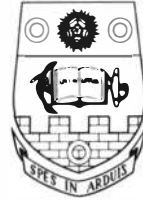
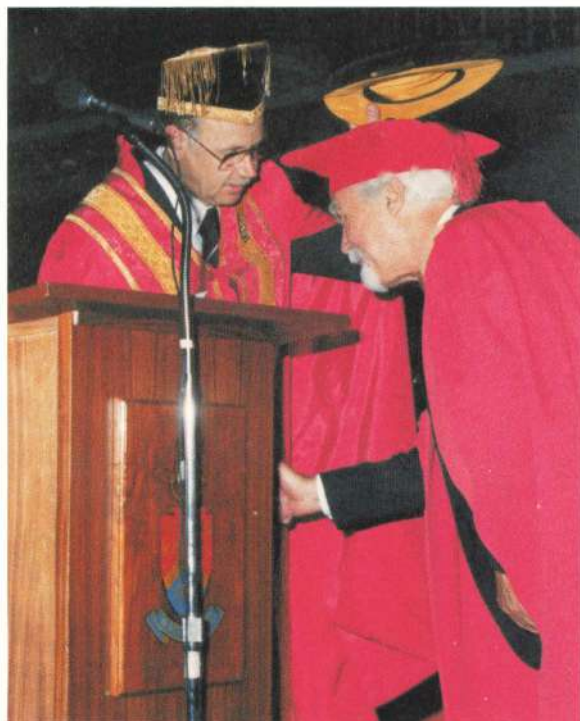

DOCUMENTA 33
UNISA 1984





Op 7 September 1984 is die graad
LLD (*honoris causa*) deur die
Universiteit van Pretoria
aan Paul van Warmelo toegeken

Huldigingsbundel PAUL VAN WARMELO

Aangebied aan professor Paul van Warmelo by
geleentheid van sy sewentigste verjaardag op
19 November 1984

Onder redaksie van

JOHANN VAN DER WESTHUIZEN (VOORSITTER)

Ph J THOMAS

Universiteit van Pretoria

SUSAN SCOTT

DEREK VAN DER MERWE

Universiteit van Suid-Afrika

J Th DE SMIDT

R FEENSTRA

Rijksuniversiteit te Leiden

Universiteit van Suid-Afrika

Pretoria, 1984

© 1984, Universiteit van Suid-Afrika
Alle regte voorbehou

ISBN 0 86981 319 6

Geset deur
Hamilton's Typesetting Services

Gedruk deur
Sigma Press
Pretoria

Uitgegee deur die
Universiteit van Suid-Afrika
Pretoria

Inhoud

Voorwoord vii

Preface ix

Curriculum Vitae xi

Publikasies xiii

Die Mens Paul van Warmelo 2

FJ du T Spies

Mancipatio by Slaves in Classical Roman Law 6

Hans Ankum

Na Vijfenzestig Jaar 20

J Th de Smidt

Ongepubliseerde Aantekeninge op die Inleidinge van Hugo de Groot 32

JC de Wet

Some Reflections on the Reception of the “Proper Law” Doctrine into
South African Law 38

AB Edwards

De pecuniaire Bescherming van de Koper te goeder trouw van andermans
Zaak in Hugo de Groots De Iure Belli ac Pacis 70

R Feenstra

Ontmoetingen in de Rechtsgeschiedenis 82

Heleen Gall

Romeinsrechtelijke Invloeden op de Rechtspositie van het Kind in het oude
Recht van de Zuid-Nederlandse Gewesten 94

John Gilissen

- Nemo Debet Bis Vexari pro Una et Eadem Causa 110
CP Joubert
- Afstanddoening van Serwituutregte 118
DJ Joubert
- The Will that Won't — Formalities Gone Bananas 128
Ellison Kahn
- Nochmals zu 'in bonis habere' 144
Max Kaser
- Some Reflections on Section 1(1)(a) of the Apportionment of Damages Act
1956 and Contributory Intent 166
Johan Scott
- Authors as Authority 180
Sir Thomas Smith
- Het Raets-besluit van Burgemeester Velleius 194
JE Spruit
- The Fate of the Institutional System 218
Peter Stein
- Concubinatus in Roman Law 230
Ph J Thomas
- Cicero as a Legal Philosopher 238
DH van Zyl
- Die Uitbreiding van die Werking van die Romeins-Hollandse Reg deur
middel van "Vrywillige Onderwerping" deur Lede van die Outohtone
Bevolking 258
DP Visser
- Die Recensio der Pandekten und die moderne Romanistik 276
F Wieacker
- Die Rechtsprechung des Supreme Court of the Cape of Good Hope am
Ende der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts 286
R Zimmermann

Voorwoord

Die publikasie van 'n huldigingsbundel ter ere van Paul van Warmelo het sekerlik geen verduideliking nodig nie.

Die gedagte om so 'n bundel saam te stel en by geleentheid van die sewentigste herdenking van sy geboortedag aan te bied, het reeds in 1981 ongeveer gelyktydig by sy voormalige studente en kollegas aan die Universiteit van Pretoria (waar hy byna vier dekades lank as student, dosent, navorser, departementshoof en dekaan werksaam was) en aan die Universiteit van Suid-Afrika ontstaan. Dié twee universiteite het die bundel dus gesamentlik aangepak. Professore R Feenstra en J Th de Smidt van Leiden is genooi om ook op die redaksie te dien.

Die Publikasiekomitee van die Universiteit van Suid-Afrika het aangebied om die bundel uit te gee en die grootste deel van die onkoste te dra. Van die kant van die Universiteit van Pretoria is 'n aansienlike finansiële bydrae gemaak. Beide hierdie universiteite word hartlik bedank.

Persone wat genooi is om bydraes vir die bundel te skryf, sluit veral Paul van Warmelo se oud-studente en voormalige kollegas in, asook ander bekende Suid-Afrikaanse regsgeleerdes wat sy belangstelling en ywer ten opsigte van die Romeinse reg en regsgeskiedenis deel en reeds veel op hierdie gebiede tot stand gebring het. Ook het 'n aantal beroemde Europese Romaniste en regshistorici met groot entoesiasme ingewillig om Paul van Warmelo as 'n persoonlike vriend en 'n geëerde kollega te huldig. Die redaksie bedank al hierdie persone vir hulle besondere goedgesindheid en flinke samewerking.

In die lig van die feit dat die bydraes uit verskeie lande afkomstig is en in verskillende tale geskryf is, is besluit om elke skrywer se styl en verwysingsmetode so ver moontlik onaangeraak te laat. Benewens die feit dat dit haas onmoontlik sou wees om soveel verskillende style en aanbiedingswyses te vereenvormig, was dit ook sommige outeurs se uitdruklike wens dat hulle eie skryfstyl behoue moes bly. Ons glo dat die individualiteit van elke bydrae ook die waarde van die bundel as 'n

persoonlike huldeblyk verhoog. Eenvormigheid is dus slegs ten aansien van die uiterlike voorkoms van artikels nagestreef. Die taalgebruik, styl en verwysingsmetode van elke bydrae is die outeur se eie verantwoordelikheid.

Die redaksie bedank graag almal wat aan hierdie bundel meegewerk of die publikasie daarvan moontlik gemaak het. Die rektor van die Universiteit van Pretoria, professor Danie Joubert, en die rektor van die Universiteit van Suid-Afrika, professor Theo van Wijk, asook meneer Eugene van Heerden, direkteur van die Departement Uitgewersdienste van die Universiteit van Suid-Afrika, verdien besondere vermelding.

Vir ons as studente, kollegas en vriende van Paul van Warmelo was dit 'n voorreg om hierdie bundel te kon saamstel. Mag dit hom waardig wees.

Pretoria
November 1984

Preface

The publication of a volume of legal essays in honour of Paul van Warmelo needs no explanation.

In 1981, former students and colleagues of Paul van Warmelo at the University of Pretoria (where he worked for nearly forty years as student, teacher, researcher, head of department and dean) and at the University of South Africa, decided to compile a volume of legal essays to be presented to him on the occasion of his seventieth birthday. These two universities, therefore, joined forces on the project. Professors R Feenstra and J Th de Smidt from Leyden were invited to serve on the editorial committee.

The Publication Committee of the University of South Africa undertook to publish the volume and to bear the major share of the financial burden. The University of Pretoria also made a substantial contribution towards the costs. To both these institutions, our sincere thanks.

Persons who were invited to contribute essays for this volume, include, primarily, past students and former colleagues of Paul van Warmelo, as well as other well-known South African jurists who share his interest in, and enthusiasm for, Roman law and legal history, and who have accomplished much in these fields. A number of renowned European Romanists and legal historians enthusiastically acceded to our request to honour Paul van Warmelo as personal friend and esteemed colleague by contributing essays. The editorial committee wishes to thank them for their goodwill and close co-operation.

In view of the fact that the contributors come from many countries and wrote in different languages, it was decided to leave unaltered, as far as possible, each writer's style and method of reference. Apart from the near impossibility of achieving uniformity amongst so many differing styles and approaches, some writers particularly requested that their own style be retained. We believe that the individuality of each contribution will enhance the value of this collection of essays

as a personal tribute. Therefore, we sought uniformity only as far as the external appearance of the essays is concerned. Each contributor is responsible for his own language usage, style and method of reference.

The editorial committee wishes to thank everybody who made this volume of essays, and the publication thereof, possible. The Principal of the University Pretoria, Professor Danie Joubert, and the Principal of the University of South Africa, Professor Theo van Wijk, as well as Mr. Eugene van Heerden, Director of the Department of Publishing Services at the University of South Africa, deserve special mention.

As students, colleagues and friends of Paul van Warmelo, we deem it a privilege to have been able to compile this volume of legal essays. May it be worthy of the man.

Pretoria
November 1984

Curriculum vitae

Paul van Warmelo is op 19 November 1914 in Pretoria gebore. Na die voltooiing van sy skoolopleiding in Pretoria, studeer hy aan die Universiteit van Pretoria, waar hy die grade *BA* (in 1935) en *LLB* (in 1937) behaal. In 1940 behaal hy die graad *Doctor Iuris* aan die Rijksuniversiteit te Leiden, met 'n proefskrif getitel *Vrywaring teen Gebreke by Koop in Suid-Afrika*.

Op 1 Februarie 1946 aanvaar hy 'n pos as senior lektor en ook hoof van die Departement Romeinse Reg en Regsleer aan die Universiteit van Pretoria. Hy is reeds vroeër in hierdie pos aangestel, maar kon as gevolg van die oorlog nie onmiddellik met sy werksaamhede begin nie. In 1948 word hy bevorder tot professor. Tot 1973 bly hy die hoof van hierdie departement. Van 1964 tot 1972 is hy ook dekaan van die Fakulteit Regsgeleerdheid aan die Universiteit van Pretoria. Gedurende hierdie periode dien hy ook op die Raad vir die Erkenning van Regseksamens, die Raad vir die Toelating van Advokate, die bestuur van die Vereniging Hugo de Groot, die Regshersieningskommissie en die Biblioteek-komitee van die Universiteit van Pretoria, waarvan hy van 1960 tot 1973 die voorsitter is.

In 1974 word hy professor in die Departement Privaatreg aan die Universiteit van Suid-Afrika. Na sy uittrede in 1979, is hy tot 1983 in 'n tydelike hoedanigheid in die Fakulteit Regsgeleerdheid werksaam en sedert 1 Januarie 1984 is hy professor en hoof van die Departement Privaatreg aan die Universiteit van die Noorde. Van 1974 tot 1978 tree hy ook op as deeltydse dosent in die Regskool van die Universiteit van die Witwatersrand.

Paul van Warmelo het dikwels aan universiteite en institute in die buiteland navorsing gedoen en ook lesings en referate in onder meer Italië, Frankryk, Duitsland, Nederland, België en Brittanje gelewer. Benewens die liggame wat hierbo vermeld is, was hy ook lid van verskeie akademiese en kulturele organisasies, waaronder die *Société de l'histoire de droit* (Parys), die *Société Jean*

Bodin (Brussels), die *Vereinigung deutscher Rechtshistoriker* (Münster), die *Vereeniging tot uitgaaf der bronnen van het oud-vaderlandsche recht* (Amsterdam), die Suid-Afrikaanse Akademie vir Wetenskap en Kuns, die Duits-Suid-Afrikaanse Kulturele Komitee, die Komitee vir Kulturele Ooreenkomste tussen Suid-Afrika, Nederland en België en die loodskomitee belas met die stigting van die Suider-Afrikaanse Vereniging van Regshistorici.

As navorser was hy besonder aktief. Afgesien van die groot hoeveelheid publikasies wat hy die lig laat sien het, was hy ook die promotor van talle doktorsale studente. In 1982 is hy aangestel as honorêre professor in die Fakulteit Regsgeleerdheid aan die Universiteit van die Noorde. Eredoktorsgrade in die regsgeleerdheid is reeds deur die Universiteit van Kaapstad (in 1981) en die Universiteit van Pretoria (in 1984) aan hom toegeken.

Publikasies

Boeke

Vrywaring teen Gebreke by Koop in Suid-Afrika 1941 Leiden: Luctor et Emergo.

'n Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg 1957 3e uitg 1971 Kaapstad/Amsterdam: AA Balkema.

Die Oorsprong en Betekenis van die Romeinse Reg 1959 2e uitg 1978 Pretoria: JL van Schaik.

DG van der Keesselii Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Jurisprudentiam Hollandicam, Afrikaanse vertaling en teksversorging in samewerking met HL Gonin, D Pont en LI Coertze. Vol I 1961, Vol II 1963, Vol III 1964, Vol IV 1966, Vol V 1967, Vol VI 1975 Kaapstad/Amsterdam: AA Balkema.

DG van der Keessel Dictata ad Justiniani Institutionum Libros Quattuor, teksversorging in samewerking met B Beinart. Vol I 1965, Vol II 1967 Kaapstad/Amsterdam: AA Balkema.

DG van der Keessel Praelectiones in Libros XLVII et XLVIII Digestorum Exhibentes Jurisprudentiam Criminalem ad Usus Fori Batavi Applicatam et in Novum Codicem Criminalem, 1809, Engelse vertaling en teksversorging in samewerking met B Beinart. Vol I 1969, Vol II 1972, Vol III 1973, Vol IV 1976, Vol V 1978, Vol VI 1981 Kaapstad: Juta.

Regsleer, Regswetenskap, Regsfilosofie 1973 Kaapstad: Juta.

Henrici Brouwer, JC. De Jure Connubiorum Libri Duo. In Quibus Jura Naturae, Divinum, Civile, Canonicum, prout de Nuptiis Agunt, Referentur, Expenduntur, Explicantur, Afrikaanse vertaling en teksversorging in samewerking met FJ Bosman. Vol I vol II 1976 Johannesburg: Lex Patria.

An Introduction to the Principles of Roman Civil Law 1976 2e hersiene druk, 1978 Kaapstad: Juta.

Some of the Vicissitudes of Roman-Dutch Law in South Africa 1981 Reeks C No 73 Turfloop: Universiteit van die Noorde Publikasies.

Registers op die Observationes Tumultuariæ van Cornelis van Bijkershoek en die *Observationes Tumultuariæ Novæ* van Willem Pauw 1982 Pretoria: Departement Justisie.

Ons Regserfenis, mede-redakteur saam met HF Mellet en Susan Scott, en mede-skrywer. 1982 Durban/Pretoria: Butterworths.

Our Legal Heritage, mede-redakteur saam met HF Mellet en Susan Scott, en mede-skrywer. 1982 Durban/Pretoria: Butterworths.

Artikels

“Enkele aspekte van moratoire interesse” 1946 *THRHR* 53.

“Aanspreeklikheid van ander onder die edikte betreffende nautae, caupones et stabularii” 1946 *THRHR* 182.

“Res en res venditæ” 1948 *THRHR* 117.

“Verbeterde lesings van ‘Die Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid’ van Hugo de Groot en van ander geskrifte, waarvan deur DG van der Keessel melding gemaak word” 1949 *THRHR* 179.

“Die geskiedkundige ontwikkeling van die mede-eiendom in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg” 1950 *THRHR* 205, 271; 1951 *THRHR* 34, 104, 236; 1952 *THRHR* 135.

“Senatus Consultum Velleianum, Authentica si qua mulier” 1953 *THRHR* 94.

“Die Verlowing” 1954 *Butterworths SA Law Review* 73.

“Vervreemding deur die man van roerende goed van die vrou” 1954 *THRHR* 93.

“Ignorantia Iuris” 1954 *TR* 1.

“Praelectiones iuris hodierni ad H Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam van DG van der Keessel, Ms Utrecht en Ms Leiden” 1955 *TR* 452.

“Compensatio” mede-outeur: JH Loots 1956 *THRHR* 166, 267.

“Die waarborg teen uitwinning” 1955 *SALJ* 340.

“Bona Liberti, Bona Latini Iuniani” 1956 *Butterworths SA Law Review* 27.

- “Aspects of joint ownership in Roman law” 1957 *TR* 125.
- “Le réscrit de Marc-Aurèle à propos de la compensation” 1959 *Mélanges Henri Lévy-Bruhl — Droits de l'antiquité et sociologie juridique* 335.
- “Die abintestaat erfopvolging” 1959 *THRHR* 91.
- “The function of Roman law in South African law” 1958–1959 *Tulane Law Review* 565.
- “Real rights” 1959 *Acta Juridica* 84.
- “Die reg betreffende serwitute in Suid-Afrika: ontwikkeling vanaf Unie” 1960 *Acta Juridica* 106.
- “Die herkoms en ontwikkeling van die Romeins-Hollandse reg” 1961 *Tydskrif vir Geesteswetenskappe* 279.
- “Die uitleg van kontrakte” 1960 *SALJ* 69.
- “A propos de la compilation du Digeste” 1959 *RHD* 503.
- “Roman law and the old authorities on Roman-Dutch law” 1961 *Acta Juridica* 38.
- “Feminine status in South Africa” 1962 *Recueils de la Société Jean Bodin* XII(2): 751.
- “Brachygrafie” 1962 *Speculum Judiciale* 2.
- “Interdictum quod vi aut clam” 1962 *Acta Juridica* 15.
- “In memoriam Julius Christiaan van Oven” 1963 *THRHR* 83.
- “La preuve en Afrique du Sud” 1963 *Recueils de la Société Jean Bodin* XIX(4): 383.
- “Afrique du Sud” *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique* tome E: Afrique, redakteur John Gilissen.
- “Wanneer die lashebber sy opdrag te buite gaan” 1964 *Acta Juridica* 1.
- “Jurisdiksie” 1965 *THRHR* 83.
- “Die onderlinge beïnvloeding van regstelsels in die oudheid” *Kultuurbeïnvloeding in die Oudheid*, redakteur G Cronjé 1966 24.
- “Van der Keessel en Beccaria” 1967 *TR* 573.
- “Noodweer” 1967 *Acta Juridica* 5.
- “D.21, 1, 45” 1968 *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David Dedicatae* I: 225.

- “Naturalis obligatio” 1970 *Huldigingsbundel Pont* 410.
- “Crimen termini moti” 1970 *Études offertes à Jean Macqueron* 671.
- “Sud Africa” 1970 *Index* 97.
- “D.1.3 (‘De legibus senatusque consultis et longa consuetudine’)” 1971 *Studi in Onore di Edoardo Volterra I*: 409.
- “Ad Digesta 48.19.1.” 1971 *Pro Munere Grates, (Huldigingsbundel HL Gonin)*: 201.
- “Sud Africa” 1971 *Index* 92.
- “Sud Africa” 1972 *Index* 110.
- “Le droit romain en Afrique du Sud” 1972 *Index* 131.
- “Conversazioni sul metodo” 1973 I, *Labeo* 42 op 82.
- “Regsopleiding vir die prokureur” 1973 *De Rebus Procuratoriis* 365.
- “Reg en moraal in die gereghshof” 1974(1) *Codicillus* 29.
- “Mala fide cession, stare decisis and abrogation by disuse” 1974 *SALJ* 298.
- “Van der Keessel en de studie van de Erfprins Willem Frederik, de latere Koning Willem I, te Leiden 1789–1790” mede-outeurs: G van Alphen en B Beinart 1974 *Verslagen en Mededeelingen, Vereniging tot Uitgaaf der Bronnen van het Oud-Vaderlandsche Recht XIV*(1): 21.
- “Sales ad mensuram and ad corpus” 1975 *SALJ* 12.
- “Limits to the Lex Aquilia” 1975 *SALJ* 129.
- “Regsdwaling” 1975 *THRHR* 207.
- “Pretium certum and the Hooge Raad” mede-outeurs: HJ Erasmus en D Zeffertt 1975 *SALJ* 267.
- “Sir John Truter” 1975 *De Rebus Procuratoriis* 361.
- “La situation juridique de l’enfant dans le droit romano – hollandais de l’Afrique du Sud” 1975 *Recueils de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions XXXV*. L’enfant première partie: Antiquité-Afrique-Asie, 271.
- “Latyn as vak by die regsopleiding” 1976 *De Jure* 131.
- “More on pretium certum” 1976 *SALJ* 337.
- “Res litigiosa” 1976 *Gedenkbundel HL Swanepoel* 14.
- “Bartolus de Saxoferrato” 1977 *De Rebus* 142.

- “Iacobus Cuiacius” 1977 *De Rebus* 183.
- “Hugo Grotius” 1977 *De Rebus* 252.
- “Arnoldus Vinnius” 1977 *De Rebus* 319.
- “Robert-Joseph Pothier” 1977 *De Rebus* 709.
- “Friedrich Carl von Savigny” 1977 *De Rebus* 788.
- “Cornelis van Bijnkershoeck *Notae Selectae ad Pandectarum Libr. XII. Tit. I-XXXV, Tit. 2*” 1978 *Acta Juridica (Essays in Honour of Ben Beinart III)* 225.
- “Die Hoë Raad” 1979(2) *Codicillus* 4.
- “Die huidige posisie van die Romeinse reg in Suid-Afrika” 1979 *Obiter* 191.
- “Die gebruik van presedente in die Hoë Raad” 1980 *Petere Fontes LC Steyn Gedenkbundel* 273.
- “Aandacht voor het Romeins-Hollands Recht Zuid-Afrika” 1980 *Blad Zuid-Afrika* 124.
- “Saaklike sekerheidsregte oor onliggaamlike en roerende goedere” 1981 *TSAR* 65.
- “A propos de la loi Aquilia” 1980 *RIDA* 333.
- “Exceptio doli” 1981 *De Jure* 203.
- “Romeinse reg” 1981 *De Jure* 297.
- “Le droit Romain dans le monde actuel” 1981 *Acta Juridica* 165.
- “Justa causa traditionis” 1982 *Studi in Onore di Cesare Sanfilippo* Vol I 617.
- “Les actions autour de la loi Aquilie” 1982 *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*.
- “Hugo de Groot se betekenis vir die moderne Suid-Afrikaanse reg” 1983 *THRHR* 185.
- “The Institutes of Justinian as students’ manual” 1983 *Studies in Justinian’s Institutes in Memory of JAC Thomas* 164.
- “Die Romeinse en Romeins-Hollandse reg en sommige moderne strafregbegrippe – ’n pleidooi vir eenvoud” 1984 *SASK* 44.

Vonnisbesprekings

- Hackett v G and G Radio and Refrigerator Corporation* 1949(3) SA 664(A) en *Tjollo Ateljees (Edms) Bpk v Small* 1949(1) SA 856(A) 1951 *THRHR* 77.
- Gerber v Wolson* 1955(1) SA 158(A) 1955 *Butterworths SA Law Review* 147.

Van der Westhuizen v Yskor Werknemers se Onderlinge Bystandsversekering 1960(4) SA 803(T) 1961 *THRHR* 208.

Van Duyn v Visser 1963(1) SA 445(O) 1963 *THRHR* 213.

Botes v Afrikaanse Lewensversekeringsmaatskappy Bpk 1967(3) SA 19(W) 1969 *THRHR* 185.

Wastie v Security Motors 1972(2) SA 129(K) 1973 *De Jure* 76.

Erasmus v Afrikander Proprietary Mines Ltd 1976(1) SA 950(W) 1976 *THRHR* 298.

Borman en De Vos NNO en 'n Ander Potgietersrusse Tabakkorporasie Bpk en 'n Ander 1976(3) SA 488(A) 1977 *THRHR* 184.

Boekbesprekings

JC van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 1946 *THRHR* 124.

NW van den Brandhof *Hoofdlijnen van Modern Romeins-Hollands Recht* 1946 *THRHR* 136.

JC van Oven *De Bekoring der Rechtsgeschiedenis* 1948 *THRHR* 234–236.

JC van Oven *Overzicht van Romeins Privaatrecht* 1948 *THRHR* 237.

JL de Villiers *Die Betekenis van μῶσεδίκ in die Briewe van Paulus* 1951 *THRHR* 161.

B Beinart *Roman Law in South African Practice* 1952 *THRHR* 279.

GA Mulligan se vertaling van Pothier se *Traité du Contrat de Louage* as *Pothier's Treatise on the Contract of Letting and Hiring* 1954 *THRHR* 331.

PJ Kotzé *Die Aanspreeklikheid van Mededaders en Afsonderlike Daders* 1954 *TR* 103.

P Gane *The Selective Voet, being the Commentary on the Pandects (Paris edition of 1829) by Johannes Voet (1647–1713) and the Supplement to that work by Johannes van der Linden (1756–1835)* 1955 *SALJ* 313.

FP van den Heever *Breach of Promise and Seduction in South African Law* 1955 *Butterworths SA Law Review* 176.

M Donaldson *Minors in Roman-Dutch Law* 1956 *Butterworths SA Law Review* 215.

R Lemasurier *Le Droit de l'île de Jersey* 1957 *SALJ* 364.

G Lepointe *Droit Romain et Ancien Droit Français (Régimes Matrimoniaux,*

Libéralités, Successions); G Lepointe *Manuel d' Histoire des Institutions et des Faits Sociaux*; G Lepointe, A Vandenbossche *Éléments de Bibliographie sur l'Histoire des Institutions et des Faits Sociaux* (1987–1875) 1959 *THRHR* 145.

OC Jensen *The Nature of Legal Argument* 1959 *Acta Juridica* 278.

W de Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 1959 *Acta Juridica* 264.

FBJ Wubbe *Res Aliena Pignori Data* 1960 *Acta Juridica* 383.

H Lévy-Bruhl *Récherches sur les Actions de la Loi* 1960 *Acta Juridica* 377.

H Welzel *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* 1961 *THRHR* 137.

HR Hahlo, E Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* 1961 *THRHR* 224.

G Lepointe, M Boulet – Sautel, A Vandenbossche *Bibliographie en Langue Française d'Histoire du Droit* 1961 *Acta Juridica* 189.

H Lévy-Bruhl *Sociologie du Droit* 1961 *Acta Juridica* 185.

E Volterra *Istituzioni di Diritto Privato Romano* 1961 *Acta Juridica* 177.

A Watson *Contract of Mandate in Roman Law* 1962 *SALJ* 101.

RC van Caenegem *Ouvrages de Droit Romain dans les Catalogues des Anciens Pays-Bas Méridionaux (XIIIe–XVIe siècle)*; R Feenstra *Ouvrages de Droit Romain dans les Catalogues des Ancien Pays-Bas Septentrionaux (XIIIe–XVIe siècle)* 1962 *THRHR* 221.

JA Ankum *De Geschiedenis der “Actio Pauliana”*; JA Ankum *De Pauliana buiten Faillissement in het Nederlandse Recht sedert de Codificatie* 1962 *SALJ* 466.

G Lepointe *Histoire des Institutions et des Faits Sociaux* 1962 *Acta Juridica* 158.

A Wacke *Actio Rerum Amotarum* 1963 *Acta Juridica* 185.

H Lévy-Bruhl *La Preuve Judiciaire* 1963 *Acta Juridica* 205.

AL Olde Kalter *Dicta et Promissa* 1965 *TR* 118.

EM Meijers, F Dovring, HFWD Fischer *Hugo de Groot: Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* 1965 *THRHR* 321.

GCJJ van den Bergh *Enkele Vragen betreffende de Legis Actio Sacramento* 1966 *THRHR* 183.

HFWD Fischer, WL de Koning-Bey, LE van Holk en HW van Soest *Wilhelmus Pauw, Observationes Tumultuariæ Novæ, Tomus Primus* 1966 *TR* 144.

M Kaser *Roman Law Today: Two Lectures* 1966 *THRHR* 285.

HS McKenzie, GB Shapiro *The Law of Building Contracts and Arbitration in South Africa* 1966 *THRHR* 292.

BHD Hermesdorf *Schets der Uitwendige Geschiedenis van het Romeins Recht* 1967 *THRHR* 80.

M Kaser *Das römische Zivilprozessrecht* 1967 *THRHR* 292.

R Feenstra, WL de Koning-Bey, HW van Soest *Wilhelmus Pauw Observationes Tumultuariæ Novæ, Tomus Secundus* 1968 *TR* 618.

RA Bauman *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate* 1968 *Acta Classica* 217.

GG Visagie *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* 1968 *Acta Juridica* 252.

H Seiler *Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römischen Recht* 1969 *THRHR* 197.

W-J Klempt *Die Grundlagen der Sachmängelhaftung des Verkäufers im Verunfthrecht und Usus Modernus* 1969 *TR* 284.

R Feenstra *Repertorium Bibliographicum Institutorum et Sodalitatum Iuris Historiæ* 1970 *THRHR* 314.

WM Gordon *Studies in the Transfer of Property by Traditio* 1970 *SALJ* 495.

L Capogrossi Colognesi *La Struttura della Proprietà e la Formazione dei "iura praediorum" nell'età Repubblicana* 1970 *TR* 571.

P Zamorani *Precario habere* 1971 *TR* 110.

AG Pos *Hypotheek op Roerend Goed* 1971 *TR* 307.

HS McKenzie, GB Shapiro *The Law of Building Contracts and Arbitration in South Africa* (2e uitg) 1971 *THRHR* 431.

Das römische Privatrecht (erster Abschnitt: das altrömische, das vorklassische und klassische Recht) 1972 *THRHR* 80.

R Feenstra *Philippus de Leyden: De Cura Reipublicæ et sorte Principantis* 1972 *THRHR* 201.

A Rodger *Owners and Neighbours in Roman Law* 1973 *THRHR* 206.

R Feenstra, HFWD Fischer EM Meijers *Etudes d'Histoire du Droit, Tome II* 1974 *THRHR* 214.

R Feenstra, J Th de Smidt *Geschiedenis van het Vermogensrecht, Tekstenboek*; JE Spruit *Textus Iuris Romani* 1974 THRHR 326.

JE Spruit *C Plinius Caecilius Secundus en het Erfrecht van zijn Tijd* 1974 THRHR 327.

J Herbots *Meertalig Rechtswoord, Rijkere Rechtsvinding* 1974 THRHR 423.

JM van Dunné *Riskante Rechtsvinding* 1975 THRHR 82.

WL de Koning-Bey, LE van Holk, HW van Soest, R Feenstra *Wilhelmus Pauw Observationes Tumultuariæ Novæ, Tomus Tertius* 1974 SALJ 552; 1975 THRHR 198; 1975 TR 159.

H van den Brink *The Charm of Legal History* 1975 THRHR 201.

R Feenstra *Fata Iuris Romani* 1975 THRHR 204; 1975 SALJ 232.

H Wagner *Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht (Bis zur Zeit Diokletians)* 1974 Acta Juridica 251.

JE Spruit (red) *Coniectanea Neerlandica Iuris Romani, Inleidende Opstellen over Romeins Recht* 1975 TR 363.

JAC Thomas *The Institutes of Justinian: Text, Translation and Commentary* 1976 SALJ 111.

R Feenstra *Repertorium Bibliographicum Institutorum et Sodalitatum Iuris Historiæ, Supplementum 1964–1974* 1976 THRHR 204.

JE Spruit *Enchiridium: Overzicht van de Geschiedenis van het Romeins Privaatrecht* 1976 THRHR 205.

CMG van Raa *Consilium nr 225 van Nicolaa. Everaerts* 1976 THRHR 416.

AM Honoré *The South African Law of Trusts* (2e uitg) 1976(2) Codicillus 38.

PJJ Olivier *The South African Law of Persons and Family Law* (vertaal deur CK Nathan) 1976(2) Codicillus 39.

JG Sauveplanne *Security over Corporeal Moveables* 1976 CILSA 435.

N Chr Vosikis *Le Trust dans le Code Civil Éthiopien* 1976 CILSA 438.

JMG Chorus *Handelen in Strijd met de Wet* 1978 THRHR 101.

DM Kriel *Latyn vir die Regstudent* 1978 De Rebus 387.

L Capogressi Colignesi *La Struttura della Proprietà e la Formazione dei ‘iura praediorum’ nell’età Repubblicana* (2e uitg) 1978 TR 257.

JG Wolf *Politik und Gerechtigkeit bei Traian* 1979 THRHR 126.

JJ Brinkhof *Een Studie over het Peculium in het Klassieke Romeinse Recht* 1979 *THRHR* 350; 1980 *TR* 63.

Acta Juridica 1976, 1977, 1978, *Essays in Honour of Ben Beinart* 1980 *THRHR* 105.

JJ Gauntlett (red) *JC Noster en Opuscula Miscellanea (Regsgeleerde Lesings en Adviese van JC de Wet)* 1980(2) *Codicillus* 28.

JE Spruit *Major Viginti Quinque Annis* 1980 *TSAR* 299.

LC Becker *Property Rights* 1981 *De Rebus* 190.

R Feenstra *Inleidende Hoofdstukken betreffende de Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht* 1981 *THRHR* 225.

AFL Gehlen *Het Notariaat in het Tweeherig Maastricht* 1982 *THRHR* 103.

Het Delfts Orakel — Hugo de Groot 1583–1645 en Hugo Grotius — A Great European, 1583–1645 1983 *THRHR* 485.

CWH Schmidt *Bewysreg* (2e uitg) 1983(1) *Codicillus* 42.

JE Spruit, K Bongenaar *De Instituten van Gaius* 1983 *Gnomon* 176.

Die Mens
Paul van Warmelo

FJ DU T SPIES

Professor emeritus in die Geskiedenis,
Universiteit van Pretoria

Die Mens Paul van Warmelo

FJ DU T SPIES

Wat weet ek van jou? Wat weet jy van my? Afgesien van die geldigheid of ongeldigheid van wat hierdie twee vrae impliseer, moet ek erken dat ek hom na al die jare nog nie ken nie.

Ek het Paul van Warmelo in Maart 1938 in Leiden ontmoet. Hy het die vorige maand in Nederland aangekom, ek 'n maand later. En soos dit nou maar gaan, was hy vir my en ek vir hom maar een van die Suid-Afrikaanse studente in Nederland. Maar omstandighede sou ons nader na mekaar bring; en die omstandighede was die oorlog. Reeds in 1938 het die trauma begin met gerugte van oorloë en bespiegelings of daar oorlog gaan uitbreek of nie. Hy het later daardie jaar 'n maand of wat in Parys deurgebring en daar 'n besondere liefde vir die Franse kultuur opgedoen. Ek onthou nog hoe ontsteld hy was die middag toe die Duitse oorrumpeling van Frankryk bekend geword het.

Die oorlog het ons klompie Suid-Afrikaanse studente in Nederland nader na mekaar gebring. Na die uitbreek daarvan moes elkeen besluit of hy gaan terugkeer terwyl dit nog kon. Sommige het teruggekeer, sommige van hulle op die nippertjie. Onder die wat gebly het was Paul van Warmelo en ek. Teen die middel van 1939 het ons twee, onafhanklik van mekaar en elkeen om sy eie redes, na Den Haag verhuis en daar toevallig in dieselfde straat tereg gekom, die Juliana van Stolberglaan, in huise teenoor mekaar.

Hier was ons feitlik daeliks in mekaar se geselskap. Met die Duitse inval in Nederland, 10 Mei, 1940, toe vliegtuie en afweergeskut ons op ruwe wyse gewek het, het ons deur die vensterrame oor die straat na mekaar gekyk. Ons het daardie middag probeer wegkom maar nie daarin geslaag om die Suid-Afrikaanse ambassade betyds te bereik nie. 'n Paar maande later is ons saam geïnterneer, maar na enkele dae weer saam vrygelaat. Toe die bevel kom dat alle vreemdelinge die kusgebied moes ont-rui, het ons albei na Amsterdam verhuis en weer naby mekaar gaan woon. So tussen die studie deur was ons weer dikwels in mekaar se geselskap. Daar het ons die meedoënlose druk van die oorlog op die bevolking aanskou, dit self meegemaak; die ellende en honger sien toeneem, dit self aan die lyf gevoel.

In eindelose gesprekke het ons ons eie tyd probeer na waarde skat, het ons probeer

vooruitsien hoe die oorlog die wêreld en die mensdom gaan verander; ook oor Suid-Afrika, die land wat ons agter gelaat het. Nostalgie was altyd maar vlak onder die oppervlakte. Hy was 'n stadskind, uit Pretoria; ek 'n plaasjapie uit die Vrystaat. Ons het herinneringe met mekaar uitgeruil. So het ons *met* mekaar gepraat, soms by mekaar verby gepraat; in stiltes voortgedink, by mekaar verby gedink; soms elkeen verdiep in 'n boek, elkeen in sy eie gedagte-wêreld. Die voortuitsigte, en die gesprekke, was meestal somber.

Maar dit het nie beteken dat ons die lewe van veronregte bannelinge in die buiteland gevoer het nie. Daarvoor was ons te jonk, die lewensdrif te sterk. Daar was ondanks alles baie pret en humor in die lewe wat deur die oorlog ongewone vorms aangeneem het. Teen die einde van die oorlog het hy by sy aanstaande skoonfamilie in Scheveningen gaan woon; ek het by 'n bevriende familie afwisselend in die Vecht-streek en in Gelderland 'n heenkome gevind. So het ons die hongerwinter in Amsterdam ontwyk.

Die vrede en die vrywording het ons dus nie saam belewe nie maar tog per brief voeling met mekaar behou. Onderweg terug na ons land het ons weer saam enkele maande in Londen gewag op vervoer en toe met dieselfde skip na Suid-Afrika terug-gekom. Hy het reeds 'n pos aan die Universiteit van Pretoria gehad; ek het enkele maande later ook daar tereg gekom. Ons het huisvriende geword.

Daar was dus genoeg geleentheid om mekaar te leer ken; onder feitlik alle moontlike omstandighede. Wat hom so 'n aangename maat gemaak het, was sy humorsin en sy neiging tot goedige spot en korswil. Hy het fel gelewe, sy emosies soms vlak onder die oppervlakte. Maar by al die oënskynlike vrolikheid was daar in sy wese 'n ondergrond van pessimisme wat hom sy hele lewe bygebly het. Miskien kan die oorsprong daarvan terug gevoer word na die oorlog; miskien is dit maar sy aard, 'n gevoeligheid wat deur die oorlog vererger is. Hy self glo dat die oorlog 'n onuitwisbare merkteken nagelaat het. Soms kan hy baie sinies wees, selfs in so 'n mate dat 'n mens begin twyfel of dit alles eg is. 'n Slagoffer van 'n waandenkbeeld van homself; wie van ons is nie? Ondanks sy ontwyfelbare akademiese prestasies, het hierdie prestasies hom self tog nooit beïndruk nie of bevredig nie. Of gee hy dit maar voor? By dit alles het ek altyd die indruk gehad dat daar 'n terrein is waar selfs sy beste vriende nie toegelaat word nie en waaroor daar nie gepraat word nie. Daarby is die vereensaming wat die klimmende jare meebring; wie van ons ontsnap dit?

Maar om nie op 'n negatiewe noot te eindig nie, wys ek graag op sy buitengewone intelligensie, sy hardwerkendheid — werk het vir hom 'n lewenswyse geword — sy kameraadskap en sy fyn aanvoeling vir musiek en ander vorme van die kuns. Ek onthou een geleentheid toe ons een vroeë lente by Wageningen na die Ryn gekyk het. Die rivier was in vloed. Ons het stil na die kolkende water gekyk. “Dit is mooi”, het hy gesê. En dit was vir my asof vir een kort oomblik die geheimenis van die skoonheid deurgebreek het.

*Mancipatio by Slaves
in Classical Roman Law*

HANS ANKUM

Professor of Roman Law and Legal History,
University of Amsterdam

Mancipatio by Slaves in Classical Roman Law*

HANS ANKUM

1. Specialists of Roman social, economic and legal history¹ have underlined the major role played by slaves in Roman commerce. It is important therefore, to know whether slaves had the capacity to acquire civil or praetorian ownership for the *patrimonium* of their masters and for their *peculium*, and whether they could transfer civil or praetorian ownership of things belonging to the *patrimonium* of their masters or to their *peculium*. In this study, dedicated to my friend and colleague Paul van Warmelo, I confine myself to alienations, and more particularly to mancipations, made by slaves.

Alienations were valid only if the slave had acted with the consent of his master (given before or after the act of transfer)² or, in cases of transmissions of *res peculiares*, if the slave had received the *libera administratio peculii*.³ I have already shown⁴ that there is unanimity among modern Romanists that, under these circumstances, slaves could alienate things by performing a *traditio*, and that, on the other hand, they could not do so by performing an *in iure cessio*. They could not perform this act, because of their incapacity in legal proceedings.

* Extended version of a paper read in French under the title: "Encore une fois: *mancipatio* par des esclaves en droit romain classique?" during the 34th session of the *Société Internationale "Fernand de Visscher"* pour l'*Histoire des Droits de l'Antiquité* held in Brussels in September 1980, the central theme of which was "L'esclavage dans le monde antique".

1. Cf. e.g. J. Marquardt, *Das Privatleben der Römer*, I, Leipzig 1886 (R. Darmstadt 1975), p. 150 and p. 160; W. W. Buckland, *The Roman law of slavery*, Cambridge 1908 (R. Cambridge 1970), p. 131; L. Friedländer, *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*, 10. A besorgt von G. Wissowa, P, Leipzig 1922, p. 130 and p. 162; G. Alföldy, *Römische Sozialgeschichte*, Wiesbaden 1975, p. 121 and F. de Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1980, p. 133 and p. 140.
2. See M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* hereafter: *RPR*, I², München 1971, p. 267 A. Claus, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin 1973, pp. 306-315; M. Kaser, "Stellvertretung und 'notwendige Entgeltlichkeit'", in *ZSS* 91 (1974), p. 198 and Ankum, mentioned in note 7, *Acta Juridica* 1976, p. 1.
3. Cf. J. J. Brinkhof, *Een studie over het peculium in het klassieke Romeinse recht*, thesis Nimeguen (Law Faculty), Meppel 1978, pp. 122 sqq. and Ankum, *Acta Juridica* 1976, pp. 1-2.
4. Ankum in *Acta Juridica* 1976, p. 2.

As to the question, whether slaves had the capacity to transmit the ownership of *res Mancipi* by means of a *mancipatio*, there is a difference of opinion between modern scholars. Roby, followed by Buckland and Thomas,⁵ have argued that they were able to do so. L. Mitteis, followed by Siber, Kaser and Watson,⁶ defended the opposite viewpoint. In my article "*Mancipatio* by slaves in classical Roman law?" written in 1978 in honour of Ben Beinart,⁷ I showed that the latter view is correct, giving several new arguments to support that view. Shortly after the publication of my article A. Corbino brought out an interesting and profound study, entitled "*La legittimazione a mancipare per incarico del proprietario*",⁸ in which he questioned the opinion, that a *mancipatio* could not be effected by someone (whether a slave or a free person) on behalf of another. According to Corbino this theory has not been proved conclusively, and the Roman sources do not force us to accept it. In that study, Corbino was not in a position to consider my arguments. He held the same view in a lecture entitled "*Forma librare e volontà negoziale*", read in September 1979 at the 33d S.I.D.A.-congress in Palermo, the text of which he has kindly placed at my disposal. In that paper Corbino discussed the interpretation of Cicero, *Ad Atticum* 13.50.2, given by me in my article already referred to. Corbino proposed a different translation and interpretation of that passage.

