage mit dem bezüglichen Gesetz (ὁ νόμος), aber die Einführung der *legis actio per conditionem* durch die *lex Silia* und die *lex Calpurnia* (Gai. Inst. 4,19) wird für die Byzantiner doch wohl keine Rolle gespielt haben.

quellen; auch die Geschlechtsänderung der *libri institutionum* und *libri regularum* findet sich anscheinend nicht nur in griechischen Texten, sondern auch im Juristenlatein¹¹ der Spätzeit.

Es bleibt also dabei, daß *quadrupedaria* und *superficiaria* die einzigen lateinischen Klagenbezeichnungen sind, die nur in griechischen und nicht in lateinischen Texten begegnen. Noch schlimmer: in dieser Fassung ist die soeben formulierte Behauptung nicht einmal haltbar. Wenn wir alle die Bücher, aus denen die Digesten Justinians zusammengesetzt sind, noch vollständig besitzen würden, würde es mich gar nicht wundern, darin irgendwo eine *actio quadrupedaria* oder *superficiaria* zu finden. Das Fragezeichen am Ende der Überschrift dieser kleinen Abhandlung kann also leider nicht gestrichen werden.

11 Die sachliche Mehrzahlform *instituta* begegnet auch im Spätlatein: s. H.L.W. Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden 1981, S. 140 und S. 164 Anm. 49.

III. Nov. Just. 159 ausgelegt von Theodoros Hermopolites

Im justinianischen Recht wurde der Unterschied zwischen Testament und Kodizill genau so wie im klassischen Recht gehandhabt. Diese Feststellung ist wohl so selbstverständlich, daß die Anführung von Belegstellen kaum nötig ist; es genügt, darauf hinzuweisen, daß im Titel *De codicillis* des justinianischen Codex das Gesetz Konstantins des Großen aufgenommen wurde, das die Aufnahme einer Erbeinsetzung oder Substitution in einem Kodizill mit allem Nachdruck als unwirksam darstellt:

C. 6, 36, 7: *Si idem codicilli quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est.*

Um so auffälliger ist es, daß der Anwalt Theodoros aus Hermopolis in seiner Novellenbearbeitung Justinians Novelle 159 so wiedergibt, als hätte sie diese Beschränkung der Wirkung eines Kodizills beseitigt; der Text seiner Summa lautet in der Ausgabe des Zachariä¹ (ebenso wie zweifellos in der einzigen Handschrift², die das Werk überliefert):

(Theod. Nov. 159 §2): Δύναται ἕκαστος καὶ μετὰ διατύπωσιν τῆς ἰδίας διαθήκης καὶ μετὰ τὴν ἔνστασιν τῶν αὐτοῦ κληρονόμων CODICELLON ποιῆσαι καὶ ἀφαιρεῖσθαι τινα ἐξ ὧν εἴασε³ τοῖς κληρονόμοις καὶ ληγατεύειν αὐτά, καὶ ὑποκαθιστᾶν οὐ μόνον ἐξωτικοῖς, ἀλλὰ καὶ πᾶσι τῶν ἐαθέντων ὑπ' αὐτοῦ κληρονόμων. Σημείωσαι, ὅτι καὶ ἐν CODICELLOIS δίδοται ὑπόκαταστασις· ἀνήρηται γὰρ ἡ ζ' διατ. τοῦ λς' τιτ. τοῦ ζ' βιβ. τοῦ Κώδικος.

Theodoros behauptet also anscheinend, man könne von jetzt an auch in einem Kodizill jede beliebige Person als Substituterben anweisen; im zweiten Satz des zitierten Passus weist er noch ausdrücklich darauf hin, daß damit das gleich vorher angeführte Gesetz Konstantins (C. 6,36,7) aufgehoben sei. Diese Auslegung der 159. Novelle ist mir immer bizarr und fast unglaublich vorgekommen, zumal der Novellentext selber, wie wir weiter unten sehen werden, sie anscheinend nicht unterstützt (das Gesetz erwähnt die Konstitution Konstantins sogar nicht einmal). Daß aber Theodor vielleicht doch einen anderen als den oben angeführten Text geschrieben hat, bemerkten wir — schon vor

1 C.E. Zachariae, *Anecdota*, Leipzig 1843 (Neudruck Aalen 1969) S. 162.

2 Athon. Μεγίστης Λαύρας Θ 65. Ich hatte keine Gelegenheit, die Hs. zu Rate zu ziehen; die von Zachariä von Lingenthal betreuten Editionen sind aber meistens sehr zuverlässig.