Corbino has not persuaded me of the correctness of his opinion, that slaves and free persons could transmit the ownership of *res Mancipi* for their master, or for another free person. I feel confident that both⁹ were not able to do so. As to free persons I refer to my study "*Alla ricerca della repromissio e della satisfactio secundum Mancipium*", published in 1981.¹⁰ All the texts studied in that essay are readily understood, if one assumes that a *procurator* and a pledge creditor, as all other free persons, were unable to transmit a *res Mancipi* by means of a *mancipatio* for someone else. In this paper I shall once again analyse three of the four texts, which led me to the conclusion that slaves did not have the capacity to transmit the property of *res Mancipi* by means of *mancipatio* (see nrs. 2-4). I shall also discuss the interpretations of the three texts given by Corbino. As for the fourth text — a passage of the *tabula*

5. H. J. Roby *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines*, vol. I, Cambridge 1902, p. 432, note 1; W. W. Buckland, *The Roman law of slavery* (note 1), p. 159 and "*Mancipatio* by a slave" in *LQR* 34 (1918), pp. 372-379 and J. A. C. Thomas, *Textbook of Roman law*, Amsterdam, New York, Oxford 1976, p. 189.

6. L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* Leipzig 1908, p. 208; H. Siber, *Römisches Recht*, II, Berlin 1928, pp. 412-413; M. Kaser, "Über Verfügungsakte Gewaltunterworfenen mit Studien zur Natur der *manumissio vindicta*" in *SDHI* 16 (1959), pp. 59 sqq., *RPR*, I², p. 267 and p. 286 and *ZSS* 91 (1974), p. 198 and A. Watson, *The law of persons in the later Republic*, Oxford 1967, pp. 183-184.

7. Ankum in *Essays in honour of Ben Beinart*, I, Cape Town, etc. 1976 = *Acta Juridica* 1976, (publ. 1978), pp. 1-18.

8. A. Corbino in *IURA* 27 (1976) (publ. 1979), pp. 61-71, quoted hereafter as *IURA* 27 (1976).

9. As to free persons I admit the exception of *tutores* and *curatores* who were *domini loco* and could probably perform a *mancipatio* on behalf of the persons who were in *tutela* and in *curatio*ne; cf. Kaser, *RPR*, I², p. 266.

10. Ankum in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 4° convegno internazionale, Perugia 1981, pp. 741-792.

*Baetica*¹¹ – on which Corbino has not expressed himself, I remain convinced, that it gives supplementary support to my view and thus merely refer to what I wrote in my aforementioned paper (which I will henceforth quote as *M.S. (I)*).¹² In nr. 5 I will say a word about Ulp. D6.1.41.1, invoked by Corbino in favour of his view. In no. 6 I will formulate my conclusion.

2. The first text, from which I inferred that neither a free person nor a slave could transfer the property of a *fundus* by *mancipatio*, is the following passage in a letter, written by Cicero in Tusculum on 23 August 45, B.C. to his friend Atticus:¹³

Cicero, *Ad Atticum*, 13.50.2.

Vestorius ad me scripsit, ut iuberem mancipio dari servo suo pro mea parte Hetereio cuidam fundum Brinnianum, ut ipse ei Puteolis recte mancipio dare posset. Eum servum, si tibi videbitur, ad me mittes. Opinor enim ad te etiam scripsisse Vestorium.

We know, through two earlier letters of Cicero to Atticus, written in June 45 B.C.,¹⁴ that Cicero had been instituted an heir, together with others, by Brinnius who probably lived in Puteoli, and who had died in June. Vestorius, a rich banker of Puteoli, had written several letters to Cicero concerning the date of the auction at which Brinnius' goods, which did not have much value, had to be sold. The auction had to take place on 13 July. On 23 August, the date of Cicero's letter to Atticus from which the above passage was taken, the auction had taken place. Among Brinnius' goods was the *fundus* which Cicero mentions in our letter. Vestorius, probably in his capacity as *argentarius coactor*, now had the duty to deliver the farm to the buyer, a certain Hetereius. Vestorius has written from Puteoli to Cicero, in Tusculum, about the estate, and Cicero supposes that he had also written about it to Atticus, in Rome. It is clear that Vestorius will be brought into the position that he will be able to convey the *fundus* in Puteoli in due form (*recte*), i.e. by *mancipatio*, to Hetereius. It is also clear that Cicero begs Atticus, if he agrees, to send a slave of Vestorius who is in Rome, to him who is in Tusculum. It is also clear, that the sending of that slave is necessary to give Vestorius the possibility to mancipate the *fundus* to the buyer.

The last English translation of the quoted passage¹⁵ did not translate the word *iuberem* and gave the following translation of the beginning of the passage:

Vestorius has written to ask me to convey my share in Brinnius' farm to a slave of his for the benefit of a certain Hetereius.

11. See for this text *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, III,² ed. V. Arangio Ruiz, Firenze 1969, pp. 296–297 et J. Macqueron, *Contractus Scripturae*, Contrats et quittances dans la pratique romaine, Camerino-Nice 1982, pp. 159–162. See, for my argument that this text lends support to my view that slaves could not perform a *mancipatio*: *Acta Juridica* 1976, pp. 11–12.

12. *M.S. (I)*, pp. 11–12.

13. See *Cicero's letters to Atticus*, ed. by Shackleton Bailey, V, p. 251.

14. See Cicero, *ad Atticum* XIII. 12.4 and XIII. 14.1. See for references of the sources on which the facts here summarized are based, *M.S. (I)*, p. 15.

15. *Cicero's letters to Atticus*, ed. by Shackleton Bailey, V, p. 251.

I tried to avoid this mistake and translated the whole passage as follows:

Vestorius has written to me to obtain of me that I wish to convey by *mancipatio* my share in the estate of Brinnius to a slave of his for the benefit of a certain Heterius, so that he himself can convey it to him in Puteoli in the legally prescribed form of the *mancipatio*. If you think that this is right, send that slave to me, for I suppose that Vestorius has written to you too.

From the quoted passage translated in this way I inferred, that Cicero had to perform *himself* (in Tusculum) the *mancipatio* of his share in the Brinnius farm to the slave of Vestorius, and that consequently he could neither give a *iussum* (by letter) to the latter to convey his share to Heterius, nor give a *iussum* (by letter) to one of his slaves in Rome to mancipate it to Vestorius' slave, who was also in Rome. Both these methods of conveying the share would have been much easier; Cicero would surely have preferred one of them, if they had been possible. I concluded in 1978:¹⁶ "This is . . . what can be inferred with certainty from the text: Cicero *himself* had to mancipate; an alienation in the form of *mancipatio* could neither have been performed by a free person in his place (*in casu* Vestorius), nor by one of his slaves."

Corbino has given in his *IURA*-article¹⁷ and in his S.I.D.A.-paper¹⁸ a different interpretation of the text of Cicero, and has criticised in the latter study my translation of the beginning of the text, giving instead this translation:¹⁹

Vestorio mi ha scritto affinché io ordini, tramite un suo schiavo e per la mia parte, che sia mancipato il fondo Brinniano ad un tale Etereio, dimodochè egli possa regolarmente mancipare a lui in Pozzuoli, . . .

Corbino²⁰ adduces three reasons for this translation: 1) The presence of *iuberem* and of the passive form *mancipio dari*, which alludes with certainty to a *mancipatio* not performed but ordered by Cicero. 2) The necessity to consider *servo suo* as an *ablativus instrumenti* and not as a dative, because otherwise in the phrase *ut . . . Brinnianum* there would be two datives, which Corbino considers to be impossible. 3) The presence of the words *Hetereio cuidam*, which would have no sense, if the *mancipatio* mentioned in the passage *ut . . . Brinnianum* had been done to the slave of Vestorius.

According to Corbino Cicero had to give a written *iussum* for his share to Vestorius to mancipate the *fundus Brinnianus* to Heterius, and the slave of Vestorius was "il mezzo di trasmissione dell' ordine", so the slave had to bring the written *iussum* to his master, Vestorius.

What should we make of this new translation and the interpretation of our letter, proposed by Corbino?

16. *M.S.* (I), p. 6.

17. *IURA* 27 (1976), pp. 62-69.

18. Corbino, "Forma libraria e volontà negoziale", pp. 7-12 of the typescript.

19. Typescript of the paper mentioned in note 18, p. 9.

20. Two of these reasons (1+2) can be found in *IURA* 27 (1976), p. 65; all three have been developed in the paper "Forma libraria e volontà negoziale" (1979), pp. 9 and 10 of the typescript.

First of all I would like to suggest that, even if we were to accept his translation and his interpretation, the only necessary conclusion would be, that the banker Vestorius was able to mancipate on behalf of Cicero, but not, that a slave was able to do so. It would be possible to find a reason for a slave not being able to mancipate for his master, which was not equally applicable to a free person, e.g. that a slave could not appear before the *praetor* and the *iudex* to give his *auctoritas* to the buyer.²¹ It would even be possible to suppose that there was a special rule, by virtue of which an *argentarius coactor* was able to mancipate a *res Mancipi* for the person whose good(s) was (were) sold.²²

But after long reflection it seems to me, that even if we accept Corbino's criticism of our translation of the passage *ut . . . Brinnianum*, our whole interpretation of the text can remain the same.

The three arguments on which Corbino bases his translation and his criticism of the one given by me are of unequal force. Having consulted colleagues who are Latin scholars I have to admit, that the use of the passive *mancipio dari* excludes the possibility that it was Cicero himself who was the subject of the *mancipatio* mentioned at the beginning of our letter. It is understandable, that a Romanist reading in a letter of Cicero in relation to a transfer of ownership the words *iubere . . . Mancipio dari* is inclined to think immediately of a *iussum* to perform a *mancipatio* which had to be given to someone (viz. Vestorius). However, I have serious doubts whether the word *iubere* really has this technical meaning here. If it were possible for Cicero to send to Vestorius' slave in Rome, a written *iussum* for his master, the easiest way to give this *iussum* would have been to join it to our letter written to Atticus, and to beg the latter to have it given to Vestorius' slave. The impression remains that Cicero himself had to perform the *mancipatio* of his share of the *fundus Brinnianus* to the slave of Vestorius. In my opinion the verb *iubere* has no technical meaning here. Therefore I do not accept Corbino's translation. As I agree that my first translation is not right, I propose the following translation of the beginning of Cicero's letter *Ad Atticum* 13.50.2:

Vestorius has written to me that I should arrange through his slave the mancipation through him (i.e. Vestorius) of my share in the Brinnian farm to a certain Hetereius, so that he himself can convey it to him in Puteoli in the legally prescribed form of the *mancipatio*, . . .

Consequently, Vestorius has written to Cicero, that he (Cicero) should have mancipated him (Vestorius) his share in the *fundus Brinnianus*. That means that he (Cicero) should give him (Vestorius) by means of a slave of his (Vestorius) the opportunity to convey his part of the farm to Hetereius. The method by which Cicero made

21. Cf. *M.S.* (I), p. 13.

22. There were special rules in the field of contractual obligations in so far as the sale made at the auction by the *argentarius coactor* was imputed to the *dominus auctionis*; cf. my study "Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique" in *Studi Scherillo*, I, Milano 1972, pp. 380 sqq.

it possible for Vestorius to do this was not to give him a *iussum* — this would have been possible by a much easier method — but to transfer his share by *mancipatio*²³ to Vestorius' slave. In that way Vestorius received from Cicero and from the other heirs their shares in the *fundus Brinnianus*. After becoming its sole owner he could mancipate it to the buyer Heterius. In my opinion there never was a *iussum* of Cicero to Vestorius, by virtue of which the latter could perform a *mancipatio* on behalf of someone else.

And what about the possibility of the conveyance of the share of the *fundus* by a slave of Cicero, who was in Rome, to a slave of Vestorius, who was also in Rome, by virtue of a *iussum* given by Cicero? If that had been possible, surely Cicero would have written a letter containing such a *iussum* together with our letter written to Atticus.

The conclusion to which I come after having corrected the beginning of my translation of Cicero, *Ad Atticum*, 13.50.2 therefore remains the same: Cicero *himself* had to mancipate; an alienation in the form of a *mancipatio* could neither be performed by a free person in his place (*in casu*: Vestorius), nor by one of his slaves.

3. The second text which plays a role in the discussion of our problem is § 1 of a long fragment of the 57th book of Julian's *Digesta*, in which he treated of the *actio de auctoritate*,²⁴ viz. D.21.2.39. In this text Julian has written that a slave *in mancipio dando* could not transmit the property of a slave. This has been shown by Kaser²⁵ and by myself²⁶ in studies in which we analysed this § in detail. Corbino does not agree with this view and writes²⁷ at the end of his interpretation of the text:

D.21.2.39.1, in definitiva, o è irrilevante per il problema che ci occupa o, ove rilevi, costituisce, semmai, prova in favore della possibilità che uno schiavo, debitamente autorizzato, potesse validamente trasferire mediante *mancipatio* cose del *dominus*.

Consequently we have to analyse this complicated text yet again. Because we have written about it on two previous occasions,²⁸ we will confine ourselves here to the refutation of Corbino's interpretation. Our explanation of D.21.2.39.1 is nearly the same²⁹ as that defended by us in our earlier studies:

23. Corbino, *IURA* 27 (1976), p. 64 note 34 states that according to Roman law the *mancipatio* of a share in a *res mancipi* was not possible. I refuted that opinion in *BIDR* 83 (1980), p. 80, note 38. Mention of a *mancipatio* of a share in a *fundus* has been made by Ulpian in D.19.1.13.7. See my study on that text in *BIDR* 83 (1980), pp. 67–107.

24. See O. Lenel, *Paligenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae 1889, fragm. 735, col. 463–464.

25. M. Kaser, "Die römische Eviktionshaftung nach Weiterverkauf", in *Festgabe U. von Lübtow*, Berlin 1970, pp. 482–490.

26. Ankum, *M.S.* (I), pp. 6–10 and "L'*actio auctoritatis* appartenant à l'acheteur *mancipio accipiens* a-t-elle existé?" in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 3° convegno internazionale, Perugia 1979, pp. 38–40.

27. *IURA* 27 (1976), p. 60.

28. See my studies mentioned in note 26.

29. There are only three minor points on which we now give a further specification or a different interpretation. These are the following: 1) I accept now that in both the cases of the parts (a) and (b)

D.21.2.39.1, Iulianus, *l.57 digestorum*.

(a)³⁰ Si servus tuus emerit <et mancipio acceperit> hominem et eundem vendiderit <et mancipio dederit> Titio eiusque nomine duplam promiserit [et tu a venditore servi stipulatus fuerit³¹]: si Titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in [tradendo sine voluntate tua] <mancipio dando> proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio non committetur: quare venditor quoque tuus agentem ex [stipulatu] <auctoritate> poterit doli mali exceptione summovere. (b) alias autem si servus hominem emerit et [duplam stipuletur] <mancipio acceperit>, deinde eum vendiderit et ab emptore evictus fuerit: domino quidem adversus venditorem in solidum competeat actio, emptori vero adversus dominum dumtaxat de peculio ...

(a) When your slave has bought <and acquired by *mancipatio*> a slave and when he has sold <and transferred by *mancipatio*> the same slave to Titius and has promised double the price for the case of eviction of this slave [and when you had the seller of the slave make the same promise by *stipulatio*]: when Titius has claimed the slave and has lost the suit for the reason that your slave has not been able to transfer the ownership of the slave by <delivering him by *mancipatio*> [delivering him by *traditio* without your consent], he will still have the *actio Publiciana* and therefore the *stipulatio duplae* will not come into force; and for this reason your vendor will be able to defeat you by opposing the *exceptio doli*, if you claim on the basis of the <*auctoritas*> [stipulatio]. (b) The situation is different however, when a slave has bought a slave <and received by *mancipatio*> [has made a *stipulatio duplae*], and subsequently has sold the slave and the latter has been evicted from the buyer: then the master will have an action for the total amount against the seller, but the buyer will have only an *actio de peculio* against the master ...

The facts described by Julian in part (a) of the text can be summarised as follows: A vendor (V) has sold and mancipated a slave (Stychus) to a slave (S) of master M. The slave (S) has sold and mancipated Stychus to T(itius), and he has performed to him a *stipulatio duplae*. T, who had lost the possession of Stychus; had instituted against the possessor the *rei vindicatio*, and had lost his suit because S did not have the capacity to transfer ownership of Stychus by means of a *mancipatio*; nevertheless he had the *actio Publiciana* at his disposal. The condition for the possibility of M instituting the *actio de auctoritate* against V was fulfilled.³² The condition for the possibility of T instituting the *actio ex stipulatu (de peculio)*, against M, based on the

of the text the slave S has acted with *libera administratio peculii* (which Julian presupposes as present), 2) In both cases V has been a *non dominus* of slave Stychus sold and mancipated by him to S, and 3) in both cases S made to T and to B not only a *traditio* but also a (void) *mancipatio* of Stychus. See hereafter, pp. 69–71.

30. To make the interpretation of this complicated text easier we divide it into two parts: (a) and (b).

31. Correctly, Kaser, mentioned in note 25, p. 487, writes: "In der Tat hinkt im ersten Satz das Stück *et tu a venditore servi stipulatus fueris* nach."

32. Of course the *iudex* will not condemn the vendor in such a case, if he can prove that the only reason why the second buyer had lost his ownership-suit, was a new one with which he had nothing to do, e.g. that his buyer being a slave had performed a void *mancipatio* to the second buyer. This was not the case in our text, because, as we will show, Julian presupposes in the parts (a) and (b) of § 1 that V was not the owner of slave Stychus, sold and mancipated by him to S and by S to T and B.

stipulatio for eviction, was not fulfilled, as he had not yet lost the *habere licere* of the slave, so long as he still had the *actio Publiciana* at his disposal. In this situation Julian considered it inequitable (and hence gave the *exceptio doli* to V) that M could successfully institute the *actio de auctoritate* against V.

In part (b) V has sold and mancipated a slave to S, S has sold and delivered the slave by *mancipatio* to a buyer (B) and has made a *stipulatio duplae* to him, thereupon the owner has evicted the slave from B. In this case of eviction followed by the loss of the *habere licere* of the slave the last-mentioned can bring an *actio ex stipulatu de peculio* against M, and M can institute against V the *actio de auctoritate (in solidum)*, that means, without the limitations of the *actio ex stipulatu de peculio*.

The inclusion in one § of the two parts (a) and (b) can only make sense, if they are nearly identical and differ only on one point. There was eviction of the slave sold and mancipated by S in both cases, but in part (a) T did not lose the *habere licere* of the slave, whereas in part (b) he did lose it. For the rest the situations in both parts are totally similar. In both parts S has made a *stipulatio duplae*, because the buyers T and B had doubts as to the validity of the *mancipatio* performed by him. In both parts S has sold and delivered the slave having the *libera administratio* of his *peculium*, which is proved by the mention of the *actio ex stipulatu de peculio* in part (b). This *libera administratio* has been presupposed in both parts.³³ If the master had given a *iussum* as to the sale and delivery of the slave, the *actio quod iussu* and not the *actio de peculio* would have been the appropriate action. It is therefore impossible that Julian spoke in part (a) of a sale and delivery performed by S without the consent of M. The compilers added the words *sine voluntate tua*, when they changed the words *in mancipio dando* in *in tradendo*. Had they not added these words, they would have had to eliminate the whole part (a), because in Justinian's law the words *quod servus tuus in tradendo proprietatem hominis transferre non potuisset* would have been nonsense, a slave having the capacity to convey the property of a slave by means of *traditio* according to the law of Justinian.

Corbino³⁴ gives a totally different interpretation of part (a) of our text, to which he unjustly confines himself. He agrees with Kaser and with me that V has made a *mancipatio* of Stychus to S, but accepts interpolations in the text on a much larger scale than we do. He asks himself, what can have been the reason for the refutation of T's *rei vindicatio* in part (a) of the text. He states that the reasons can be either a) that ownership had not even passed from V to S, or b) that ownership had not passed from S to T because the proper act, which was needed to effect the transfer of ownership had not been used in this case. In the first hypothesis the words *quod*

33. Cf. in the same sense I. Buti, *Studi sulla capacita patrimoniale dei "servi"*, Napoli 1976, pp. 97-98. One of the arguments given by him for this opinion is the possibility of the *actio Publiciana* in part (a) of our text. This argument however is incorrect. As has been shown by Buckland, *L.Q.R.* 34 (1918), pp. 375-379 and by myself *M.S. (I)*, p. 16, note 52, even when a slave has sold and delivered a thing without the consent of his master the buyer in good faith can institute the *actio Publiciana*; cf. *Alfenus D.* 41.3.34.

34. Corbino in *IURA* 27 (1976), pp. 53-60.

*servus tuus in tradendo*³⁵ *sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset* will be totally out of place. In the second hypothesis the words *quare venditor quoque tuus agentem te ex stipulatu poterit doli mali exceptione summovere* will be totally out of place, because, if the only reason for the failure of T's *rei vindicatio* was that S had performed an inappropriate act, it is incomprehensible that M could have had any cause of action against V and that, consequently, the latter needed to oppose this *actio* with the *exceptio doli*. Therefore according to Corbino the two affirmations *quod servus ... potuisset* and *quare venditor ... summovere* cannot exist together. One of the two has been added. If the first affirmation was not genuine, the whole text would not be relevant to our problem. If the second phrase was added, the phrase *quod servus ... non potuisset* would be genuine. According to Corbino, the fact that Julian has written *in mancipio dando* forces us to accept that he has also written the words *sine voluntate tua*. If slaves had no capacity to mancipate a slave, they would also have no capacity to transmit the ownership of a slave (slaves being unable to perform an *in iure cessio*), and the jurist would then have confined himself to a mere mention of the fact that slaves could not transmit ownership, and there would have been no necessity to mention the *mancipatio* as a means of transferring ownership. Corbino states, therefore, that *mancipatio* was mentioned as the means by which S transferred Stychus, because a slave had no capacity to transmit ownership only under certain conditions, viz. when the consent of his master was lacking.³⁶

This reasoning, though very acute, is totally unacceptable. In particular it is methodologically incorrect. The author did not try first to interpret the text as it has been preserved for us, nor does he explain why and by whom one of the alternative additions would have been made in our text. Corbino is of the opinion that there are two alternative possibilities to explain the failure of the ownership-action brought by T against the possessor of Stychus: a) S was unable to transfer ownership of the slave, as ownership could not be transferred by V, the latter being a *non dominus*; and b) there was something wrong with S's *mancipatio*, though V had transferred ownership (to M). If acceptance of these alternatives leads of necessity to the supposition that one or other passage of part (a) of our text is interpolated, it is better to propose two other alternatives: 1) there was something wrong with the second delivery made by S to T, and the first *mancipatio* made by V to S has led to the transfer of ownership, V being the *dominus* of Stychus, or 2) there was something wrong with the second delivery made by S to T and the first *mancipatio* made by V to S has not led to the transfer of ownership, because V was not the *dominus* of Stychus. In my earlier publications on D.21.2.39.1, I did not state expressly whether Julian occupied himself with the first or with the second of these two alternatives. In a letter of 23 March 1980, in which he commented on my study on the *actio de auctoritate* mentioned in note

35. Corbino, *IURA* 27 (1976), p. 56 writes *in tradendo*, but on p. 59 we can read that also according to Corbino Julian must have written *in mancipio dando*.

36. It is true that slaves could not, in classical Roman law, transfer ownership of *res Mancipi* by *in iure cessio* or by *mancipatio*. However, I still do not understand why Julian cannot have written in this concrete case that S by mancipating Stychus could not transfer ownership of this slave.

26 and expressed his agreement with my interpretation of D.21.2.39.1, my dear departed friend and colleague Hans Julius Wolff wrote to me:

Was ich nicht verstehe, ist, wie der *dominus* überhaupt eine Klage – egal welche – gegen den *venditor* haben konnte. Der Erwerb durch Sklaven mittels Manzipation war doch völlig in Ordnung; dass der Dritterwerber kein quiritisches Eigentum erwerben konnte, lag an die Unfähigkeit des Sklaven, den Manzipationsakt zu vollziehen (unabhängig der Zustimmung oder Autorisierung seitens des *dominus*). Aber das war doch ein Umstand, der nur die Weiterveräußerung betraf und dem Vorverkäufer überhaupt nicht anging. Warum sollte er *auctoritas* leisten? Sollte man vielleicht die Unfähigkeit des Sklaven zur wirksamen Veräußerung eher daraus herleiten, dass schon er seinem *dominus* aus irgendeinem Grunde, für den der *venditor* einzustehen hatte, kein Eigentum erworben hatte? Wenn ja, wäre mir alles verständlich.

This sound reasoning leads us to the decision, that the second of the two alternatives proposed by me is the only one which is correct. Julian has occupied himself with a case in which T had no success with his *rei vindicatio* for two reasons, viz. there was something wrong with the delivery of Stychus made by S to T, S being unable to mancipate, and as a result of the first *mancipatio* made by V to S ownership had not passed, V being a *non dominus*. There can, consequently, be no question of the alternative mentioned by Corbino, but rather of an accumulation of the two facts mentioned by him. Only when interpreted in this way does the text receive its real significance and the parallel between the cases of part (a) and part (b) is complete. As for the second part of D.21.2.39.1, Stychus, sold and mancipated by S to B, had been evicted from the latter because V had been a *non dominus*. Also in the case of the first part of our text the reason why the *actio de auctoritate* of M was possible against V in principle, is the fact that V was not the owner of the mancipated slave, and the action was only deprived of its effect by Julian who granted the *exceptio doli* to V, because T still had the *actio Publiciana* at his disposal.

The only possible objection to my explanation of the text seems to be this: Why did Julian write that T had no success in his ownership-action against the possessor of Stychus while S had failed to transfer ownership of this slave by mancipating him, if the real reason for the possibility that the *actio de auctoritate* was available, was that T had been *victus* in the ownership-action, as V was not the *dominus* of the mancipated slave. I think that this difficulty can be avoided if one accepts that Julian, whose point of departure in both parts of D.21.2.39.1 was V's status as *non dominus*, wrote *quod servus . . . potuisset* because he mentioned the motivation given by the judge in a real or supposed suit in which T's *rei vindicatio* had been rejected. In this lawsuit the judge asked T (who stated that he was the owner of Stychus), to mention his *modus acquirendi*, and when it came to light, that this was a *mancipatio* performed by the slave S, the judge rejected T's ownership claim at the outset, as this *mancipatio* was invalid, and was not obliged to make an inquiry as to the more delicate problem of whether S's master M or V were *dominus*. The judge rejected the *rei vindicatio* for a reason that was easy to establish: the fact that the *mancipatio* to T had been made by a selling slave.

On the basis of the above considerations I think that Corbino's interpretation of Julian's text D.21.2.39.1 must be rejected, and that we must stick to a slightly modified version of the explanation which I had previously given of the text. According to this explanation, Julian wrote that a slave could not transfer the ownership of a slave by mancipating it. This text therefore lends support to my opinion, that slaves had no capacity to transfer *res Mancipi* by means of *mancipatio*.

4. We must now analyse one of the fifteen fragments of Paul's *Manualia* which have been incorporated in the *Fragmenta Vaticana* and are all concerned with problems of *usufructus*. It gives another textual argument in favour of our view.

Fragmenta Vaticana, 51, Paulus 1.1 *manualium*.

Adquiri nobis potest usufructus et per eos quos in potestate . . . habemus, sed non omnibus modis sed legato, vel si heredibus illis institutis deducto usu fructu proprietatis legetur. per in iure cessionem autem vel iudicio familiae erciscundae non potest; per mancipationem ita potest, ut nos proprietatem, quae illis mancipio data sit, deducto usu fructu remancipemus.

Usufruct can be acquired by us also through persons who are in our *potestas*; not by all methods however, but by a legacy (*per vindicationem*) of the usufruct, or when these persons have been instituted heirs and the ownership of a thing has been bequeathed (*per vindicationem*) to someone with *deductio* of the usufruct. It cannot be acquired by means of an *in iure cessio* made to the *subiecti* or by a sentence in a suit to divide an inheritance brought by or against them; it can be acquired by means of a *mancipatio* in this way, that we remancipate the ownership of the thing, which has been conveyed to them in the form of a *mancipatio*, and deduct the usufruct for us on that occasion.

In this text, Paul discusses the cases in which a master can acquire a right of usufruct through his slave. He first mentions the case of a *legatum per vindicationem* of the usufruct given to a slave and that in which a slave has been instituted as an heir whereas the *proprietas* of a thing has been bequeathed to someone *deducto usufructu*. In this event, Paul writes, it was impossible to acquire, through a slave, a usufruct by means of an *in iure cessio* or by an *adiudicatio* in a lawsuit in which an *actio familiae erciscundae* has been brought, as a result of the incapacity of slaves in legal proceedings. Finally, Paul speaks of the acquisition of a usufruct by *mancipatio* to a slave followed by a *remancipatio* combined with a *deductio usufructus* performed by his master. Paul would certainly have mentioned the *remancipatio deducto usufructu* made by the slave, if this had been possible. The fact that he does not do so is an argument in favour of the view that a *mancipatio* and consequently also a *remancipatio* by a slave was impossible. Corbino,³⁷ however, states that Paul did not intend to treat all the cases in which one could acquire a usufruct through his slave, but only those in which there was no initiative on the part of the *dominus*; because the *remancipatio deducto usufructu* could not take place by a slave *ignorante domi-*

37. Corbino, *IURA* 27 (1976), p. 62.

no,³⁸ the text would not have mentioned the *remancipatio deducto usufructu* made by a slave. I fail to see why we should admit that Paul wished only to discuss a certain category of methods of acquisition of usufruct by means of a slave, and not of all such categories of acquisition. If he had done so, Paul would have mentioned the *remancipatio deducto usufructu* with the consent of the master, if this had been possible. That he did not do so indicates the correctness of the proposition that the master had to perform the *remancipatio* personally.

5. Finally, we must briefly study a text from the 17th book of Ulpian's commentary on the edict, viz. D.6.1.41.1, which was invoked by Corbino³⁹ in favour of the idea that a legitimisation of a slave to mancipate on behalf of his owner was generally accepted in classical Roman law.

D.6.1.41.1, Ulpianus 1.17 ad edictum.

Si servus mihi vel filius familias⁴⁰ fundum vendidit et tradidit habens liberam peculii administrationem, in rem actione uti potero. sed et si domini voluntate domini rem tradat, idem erit dicendum . . .

If a slave or a *filius familias* having the *libera administratio* of their *peculium* has sold and transferred to me by means of a *traditio* a parcel of ground, it will be possible for me to use an *actio in rem*. The same thing has to be said if a slave delivers by *traditio* a thing with the consent of his master . . .

Corbino apparently holds that in this text the original question of a *mancipatio* performed by a slave or by a *filius familias* is discussed. But this supposition is clearly wrong,⁴¹ because the text deals with the case of a *traditio* of a *fundus provincialis*.⁴²

6. The conclusion of this study written to honour my friend Paul van Warmelo can be brief. Slaves were unable in classical Roman law to perform the act of *mancipatio*. In his recent article, Corbino collected arguments in support of the opposite view. In this paper we showed that his reasoning is not convincing and that the opinion defended by us in 1978 should be maintained.⁴³

38. A comparable reasoning can be found in Buckland's study in *LQR* 34 (1918), p. 377.

39. Corbino, *IURA* 27 (1976), p. 70, note 53.

40. It seems probable to me, that the words *vel filius familias* are a generalising gloss.

41. Another text, to which the defendants of the opposite view could refer, could be Gaius D.41.1.9.4. This text would only be relevant, if Gaius had mentioned in the original text the *mancipatio*. This, however, is impossible. From the context we can infer that Gaius had only in mind the *traditio*; cf. § 3 where the jurist speaks of the *traditio* as a *modus acquirendi* of the *ius gentium*, and § 5 where he treats of the *brevi manu traditio*. See Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Lipsiae 1889, fragm. 491, col. 25.

42. Buckland states, without justification, in *LQR* 34 (1918), p. 377 that Ulpian would speak here about the *ager vectigalis*; cf. however Lenel, *Palingenesia*, II, fragm. 588, col. 515.

43. I express my profound gratitude to my friend and colleague Professor Peter Stein (Cambridge), who corrected the English of this study.

*Na
Vijfenzestig
Jaar*

J Th DE SMIDT

Hoogleraar Oudvaderlands Recht,
Rijksuniversiteit te Leiden

Na Vijfenzestig Jaar

J TH DE SMIDT

Paul van Warmelo moet ongeveer vijf jaar oud geweest zijn toen, nu vijf en zestig jaar geleden, E. M. Meijers een overzicht gaf van de “Uitgegeven en onuitgegeven rechtspraak van den Hoogen Raad en van het Hof van Holland, Zeeland en Westfriesland”.¹ Wat is er tussen toen en nu door de twee generaties tot stand gebracht en hoe is het met onze prioriteiten voor de toekomst gesteld?

“De belangrijkste hulpbron om het recht van een bepaald tijdperk te leeren kennen is steeds de rechtspraak”, aldus Meijers (p. 3). Vandaag de dag voor een rechtshistoricus iets vanzelfsprekends; in 1919 een klaoenstoot, die de rechtshistorische schare toch maar langzaam in beweging bracht.²

Meijers behandelt hetgeen in het verleden aan uitspraken van Hof en Hoge Raad in extenso is gepubliceerd – waarvan de uitgave van Naeranus anno 1662 wel de bekendste is – en hetgeen in becommentarieerde vorm is uitgebracht, waarbij de namen Neostadius, Coren, Loenius, Van Bijckershoek en Duyck om de voorrang strijden. Daarnaast bespreekt hij wat uit de archieven gepubliceerd zou moeten worden en wat er aan juridische manuscripten voorhanden en verdwenen is. In zijn artikel werkt Meijers naar een climax toe, die wordt gevormd door de spectaculaire vondst van de *Observationes Tumultuariæ* van Van Bijckershoek en Pauw. De publicatie daarvan kon op gang komen “dankzij een belangrijke subsidie van het Zuid-Afrikaanse gemeenebest en de medewerking van Prof. Bodenstein voor het redactioneel gedeelte” (p. 19). Dankzij de inspanning van velen konden de meer dan 5.000 becommentarieerde uitspraken van de Hoge Raad worden gepubliceerd en toegankelijk gemaakt. In 1972 verscheen het laatste deel van Pauws *Observationes*, in 1982 nog Paul van Warmelo’s “*annotationes*” terwijl wij zijn “*observationes selectæ*” nog

1. Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis I (1919), 400–421. Ook opgenomen in E. M. Meijers, *Etudes d'histoire du droit*, Leyde (1973) II, 3–20. Er wordt in de tekst verwezen naar de paginering van deze door R. Feenstra verzorgde heruitgave.
2. Eeuwfeestcongres van de Stichting tot uitgaaf der bronnen van het oud-vaderlandse recht “Publiceren en profiteren van rechtsbronnen” in Verslagen en Mededelingen OVR Nieuwe Reeks 2 (1980), 143 pp.

tegemoet zien.³ Dankzij al deze observationes zijn wij over de rechtspraak van de Hoge Raad over de jaren 1704–1787 op unieke wijze geïnformeerd.

Meijers memoreerde nog een manuscript, waarvan de publikatie “een belangrijke verrijking van ons bronnenmateriaal” zou betekenen (p. 13). Bedoeld is het handschrift van Pieter Ockers, waarin 106 uitspraken van het Hof uit de periode 1656–1669 en 58 van de Hoge Raad uit 1669–1678 zijn verwerkt. Dr. Heleen Gall heeft deze verrijksactie voor haar rekening genomen.

Met betrekking tot de archieven van het Hof, was Meijers van mening dat “voor alles” de oudste memorialen van 1428 tot 1447 gepubliceerd moeten worden (p. 9). Hij voegde ook hier de daad bij het woord. Samen met A. S. de Blécourt maakte hij in 1929 de drie alleroudste delen toegankelijk. Dat waren drie van de dertien memorialen die op naam van de griffier Jan Rosa staan. In de zestiger jaren heb ik de eerste stenen gelegd voor de uitgave van de resterende tien delen. Dankzij de hulp van velen verschenen in 1982 de memorialen IV, V en VI. In 1985 en 1986 zullen de resterende delen het licht zien.⁴ Eindelijk zal dan het werk van Van Bijkershoek en Pauw en dat van Jan Rosa volgens het plan-Meijers toegankelijk zijn geworden: oude schulden zijn voldaan; enkele witte vlekken op de rechtshistorische kaart zijn opgevuld.

Zijn er nog witte vlekken, zijn er nog raadsels die opgelost moeten worden? In bijgaand overzicht is getracht visueel aan te geven welke perioden toegankelijk zijn gemaakt.

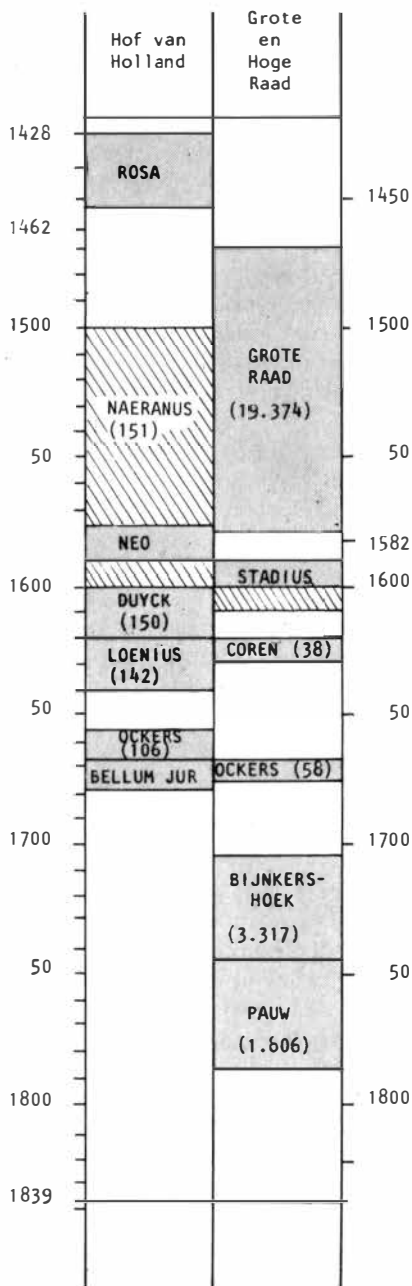
De kolom van het Hof van Holland vangt aan met het jaar 1428, het begin van de Memorialen Rosa, de oudste archivalia van het Hof van Holland. De Hoge Raad-kolom begint pas in 1582, omdat in dat jaar de opvolger van de Grote Raad van Mechelen zijn werkzaamheden in het Noorden startte. Vanaf 1470 is de rechtspraak van de Grote Raad in het archief bewaard gebleven. Gezien de bekende nauwe relaties tussen de colleges hoort de Grote Raad ook in dit overzicht thuis.⁵ Als einddatum is 1795 aangehouden omdat de periode 1795–1838 een aparte bestudering verdient. Voor na 1838 mag ik verwijzen naar de “Guide to foreign legal materials” (1968). “Part II. Repositories of the law” by L. E. van Holk.

De getallen tussen haakjes geven het aantal zaken aan. Daarover valt te twisten, omdat er zaken zijn zonder datum, uitspraken waarvan de instantie niet is vermeld en beslissingen die meer het karakter van een resolutie dan van een sententie hebben. Bij Rosa is dan ook geen getal vermeld; bij Neostadius zijn de leenhof-zaken buiten beschouwing gelaten, maar zijn de 23 uitspraken over de huwelijkse voorwaarden bij de in totaal 129 Hoge Raad-zaken geteld. Bij de Grote Raad is geen melding gemaakt

3. Registers op die Observationes Tumultuariæ van Cornelis van Bijkershoek en van Willem Pauw saamgesteld deur Paul van Warmelo [Pretoria, 1982].

4. Memorialen van het Hof (den Raad) van Holland, Zeeland en West-Friesland van den secretaris Jan Rosa. Delen I, II en III. Uitgegeven en van inleiding voorzien door A. S. de Blécourt en E. M. Meijers. Rechtshistorisch Instituut Leiden, serie I, nr. 1 (1929); Delen IV, V en VI. Uitgegeven door R. W. G. Lombarts, Paula C. M. Schölvincq, J. Th. de Smidt, H. W. van Soest. Rechtshistorisch Instituut Leiden, Serie I, nr. 4 (1982).

5. Th. A. Ariëns, 400 jaar Hoge Raad, Advocatenblad 1982, pp. 354–369. “Die Hoge Raad was als appel-college voor sententies van het Hof van Holland, Zeeland en West-Friesland . . . de opvolger van de Grote Raad van Mechelen . . .” p. 354.



van de Hollandse zaken die bij Nicolaas Everaerts en bij Christinaeus te vinden zijn, terwijl de sententies van de Grote Raad die bij Neostadius en Naeranus gedrukt zijn evenmin in het schema zijn verwerkt. Het overzicht heeft geen andere pretentie dan zichtbaar te maken welke perioden in het grijze en minder grijze verleden ontgonnen en bewerkt of in bewerking zijn.

Wanneer men nu na vier eeuwen rechtspraak en bewerking terugziet, dan rijst het praktische probleem dat onze oude auteurs achter de horizon zijn verdwenen en niet meer in de boekhandel verkrijgbaar zijn. Veel oude boekwerken zijn even moeilijk toegankelijk geworden als de ongedrukte stukken in de archieven. Bij het opstellen van een programma dat de oude rechtspraak toegankelijk wil maken, dient met deze ontwikkeling rekening gehouden te worden. Op initiatief van Paul van Warmelo is een heruitgave van de verzameling van Neostadius "De pactis antenuptialibus" persklaar gemaakt. De Latijnse editie van 1644 is fotografisch gereproduceerd op de linkerpagina terwijl een Engelse vertaling op de rechterpagina is opgenomen. Alle verwijzingen naar de bronnen zijn op moderne wijze aangegeven. Voor zover die in het archief te vinden waren zijn ook de originele sententies en de raadkamer verslagen aan de uitgave toegevoegd. Van de 23 sententies konden er aldaar 14 worden thuis gebracht. Mocht deze formule in goede aarde vallen, dan zouden ook de andere beslissingen van Neostadius op een zelfde wijze kunnen worden bewerkt. Of een fotografische heruitgave van Coren, Duyck of Loenius verantwoord is, kan gezien de omvang van die werken, worden betwijfeld. Meer behoefte lijkt mij te bestaan aan een bundel van de 100 meest geciteerde arresten op het terrein van het Romeins Hollandse privaatrecht. Behalve de gedrukte versie, waarnaar in de literatuur wordt verwezen, zou mijns inziens ook hetgeen het archief van Hof, Grote Raad of Hoge Raad aan wetenswaardigs met betrekking tot de desbetreffende zaak oplevert, gepubliceerd moeten worden. Uiteraard dienen de plaatsen waar en het verband waarin de uitspraak geciteerd wordt, te worden vermeld. Een moeilijkheid bij de opsporing van het honderdtal is, dat Simon van Groenewegen in zijn aantekeningen op de Inleidinge en Simon van Leeuwen in zijn Rooms Hollands Regt herhaaldelijk naar rechtspraak verwijzen die niet gepubliceerd is. De beide Simons zijn zó gezaghebbend, dat ook die ongepubliceerde uitspraken wel tot het populaire honderdtal gerekend zouden moeten worden. Als voorbeeld geef ik de casus van de baljuw van Delfland die de goederen van een zelfmoordenaar verbeurd verklaard had, hetgeen alleen dan had mogen gebeuren wanneer de zelfmoord bewust en opzettelijk zou zijn geschied. Het Hof van Holland veroordeelde dan ook bij sententie van 30 september 1616 de baljuw Jhr. Aalbrecht Storm van Wena aan de kinderen Zuydervliet alles te restitueren wat hij zonder recht tot zich had genomen. Simon van Groenewegen noemt deze sententie in zijn aantekening op de Inleidinge van Hugo de Groot, 2.1.44. Simon van Leeuwen noemt in zijn Paratitula (p. 320) dezelfde uitspraak en ook Scheltinga memoreert de casus in zijn college over de Groot's Inleidinge ad 2.1.44. Hij noemt de casus zelfs twee maal op één en dezelfde pagina. Eerst als een voorbeeld door Groenewegen aangehaald en daarna met de vermelding dat "in aantekeningen van goeder hand" wordt gezegd dat de baljuw ook moest restitueren "al 't gene hij ter oorzake van dit feit [de

zelfmoord] dezelve erfgenamen had afgeperst" (II p. 8).⁶ Uit de sententie die bij mijn weten nergens is gepubliceerd, blijkt het de moeder te zijn die zich heeft "verhangen . . . alleenlijk uuyt phrenesie ofte andersints deur mistroosticheyt ende verdriet". Het Hof had kennelijk meer begrip voor de zorgen van deze moeder van 18 kinderen dan de baljuw.⁷

Wat doen wij met de rijstebrijberg van ongepubliceerde uitspraken? Is er naast een publikatie van 100 bekende, 100 beroemde of 100 beruchte uitspraken nog behoefte aan meer? Een eeuw geleden publiceerde Blok een bloemlezing van de middeleeuwse Leidse rechtspraak.⁸ Alles uitgegeven werd niet nodig gevonden, omdat enkele voorbeelden voldoende zouden illustreren hoe in Leiden de *wet* werd toegepast. De opvatting dat een rechter niets anders zou uitspreken dan wat de wet voorschreef is al lang achterhaald, al schreef Paul Scholten in de dertiger jaren nog: "Het is nog niet zo heel lang geleden, dat algemeen werd aangenomen, dat aan een rechterlijke uitspraak geen gezag toekwam" (Algemeen deel, 2^e dr., p. 114). Oude rechtspraak is voor onze kennis van het oude recht even onontbeerlijk als wetten en schrijvers. Van deze trias *juridica* is de rechtspraak de minst toegankelijke, omdat er geen overzichten van alle uitspraken van onze hoogste rechtscolleges bestaan. Toch is een dergelijke toegang tot de rechtspraak noodzakelijk, omdat het pas dan mogelijk wordt het recht van de praktijk dichter te benaderen. Het systeem van de chronologische lijsten op de rechtspraak van de Grote Raad geeft de historicus en de jurist de noodzakelijkste informatie. Hoe zinnig en nuttig dergelijke toegangen ook mogen zijn, de arbeid nodig voor de samenstelling is enorm. Het is ondenkbaar dat wij vóór het jaar 2000 nog alle Hollandse rechtspraak op deze wijze zouden kunnen openleggen. Er moeten dan ook prioriteiten worden gesteld. Ik zou willen pleiten voor de 15^e eeuwse activiteiten van het Hof van Holland en de 17^e eeuwse rechtspraak van de Hoge Raad (1582–1704). Wellicht zal hij die in de strafrechtspraak is geïnteresseerd, prioriteit geven aan de criminele zaken die in de 18^e eeuw door het Hof werden behandeld. Het zou dan ook verstandig zijn alvorens met deze Herculische arbeid aan te vangen het werkprogramma ter discussie te stellen.

Met betrekking tot het 15^e eeuwse Hof van Holland hoop ik dat ook binnen afzienbare tijd te doen. Het betreft de vraag hoe de werkzaamheden van het Hof van Holland in de periode 1447–1513 voor de onderzoeker optimaal toegankelijk gemaakt

6. Zie noot 14.

7. De casus wordt in alle edities van zijn *Rooms Hollands Recht* (ed. Decker II p. 255) vermeld onder verwijzing naar de *Holl. Consultation* I, 332. Aldaar wordt de zaak anno 1516 gedateerd hetgeen een drukfout is. De uitspraak is van "den lesten septembris 1616", zoals blijkt uit *Algemeen Rijksarchief*, Hof van Holland nr. 639 (casus 148), waaraan het citaat is ontleend.

Van der Keessel noemt de casus niet in zijn *Praelectiones* ad 2.1.44. Hij volstaat met te verwijzen naar "die geleerde Boel" en diens "Amsterdams privilegie en poorterregt raakende de verbeurte van lijf en goed tēsaake van misdaad" (1713) p. 123, alwaar uitvoerig wordt gehandeld over mensen die "uyt melancholie, phrenesie of mismoedigheyd . . ." zich het leven benemen; ook daar wordt onze casus niet genoemd.

8. P. J. Blok, *Leidsche rechtsbronnen uit de middeleeuwen*, *Werken OVR* 1,6 (1884) p. VIII. Zie hierover ook J. Th. de Smidt, *Wat waarom en hoe? Verslagen en Mededelingen OVR* NR 2 (1980) pp. 53–63.

kunnen worden. De periode Bossaert (1447–1463) volgend op die van Rosa vertoont nog enige continuïteit met het verleden. Na 1462 – het jaar van de instructie – is de gang van zaken zichtbaar anders. Nog altijd weten wij niet hoe de werkzaamheden van het Hof in de tijd van Rosa waren georganiseerd. Wij weten nu wel *wat* men deed, maar niet waarom soms meer soms minder raadsheren zich met een zaak bezig hielden en of er al sprake was van een taakverdeling en specialisatie. In de periode Rosa is er sprake van soms twee, soms drie registers die elkaar in de tijd overlappen, zonder dat het hoe en waarom van deze administratie ons altijd duidelijk is. In de jongere periode neemt het aantal parallel lopende registers toe, maar wij zien dan ook criminele en civiele sententies afzonderlijk geregistreerd worden. Samen met de deskundigen van het Algemeen Rijksarchief stellen wij ons voor drie of vier proefboringen te verrichten of liever dwarsdoorsneden te maken. Wij kozen de jaren 1455, 1465, 1475 en wellicht nog 1495 als proefjaren. Voor het jaar 1455 dienen minstens vier, voor 1465 acht, voor 1475 zeven en voor 1495 weer acht registers te worden geanalyseerd. Daarbij moet in acht genomen worden dat van de acht registers van 1465 er slechts vier ook voor 1495 bruikbaar zijn. Kortom het is een gaan en komen van series, waarin ook weer hiaten voorkomen. Op grond van de aldus verzamelde gegevens hopen wij een formule te kunnen vinden die de archiefdoos van Pandora voor ons tot 1513 zal openen.⁹

In zijn klassiek geworden werk over Raad en Rekenkamer van Holland laat Jansma zien hoe medio 15^e eeuw de centralisatie van het bestuur in Holland gestalte krijgt.¹⁰ Voor de jurist is het fascinerend te zien hoe zich in die vijftiger en zestiger jaren de overgang van de middeleeuwen naar de moderne tijd voltrekt; het procesrecht en het geleerde recht gaan dan hun stempel drukken op hetgeen het Hof produceert. Pas wanneer de 15^e eeuwse archivalia optimaal toegankelijk zijn gemaakt kan met een nadere analyse van dit complexe rechtsgebeuren een begin worden gemaakt. Ook de relatie Hof en Grote Raad zal dan beter kunnen worden bestudeerd. Kortom historisch en rechtshistorisch lijkt de tweede helft van de 15^e eeuw een keerpunt te zijn.

Met betrekking tot de 17^e eeuw heb ik een voorkeur voor het toegankelijk maken van de rechtspraak van de Hoge Raad als opvolger van de Grote Raad. Met 1582 zou begonnen moeten worden, met 1704 zou kunnen worden geëindigd, omdat de *Observationes Tumultuariæ* mijns inziens geen nadere aanvulling behoeven.

Naast de officiële rechterlijke archieven hebben wij de niet officiële, de particuliere verzamelingen en optekeningen van oude rechtspraak. Het waren niet alleen raadsheren als van Bijnkershoeck, Duyck, Nieuwstad, Pelgrim van Loo die “recueilen van processen” (Meijers, p. II) hebben aangelegd, het waren ook advocaten en

9. R.W.G. Lombarts zal in 1985 in een artikel enkele resultaten van de gememoreerde proefboringen publiceren. A. Wijffels zal in 1985 zijn onderzoek publiceren over de wijze waarop de *mos italicus* in de praktijk bij Hof en Grote Raad werd toegepast. 10.000 verwijzingen (*allegaties*) naar het geleerde recht, ontleend aan ongeveer 1.000 procesdossiers uit de periode 1470–1580, vormen de kern van zijn studie.

10. T. S. Jansma, Raad en Rekenkamer in Holland en Zeeland tijdens hertog Philips van Bourgondië, Utrecht (1932).

hoogleraren die naar ongepubliceerde rechtspraak verwezen. Ik doel hier op de collegedictaten, de observationes en aantekeningen die afzonderlijk in repertoria of in met wit doorschoten exemplaren van De Groot's Inleidinge zijn aangebracht.

Het belang van collegedictaten van hoogleraren die over het *ius hodiernum* doceren behoeft hier niet te worden betoogd. De Praelectiones van Van der Keessel en G. Scheltinga spreken boekdelen. Beiden namen de Inleidinge van Hugo de Groot als richtsnoer en als uitgangspunt en voegden daaraan toe het vermeldenswaardige van anderhalve eeuw rechtsontwikkeling, waarbij de rechtspraak niet werd vergeten. Zoals de professoren doceren, zo oren de advocaten. De aantallen met wit doorschoten en van aantekeningen voorzien edities van de Inleidinge zouden eens geteld en bestudeerd moeten worden. Het zou waarlijk de moeite lonen na te gaan welke invloed de Inleidinge én op het onderwijs én op de rechtspraktijk heeft gehad en op de mogelijke band tussen de zingende ouden en de piepende jongen.¹¹ Naast de collegedictaten en de doorschoten Inleidingen is er de categorie van manuscripten die onder de noemer juridische adversaria of Rooms Hollandse digesten gebracht kunnen worden. Daaronder vallen al die verzamelingen en repertoria op trefwoorden, die

11. Ik bekeek enkele met wit doorschoten exemplaren van de Inleidinge.

- a. Editie Delft, 1652 met aantekeningen in Nederlands en Frans; vermoedelijk minstens drie handen tot ± 1755. UB Leiden hss. afd. BPL 1722.¹ Het handschrift BPL 1722¹¹ bevat "Collec-tanea tot de Inleidinge van Hugo de Groot": originele geschreven stukken als memoriën en pleitnota's, gedrukte resoluties en plakaten en afschriften van sententies, privileges, adviezen, consultaties, resoluties etc., voorzien van verwijzingen naar de desbetreffende plaatsen van de Inleidinge. Speciale vermelding verdient het handschrift "Prolegomena juri Hollandico praemit-tenda" waarop in de hand van de verzamelaar (Fr. van Limborch?) "Relatief tot het begin van H. de Groot's Inleidinge". Dit handschrift, dat enige overeenkomst met h's W vertoont, is niet geraadpleegd door J.E. Scholtens en R. Feenstra, Hugo de Groot's De antiquitate in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis XLII (1974).
- b. Editie Delft, 1657 met aantekeningen in Nederlands; één hand, 17^e eeuw. Leiden Gravensteen Meijers bibliotheek IX 84.
- c¹. Editie Amsterdam, 1667 met aantekeningen in Nederlands; minstens twee handen tot ± 1683. Achterin register van vonnissen, systematisch gerangschikt, 7 pp. Leiden Gravensteen Meijers bibliotheek IX 115.
- c². Zelfde editie, met aantekeningen in Nederlands en Latijn (sporadisch); minstens twee handen, 17^e eeuw. Leiden Gravensteen Meijers bibliotheek IX 116.
- c³. Zelfde editie, met aantekeningen van het college gegeven door Joh. Voet, vermeld door A. A. Roberts, A South African Legal Bibliography (1942), p. 319. Dit exemplaar is door mij niet in-gezien.
- d¹. Editie Amsterdam, 1692 met aantekeningen in Latijn en Nederlands; twee handen rond 1700. Leiden Gravensteen Meijers bibliotheek IX 85. 2 banden.
- d². Zelfde editie. Op p. 1 geschreven: 'Clarissimi doctissimique viri D. Johannis Voet P.F.G.N. J.V.D. antecessoris Lugduno Bat. animadversiones in Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Batavicam'. UB Amsterdam hss. afd. no. I D 62.
- d³. Zelfde editie, met aantekeningen in Latijn en Nederlands; één hand. Op de perkamenten rug in latere hand geschreven: 'H. de Groot cum notis Joan. Voet'. Uit de bibliotheek van H.F.W.D. Fischer, thans in mijn bezit.
- d⁴. Zelfde editie, met aantekeningen in Nederlands en Latijn; één (?) hand. Uit de bibliotheek van H.F.W.D. Fischer, thans in mijn bezit.
- d⁵. Zelfde editie, met aantekeningen. UB Stellenbosch.

door rechters en advocaten voor eigen gebruik werden aangelegd, maar ook wel eens door anderen zullen zijn verkregen en gebruikt. Naar deze manuscripten die in de handschriftenverzamelingen van onze openbare bibliotheken, in de archieven en in particuliere verzamelingen voorhanden zijn, is bij mijn weten nog nooit systematisch gezocht.¹² Ook voor ons onderwerp — de oude rechtspraak — zijn deze manuscripten van belang omdat hierin de eigen ervaring, de successen en de verloren zaken vermeld staan. Vooralsnog leveren deze manuscripten ons vooral incidenteel puzzelwerk. Een tweetal voorbeelden.

In zijn *Paratitula juris novissimi* van 1652 — de voorloper van het Rooms-Hollands Regt — verwijst Simon van Leeuwen naar rechtspraak van Hof van Holland, Grote en Hoge Raad zoals vooral vermeld in de werken van Christinaeus, Neostadius en Coren. Daarnaast noemt hij een dertigtal uitspraken van Hof en 15 van Hoge Raad zonder bronvermelding. De oudste is Hof van Holland 17 maart 1517, de jongste is Hoge Raad 27 mei 1651. Meijers — die vermoedelijk de 10^e druk van het Rooms Hollands Regt (1732) zal hebben gebruikt — schrijft in zijn artikel (p. 11), dat de door Van Leeuwen geciteerde arresten van het Hof, die nergens gepubliceerd of genoemd zijn, bijna alle liggen tussen de jaren 1640 en 1644. Vergelijking van de uitgave-1652 met na het overlijden (1682) van Van Leeuwen verschenen drukken toont aan, dat Van Leeuwen het werk tot begin 1665 heeft bijgewerkt. Van Leeuwen begon zijn advocatenpraktijk in 1649. Zaken van vóór die datum zal hij niet zelf hebben meegemaakt; zaken uit de vijftiger en zestiger jaren waarin hij zelf een rol heeft gespeeld, zijn in zijn werk terug te vinden. “Soo als ik heb geoordeeld in de saak van de kinderen en erfgenaamen ... Pauw ... benevens de Juridice faculteit in de universiteit tot Leyden, betreffende de ... heerlijkheid Heemstede, bij Haarlem, den 10 May 1653” (ed. Decker I p. 260).

Van een uitspraak van het Hof van Holland van 29 juni 1663 zegt Van Leeuwen (ed. Decker I p. 191) is “aan den Hogen Rade geappelleert. Daar van den uitslag eerstdaags verwacht werd”. Bij de behandeling van de plaatsvervulling in het erfrecht (ed. Decker I p. 376) schrijft Van Leeuwen “So als by den Hogen Rade in Holland, volgens mijn gevoelen by geschrift ingedient verstaan is den 11 december 1664 ...” Of “den 26 jan. 1665” betrekking heeft op het ingewonnen “advys van rechtsgeleerde” of op de vrijlating van de man die zijn buurman half dood sloeg toen hij deze in zijn echtelijke sponde aantrof, is niet geheel duidelijk (ed. Decker II p. 279). Van de ruim 30 in de *Paratitula* vermelde bronloze uitspraken zijn er 26 van vóór 1640, terwijl de jongste vermelding is “ende nu laetst bij den Hoogen Raedt in de saecke van N. Bicker ... contra Alida Konincx, op den 27 may 1651 is geoordeelt” (ed. 1652 p. 287; ed. Decker II p. 189). Een romance die haar bekroning pas vond op 14 mei 1656, hetgeen dan ook in het Rooms Hollands Regt uitvoerig is te lezen (ed. Decker II p. 195). Aan de ruim 30 verwijzingen naar Hof en Hoge Raad in de *Paratitula* is in het Rooms Hollands Regt een zestigtal toegevoegd, waarvan de helft op de periode 1640–1644

12. Ik moge memoreren de anonieme “Aanteekeningen over Hugo de Groots Inleyding ...” (289 pp. na 1772) UB Leiden hss. afd. Ltk 933 en die van de Utrechtse professor J. G. C. Rücker “*Elucidatio nonnullorum locorum ex Hugonis Grotii Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (40 pp. na 1765) UB Leiden hss. afd. Ltk 935.

betrekking heeft. Hoewel het door Meijers geschetste beeld nu iets is verscherpt, is de vraag welke bron Van Leeuwen gebruikt kan hebben vager geworden. Naast de mogelijkheid van een handschrift waaruit hij de andere ongepubliceerde rechtspraak geput kan hebben, heeft hij stellig ook van zijn eigen praktijkervaring gebruik gemaakt.¹³

Een andere puzzle zijn de “aanteekeningen van goederhand”, waarnaar wordt verwezen in het collegedictaat “aangeteekend uit de mond van heere en mr. G. Scheltinga beroemd hoogleeraar in de beide rechten op ’s lands hooge schoole te Leiden” anno 1761.¹⁴ Enkele uitspraken van het Hof van Holland, bijv. die van 3 november 1608, 30 september 1616 en 31 januari 1631 worden ook door Simon van Leeuwen vermeld, maar komen ook voor respectievelijk bij Boel-Loenius cas 20 en bij Simon van Groenewegen ad De Groot. Bij die van 31 jan. 1631 – die ik vooralsnog nergens anders geciteerd vond – voegt Simon van Leeuwen toe “ende tot Amsterdam in faueur van den koophandel alsoo gepractiseert” (ed. 1652 p. 145).¹⁵ In genoemd collegedictaat lezen wij: “ook vinden wij in geschreeven aanteekeningen van goederhand, dat dit dagelijks te Amsterdam tot faueur van den koophandel wordt gepractiseert” (fo. 21^{vo}). De overeenkomst is treffend. Scheltinga verwijst op deze plaats niet naar Simon van Leeuwen, maar naar de “aanteekeningen van goederhand”. De gedachte dat Scheltinga met de “aantekeningen van goederhand” Van Leeuwens’ Paratitula zou hebben bedoeld moet worden verworpen. Weliswaar wordt ook de zaak van de baljuw van Delfland (HvH 30 september 1616) door Simon van Leeuwen vermeld, maar de “aantekeningen van goeder hand” vermelden ook uitspraken die niet bij Van Leeuwen worden gevonden, als bijvoorbeeld HR 3 juni 1645 (fo. 8^{vo}) en HvH 9 april 1669 (fo. 51^{vo}). Bovendien heb ik nergens gezien dat Scheltinga Simon van Leeuwen citerend hem vereenzelvigt met de mysterieuze “goede hand”. Het zal dus zeker een manuscript geweest zijn waaraan Scheltinga deze rechtspraak ontleende. De mogelijkheid bestaat dat dat manuscript ook in handen is geweest van Simon van Leeuwen, maar het hoeft natuurlijk niet, omdat goede zaken gemakkelijk gecopieerd plegen te worden. Volgens Meijers zou bedoeld manuscript gebruikt zijn door Boel omdat deze “in zijn aanteekeningen op Loen een enkele mededeeling doet, die blijkbaar uit hetzelfde manuscript afkomstig is” (p. 11). Ik herhaal ook hier dat de mogelijkheid niet is uitgesloten, maar de kans dat Van Leeu-

13. De door Willem van der Goes geannoteerde Inleidinge, waarvan sprake is in de Censura forensis van S. van Leeuwen, ed. 1741, I p. 29 noot 1, zal – gezien de mededeling “quondam senatore in curia Hollandiae” (Willem Goes was raadsheer van 1654–1686) – wel niet door S. van Leeuwen zijn geraadpleegd.

14. Het exemplaar dat Meijers gebruikt heeft is thans in de Meijers bibliotheek IX 117 in het Gravensteen (Leiden) opgenomen. Ik vergeleek enkele passages met een andere tekst van het collegedictaat dat zich in de handschriftenverzameling van de Universiteitsbibliotheek Leiden bevindt (BPL 814); voor ons doel leverde dit niets op. Zoals bekend wordt de uitgave van de Scheltinga-dictata verzorgd door Prof. Wouter de Vos. Moge die uitgave spoedig van de pers komen!

15. In de latere drukken (ed. Decker I p. 189) luidt de zinsnede: “en tot Amsteldam om den koophandel alsoo doorgaans onderhouden werd [vid. bell. jurid. pag. 619]”. Deze, door Decker toegevoegde noot verwijst naar een in het *Bellum iudicium* (1743) opgenomen advies van S. van Leeuwen d.d. 28 nov. 1677, waarin het arrest van 1631 wordt gememoreerd.

wen en Boel hun eigen Rooms Hollandse Digestenverzameling hadden, lijkt groot. De opmerking van Meijers dat hij het manuscript heeft “kunnen identificeren met een doorschoten exemplaar van Hugo de Groots Inleidinge” (p. 11) schept een nieuw raadsel. Het bedoelde exemplaar van de Inleiding moet zijn het exemplaar IX, 116 van de Meijers bibliotheek in het Gravensteen te Leiden (noot 11 nr. c²). Dat bevat inderdaad “tal van arresten”, maar wanneer men de 262 uitspraken chronologisch op een rijtje zet, dan overlappen ze de periode van 31 maart 1679 tot 7 april 1683 met een uitspraak van 10 december 1683 als uitschieter. Er is geen twijfel aan, dit exemplaar kan niet met de “aanteekeningen van goederhand” worden geïdentificeerd. Overigens sluit deze verzameling praktisch aan bij de arresten van de Hoge Raad, die op naam van Pieter Ockers staan; diens jongste arrest is van 30 juli 1678. Zoals heden ten dage de witte vlekken van de landkaarten zijn verdwenen, zo zullen ook de witte plekken op de jurisprudentiekaart eens tot het verleden behoren.

Meijers schreef zijn artikel twee generaties geleden. Inmiddels zijn onderdelen van het programma voltooid. De nu afzwaaiende generatie heeft daartoe het zijne bijgedragen. De man die wij nu eren heeft vele steentjes en stenen aangezueld en opgestapeld, als een architect plannen ontworpen en als opzichter en bouwheer gefunctioneerd. Moge ook hij dit eerste ontwerp voor een nieuwe blauwdruk kritisch willen bezien. Zijn aantekeningen – van niet alleen een goede maar ook bevriende hand – zullen hogelijk worden gewaardeerd.

*Ongepubliseerde Aantekeninge
op die
Inleidinge van Hugo de Groot*

JC DE WET

Eertyds professor, Regsfakulteit,
Universiteit van Stellenbosch

Ongepubliseerde Aantekeninge op die Inleidinge van Hugo de Groot

JC DE WET

Hugo de Groot se Inleidinge, in 1631 gepubliseer, is spoedig deur praktisyns aanvaar as 'n onontbeerlike deel van hulle toerusting. Die rede hiervoor lê voor die hand – dit was die enigste, en daarby baie verdienstelike, uiteensetting van die Hollandse reg, waarin die mense destyds aan die universiteite geen opleiding ontvang het nie. Aan die universiteite is die onderrig toegespits op Romeinse reg en 'n bietjie leenreg. Inheemse reg moes die mense van die praktyk maar self in die praktyk aanleer. Dit is waar dat die universiteitsowerhede die studie van die inheemse reg aangemoedig het, maar hiervan het aanvanklik nie veel tereggekom nie. Beknopte verwysings is bes moontlik aangelas aan uiteensettings van die Romeinse reg, maar sover my bekend was *Voet* die eerste leermeester wat 'n kursus in die Hollandse reg aan die Universiteit van Leiden aangebied het. Dat die inheemse reg die gebied van die praktisyn was, word ook weerspieël in die regsliteratuur wat rondom *De Groot se Inleidinge* ontstaan het. In die akademiese literatuur is verwysings na die *Inleidinge* volop, maar die eerste gepubliseerde aantekeninge op die *Inleidinge* van akademiese kant was *D.G. van der Keessel se Theses Selectae*, wat in 1800 gepubliseer is, toe die doodsklokke van die Romeins-Hollandse reg in Holland al begin lui het. Daarteenoor het *Groenewegen* in 1644 'n uitgawe van die *Inleidinge* met aantekeninge versorg, en kort voor *Groenewegen* se dood in 1652 het hy nog die voorwoord van wat hy sy derde edisie van die *Inleidinge* noem, geskryf. Met *Groenewegen* se aantekeninge het die *Inleidinge* nog baie edisies beleef. In 1767 is die bekende edisie met *Groenewegen* en *Schorer* se aantekeninge gepubliseer. *Schorer* se aantekeninge was in Latyn geskryf. Toe dit tyd geword het vir 'n nuwe edisie het die uitgewers blykbaar aangedring daarop dat die aantekeninge in Nederlands moet wees. Die aantekeninge is aansienlik deur *Schorer* uitgebrei en in Nederlands vertaal deur *J.E. Austen*, en in twee stukke gepubliseer (1784, 1786), maar sonder die teks van die *Inleidinge* en *Groenewegen* se aantekeninge. *Groenewegen*, *Schorer* en *Austen* was almal praktisyns. Ook die *Rechtsgeleerde Observatien*, 1776-1778, was hoofsaaklik, indien miskien nie uitsluitlik nie, die werk van praktisyns.

Alhoewel die akademici, met die uitsondering dan van *Van der Keessel*, nie werke spesifiek oor die *Inleidinge* gepubliseer het nie, was daar tog eksemplare van hulle

gedikteerde aantekeninge en opmerkings in handskrifte van hulle studente in omloop. Die belangrikste hiervan is natuurlik *Van der Keessel* se uitvoerige *Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam*, wat deur die ywer van professore *Van Warmelo*, *Coertze*, *Gonin* en *Pont*, vergesel van 'n vertaling in Afrikaans, in vyf bande gepubliseer is in 1961-1967, en aangevul is deur 'n registerband in 1975, opgestel deur professor *Van Warmelo*. Die waarde van hierdie grootse toevoeging tot ons regsliteratuur kan nie oorbeklemtoon word nie, en professor *Van Warmelo*, aan wie hierdie feesbundel opgedra word, verdien vir sy aandeel daarin die erkentlikheid van almal wat in die regsgeleerdheid doenig is. *Gerlach Scheltinga* (1708-1765) het voor *Van der Keessel* ook voorlesings oor die "*ius hodiernum*" aan die hand van die *Inleidinge* in Leiden gegee, en eksemplare van aantekeninge van sy voorlesings is ook in omloop. Onder sorg van professor *W. de Vos* (voorheen van die Universiteit van Kaapstad) en professor *G.G. Visagie* (van die Universiteit van Wes-Kaapland) word hierdie aantekeninge binne afsienbare tyd gepubliseer.

Soos reeds opgemerk, was *Voet* blykbaar die eerste Leidse hoogleraar wat aan die hand van die *Inleidinge* voorlesings oor die "*ius hodiernum*" gegee het. Ook van *Voet* se voorlesings is eksemplare van aantekeninge, afgeneem deur sy studente, bekend. Blykbaar het sy studente, of altans party van hulle, *Voet* se voorlesings met deurskote eksemplare van die *Inleidinge* bygewoon en hulle aantekeninge op die ingevoegde velle aangebring. Sover my bekend, is hierdie aantekeninge nog nie gepubliseer nie — *pace* die stelling op bl. 33 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie, Projek 8, Beskikbaarstelling van die gemeenregtelike kenbronne, Werkstuk I, dat *Voet* se *Dictata* op *De Groot* se *Inleidinge* in 1692 gepubliseer is. Volgens *Roberts, Bibliography* bl. 319, bestaan daar twee eksemplare van sodanige aantekeninge in Suid-Afrika, die een in besit van advokaat *A. Suzman*, Q.C., en die ander destyds in besit van regter *C.W.H. Lansdown*. 'n Derde eksemplaar, destyds al in besit van die Universiteitsbiblioteek van Stellenbosch, het blykbaar *Roberts* se aandag ontwyk — dit is en word, soos dit hoort, in die biblioteek se brandkluis bewaar. Die eksemplaar wat aan regter *Lansdown* behoort het, het later in my besit beland. My kollega, professor *A.B. de Villiers*, het in die vyftigerjare 'n boekveiling in Kaapstad bygewoon, en vir 'n paar pond 'n bondel "ou" boeke aangekoop. In die bondel was die eksemplaar van die *Inleidinge* met *Voet* se "*dictata*". Hy het dit goedgunstiglik aan my geskenk. Sedertdien het ek, met sy goedkeuring, die stuk geskenk aan die biblioteek van Stellenbosch. Dit sal my nie verbaas indien daar nog meer eksemplare in Suid-Afrika en in Nederland rondlê nie. *Voet* het darem seker meer as drie studente gehad, wat sy voorlesings oor die "*ius hodiernum*" bygewoon het.

Adv. *Suzman* se eksemplaar het ek nie ter insae gehad nie, maar die twee eksemplare, tans in Stellenbosch, natuurlik wel. In die eksemplaar wat lankal in die besit van die biblioteek is, staan die jaartal 1706 op die voorste skutblad, gevolg deur "*Notae et dictata Cl. Viri Ioannis Voet ad Introductionem Grotii, et praeterea non tantum notabiliores quaestiones practicae sed et variarum curiarum decisiones locorumque statuta varia adjecta sunt*". Die "*notae et dictata*" is klaarblyklik ouer as die jaartal in die opskrif en nie in dieselfde handskrif nie. In dieselfde handskrif as dié van die

opskrif kom daar wel aantekeninge voor wat klaarblyklik later toevoegings is. Die indruk wat die geheel skep, is dat iemand die eksemplaar van die *Inleidinge* (1647-uitgawe) van 'n student van Voet verkry het, met laasgenoemde se "*notae et dictata*" en toe die sogenaamde "*notabiliores quaestiones practicae*" en "*decisiones*" en "*statuta*" toegevoeg het, asook die jaartal 1706. Die toevoegings is in 'n slordige handskrif geskryf en soms op ingeplakte papier. Die geesdrif van die toevoeger het ook nie lank gehou nie en kom net in omtrent die eerste een-derde van die geheel voor. Nóg die student nóg die latere gebruiker lig ons in oor wie hulle nou juis was. Die eksemplaar wat in een stadium aan my behoort het, dra sonder datum die opskrif: "*Observationes ad H. Grotii Manudictionem* (sic – seker maar 'n skryffout van 'n student wat effens vaak was) *ex collegis Cl. Viri D. Johannis Voet, ex ore excerptae partim, partim, et maxima ex parte, a Cl. Viro dictatae*". Ook hierdie student gee geen aanduiding van wie hy nou juis was nie. Dit lyk darem of hy later as die student wat die eersgenoemde "*notae et dictata*" afgeneem het, aan Voet se voete gesit het, of miskien het hy net aandagtiger geluister na wat die "*clarissimus Vir*" "*ex ore*" meegedeel het. Voet se "*Dictata*" is hoegenaamd nie so omvangryk as dié van Scheltinga of Van der Keessel nie, en in die gevalle waarin ek in die loop van my werk as dosent en skrywer na die "*dictata*" gekyk het, het ek niks gevind wat nie in Voet se *Commentarius ad Pandectas* voorkom nie. Ek twyfel dus of die publikasie (en vertaling) van Voet se "*dictata*" op die *Inleidinge* vir die regsbedeling hier te lande noodsaaklik is.

Soos hierbo al aangestip, is die *Inleidinge* as 'n belangrike deel van hulle toerusting deur praktisyns aanvaar lank voordat dit as handboek gebruik is aan die Universiteit van Leiden. Groenewegen het in 1644 al 'n uitgawe van die *Inleidinge* gepubliseer met aantekeninge van sy eie, wat hy in later uitgawes uitgebrei het. In die voorwoord vertel Groenewegen dat hy die aantekeninge aanvanklik vir eie gebruik gemaak het, maar deur vriende en belangstellendes oorreed is om die aantekeninge te publiseer. In sy voorwoord tot sy uitgawe van die *Inleidinge* met sy aantekeninge vertel Schorer ook dat hy die aantekeninge vir sy eie nut en gerief aangelê het in verband met sy werk (hy was president van die Hof van (Staats-) Vlaanderen, met setel te Middelburg in Zeeland). Groenewegen en Schorer was egter nie die enigste mense wat dit gedoen het nie.

In 'n voetnoot op Van Leeuwen se *Censura Forensis*, 1.1.7.4, verwys De Haas na aantekeninge van Willem Goes op die *Inleidinge* in handskrif. Willem Goes (1611-1686) was 'n lid van die Hof van Holland (*De Blecourt* en *Meijers, Memorialen-Rosa*, bl. L). Dit is die enigste verwysing na Goes se aantekeninge wat ek raakgeloop het, en dit ook maar by toeval. In sy "*Preface*" tot sy "*Commentary*" op *De Groot se Inleidinge*, bl. VI, vertel professor Lee van 'n "*full manuscript commentary*" van ene Coster op die "*Inleidinge*": Roberts, *Bibliography*, verwys ook na Coster(us) en sy aantekeninge op die *Inleidinge*, en deel mee dat 'n eksemplaar daarvan in die biblioteek van die Appèlhof is. Ek het die handskrif nie ter insae gehad nie en ek kan my nie herinner dat ek al ooit 'n verwysing na Coster se aantekeninge in 'n uitspraak van die Appèlhof raakgesien het nie. Coster (1645-1735) het blykbaar 'n ruk as advokaat gepraktiseer, maar later verskeie ampte beklee in sy geboortestad Woerden.

Die biblioteek van die Universiteit van Stellenbosch besit 'n lywyge boek met aan-

tekeninge op die *Inleidinge*. Dit beslaan 720 folio-velle ingebind saam met 'n uitgawe van die *Inleidinge* met *Groenewegen* se aantekeninge, Amsterdam, 1706, gevolg deur 'n gedetailleerde register, apart gebind, wat nog 497 folio-velle beslaan. Die folio-velle in die hoofband is op weerskante beskryf in dubbel-kolom. Die aantekeninge en die register is in 'n baie netjiese en duidelike handskrif geskryf. Die werk dra geen datum of jaartal nie en ook geen aanduiding van wie dit gemaak het nie, behalwe die mededeling op die skutblad, in dieselfde handskrif, wat lui:

Haec non ut mea, quam quidem Aliis excerpta Trado, Nam Carpimus extremas
voces et Verba Priorum Priscorum, qui nunc Scribimus, Echo Sumus.

Die werk is klaarblyklik die gewrog van 'n praktisyn, wat rondom die *Inleidinge* en in aansluiting daarby 'n leidraad tot die literatuur oor die inheemse reg van sy tyd opgestel het. Uit die manier waarop dit weergegee word, wil dit voorkom of die opsteller dit netjies oorgeskryf het van aantekeninge wat vir hom toeganklik was, want die grootste gros van die aantekeninge is deurlopend in 'n egalige grootte geskryf. Later toevoegings kom wel voor, maar is selde verwysings na latere bronne. Dikwels word in die toevoegings bv. verwys na tekste uit die *Digesta*, terwyl in die hoofteks verwys word na werke soos *Barels* se "*Advysen*", die "*Rechtsgeleerde Observatien*" en "*Vervolg op de Hollandsche Consultatien en Advysen*". Ek gee nie voor dat ek die aantekeninge van hoek tot kant deurgelees het nie, maar ek kan my nie herinner dat ek verwysings daarin aangetref het na werke wat na 1785 gepubliseer is nie. Dit bevat egter 'n magdom van inligting en kan, sonder oordrywing, beskryf word as 'n omvattende "*digest*" van ons gemeenregtelike literatuur tot ongeveer die middel van die tagtigerjare van die agtiende eeu.

Die vraag wat onwillekeurig by mens opkom, is wie die man was wat homself so beskeie as 'n "*Echo*" beskryf. Hieroor kan mens maar net bespiegel, en dit op grond van "aanduidings" wat uiters vaag is. Ek vermoed dat die opsteller van die aantekeninge 'n juris was wat in Middelburg gepraktiseer het, of as regter daar doenig was. Eerstens word daar opvallend dikwels na die plaaslike reg ("*keuren*" en "*kostumen*") van Middelburg verwys. Dit skep die indruk dat die aantekenaar goed bekend was daarmee en besonder daarin belang gestel het. 'n Tweede stukkie "getuienis" is 'n los vel met 'n uittreksel uit die notule van die *Staten Generaal*. Die uittreksel, geskryf in dieselfde handskrif as die aantekeninge, bevat die besluit van die *Staten Generaal*, geneem op 7 Junie 1757, vir die wettiging van twee van *Baron Gustaaf Willem van Imhoff* se kinders wat hy by sy bywyf verwek het, terwyl hy Goewerneur-Generaal van Oos-Indië was. In die besluit word besondere voorsiening gemaak in verband met die vervreemding van grond wat aan die Baron behoort het en in Vlaandere geleë was. Waarom sou die aantekenaar byna 30 jaar later 'n uittreksel van die besluit gaan maak het? As hy dit net wou doen om wettiging "*door gunste van 's lands overheid*" (*Inl.* 1.12.9) te illustreer, sou hy tog seker daarna verwys het in sy aantekeninge op die betrokke passasie, maar hy doen dit nie. Kan dit wees dat daar in die jare tagtig van die agtiende eeu 'n proses of sprake van 'n proses oor die bepaling van die akte van wettiging ten aansien van die grond was? Indien wel, sou die Hof

van Vlaanderen, met setel te Middelburg, die bevoegde hof gewees het, en kon die aantekenaar as juris by die saak betrokke gewees het.

Selfs op die hipotese dat die aantekenaar 'n Middelburgse juris was, bly dit nog onseker wie hy nou juis was. Ons weet dat *Schorer* president van die Hof van Vlaanderen was en dat hy aantekeninge op die *Inleidinge* gepubliseer het, maar ek twyfel of *Schorer* die aantekeninge opgestel het. Waarom sou hy dit gedoen het en homself as 'n "*echo*" beskryf het? Bowendien is die aantekeninge ook nie geskryf in die styl van *Schorer* se gepubliseerde aantekeninge nie. *Schorer* betoog, terwyl die aantekenaar slegs verwysings opteken of aanhaal sonder kommentaar van sy eie. As dit nie *Schorer* was wat die aantekeninge opgestel het nie, kan dit miskien *J.E. Austen* wees? *Austen* (1754-1804), 'n "*praktiseerend advokaat te Middelburg in Zeeland*" het op versoek van *Schorer* en die uitgewers *Schorer* se aantekeninge, soos deur *Schorer* uitgebrei, in Nederlands vertaal. In die voorwoord tot die eerste band, gepubliseer in 1784, vertel *Austen* dat hy "(d)it onaangename, dit dorre" taak onderneem het terwille van diegene wat Latyn nie magtig is nie. Hy verduidelik verder dat hy daarmee geen lof of roem beoog het nie, want die enigste verdienste van 'n vertaler is dat hy "*de echo of weêrklank van den oorsprongelijken Schrijver is*"; en beklemtoon ook dat die vermeerdering van die aantekeninge "*geene vruchten van mijnen akker*" is nie, "*maar alleen aan die Heer Latijnschen Aanteekenaar haaren oorsprong schuldig zijn*". Niemand het kopiereg op die woord "*echo*" nie, maar dit lyk vir my nie te verge-sog om te vermoed dat die "*Echo*" van die manuskrip en die "*echo of weêrklank*" van die voorwoord een en dieselfde persoon is nie, nl. *J.E. 'Austen*.

Ek is wel deeglik bewus daarvan dat my vermoede aan 'n paar dun draadjies hang, en bes moontlik maar 'n hersenskim is. Hoe dit ook al sy, die manuskrip bevat meer verwysings na die praktykliteratuur as *Schorer* se vertaalde aantekeninge en die register is 'n baie meer gedetailleerde werk as dié van *Schorer* se aantekeninge. Dit is naas *Van der Keessel* se *Praelectiones* die uitvoerigste verwysing na ons gemeen-regtelike kenbronne waarvan ek kennis dra. Die geesdrif waarmee professor *Van Warmelo* hom beywer het om *Van der Keessel* se werke vir ons beskikbaar te stel, kan miskien iemand besiel om 'n jaar of twee te bestee aan "*Echo*" se aantekeninge op die *Inleidinge*.

Eindelik kan mens die vraag opper of daar nie nog meer aantekeninge op *De Groot* se *Inleidinge* êrens, en selfs in Suid-Afrika, rondlê nie. As *Groenewegen*, *Goes*, *Coster*, *Schorer* en "*Echo*" vir eie gebruik aantekeninge op die *Inleidinge* aangelê het, is dit nie ondenkbaar dat ander praktisyns dit ook gedoen het nie.

*Some Reflections on the Reception
of the ‘‘Proper Law’’ Doctrine
into South African Law*

AB EDWARDS

Professor of Legal History, Comparative Law and
Legal Philosophy, University of South Africa

Some Reflections on the Reception of the “Proper Law” Doctrine into South African Law

AB EDWARDS

The object of this essay is to examine some aspects of the “proper law” doctrine with reference to its role in private international law and, more particularly, its application in the choice of law affecting contracts. It is well known that the South African legal system is the product of an evolution with its roots in Roman law. Both practitioner and scholar alike will attest to the importance of Professor Paul van Warmelo’s efforts in tracing the historical antecedents of South African law. Not quite so well known, however, is the role which certain conceptions of English law have played in the development of the South African legal system. In particular, the influence of English judicial and juristic opinions has been far-reaching in certain areas of the South African private international law.

It is a pleasure indeed to be enabled to join in this tribute to Professor Van Warmelo and, in so doing, to achieve two things. First, to comment, albeit briefly, on one facet of the so-called reception of English law into South African law. Secondly, and hopefully, to make constructive suggestions *de lege ferenda* — a task which Paul van Warmelo has, on occasions, pursued with great gusto.

1. PREFATORY

On several occasions, in the last forty years or so, South African courts have used the expression: “proper law of the contract” to indicate the legal system which is applicable to an international contract as a whole, or, sometimes, to a particular issue in that contract.¹

For the purposes of this essay a contract, whether of sale, insurance, employment, or any other agreement creating obligations that may be housed under the all-encompassing label: “contract”, will be deemed to be “international” if it involves an element or factor which is non-South African. Such a foreign element may be determined by the fact that one of the parties, whether corporate or individual, is of a non-

1. *Joffe v African Life Assurance Society Ltd* 1933 TPD 189; *Berman v Winrow* 1943 TPD 213; *Pretorius & Another v Natal South Sea Investment Trust Ltd* 1965(3) SA 410 (W); and others discussed hereunder.