3 In der Hs. las Zachariä εἴασαι, statt dessen er εἴασε oder εἴαση verbessern wollte. Erstere Konjektur wurde dann durch das unten angeführte Basilikenzitat bestätigt.

Jahren — beim Versuch zur Rekonstruktion des verlorenen 36. Buch der Basiliken. Dieses Buch enthielt nur einen einzigen Titel, der von den Kodizillen handelte und folglich Texte aus D. 29,7 und C. 6,36 enthielt. Nach diesen zwei Titeln aus Digesten und Codex folgte noch die Summa des Theodoros zu Nov. 159; der Schluß des bezüglichen Basilikenkapitels wird angeführt im cod. Paris. gr. 1367, eine schöne alte Handschrift, die neben anderen interessanten Texten mehrere Reihen von Basilikentexten enthält. Die Anführung lautet:

Δύνονται ἕκαστος καὶ μετὰ διατύπωσιν <τῆς ἰδίας διαθήκης καὶ μετὰ τὴν ἔνστασιν> τῶν αὐτοῦ κληρονόμων κωδικοῦν ποιῆσαι καὶ ἀφαιρεῖσθαι τινα ἐξ ὧν εἶασε τοῖς κληρονόμοις καὶ ληγατεύειν αὐτὰ καὶ ὑποκαθιστᾶν, οὐ μὴν ἐξωτικοῖς, ἀλλὰ πασι, τῶν ἐαθέντων ὑπ' αὐτοῦ.

Weshalb die Verfasser des Basilikentextes hier die Kurzfassung des Theodoros und nicht, wie sonst bei griechischen Novellen üblich, den Volltext aufgenommen haben, ist nicht mit Sicherheit festzustellen; wahrscheinlich war der Grund die Ausführlichkeit des Reskripts, das die Namen aller beteiligten Personen, Beschreibungen der vermachten Grundstücke und sogar eine wörtliche Anführung aus dem besprochenen Kodizill enthält,⁴ alles Sachen, die für die rechtliche Wirkung des Gesetzes belanglos waren. Auf jeden Fall beweist die Ähnlichkeit der beiden Texte, daß der vom Paris. gr. 1367 angeführte Passus aus der von Theodoros verfaßten Summa zu Nov. 159 stammt. Das von mir zwischen spitzen Klammern eingefügte Textstück ist im Basilikenzitat wohl nur durch Versehen ausgefallen; von einer διατύπωσης τῶν κληρονόμων kann Theodoros doch wohl nicht geredet haben. Beim zweiten Unterschied ist anscheinend, wie gesagt, εἶασε die echte Lesart der Summa Theodori und das sinnlose ἐάσαι ein Fehler der Athoshandschrift.

Viel wichtiger ist aber die dritte Stelle, an der die zwei Texte von einander abweichen. In der an zweiter Stelle angeführten Fassung des Textes sagt Theodoros nicht mehr, daß jede Art der *substitutio heredis* in einem Kodizill gültig war; er sagt hier nur mehr, daß der Erblasser seine eigenen Kinder so zu Ersatzerben machen konnte. In den Anmerkungen zur Basilikenausgabe⁵ gingen wir schon davon aus, daß diese Fassung den echten Theodorostext enthält, und auch jetzt bin ich noch davon überzeugt. Zuerst bespricht das in der Nov. 159 enthaltene Reskript nur einen solchen Fall. Weiterhin wirkt die mit der Stilfigur "nicht nur ..., sondern auch ..." angedeutete Personenverteilung im erstangeführten Text unlogisch: wenn "nicht nur Deszendenten, sondern auch

4 Zu den Einzelheiten des geführten Prozesses s. J.H.A. Lokin, *Ad Novellam 159*, in *Novella constitutio — Studies in honour of Nicolaas van der Wal*, Groningen 1990, SS. 131-150.

5 BT 1654,24.

Fremde" dagestanden hätte, wäre das folgerichtig ausgedrückt; dagegen stellt "nicht nur Fremde, sondern auch alle beliebige Personen" die Sache auf den Kopf. Wenn aber dieses "alle" (*πᾶσι*) als Schreibfehler für *παισὶ* ("Kinder") in den Text geraten ist, kann man sich leicht vorstellen, wie ein Kopist den dadurch sinnlos gewordenen Satz durch eine weitere Verschlimmbesserung zu retten versuchte, indem er statt *οὐ μὴν* das falsche *οὐ μόνον* einsetzte.