South African domicile or nationality; the *situs* of the *res vendita* may be in a foreign country; delivery may be effected by a foreign carrier, and so on.²

It is generally accepted that according to the principles of South African private international law (conflict of laws), as is the case in all other specialized systems of law, courts of law do not make reference exclusively to the forum court's domestic or internal law when seised of a contract involving a foreign element. Such an exclusive reference to the law of the forum (*lex fori*), as distinct from that country's conflict-of-laws rules, might give rise to solutions which are either unsatisfactory or unjust.

According to the classical conception of private international law (a tradition which spans some five centuries in Western legal development from Bartolus to Von Savigny) choice-of-law rules contain a necessary connecting factor or *Anknüpfungsmoment*. And it is these points of contact, along with the classificatory aspect of choice-of-law rules, which play a decisive role in selecting the appropriate legal system to decide the cause of action (*lex causae*).³ Connecting factors which feature prominently in the category of contractual obligations include: the domicile of the parties; the place of incorporation of a corporation; the intention of the parties; the flag of a ship; the place of making or performance of a contract; and the *situs* or situation of property.

This "classificatory approach"⁴ or "jurisdiction-selecting" technique⁵ is regarded, on high authority, as constituting an integral part of South African private international law.⁶ It is generally accepted by all those who adhere to this view of choice-of-law rules that such rules do not themselves directly solve problems involving a foreign element, but merely guide the lawyer in the choice of law to be applied to solve the dispute before him. In other words, choice-of-law rules lack material content and they serve merely as justification for the courts of the South African forum when they have to apply either South African substantive law or the principles of a foreign legal system, as the case may be.

Divergent views have been expressed with regard to the use of the term "proper law" by South African courts when they have sought to choose the legal system most appropriate for resolving the dispute before them. In other words, confusion and uncertainty surround the meaning and application of what was originally intended to serve as a convenient term for indicating which law should regulate the rights and duties of the parties to a contract containing a legally relevant foreign element. For instance, the proper law may be taken to mean the law prevailing at the place of con-

2. Lest the unwary believe that there is consensus among writers with regard to the basic concept: "international contract", see further GR Delaume "What is an International Contract?" (1979) 28 *ICLQ* 258.

3. See further AB Edwards "Choice of Law in Delict: Rules or Approach?" (1979) 96 *SALJ* 48 51-52.

4. M Hancock "Three Approaches to the Choice-of-Law Problem: The Classificatory, the Functional and the Result-Selective" *XXth Century Comparative and Conflicts Law* ed KH Nadelmann, AT von Mehren and JH Hazard (Leyden: Sijthoff, 1961) 367.

5. DF Cavers "A Critique of the Choice-of-Law Problem" (1933) 47 *Harvard LR* 173 178.

6. *Sperling v Sperling* 1975(3) SA 707(A) 716E-G; *Standard Bank of South Africa Ltd v Ocean Commodities Inc & Others* 1983(1) SA 276(A) 294.

tracting (*lex loci contractus*), or at the place of performance (*lex loci solutionis*), or the law by which the parties expressly or tacitly intended the contract to be governed, or, in contemporary times, the law of the country with which the contract is most closely connected.

There can be little doubt that the concept of the "proper law" was introduced into South African law from English practice;⁷ such fact serving as yet another example of the so-called "reception phenomenon".⁸ The process of receiving foreign rules of law, concepts, and doctrines into South African law has been considerably aided by judicial "borrowings"; a trend which started with the institution of the Cape Supreme Court (1828) and has continued intermittently ever since. In assessing the doctrine of the proper law of the contract in South African practice a look at its historical antecedents should prove instructive.

2. HISTORICAL BACKGROUND

Before commenting on the juristic basis of the South African choice-of-law rule(s) governing contractual obligations we must glance at both the views of the civilian commentators and the casuistic development of English law with regard to the proper law of the contract.

2.1 English Judicial Decisions

In the early decisions of the English courts affecting contracts the tendency was to apply the *lex loci contractus* to each and every case regardless of the contractual issue involved. This approach may be labelled as an *a prioristic* or doctrinaire one and undoubtedly owed its authority to the civilian writers. Huber, for example, tells us⁹ that contracts entered into in accordance with the law of the place where they are made are held good everywhere, subject to the exception that the sovereign of the receiving state is not bound to give effect to such an agreement if the state or its citizens are prejudiced thereby. However, Huber conceded that should the parties have had another place in mind, and here he was referring to the place where the contract was to be performed, then the *lex loci solutionis* would be decisive in determining the nature and substance of the obligation. In other words, the law of the place where the contract was entered into would not necessarily be applied.¹⁰ Huber sought to buttress his argument by relying on a text from the Justinianic law, namely *D* 44.7.21: *contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret se obligavit*. Paulus Voet is of the opinion too that where performance is to take place in another country,

7. *infra* 2.3.

8. See further WJ Hosten *et al* *Introduction to South African Law and Legal Theory* revised reprint (Durban: Butterworths, 1980) 198-202.

9. *Praelectiones Juris Romani et Hodierni* (II.1.3) (*De Conflictu Legum*) sub-title 5.

10. *id* sub-title 10.

the place where payment is due is regarded as to the effect and fulfilment of that contract.¹¹

Huber's influence is clearly to be seen in the English case of *Robinson v Bland*.¹² In this case Lord Mansfield said:¹³

The general rule established *ex comitate et jure gentium* is that the place where the contract is made, and not where the action is brought, is to be considered in expounding and enforcing the contract. But this rule admits of an exception where the parties at the time of making the contract had a view to a different Kingdom.

Robinson's case is regarded by most commentators (see *inter alios* Schmitthoff,¹⁴ Cheshire,¹⁵ Graveson,¹⁶ and Morris¹⁷) as the origin of the "proper law" doctrine in English practice. In this case we find the first intimation by the judiciary¹⁸ that a departure must be made, where necessary, from the application of the rigid or doctrinaire choice-of-law rule formulated on the *locus contractus*. In other words, attention should be paid to the intention of the parties if they had the law of another place in mind when they struck their bargain. At this stage it would appear that the presumed intention of the parties was held to play a role as an element in the choice of the locality whose law would regulate the contract. Simply put: if the law of the place where the contract was concluded was not to govern the contract then it would be governed by the law of the place where it was to be performed.

Reference to five English cases¹⁹ decided later in the 19th century will show how the concept of the proper law underwent further development. The English judges extended the ambit of the presumed intention of the parties. It was now used as an element in the *direct* choice of law regulating the rights and obligations of the parties under the contract. Lord Herschell, who moved the judgment of the House of Lords in *Hamlyn v Talisker Distillery*,²⁰ underlines the previous submission, as follows:²¹

Where a contract is entered into between parties residing in different places, where different systems of law prevail, it is a question . . . in each case, with reference to

11. *De Statutis* 9 2 12. See also J Story *Commentaries on the Conflict of Laws* 8th ed (Boston: Little, Brown & Co, 1883) s 280.

12. (1760) 1 W Bl 257.

13. at 258-9.

14. CM Schmitthoff *The English Conflict of Laws* 3rd ed (London: Stevens, 1954) 106.

15. PM North *Cheshire and North's Private International Law* 10th ed (London: Butterworths, 1979) 36.

16. RH Graveson "The Proper Law of Commercial Contracts as Developed in the English Legal System" *The Conflict of Laws and International Contracts* (Univ of Michigan, 1951) 2.

17. JHC Morris *The Conflict of Laws* 2nd ed (London: Stevens, 1980) 211.

18. It took hundreds of years before the common-law courts even considered any other law than English "at all relevant in a foreign commercial contract": Graveson *International Contracts* (1951) 7-8.

19. *Lloyd v Guibert* (1865) LR 1 QB 115; *P & O Steam Navigation Co v Shand* (1865) 3 Moo PC (NS) 272; *Re Missouri Steamship Co* (1889) 42 ChD 321; *Chatenay v Brazilian Submarine Telegraph Co* [1891] 1 QB 79; *Hamlyn v Talisker Distillery* [1894] AC 202.

20. [1894] AC 202.

21. at 207-8.

what law the parties contracted, and according to what law it was their intention that their rights either under the whole or any part of the contract should be determined. In considering what law is to govern, no doubt the *lex loci solutionis* is a matter of great importance. The *lex loci contractus* is also of importance . . . but neither of them is, of itself, conclusive, and still less is it conclusive . . . as to the particular law which was intended to govern particular parts of the contract between the parties. In this case, as in all such cases, the whole of the contract must be looked at and the rights under it must be regulated by the intention of the parties as appearing from the contract.

The concept of the proper law was soon to manifest itself in other areas influenced by English practice, notably Canada, the United States of America, Australia and, as we shall see, South Africa too.

The notion underlying the proper law is clear enough, but not so clear are the means to be used in ascertaining the proper law in a particular case. Neither is it clear, very often, to which of the elements of a contract it should be applied. Moreover, it should be clearly understood that the English judges did not use the term "proper law" as such until well into the 20th century. It is to the English text-writers that we must now turn for further elaboration concerning the historical antecedents of this term.

2.2 English Text-Writers

In the common-law sphere it is usual for legal theorists to make their appearance *after* the bench has given judicial expression to principles, rules, and doctrines of law, and then for them to construct their systems of law. In this case their task is largely one of synthesis. In the field of private international law, however, one very often finds that it is the academic writers who, with their penchant for theorizing, take the lead and considerably influence the direction of judicial opinion. Two commentators who made such a contribution to English practice were John Westlake (1828-1913) and Albert Venn Dicey (1835-1922).

As early as the third edition of his *Treatise on Private International Law* (1890) we find Westlake, in dealing with the competition between the *locus contractus* and "the truest seat of the transaction"²² as determinative of the proper law, saying:²³

[I]t may probably be said with truth that the law by which to determine the intrinsic validity and effects of a contract will be selected in England on substantial considerations; the preference being given to the country with which the transaction has the most real connection, and not to the law of the place of contract as such.

In arriving at his theory of "the most real connection" it should be noted that Westlake was undoubtedly influenced by the work of Von Savigny.²⁴ Besides paying particular attention to Von Savigny's interpretation of the Roman *forum contractus*, it would

22. *Treatise* (1890) 258.

23. *ibid.*

24. In particular vol 8 of his *System des heutigen römischen Rechts* (1849).

appear that Westlake's notion of the proper law of a contract as being "the truest seat of the transaction in question"²⁵ owed much to Von Savigny. For it will be remembered that Von Savigny sought always to fix a *seat* for each juristic act.²⁶ This "proper law of the act", ie the law of the seat of the juristic act, then determines the contents and consequences of the juristic act. It is but a short step, then, when speaking of contracts, to say that the law of the seat of the contract governs the contents and effect of that contract and that this seat is either the place where the contract was concluded or the place where the contract is to be performed. This is an attractive formula indeed, provided the place of contracting is not fortuitous and provided the contract is to be performed in one place only. One finds, addressing the realities of the situation, that modern international contracts are quite involved and preclude very often a mere choice between two places as *the* connecting factors *par excellence*, whose legal systems in turn, would be decisive.

Some six years after the appearance of Westlake's third edition, Dicey brought out his pioneering *Digest*.²⁷ He expressed his theory of the proper law in his famous Rule 143 as follows:²⁸

[T]he term 'proper law of a contract' means the law, or laws, by which the parties to a contract intended, or may fairly be presumed to have intended, the contract to be governed; or (in other words) the law or laws to which the parties intended or may fairly be presumed to have intended, to submit themselves.

If Westlake was the originator of the term "proper law of a contract", then Dicey certainly popularized the term; for his so-called "intention" theory or subjective view of the proper law of a contract soon gained recognition. For instance, his formulation was cited with approval in the first edition of *Halsbury's Laws of England* (1909).²⁹ Some years previously, it may be noticed, counsel had used Dicey's ideas on the proper law along with his terminology.³⁰ A decade later counsel used Diceyan terminology in *British South Africa Co v De Beers Consolidated Mines Ltd*,³¹ but the bench studiously avoided it.³² Not long afterwards, however, the Court of Appeal was converted to the Diceyan "proper law of the contract" in *In re Bonacina*.³³ By the thirties the Diceyan *Digest*³⁴ was in vogue in England and throughout the Empire.

At this point it will suffice to stress three things:

(i) On the theoretical plane the battle lines had been drawn between the objective theory of Westlake and the subjective view of Dicey.

25. *Treatise* 258.

26. Savigny *Private International Law* Guthrie transl (2nd ed. 1880) 133.

27. *A Digest of the Law of England with reference to The Conflict of Laws* (London: Stevens, 1896).

28. *id* 540.

29. vol 6 at 238.

30. *SA Breweries Ltd v King* [1899] 2 Ch 173 175 177.

31. [1910] 1 Ch 354.

32. Cf the formulation of Swinfen Eady J at 381.

33. [1912] 2 Ch 394 (CA) 404.

34. The fifth edition (1932) by Keith.

(ii) Dicey's emphasis on the intention of the parties to a contract did not receive its full testing until well into the third decade of the 20th century. It was to take some time before the courts would pronounce on an express choice by parties of a law unconnected with the realities of their contract ie where there was no connection with territorial points of contact.³⁵

(iii) Whilst the concept of the proper law had become entrenched in English practice its nature and ambit still awaited clarification. It was not yet clear, for instance, whether there could be several proper laws, whether too the proper law governs issues such as capacity, form, and the fact of consensus, or whether it is only of application after the contract has come into existence. It was clear, however, that there was now a movement away from the civilian belief that the contract had to be factually connected with either one or other of the traditional territorial points of contact, viz place of contracting or place of performance.

2.3 South African Judicial Decisions

Numerous reported decisions in the Southern African *rechtskringen* attest to the search, from roughly 1840 onwards, by the courts for the appropriate law to govern contractual matters involving a foreign element. It is beyond the compass of this essay to investigate all the cases. Thus all that can be attempted is an impressionistic treatment of the early developments in South Africa with regard to the choice of law in contractual obligations.

In *Livingston Syers & Co v Dickson, Burnie & Co*³⁶ one finds the Cape Supreme Court, when dealing with a foreign bill of exchange, noting that the *lex loci contractus* “is not an absolute and universally peremptory rule, but applies only in those cases, the circumstances of which are such as to infer a legal presumption that the parties intended that their contract should be ascertained and regulated by that law; and ceases to apply in any case in which the circumstances are such as to afford stronger grounds for presuming that the parties intended their contract to be ascertained and regulated by some other law, as for example by the *lex loci solutionis*”.³⁷

In recording this judgment for posterity, Menzies J did not bother to disclose the authority for his pronouncement. It seems probable, however, that he was relying on the traditional civilian approach to the so-called *lex loci contractus-solutionis* rule as elaborated by both Huber and the Voets³⁸, and publicised in English by commentators such as Burge and Story.³⁹ We do know that the works of both writers were available

35. It is beyond the scope of this essay to trace the development in English law on this point, see further *Tzortzis v Monark A/B* [1968] 1 All ER 949 951-2; *Vita Food Products Inc v Unus Shipping Co* [1939] 1 All ER 513 (PC) 521; *Re Helbert Wagg and Co Ltd's Claim* [1956] Ch 323 341; *Halsbury's Laws of England* 4th ed (London: Butterworths, 1974), vol 8 par 584.

36. (1841) 2 Menz 239.

37. at 243-4.

38. Paulus: n 11 *supra*; Johannes: *Comm ad Pand* 4.1.29.

39. *W Burge Commentaries on Colonial and Foreign Laws* 4 vols. (London, 1838); *J Story Commentaries on the Conflict of Laws* (Boston, 1834).

to the court at that time (1841) and were referred to in *Pappe v Home, Eager & Co and Bam's Executor*.⁴⁰

In the Cape Colony, some three decades later, clear moves towards the English authorities are to be found in the reported judgments dealing with the conflict of laws. For instance, in *Stewart v Ryall*,⁴¹ in an action to recover the purchase of certain shares, or for damages, De Villiers CJ said:⁴²

This leads me to a question . . . whether the Law of England or the Law of this Colony ought to guide the Court in the decision of this case. The ordinary rule is that the Law of the place where the contract was made ought to prevail in deciding the merits, subject, however, to the qualification, derived from the Civil Law, that a person is deemed to have contracted at the place where he has undertaken to perform his obligation (Dig.44.7.21). We find it accordingly laid down by *Voet* (Pand.4.1.29) that 'where a contract is to be performed not in the country where it was entered into, but in some other country, it is reasonable that the Law of the place of performance and not of the contract should be regarded; so that a contract may be dissolved according to the Laws of the country whose Laws regulate the performance of the contract.' The subject is fully discussed by *Bartolus* (Com. ad Cod. 1.1.1), *Paul Voet* (de Stat. ch. 2 s.9), *Story* (Confl. of Laws s. 280 et seq.), *Burge* (3 Com. p. 771) and a host of other writers, and their arguments do not need repetition . . . It must be admitted that some English cases are not quite consistent with the principles of the Civil Law to which I have referred, but I have not found a single case in which the law of the place of contract has been held to prevail, as against the law of the place where such contract was to be entirely performed. In *Lloyd v Guibert* (L.R. 1 Q.B. 112), Mr. Justice Willes said that 'it is generally agreed that the place where the contract is made is *prima facie* that which the parties intended, or ought to be presumed to have adopted, as the footing upon which they dealt, and that such law ought, therefore, to prevail in the absence of circumstances indicating a different intention; as for instance that the contract is to be entirely performed elsewhere.

Besides referring to the traditional or civilian approach for establishing the appropriate law of the contract we also find the court referring to the *Lloyd* case. And this case is generally regarded as a milestone in the development of the English proper law doctrine. In the *Lloyd* case neither the place of contracting nor the place of performing the contract of charterparty was decisive, and the proper law was held to be the law of the ship's flag.

Ten years later the influence of the "intention" theory propagated by Mr Dicey's newly published *Digest* may be demonstrated in *Searight & Co v Marchüssen*.⁴³ In this case, which concerned a contract of charterparty entered into in England between English merchants and a Norwegian shipowner, Innes, then a senior counsel at the Cape Bar, appeared for the plaintiff-holders of the bills of lading for the cargo. The case turned on the question whether the plaintiffs were liable to pay certain distance

40. (1841) 1 Menz 212 216.

41. (1887) 5 SC 146.

42. at 154-5.

43. (1897) 14 SC 94.

freight.⁴⁴ And this question could only be settled once it was decided which law was to apply; if it were the law of England then the distance freight was not payable, whereas by Norwegian law, the law of the flag, it was. Innes, relying on Dicey's *Digest*, and especially his example No 4 based on the judgment of the English Court of Appeal in *The Industrie*,⁴⁵ submitted that in the case where there had been no express choice of law by the parties then the law of the flag should govern only if the parties' intention could not be gathered from all the circumstances surrounding the making of the charterparty. And in Innes' view the terms of the charterparty showed that it was intended to be an English contract. In finding for the plaintiffs, De Villiers CJ, held that English law was applicable to the contract. First of all, he was directed by the Cape General Law Amendment Act⁴⁶ to apply English law to all matters concerning shipping and bills of lading. Secondly, he held, in effect, that the choice-of-law rule governing such a contract of charterparty was laid down in the judgment of *The Industrie*.⁴⁷ And this rule took clear account of the intention of the parties.

It will be instructive now to glance at three decisions given in the Colony of the Transvaal at the turn of this century. In *Mitchell, Cotts & Co v Commissioner of Railways*⁴⁸ we find Innes, now Chief Justice of the Transvaal, having to decide on the *lex causae* of a foreign contract of charterparty. Following English practice, and clearly influenced by the persuasive authority of Dicey's *Digest*, he held that the law which should determine the effect of the contract was to be established by looking at its terms. And, from these terms, he was in no doubt whatsoever that the contract was intended to be an English one⁴⁹ and, therefore, vis-à-vis the court of the Transvaal forum, a foreign one. This approach contrasts strongly with that of a full-bench decision (Bale CJ, Beaumont and Dove Wilson JJ) in the Colony of Natal, where in *Dickinson & Fisher v Arndt & Cohn*⁵⁰ the court assumed, without further ado, that a contract containing foreign elements should be construed according to the *lex fori*.

In the *Mitchell Cotts* case, then, one may, in the terminology of Dicey, say that the proper law of the contract (of charterparty), if not expressly chosen by the parties, has to be determined by the intention of the parties as gathered from the terms of the agreement. It is apparent that Innes CJ was taking judicial notice of English law⁵¹

44. at 101.

45. [1894] P 58.

46. No 8 of 1879.

47. [1894] P 58.

48. 1905 TS 349.

49. "There are expressions in this contract which are peculiar to the English law. The charter-party was what is known as a pitchpine charter, such as is generally entered into by British steamers engaged in the timber trade. It is true that it was executed at Pensacola, but it contains expressions peculiar to the English law — such as 'King's enemies'. If the contract had been made subject to American law, that expression would have been meaningless. Reliance was placed upon the fact that a clause in the charter-party embodies one of the Acts of Congress. Had it been an American contract there would have been no reason for embodying an American statute, and the fact that one was so incorporated goes to support the view that this was intended to be an English contract": (at 355-6).

50. 1909 NLR 172.

51. "[I] think the terms of the charter-party show that it was intended to be an English contract, and

and, furthermore, he was clearly aware of the international aspect of that branch of the law known as private international law.

At much about the same time as the *Mitchell Cotts* case was decided in the Transvaal Supreme Court, Bristowe J, then fifth puisne judge in the judicial hierarchy of the Transvaal, was to give even greater publicity to the English theoretical approach employed in the choice of law governing contractual obligations, when he remarked in the Witwatersrand High Court:⁵²

It has been held in several cases in England . . . that the rights and obligations of the parties under a personal contract are governed by what Mr Dicey calls the proper law of the contract, which means not the law of the *locus contractus*, but the law with reference to which the parties intended to contract.

Prior to the formation of the Union of South Africa it is clear that the courts of the Cape Colony, the Transvaal and Natal⁵³ were all in agreement regarding the operation of the so-called *lex loci contractus-solutionis* rule. Innes CJ gave the clearest expression to this rule, saying:⁵⁴

[T]here is a general rule, embracing a large number of cases, to the effect that where a contract is entered into in one place to be performed at another, the validity of the contract, and the nature and extent of the obligations created by it are to be governed by the law of the place of performance.

However, it was not until 1924 that the English “intention” approach to the determination of the law which should govern an international commercial contract was introduced into South African legal practice.

It was in the leading case of *Standard Bank of South Africa v Efroiken and Newman*⁵⁵ that the thinking behind the English concept of the proper law may fairly be regarded as having been received into South African private international law. After enunciating the *lex loci contractus-solutionis* rule De Villiers JA went on to say:⁵⁶

At the same time it must not be forgotten that the intention of the parties to the contract is the true criterion to determine by what law its interpretation and effect are to be governed (*Spurrier v La Cloche*, 1902, A.C. 446). But that also must not be taken too literally, for, where parties did not give the matter a thought, courts of law have of necessity to fall back upon what ought, reading the contract by the light of the subject-matter and of the surrounding circumstances, to be presumed to have been the intention of the parties.

As reference to the judgment will show, De Villiers JA relied on the line of English decisions which Dicey, in turn, had relied upon in the formulation of his “intention”

according to English decisions we are justified in looking at those terms in deciding what law should govern”: n 48 *supra* at 355.

52. *Ferraz v D’Inhaca* 1904 TH 137 143.

53. See eg *The Castle Mail Packets Co v Mitheram and Toteram* (1892) 13 NLR 80 read with 203.

54. *Hulscher v Voorschotkas voor Zuid-Afrika* 1908 TS 546.

55. 1924 AD 171.

56. at 185.

theory of the proper law of the contract. In a nutshell, South African law had received into its midst the concept of the proper law of the contract, though not by that name, from the English legal theorists. It is interesting to note that Graham Mackeurtan, who appeared for the appellant in the above case, also cited Dicey's *Digest* (2nd ed) in his list of authorities.⁵⁷ However, Mackeurtan studiously avoided an enunciation of Dicey's theory and relied, instead, on "the law of the Civilians".⁵⁸ This should not surprise us, for a few years earlier Mackeurtan had stated that it was "the duty of every South African lawyer to see (as far he can) that the Roman Dutch system . . . is in no way obscured in its practical application by undue reliance upon authorities other than our own".⁵⁹

It was not until the thirties that the South African judges started using the term "proper law of the contract" with any degree of frequency. Without going into a discussion of the *use* to which the concept of the proper law was employed it is interesting to notice the following three cases. In *De Wet v Browning*,⁶⁰ Greenberg J, in considering counsel's citation of authorities regarding the proper law of a contract of sale of land, remarked that 'very few of those authorities are of much assistance on the question as to what is the proper law of the contract in a case such as the present'.⁶¹ A few years later, in the same division of the Supreme Court of South Africa, Solomon J held that the expressly chosen proper law of a contract of insurance was not decisive in the particular instance, since the debt due on the policy was dischargeable in the currency of the country where the debt was payable.⁶² In other words, the *lex loci solutionis* determined the mode of performance. Then, in *CIR v Estate Greenacre*,⁶³ Matthews AJP, whilst seized of a marriage settlement under a foreign antenuptial contract, had cause to consider, *inter alia*, the contention of counsel for the excipient⁶⁴ that the proper law of the contract was English law.

Nearer contemporary times Trollip J, as he then was, came to refer to the concept of the proper law of the contract as evidencing "modern terminology".⁶⁵ As we have seen, however, the term has been in use since Queen Victoria's day.

3. THE ASCERTAINMENT OF THE PROPER LAW OF A CONTRACT IN SOUTH AFRICA

No better text may be selected for introducing an exposition on the ascertainment of the proper law of a contract than the following dictum. In *Guggenheim* Trollip J said:⁶⁶

57. *id* at 173.

58. *ibid*.

59. *The Sale of Goods in South Africa* (Juta, 1921) preface.

60. 1930 TPD 409.

61. at 411.

62. *Joffe v African Life Assurance Society Ltd* 1933 TPD 189 197.

63. 1936 NPD 225.

64. Namely Mr Mackeurtan (at 229). He had now become reconciled to the use of the English doctrine of the proper law.

65. *Guggenheim v Rosenbaum* (2) 1961(4) SA 21 (W) 30.

66. at 31.

According to English and our law the proper law of the contract is the law of the country which the parties have agreed or intended or are presumed to have intended shall govern it; and in the case of a contract concluded in one country to be performed in another, then in the absence of an express term or any other indication to the contrary, it can be presumed that the proper law is the law of the latter (*lex loci solutionis*).

Two important considerations flow from a study of this dictum. First, why did the judge find it necessary to emphasize the nexus between “our law” and “English law”? The South African private international law is certainly not the same as the law of England.⁶⁷ Yet, as we have seen, because of historical factors, South African law has been influenced by the law of England. Thus, *pace* Mackeurtan, South African judges have found it necessary, in the field of international contracts especially, to rely heavily on English international commercial practice for guidance in shaping their choice-of-law rules. In this connection the dictum of Van den Heever J, as he then was, is instructive:⁶⁸

Ons word natuurlik nie deur die Engelse Jurisprudensie gebonde nie maar [ons] kan dit waar dit oortuig as *ratio scripta* aanvaar.

The abovementioned judicial dicta serve as a reminder to us that developments in English private international law may be consulted with profit. However, one must not take this observation as an open invitation to regard the commentaries of Cheshire, Morris *et al* as being authoritative in South African law. Their comments are of persuasive value only. And this is the case regarding English decisions too.

In the second place the dictum of Trollip J poses three possibilities in the ascertainment of the proper law of a contract. And here, for ease of exposition, we shall confine our attention mainly to a consideration of the written international commercial contract, if for no other reason than *Efroiken*, the leading case in South Africa, is an example of such a contract. First of all, the parties to the contract may have “agreed” that the law of X will govern their contract; this is clearly a case of *express intention*. Secondly, the tacit or implied intention of the parties may be gathered from the terms of the contract itself. They “have intended” that the law of X will be decisive. Here we are dealing with a case of *inferable intention*. Thirdly, the parties may not have chosen a law to govern their contract and none may be inferred from the terms of their contract. To which law then should their contract be subject? In Judge Trollip’s view, and he was merely giving a *précis* of the decision in the *Efroiken* case,⁶⁹ that law is the one which the parties are “presumed to have intended shall govern (their contract)”. Here, according to Trollip J, we are dealing with the *presumed intention* of the parties.

67. Little weight should be attached to the somewhat loose observation that there is “little difference between the law of South Africa . . . and the law of England in the field of private international law”: RW Lee *An Introduction to Roman-Dutch Law* 5th ed (Oxford, 1953) 450.

68. *Pretorius v Pretorius* 1948(4) SA 144 (O) 149.

69. See especially the judgment of De Villiers JA at 185.

It is readily apparent that the term "intention" forms the centrepiece of the abovementioned dictum and, moreover, the matter before us divides itself into two major categories: (i) Where the parties made an express or tacit choice of law; (ii) where the parties did *not* make an express or tacit choice of law.

3.1 The Presence of an Express or Implied Selection of the Proper Law

The subjective theory or "intention" theory is clearly evident in the rule that the parties may choose the proper law to govern their contract. It is generally held that the so-called "intention" theory owes its origin to Dumoulin (1500-1566) who taught that the expressed or implied will of the parties should be decisive.⁷⁰ This point of view may possibly have influenced Voet who says⁷¹ that the provisions of *statuta mixta*, ie those relating to the conclusion of contracts, drawing of wills, and so on, may be departed from if:

- (i) the statutes do not relate to the public interest, and,
- (ii) where they do touch on private interest, provided no prohibitory or mandatory provision is transgressed.

In other words, where the statutes contain no prohibition, but simply dispositions of what appears to be in the interest of private persons, then the intention (*express* or *implied*) of the contracting parties thereto is the decisive factor. Some time later Von Savigny added impetus to the intention theory with his contention that the forum of the obligation coincides with its true seat, both in turn depending upon the voluntary submission of the parties to the local law. This submission is usually by a tacit declaration of will, but must always, he averred, be excluded by an express declaration to the contrary.⁷²

3.1.1 *Express and implied stipulation differentiated*

South African courts have long recognised that at the time of making the contract the parties may expressly select the system of law by which it is to be regulated.⁷³ Usually parties employ terminology which indicates that the whole contract is governed by a particular legal system. Examples of such clauses would include: "this contract shall be governed by the law of England" or "this agreement is to be construed in accordance with English law". In the case of an implied selection of a particular legal system as the proper law, however, one finds that it will be held to govern the contract only if it appears from the terms of the parties' agreement that it is the stipulated proper law. A frequently quoted example of an implied or tacit choice of

70. See eg Cheshire-North *Private International Law* (1979) 21.

71. *Comm ad Pand* 1.4 (app) 18 19.

72. See *Private International Law* (Guthrie's translation) (1880) 198.

73. *In re 'Ernestine'* (1895) 12 SC 27; *Searight & Co v Marchüssen* (1897) 14 SC 94; *Joffe v African Life Assurance Society Ltd* 1933 TPD 189; *Commissioner for Inland Revenue v Estate Greenacre* 1936 NPD 225; *Federal Development SA (Pty) Ltd v Fienberg* 1967(1) PH A9 (N); *Premier Wire and Steel Co v Maersk Line* 1969(3) SA 488(C); *Polysius (Pty) Ltd v Transvaal Alloys (Pty) Ltd* 1983(2) SA 630(W); *Transvaal Alloys (Pty) Ltd v Polysius (Pty) Ltd* 1983(2) SA 630(T).

law relates to the use of an arbitration clause.⁷⁴ It has been claimed that the mere presence of such a clause in an international contract provides evidence of an implied choice of law. In other words, reliance is placed on the adagium *qui elegit iudicem elegit ius*. In the English case of *Tzortzis v Monark Line A/B*,⁷⁵ for instance, it was held that the parties, by choosing London as the place of arbitration, had implicitly chosen the law of England as the proper law of the contract. However, this is no longer sound law, for in the *Tunisienne*⁷⁶ the House of Lords decided that the presence of a clause, providing for arbitration in London in a contract with substantial foreign connections, which fails to choose the proper law expressly does *not* give rise to a conclusive inference that the law of England was intended to apply.⁷⁷

3.1.2 *Incorporation of the provisions of a particular law and the stipulation of the proper law differentiated*

It is to be observed that a distinction should be drawn between the incorporation into an international contract of the substantive provisions of a foreign law, on the one hand, and the stipulation of a foreign legal system as the proper law of that contract, on the other. For instance, parties to a South African contract of insurance may incorporate the relevant provisions of an English statute into their agreement. In this case, the English statutory rules become terms of the contract (it is a shorthand method of expressing the agreed terms) which as a whole remains governed by South African law. However, where parties choose English law as the proper law of the contract then English law is to be applied, as it exists from time to time, and changes in that law, between the date of the contract and the time of any subsequent action on the contract, must be taken into account. Contrariwise, where foreign rules have been incorporated as terms into the contract then they are interpreted as they existed at the date of incorporation. And, it should be noted, South African law as the proper law will decide whether this method of expressing the agreed terms is permissible or not.

3.1.3 *Limitations on the autonomy of the parties' will*

In the *Efroiken* case⁷⁸ De Villiers JA remarked:⁷⁹

[T]he intention of the parties to [a] contract is the true criterion to determine by what law its interpretation and effects are to be governed,

and he stressed that whereas the *lex loci contractus* and *lex loci solutionis* are both to be regarded as being of great importance, nevertheless, neither is conclusive, for

74. Other relevant factors would include eg the legal terminology in which the contract is drafted, the nature and location of the subject matter of the contract, and the use of particular language. See further in this connection n 49 *supra*.

75. [1968] 1 All ER 949.

76. *Compagnie d'Armement Maritime SA v Compagnie Tunisienne de Navigation SA* [1971] AC 572.

77. *id* esp at 584 600.

78. 1924 AD 171.

79. at 185.

it is always open to those entering into a contract to "indicate by the terms which they employ, which system of law they intend to be applied to the construction of the contract and the determination of the rights arising out of it".⁸⁰

Now the above case concerned a contract where no express choice was in fact made. It would appear, however, that we have a dictum at appeal-court level in support of the principle of the autonomy of the parties when their will is expressed in writing. As already noticed, courts in the Southern African sphere have long recognised an express choice of law. In comparatively recent times one may point to *Federal Development SA (Pty) Ltd v Fienberg*⁸¹ and *Premier Wire and Steel Co Ltd v Maersk Line*.⁸² In the former case the court accepted the right of contracting parties to insert a clause in their agreement whereby the resulting contract for building construction in South Africa was to be governed by the law of England. When a dispute arose the court duly acted on this choice of the proper law and investigated exhaustively the English law of contract which had a bearing on the dispute. In fact the court reached its decision on the basis of the English law of common mistake. In the latter case the court also enforced an express choice of law.

It is not immediately clear, however, what limits, if any, should be imposed on the autonomy of the parties' will. The Old Authorities do not help us in this matter. It appears, for example, from a reading of Huber's *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt*⁸³ that although the parties to a contract may have been permitted a choice of law it was nevertheless restricted to an election between the legal systems with which their contract had points of contact, ie a choice between the *lex loci contractus* and the *lex loci solutionis*.

It may be argued that *prima facie* parties have almost complete party autonomy; the only restriction seemingly on free choice of law being that which relates to the matter of contractual capacity. For example, with regard to the parties' right to substitute the *lex loci solutionis* for the *lex loci contractus*, Innes CJ said in *Hulscher's* case:⁸⁴

[T]hat assumes that the parties to the contract are capable, at the place where they contract, of entering into a binding agreement at all. If either of them is incapable of contracting at the time, he is incapable of agreeing that any other law than that of the place where the contract is made should regulate the validity and extent of the obligation.

In another jurisdiction Judge Learned Hand (Federal Justice of the US Supreme Court) had this to say about mutual promises acquiring the force of law:⁸⁵

[A]n agreement is not a contract, except as the law says it shall be, and to try to make

80. *id* at 186. My emphasis.

81. 1967 1 PH A9 (N).

82. 1969(3) SA 488 (C).

83. I.3.52

84. 1908 TS 542 546.

85. *Gerli & Co v Cunard SS Co* (1931) 48F (2d) 115 117.

it one is to pull on one's bootstraps. Some law must impose the obligation, and the parties have nothing whatever to do with that; no more than whether their acts are torts or crimes.

In South Africa it would appear that a firm distinction is drawn between, on the one hand, the creative factors of a contract, such as the formation of the contract, formalities, and the capacity of the parties, and, on the other hand, the regulation of the subsequent rights and duties flowing from the contract once it has been born. The adoption of such a standpoint means that there will always be a system of law which oversees the parties' agreement and enforces their intention. Of course those in favour of absolute autonomy maintain that the *lex voluntatis* which controls the parties' choice forms part of the private international law of all countries. They are saying, in effect, "if [for argument's sake] English law allows parties to submit themselves to a certain law, it is this very system, e.g. the English, which enforces their submission."⁸⁶

In summary, a consideration of the express selection of the proper law raises three important issues. First, one is brought face to face with a consideration of the basis of contractual obligation. That is to say, are there not matters which fall outside the purview of the contractual will of the parties? Secondly, one shall have to consider what role the *ius cogens* plays in determining the measure of autonomy which the parties are to be allowed to exercise. Thirdly, must the selected proper law disclose some real connection with their contract? Alternatively stated: may the parties select as the proper law the law of a country which has no substantial connection with their contract? However, as the thrust of this essay is directed at examining the practice of courts in issues touching on contractual obligations where no express or tacit choice of law has been made by the parties, the issue of party autonomy, and the limitations thereon, will not be canvassed further.⁸⁷

3.2 The Absence of an Express or Implied Selection of the Proper Law

In this case, contemplated by Trollip J in *Guggenheim*, the court is enjoined to determine what the *presumed intention* of the parties was to the law governing their contract. And, as we have seen, the basis of the court's choice-of-law rule is to be found in the dicta expressed by De Villiers JA in the *Efroiken* case. This formula, it must be stressed, was based on the English approach to the ascertainment of the proper law of a contract; an approach current in English practice during the twenties of this century and based on the Diceyan "intention" theory. Despite an observation by Margo J to the contrary, South African law no longer "coincides with the English law"⁸⁸

86. See FA Mann "Proper Law and Illegality in Private International Law" (1937) 18 *BYIL* 97-98.

87. For recent developments in this regard, see *International Encyclopaedia of Comparative Law* ed K Lipstein (Tübingen, 1976) vol 3 ch 24 23-46; arts 3(3), 5, 6, 7 and 16 EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980) and cf *American Restatement 2d (Conflicts)* vol 1 comments a-g 561-9.

88. *Cargo Motor Corp Ltd v Tofalos Transport Limited and Another* 1972(1) SA 186 (W) 196H.

with regard to the determination of the proper law of a contract; for, in England the "traditional solution"⁸⁹ which imputes an intention to the parties is no longer followed. Indeed, it is submitted, with respect, that South African law, unlike the English law in this field, has not undergone very necessary modifications. It admits of little doubt that the judges in the provincial divisions of the Supreme Court of South Africa will regard themselves "bound by the rules laid down in *Efroiken's* case."⁹⁰ And it is submitted, with respect, that these "rules" do not foster a satisfactory resolution of today's conflicts problems.

Before considering the current South African case law, meagre as it is, let us turn to a consideration of the highlights in the development of the English proper law of the contract doctrine.

3.2.1 *An overview of English notions on the concept of the proper law from the late thirties to the present*

In the late thirties the influence of Dicey and his *subjective* approach lingered on and, where no express or inferable intention was to be found, the English courts proceeded to ascribe to the parties a presumed intention as to choice of law. Lord Atkin held⁹¹ that "the intention will be presumed by the Court from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances". The rule was formulated more strongly in the *Mount Albert* case as follows:⁹²

The parties may not have thought of the matter at all. Then the Court has to impute an intention or to determine for the parties what is the proper law which, as just and reasonable persons, they *ought* or *would have* intended if they had thought about the question when they made the contract.

It is clear that the courts were working with a legal fiction and it is also apparent that there was a divergence in the presumed intention doctrine. For should the court attempt to presume what *those particular parties* would have decided (the approach of Lord Atkin) or what *reasonable persons* ought to have intended in the circumstances of the case (the *Mount Albert* approach)? Admittedly the second dictum represents a move towards an *objective* formulation. Yet the use of the words "ought" and "would have" still clouds the issue. The first implies an objective approach and the second a subjective one. Both of these dicta are misleading. Furthermore, representative as they are of the doctrine of presumed intention, they also involve the use of rebuttable presumptions of intention. From the time of *Lloyd's* case⁹³ the English courts had relied on certain *prima facie* rules "stated as *prima facie*

89. *per* Grosskopf J *Improvair Cape (Pty) Ltd v Etablissements Neu* 1983(2) SA 138 (C) 145F.

90. *Improvair* at 147B. For an attempt at arguing away the binding authority of *Efroiken*, see AB Edwards *Tofalos*-case discussion (1973) 36 *THRHR* 433 434-5.

91. *R v International Trustee* [1937] AC 500 529.

92. *Mount Albert Borough Council v Australasian Temperance and General Mutual Life Assurance Society Ltd* [1938] AC 224 240. My emphasis.

93. (1865) LR 1 QB 115.

presumptions”⁹⁴ in their search for the proper law. As we have seen the primary presumption was in favour of the *lex loci contractus*. However, other presumptions pointed to the *lex loci solutionis*, where the contract was to be performed elsewhere; to the law of the ship’s flag, in contracts of affreightment; to the *lex situs*, in contracts involving immovables; to the law of the place where arbitration was to take place.

In contradistinction to the abovementioned *subjective* approach there were authors who spoke out in favour of *objective* considerations. *Cheshire*, following in the footsteps of Westlake, has consistently advocated the objective approach in determining the proper law. This approach recommends, in effect, the imposition on the contracting parties of an intention which they as reasonable men of business should, in the light of the surrounding circumstances, have formulated at the time. *Cheshire*, in advocating a theory of localisation, says:⁹⁵

[T]he localization [of the contract] will be indicated by the grouping of its elements as reflected in its formation and its terms. The country in which its elements are most densely grouped will represent its natural seat and the law to which in consequence it belongs.

With regard to judicial decisions, evidence of a move towards an objective approach in the fifties is to be discerned in *The Assunzione*⁹⁶ where Singleton LJ adopted⁹⁷ the already discussed *Mount Albert* dictum, but with the significant deletion of the words “or would”; this was clearly a move towards an objective formulation. At much about the same time the Privy Council, perhaps regarding reference to the presumed intention as redundant and a step which did not advance the court’s reasoning, produced what is known as the *Bonython* formulation. Lord Simonds declared⁹⁸ that the proper law of a contract where there is no express or inferable choice is simply “the system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction has its closest and most real connection”. This Privy Council decision was subsequently given the seal of judicial approval for England by the majority of their lordships in the appeal case *In Re United Railways of Havana and Regla Warehouses Ltd.*⁹⁹

It was left to Lord Justice Megaw to point out in *Coast Lines Ltd v Hudig & Veder Chartering NV*¹⁰⁰ that once the actual intention of the parties with regard to the proper law is neither expressed in, nor inferable from, the terms of the contract, then the earlier part of the *Bonython* formula, viz “the system of law by reference to which the contract was made”, is no longer of application. Thereafter the latter part of the formula becomes decisive and the closest connection must now be sought in relation to the “transaction” which means that “more importance is to be attached to what

94. *per* Lord Wright in *Mount Albert* case [1938] AC 224 240.

95. *Cheshire-North Private International Law* (1979) 197.

96. [1954] P 150.

97. at 175.

98. *Bonython v Commonwealth of Australia* [1951] AC 201 (PC) 219. See also text at n 127 *infra*.

99. [1961] AC 1007.

100. [1972] 1 All ER 451 (CA).

is to be done under the contract — its substance — than to considerations of the form and formalities of the contract . . .".¹⁰¹

The attitude of most, if not all, English authors apropos the proper law is reflected today in *Dicey-Morris* which states that it "is the system of law by which the parties intended the contract to be governed, or, where their intention is neither expressed nor to be inferred from the circumstances, the system of law with which the transaction has its closest and most real connection".¹⁰² It is ironical indeed that an objective formulation (with regard to cases where no express choice of law has been made) reposes now in the textbook founded by the arch-apostle of the subjective approach: Albert Venn Dicey. It should be noted, however, that English judges have on occasion dispensed with the parties' intention even *objectively* considered. For example, in the early seventies, Lord Denning, then Master of the Rolls, had this to say:¹⁰³

In order to determine the proper law of the contract, the courts at one time used to have a number of presumptions to help them. Now we have to ask ourselves: what is the system of law with which the transaction has the closest and most real connection? This is not dependent on the intentions of the parties. They never thought about it. They had no intentions on it. We have to study every circumstance connected with the contract and come to a conclusion. This new test is all very well. It is often easy to apply. But, there are sometimes cases where it is quite indecisive. The circumstances [in the instant case] do not point to one country only. They point equally to two countries or even to three. What then is a legal adviser to do? What is an arbitrator or judge to do? Is he to toss up a coin and see which way it comes down? Surely not. The law ought to give some help. It ought to provide a pointer to a solution, *if only as a last resort*. One such pointer is that, in a contract of charterparty, other things being equal, the law of the ship should govern: see *Lloyd v Guibert* (1865) L.R. 1 Q.B. 115 and *The Assunzione* (1954) 1 All E.R. 278 at p.300.

Following two important appeal cases, namely, *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd v James Miller & Partners Ltd*¹⁰⁴ and *Compagnie Tunisienne de Navigation SA v Compagnie d'Armement Maritime SA*,¹⁰⁵ it became clear that the *Bonython* formulation could no longer be accepted indisputably as the positive rule of English law on the matter. It is apparent that there had been a regression from the position of certainty seen in *Bonython* and the rule enunciated in the tenth edition of *Dicey-Morris*.¹⁰⁶ For example, in *Whitworth* the House of Lords was not only divided 3-2 over the governing proper law, but it was also divided over the method to be employed in determining such a proper law. In this case an English company (*Whitworth*) owned premises in Scotland which they wished to convert into a bonded warehouse. This company then entered into an agreement with a Scottish company (*James Miller*) for them to do the work of conversion. The parties' agreement was duly for-

101. *id* at 457-8.

102. *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* 10th ed (1980) 747.

103. *Coast Lines Ltd v Hudig & Veder Chartering NV* [1972] 1 All ER 451 (CA) 455.

104. [1970] AC 583.

105. [1971] AC 572.

106. See text at n 102 *supra*.

mulated in writing on the standard form provided by the Royal Institute of British Architects. Disputes having arisen between the parties they resorted to arbitration in pursuance of the arbitration clause contained in the RIBA form. It will suffice to note here that in deciding the appeal (which they all upheld) their lordships found it necessary to establish the proper law of this contract; for such proper law had neither been expressly nor tacitly chosen by the parties. The majority of the house (Lords Hodson, Guest and Dilhorne) decided on English law as the proper law and the minority (Lords Reid and Wilberforce) opted for the law of Scotland. The lack of judicial unanimity regarding the determination of the proper law becomes more apparent when it is realised that Lord Reid¹⁰⁷ favoured the test of "the closest and most real connection" (*Bonython* formulation) and Lord Wilberforce harked back to the "intention" theory, saying:¹⁰⁸

[O]nce it was seen that the parties had made no express choice of law, the correct course was to ascertain from all relevant contemporary circumstances including, but not limited to, what the parties said or did at the time, what intention ought to be imputed to them on the formation of the contract.

Turning now to a consideration of the methodology employed by the majority, one finds a reference in Lord Hodson's speech both to the *Bonython* formulation and to the "intention" theory where he says, in the one breath, that "the proper law falls to be determined as that with which the transaction has its closest and most real connections",¹⁰⁹ and in the other that (in the absence of an express or tacit choice by the parties) "the court must act on the evidence before it and fix the presumed intentions of the parties as best it can".¹¹⁰ Viscount Dilhorne comes down in favour of the *Bonython* formulation,¹¹¹ but Lord Guest's approach is not as clearly evidenced as that of his fellow judge. He merely says that there are very strong factors either way and that he is "not disposed to differ from the majority of your Lordships who think that the proper law of the contract is English".¹¹²

In this writer's opinion the *Bonython* formulation found favour with the majority of their lordships, but the difficulty they experienced, in deciding which of the "very strong factors" (eg the contract was made and to be performed in Scotland; its subject-matter was land situated in Scotland; it was couched in English form) could be regarded as decisive for establishing the legal system which had the "closest connection" with the contract, is patently obvious.

In the *Tunisienne*¹¹³ matters were somewhat clarified. In this case which concerned a contract of affreightment, made in France between a Tunisian company and French shipowners, a clear majority of the House (Lords Reid, Morris of Borth-Y-Gest, and

107. *Whitworth* [1970] AC 583 603-4.

108. *id* at 614-5.

109. *id* at 605.

110. *id* at 606.

111. *id* at 611.

112. *id* at 608.

113. n 105 *supra*.

Diplock) came out firmly in support of the *Bonython* formula.¹¹⁴ However, Lord Wilberforce, as in *Whitworth*,¹¹⁵ was content to remain with the criterion of the "inferred intention".¹¹⁶ Viscount Dilhorne, somewhat surprisingly in view of his speech in *Whitworth*, proceeded to ally himself with the opinion of Lord Wilberforce.¹¹⁷

In the aftermath of *Whitworth* and *Tunisienne* English courts continued, in the absence of an express or tacit choice of law, to regard the proper law of an international commercial contract as being given by that system of law with which the particular transaction before the court had the closest and most real connection.¹¹⁸ But, as Lords Reid and Wilberforce indicated in *Whitworth*,¹¹⁹ when a contract has connections with different legal systems or countries a considerable difference of judicial opinion arises when the court must decide which "factors"¹²⁰ or "indicia"¹²¹ are to be regarded as decisive. Indeed, very recently, we have been provided with further confirmation of Lord Wilberforce's viewpoint in the latest House of Lords pronouncement on the proper law doctrine. In *Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co*,¹²² a case dealing with an international contract of marine insurance lacking a choice-of-law clause, Lord Wilberforce refers again to the *modus operandi* employed in ascertaining the proper law. Stating that there was no basis (on the available facts) "for inferring, as between the parties to this contract, an intention that the contract should be governed either by English law or by the law of Kuwait",¹²³ his lordship held that "the classic process of weighing the factors must be followed, with all the difficulties inherent in the process",¹²⁴ to establish "the system of law with which the contract has its closest and most real connection".¹²⁵ One thing is clear from the above: factors considered as relevant in fixing the closest connection must be ascertained at the time the contract was made.¹²⁶ It bears mention that Lord Diplock also delivered an opin-

114. Set out by Lord Reid as follows: "In the absence of any positive indication of intention in the contract the law will determine the proper law by deciding with what country or system of law the contract has the closest connection": (at 583).

115. n 104 *supra*.

116. n 105 *supra* at 595.

117. *id* at 593.

118. See, e.g. *Offshore International SA v Banco Central SA* [1976] 3 All ER 749, where it was held by Ackner J (at 751-2) that although the commercial letter of credit had been opened by a Spanish bank, it had its closest and most real connection with the law of New York since the credit had been opened through a New York bank, payment was to be made in United States dollars and was only to be made against documents presented in New York. Other cases evidencing just as multifarious a "mix" of factors include: *BP Exploration Co (Libya) Ltd v Hunt* [1976] 3 All ER 879; *The Armar* [1981] 1 All ER 498; *Monterosso Shipping Co Ltd v International Transport Workers' Federation* [1982] 3 All ER 841.

119. [1970] AC 583 (HL).

120. *id* at 604.

121. *id* at 615.

122. [1983] 2 All ER 884 (HL).

123. *id* at 893J.

124. *id* at 895G.

125. *id* at 893J.

126. Cf "[I]t is not legitimate to use as an aid in the construction of the contract (sc ascertainment of its proper law) anything which the parties said or did after it was made": *per* Lord Reid in *Whitworth* at 603; reaffirmed by Lord Wilberforce in *Amin Rasheed Shipping Corp* at 893-4.

ion in the *Amin Rasheed Shipping Corp* case. His reference to the *Bonython* formulation¹²⁷ goes some way to clearing up the confusion which has existed about the relationship between the “inferable intention” test and the “closest and most real connection” test. Lord Diplock says:¹²⁸

If it is apparent from the terms of the contract itself that the parties intended it to be interpreted by reference to a particular system of law, their intention will prevail and the latter question as to the system of law with which, in the view of the court, the transaction to which the contract relates would, but for such intention of the parties, have had the closest and most real connection, does not arise.

Finally, it should be noticed that this overview attempts merely to show trends in the English law regarding the ascertainment of the proper law where no express or tacit choice has been made. It should *not* be seen as an attempt at a comprehensive exposition of the law of England on this point.

3.2.2 *The Judgment of Grosskopf J in Improvair*¹²⁹

In the *Improvair* case, at the time of writing South Africa's most recent case touching on international commercial contracts, Grosskopf J said (and left unsaid) much of importance with regard to the development and practical application of the doctrine of the proper law in South Africa. The judgment of Grosskopf J is instructive in that he notices correctly, with respect, that the South African law touching on the determination of the proper law has not developed to the same extent as that of English law on the subject.¹³⁰ In tracing the main features of this development we have seen that even before the advent of the first edition of *Dicey* (1896) English judges had frequent recourse to certain presumptions in favour of the law of a particular place as determinative of the proper law. Such a determination only prevailed, of course, in the absence of a contrary intention or any other indication in the surrounding circumstances. Later on a shift of emphasis occurred and the English courts placed more emphasis on the objective nature of the inquiry by adopting the “imputed intention” formula as enshrined in the *Mount Albert* dictum.¹³¹ The method of determining the proper law was taken yet a step further when all reference to the parties, even as hypothetically reasonable men of business, was eliminated and the so-called *Bonython* formulation or test of “the closest and most substantial connection” was proclaimed.

The sole issue before the court in *Improvair* was raised in a special plea by the defendant (a French Company): was the *lex causae* French or South African law? Some years previously (1977) the defendant and the plaintiff, a South African company, had entered into a written agreement which, for the purposes of this essay, may be referred to in general terms as a contract for regulating the future business associa-

127. See text at n 98 *supra*.

128. *Amin Rasheed Shipping Corp* at 888F.

129. *Improvair Cape (Pty) Ltd v Etablissements Neu* 1983(2) SA 138(C).

130. at 145-6.

131. Text at n 92 *supra*.

tion between the two companies. There was no express choice of law.¹³² The learned judge also found, as a fact, that the proper law had not been tacitly chosen.¹³³

In ascertaining the proper law of the contract Grosskopf J decided to look at the transaction as a whole and then decide which of the two laws had the closest and most real connection with it. In the end he had to weigh up "two opposing forces . . . (viz) the country where the defendant 'responsible for directing the operations' . . . is domiciled and where the main administration of the joint enterprise was conducted" and "the country where the income-producing activity was to be performed and where the plaintiff is domiciled".¹³⁴ The learned judge, taking into account the circumstances surrounding the business relationship between the parties, came down in favour of the former "force" and held French law to be applicable as the proper law on the grounds that it "[had] the *closest and most real connection* with the transaction between the Parties and that they *must be taken to have intended French law to apply*".¹³⁵

Examination of the abovementioned portion of the judgment shows that Grosskopf J combined the older test of "imputed intention" with that of the newer formulation of the "closest and most real connection". Earlier in his judgment he stated¹³⁶ that he preferred the latter formulation¹³⁷ yet, no doubt mindful of the dictum of De Villiers JA in *Efroiken*, the test of the "imputed intention" appears strongly later in his judgment when he says:¹³⁸ "I must therefore impute an intention to the parties." Grosskopf J is not alone in this use of a syncretism of methods; for, as reference to the speeches in certain cases brought before the House of Lords shows, some law lords have also used the new phraseology (based on *Bonython* and *Dicey & Morris* 8th ed) interchangeably with statements about the law that the parties "presumably intended".¹³⁹

132. at 147G.

133. at 151F.

134. at 151G-H.

135. at 152A. My emphasis.

136. at 147B.

137. Prior to *Improvair* O'Donovan J appeared sympathetic to the use of this formulation, see *Kuhne & Nagel AG Zurich v APA Distributors* 1981(3) SA 536 (W) 537. Earlier still as Advocate O'Donovan and editor of the fourth edition of *Mackeurtan's Sale of Goods in South Africa* (1972) he says (at 137): 'It is not clear whether our courts will . . . apply objectively that system of law with which the contract has its closest and most real connection'. Whilst the full bench of the Transvaal Provincial Division in *Benidai Trading Co Ltd v Gouws & Gouws (Pty) Ltd* 1977(3) SA 1020 (T) considered *Tunisienne* in which, as we have seen, the majority of their lordships gave support to the *Bonython* formulation, it was not necessary for the South African court to pronounce on the "closest connection" test.

138. *Improvair* at 151G.

139. Cf "[O]nce it was seen that the parties had made no express choice of law, the correct course was to ascertain from all relevant contemporary circumstances . . . what intention ought to be imputed to them on the formation of the contract . . . On this basis, I find the choice of the system of law with which the contract should be taken to be most closely connected a difficult one": per Lord Wilberforce *Whitworth Street Estates Ltd v James Miller & Partners Ltd* [1970] AC 583 (HL) 614-5. See also *In re United Railways of Havana and Regla Warehouses Ltd* [1961] AC 1007 per Lord Morris at 1081-2.

In the view of Grosskopf J it matters little whether the "imputed intention" approach or the test of the "closest and most real connection" is applied; for he says that in most cases "the different formulations would . . . seldom, if ever, lead to different conclusions".¹⁴⁰ This, of course, has been said before.¹⁴¹ Be this as it may, the question of "imputed intention" invites jurisprudential discussion and so it is just as well to remark here on the theoretical basis of the respective formulations.

First, the "imputed intention" version of the choice-of-law rule governing contracts is, as an offshoot of the Diceyan "presumed intention" doctrine, undoubtedly based upon a fiction. And it has been submitted that the law is replete with fictions. Also it may be observed that the dignity of the law suffers in the eyes of one of the contracting parties when he is informed that as a reasonable man of business he is presumed to have intended to submit the disputed contract to a legal system which he knows, in his heart of hearts, that he would not have chosen had he thought about the matter at the time of contracting. Notwithstanding these reservations it cannot be gainsaid that the presumed intention or "imputed intention" test is logically consistent with the view propounded by English judges since the 1860's that the *raison d'être* of the proper law is to establish the law which will give the greatest business efficacy to the parties' contract.¹⁴² The "imputed intention" test, then, is one which is oriented towards the business interests and convenience of the parties. For, by asking what the parties, as just and reasonable persons "would have" or "ought" to have decided if they had thought about the matter, it is at least made clear that the perspective from which the facts of the case are to be viewed is that of the business convenience of the parties.

Turning to the "closest and most real connection" formula it is perfectly true to say that it is free of any legal fiction, yet it is ambiguous. For, from which point of view must the indicia of "closest" and "most real" be viewed? Are the interests of the parties to be regarded as paramount, or, are we to be concerned now with a mere mechanical "localization" theory whereby the court in the guise of an independent

140. *Improvair* at 147A.

141. Cf "[T]he court is likely to reach the same result whether it inquires what is the law which the parties ought or would have intended, if they had thought about the question when they made the contract, or whether it inquires with what system of law was the contract most closely connected": JHC Morris *Cases on Private International Law* 4th ed (1968) 280.

142. For example, in *Lloyd v Guibert* (1865) LR 1 QB 115 Willes J in ascertaining the proper law of a contract of affreightment decided that the law of the ship's flag was the decisive factor in the circumstances of that case. He regarded this factor as the most "consistent and intelligible" (at 129) way to fix the governing law when parties might be strangers to each other, to the place of contracting, and to the ports at which the ship might call. In his view it was "therefore most convenient to those engaged in commerce" (*ibid*). Nigh on a century later, in *The Assunzione* [1954] P 150, the Appeal Court, when called upon to determine the proper law of an affreightment contract, decided that "one must look at all the circumstances and seek to find what just and reasonable persons ought to have intended if they had thought about the matter at the time when they made the contract": *per* Singleton LJ (at 179). And, more importantly, the learned Lord Justice gave support to the doctrine of convenience by adding: "I hope it may be said that just and reasonable persons would like the dispute determined in the most convenient way and in accordance with business efficacy." (*ibid*).

observer heeds only the transaction's geographical nexus with the laws of different countries? Does the court then embark solely on the task of counting such contacts? Such an approach smacks of a quasi-territorialist approach¹⁴³ and is reminiscent of the long-exploded "vested rights" theory¹⁴⁴ which held that a contract comes within the purview of a *lex causae* on the grounds of its connection with a particular territory's legal system. In other words, we must take care that the previously arbitrary method of establishing the connection by way of the *locus contractus* is not supplanted by a more flexible, yet equally irrational, one in the form of the "closest and most real connection" test. For the moment, then, it will be argued that this test should be seen as an imprecise standard against which the "forces" or elements in a case can be "weighed" with regard to their importance in fixing the proper law.

4. THE WAY AHEAD: THE CONTINUING SEARCH FOR A FLEXIBLE CHOICE-OF-LAW RULE

4.1 Two Comparisons

Clearly the doctrine of the proper law is very much alive both in England¹⁴⁵ and South Africa.¹⁴⁶ Historically considered the great advantage of the concept has been its flexibility. This has enabled courts of law to take cognisance of a great variety of contracts. Not only this but its all-encompassing formula has seemingly enabled it to be applied to most issues pertaining to the field of contractual obligations. Before assessing the merits of the proper law doctrine and, thereafter, offering suggestions pertinent to the future development of South African private international law in the field of contractual obligations, it is as well to notice that both the Rome Convention¹⁴⁷ and the American *Restatement (Second)*¹⁴⁸ offer solutions that accord with much of the philosophy underpinning the doctrine of the proper law. First of all, the Convention provides that in the absence of a choice of law by the parties "the contract shall be governed by *the law of the country with which it is most closely connected*."¹⁴⁹ The Convention further lays down guidelines for establishing the general principle (set out above) by providing a general presumption¹⁵⁰ and two specific presumptions.¹⁵¹ The general presumption is to the effect that the country of closest connection is presumed to be the country of habitual residence of the party who is

143. Cf Von Savigny's impressionistic "centre of gravity" standard.

144. See generally Morris *Conflict of Laws* (1980) 502 ff.

145. *Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co* [1983] 2 All ER 884 (HL).

146. *Improvair Cape (Pty) Ltd v Etablissements Neu* 1983(2) SA 138(C).

147. The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations opened for signature by the Members of the EEC in Rome on 19 June 1980. The text of the EEC Convention on Contractual Obligations is published in (1980) 23 *Off Jour Eur Comm* L266 (hereinafter (1980) *OJ* L266). It is also reproduced as Appendix A in *Contract Conflicts* ed PM North (North-Holland, 1982) 347-54.

148. (St Paul: American Law Institute Publishers, 1971) 2 vols and appendices.

149. art 4(1). My emphasis.

150. art 4(2).

151. art 4(3) and 4(4).

to effect "the performance which is characteristic of the contract".¹⁵² In resorting to the concept of characteristic obligation the framers of the Convention have chosen a concept developed in Switzerland, a country standing outside the European Communities.¹⁵³ In attempting to define "characteristic obligation" it is generally agreed that in the modern economy the payment of money is not regarded as the characteristic performance of contracts. It is rather the performance for which payment is due "which usually constitutes the centre of gravity and socio-economic function of the contractual transaction".¹⁵⁴ Hence, in the case of a sale of goods, the characteristic performance will be given by the habitual residence of the seller; in the case of hire, by that of the owner of the thing leased; and in the case of services, by that of the person performing the services.¹⁵⁵

The abovementioned general presumption does not apply in the case of contracts relating to immovables¹⁵⁶ and contracts for the carriage of goods.¹⁵⁷ In each of these cases a specific presumption of closest connection has been laid down. Furthermore, all these presumptions of the closest connection do not apply if it appears from all the circumstances that the contract is more closely connected with another country.¹⁵⁸ It would appear then that these presumptions are of small importance; for, they are to be applied only in cases where the various connecting factors are so diffuse or equally balanced that a predominant connection between the contract and a particular country cannot be found.

It is to be observed that in this search for the country of the closest connection, and thus the so-called proper law to govern the contract, one is merely embarking on a preliminary stage; for Article 7 of the Convention plays a decisive role in limiting the scope of this proper law. In terms of this article¹⁵⁹ which permits, but does not require, the application of certain mandatory rules of another system of law, an otherwise valid contract may still be wholly or partly invalid, or unenforceable according to its terms, by virtue of such a mandatory rule prohibiting a particular provision in the contract, or making a particular provision obligatory.¹⁶⁰

152. art 4 (2). This paragraph provides further that in the case of a contract entered into by a body corporate or unincorporate, the relevant country is that in which its central administration is situated. However, if the contract is entered into in the course of a party's trade or profession the relevant country shall be the country in which the party's principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated. See further (1980) *OJ* L266/2.

153. On the history of this concept, see further HUI d'Oliveira "Characteristic Obligation in The Draft EEC Obligation Convention" (1977) 25 *Am J Comp L* 303.

154. Giuliano/Lagarde Report in North's *Contract Conflicts* (1982) 374.

155. art 4(5) states that where the court is unable to determine the characteristic performance then the general presumption in 4(2) shall not apply. In other words, the court is left to its own devices to determine the country of the closest connection. It is perhaps inevitable that a general choice-of-law rule intended to apply to virtually all types of contract should be lacking in some respects.

156. art 4(3).

157. art 4(4).

158. art 4(5).

159. For full details, see (1980) *OJ* L266/3-4.

160. The scope of the Convention is reduced in that art 1(2) excludes *inter alia*: contractual obligations

Secondly, the *Restatement (Second)*, as it applies to choice-of-law in contracts, has adopted the "most significant relationship" test as its general principle. This test is the core of s 188(1) which declares:¹⁶¹

The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in sec. 6.¹⁶²

It is clearly apparent from the abovementioned comparative sources that an attempt has been made to achieve greater certainty and simplicity in the law. For the trend in the Rome Convention and in the *Restatement (Second)* is towards the formulation of a number of detailed rules of narrow application to cover both specific issues in, and types of, contract cases. It has become pretty obvious to us all that, with the increasing sophistication of the world's economies and the increasing interchange of persons and goods between countries, many different types of contract are becoming subject to special policy considerations. Today greater disparities exist than was previously the case between the bargaining powers of insurers, employers and suppliers of goods and services, on the one hand, and the insured, employee and consumer, on the other. This change in socio-economic patterns has led to many legislatures introducing statutory provisions designed to protect those in the weaker bargaining position. As a result courts of law have to decide frequently on the applicability of such mandatory provisions vis-à-vis the proper law which has been selected to regulate the matter in question. In the case of the Rome Convention great attention is now being paid to the formulation of specific choice-of-law rules to regulate specific types of contract.¹⁶³ And, in keeping with the philosophy of WW Cook¹⁶⁴ the

relating to succession and matrimonial relationships; obligations arising under negotiable instruments; arbitration agreements; certain matters in relation to corporate and unincorporate bodies; authority of an agent; trusts; evidence and procedure. However, it bears mention that once it is implemented in England a South African company involved in litigation there will find that in a conflictual matter the choice-of-law rules contained in the Convention will be applied by the English court whether or not the contract has any connection with England or any other member state of the Community. See further (1980) *OJ* L266/1-2.

161. *Restatement 2d (Conflicts)* vol 1 575.

162. Section 6(1), to which one is initially directed, enjoins that the forum's statutes, if relevant and constitutionally valid, are decisive. If, however, there is no forum statutory directive, then the 7 choice-influencing criteria or policy directives or values are to furnish the background for the choice of law. Section 6(2) names these as follows: (i) needs of the inter-state and international systems; (ii) relevant policies of the forum; (iii) relevant policies of other interested states; (iv) protection of justified expectations; (v) basic policies underlying the particular field of law; (vi) certainty, predictability and uniformity of result; (vii) ease in the determination and application of the law to be applied. In addition s 188(2) provides a list of contacts or connecting factors which shall be taken into account when the court utilizes the choice-influencing criteria of s 6(2), viz, (a) the place of contracting, (b) the place of negotiation of the contract, (c) the place of performance, (d) the location of the subject matter of the contract, and (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties. (*Restatement 2d (Conflicts)* vol 1 575).

163. Cf art 5 (consumer contracts) and art 6 (employment contracts).

164. "[I]t is of little value to attempt to lay down a single broad rule for determining the 'validity' of 'contracts' of all kinds. What is needed is a grouping of problems so that each of the various types of

Restatement (Second) evidences an issue-by-issue approach to choice-of-law in contracts.¹⁶⁵

4.2 The Ambit of the Proper Law

Turning now to the South African practice, I believe that the proper law doctrine should be retained and that the American issue-by-issue approach should not be emulated here. However, this is not to say that one choice-of-law rule is broad enough to cover all issues in the field of contracts. It is for this reason that one should be quite clear on the ambit of the proper law. There is sufficient authority in South African law¹⁶⁶ and the law of England¹⁶⁷ to state that the proper law of a contract is decisive as regards the formation, interpretation and validity of a contract, the mode of its performance and the consequences following its breach. It is convenient indeed to refer to such a governing law when one is confronted with a dispute between the contracting parties. However, it has been emphasized that the issues or incidents of a contract are many and varied. It has been noted too that there is a tendency to distinguish between the requirements for the creation of a contract and the substantive content of a contract. Because the proper law of a particular contract may not necessarily be decisive when, say, the capacity of the parties is in issue, one simply has to examine the law governing the various incidents of a typical commercial contract. It is for this reason that some writers¹⁶⁸ prefer to play down the doctrine of the proper law and concentrate instead on establishing the *lex causae* for each incident of the specific contract under discussion. Hence, were this essay to aim at a complete exposition of contract conflicts, then, at least, the following topics would have to be canvassed: capacity of parties; formal validity; illegality. Furthermore, it simply may not be advisable to apply the same *lex causae* to both issues of validity and issues of performance. For this reason it should be open to parties to agree that two differing *leges causae* be of application. Today there is undoubtedly a move towards *dépeçage*¹⁶⁹ and

social, economic, and business situations dealt with in the law of 'contracts' can receive adequate consideration in terms of the needs and interests of the community": WW Cook *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws* (Harvard UP, 1942) 417. See also Reese (1972) 57 *Cornell LR* 315.

165. It is clear that the framers of *Restatement 2d* were not bent upon formulating a single rule of broad application to cover all types of cases involving contractual matters; for s 188(1) indicates that the courts are not bound to decide all contractual issues under the local law of a single state. Indeed, each issue in contract "is to receive separate consideration if it is one which would be resolved differently under the local law rule of two or more of the potentially interested states": (comment d 579). Furthermore, besides making provision for different *issues* in contract, s 188(3) also provides for certain rules of preference to be applied in cases involving different *types* of contract. Hence, in the case of contracts relating to immovables, rights and duties are to be determined by the law of the situs. (s 189). For the rules of preference relating to contracts for sale of movables, of insurance, of loan, of carriage, see further ss 191, 192, 195, 197. (*Restatement 2d (Conflicts)* vol 1 594-628.)

166. See *Standard Bank of South Africa Ltd v Efroiken and Newman* 1924 AD 171 185.

167. See *Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co* [1983] 2 All ER 884 887.

168. Cf JCW van Rooyen *Die Kontrak in die Suid-Afrikaanse Internasionale Privaatreë* (Juta, 1972) 34 107.

169. Cf Rome Convention arts 3(1) and 4(1). See also WLM Reese "Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law" (1973) 73 *Columbia LR* 58.

South African courts should not be influenced by the dictum of Lord MacDermott:

[T]he courts of this country will not split the contract readily and without good reason.¹⁷⁰

4.3 Flexible Proper Law Approach vs *a priori* Statutory Rules

Having decided that no single proper law (no matter how broadly based) can solve every potential point of dispute between the parties, a few comments seem necessary on the utility of the proper law doctrine especially in those cases where the parties have failed to select the law to govern their contract. It has been said, and not without reason, that one of the major defects of the proper law doctrine, given the absence of a choice of law, is that the lack of specificity in the now accepted "closest connection" test may require a House of Lords decision to determine what law governs the disputed contract.¹⁷¹ Of course it may be countered: Businessmen who fail to include a choice-of-law clause in their agreement deserve what they get when they resort to the law to resolve a conflict. Be this as it may, we must see if this lack of specificity in the "closest connection" test can be remedied.

At one time, as we have seen, the English courts made use of presumptions in an attempt to simplify the determination of the proper law. For example, in contracts of affreightment lacking a choice-of-law clause the law of the ship's flag was presumed to be the proper law.¹⁷² The use of these presumptions went out of favour as they were apt to be misleading in that one relevant factor was overemphasized at the expense of another.¹⁷³ Furthermore, with the swing towards employing the "closest connection" test rather than that of the "presumed intention" criterion, reliance on presumptions further declined. Yet, we have seen how presumptions have come back into favour in the EEC Convention on Contractual Obligations.¹⁷⁴ Furthermore, reference to the *Restatement (Second)* shows how an attempt has been made to remedy the lack of specificity in their "significant contacts" test by formulating black-letter rules expressed in terms of presumptions.¹⁷⁵

Now it may well be asked: should there be statutory intervention in South Africa in an attempt to bring certainty and predictability into the determination of the proper law where parties have neglected to make a choice of law? In answering his own question this writer believes that a fruitful distinction may be drawn between standard-form contracts, on the one hand, and those drafted to suit unique individual require-

170. *Kahler v Midland Bank* [1950] AC 24 42.

171. See JHC Morris *The Conflict of Laws* 2nd ed (London, 1980) 225.

172. *Lloyd v Guibert* (1865) LR 1QB 115.

173. Cf "To enter upon the search [for the governing law] with a presumption is only too often to set out upon a false trail. It may tend to divert attention from the necessity to consider every single pointer": Cheshire-North *Private International Law* (1979) 210. Cases where the presumption approach was ignored altogether include: *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd v James Miller & Partners Ltd* [1970] 1 AC 583; *Compagnie Tunisienne de Navigation SA v Compagnie d'Armement Maritime SA* [1971] 1 AC 572.

174. See esp the presumption of "characteristic obligation": Art 4(2).

175. *Restatement 2d ss 189-207*.

ments: "custom-built" contracts, on the other. In the former case, where the typical situations of insurance, employment, carriage and the supply of goods and services lead to parties occupying positions of unequal bargaining power, there does seem to be merit in suggesting that the respective choice-of-law rules be put on a clear, firm, statutory basis. Such a step has obviously beneficial results where the aim of codification is to promote harmonization of choice-of-law rules in an area where (a) there has been a diversity of approaches to choice-of-law rules in contract and (b) the fundamental aim, as in the case of the EEC, is to promote the free movement of goods and services within that community. It is submitted, however, that the position of South Africa within Southern Africa nowhere near approximates that of, say, England vis-à-vis its West-European trading partners. When one turns to the "custom-built" contracts where the diversity of fact situations, provisions, and contacts with different jurisdictions is infinite, then, attempts to formulate black-letter rules to cope with such a variety of possible choice-of-law situations must surely prove futile. In the absence of a choice-of-law clause those who draft a contract to suit individual requirements must expect to have that contract individually judged. There is available to South African judges, and legal functionaries generally, however, a general principle broad enough (inference of parties' mutual intention or, failing that, the test of the closest and most real connection) to cover all appropriate cases. In this case, and with the international commercial contract in mind, the needs of the courts and the business community will be better served by a case-by-case development operating within an enlightened system of precedent. Statutory rules cannot be devised as substitutes for the judges.

*De pecuniaire Bescherming
van de Koper te goeder trouw
van andermans Zaak
in Hugo de Groots
De Iure Belli ac Pacis*

R FEENSTRA

Hoogleraar Romeins recht en zijn geschiedenis,
Rijksuniversiteit te Leiden

De pecuniaire Bescherming van de Koper te goeder trouw van andermans Zaak in Hugo de Groot's De Iure Belli ac Pacis

R FEENSTRA

Er is reeds veel geschreven over de passage in de Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid van Hugo de Groot, waarin deze aan degene die te goeder trouw op een vrije markt de zaak van een ander koopt, tegenover de revindicerende eigenaar een recht geeft op restitutie van de door hem betaalde koopprijs. Het is moeilijk om voor deze rechtsinstelling een korte term te bedenken. Kisch¹ heeft van 'pecuniaire bescherming' van de derde-verkrijger te goeder trouw van een roerend goed gesproken en deze term heeft door een recent artikel van Moorman van Kappen² ook bij rechtshistorici burgerrecht verkregen. Wil men echter speciaal de 'aanspraak' van de koper op restitutie van de koopprijs aanduiden, dan zou gemakshalve de term 'restitutie-aanspraak' gebruikt kunnen worden.³

De Groot behandelt deze restitutie-aanspraak van de koper, evenals soortgelijke

1. I. Kisch, *Affectie- en speciale utiliteits-waarde in het privaatrecht* (in Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, 100 (1969), p. 509-512 [nr. 5066]), p. 509-510.
2. O. Moorman van Kappen, *Een renaissance van Oud-Gelderse pecuniaire rechtsbescherming in het NBW, Een rechtshistorische kanttekening bij art. 3.4.2.3a lid 3 NBW* (in Nederlands Juristenblad, 53 (1978), p. 54-57); vgl. daarbij mijn korte reactie getiteld *Renaissance van oud-Gelders recht?* en Van Kappens *Naschrift* (beide in Nederlands Juristenblad, 53 (1978), p. 164).
3. In een in het Duits geschreven artikel heb ik indertijd, in navolging van enkele Duitse schrijvers, de term 'Lösungsrecht' ter aanduiding van het recht van de koper gebruikt: *Zum Ursprung des Lösungsrechtes beim Kauf gestohlener Sachen auf dem Markte, besonders nach einigen spanischen und südfranzösischen Quellen* (in Festschrift Guido Kisch, Stuttgart 1955, p. 237-259; herdrukt in mijn *Fata iuris romani, Etudes d'histoire du droit* [= Leidse Juridische Reeks, 13], Leyde 1974, p. 73-95, met enige aanvullende noten op p. 394-395). Deze term is in het Duitse taalgebied gebruikelijk gebleven, vgl. W. Ogris, artikelen 'Lösung' en 'Lösungsanspruch, Lösungsrecht', in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, dl. 3, kol. 55-58 (in 17. Lieferung, [Berlin 1978]); Ogris wijst er echter op dat de term 'Lösungsrecht' in zoverre verwarrend is 'als er sich sprachlich — genau genommen — nur auf den Anspruch des die Sache verfolgenden Eigentümers beziehen kann' (kol. 57), reden waarom R. Gmür heeft voorgesteld van 'Lösungsgeldrecht' te spreken. Een dergelijke terminologie — 'lossingsgeldrecht' — lijkt mij voor het Nederlands niet aan te bevelen. De term 'lossingsrecht' zou ook in het Nederlands ongetwijfeld beter alleen gebruikt kunnen worden voor het recht van de revindicerende eigenaar (in het geval van art. 637 BW) of van de voormalige eigenaar die tegenover de derde-verkrijger te goeder trouw een 'recht op retro-overdracht' heeft; laatstgenoemd recht komt voor in art. 3.4.2.3a van het Nieuw Burgerlijk Wetboek

aanspraken van 'tafelhouders' (Lombarden) en 'oude kleerkoopers', in het kader van zijn definitie van eigendom als 'dat recht om weder te bekomen het verloren bezit' (Inl. 2,3,4).⁴ Van dit 'weder bekomen' zegt hij in Inl. 2,3,5:

't Welck plaets heeft, alwaer 't dat den jeghenwoordigen bezitter het zelve bezaet ter goeder trouwe, ende geld daer vooren hadde ghegheven: want den eighenaer mag zijn recht ghebruicken oock zonder den bezitter sijn geld weder te geven.

Daarop laat hij dan in Inl. 2,3,6 de uitzondering volgen:

Uitghenomen wanneer iemand iet ter goeder trouwe heeft ghekocht op een vrije mart; want den zelve moetmen sijn geld weder-gheven, zoo veel hy by eede verklaert dat het hem ghekost heeft, indien hy 't aen sijn verkooper niet en weet te verhalen

...⁵

Deze uitspraken spelen voor de 19e en 20e eeuwse beoefenaars van de rechtsgeschiedenis een belangrijke rol bij de bespreking van de vraag of en, zo ja, in hoeverre ten tijde van De Groot in Holland de regel 'roerend goed heeft geen gevolg' gold. Deze discussie⁶ heeft nieuw voedsel gekregen sinds de ontdekking in Lund van

zoals dit vastgesteld is in 1980, doch in het nieuwste wijzigingsvoorstel voor art. 3.4.2.3a is dit recht op retro-overdracht geschrapt.

De term 'lossen' werd in dit verband ook in de 16e eeuw al gebruikt voor de revindicerende eigenaar, zie bijv. de Costumen van Antwerpen (*Impressae*) van 1582, tit. 58, art. 5, geciteerd door De Groot in zijn 'Lundse' aantekening (vgl. hieronder, bij noot 7), op Inl. 2,3,5 en 6; dit n.a.v. hetgeen Moorman van Kappen, *op. cit.* (*supra* n. 2), p. 56, opmerkt.

Met betrekking tot de koper zou men eventueel van een 'aanspraak op lossing' kunnen spreken; 'restitutie-aanspraak' lijkt mij echter een term die gemakkelijker hanteerbaar is.

4. Over eigendomsdefinities van De Groot zie mijn artikel *Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen* (in Festschrift für Franz Wieacker, Göttingen [1978], p. 209-234), vooral p. 231.

De definitie in Inl. 2,3,4 wordt door De Groot voorgesteld als een consequentie uit zijn opmerking in Inl. 2,3,3: 'Blijvende in de palen van het aengeboren recht, zoo was een yder na 't aanbieden van vrundelicke wegen geoorloft sijn eighen goed dadelick van den bezitter af te halen: maer also uit deze hand-dadigheid veele zwarigheden ontstonden, zoo zijn door de burger-wet recht-bancken ingestelt, alwaer een ieder het zijne zonder dadelickheid zoude mogen vervolgen'. Het verdient de aandacht dat De Groot in zijn handexemplaar (vgl. hieronder bij noot 7) bij deze passage verwijst naar *De iure belli ac pacis*, 1,3,1 en 2 en 2,20,8; de uitgevers van de ed. 1952 voegen daaraan nog toe een verwijzing naar '1, 10, 7', hetgeen moet luiden '1,1,10,7' (vgl. hieronder noot 15).

5. In het hier weggelaten gedeelte spreekt De Groot over de 'tafelhouders' en de 'oude kleerkoopers'.
6. Voor de oudere literatuur zie A. S. de Blécourt, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, 6e druk, bewerkt door H. F. W. D. Fischer, Groningen-Djakarta 1950, p. 141-142 (de 7e druk van 1959 is een onveranderde herdruk). Sindsdien verscheen in Zuid-Afrika nog: C. W. H. Schmidt, *Mobilia non habent sequelam en die perke van die reivindicatio* (in Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg, 18(1955), p. 209-236); vgl. ook J. W. Louw, *Estoppel en die Rei Vindicatio* (*ibidem*, 38 (1975), p. 218-238), p. 224 e.v. Ik moet er hier van afzien nieuwere literatuur betreffende de geschiedenis van 'roerend goed heeft geen gevolg' en soortgelijke rechtsbeginselen in het algemeen (dus niet alleen betreffende het Hollandse recht van de 17e eeuw) te citeren. Een uitzondering moge worden gemaakt voor A.G. Pos, *Hypotheek op roerend goed (bezitloos pandrecht)*, *Enkele rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwingen* (Proefschrift Leiden), Deventer [1970], waar over de herkomst van 'roerend goed heeft geen gevolg' een nieuwe opvatting wordt verkondigd, die ook consequenties heeft voor de betekenis van deze regel in het Hollandse

De Groot's handexemplaar van de editie 1636 van de Inleidinge, waarin hij in handschrift een groot aantal toevoegingen heeft aangebracht.⁷ In verband met deze passage verwijst hij⁸ niet alleen naar Saksenspiegel 2,36,⁹ maar ook naar het gewoonterecht van Antwerpen en Amsterdam, waarbij hij – met enkele addities – voornamelijk de Costumen van Antwerpen van 1582, tit. 58 art. 5, citeert.¹⁰

Het is niet mijn bedoeling mij hier opnieuw in deze discussie te mengen.¹¹ Ik wil in hetgeen volgt er vooral de aandacht op vestigen dat De Groot zich over deze materie ook heeft uitgesproken in *De iure belli ac pacis* en dat wellicht zijn stelling in Inl. 2,3,5 meer tegen een natuurrechtelijke dan tegen een Romeinsrechtelijke achtergrond moet worden gezien.

Om met dit laatste punt te beginnen, het is een van de grote verdiensten van de uitgave van de Inleidinge door Dovring, Fischer en Meijers uit 1952, dat in de voetnoten o.a. ook naar een aantal plaatsen uit *De iure belli ac pacis* is verwezen.¹² Bij Inl. 2,3,5 wordt door de uitgevers¹³ opgemerkt:¹⁴ 'Naar natuurrecht bestaat volgens De Groot de onbepaalde revindicatie ook van roerend goed; zie *De iure belli ac pacis*, II,10,1'. Ik vrees dat in deze verwijzing een drukfout geslopen is¹⁵ en dat het de bedoeling geweest is naar *De iure belli ac pacis* 2,10,9,1 te verwijzen. In laatstgenoemde tekst – die men hieronder in extenso geciteerd vindt – wordt immers veel specifiek over de plicht van een bezitter te goeder trouw om, zonder dat hij een aanspraak op res-

recht van de 16e en de 17e eeuw (zie o.a. p. 144 e.v.); vgl. eveneens A.G. Pos, *Meubles n'ont pas de suite, Le sens originaire de cette règle en droit français* (in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 41 (1973), p. 45–58).