Der einzige Umstand, der dagegen zu sprechen scheint, ist der zweifellos echte — im Basilikenzitat fortgelassene — nachfolgende Satz, in dem Theodoros den Schluß zieht, durch die Novelle sei die Konstitution C. 6,36,7 "aufgehoben". Dieser Schluß konnte aber auch gezogen werden, wenn (wie es m.E. der Fall war) die vorher durch dieses Gesetz für alle Fälle verbotene und wirkungslose Erbeinsetzungen nun in bestimmten Fällen möglich geworden waren.

Daß die Fassung mit *οὐ μὴν ἐξωτικοῖς, ἀλλὰ παισὶ* der authentische Theodorostext war — oder wenigstens von den späteren Byzantinern dafür gehalten wurde — beweisen mehrere jüngere Texte. So bemerkt der Scholiast der Eisagoge zum Kapitel Eisag. 29,20, das eine Definition des Kodizills enthält: ... ἡ μέντοι ρηθ' νεαρὰ κωδικοῦ ὑποκατάστασιν ἔχοντα ὡς ἰσχυρὸν ἀποδέχεται, ἀλλ' ἐπὶ κατιόντων. Zwar nennt er den Theodoros nicht, aber diese Auslegung der Novelle muß aus der Summa Theodori stammen. Weiterhin enthält die Übersetzung der schon mehrmals angeführten Konstitution C. 6,36,7, die das Basilikenkapitel B. 36,1,27 bildet, eine Interpolation. Der Text lautet: Οὐδεὶς δύναται ἐν κωδικέλλοις γράφειν τινὰ ἐξωτικὸν κληρονόμον ἢ ὑποκατάστατον ποιεῖν. Erst wenn man das Wort *ἐξωτικὸν* streicht, entsteht eine sinngemäße Übersetzung der Konstitution; es wurde offensichtlich mit dem Zweck hinzugefügt, den Text mit der von Theodoros befürworteten Auslegung der Nov. 159 in Übereinstimmung zu bringen.

Auch die byzantinischen Juristen der späteren Zeit scheinen die von Theodoros verfaßte Summa der Nov. 159 in dieser Fassung gekannt und für richtig gehalten zu haben. Im 29. Titel des Prochiron auctum enthält c. 7 den interpolierten Basilikentext B. 36,1,27 und c. 9 das eben angeführte Scholion der Eisagoge; Michael Attaliotes hat denselben interpolierten Basilikentext im Kapitel 24,3 seines *Πόνημα νομικὸν* aufgenommen.

Damit steht wohl fest, das Theodoros wirklich den in der Hs. Paris. gr. 1367 überlieferten Text (*οὐ μὴν ἐξωτικοῖς, ἀλλὰ παισὶ*) und nicht die Fassung der Athoshandschrift (*οὐ μόνον ἐξωτικοῖς, ἀλλὰ καὶ πᾶσι*) geschrieben hat. Um so bemerkenswerter ist es, daß er auch so noch Unrecht hatte. Man braucht die Nov. 159 nur aufmerksam zu lesen um zu sehen, daß das bezügliche Kodizill nicht eine *substitutio heredis* (die Einsetzung eines Ersatz e r b e n), sondern die Substitution eines Legatars enthielt. Die diesbezügliche, in der Novelle wörtlich angeführte Testamentsklausel lautet⁶:

6 Nov. 159 praef. (S. 737 Z. 37 der Ausgabe).

... βούλομαι τοίνυν καὶ κελεύω τὸ προάστειόν μου τὸ καλούμενον 'τὰ Κωπάρια', ὅπερ ἐν τῇ προειρημένη διαθήκῃ Κωνσταντίνῳ τῷ μεγαλοπρεπεστάτῳ υἱῷ κατέλιπον, δοθῆναι καὶ διαφέρειν τελείας νομῆς καὶ δεσποτείας δικαίῳ Ἰερὶ τῷ λαμπροτάτῳ καὶ εὐγενεστάτῳ ἐγγόνῳ ...