7. Zie Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid, Met de te Lund teruggevonden verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van den schrijver en met verwijzingen naar zijn andere geschriften uitgegeven en vanaanekeningen en bijlagen voorzien* door F. Dovring, H. F. W. D. Fischer en E. M. Meijers, Leiden 1952 (de 'tweede uitgave' van 1965 is in wezen een herdruk; de veranderingen zijn, althans wat de tekst betreft, te verwaarlozen).
8. *Op. cit.*, p. 53.
9. Vgl. hieronder bij noot g.
10. De uitgevers voegen aan deze van De Groot zelf afkomstige verwijzingen ook nog een verwijzing naar *De iure belli ac pacis* toe; zie daarover hieronder in de tekst. Het is verwonderlijk dat zij niet ook verwezen hebben naar een passage in het door henzelf als Appendix aan hun uitgave toegevoegde *Hugonis Grotii de legibus Gothorum, Vandalorum et Langobardorum, sive de veteri jure Germanico et Suecico commentariolum* (het over het recht handelende deel van de voorrede van zijn *Historia Gothorum*); op p. 397 vindt men daar van het recht van de Goten het volgende gezegd: 'Aequitas manifesta in eo quod . . . is qui rem furtivam bona fide emit, partem pretii dimidiam servat . . .'. Dit is gebaseerd op de bepaling van *Lex Visigothorum* 7,2,8, waarover ik in mijn hierboven, noot 3, aangehaald artikel (p. 243 [= 79] e.v.) uitvoerig heb gehandeld; vgl. ook reeds S. J. Fockema Andreae [Jr], *Une étude de droit comparé par Grotius* (in Grotiana, 10 (1942–1947), p. 29–44), p. 36.
11. Vgl. mijn zijdelingse opmerkingen over deze materie in mijn artikel *Les foires aux Pays-Bas septentrionaux* (in *Recueils de la Société Jean Bodin*, 5: La Foire, Bruxelles 1953, p. 209–239), p. 234–236, en in mijn hierboven, noot 2, aangehaalde reactie op het artikel van Moorman van Kappen.
12. *Op. cit.* (*supra* n. 7), in het bijzonder de opmerking in het voorwoord op p. XIV. Hoewel dit uit het voorwoord niet blijkt, wil ik uit eigen wetenschap hier gaarne vermelden dat deze verwijzingen vrijwel uitsluitend het werk zijn van H. F. W. D. Fischer.
13. Vgl. echter de vorige noot.
14. *Op. cit.*, p. 53.
15. Een soortgelijke drukfout treft men aan in de aan Inl. 2,3,3 toegevoegde verwijzing naar *De iure belli ac pacis* 1,1,10,7 (*op. cit.*, p. 52 n. 2; vgl. hierboven noot 4).

titutie van de koopprijs kan doen gelden, de zaak aan de eigenaar terug te geven gesproken dan in 2,10,1, waar alleen in het algemeen van een teruggaveplicht sprake is.

Alvorens nader op *De iure belli ac pacis* 2,10,9,1 in te gaan wil ik er nog op wijzen dat De Groot's uitspraak in Inl. 2,3,5 niet als in de eerste plaats door het Romeinse recht geïnspireerd moet worden beschouwd. Weliswaar komen in het *Corpus iuris civilis* enkele teksten voor die aan kopers van gestolen zaken een restitutie-aanspraak ontzeggen,¹⁶ maar veel explicieter komt de vraag van het al dan niet teruggeven aan de bezitter te goeder trouw van hetgeen door hem betaald is aan de orde bij de moraaltheologische schrijvers die De Groot, ook bij het schrijven van zijn Inleidinge, steeds voor ogen heeft gehad. Men zie bijv. de beschouwing die Lessius hieraan wijdt.¹⁷ In het gehele derde deel van het tweede boek van de Inleidinge – ‘Van den eigendom, des selfs onderscheidingen ende 't bekomen van dien’ – vindt men vele door moraaltheologen geïnspireerde passages;¹⁸ het is – mede in het licht van de hieronder te behandelen passage uit *De iure belli ac pacis* – waarschijnlijk dat De Groot zich in Inl. 2,3,5 ook door deze moraaltheologische schrijvers heeft laten leiden dan dat hij hier alleen een Romeinsrechtelijk beginsel tegenover enkele ‘Germaansrechtelijke’ inheemse bepalingen heeft willen stellen.¹⁹

Wanneer wij ons thans tot *De iure belli ac pacis* 2,10,9,1 wenden, moeten wij allereerst het verband waarin deze tekst staat releveren. Het hoofdstuk 2,10 handelt over de verbintenissen die *ex dominio* ontstaan.²⁰ Daarin komen gevallen aan de orde van wat de Spaanse natuurrechtsschrijvers noemen *restitutio ratione rei acceptae*. Deze auteurs maken geen scherp onderscheid tussen gevallen waarin de zaak nog bestaat en gevallen waarin zij niet meer bestaat. Hoewel De Groot dit onderscheid in het begin van het hoofdstuk wel op de voorgrond stelt en in verband daarmee twee ‘regels’ over teruggave aan de eigenaar, c.q. vroegere eigenaar, ontwikkelt, stelt hij vanaf 2,10,3 het onderscheid op de achtergrond bij de bespreking van een aantal *quaestiones*, die door de het natuurrecht zoekende juristen en moraaltheologen in dit verband ‘plegen te worden opgeworpen’. Hij volgt daarbij vooral Lessius; via deze Zuidnederlandse schrijver wordt hij beïnvloed door voornamelijk Spaanse moraaltheologen. Evenmin als bij hen vindt men in zijn behandeling van de genoemde *quaestiones* een duidelijk onderscheid tussen zakenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke aspecten van *restitutio*.

De tekst van 2,10,9,1 behandelt de zevende van de tien *quaestiones*. De eerste zes

16. Men zie – behalve C. 3,32,3 en 23, die hieronder in noot a op *De iure belli ac pacis*, 2,10,9,1, als door De Groot zelf geciteerd vermeld worden – met name C. 6,2,2.

17. Leonardus Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 14, dub. 3, num. 20 [ed. Venetiis 1608, p. 155].

18. Vgl. mijn hierboven, noot 4, aangehaald artikel.

19. Wat de ‘uitzonderingen’ van Inl. 2,3,6 betreft, deze zijn natuurlijk wel van inheemse – dwz. niet-Romeinse – oorsprong, maar dat behoeft nog niet te betekenen dat zij ook ‘Germaansrechtelijk’ zijn; zie daarover mijn *Zum Ursprung des Lösungsrechts* (cit. supra n. 3), met name de conclusie op p. 258 [= 94].

20. Hierover uitvoeriger mijn artikel *De betekenis van De Groot en Huber voor de ontwikkeling van een algemene actie uit ongerechtvaardigde verrijking* (in *Uit het recht*, Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Mr. P. J. Verdam, Deventer 1971, p. 137–159), p. 140 e.v.

hebben alle betrekking op restitutieverplichtingen van een *bonae fidei possessor*.

Hieronder laat ik de Latijnse tekst van 2,10,9,1 volgen naar de *editio maior* van 1939.²¹ Ik heb daarbij de verwijzingen naar de noten – die voor mijn betoog van bijzonder belang zijn – gewijzigd. Niet alleen heb ik de cijfers vervangen door letters teneinde verwarring met de voetnoten van mijn eigen beschouwingen te vermijden, maar een enkele maal heb ik ook de plaats van aanknoping in de tekst veranderd omdat deze mij niet juist voorkwam. Voor nadere details betreffende de geschiedenis van de plaatsing van de noten in de verschillende uitgaven van *De iure belli ac pacis* sinds de *editio princeps* van 1625 moet ik naar een andere studie verwijzen.²² Ik moge hier volstaan met de opmerking dat behalve voor de in de edities van 1642 en 1646 door De Groot toegevoegde noten geen zekerheid te verkrijgen is omtrent het precieze aanknopingspunt dat De Groot zelf voor ogen heeft gestaan: de in vroegere edities reeds voorkomende noten staan vrijwel steeds²³ in de marge van de tekst zonder dat zij daarmee door een teken, een cijfer of een letter verbonden zijn.²⁴

Na een Nederlandse vertaling van de tekst – waarin dezelfde verwijzingen naar de noten door middel van letters voorkomen als in het Latijn – geef ik de noten zelf in de vorm waarin zij in de *editio maior* staan, voorafgegaan door een aanduiding betreffende hun herkomst; elke noot wordt gevolgd door een korte ‘uitleg’ van mijn hand, waarin de geciteerde bronnen nader geïdentificeerd en, zo nodig, nadere toelichtingen of kritiek gegeven worden. Aan een Nederlandse vertaling van de noten bestaat naar mijn oordeel slechts bij uitzondering behoefte. Een enkele tekstkritische noot heb ik zelf aan de noten van de *editio maior* toegevoegd.

Septimo: rem alienam bona fide entam restituendam nec posse erogatum pretium repeti^a. Cui regulae haec addenda mihi videtur exceptio: nisi quatenus dominus rei suae possessionem recipere sine impendio aliquo probabiliter non potuit^b, ut puta si res apud piratas fuerit^c. Tunc enim deduci poterit quantum dominus impensurus libenter fuerat. Ipsa enim facti possessio, praesertim recuperatu difficilis, est aliquid aestimabile et in hoc dominus post rem amissam censetur factus locupletior. < Et^d

21. *Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libri tres* ... curavit B. J. A. de Kanter-van Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum 1939. Aan deze uitgave zijn de vijf door De Groot zelf voorbereide edities ten grondslag gelegd; in het notenapparaat is aangegeven op welke punten de edities van 1631, 1632, 1642 en 1646 van de *editio princeps* van 1625 afwijken.
22. *Quelques remarques sur les sources utilisées par Grotius dans ses travaux de droit naturel* (in *The World of Hugo Grotius, Proceedings of the International Colloquium organized by the Grotius Committee of the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences*, Rotterdam, 6–9 April 1983, Amsterdam-Maarssen 1984 (nog te verschijnen).
23. Voor een enkele uitzondering hierop zie mijn aangehaald artikel, noot 16. Als voorbeeld van zulk een uitzondering wordt daar juist naar de hieronder behandelde tekst 2,10,9 verwezen; het betreft de verwijzing naar D. 18,1,34 bij de toevoeging in de tekst sinds 1631 (hieronder noot e). Hier staat de aanknoping door een letter reeds in de ed. 1631, kennelijk omdat hier door opeenhoping van bronvermeldingen verwarring mogelijk was.
24. Een zodanige verbinding van de noten met de tekst vindt men voor het eerst volledig doorgevoerd in de tweede door Jean Barbeyrac verzorgde editie (Amstelædami 1735). P. C. Molhuysen, die behalve in zijn eigen editie (Lugduni Batavorum 1919) ook in de *editio maior* van 1939 (zie hierboven noot 21) voor de plaatsing van de noten verantwoordelijk is, heeft zich doorgaans bij de aanknopingswijze van Barbeyrac aangesloten.

ideo cum rei suae emptio ordinario iure non valeat, valere tamen eam ait Paulus Iurisconsultus^e si ab initio id convenit ut possessio quae apud alterum est ematur. > Neque hic requiro ut empta res sit cum animo ut domino restitueretur^f g, quo casu negotiorum [gestorum]^h actionem nasci sunt qui aiunt sunt qui negentⁱ. Nam negotiorum gestorum actio ex lege civili nascitur: nullum enim habet eorum fundamentorum ex quibus natura obligationem inducit. Nos autem id quod naturale est hic quaerimus . . .

Ten zevende dat een zaak van een ander die te goeder trouw gekocht is moet worden teruggegeven en dat de daarvoor bepaalde prijs niet kan worden teruggevorderd.^a Op deze regel moet, naar het mij voorkomt, de volgende uitzondering worden gemaakt: behalve voor zover de eigenaar het bezit van zijn zaak naar alle waarschijnlijkheid niet had kunnen terugkrijgen zonder enige kosten te maken^b, bijv. indien de zaak in handen van zeerovers was^c. Dan zal immers kunnen worden afgetrokken het bedrag dat de eigenaar ervoor over zou hebben gehad. Want het feitelijk bezit, in het bijzonder wanneer het moeilijk terug te krijgen is, heeft op zichzelf een geldwaarde en in dit opzicht wordt de eigenaar, nadat hij de zaak verloren heeft, geacht verrijkt te zijn. < En^d daarom zegt Paulus de rechtsgeleerde^e dat koop van eigen zaak, hoewel deze doorgaans geen rechtskracht heeft, toch geldig is indien van de aanvang af is overeengekomen dat het voorwerp van de koop is het feitelijk bezit dat bij de wederpartij berust. > En ik verlang in dit geval niet dat de zaak gekocht is met de bedoeling dat zij aan de eigenaar wordt teruggegeven^f g; in dit geval zeggen sommigen dat de *actio negotiorum gestorum*^h ontstaat, terwijl anderen dit ontkennenⁱ. De *actio negotiorum gestorum* heeft immers zijn oorsprong in het positieve recht; zij heeft geen enkele van die fundamentele elementen waarop de natuur een verbintenis baseert. Wij houden ons hier echter bezig met wat de natuur voorschrijft

a) [Noot sinds ed. 1625] L. Mater tua, L. Si mancipium, C. de rei vind.; L. Suae D. de cont. emt.; L. 1 D. de evict.

Verwezen wordt naar C. 3,32,3, C. 3,32,23, D. 18,1,16 en D. 21,2,1. In strikte zin zijn alleen C. 3,32,3 en C. 3,32,23 directe bewijsplaatsen voor de uitspraak van De Groot in de tekst. Het aanhalen van D. 18,1,16 en D. 21,2,1 berust op een gedachten-gang van Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 14, dub. 1 [ed. Venetiis 1608, p. 153–154], een passage die De Groot hier hoogstwaarschijnlijk voor ogen heeft gehad.²⁵

Alleen de hier genoemde vier teksten behoren op deze plaats te worden aangehaald. Ten onrechte heeft Molhuysen in de edd. 1919 en 1939 de hieronder in de noten c en f genoemde verwijzingen hier toegevoegd.²⁶

25. Vgl. mijn hierboven, noot 20, aangehaald artikel, p. 142.

26. Barbeyrac heeft de in noot f genoemde verwijzingen ten onrechte aan de verwijzing in noot c toegevoegd. D. 21,2,1 heeft hij van de eerste drie bronvermeldingen gescheiden en aangeknoopt aan *rei suae emptio*, hetgeen onjuist is omdat D. 21,2,1 reeds door De Groot was aangehaald in de *editio princeps*, terwijl de passage waarin *rei suae emptio* voorkomt eerst in de ed. 1631 is toegevoegd. Noot c heeft hij eveneens ten onrechte aan deze passage vastgeknoopt (bij *ematur*).

b) [Noot sinds ed. 1642] Apud Terentium Heautontimorumen Actu IV, Scena IV
[*legendum*: Scena V]

Sed illud quod tibi

Dixi de argento quod ista debet Bacchidi,

Id nunc reddendum est illi. Neque tu scilicet

Eo nunc confugies: 'Quid mea? Num tibi datum est?

Num iussi? Num illa oppignerare filiam

Meam me invito potuit?'. Verum illud, Chreme,

Dicunt: 'ius summum summa saepe iniuria'.

Ubi et Eugrafium vide. Haec aequitas etiam ab Hebraeorum magistris probatur et a Visigothis libro I tit. IX c. 9 et c. 15 [*legendum*: libro IX tit. I c. 9 et c. 14]. [*Toegevoegd in ed. 1646*:] Alc. III Praes. 29. Menoch. V Praes. 29 num. 26. Straccham parte II num. 18.

Verwezen wordt naar de volgende teksten:

Terentius, *Heautontimorumenos*, Acte 4, scène 5 [in moderne edities regel 790 e.v.]

Eugraphius, commentaar op de aangehaalde tekst van Terentius. Dit commentaar, dat uit de 6e eeuw na Chr. stamt, zal De Groot geraadpleegd hebben in een uitgave van de *Comoediae* van Terentius, bijv. die van F. Lindenbrog, Parijs 1602, waar de bedoelde passage voorkomt onder het lemma *Summum ius*.²⁷

Welke *Hebraeorum magistri* bedoeld zijn heb ik niet kunnen vaststellen. Het is echter zeer goed mogelijk dat De Groot hier geïnspireerd is door Const. L'Empereur, *De legibus Ebraeorum forensibus liber singularis*, Lugduni Batavorum 1637, een werk dat in verband met ons onderwerp door De Groot wordt geciteerd in een ms. aantekening in het Lundse exemplaar van de Inleidinge, zie ed. 1952, p. 54 n. 2. In *De iure belli ac pacis* schijnt het door hem nergens te zijn aangehaald.

Van de *Lex Visigothorum* worden aangehaald 9,1,9 en 9,1,14; deze teksten heeft De Groot waarschijnlijk geraadpleegd in de uitgave die voorkomt in *Codex legum antiquarum, ex bibliotheca F. Lindenbrogii*, Francofurti 1613, waar zij te vinden zijn op p. 181 en 183. *Lex Visigothorum* 9,1,9 heeft hij ook aangehaald in een sinds 1642 toegevoegde noot bij het begin van hoofdstuk 2,10, zie ed. 1939, p. 319 n. 1 (op p. 320). Beide teksten betreffen het loon voor degene die een *servus fugitivus* voor een ander heeft opgekocht. De fout in de aanhaling in onze noot b (1,1,9 en 15 i.p.v. 9,1,9 en 14) staat reeds in de ed. 1642. In de tweede editie van Barbeyrac (1735) is zij op de juiste wijze verbeterd (in de Franse vertaling van Barbeyrac is de fout echter blijven staan). Het is niet goed te begrijpen dat Molhuysen, die overigens Barbeyrac soms wel volgt (vgl. hieronder noot c), in de edd. 1919 en 1939 de fout heeft laten zitten. Ook de Engelse vertaling van 1925, die tamelijk nauwkeurig in het oplossen van de citaten is, heeft de fout blijkbaar niet opgemerkt.²⁸

Andreas Alciatus, *De praesumptionibus*, Regula tertia, Praesumptio 29 [ed. in *Opera*, IV, Francofurti 1617, col. 711–714]. Bedoeld is de passage die begint met de

27. Publii Terentii ... *Comoediae* ... et in eas Aelii Donati ... et Eugraphii ... *Commentaria*, Fr. Lindenbruchius ... recensuit, auxit et observationibus inlustravit, Parisiis 1602, p. 563. Er is ook een editie van 1623.

28. *De iure belli ac pacis libri tres* by Hugo Grotius, volume two: The Translation ... by Francis W. Kelsey, Oxford-London 1925, p. 325.

woorden ‘*Secundo declarat*’, waarin ten aanzien van de regel dat de koper van een gestolen zaak deze moet teruggeven *sine pretio* op gezag van Bartholomaeus Veronensis — dwz. Caepolla, in zijn *cautela* 10²⁹ — en Jason wordt gezegd: *ut non procedat quando emptor redemisset rem ab hostibus vel latrunculis exterarum gentis* [D. 49,15,6]. In de ed. 1617 wordt in een toevoeging in de marge bij *redemisset* verwezen naar de plaats van Menochius die De Groot direct na Alciatus aanhaalt. De Engelse vertaling van 1925³⁰ heeft ten onrechte de verwijzing naar Alciatus opgelost als een verwijzing naar diens *Praetermissa*.

Jacobus Menochius, *De praesumptionibus*, liber 5, praesumptio 29, num. 26 [ed. Coloniae Agrippinae 1627, p. 996]. Menochius doet een soortgelijke uitspraak als Alciatus en verwijst — behalve naar de zojuist aangehaalde plaats van Alciatus — naar een aantal andere auteurs, waaronder ook ‘*theologi*’; hij noemt eveneens de door De Groot verderop aangehaalde passage van Hostiensis (zie hieronder noot f).

Benvenutus Straccha, *Tractatus de navibus*, 2,18 [ed. in *De mercatura decisiones et tractatus varii*, Coloniae 1622, p. 421]. Straccha spreekt van koop van een schip of een andere zaak *a piratis et latrunculis exterarum gentis [capta]*; hij verwijst ook naar D. 49,15,6 en naar de door Alciatus aangehaalde *cautela* van Bartholomaeus Veronensis.

c) [Noot toegevoegd sinds ed. 1631] L. Si laborante § Si navis D. ad legem Rhodiam.

Verwezen wordt naar D. 14,2,2,3. Deze verwijzing is door Molhuysen in de edd. 1919 en 1939 ten onrechte toegevoegd aan de verwijzingen die hierboven in noot a vermeld zijn.³¹

d) [De passage ‘*Et ideo ... ematur*’ (‘En daarom ... berust’) is aan de tekst toegevoegd sinds de ed. 1631]

Deze toevoeging is geïnspireerd door de in de volgende noot geciteerde tekst van Paulus.

e) [Noot bij de toevoeging in de tekst sinds 1631] L. Si in emtione § rei, D. de contr. emt.

Verwezen wordt naar D. 18,1,34. De Groot spreekt in de tekst uitdrukkelijk van ‘Paulus de rechtsgeleerde’ ter onderscheiding van ‘Paulus de apostel’.

f) [Noot sinds ed. 1625] Aegid. Reg. disp. 31 dub. 7 n. 126. Host. tit. de poen. v. quid de praedam ementibus.

Met de eerste verwijzing is bedoeld op Aegidius de Coninck sive Regius, *De*

29. Deze had, zich baserend op Hostiensis (zie hieronder noot f), een *cautela* opgesteld *ne emptor rei furtivae aut vi raptae amittat pretium*: de koper moest bij de koop van een zaak verklaren ‘quod eam emit nomine ejus, cujus est, et paratus est ei restituere, restituto sibi prius pretio et interesse a domino’ (Bartholomaeus Caepolla, *Tractatus cautelarum*, cautela 10 [cautela 25 in ed. Lausannae et Genevae 1742, p. 17]; vgl. mijn hierboven, noot 3, aangehaald artikel, p. 241 [= 77] noot 18.

30. *Loc. cit.* (*supra* n. 28).

31. Ook Barbeyrac heeft noot c op onjuiste wijze aan de tekst aangeknoopt, zie hierboven noot 26.

moralitate, natura et effectibus actuum supernaturalium . . . libri quatuor, disputatio 31 (de bello), dubitatio 7, num. 126 [ed. Antverpia 1623, p. 638]. Gezien de zeldzaamheid van dit werk geef ik hier de bedoelde passage uit nr. 126 (die grotendeels ontleend is aan Ludovicus Molina, *De iustitia et iure*, disp. 118, num. 15):³²

‘Notat tertio [i.e. Molina], quando eiusmodi bona ab hostibus ita capta sunt, ut nulla sit spes priorem dominum ea posse recuperare, quemvis ex praesumpta huius voluntate licite ea vili pretio (prout communiter praeda a militibus venditur) emere, ea intentione ut domino comparenti ipsaque repetenti ea restituat, recepto pretio quod pro iis dedit, quod, cum huius (qui aliter rem suam nunquam fuisset recuperaturus) negotium utiliter gesserit, et quidem ex voluntate eius prudenter praesumpta, ab eo merito repetit. Quod notandum est pro Catholicis Hollandis, qui aliquando ex praeda Indica aliqua a nautis emunt’.

De Groot heeft dit kort voor de eerste druk van zijn *De iure belli ac pacis* verschenen werk van Gillis de Coninck³³ in zijn boek dertienmaal geciteerd. In de hierboven geciteerde passage zal de zin betreffende de Hollandse Katholieken hem bijzonder getroffen hebben.

De tweede verwijzing betreft Hostiensis (Henricus a Segusio), *Summa super titulis Decretalium*, titulo De poenitentis et remissionibus, versiculo *Quid de praedam ementibus* [ed. Venetiis 1605, kol. 1850–1851]. Bedoeld is de passage: ‘Quid si quis emat rem de praeda scienter, tamen hoc facit bona fide, non ut ipsam lucretur sed ut ipsam restituat recepto a domino pretio et interesse suo, cum alias dominus rei ipsam nullo modo recuperare posset vel non ita de facili . . .’. Hostiensis antwoordt dat een dergelijke koper de door hem betaalde koopprijs kan terugvorderen, indien tenminste aan enkele voorwaarden is voldaan. Deze passage van Hostiensis is vaak aangehaald; er wordt o.a. ook naar verwezen door Menochius, vgl. hierboven bij noot b. Hostiensis heeft zich elders in dezelfde titel (versiculo *Quid de furibus*, ed. cit., kol. 1854) ook over de soms in een plaatselijk statuut voorkomende volledige bescherming van een koper op de markt uitgesproken; hij wijst een dergelijke bescherming — waarbij de koper de zaak mag behouden — af, doch maakt een uitzondering voor het geval dat de koper een gestolen zaak koopt om haar aan de eigenaar te restitueren, onder verwijzing naar de zojuist geciteerde passage. Zich steunend op Hostiensis heeft Caepolla zijn hierboven in noot b terloops genoemde, door Alciatus geciteerde *cautela* 10 ontworpen.³⁴

De verwijzingen naar Regius en Hostiensis zijn door Barbeyrac ten onrechte toegevoegd aan de verwijzingen die hierboven in noot c vermeld zijn; Molhuysen is in de edd. 1919 en 1939 Barbeyrac in deze verkeerde aanknopng gevolgd.³⁵

32. Ed. Moguntiae 1614, I, kol. 463. Bij Molina wordt het door De Coninck weergegeven standpunt gevolgd door de opmerking: ‘Atque ita respondi aliquibus Christianis captivis, qui in Africa emerunt vili pretio a Mauris aliqua de spoliis Lusitanorum quando Rex Sebastianus occubuit’ (koning Sebastiaan van Portugal is in 1578 in een slag tegen de Moren in Ksar el-Kebir gesneuveld).

33. Geboren in Bailleul 16 december 1571, overleden in Leuven 31 mei 1633; hij doceerde theologie aan het Jezuïetencollege in Leuven, zie A. Vander Meersch in *Biographie Nationale*, dl. 4, Bruxelles 1873, kol. 892–893.

34. Zie hierboven, noot 29.

35. Zie hierboven, noot 26.

g) [Noot toegevoegd sinds ed. 1642] Speculum Saxonum II, 37 Landrecht tit. XV [legendum: Landrecht II, 36; I, XV].

Verwezen wordt naar Saksenspiegel Landrecht 2,36 en 1,15. De eerstgenoemde tekst (2,36) is door De Groot ook geciteerd in een aantekening die hij heeft geschreven in zijn te Lund bewaard handexemplaar van de Inleidinge, op Inl. 2,3,5, zie ed. 1952, p. 53 (vgl. hierboven bij noot 9). In 2,36 wordt gezegd hoe men gestolen goed bij derden kan opvorderen. In 1,15 wordt slechts over opvordering in de tweede hand gesproken. De Groot maakt geen melding van Saksenspiegel Landrecht 2,60,1, waar de onmogelijkheid van opvordering van roerend goed bij derden in gevallen van vrijwillig bezitsverlies behandeld wordt.

h) [Het woord '*gestorum*' ontbreekt in alle edities]

Het gaat hier m.i. om een fout die De Groot bij de correctie van de proeven van ed. 1625 — de enige die door hem gecorrigeerd zijn — over het hoofd heeft gezien. Latere uitgevers van de tekst hebben verbetering van de fout blijkbaar niet nodig geacht.

i) [Noot sinds ed. 1625]. Baldus et Castr. *l.* 1 D. de neg. gest. ['lib. 1 D. neg. gest.' *male* ed. 1939].

Verwezen wordt naar commentaren van Baldus de Ubaldis en Paulus Castrensis op D. 3,5,1 (Molhuysen vermeldt zowel in ed. 1919 als in ed. 1939 abusievelijk '*l.* 1 D. XXXV, 5'; dezelfde fout in de Engelse vertaling van 1925). Paulus Castrensis zegt op deze plaats [ed. Venetiis 1582, fol. 105 v°]: '*Quaerit hic Baldus quid si vendit praedam et aliquis emit pro restituendo illis quibus est ablata, an sibi competat haec actio an vero peccet. Et dicit quod non peccat. Tamen haec actio non competet nisi ille absens ratum habeat, quia istud est negotium quod pertinet ad eum ratihabitione, non autem re ipsa vel ipso gestu. Sed si emeret ut sibi retineret, peccaret secundum theologos, quia dat materiam praedandi; si enim non reperiretur emptor, frustra fierent praedae*'.

In het commentaar van Baldus op D. 3,5,1 [ed. Venetiis 1586, fol. 196 v° en 197 r°] hebben wij de door Paulus Castrensis geciteerde *quaestio* niet gevonden. Waarschijnlijk heeft De Groot ook alleen de tekst van Paulus Castrensis onder ogen gehad.

Uit de bovenstaande kritische analyse van de bronnen die door De Groot worden aangehaald in verband met een eventuele pecuniaire bescherming van de koper te goeder trouw van andermans zaak, kan worden afgeleid dat hij bij het schrijven van de desbetreffende passage in *De iure belli ac pacis* niet veel verder heeft willen gaan dan de *communis opinio* onder de juristen en de moraaltheologische schrijvers naar welke hij aan het begin van zijn *quaestiones* over de verbintenis *ex dominio* uitdrukkelijk had verwezen. Over de in de Inleidinge genoemde uitzonderingen op het beginsel van een algemene restitutieplicht (marktkoop etc.) spreekt hij niet. Hij beschouwt deze uitzonderingsgevallen blijkbaar niet als tot het natuurrecht behorend. In de Inleidinge is hij waarschijnlijk door regels van inheems Hollands recht op dit punt geïnspireerd. In *De iure belli ac pacis* volgt hij in de eerste plaats de geleerde

schrijvers; hoewel een enkele van hen – bijv. Hostiensis – terloops ook over costumiere bepalingen betreffende marktkoop spreekt, geeft dit De Groot geen aanleiding zich daarover uit te laten. Dit geldt ook voor zijn latere toevoegingen, waarbij hij o.a. wel naar het Joodse recht en naar het recht van de Visigothen verwijst; daar had het, zoals wij gezien hebben, wel voor de hand gelegen om ook over marktkoop (en soortgelijke gevallen) te spreken.

Het beginsel dat wij met 'roerend goed heeft geen gevolg' aanduiden speelt evenmin als in de Inleidinge een rol in zijn betoog. De gedachte dat een bezitter te goeder trouw in een aantal gevallen nog veel verder beschermd zou behoren te worden dan door een restitutie-aanspraak vindt men wèl bij Jean Barbeyrac, o.a. in noten op de door ons behandelde passage.³⁶ Deze schrijver zegt van de door De Groot gegeven regel dat de koper een te goeder trouw gekochte zaak altijd moet teruggeven: '... j'ose dire que la maxime, dont il s'agit ici, quelque généralement qu'elle soit reconnue par les jurisconsultes et les moralistes, est celle contre quoi la Raison se révoltera le plus, si l'on y pense bien; et qu'elle suffira pour faire soupçonner que les principes communs ne sont pas appuyés sur des fondements solides'. Hij vervolgt met de opmerking: 'Aussi voit-on que les coutumes de plusieurs peuples forment des exceptions à la maxime du droit romain, en plusieurs cas'. Als voorbeeld noemt hij de regels over marktkoop, Lombarden en oude kleerkopers; daarbij verwijst hij naar de passage van De Groot in zijn Inleidinge.

De Groot zelf schijnt echter deze uitzonderingen niet in dit licht te hebben gezien; zoals wij reeds hebben opgemerkt blijkt uit de door ons behandelde passage uit *De iure belli ac pacis* duidelijk dat hij voor het natuurrecht niet verder wilde gaan dan de traditionele uitzonderingen, zoals de koop van een zaak die in handen van zeerovers is geraakt. Wel geeft hij aan de restitutie-aanspraak van de koper in dat geval een andere fundering dan de meeste schrijvers, door de *actio negotiorum gestorum* als niet tot het natuurrecht behorend te beschouwen.

Hoewel het resultaat van ons onderzoek weinig positief is, menen wij toch te hebben aangetoond dat het de moeite waard is zich bezig te houden met tekstkritiek, bronnenanalyse en historische uitleg van de 'privaatrechtelijke' beschouwingen van De Groot in zijn *De iure belli ac pacis*.

36. *Le droit de la guerre et de la paix par Hugues Grotius, Nouvelle traduction par Jean Barbeyrac*, tome I, Leyde 1759, p. 394 n. 3.

*Ontmoetingen
in de
Rechtsgeschiedenis*

HELEEN GALL

Wetenschappelijk Hoofdmedewerker Oudvaderlands Recht,
Rijksuniversiteit te Leiden

Ontmoetingen in de Rechtsgeschiedenis

Drie joodse zaken in een Romeins-Hollandse jurisprudentieverzameling

HELEEN GALL

In de Meijersbibliotheek op het Gravensteen in Leiden bevindt zich een verzameling “regtsgeleerde beslissen” van Hof van Holland en Hoge Raad uit de tweede helft van de 17^e eeuw.¹ Prof. Meijers schrijft dat deze bundel zich lang onopgemerkt in familiebezit bevonden heeft tot hij hem op een veiling heeft kunnen aankopen.² Het manuscript is gebonden in een perkamenten band van 34,5 bij 21 cm. Op de rug ervan staat geschreven “REGTSGELEERDE BESLISSEN”. Aan de binnenzijde bevindt zich een aantekening van Meijers met zijn *Ex libris*. De folio's hebben een formaat van 33 bij 21 cm en bevatten als watermerk òf het Amsterdamse wapen òf de Hollandse Leeuw.³ Het manuscript is gebonden nadat het geschreven was. Dat blijkt uit de letters die weggebonden zijn. Na vier blanco pagina's volgen er twee met een onvolledige inhoudsopgave, in een latere hand geschreven. De inhoudsopgave begint ergens halverwege zodat het vermoeden bestaat dat het eerste deel ervan is zoekgeraakt. Het werk is niet gefolieerd maar gepagineerd. De paginering begint bij de eerste beslissing, is doorlopend – ook wat de blanco pagina's betreft – en eindigt op pagina 555 waarna er nog 21 ongepagineerde blanco pagina's volgen.

Het handschrift wordt door Meijers toegeschreven aan Pieter Ockers. Hij schrijft over hem: “Pieter Ockers is thans een vergeten man. Ware hij niet door den dood verrast en had hij tijd gevonden zijn manuscripten voor de pers klaar te maken, dan zou dit waarschijnlijk geheel anders zijn”.⁴ Ockers werd op 15 oktober 1628 in Zierikzee gedoopt en is op 23 september 1678 overleden.⁵ Hij was de oudste van een gezin met vijf zoons en bleef ongehuwd. Hij heeft zich op 22 september 1642 – 13 jaar

1. Meijersbibliotheek IX, 118. In de *Catalogue des manuscrits des collections d'Ablain et Meijers*, Lugduni Batavorum 1970, wordt dit manuscript onder Meijers 41 besproken.

2. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* I (1918/19), p. 411.

3. Aan de hand van H. Voorn, *De papiermolens in de provincie Noord-Holland*, Haarlem 1960, en *De papiermolens in de provincie Zuid-Holland alsmede in Zeeland, Utrecht, Noord-Brabant, Groningen, Friesland, Drenthe, Wormerveer* 1973, heb ik niet kunnen achterhalen waar het papier vandaan komt.

4. Zie noot 2.

5. P.D. de Vos, *De vroedschap van Zierikzee van de tweede helft der 16^{de} eeuw tot 1795*, Middelburg 1931, p. 359.

oud – onder de naam Petrus Ockertius bij de juridische faculteit in Leiden laten inschrijven⁶ en is daar op 4 februari 1650 gepromoveerd.⁷ Op 4 december 1654 werd hij tot raadsheer in het Hof van Holland, Zeeland en West-Friesland benoemd. Hij bleef lid van dit Hof tot 22 oktober 1669.⁸ Op die dag werd hij lid van de Hoge Raad, wat hij tot zijn dood gebleven is.⁹

In het manuscript zelf is geen enkele aanwijzing te vinden dat het hier om een verzameling van Pieter Ockers gaat. Meijers geeft echter drie redenen waarom dat naar zijn mening wel het geval moet zijn. Ten eerste: de jaren van Ockers' lidmaatschap van Hof en Hoge Raad (december 1654–september 1678) sluiten precies aan bij de data van de arresten van het manuscript, nl. 1656–1678. Voor geen enkele raadshere geldt hetzelfde. Ten tweede: de in het manuscript besproken arresten zijn blijkens de registers in het archief van het Hof alle mede door Ockers geweest; ook dit geldt voor geen ander raadslid. Als derde reden heeft Meijers geschreven: "het manuscript in de Koninklijke Bibliotheek van Ockers is met dezelfde hand geschreven als de Latijnsche gedeelten uit mijn manuscript".¹⁰ Hier doelt Meijers op een lijvig foliant dat zich in de Koninklijke Bibliotheek in Den Haag bevindt.¹¹ Op het titelblad staat – in een latere hand – geschreven: "Twintig oeffeningen off tractaten van de Heer Raetsheer Pieter Ockers over diversche voornaeme materien van het beschreven regt waerin de bijgevoegde wetten werden geëxpliceert en geëluceert." Dit boek bevat 532 folio's, dus meer dan 1 000 pagina's, waarop twintig Romeinsrechtelijke problemen worden behandeld. De casus zijn met talloze verwijzingen naar het *Corpus iuris civilis* toegelicht. Deze verwijzingen zijn in aparte registers achterin het werk opgenomen. Volgens Meijers zou dit werk dus door dezelfde hand geschreven zijn als de Latijnse gedeelten uit het Leidse handschrift. Bij vergelijking ervan bleek mij dat deze handen niet één en dezelfde kunnen zijn. Dit was eerder ook al opgemerkt door Mr. W. D. H. Asser in zijn op 5 oktober 1983 verdedigde dissertatie.¹² Het is mogelijk dat beide werken feitelijk door een klerk of secretaris zijn geschreven. In dat geval kunnen zij zeer wel alle twee door Ockers geconcipeerd of gedictieerd zijn.

Meijers' exemplaar dat ik in het vervolg ook wel "Ockers" noem, bestaat uit drie gedeelten. Het eerste gedeelte, dat loopt van pag. 1 tot pag. 255, bevat in totaal 112 in het Latijn geschreven teksten. In deze teksten worden 106 casus uit het civiele recht uiteengezet; vijf casus zijn twee maal beschreven met dien verstande dat de tweede

6. *Album studiosorum Academiae Lugduno Batavae*, p. 334.

7. In Bronnen tot de geschiedenis der Leidsche Universiteit uitgegeven door P. C. Molhuysen, derde deel 8 febr. 1647–18 febr. 1682, 's-Gravenhage 1918, is op p. 26 onder 4 febr. 1650 te vinden: "Eadem sessione visus est dignus Petrus Overtius, cui post disputationem in Senatu supremus in iure conferretur gradus, quem illi contulit D. Maestertius". "Overtius" moet "Ockertius" zijn.

8. Memorialen van het Hof (den Raad) van Holland, Zeeland en West-Friesland, van den secretaris Jan Rosa, delen I, II en III, Haarlem 1929, p. L.

9. Algemeen Rijksarchief (ARA) te Den Haag, Hoge Raad nr. 1537 folio 9 verso.

10. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* I (1918/19), p. 411 noot 1.

11. KB no. 72 B 14.

12. W. D. H. Asser, *In solidum of pro parte. Een onderzoek naar de ontwikkelingsgeschiedenis van de hoofdelijke en gedeelde aansprakelijkheid van vennoten tegenover derden*, Leiden 1983, p. 130 noot 132.

beschrijving uitvoeriger is en daarin soms correcties zijn aangebracht; één tekst betreft een advies waarschijnlijk van het Hof. Na elke uiteenzetting van de casus volgt een uitvoerig commentaar. Deze casus die met uitzondering van het advies geleid hebben tot een arrest of sententie van het Hof omvatten in tijd de periode 1656 tot 1669 (het oudste arrest dateert van 11 januari 1656 en het jongste van 12 april 1669). De rangschikking is niet chronologisch, maar naar onderwerp, verdeeld over zeven titels te weten: 1. erfrecht (36 zaken, waaronder vier dubbel), 2. huwelijks- en huwelijksgoederenrecht (13 zaken), 3. handelsrecht (21 zaken), 4. contractenrecht (vijf zaken), 5. recht van preferentie en hypotheek (21 zaken; één daarvan is het advies), 6. diversen (zeven zaken), 7. competentie (negen zaken, waaronder één die ook al in titel 3 behandeld wordt).

Het tweede gedeelte, lopend van pag. 273 tot pag. 385, bevat in chronologische volgorde 58 civiele beslissingen van de Hoge Raad, gewezen tussen 14 november 1669 en 30 juli 1678 en één beslissing van het Hof uit 1719; deze zijn met een letter of lettercombinaties aangegeven. Dit gedeelte is in de Nederlandse taal geschreven en in een andere hand dan het eerste en derde gedeelte, die in dezelfde hand geschreven zijn. Naar onderwerp is dit deel beperkter dan het eerste; het bespreekt voornamelijk erfrechtelijke zaken, maar ook zaken betreffende huwelijks- en huwelijksgoederenrecht, het recht van preferentie en hypotheek, alsook zaken uit het handels- en contractenrecht.

Het derde gedeelte tenslotte dat loopt van pag. 393 tot pag. 552, bevat uitgebreide wederom in het Latijn geschreven commentaren op 21 beslissingen, die al in het tweede gedeelte aan de orde geweest zijn en die door marginale aantekeningen naar elkaar verwijzen. Deze beslissingen hebben met een enkele uitzondering alle betrekking op het erfrecht.

Vermoedelijk door weer een andere hand zijn later en wel voor het laatst op of na 9 november 1719 door het gehele handschrift heen noten, correcties, verwijzingen en aantekeningen aan de commentaren toegevoegd en zijn de data waarop de beslissingen zijn gewezen en de namen van de partijen bijgeschreven. Zou dit evenwel toch één van de twee handen zijn, dan lijkt die van de Latijnse gedeelten het meest in aanmerking te komen. Maar die zou dat dan veel later en met een andere – veel scherpere – pen hebben gedaan. In twee gevallen heeft deze persoon een vergissing gemaakt, nl. bij beslissing L en bij beslissing BB. In het eerste geval wordt 24 oktober 1701 en in het tweede geval . . .¹³ december 1703 opgegeven. Onderzoek in de resolutieboeken van de Hoge Raad, waarin de beraadslagingen over het concept-arrest van de raadsheer-rapporteur staan genoteerd, heeft uitgewezen dat dit 28 oktober 1671 en 5 december 1673 moeten zijn.¹³

Tot nu toe zijn één of meer beslissingen in de literatuur behandeld.¹⁴ Allereerst in het

13. De datum is niet ingevuld. Zie voor beide zaken ARA Den Haag, Hoge Raad nr. 655. De dicta zijn in nr. 900 te vinden.

14. In Verslagen en Mededeelingen [der] Vereniging tot uitgaaf der bronnen van het oud-vaderlandsche recht XI (1954–1958), wordt op de pp. 5 en 258 over het manuscript gesproken. In het verslag over 1952 en 1953 wordt op p. 5 gezegd, dat Meijers het handschrift voor uitgave aan de Vereniging ter beschikking stelde en dat het bestuur in beginsel besloot een uitgave van dit handschrift in het

door Meijers geschreven artikel in het eerste nummer van het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis.¹⁵ Vervolgens in een artikel van de hand van F.J. A. Huart in het vierde deel van het Economisch Historisch Jaarboek.¹⁶ Onder de titel "Een 'observantie' van een vonnis van het Hof van Holland betreffende de geldtheorie in de zeventiende eeuw" betoogt hij daarin overigens dat de observantie niet zozeer van belang is voor de rechtsgeschiedenis als wel "voor de ontwikkeling der geldtheorie tot haar tegenwoordigen vorm".¹⁷ Voorts is er in de bundel "Het Testament" van de hand van Meijers een artikel verschenen over holografische testamenten.¹⁸ Paragraaf 15 van dit artikel heeft Meijers geheel aan de reservatoire clause gewijd aan de hand van de in het manuscript aangelegde verzameling. Hij schrijft daar dat in 1665 de eerste principiële beslissing van het Hof van Holland valt over de geldigheid van een reservatoire clause. Ondanks twijfel en bezwaren heeft het Hof bij arrest van 18/28 februari 1665 de clause als geldig erkend met de volgende – door Meijers – letterlijk uit "Ockers" decisiën vertaalde beschouwingen: "Ofschoon dit alles niet zonder grond tegen de reservatoire clause kan aangevoerd worden, heeft desniettemin het Hof gemeend, dat het gebruik reeds zo was toegenomen, dat het Hof het gezag daarvan niet heeft willen aantasten, opdat niet plotseling de uiterste willen van vele personen werden nietig verklaard; en terwijl dagelijks deze clause in testamenten werd opgenomen, werden daaromtrent uiterst zelden processen gevoerd, zodat het gebruik daarvan niet minder door een stilzwijgende toestemming van het volk was bekrachtigd dan Justinianus getuigt, dat weleer met de codicillen het geval is geweest".¹⁹ In december 1673 werd blijkens het manuscript de clause eveneens door de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland aanvaard, zolang de latere beschikking maar geen erfstelling bevatte.

De persoon die tot nu toe als laatste over decisiën uit deze bundel geschreven heeft, is de al eerder genoemde Mr. W.D. H. Asser. Hij behandelt in zijn proefschrift twee uitspraken van het Hof van Holland en één uitspraak van de Hoge Raad, die alle drie over hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten gaan.²⁰

Zelf wil ik enige zaken uit het huwelijksgoederenrecht behandelen. Het betreft drie zaken, waarin een uitspraak wordt gedaan over het al dan niet rechtsgeldig zijn van de zogenaamde ketuba. In joodse gemeenten bestond nl. een eigen vorm van huwelijkscontract, ketuba geheten. De uitreiking van dit contract dat in het algemeen door de bruidegom en twee getuigen ondertekend was maar in ieder geval niet door de bruid, vormde een essentieel onderdeel van de huwelijksluiting. Bij het sluiten

programma voor de publicaties der Vereeniging op te nemen, maar dat er nog geen bewerker voorhanden was. In het verslag over 1954, 1955 en eerste helft 1956 staat dat Mr. J. Th. de Smidt bereid gevonden is, de bewerking op zich te nemen. Deze taak heb ik in 1982 van Prof. de Smidt overgenomen.

15. Pp. 410–412.

16. 's-Gravenhage 1918, pp. 184–206.

17. P. 184.

18. Arnhem 1951, pp. 51–64.

19. Het Testament, p. 59. Zie "Ockers" decisie BB. Deze komt zowel in het tweede als in het derde gedeelte van het manuscript voor.

20. In solidum of pro parte, pp. 129–133.

van joodse huwelijken ontstond in het algemeen geen gemeenschap van goederen; regelingen met betrekking tot het huwelijksgoederenrecht werden in de ketuba opgenomen. Al in de 17e eeuw echter waren joden, die in Holland wilden trouwen verplicht een burgerlijk huwelijk te sluiten.²¹ Maar zij stelden in vele gevallen nog volgens het joodse gebruik de ketuba op. De vraag die nu ontstond was dan ook of dergelijke contracten beschouwd konden worden als huwelijkse voorwaarden naar Hollands recht en zo ja of zij dan geldig zijn, omdat zij immers niet volgens de in Holland geldende vereisten gesloten zijn, maar louter volgens de joodse.

De eerste casus is in het manuscript te vinden in de zevende decisie van de tweede titel over het huwelijks- en huwelijksgoederenrecht van het eerste gedeelte.²² Het betreft een joods echtpaar dat op 15 maart 1648 in Amsterdam volgens het gemene recht voor schepenen in het huwelijk getreden is. De naam van de vrouw luidt Isabella Henriques Cardosa alias Rachel Camacho en die van de man Antonio Louys alias Raphael Camacho. Voorafgaand aan dit huwelijk is er op 28 januari 1648 een ketuba in het Hebreeuws opgesteld. Deze ketuba is in drie van elkaar te onderscheiden gedeelten onderverdeeld. "Ockers" schrijft dat hij de ten behoeve van het Hof gemaakte vertaling opneemt, maar voegt eraan toe dat hij betwijfelt of de vertaling wel gemaakt is door mensen die de Hollandse taal voldoende beheersen. Hij schrijft betreffende het eerste gedeelte: "Soo heeft signor Raphael Camacho geseit tot de maegt Rachael Camacho: sijt mij tot een huysvrouwe naer de wet Moses en Israëls en ik sal u eeren, hanthaven, bestieren ende cleeden, volgens 't gebruyk der joodsche mannen, dewelcke haere huysvrouwen onderhouden, eeren, hanthaven en cleden, met waarheit; en sal u geven in silver 200 penningen die u naer de wet toecomen voor de dote van uwen maegdom, alsmede u voetsel, cledinge, ende onderhout, en sal een egtelijk leven met u leiden, soo als 't gebruyk is over den geheelen aertbodem; en de voorseide Rachael Camacho heeft daerinne bewilligt, en is den voornoemden heer bruydegom Raphael Camacho tot een huysvrou geworden; en dit is den dote ofte houwelijkx goed dat sij hem aengebragt heeft uyt het huys haers vaders in silver, gout en juweelen, huysraet, cleederen ende contant gelt de summa van dertigh duysent guldens ider gulden tot 20 stuyvers in gelt en munte deser stad Amsterdam goet ende wigtigh". Tevens wordt geregeld dat Raphael haar bruidsschat met de helft zal vermeerderen, zodat zij uiteindelijk de beschikking heeft over f 45.000. "Ockers" eindigt het in vertaalde vorm weergegeven eerste gedeelte van de ketuba met "en wij hebben den eed afgenomen van den voornoemden heer Raphael Camacho voor de voorseide juffrou bruyd dona Rachel Camacho, maegt, op alle het bovengeseide en

21. In een resolutie van de Heeren Staten van Hollandt ende West-Vrieslandt van 30 september 1656 is met zoveel woorden gesteld dat alle joden vanaf die dag verplicht zijn om als zij in het huwelijk willen treden, dat zonder uitzondering te doen volgens de regels van de Politieke Ordonnantie van 1580. Vóór die tijd gesloten huwelijken moeten, voor zover zij niet volgens deze regels gesloten zijn en voor zover zij nog niet ontbonden zijn, binnen twee maanden na 30 september 1656 bij de magistraten van de respectievelijke woonplaatsen aangegeven worden om alsnog geconfirmeerd te worden. Zie Groot Placaet-Boeck III, p. 504.

22. Deze zaak is eveneens te vinden in het ARA Den Haag, Hof van Holland nr. 782 in 't XXV Register van de sententien beginnende den XXV^e September 1665 ende eyndigende den tweeden July 1666 inclusy, als 24^e zaak van 1666. Daar wordt de zaak zeer uitvoerig beschreven (28 pp.).

verclaerden door een perfecten eed van nu af met een sufficient instrument om daermede te sweeren ende alles is klaer ende vast gebleven. Onder deselve ketuba ofte dote-brieff stont geteykent en tot getuygen Salom Ben Joseph en Mose Cardoso, Raphael Camacho'.

In het tweede gedeelte van de ketuba wordt geregeld hoe de verdeling van de erfenis moet plaats vinden als één van de twee echtgenoten met of zonder kinderen komt te overlijden. Als de bruid als eerste overlijdt zonder kinderen na te laten, dient de bruidegom de helft van haar bruidsschat, nl. f 15.000, aan de erfgenamen van de bruid uit te keren. Als zij echter bij haar overlijden wel kinderen nalaat, dan zal de bruidegom alles van haar erven "naer de ordre van de weth dat de man erve van zijn vrouwe". Mocht de man als eerste komen te overlijden — al of niet met nalating van kinderen — dan ontvangt de vrouw haar gehele bruidsschat met de door haar man in het eerste gedeelte van de ketuba toegezegde vermeerdering, samen f 45.000 bedragende. Ook nu is de man ten overstaan van zijn vrouw in het bijzijn van de twee getuigen de eed afgenomen en hebben de man en de twee getuigen hun handtekening geplaatst. Het derde gedeelte van de ketuba bevat een verklaring van de bruidegom, dat hij de bruidsschat "te weten de summa van 30.000 guldens als boven in gelt en munte deser stad Amsterdam, 26.000 guldens in contant geld en 4000 guldens in huysraet en stucken gouts" ontvangen heeft. Tevens heeft hij de moeder van de bruid en alle andere voogden gequiteerd zodanig dat hij van nu af aan nergens meer aanspraak op kan maken. Ook hieronder staan de handtekeningen van de bruidegom en de twee getuigen.

In de loop der jaren ging het de man financieel steeds slechter af zodat hij in 1661 failliet ging. Daarop vertrok hij in het geheim met medeneming van alles wat maar mogelijk was zonder ook maar iets achter te laten behalve zijn huis en wat roerende goederen. Na de faillietverklaring was de gehele boedel vervallen aan de desolate boedelkamer en was er een curator over aangesteld. De vrouw vordert daarop uit de boedel de van haar zijde aangebrachte goederen terug of een vergoeding voor zover die goederen niet meer aanwezig werden gevonden. Enkele crediteuren van haar man te weten de minderjarige kinderen van Salomon Goessens (verder de kinderen Goessens te noemen) vorderen bij monde van hun voogden Pieter van Daken en Nicolaes Born een bedrag uit de boedel dat hun naar hun zeggen toekomt op grond van een leenovereenkomst. Op 24 september 1658 is er een acte opgemaakt van de overeenkomst tussen de weeskamer van Amsterdam en Antonio Louys alias Raphael Camacho waarbij de weeskamer een bedrag van 10.000 carolusgulden ten laste van de kinderen Goessens aan Antonio Louys had geleend tegen een rente van 4% waarvan onder geen enkel beding mocht worden afgeweken. In de overeenkomst werd bepaald dat hoofdsom en rente zes maanden na daartoe te zijn aangemaand aan de weeskamer moesten worden betaald en dat er een generale hypotheek tot zekerheid voor de geleende som en de rente op alle roerende en onroerende, tegenwoordige en toekomstige goederen van Antonio Louys rustte.

Bij vonnis van 16 mei 1662 hadden de commissarissen van de desolate boedelkamer Rachel haar eis en conclusie ontzegd, waarmee zij genoegen had genomen. Het vonnis was vervolgens in kracht van gewijsde gegaan, waarna alle goederen verkocht wa-

ren. Het huis bracht 50.540 gulden, 18 stuivers en 8 penningen op en de roerende goederen 577 gulden en 30 stuivers. Deze opbrengst was de curator in consignatie gegeven. De kinderen Goessens kregen vervolgens op grond van hun generale hypotheek het recht zich met voorrang boven alle anderen, dus ook boven Rachel te verhalen. Rachel kwam hier echter tegenop en voerde aan dat zij op grond van de bepalingen in de ketuba ten aanzien van de door haar vóór en tijdens het huwelijk ingebrachte goederen het recht van preferentie had vóór alle anderen. Partijen konden het niet eens worden en legden hun geschil voor aan de commissarissen van de desolate boedelkamer. Dezen hadden daarop bij vonnis van 17 juli 1663 verklaard dat de kinderen Goessens voorgingen boven Rachel. De vrouw is van dit vonnis in appel gegaan bij het gerecht of college van schepenen van Amsterdam. Dit college wees haar vordering af bij vonnis van 16 januari 1664 door te verklaren dat Rachel door het vonnis van de commissarissen niet was bezwaard. Zij verzocht het Hof van Holland om mandament in cas van reformatie. Dit werd haar verleend, waarop zij de gedaagden heeft doen dagvaarden. De impetrante eiste voor het Hof met een beroep op de ketuba vernietiging van de vonnissen en een verklaring door het Hof dat zij gerechtigd is tot al haar in het huwelijk aangebrachte goederen en dat zij voorts geprefereerd zou zijn op "alle de gelden, effecten ende goederen van den boedel" van haar man vóór de gedaagden en medeëisers en alle anderen die geen ouder of beter recht hebben tot een bedrag van f 26.000 plus de waarde van de vermiste goederen. In hun uitvoerig antwoord verweerden de gedaagden zich onder meer met de stelling dat zij de ketuba nooit hadden gezien, dat zij er niet van overtuigd waren dat eiseres inderdaad f 30.000 had ingebracht, dat als de ketuba is gemaakt deze niet aan de vormvereisten voor het maken van huwelijkse voorwaarden naar Hollands recht heeft voldaan en dat niet duidelijk is gemaakt wanneer de ketuba tot stand zou zijn gekomen, of dat vóór of ná het huwelijk is gebeurd. Voorts voerden zij aan dat de overeenkomst tussen Antonio Louys alias Raphael Camacho en de weeskamer van Amsterdam in september 1658 dus staande huwelijk met impetrante was gesloten.

Het Hof, schrijft "Ockers", was van mening, dat, ook al wordt van joden die in deze streken wonen verwacht dat zij zich houden aan onze wetten en gewoonten, er in dit geval niet alleen onderzocht moet worden wat er geschreven is, maar vooral wat uit het geschrevene opgemaakt kan worden omtrent de wil van de echtgenoten, aangezien echtgenoten in deze zaak vrij zijn hun eigen mening te hebben. Daarom overwoog het Hof dat het door de impetrante aangevoerde overtuigender was dan het door de gedaagden aangevoerde; te meer omdat we in dit geval meer aan een in de "societas" ingebracht deel moeten denken dan aan een bruidsschat. Het Hof vernietigt dan ook het vonnis en zegt de impetrante de som van f 400 per jaar toe als alimentatie zolang het huwelijk tussen de impetrante en haar man zal voortduren. Deze som – te betalen uit de vruchten van de penningen – moet de desolate boedelkamer haar jaarlijks uitbetalen. Alle verdere vruchten moeten met het gehele kapitaal bij de kamer blijven zolang het huwelijk voortduurt. Voor het geval de impetrante komt te overlijden terwijl haar man nog leeft en er op dat moment geen kinderen meer in leven zijn (ten tijde van dit vonnis waren er vier kinderen), dan krijgt haar familie de helft van het door haar ingebrachte goed (= f 15.000). Als de

man vóór haar komt te overlijden al dan niet met nog in leven zijnde kinderen, dan krijgt zij f 45.000 voor zover de penningen daarvoor toereikend zijn. Het Hof verklaart de gedaagden preferent boven de impetrante voor hetgeen haar niet is toebedeeld in geval haar man de langstlevende is en er op het ogenblik van haar overlijden nog kinderen van hen in leven zijn.

Aan het slot van deze zaak is later bijgeschreven: "Hetselve is ook alsoo gedeceideert" en dan worden er twee zaken genoemd, één voor de Hoge Raad van 1686 en één voor het Hof van 1719. Die voor de Hoge Raad speelt tussen Abraham en Isaac Pereira cum suis, kinderen en erfgenamen van Rebecca Pereira, eisers in rau actie en verweerders in reconventie, contra Jacob Pereira, hun vader, verweerder in conventie en eiser in reconventie.²³ Jacob is in 1661 met Rebecca getrouwd, waarbij zij een ketuba hebben opgesteld. Rebecca is in 1667 overleden en Jacob is in de boedel blijven zitten zonder staat of inventaris op te maken. De eisers vorderen in conventie van hun vader staat en inventaris van de boedel op te maken en hun de helft van de gemeenschap uit te keren. De verweerder weigert dit maar biedt de eisers hun legitieme aan. Voorts vordert hij in reconventie "dat verclaert sou werden, dat er geen gemeynschap van goed was geweest en hij eysscher alleen gerechtigd tot al hetselve". In deze zaak gaat het dus ook om de vraag of de ketuba naar Hollands recht een geldige overeenkomst is, met andere woorden of de ketuba "naer de wetten deser landen" de gemeenschap van goederen en die van winst en verlies kan uitsluiten. Bovendien stelt zich de vraag of indien de vorige bevestigend beantwoord wordt dit in casu ook feitelijk is gebeurd. Tevens moet de rechter beslissen of het gedeelte van de ketuba waarin de erfopvolging wordt geregeld, geldig is in dat gebied van Holland waar het aasdomsrecht vigeert. De ketuba bepaalt beweerdelijk in strijd met het aasdomsrecht dat indien de bruid als eerste overlijdt en kinderen nalaat, de man als enig erfgenaam met uitsluiting van de kinderen wordt aangewezen. Sterft zij zonder kinderen na te laten dan zal de ene helft van haar bruidsschat naar de man en de andere helft naar haar vaders familie – met uitsluiting van haar moeder – gaan. De eisers in conventie zijn van oordeel dat hun ouders zonder huwelijkse voorwaarden zijn getrouwd, omdat naar hun mening de ketuba niet meer is dan "een joodse ceremonie, bij de bruid niet geteykent, noch gecontraheert, self niet gelesen, noch hooren lesen, ja oock geen gemeenschap van goed secluderende en sulx na de wetten deser landen tusschen deselve is geweest gemeynschap van goederen". Verweerder in conventie fundeert zijn stelling op de joodse wet aanvoerende dat het huwelijk volgens de wet van Mozes en Israël is aangegaan volgens welke er nóóit gemeenschap kan ontstaan. Bovendien is de ketuba voor zover die hem recht op alle door zijn vrouw nagelaten goederen geeft niet in strijd met het aasdomsrecht, omdat ook daar een gelijke regeling bij huwelijkse voorwaarden bedongen kan worden. Ten aanzien van de staat en inventaris voert hij aan dat er in de ketuba een specificatie en begroting van het door de bruid aangebrachte goed is gemaakt. Voorts voert verweerder aan dat overeenkomstig de regel "dat al die hier wonen haer motten reguleren na onse landrechten" en de regel "dat oock 't contract soo ver moet plaets hebben, als 't na ons

23. ARA Den Haag, Hoge Raad nr. 659 onder 10 december 1686.

recht can bestaen" eisers "de legitime ofte helft in haer moederlijcke goederen ende de helft in de winst en verlies tot nu toe gevallen" toekomt. Nu hij zijn kinderen hun legitieme heeft aangeboden blijft de rest van de ketuba geldig ongeacht de vraag of de bruid deze al dan niet getekend of gelezen heeft omdat zij de inhoud ervan kende. De raadsheren bespreken deze zaak uitvoerig op 10 december 1686. Zij beoordelen in meerderheid de ketuba als huwelijksvoorwaarden "omdat het — met de woorden van de raadsheer en rapporteur in deze zaak, Van Niedeck — is een contract, stipulatie en verdrach voor 't huwelijck, waarvan de bruyd den inhoud wist". De vraag of de ketuba in casu de gemeenschap van goederen en die van winst en verlies opzij heeft gezet, beantwoorden zij bevestigend. De kwestie over de verhouding van de bepalingen in de ketuba tot het vigerende aasdomsrecht beslissen zij ten gunste van de joodse overeenkomst; de overweging dienaangaande van de raadsheer en rapporteur Van Niedeck — waarbij o.a. de praeses zich aansluit — luidt: "of die conditien nopende de successie hier te lande cunnen subsisteren te meynen ja en dat dusdanige dispositien dagelijcx geschieden waerbij de langstlevende al 't goed crijcht, mits de kinderen opvoedende 't welck haer is loco legitimae, doch om dit volcomen tot 't lantrecht te brengen en daer na te reguleren, sou de kinderen geven haer legitime portie en den verweerder met sijn praesentatie laten volstaen". Bij de conclusie om de kinderen de legitieme portie uit te keren sluiten zich naast de praeses de heren Van der Hoogen, Hop, Bronchorst en Van Cruyningen aan. De heer Van Kinschot is van mening "dat de praesentatie van de legitime wel billijck schijnt, doch omdat geen sententien in judicio contradicto hier van sijn, noch men weet d'intentie van de staten, dese saek te doen beschrijven". De heer Rosenboom tenslotte vindt dat de ketuba stilzwijgend inhoudt dat de vader de kinderen loco legitimae moet onderhouden, dat hij staat en inventaris moet opmaken van de huidige boedel en dat hij daarna veroordeeld moet worden "de kinderen te onderhouden pro arbitrio judicis". De heren Hop en Van Cruyningen voegen respectievelijk nog aan hun woorden toe "dat joden naer de wet Mosis gericht wordende niet te clagen hebben en de eyschers de wil van haer moeder moesten opvolgen" en "Dat een jode in dit cas tegens een jode ende jegens de wet Godts onder haer niet behoort gehoort te werden, dat dit is een contract antenuptiael onder de joden".

De derde zaak speelt zich af tussen Joseph senior, koopman in Amsterdam, impetrant van mandament in cas d'appel, en Jacob Rodrigues Pereira, die eveneens in Amsterdam woont, en die voor zichzelf en als erfgenaam ab intestato van zijn overleden broer Isaack optreedt.²⁴ Beiden waren erfgenamen ab intestato van hun overleden zus Ribca, die met Joseph senior getrouwd was. Het Hof vernietigt het vonnis van de schepenen van Amsterdam van 14 juli 1718 en verklaart dat de impetrant ermee mag volstaan de erfgenamen van zijn vrouw de helft (= f 4250) van haar bruidsschat uit te betalen, met andere woorden het Hof verklaart dat de ketuba rechtsgeldig is.

Uit deze drie zaken blijkt dat men in zijn algemeenheid vond dat vreemdelingen

24. ARA Den Haag, Hof van Holland nr. 929, 't XVIII Register van de sententien beginnende met den 4. September XVII negentien ende eyndigende met den 27. November XVII negentien, folio's 83 en 84.

in casu joden die zich hier te lande metterdaad gevestigd hadden, met betrekking tot het huwelijksrecht aan onze wetten onderworpen waren maar dat men de joodse gebruiken rechtskracht toekende voor zover die naar joods recht rechtsgeldigheid bezaten en zich niet tegen het Hollandse recht verzetten. In feite beoordeelde men de ketuba niet op de vraag of die een huwelijks voorwaarde is — hetgeen volgens de raadsheer Rosenboom ook niet gedecideerd behoefde te worden — maar alleen op de vraag wat er gestipuleerd werd en of deze stipulaties strijdig waren met het Hollandse recht. Met andere woorden, zoals ook uit de boven weergegeven woorden van “Ockers” blijkt, kende men op dít punt van het huwelijksgoederen- en erfrecht een grotere waarde toe aan de wil van partijen dan aan de formele totstandkoming van het contract.

Door de sterke toename van het aantal joden, dat zich in de 17^e eeuw in de Noordelijke Nederlanden, in het bijzonder in Amsterdam, vestigt, zal de rechtsgeldigheid van de ketuba naar Hollands recht steeds meer gefundeerd zijn in het gezag van de rechtsgewoonte zoals dat ook voor de reservatoire clause is geconstateerd. We kunnen vaststellen dat die geldigheid van de ketuba medio 18^e eeuw wel algemeen aanvaard zal zijn geweest als we zien dat vanuit het moederland in een resolutie van 1 augustus 1740 wordt bepaald dat ketuba's die in de koloniën door Portugese joden gesloten zijn en nog gesloten zullen worden, “van die kragt en werkinge sullen zijn, dat daardoor eo ipso alle gemeenschap van goederen, alsmeede van winst en verlies, staande huwelijk te vallen, sullen zijn uitgeslooten en gesecludeert”.²⁵

Ontmoetingen in de rechtsgeschiedenis! Uit deze kennismaking met een 17^e eeuwse jurisprudentieverzameling heb ik drie momentopnamen gekozen waarin raadsheren van Hof van Holland en Hoge Raad zich in dergelijke ontmoetingen werkzaam tonen. Verspreiding van recht immers heeft in het verleden veel fascinerende ontmoetingen gearrangeerd. Tussen om voorrang strijdende rechtsregels en gewoonten niet alleen, maar vooral tussen personen die zich dagelijks met de beoefening van het recht — in wetenschap en praktijk — bezighielden en nog houden.

25. Groot Placaet-Boeck VI, p. 541. Deze resolutie wordt op 2 januari 1741 in Suriname bekend gemaakt. Zie West-Indisch Plakaatboek; Plakaten, ordonnantiën en andere wetten, uitgevaardigd in Suriname I, Amsterdam 1973, p. 469.

*Romeinsrechtelijke Invloeden op
de Rechtspositie van
het Kind in het oude Recht
van de Zuid-Nederlandse
Gewesten*

JOHN GILISSEN

Auditeur-Generaal emeritus, Militair Gerechtshof;
Professor emeritus, Vrije Universiteit Brussel

Romeinsrechtelijke Invloeden op de Rechtspositie van het Kind in het oude Recht van de Zuid-Nederlandse Gewesten

JOHN GILISSEN

Professor Paul van Warmelo heeft, op mijn verzoek enkele jaren geleden, een artikel geschreven over de evolutie van de rechtspositie van het kind in het Rooms-Hollandse recht van Zuid-Afrika; het was zijn bijdrage tot het congres dat de "Genootschap Jean Bodin voor vergelijkende geschiedenis der instellingen" te Straatsburg in 1972 heeft ingericht en dat de rechtspositie van het kind in de wereld-geschiedenis heeft bestudeerd.¹ Mijn bijdrage tot dit ter ere van collega van Warmelo gepubliceerd huldeboek is een korte studie over een gelijksoortig onderwerp, namelijk de rechtspositie van het kind in het oude recht van de Belgische gewesten², meer in het bijzonder enkele problemen in verband met de invloed van het Romeinse recht. Deze invloed was tamelijk gering, in alle geval geringer dan in de Noordelijke Nederlanden waar, vooral in Holland, de romanisatie veel grondiger geweest is. Gezien het Rooms-Hollandse recht het recht van Zuid-Afrika geworden en grotendeels gebleven is, leek het nu wel niet onbelangrijk de romanisatie van het recht van de minderjarige in het Zuiden met dit van het recht in het Noorden van de Nederlanden te vergelijken.

In de Zuidelijke Nederlanden bestonden, tot het einde van de 18e eeuw, een honderdtal min of meer verschillende rechtsstelsels. Niet alleen had elke landsheerlijkheid zijn eigen recht, maar in de grote landsheerlijkheden Vlaanderen, Brabant, Henegouwen en Artesië bestonden nog tientallen rechtsstelsels, eigen aan elke stad of streek. Zo vond men in Brabant naast het stadrecht van Brussel het landrecht van Ukkel, dat van Alsemberg en Rode, enz.; naast het stadrecht van Antwerpen het landrecht van Zandhoven, en ook dat van Befferen, van Deurne, van Geel, van Mol, van Lier enz. In Vlaanderen hadden steden zoals Brugge, Gent, Ieper, Oostende,

1. P. van Warmelo, "La situation juridique de l'enfant dans le droit romano-hollandais de l'Afrique du Sud", in *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, dl. 35, *L'Enfant*, 1e deel, Brussel 1975, bl. 271-285.

2. Aan dit onderwerp heb ik een meer uitgebreide studie gewijd ter gelegenheid van het reeds vermelde congres J. Gilissen, "Le statut de l'enfant dans l'ancien droit des provinces belges", te verschijnen in *Recueils de la Société Jean Bodin*, dl. 37.

Roeselare, Poperinge hun eigen recht naast de landrechten van het Brugse Vrije, van de Oudburg van Gent, van de Zaal Ieper enz. . .³

Het recht van elk gebied was vooral gewoonterecht; maar in vele gebieden, vooral in de steden, was het ook gedeeltelijk wettenrecht, ontstaan vanaf de 13e eeuw in de vorm van stedelijke of gewestelijke ordonnantiën of van door de landsheer verleende privilegebrieven. De voogdij, bijvoorbeeld, werd in vele steden geregeld, vanaf de 14e of ten minste 15e eeuw, door ordonnantiën die zeer nauwkeurig de rechten van de weeskinderen en van de voogden bepaalden.⁴

Ter gelegenheid van de optekening en de homologatie van de gewoonterechten in de 16e en 17e eeuw, werd naar unificatie gestreefd. Vele kleine rechtsgebieden werden door grotere opgeslorpt vooral in Luxemburg, in Namen, in Henegouwen. Er bleven nochtans een honderdtal rechtsstelsels over, in de plaats van de meer dan 600 in vroegere tijden.⁵

Elke studie van het oude recht in de Zuid-Nederlandse gewesten is dus noodzakelijk een rechtsvergelijkende analyse van meer dan honderd rechtsstelsels. Deze opmerking geldt ook t.o.v. de receptie van het Romeins recht; wel werd het Romeins recht, of beter gezegd het "gemeen geschreven recht" of *ius commune*, in het algemeen als subsidiair recht ter gelegenheid van de homologatie van de gewoonterechten erkend: maar aangezien de rechtsoptekeningen in vele gewesten tamelijk uitgebreid waren, bleef er weinig over voor het subsidiair recht.⁶

Deze algemene opmerking geldt ook voor de enkele problemen die we hier bestuderen in verband met de status van het kind: de *patria potestas*, de 25-jarige meerderjarigheid, de voogdij en de zwiigende hypotheek op de goederen van de voogd. We zullen moeten vaststellen dat een bepaald romeinsrechtelijk rechtsbegrip of rechtsregel hier wel, maar daar niet toegepast werd, zelfs tot het einde van de Ancien Régime. Van een algemeen oud-Belgisch recht, evenmin als van een algemeen oud-Nederlands recht, kan bijna nooit gesproken worden.

Aan dit recht van het kind in de Noordelijke Nederlanden heeft collega Hans Ankum een zeer omvangrijke en belangwekkende studie gewijd, ook ter gelegenheid van het congres van Straatsburg. Ze moet nog, in verkorte vorm, verschijnen in deel

3. Zie kaarten in J. Gilissen, *Historische Inleiding tot het Recht*, Antwerpen 1981, blz. 258-260. Over stad — en landrecht, zie J. Gilissen en I. Roggen, "Les problèmes du droit privé urbain en Belgique", in *Recueils de la Société Jean Bodin*, dl. 8, Brussel 1957, blz. 221-284.

4. De stedelijke ordonnantiën werden echter niet altijd toegepast; zo leest men in de eerste optekening van het Antwerps gewoonterecht: "De ordonnancie die de weesmeesters hebben, en wordt universalick in deze stadt nyet geuseert noch onderhouden" (Costumen antiquissimae, 1546, tit. X art. 7, in G. de Longé, *Coutumes de la ville d'Anvers*, dl. I, Brussel 1870, bl. 298).

5. J. Gilissen, "Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII Provinces des Pays-Bas", *Tijdschr. Rechtsgeschiedenis*, dl. 18, 1950. bl. 36-67 en 239-290: dezelfde, "Efforts d'unification du droit coutumier belge aux XVIe et XVIIe siècle", in *Mélanges Georges Smets*, Brussel 1952, blz. 295-317.

6. J. Gilissen, "A propos de la réception du droit romain dans les provinces méridionales des Pays de par-deça aux XVIe et XVIIe siècle", in *Mélanges R. Monier* en in *Revue du Nord*, dl. 40, 1958. bl. 259-271; dezelfde, "Romeins recht en inheems gewoonterecht in de Zuidelijke Nederlanden (13e-16e eeuw)", *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg.*, 1955, bl. 97-139.

37 van de *Recueils*; maar intussen heeft Ankum zijn uitgebreide studie in het *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* laten verschijnen.⁷

Aan de andere rechtsstelsels die de invloed van het Romeinse recht hebben ondergaan, zullen ook enkele rechtsvergelijkende beschouwingen gewijd worden. De reeds verschenen vier delen (deel 35, 36, 38 en 39) van de *Recueils de la Société Jean Bodin* besteed aan "*L'Enfant*" bevatten inderdaad een hele reeks bijdragen betreffende niet alleen het recht in de Oudheid (o.a. Grieks en Romeins recht), maar ook en vooral het recht in de middeleeuwen en in de nieuwe en nieuwste geschiedenis in de meeste landen.

1. PATRIA POTESTAS EN PARENTUM POTESTAS

Ten opzichte van het gezag op de kinderen, kan men de oud-Belgische rechtsstelsels in twee grote groepen indelen: de stelsels met *patria potestas* (vaderlijke macht) in het Land van Luik en het Land van Loon, in Vlaanderen Gallicant, het Doornikse, het Kamerijkse; anderzijds de stelsels met *parentum potestas* (ouderlijke macht) in Vlaanderen flamingant, in Brabant, in Henegouwen, in Artesië.⁸ Men zou dan ook geneigd zijn hieruit af te leiden dat de streken met *patria potestas* de invloed van het Romeinse recht hebben ondergaan, terwijl die met *parentum potestas* eraan ontsnaptten.

De vraag is echter niet zo eenvoudig. Wel heeft de plaatselijke rechtsleer in de 17e-18e eeuw deze stelling aanvaard; maar een analyse van beide stelsels en een historisch onderzoek in oudere bronnen leiden tot een meer genuanceerde voorstelling.

In de gewesten met ouderlijke macht leest men in de meeste rechtsoptekeningen van de 16e-17e eeuw dat de kinderen "zijn ende blijven in de maght en de bedwangh van huer ieder vaders ende moeder"⁹, in de "plicht ende momboirije . . . van vader ende moeder huer ieder"¹⁰ "en pain de père et de mère".¹¹ In Artesië schreef een commentator van het gewoonterecht van dit rechtsgebied, Nicolas de Gosson, in 1582: *Loco patria potestas, competit parentibus custodia, tutela et cura liberorum*.¹² Een andere auteur, Maillart, schreeft later: *Puissance paternelle n'a point lieu en Ar-*

7. H. Ankum, "Etudes sur le statut juridique des enfants mineurs dans l'histoire du droit privé néerlandais à partir du 13e siècle. I: Cessation de la minorité" in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, dl. 44, 1976, bl. 291-335; "II en III: Puissance parentale et tutelle," *ibidem*, dl. 45, 1977, bl. 117-153; "IV. A, 1. Le mariage et les conventions matrimoniales des mineurs," *ibidem*, dl. 46, 1978, bl. 203-249; IV A. 2 en 3: "Testaments et procédures civiles des mineurs," *ibidem*, dl. 47, 1979, bl. 295-317.

8. J. Gilissen, "Ouderlijke macht in het oud-Belgische recht", *Tijdschr. Rechtsgeschiedenis*, dl. 29, 1961, bl. 484-506. Ter vergelijking: N. Ogris, "Das Erlöschen der väterlichen Gewalt nach deutschen Rechten des Mittelalters und der Neuzeit", *Recueils . . . Bodin*, dl. 36, bl. 417-452.

9. Costumen van Kortrijk (1557), Gent (1563), Aalst (1618), Brugse Vrije (1619), Dendermonde (1629), enz. (J. Gilissen, *Ouderlijke macht, op. cit.* bl. 488).

10. Costumen van Brussel (1606), van Antwerpen (1582, 1608), enz. (*ibidem*, bl. 501-502).

11. Costumen van Henegouwen (1619) (*ibidem*, bl. 503).

12. N. de Gosson, *Ad consuetudines Atrebatenses commentatio*, Antwerpen 1582 (uitgave Maillart, *Coutumes générales d'Artois*, Parijs 1704, bl. 144).

tois, non plus qu'en France,¹³ formule die hij trouwens ontleende aan de Franse auteur Loisel: *Droit de puissance paternelle n'a lieu*.¹⁴

In een Antwerpse turbe van 1525 werd de vraag gesteld of men, “na het landrecht van Brabant, ende besundere in de stad ende quartier van Antwerpen niet en useert *de patria potestate* noch van emancipatie, adoptien ofte arrogation soo die gescreven rechten dairaf disponeren, noch en weet men dairaf onder tvolck niet te spreken”. In hun antwoord beperken de turbiers zich te zeggen “dat men alhier in deser stad van Antwerpen niet en useert de solemniteiten van emancipation naar gescreven rechte . . .”, maar verder, op een andere vraag, dat het recht van Antwerpen “al contrarie is van de dispositien van gescreven rechten *de filio familias in patria potestate*”.¹⁵

Teksten uit de 13e en 14e eeuw laten toe vast te stellen dat deze macht van beide ouders toen reeds bestond. Dit stelsel ging trouwens gepaard, ten minste in het westelijk deel van Vlaanderen, met een huwelijksvermogenstelsel van algehele gemeenschap van goederen, waarin alle goederen van man en vrouw tijdens het huwelijk tot één gemeenschap samensmolten.

Deze ouderlijke macht eindigde o.m. bij het overlijden van een van de ouders, van de vader zowel als van de moeder. Ze werd dan vervangen door de houdenisse, uitgeoefend door de langstlevende ouder; eerst na diens dood begon de voogdij.¹⁶

In het oostelijk deel van België bestond dergelijke ouderlijke macht niet, maar wel een vaderlijke macht. In het Land van Loon (d.i. ongeveer het hedendaagse Belgisch Limburg) schreef advocaat Herbert Govaerts circa 1681 in zijn *Consuetudines lossenses: Filii sunt in potestate patris* . . .¹⁷, hetgeen overeenstemt met hetgeen Charles de Méan, commentator van het recht van het Land van Luik in 1652 geschreven had: *In patria potestate sunt liberi quos ex justis nuptiis procreavimus, non jure Leodiensium solum, sed communi (in princip. Inst. de patripotest. et C. eod. tit. L.3 et 4, D. de his qui sui vel alieni jur.)*”¹⁸, Charles de Méan verwijst aldus uitdrukkelijk naar het Romeinse recht.

Maar, is deze Luikse en Loonse *patria potestas* wel de romeinsrechtelijke instelling? Het stelsel van de macht over de kinderen was er tamelijk verschillend na het overlijden van de vader: de *potestas* behoorde dan aan de overlevende moeder toe en, indien ze hertrouwde, zelfs aan de schoonvader.¹⁹ Moeder en schoonvader oefenden dus de “vaderlijke” macht uit, op — ongeveer — dezelfde wijze als de vader. Dit stelsel schijnt voort te stammen uit de Luikse *mainplévie*, een typisch Luiks huwelijksvermogenstelsel, waarin de man, zijn leven lang, over alle goederen mocht

13. A. Maillart, *op cit.* bl. 853.

14. M. Reulos, *Les Institutes coutumières de Loisel*, Parijs 1935, bl. 23, nr. 37.

15. E.M. Meijers, *Het West-Brabantsche Erfrecht*, Haarlem 1929, Bijlagen, bl. 210-211.

16. J. Gilissen, “De houdenisse in het oud-Vlaamse recht,” *Tijdschr. Rechtsgeschiedenis*, dl. 31, 1963, bl. 346-402.

17. L. Crahay, *Coutumes du Pays de Looz*, dl. I. Brussel 1871, bl. 91.

18. Ch. de Méan, *Observationes et res judicatae ad jus civile Romanorum, Leodiensium, aliarumque gentium* . . ., Luik, 1652, dl. I, Observatio 61, § 1 (3e uitg. 1740, dl. I, bl. 125).

19. *Recueil de points marqués pour coutume du Pays de Liège*, I, 7 (J.J. Raikem e.a., *Coutumes du Pays de Liège*, dl. II, Brussel, 1873, bl. 545).

beschikken, maar waarin na zijn overlijden alle goederen (behalve de leengoederen) aan de overlevende vrouw toebehoorden.²⁰ Deze *mainplévie*, evenals de moederlijke macht, bestond in het Luise ten minste sedert de 13e eeuw.²¹ Ze werden dus zeer waarschijnlijk niet onder romeinsrechtelijke invloed ingevoerd.

Dezelfde vaststellingen kunnen gedaan worden in andere gebieden met *patria potestas*: Vlaanderen gallicant (Rijssel, Dowaaï, Orchies), Henegouwen, het Doornikse, het Kamrijkse. De *mainplévie* bestond aldaar echter niet; laat-middeleeuwse teksten laten nochtans toe ook daar te twijfelen aan een invloed van het Romeinse recht bij het tot stand komen van een *patria potestas*.

2. VIJFENTWINTIGJARIGE MEERDERHEID

Romeinsrechtelijke invloed is wel te vinden in het bepalen van de leeftijd van 25 jaar voor de overgang van minderjarigheid naar meerderjarigheid. In de middeleeuwen lag die leeftijdsgrens veel lager: 11 of 12 jaar voor de meisjes, 14 of 15 jaar voor de jongens, soms 16 of 18 jaar. Die leeftijd werd in vele gewesten gebracht op 25 jaar in de loop van de 15e tot 18e eeuw; maar niet overal.²² Voor bepaalde rechtsstelsels kan men de datum van de invoering met tamelijk veel nauwkeurigheid bepalen.

Maar die leeftijd stelde geen einde aan de vaderlijke of ouderlijke macht, uitgezonderd in bepaalde gewesten vanaf de 16e of 17e eeuw. In het algemeen betekende het bereiken van de meerderjarigheidsleeftijd dat het kind bij het overlijden van zijn vader (in de streken met vaderlijke macht) of van zijn vader of moeder (in de streken met ouderlijke macht) niet onder voogdij of hondenisse viel, maar "zich zelf" (*sui iuris*) werd. Meestal – maar niet overal – stelde het ook een einde aan de voogdij. Aan de ouderlijke of vaderlijke macht, alsook aan de voogdij werd wel een einde gesteld door het huwelijk van het kind, door de uitbroding, ontvoogding of emancipatie, en, meestal, door het bekleden van bepaalde officiële functies (schepenambt, priesterschap, enz.); in de andere gevallen bleef het meerderjarig kind onder het gezag van zijn vader of ouders.

2a. De 25-jarige meerderjarigheid werd ontleend aan het Romeinse recht, dat het einde van de curatele op die leeftijd had gesteld. De curatele was echter bijna onbekend in het gewoonterecht van de Zuidelijke Nederlanden, waar alleen de voogdij bestond.²³ Jehan Boutillier, die zijn *Somme rural* in het Doornikse opgesteld circa

20. F. Bomerson, "La mainplévie dans le droit coutumier liègeois", *Revue hist. droit français*, 1930, bl. 294-323.

21. Men vindt sporen ervan in de Luikse Paweilhar Giffou (circa 1280 en later) en in andere bronnen uit die jaren (Baguette ed., *Le Paweilhar Giffou*, Luik 1946; cf. ook D. Van den Auweele, G. Macours en H. De Ridder-Symoens, "Les Paweilhars conservés à l'abbaye du Mont César à Louvain", in *Liber Amicorum J. Gilissen, Wetboek en Grondwet in historisch perspectief*, Antwerpen 1983, bl. 363-388.

22. Ter vergelijking: Th. Bühler, "L'âge de la majorité dans l'ancien droit suisse", *Recueils*, dl. 36, *L'Enfant*, Brussel 1970, bl. 351-362; G. Buchda, "Kinder und Jugendliche im deutschen Recht (Mittelalter und neuere Zeit)", *ibidem*, bl. 381-415; R. Metz, "L'enfant dans le droit canonique médiéval", *ibidem*, bl. 9-96 (de kanoniekrechtelijke minderjarigheid duurde tot 25-jarige leeftijd, bl. 17).