Das genannte προάστειον, ein (nach der gleich folgenden Beschreibung sehr großes und prächtiges) Landhaus wird dann im nachfolgenden Text für den Fall, daß Hierios vor der Pubertät (oder auch nachher, aber dann kinderlos) stirbt, dem schon erwähnten Sohn des Erblassers Konstantinos vermacht. Auf den ersten Blick sieht das wie eine Pupillarsubstitution aus; es handelt sich aber offensichtlich um das Vermächtnis einer Einzelsache, das von einem auf einen anderen Legatar übertragen wird; die gewählten Worte ("*volo atque iubeo dari*") erinnern sogar an das *legatum per damnationem* der klassischen Zeit.

Von einer Aufhebung der Konstitution C. 6,36,7 ist also gar nicht die Rede. Dazu stimmt auch, daß außer Theodoros keiner der zeitgenössischen Juristen auf die Idee verfallen ist, die 159. Novelle Justinians so auszulegen, daß sie das Gesetz C. 6,36,7 außer Kraft setzen würde. Athanasios (9,11) redet zwar (wohl mit Unrecht) von ὑποκαθιστᾶν und γραφέντες κληρονόμοι, aber er erwähnt nicht, daß es sich im Reskriptsfall um ein Kodizill handelte und von einer Beziehung zu C. 6,36,7 verlautet nichts. Ebenso redet Julian (Nov. 117) zwar von *heredes*, aber auch er macht den Eindruck, daß es sich um Testamente und nicht um Kodizille handelt; übrigens interessiert ihn anscheinend nur die Tragweite des Veräußerungsverbots. Der unbekannte Verfasser der von Zachariä aus der Hs. Bodl. Selden supra 11 veröffentlichte Summa⁷ spricht zwar von ὑποκαθιστᾶν, aber das von ihm verwendete Zeitwort καταλείπειν unterscheidet nicht zwischen Erbeinsetzungen und Vermächtnissen. Diese und ähnliche zwielichtige Interpretationen der Novelle haben wohl dazu beigetragen, daß die späteren Byzantiner die falsche Auslegung des Theodoros kritiklos folgten. Auf jeden Fall liefert diese Auslegung einen zusätzlichen Beweis für die schon vor Jahren von Simon⁸ festgestellte Tatsache, daß Theodoros nicht gerade der scharfsinnigste der frühbyzantinischen Juristen war.

7 Zachariä aaO. (Anm. 1) S. 223.

8 D. Simon, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München 1969, SS. 105 und 157-162.

IV. Les hypothèques tacites aux temps de Justinien

En lisant les textes législatifs du sixième siècle qui traitent des hypothèques tacites, on rencontre des phénomènes curieux. Dans quelques cas, le législateur n'accorde pas simplement l'hypothèque légale; il impose au débiteur le devoir d'accorder une hypothèque conventionnelle et ajoute que l'hypothèque existera en tout cas comme hypothèque légale si le débiteur ne remplit pas ce devoir. Plus étonnants encore sont les textes qui ajoutent à la revendication une action hypothécaire qui semble porter sur les mêmes biens, construction tout à fait illogique aux yeux d'un juriste moderne. En outre, les préfaces de certaines Novelles de Justinien rapportent des requêtes dans lesquelles les requérants font l'impression de croire que le titulaire d'un droit d'hypothèque soit propriétaire du bien hypothéqué pour autant que la dette existe. Lorsqu'on trouve dans l'une de ces Novelles l'affirmation¹ de l'empereur, en répondant à une pareille requête, qu'il ne veut pas «bouleverser le système général de notre droit» (τὴν καθόλου φύσιν τῶν νόμων τῶν ἡμετέρων συνταράξαι), on se demande si tout cela ne puisse s'expliquer par l'hypothèse d'un conflit entre le droit officiel et des idées populaires provenant d'une espèce de «Volksrecht» d'origine possiblement grecque.

De tous les cas où le droit de Justinien accorde à la même personne l'action hypothécaire et la revendication, le plus célèbre est sans aucun doute celui de la femme réclamant sa dot après la dissolution du mariage; mais ici il s'agit d'une situation particulière. Dans la constitution C. 5, 12, 30, l'empereur déclare avec emphase que le principe selon lequel la propriété de la dot appartient au mari, n'est qu'une subtilité superflue de l'ancien droit romain; d'après les règles de l'équité et du droit naturel, c'est la femme qui est propriétaire de sa dot² pendant le mariage. Conséquemment, au dire de Justinien, pour ceux qui veulent se tenir aux anciens principes, l'action réelle accordée par cette loi à la femme pour réclamer sa dot est une action hypothécaire; pour ceux qui acceptent les règles du droit naturel et équitable, c'est une revendication de biens dont elle était déjà propriétaire. Le législateur insiste tellement sur l'identité de ces deux actions qu'on pourrait croire, en lisant cette constitution, que l'hypothèque dotale ne grève que les biens de la dot même; cependant, les autres textes (en particulier C. 8, 17, 12) montrent assez clairement qu'une hypothèque portant sur tout le patrimoine du mari existait à côté de cette action hybride.

Toutefois, on voit qu'au moins dans ce cas il ne s'agit pas d'un moment d'irréflexion ou d'une confusion d'idées contradictoires; le législateur a très bien vu la

1 Nov. 136, 5pr. (p. 694 l. 4 de l'édition).

2 C. 5, 12, 30pr. i.f.: *Non enim quod legum subtilitate transitus earum [sc. rerum] in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.*

contradiction qui existait entre les règles de l'ancien droit romain et les idées populaires de son époque et il a cru trouver la solution du problème en acceptant la situation illogique qui provenait de cette contradiction.

Huit ans après, dans la Nouvelle 61, Justinien s'est servi d'une argumentation quelque peu similaire en réglant la situation juridique de la femme qui veut exiger après la dissolution du mariage la *donatio propter nuptias* promise par son mari. Regardons comment³ il s'exprime:

Οὐδὲ γὰρ ἔδοξαν ἡμῖν ἄπο τρόπου πεποιηκέναι τινὲς τῶν ἡμετέρων δικαστῶν, οἵπερ καὶ αὐτὴν τὴν *IN REM* ταῖς γυναιξὶ μετὰ τὴν τοῦ γάμου διάλυσιν ἐπὶ τῆς προγαμιαίας δεδώκασι δωρεᾶς· ὅπερ ὀρθῶς ἐγχειρισθὲν εἶτα ὑπὸ τῶν μετὰ ταῦτα δικαζόντων ὑπὸ περιττοτέρως δῆθέν τινας ἀκριβείας παρεώραται.

Car à notre avis, certains de nos juges n'ont point agi incorrectement en accordant en outre la revendication même aux femmes après la dissolution du mariage pour exiger la *donatio propter nuptias*; mais cette initiative tout à fait correcte a été repoussée par les juges de l'époque suivante à cause de leurs scrupules trop exagérés.

On admet généralement que l'action *in rem* accordée par cette loi soit une *vindicatio utilis*, mais en étudiant de nouveau le passage cité, je ne peux pas me dépouiller de l'impression que les juges loués par Justinien aient voulu donner à la femme pour obtenir la donation une vraie revendication (*αὐτὴν τὴν IN REM*) et que le législateur critique les autres juges mentionnés à cause de leur «subtilité exagérée» (*περιττοτέρα ἀκρίβεια*) précisément parce qu'ils refusaient d'accorder une *rei vindicatio* à une personne qui n'était pas encore propriétaire des biens réclamés.

Dans la Nouvelle 108 (ch. 2), l'empereur accorde tout simplement «*IN REM καὶ ὑποθήκας*» au fidéicommissaire contre les tiers acquéreurs des biens aliénés par l'héritier chargé du fidéicommis; en motivant cette mesure, il renvoie aux droits qu'il avait déjà donnés aux légataires et aux fidéicommissaires contre l'héritier chargé, allusion qui vise sans aucun doute ses constitutions C. 6, 43, 1 et 3. Dans ces constitutions, il s'agit d'une action *in rem* qui provient de la revendication donnée par le droit classique au légataire qui veut exiger un legs *per vindicationem*, action accordée par Justinien à tous les légataires et fidéicommissaires pour réclamer les biens légués, accompagnée d'une hypothèque tacite qui grève tous les biens parvenus du testateur à l'héritier chargé; de même, l'action réelle de la Nouvelle 108 vise les seuls biens destinés au fidéicommissaire, alors que l'hypothèque s'étend (à ce qu'il semble) à tous les biens de l'héritier.

Cette combinaison d'une hypothèque générale et d'une revendication visant un bien

3 Nov. 61, 1§1 (p. 330 II. 22-28 de l'édition).

déterminé diffère essentiellement, si je ne me trompe pas, de la situation juridique voulue par le législateur dans les cas de C. 5, 12, 30 et Nov. 61. Ici, la revendication et l'action hypothécaire portent sur la même chose. Dans la constitution du Code, l'empereur explique que le caractère et le nom de l'action réelle qu'il accorde dépendent du point de vue du lecteur: les traditionalistes vont considérer le mari comme propriétaire de la dot et juger qu'il s'agit de l'action hypothécaire; par contre, ceux qui admettent que la vraie propriété de la dot appartient à la femme l'appelleront «*ἡ IN REM*», c'est-à-dire la revendication. Dans la Novelle, l'emploi de l'expression «*περιττότερα ἀκρίβεια*» («subtilité superflue») pour qualifier le raisonnement des juges qui ne voulaient pas accorder une action *in rem* donne l'impression que le législateur jugeait peu importante la construction juridique à appliquer au cas visé: pourvu que la femme ait une action réelle, semble-t-il dire, peu importe quel nom on donne à cette action, «revendication» ou «*actio Serviana*». D'ailleurs, l'exposé de C. 5, 12, 30 sur la propriété de la dot fait preuve de cette même indifférence.

Regardons maintenant les textes où un devoir de constituer une hypothèque conventionnelle est imposé au débiteur dont les biens sont déjà grevés *ipso iure* par une hypothèque légale. Tout d'abord, il faut constater que dans la plupart des cas où le droit de Justinien accorde une pareille hypothèque, les constitutions emploient une terminologie «normale». Ainsi, des textes traitant de l'hypothèque du pupille grevant les biens du tuteur, C. 5, 30, 5§2, C. 8, 14, 6 et Nov. 22, 40 disent tout simplement qu'une hypothèque existe, alors que C. 6, 61, 6§4 parle de *tacitas hypothecas* et Nov. 118, 5 emploie l'adverbe *σιωπηρῶς*.

L'hypothèque dotale est qualifiée expressément comme tacite par les Institutes (4, 6§29), dans C. 5, 13, 1§1*b* et dans C. 8, 17, 12§4; dans C. 5, 13, 1§1*b*, le terme *tacitas* qualifie non seulement l'hypothèque garantissant à la femme la restitution de la dot, mais encore l'hypothèque du mari concernant une dot promise et non encore payée, n'importe qu'il s'agisse d'une dot normale ou d'une *dos adventicia*. Quant à C. 5, 12, 30pr.§1, nous avons déjà vu⁴ que cette loi présente l'idée du droit de propriété de la femme comme étant la vérité et la propriété du mari comme une *legum subtilitas*. Conséquemment, dans l'esprit du législateur, l'action hypothécaire accordée dans ce cas n'était qu'une revendication déguisée et l'idée d'une hypothèque conventionnelle ne pouvait pas surgir.

Les autres deux cas se rencontrent dans les Novelles. Dans les chapitres 43 et 44 de la Nov. 22, le législateur impose à celui à qui le testateur a laissé des biens à condition qu'il ne se remariera pas (n'importe⁵ qu'il s'agisse d'une institution d'héritier, d'un legs,

4 V. n. 2.

5 Le passage parle en premier lieu des clauses dans le testament de l'époux décédé favorisant l'époux survivant (dans la Nov. 22, Justinien a essayé de réorganiser tout le droit des mariages), mais le législateur profite de l'occasion pour régler tous les cas d'emploi de cette condition.

d'un fidéicommiss ou d'une *donatio mortis causa* comportant cette condition) le devoir d'accorder une hypothèque sur tous ses biens garantissant la restitution des biens en cas d'un remariage et ordonne qu'une hypothèque tacite existera en tout cas.

Enfin, dans la Novelle 94 (ch. 1) je crois qu'il ne s'agit que d'une négligence de rédaction. Ici, l'empereur réfute l'interprétation donnée par certains juges à la Nov. 72. Cette loi avait interdit aux créanciers et aux débiteurs du pupille de devenir son tuteur. Dans la Nov. 94, Justinien présente une interprétation authentique en expliquant que même s'il existent de pareilles créances, les mères veuves peuvent toujours assumer la tutelle de leurs enfants, «pourvu qu'elles renoncent (aux secondes nocces et au bénéfice du sénatusconsulte Velléien) et hypothèquent leurs biens selon l'usage ancien»: ... ἄδεια ἔστω ταῖς μητέρας κατὰ τὴν ἀρχαίαν παρατήρησιν ἀποταττομέναις καὶ ὑποτιθεμέναις τὰ ἐαυτῶν πράγματα, καθάπερ πρότερον σχήματος ἦν ... Malgré l'apparence contraire, ces termes ne veulent pas dire, à mon avis, que la mère doit accorder une hypothèque conventionnelle; comme nous avons vu plus haut, l'hypothèque du pupille garantissant le règlement des comptes de la tutelle est mentionnée dans de nombreux autres textes qui la qualifient soit explicitement soit implicitement comme tacite. Ici, le législateur s'est exprimé avec une brièveté exceptionnelle en indiquant les clauses de renonciation usuelles par le seul mot ἀποταττομένοις et en décrivant par ὑποτιθεμένοις l'acceptation de la naissance d'une hypothèque légale.

Conséquemment, le point commun des deux derniers cas (il est question dans chacun des deux d'une renonciation aux secondes nocces) n'est qu'accidentel et il ne nous reste que deux lois de Justinien qui cumulent les hypothèques conventionnelles et tacites. Ces deux textes (C. 5, 14, 11 et Nov. 22, 43-44) se ressemblent dans une particularité bien plus importante que l'éventualité d'un second mariage; dans tous les deux, il ne s'agit pas de mentions d'hypothèques tacites déjà connues, mais de l'introduction d'une nouvelle hypothèque légale. C'est précisément cela qui explique, si je ne me trompe, le procédé curieux employé par le législateur; puisqu'il s'agit d'une nouveauté, le législateur commence en imposant — ou en signalant? — le devoir «naturel» du débiteur d'accorder une hypothèque sur ses biens; puis il ajoute que cette hypothèque se produira même sans la coopération explicite du débiteur. Assurément, c'est une manière de légiférer peu logique; mais d'autre part, elle n'est pas tout à fait incompréhensible. La Novelle 22 contient même un autre passage qui présente un raisonnement quelque peu similaire: dans le chapitre 48pr., Justinien donne aux testateurs, ou plus exactement, aux pères d'enfants de deux mariages différents le conseil de les instituer héritiers dans leurs testaments pour des parts égales aux portions ab intestat. Aux yeux d'un juriste moderne, cette exhortation curieuse est tout aussi superflue⁶ que le devoir d'accorder une hypothèque

6 De pareils conseils bien intentionnés qui n'engagent à rien ne sont pas rares dans la législation de l'époque: ainsi, la Nov. 78 (ch. 1) en ordonnant que tout affranchissement fait de l'esclave affranchi un citoyen romain ayant le *ius aureorum anulorum*, ajoute que cet effet doit être déclaré expressément

que qui existera en tout cas des deux autres textes.

En résumant, on peut conclure que les textes imposant un devoir d'accorder explicitement une hypothèque qui existera en tout cas sont assez curieux, mais moins intéressants qu'on aurait pu croire. Apparemment, cette construction superflue entre dans la même catégorie que les explications et les admonitions morales que le législateur byzantin a jugé opportun d'ajouter parfois aux règlements qu'il édictait. Tout au contraire, les lois de Justinien qui semblent confondre la revendication et l'action hypothécaire nous permettent d'entrevoir les idées populaires⁷ sur le droit des sûretés réelles qui circulaient dans l'empire byzantin à cette époque. Pour ce domaine, je préférerais éviter le terme introduit par Levy «Vulgarrecht», qui a causé tant de controverses doctrinaires; cependant, la persistance d'idées qui semblent provenir du droit grec malgré la force de loi officielle du droit romain introduit il y a longtemps est un fait indéniable.

N. van der Wal

dans l'acte d'affranchissement (mais puisque la loi dit en même temps que les affranchis seront désormais *ingenui* tout comme les citoyens nés libres, l'omission de cette déclaration n'a sans doute eu aucun effet); de même, le deuxième chapitre de la Nov. 97, au lieu de dire simplement qu'une augmentation de la dot et de la *donatio propter nuptias* faite pendant le mariage n'est garantie par l'hypothèque dotale que si elle consiste en biens immeubles, conseille d'abord les époux d'augmenter les deux apports par des biens immeubles, ou si cela est impossible, d'augmenter en tout cas la dot par des biens immeubles; si ceci est encore impossible, la loi avertit enfin que l'hypothèque dotale ne garantira pas l'augmentation.

- 7 Des conceptions similaires se rencontrent dans deux contrats de gage du sixième siècle conservés par des papyrus (P. Lond. V 1719, concernant des bijoux, et P. Lond. V 1723, concernant une maison) qui affirment expressément que (selon l'opinion des parties contractantes) le créancier hypothécaire est le propriétaire de la chose hypothéquée pendant l'existence de la dette.