23. Zoals in Frankrijk: "Tuteur et curateur n'est qu'un", schreef Loisel (*op. cit.*, nr. 104, bl. 37).

1395, heeft reeds duidelijk het verschil tussen gewoonterecht en Romeins recht terzake beklemtoond: *Pupilles sont ceux qui sont en minorité, si comme les hoirs masles qui sont dessous quinze ans, et la femelle dessous unze ans; et selon droit escrit dessous vingt-cing ans.*²⁴

Een van de eerste vermeldingen van de leeftijd van 25 jaar is te vinden in een privilegebrief voor de stad Bergen (Mons) in Henegouwen, van 1428: een wees, kind van een burger van de stad, kan geen geldige verkoopakte of andere verbintenis aangaan zonder de toestemming van zijn naaste verwanten en van de schepenen van de stad, indien hij geen 25 jaar oud is.²⁵ Tot dan toe was volgens een Henegouwse landcharter van 1200 de meerderjarigheid bereikt op 15-jarige leeftijd voor de jongens, op 12 jaar voor de meisjes; maar ze bleven onbekwaam rechtshandelingen te verrichten zolang ze niet “mise hors de pain” (= uitbroding) waren.²⁶ In de andere stads- en landrechten van Henegouwen werd later, o.a. in 1484, de meerderjarigheid gesteld op 21 jaar voor de jongens en op 18 jaar voor de meisjes, zelfs in de streek rond Bergen.²⁷ De Romeinsrechtelijke meerderjarigheid op 25 jaar bleef dus onbekend in Henegouwen, met uitzondering van de stad Bergen.²⁸

In de stad Gent wordt de 25-jarige leeftijd als einde van de voogdij in 1483 ingevoerd door middel van een stadsordonnantie die uitdrukkelijk bepaalt “dat *van nu voort an*” alle jongens in voogdij blijven “tot zij commen zullen zijn ter oudde van vive ende twintich jaren”, uitgezonderd indien ze door huwelijk of anders vroeger ontvoogd waren.²⁹ Als einde van de ouderlijke macht, vindt men de 25-jarige leeftijd te Gent voor het eerst in het ontwerp van costumen van 1546, daarna in de gehomologeerde costumen van 1563.³⁰

Te Mechelen werd de 25-jarige meerderjarigheid reeds in 1535 ingevoerd, daar volgens het ontwerp van costumen van 1527 de minderjarigheid nog steeds eindigde op 18 jaar.³¹ Te Namen dateert ze van 1564, doch alleen voor de jongens; vroeger waren ze meerderjarig op 15-jarige leeftijd.³²

Te Antwerpen werd de 25-jarige meerderjarigheid ingevoerd in 1582, in de rechts-optekening *impressae*; op 25 jaar eindigt dan zowel de ouderlijke macht als de voogdij; in de optekening *antiquissimae* van 1548 was de meerderjarigheid nog op 20 jaar bereikt, maar ze stelde geen einde, noch aan de ouderlijke macht noch aan de voog-

24. Jehan Boutiller, *Somme rural*, titre XCII, uitgave Paris 1603, bl. 517.

25. Ch. Faider, *Coutumes des pays et comté de Hainaut*, dl. III, Brussel, 1878, bl. 58 en 63.

26. *Ibidem*, dl. I, bl. 4.

27. Charter van 1484, *ibidem*, dl. III, bl. 76-77; gewoonterecht van Bergen, 1534, *ibidem*, dl. III, bl. 93-95, gewoonterecht van Henegouwen, 1619 (*ibidem*, dl. II, bl. 414).

28. En van de stad Edingen, vanaf 1619; maar Edingen ging te hoofde, via Geraardsbergen, naar Gent en volgde bijgevolg het Gentse recht dat de 25-jarige meerderjarigheid reeds in 1546 ingevoerd had.

29. A.E. Gheldolf, *Coutumes de la ville de Gand*, dl. I, Brussel 1968, bl. 667.

30. Ontwerp-costumen van 1546, XX, 1 en VI, 1 en 2; costumen van 1563, XXI, 1 (*ibidem*, bl. 344, 250 en 94).

31. Ontwerp-costumen van 1527, art. 283; gehomologeerde costumen van 1535, titel XIX, art. 5 (L. Th. Maes, *Costumen van de stad Mechelen*, dl. II, Brussel 1960, bl. 53; G. de Longé, *Coutumes de la ville de Malines*, dl. I, Brussel 1879, bl. 148).

32. Ontwerp costumen, 1558-1559, art. 64; costumen van 1564, art. 19 (J. Grandgagnage, *Coutumes de Namur*, bl. 440 en 7). De meisjes werden meerderjarig op 20 jaar.

dij. Bij het overlijden van één van zijn ouders viel het kind van meer dan 20 jaar niet meer onder voogdij; maar indien het onder voogdij stond, eindigde deze voogdij slechts op 22 jaar, "ten waere dat ze waeren van quaden regimente"; dan bleven ze onder voogdij tot hun 25 jaar.³³

In het Land van Luik wordt de 25-jarige meerderjarigheid uitdrukkelijk ingevoerd in 1572; in de toen afgekondigde Reformatie van prinsbisschop Geraard van Groesbeek staat dat tot dan toe veel onzekerheid bestond nopens de leeftijd waarop de minderjarigheid eindigde; de Reformatie bepaalt dat voortaan de minderjarigheid eindigt door het huwelijk van het kind of het bereiken van de 25-jarige leeftijd.³⁴

Er bleven tamelijk veel uitzonderingen bestaan: 24 jaar (Lier, 's Hertogenbosch, Brugse Vrije, Cassel, Meessen, enz.) 21 jaar, (voor de jongens in Limburg, Dowaaï, Orchies, enz.) 18 jaar (voor de meisjes in vele gewesten), zelfs nog 11 en 14 jaar in Artesië.

In de 18e eeuw heeft Keizerin Maria-Theresia, in haar hoedanigheid van vorstin van de meeste vorstendommen in de Zuidelijke Nederlanden, gepoogd de unificatie van de meerderjarigheidsleeftijd in al haar vorstendommen in te voeren; ze beriep zich uitdrukkelijk op het Romeinse recht om de leeftijd van 25 jaar op te leggen.³⁵ Ze slaagde er slechts in deze algemene regel in te voeren, bij ordonnantie van 29 juli 1777, in de hertogdommen Brabant en Limburg; in alle andere gewesten hadden de Justitieraden een ongunstig advies verleend, zeggende dat de lokale gewoonterechten voldoende waarborgen verschaften; zelfs de stad Antwerpen in Brabant gelegen heeft weerstand geboden, maar heeft uiteindelijk de ordonnantie toch gepubliceerd.

2b. In tegenstelling met het Romeinse recht, hebben de rechtsstelsels van enkele gewesten in het Noorden van de Zuidelijke Nederlanden het beginsel ingevoerd van het einde van de ouderlijke macht door het bereiken van de leeftijd van 25 jaar. Deze emanciperende meerderjarigheid, die in het Frans (en Belgisch) Burgerlijk Wetboek van 1804 opgenomen werd (art. 372), werd waarschijnlijk voor het eerst ingevoerd in de stad Gent in 1546, later te Antwerpen in 1582, in het graafschap Namen waarschijnlijk in 1564, te Leuven in 1585, te Brussel in 1607, te Brugge, in het Brugse Vrije, te Aalst, te Oudenaarde, te Dendermonde, in het Overkwartier Roermond rond het jaar 1620, in het hertogdom Limburg in 1696, in delen van Artesië in 1743.³⁶

In de andere gewesten, o.m. in het Luikse, het Henegouwse, het zuiden van Vlaanderen, bleef, zoals in het Romeinse recht, de *patria* of de *parentum potestas*

33. Costumen van 1548, art. 305; costumen van 1582, XXXVI, 3 en XLIII, 67 (de Longé, *Coutumes d'Anvers*, dl. I, bl. 304; dl. II, bl. 208).

34. Kap. XIII, art. 16 (Raikem e.a., *Coutumes de Liège*, dl. II, bl. 450).

35. In de aanhef van de ordonnantie, leest men: "... ces coutumes ne sont pas également compassées sur l'âge de maturité que les lois romaines avaient fixé dans tous les cas à 25 ans ..." (J. de le Court, *Recueil des Ordonnances des Pays-Bas autrichiens*, dl. 11, Brussel 1905, bl. 187-188 en noot).

36. Kaart en studie in J. Gilissen, "Puissance paternelle et majorité émancipatrice dans l'ancien droit de la Belgique et du Nord de la France". *Revue historique de droit français et étranger*, 1960, bl. 5-57; de kaart ook in J. Gilissen, *Hist. int. recht*, bl. 575.

bestaan tot het overlijden van de vader, of van de langstlevende ouder, uitgezonderd in geval van huwelijk of emancipatie van het kind.

3. VOOGDIJ

De voogdij is waarschijnlijk de instelling die, inzake de rechten van het kind, de grootste invloed van het Romeins recht heeft ondergaan. Dit kan echter betwist worden, want men weet zeer weinig over het ontstaan van de schepenenvoogdij bij gebrek aan een grondige studie van de voogdij in de 13e en 14e eeuw.³⁷

Tijdens de feodale periode bestond er in de Belgische gewesten, evenals trouwens in de meeste streken van West-Europa, een leenheerlijke voogdij die aan de leenheer toeliet het leen tot zich te trekken indien zijn vazal overleed, terwijl zijn oudste zoon nog minder jarig was; de leenheer eigende zich het leen en tevens alle roerende goederen toe, maar moest het kind opvoeden. Wanneer het weeskind in staat was de leenverplichtingen te vervullen, meestal op 14- of 15-jarige leeftijd, bekwam het het leen terug. Deze instelling is blijven bestaan in de meeste leenrechten van latere eeuwen, alsook in het gewoonterecht eigen aan de edellieden.³⁸

Daarnaast bestond ook een familiale voogdij die door de naaste zwaardmag, d.i. de naaste mannelijke bloedverwant, uitgeoefend werd; deze, meestal baillister of houder genoemd, oefende de leenverplichtingen uit tot het kind meerderjarig werd; het kind kreeg dan het leen en zijn andere goederen terug, maar de baillister was geen rekenschap verschuldigd.³⁹

Naast deze twee soorten uit het leenstelsel gegroeide voogdijen is, waarschijnlijk in de 13e eeuw, de schepenenvoogdij ontstaan in bijna alle Zuid-Nederlandse gewesten. De voogd of meestal de voogden werden aangeduid onder de naaste verwanten, door of mits goedkeuring van de schepenen die voortaan een werkelijk toezicht over hen uitoefenden. Deze voogdij was opgevat in het belang van het kind; zijn goederen moesten te zijner bate bewaard worden; de voogden moesten een inventaris van alle goederen opmaken en geregeld rekenschap over hun boedelbeheer aan de schepenen geven; op het einde van de voogdij moesten ze afrekenen in aanwezigheid van de schepenen. In vele steden werd, vanaf de 14e of 15 eeuw, het toezicht aan een weeskamer toevertrouwd, bestaande uit schepenen, gewezen schepenen of andere door de schepenenbank aangestelde burgers.⁴⁰

Onbetwistbaar doet deze instelling van de voogdij denken aan de *tutela* van het laat-Romeinse recht: grote rol van de datieve voogdij, inventaris opmaken, aansprakelijkheid van de voogd, enz. In de rechtsboeken van de 15e-18e eeuw wordt de voogdij

37. De enige studie over de geschiedenis van de voogdij, die van J. Van Houtte, *De voogdij over de minderjarigen in het oud-Belgische recht*, Gent-'s Gravenhage 1930, zegt bijna niets over de middeleeuwse toestanden.

38. Bijvoorbeeld in de *Coutumes générales du Pays de Luxembourg*, van 1623, IX, 3: garde noble (M. Leclercq, *Coutumes . . . Luxembourg*, dl. II, 1869, bl. 25).

39. J. Gilissen, *Hist. int. recht*, bl. 481; G. Lepointe, *Droit romain et ancien droit français: régimes matrimoniaux, libéralités, succession*, Parijs 1958, bl. 256-261 (garde noble et garde bourgeoise).

40. Ter vergelijking, R. Ganghofer, "La protection du mineur dans un droit au confluent des systèmes français et germaniques: le droit alsacien" (vooral over voogdij), *Recueils . . . Bodin*, dl. 36, bl. 285-328.

bijna altijd beschreven met verwijzing naar romeinsrechtelijke teksten uit de *Institutiones* en de *Codex*, ook – maar minder – uit de *Digesta*. Zulks is o.a. vast te stellen in de werken van Boutillier en Van der Tanerijen in de 15e eeuw, van de Ghewiet en Sohet in de 18e eeuw, maar ook en vooral in het standaardwerk over de voogdij, de *Patrocinium pupillorum*, door Joost de Damhouder te Brugge in 1544 uitgegeven; het staat vol met verwijzingen naar Bartolus, Baldus, Jason, Alciato, Vigilius en vele andere romanisten.⁴¹

In het wettenrecht en de gewoonterechtelijke optekeningen zijn echter bijna geen verwijzingen naar het Romeins recht te vinden. Vele steden hebben op het einde van de 14e en vooral in de 15e en 16e eeuw ordonnantiën over voogdij en weeskamers; men vindt er te Rijsel vanaf 1388, te Kortrijk vanaf 1401, te Brugge, Veurne, Oudenaarde, Ieper, Brussel, Leuven, Zandhoven, Mol, enz.⁴² Sommige optekeningen van costumen bevatten een lang hoofdstuk over voogdij.

In de dertiende eeuwse optekeningen van gewoonterecht is de voogdij zelden vermeld; bij voorbeeld in het Facet van Sint-Amands (1267), in de Rijselse Livre Roisin (1267-1304), in de korte optekening “Dit is ’t recht van Uccle” (streek rond Brussel), in de Luikse Paweilhar Giffiou (circa 1280), is bijna nooit spraak van de schepenen voogdij, wel soms nog van baillisters en houders. Nochtans was toen reeds de schepenvoogdij algemeen verspreid; uit de 13e eeuw zijn honderden contracten bewaard, waarin wezen onder dergelijke voogdij vermeld staan.

Een van die eerste optekeningen van enkele rechtsregels over de voogdij vindt men in het groot stadscharter van Gent van 1297 (art. 106-112);⁴³ er is geen duidelijk spoor van invloed van Romeins recht te bespeuren. Weliswaar dagen de eerste romeinsrechtelijk geschoolde juristen in het Gents stadsbestuur slechts kort nadien op, nl. in het begin van de 14e eeuw; Hendrik Braem, stadsklerk in 1304, stadspensionaris vanaf 1314, was een *professor legum*; Gilbert van Roeselare, klerk van de stad circa 1309, droeg dezelfde titel.⁴⁴

Men vindt wel reeds romeinsrechtelijke invloeden in de stedelijke ordonnantie over die voogdij die te Brussel anderhalve eeuw later, in 1445, opgesteld werd.⁴⁵ Het grootste deel ervan beschrijft de schepenvoogdij zoals ze in het Brusselse gewoonterecht was ontstaan: voogdij vanaf het afsterven van een van beide ouders, toezicht

41. Talrijke uitgaven tot 1730, ook te Amsterdam, Frankfurt, Venetië; het werk werd vertaald in het Frans, het Duits en zelfs het Pools.

42. Zeer talrijke ordonnantiën of weeskeuren in de Noordelijke Nederlanden; zie lijst in H. Ankum, *op. cit.*, *Tijdschr. Rechtsgeschiedenis*, dl. 44, 1976, bl. 331-335.

43. A.E. Gheldolf, *Coutumes de la ville de Gand*, dl. I, bl. 472-475.

44. J. Gilissen, “Les Légistes en Flandre aux XIIIe et XIVe siècles,” *Handelingen Commissie Oude Wetten en Verordeningen van België*, dl. XV, 1939, bl. 179.

45. De tekst ervan is zo pas uitgegeven door Ph. Godding, “L’ordonnance du magistrat bruxellois du 19 juin 1445 sur la tutelle”, in *Liber Amicorum John Gilissen*, Antwerpen, 1983, bl. 149-174. Een oudere tekst over voogdij in het stadrecht van Brussel en Vilvoorde en in het landrecht van Ukkel is te vinden in het “Veertiende eeuwse oude rechtsboek van Vilvoorde”, uitgegeven door Eg. I. Strubbe in de *Handelingen van de Koninklijke Commissie der Oude Wetten en Verordeningen van België*, dl. 15, 1936, bl. 106-108; ook in E.M. Meijers, *Het West-Brabantse Erfrecht*, Haarlem, 1929, Bijlagen, bl. 54-55. Deze optekening zou circa 1350-1375 opgesteld zijn; men vindt er geen uitdrukkelijke sporen van Romeins recht.

door naaste verwanten van beide zijden en door schepenen als overmomboren, einde van de voogdij op 15-12-jarige leeftijd, enz. Zelfs andere rechtsregels die romeinsrechtelijk zouden kunnen zijn, zijn het waarschijnlijk niet daar ze evengoed uit de gewoonterechtelijke evolutie kunnen ontstaan zijn, zoals b.v. het verlies van de voogdij door de weduwe ingeval ze hertrouwt, verplichting de voogdij te aanvaarden, opstellen van een inventaris van de goederen, verplichting af te rekenen op het einde van de voogdij. Maar andere rechtsregels zijn onbetwistbaar van romeinsrechtelijke afkomst, bijvoorbeeld de in artikel 17 opgenomen redenen van verschoning: zeventigjarige leeftijd, ziekte die de voogd zou beletten zijn eigen goederen te beheren, een andere voogdij reeds uitoefenen; deze opsomming is waarschijnlijk ontleend aan de *Institutiones*, I, 25, 5, 6, 7 en 13. Ander voorbeeld: de wees mag, zonder “auctoriteyt” van zijn voogd, zijn toestand wel verbeteren, maar niet verslechteren; het woord “auctoriteyt” is niet in het middeleeuws nederlands gekend, maar is ontleend aan de *Institutiones* die het begrip *auctoritas* gebruiken in verband met de rechtsregel: *meliolem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate* . . . (*Inst.* I, 21). Deze voorbeelden, die we aan de zo even vermelde studie van collega Godding ontlenen,⁴⁶ tonen duidelijk de invloed van het Romeinse recht op bepaalde delen van de organisatie van de voogdij. Godding heeft zelfs kunnen bepalen wie – zeer waarschijnlijk – deze zo romeinsrechtelijke rechtsregels in de Brusselse tekst heeft ingelast; de enige universitair-geschoolde jurist in het stadsbestuur was toen Pieter vander Heyden (in het latijn: A Thimo), stadspensionaris sedert 1423, die de rechten aan de universiteit van Keulen had gestudeerd.

Een grondige studie van de oudste ordonnances en andere rechtsoptekeningen over de voogdij en vooral van de akten van de praktijk zou toelaten met meer zekerheid te bepalen hoe en wanneer bepaalde romeinsrechtelijke begrippen opgenomen werden. In het laatste deel van deze studie wordt slechts besproken in welke mate één bepaalde romeinsrechtelijke instelling gerecipeerd werd, nl. de *tacita hypotheca*.

4. STILZWIJGENDE HYPOTHEEK OP DE GOEDEREN VAN DE VOOGD

Een typisch voorbeeld van een gedeeltelijke receptie van een romeinsrechtelijke rechtsregel is inderdaad de algemene zwijgende hypotheek van de wees op de goederen van de voogd. Deze door Constantijn in 314 ingevoerde rechtsregel was onbekend in de laat-middeleeuwse rechtsstelsels, o.m. omdat de hypotheek in het algemeen in de Zuidelijke Nederlanden slechts vanaf de 15e-16e eeuw ingevoerd wordt.

Wel was de voogd aansprakelijk op al zijn goederen voor alle handelingen die een nadeel voor het weeskind zouden berokkend hebben; maar deze *bonorum possessio* verleende noch voorrecht noch volgrecht aan de wees. De romeinsrechtelijke *tacita hypotheca* is thans vervangen door een wettelijke hypotheek waarvoor inschrijving moet genomen worden (Bgl. Wb. 1804, art. 2121; Belgische hypothecaire wet van 16 december 1851, art. 47 en 49).

De zwijgende hypotheek van de minderjarige op de goederen van de voogd wordt

46. Ph. Godding, *op. cit.*, bl. 160.

slechts vermeld vanaf de 15e eeuw, vooral in Vlaanderen;⁴⁷ maar ze bleef uitdrukkelijk verboden in vele andere gewesten, o.a. Brabant, het Luikse, Artesië, Vlaanderen gallicant.

De – waarschijnlijk – oudste vermelding van de romeinsrechtelijke zwiigende hypotheek heeft Egied Strubbe teruggevonden in het archief van het gerecht van de heerlijkheid van Sint-Donaas te Brugge. Uit de stukken van een in 1478 gevoerd proces vernemen we dat een schuldeiser beslag gelegd had op de goederen van een vader die, na de dood van zijn vrouw, als houder, het deel van zijn minderjarige kinderen in beheer had gehouden; de voogden betwistten de geldigheid van dit beslag op grond, o.a., van de zwiigende hypotheek van de weeskinderen op de goederen van de langstlevende vader, de houder. De schuldeiser bestreed het bestaan van de zwiigende hypotheek, daar de voogden gehouden waren de borgstelling door poorters te eisen van de houder voor het beheer van de weesgoederen.⁴⁸

In een processtuk vindt men de argumenten van de voogden, met rechtstreekse aanhaling van het Romeins recht: ze deden gelden dat de weeskinderen “verbant ende zwiigende ypoteque hebben up alle de goedinghen van den voorzeiden Morissis (= vader), van denwelken verbande ende hypoteque zij voorzien waren, ende was hemlieden gheboren, bi ghescreven rechte ende ooc bi costumen van der voorseider stede van Brughe, terstond als huerlieder voorseide joncvrouwe moedere overleed” . . . “ende es zulc verbant ende hypoteque in rechte gheheeten *pignus legale*”. De rechtbank stelde de voogden in het gelijk en aanvaardden aldus de romeinsrechtelijke zwiigende hypotheek. Zeer waarschijnlijk was de advocaat van de voogden een jurist gevormd aan een of andere universiteit, misschien die van Leuven, waar hij de romeinsrechtelijke rechtsregel had leren kennen. Tot dan toe had men alleen de borgstelling als zekerheid in zake voogdij gekend.

Het is dan ook logisch dat de costumen van de stad Brugge een van de weinige zijn die de zwiigende hypotheek uitdrukkelijk vermelden; in titel XXX, art. 10 van de gehomologeerde costumen van 1619 leest men dat de overlevende vader of moeder die als dusdanig de houdenisse uitoefent, borg moet stellen en dit “sonder prejuditie nochtans van tacite hypotheque van rechtsweghe der wesen competerende op goederen van heurliede vaders ofte moeders”.⁴⁹ In een eerste opstel van deze costumen, van 1546, is in het gelijkkluidend artikel de zwiigende hypotheek echter nog niet vermeld.⁵⁰ Ze is ook niet vermeld in de “Keuren ende Statuten” van de heerlijkheid van

47. In zijn *Ancien Droit belge* (Brussel, 1847, bl. 937), citeert Brits de zwiigende hypotheek in de costumen van Mechelen en van Luxemburg; ik heb ze daar niet gevonden. De verwijzing van de statuten van Veurne is ook verkeerd; het betreft de costumen van het Brugse Vrije.

48. Eg. I. Strubbe, “De receptie in de Vlaamse rechtbanken van midden veertiende tot einde vijftiende eeuw”, *Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis*, dl. 29, 1961, blz. 453-455, ook opgenomen in Eg. I. Strubbe, *De luister van ons oude recht. Verzamelde rechtshistorische studies*, Brussel 1973, blz. 608-609.

49. L. Gilliodts-van Severen, *Coutumes de la Ville de Bruges*, dl. I, Brussel 1874, blz. 86. Ongeveer gelijkkluidende tekst in XVI, 1: “boven ende onvermindert de tacite hypotecque der weesen competerende als naer rechte” (*ibidem*, bl. 46).

50. Art. 45, *ibidem*, blz. 172. Ook niet – vanzelfsprekend – in een certifikatie van gewoonterecht door burgemeester en schepenen van Brugge gedaan in 1440 (*ibidem*, blz. 544). In Damhouder's *Patrocinium pupillorum*, van 1544, is ze ook niet vermeld.

Sint-Donaas van 1511 en van 1526; deze laatste eist alleen borgstelling vanwege de voogden, maar van zwiigende hypotheek is er nog geen spraak, niettegenstaande het vonnis van 1478.⁵¹ De oudste uitdrukkelijke vermelding van de zwiigende hypotheek op de goederen van de voogd in een optekening van gewoonterecht is te vinden in het ontwerp van de costumen van Roeselare, van 1547; deze soort hypotheek heeft uitdrukkelijk voorrang op alle andere hypotheeken vanaf de datum van aanvaarding van de voogdij.⁵² De gehomologeerde costumen van 1624 zegt dat hun goederen “tacitelyck verobligeert” zijn.⁵³

In de costumen van het Brugse Vrije, van 1619, wordt de zwiigende hypotheek van de wezen ook vermeld, maar ze wordt slechts in twee uitzonderlijke gevallen toegestaan; in beginsel, hebben de wesen “gheen tacite hypothecque”, “ten ware” dat de voogden, vader of moeder, nog geen borgen aangesteld hadden of dat de goederen nog in het sterfhuis waren “op dewelcke zij recht van tacite hypotecque behouden”.⁵⁴

Artikel 24 van het Eeuwig Edict van Albert en Isabella, van 1611, bepaalt dat de fiscus een wettelijke hypotheek heeft “naer dispositie van rechte”.⁵⁵ De rechtsleer heeft nadien veel geredetwist om te weten of dit de enige zwiigende hypotheek in de Zuidelijke Nederlanden was. In het algemeen werd aangenomen dat de zwiigende hypotheek van de wezen aanvaard was in alle rechtsstelsels die ze *niet* uitdrukkelijk hadden verworpen. Dit was wel het geval o.a. in de Kasselrij Rijsel,⁵⁶ in het hertogdom Limburg,⁵⁷ in Brabant, alsook in Artesië.⁵⁸

In het recht van het Land van Luik — dat niet tot de Habsburgse Nederlanden behoorde en waar dus het Eeuwig Edikt niet toepasselijk was — was deze rechtsregel uitgesloten, daar de costumen van 1650 uitdrukkelijk bepaalden dat er geen andere zwiigende hypotheeken bestonden dan die welke door de Reformatie van Geraard van

51. L. Gilliodts-van Severen, *Coutume de la Prévôté de Bruges*, dl. I, Brussel 1887, blz. 418 (art. 41: Van zekere van weesen goede te stellene).

52. Cap. XIV (L. Gilliodts-van Severen, *Coutume de la ville et commune de Roulers*, Brussel 1914, blz. 184).

53. Rub. X, art. 6 (*ibidem*, blz. 65).

54. L. Gilliodts-van Severen, *Coutume du Franc de Bruges*, dl. I, Brussel 1879, blz. 120, art. 169. Gelijkluidende tekst in de costumen van Kaprijke (gelegen in het Brugse Vrije), rubr. XII, art. 9 (L. Gilliodts-van Severen, *Coutumes des petites villes et seigneuries enclavées (dans la quartier de Bruges)* dl. 2, Brussel 1891, blz. 124).

55. Talrijke oude edities; er bestaat nog geen kritische moderne uitgave. Over het ontstaan ervan, zie G. Croisiau, “Het Eeuwich Edict tot beter directie in saecken van justitie in de Landen van herwaertsover. Het ontstaan van het Eeuwich Edict van 12 juli 1611”, in *Liber Amicorum John Gilissen*, op. cit., blz. 61-75.

56. Costumen van 1565, XXII, 3: “Par la coustume generale ne sont aucunes hypothèques tacites, sauf le privilège du Prince” (*Bourdot de Richebourg, Nouveau Coutumier général* . . . , Parijs 1724, dl. II, bl. 910).

57. Dit is ongeveer het land van Herve, niet het hedendaags Nederlands of Belgisch Limburg. Gehomologeerde costumen van 1696, tit. II, art. 5: “Pour l’hypothèque tacite, il n’en est aucune si ce n’est celle du roi . . . sur les biens de son receveur et celle des Etats sur les effets du leur” C. Casier en L. Crahay, *Coutumes du duché de Limbourg* . . . , Brussel 1889, blz. 98.

58. A. Maillart, *Coutumes générales d’Artois, avec des notes*, Parijs 1704 (notes sur art. 74, blz. 491); zie ook blz. 399.

Groesbeek in 1572 werden vermeld; die van de minderjarige stond er niet bij.⁵⁹ Dit werd bekrachtigd door een attest van de schepenen van Luik in 1632.⁶⁰

In de costumen van de stad Doornik en in die van het baljuwschap Doornik werd de zwijgende hypotheek van de minderjarige op de goederen van zijn voogden ook niet vermeld. Maar de rechtspraak was echter uiteenlopend. Voor het stadrecht hebben twee arresten van het (Franse) Parlement (= gerechtshof) van Vlaanderen, van 12 maart 1695 en 27 oktober 1707, beslist dat deze hypotheek wel bestond,⁶¹ terwijl voor het baljuwschap een arrest van 17 maart 1701 beslist heeft dat ze daar niet bestond; het Parlement had echter, alvorens dit laatste arrest te vellen, een enquête doen verrichten betreffende het gewoonterecht desaangaande in het baljuwschap;⁶² het antwoord was misschien beïnvloed door de uitdrukkelijke tekst van de costumen van de naburige Kasselrij Rijsel (supra).

In Brabant was de zwijgende hypotheek van de wezen op de goederen van de voogden evenmin in de costumen vermeld. De rechtspraak besliste dan ook dat de Romeinse rechtsregel er niet gerecipeerd werd. Dit schreef Stockmans in een commentaar op een arrest van 1656 van de Raad van Brabant, aangaande een appel tegen een vonnis van de schepenbank van Lier: "esse in hoc parte juri Romano derogatum".⁶³

CONCLUSIE

Het Romeinse recht werd in de meeste gewesten van de Zuidelijke Nederlanden als subsidiair recht erkend; maar, om de invloed ervan op de meer dan honderd rechtsstelsels te bepalen, moet men instelling per instelling, en rechtsregel per rechtsregel, historisch analyseren.

Uit het hier voor vier beginselen gedane onderzoek kan men, met veel voorzichtigheid, de volgende conclusies voorstellen:

1. Er bestond in een deel van de Zuid-Nederlandse gewesten een *patria potestas*, zoals in het Romeinse recht; de gewestelijke rechtsleer uit de 17e-18e eeuw heeft ze op grond van romeinsrechtelijke teksten geïnterpreteerd. Maar in werkelijkheid was die instelling zeer waarschijnlijk niet van Romeinse afkomst, daar de *potestas* voortgezet werd, na het overlijden van de vader, door de moeder en zelfs door de schoonvader.
2. In de plaats van de gewoonterechtelijke meerderjarigheid werd meestal in de

59. Coutumes de 1650, VII, art. 58 en 60; Réformation de 1572, V, art. 5 (J.J. Raikem, *Coutumes du Pays de Liège*, dl. II, blz. 559 en 432). Zie ook Charles de Méan, *Observations*, op. cit., obs. 162, nr. 3.

60. "Certifions et attestons que, suivant la coutume et observance du pays de Liège, les mineurs et les pupilles n'ont point droit d'hypotecque tacite sur les biens de leurs tuteurs et curateurs . . .", L. Crahay et S. Bormans, *Coutumes du Pays de Liège*, dl. III, Brussel 1884, blz. 281.

61. J. Pollet, *Arrests du Parlement de Flandre*, Lille 1716, 2e partie, nr. 59.

62. Desjaunaux, *Recueil d'arrests*, dl. 3, nr. 2.

63. P. Stockmans, *Decisionum curiae Brabantiae sesqui centuria*, Brussel 1670, decisio 96, nr. 9, blz. 235. Zie ook G. de Wynants, *Supremae Curiae Brabantiae decisiones*, Brussel 1744, decisio 108., blz. 256.

tweede helft van de 16e en het begin van de 17e eeuw de 25-jarige meerderjarigheid, – die men toen als romeinsrechtelijk beschouwde – ingevoerd in de meeste gewesten. Er bleven echter tamelijk veel uitzonderingen.

3. De meerderjarigheid – noch de gewoonterrechtelijke, noch de romeinsrechtelijke – stelde een einde aan de vaderlijke of ouderlijke macht, evenals in het Romeinse recht; maar het huwelijk van het kind wel, in tegenstelling met het Romeinse recht.
4. Vanaf 1550-1600 stelde ook in sommige gewesten het bereiken van een bepaalde leeftijd, meestal 25 jaar, een einde aan de ouderlijke macht. Deze emanciperende meerderjarigheid was niet romeinsrechtelijk.
5. De organisatie van de schepenvoogdij heeft misschien sommige van haar rechtsregels aan het Romeins recht al in de 13e-14e eeuw ontleend; maar dit is weinig waarschijnlijk. Wel vindt men dergelijke invloed in enkele teksten vanaf de 15e eeuw.
6. De romeinsrechtelijke *tacita hypotheca* van het weeskind op de goederen van zijn voogd werd slechts in enkele gebieden, vooral het Brugse, gerecipieerd in de 15e of 16e eeuw; elders is ze meestal uitdrukkelijk verboden.

*Nemo Debet Bis Vexari
pro Una et Eadem Causa*

CP JOUBERT

Regter van die Appèlafdeling van die
Hooggeregshof van Suid-Afrika

Nemo Debet Bis Vexari pro Una et Eadem Causa

CP JOUBERT

Hierdie adagium beteken: “niemand behoort ’n tweede keer weens dieselfde strafbare feit vervolg te word nie”. In Engels heet dit: “no one should be put twice in jeopardy for the same offence”. Moderne Nederlandse juriste verwys kortweg daarnaas *ne bis in idem* of *non bis in idem*. Die beginsel wat hierdie adagium ten grondslag lê, is welbekend in die Suid-Afrikaanse regspraak soos onder andere blyk in *R v Constance en ’n Ander*.¹ Dit kom pertinent ter sprake by the vermenigvuldiging van aanklagte (*splitting of charges*) in die strafhowe.

Dit is bekend dat die Romeinse reg nooit sover ontwikkel het om ’n algemene deliktereg met ’n algemene deliksaksie te ken nie. ’n Algemene *obligatio ex delicto* was vreemd aan die Romeinse reg. Die Romeinse reg het slegs vir bepaalde delikte, soos byvoorbeeld *furtum*, *rapina*, *damnum injuria datum*, *injuria*, ensovoorts, hul eie deliksaksie verleen, soos *actio furti*, *actio vi bonorum raptorum*, *actio legis Aquiliae*, *actio injuriarum*, ensovoorts. Die deliksaksies het eintlik tot ’n privaatstrafreg behoort omdat die benadeelde self teen die dader in ’n privaatsproes (*iudicium privatum*) moes prosedeer om die betaling van ’n geldsom as ’n boete (*poena privata*) te vorder. Om hierdie rede was die deliksaksies in wese strafaksies (*actiones poenales*) aangesien hulle ’n strafelement bevat het om die dader te straf (*actiones ad poenam persequendae*) en terselfdertyd ook die benadeelde sodoende vergoed het. Daar was geen sprake van vervolging van die plegers van delikte deur die owerheid nie.²

Die Romeinse privaatrek het die saamloop van aksies (*concursum actionum*) geken sodat ’n persoon uit dieselfde feitekompleks meerdere aksies uit hoofde van verskillende regsgronde kon verkry. Dit kon meebring dat ’n dader deur die boetes van verskillende deliksaksies getref word. Veronderstel A se roerende saak word deur B gesteel. In die eerste plek kon A as *dominus* met sy eiendomsaksie (*rei vindicatio*) die gesteelde saak wat nog *in esse* is, terugvorder van enigeen wat in besit daarvan is.³ As surrogaat vir die eiendomsaksie kon A die *condictio furtiva* (wat ook ’n *actio*

1. 1960(4) SA 629(A).

2. *Inst Just* 4 6 16, 18; JC van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* (3e druk 1948) 334.

3. *Inst Just* 2 1 26, 4 6 18; D 6 1 9, 23 pr, 36 pr, 80; *Cod* 3 19 1.

rei persecutoria was) teen B of sy erfgename instel om die waarde te eis van die gesteelde saak wat nie meer *in esse* is nie.⁴ Sover handel dit oor die roerende saak se terugvordering of die vergoeding vir die waarde daarvan. Hierbenewens kon A *ex delicto* 'n *actio furti* as strafaksie teen B instel waarmee hy as 'n boete viervoudig of dubbel die waarde van die gesteelde saak eis na gelang dit *furtum manifestum* of *furtum nec manifestum* is.⁵ Die voorbeeld kan nog verder gevoer word deurdat A, afgesien van die *actio furti*, ook 'n ander deliksaksie, naamlik die *actio legis Aquiliae*, teen B kon instel waar laasgenoemde die gesteelde saak breek of beskadig.⁶ Die *actio legis Aquiliae* was egter onder Justinianus 'n *actio mixta* omdat dit vir vergoeding van die skade (*rei persequendae causa*) sowel as die oplegging van 'n boete as strafvoorsiening gemaak het.⁷ Die skadevergoedingsaspek by die *actio legis Aquiliae* het egter deur 'n ontwikkelingsproses al sterker na vore getree.⁸

Dit blyk uit die *Corpus Juris Civilis* dat waar iemand meerdere konkurrerende regsmiddels tot sy beskikking het om van dieselfde persoon teruggawe of vergoeding van sy saak te vorder (*rei persequendae causa*) hy 'n keuse moet maak sodat hy sy saak terugkry of slegs een maal die waarde daarvan betaal word (*per alteram actionem altera quoque consumitur*). Daarenteen waar 'n benadeelde persoon uit dieselfde feitekompleks meerdere deliksaksies uit hoofde van verskillende delikte teen dieselfde dader het, vind daar 'n saamloop van deliksaksies plaas sodat hul boetes (*poenae*) kumulatief teen die dader werk.

Die Romeine het egter ook 'n publieke strafreg gehad wat op misdade (*crimina*) betrekking gehad het. Die meeste van die misdade is deur wetgewing geskep. Voorbeelde van misdade was *crimen majestatis*,⁹ moord,¹⁰ *parricidium*,¹¹ menseroof of *plagium*,¹² verduistering van staatsgelde,¹³ afpersing,¹⁴ omkoop van amptenare,¹⁵ vervalsing van testamente,¹⁶ owerspel,¹⁷ verkragting¹⁸ en bloedskanie.¹⁹ Volgens D 23 2 68 was bloedskanie ook 'n misdad volgens die *jus gentium*. In die algemeen was enige privaat persoon van die Romeinse volk bevoeg om 'n beskuldigde strafregtelik aan te kla en te vervolg.²⁰ Die strafverhoor was 'n openbare proses (*iudicium publicum*). Die strawwe wat opgelê kon word en wat van staatsweë afge-

4. *Inst Just* 2 1 26, 4 1 19; *D* 13 1 1, 8 *pr*; *D* 47 2 14 16.

5. *Inst Just* 4 1 3, 5, 13, 4 6 18, 23, 25; *D* 47 2 55(54) 3.

6. *D* 47 1 2 1, 6.

7. *Inst Just* 4 6 16, 18, 19.

8. Van Oven *Leerboek* 348-357.

9. *Inst Just* 4 18 3; *D* 48 4 1 1.

10. *Inst Just* 4 18 5; *D* 48 8 1.

11. *Inst Just* 4 18 6; *D* 48 9 1.

12. *Inst Just* 4 18 10; *D* 48 15 1; *D* 48 15 6 2; *Cod* 9 20 8.

13. *Inst Just* 4 18 9.

14. *Inst Just* 4 18 11.

15. *Inst Just* 4 18 11.

16. *Inst Just* 4 18 7.

17. *Inst Just* 4 18 4; *D* 48 5 1.

18. *D* 48 6 3 4.

19. *Inst Just* 1 10 1-11; *D* 23 2 56; *D* 48 5 39 (38) *pr*; *Cod* 5 4 23; *Nov* 12 *cap* 1.

20. *Inst Just* 4 18 1.

dwing is, was byvoorbeeld die doodvonnis, verbanning (*aquae et ignis interdictio, deportatio*), dwang-arbeid in die myne (*metalli coercitio*), lyfstraf (*corporis coercitio*) en boete (*multa*).

Die Romeine het nie self die beginsel *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* as sodanig geformuleer nie. Desnietemin was die grondgedagte van die beginsel nie vreemd aan die Romeinse publieke strafreg nie. Die beroemde Romeinse juris Paulus het omstreeks die helfte van die 3e eeu na Christus daarop gewys dat die Romeinse senaat besluit het dat iemand nie weens dieselfde misdaad uit hoofde van verskillende wette aangekla kon word nie.

D 48.2.14 lui soos volg:

Senatus censuit, ne quis *ob idem crimen* pluribus legibus reus fieret. (My kursivering.)

Cod 9 2 9 bevat die volgende *constitutio* van keisers Diocletianus en Maximianus uit die jaar 289 na Christus naamlik:

Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest. §1. Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri. §2. Iudex autem super utroque crimine audientiam accommodabit: nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiet.

Scott se vertaling hiervan is soos volg:

Anyone who has been charged with a public crime, cannot again be accused of the same crime by another person. §1. If, however, several offences arise from the same act, and complaint is only made of one of them, it is not forbidden for an accusation of another to be filed by some other individual. §2. The judge will grant a hearing for both crimes, as he will not be permitted to pass sentence for one of them separately before a thorough examination of the other has taken place.

Cod 9 2 9 pr verkondig presies dieselfde as *D 48 2 14* dat 'n beskuldigde nie 'n tweede keer weens dieselfde misdaad aangekla kan word nie. Die belangrike stelling word egter in *Cod 9 2 9 1* neergelê dat waar daar meer as een misdaad uit 'n dader se handeling ontstaan, hy vir elkeen van die misdade aangekla kan word. Die feit dat hy vir een van die misdade aangekla is, verhinder geensins dat hy nie ook vir die ander misdade wat uit sy handeling ontstaan het, aangekla kan word nie.

Die 13e eeuse glossator Vivianus Tuscus het die stelling wat in *Cod 9 2 9 1* verkondig word as 'n kwalifikasie van die beginsel wat in *D 48 2 14* neergelê is, beskou. Hy stel dit soos volg in sy *casus ad Cod 9 2 9*:

Accusatus de uno crimine, super eodem casu accusari ab alio non potest, nisi esset tale crimen, ex quo possunt plures oriri accusatione: verbi gratia, ut quia commisit accusatus adulterium cum cognata sua: quia de adulterio, & de incestu potest accusari a Titio, & de utraque feret sententiam.

Die vraag is egter wat beteken *ob idem crimen* in *D 48 2 14*? Bartolus (1314-1357), die beroemde Middeleeuse kommentator, het daaronder *ob idem factum* verstaan soos blyk uit sy breedvoerige kommentaar *ad D 48 2 14 pr et §1*:

Haec est una sollemnis lex pro declaratione quaero exempla. Legis glossa ponit exemplum in eo qui occidit filium: tenetur enim Lege Cornelia de sicariis et Lege Pompeia de paricidiis sed licet utraque lege teneatur tamen non potest utraque lege puniri & quod dicit glossa non tollitur vetus per novum. Verum est quo ad originem quoniam utraque lege tenetur: sed quantum ad executionem tollitur: ut dicitur in textu. Ad hanc casus positionem opponitur textus dictus ob crimen sed casus positio predicta loquitur de duobus criminibus: scilicet homicidio & paricidio licet ex uno facto oriantur.

Ergo ista positio casus litere non congruit. Praeterea ista casus positio videtur falsa: quia quando ex uno facto oritur duo crimina ex utroque puniuntur: ut *D 48.5.39 (38) pr.* Sustinendo hanc lecturam possumus dicere quod textus applaudit nam quod dicit: *ob idem crimen. intelligo id est ob idem factum.*

§1. *Ad D 48.5.39(38) pr.* respondeo: & adverte quandoque ex uno facto resultant duo crimina: seu duo tituli criminis quae se habent ut genus & species: ut homicidium quod est genus & paricidium quod est species homicidii. Isto casu non potest puniri nisi una lege tantum. Hic est casus nota. secundum hanc lecturam et ad idem *D 47.10.7.1*. Si vero resultant duo crimina quae se habent ut species separate & distincte: tunc ex utraque parte puniuntur. Casus est in *D 48.5.39(38)*. Exempla de hoc possunt esse plura. Pone exemplum in delictis nominatis. Aliquis interfecit unum hominem in ecclesia et sic uno actu homicidium committitur, quia occidit hominem, et sacrilegium, quia turbat divina officia ut *Cod. 1.3.10*. Tunc resultant duo crimina distincta et separata: et ex utroque puniuntur. Item pone exemplum in delictis non nominatis. Quia extrahendo tibi cultellum de mano, vulneravi te, et obviavi te. Tunc ex uno actu resultant duo crimina distincta & separata, & ex utroque venio puniendus: nec habet locum haec lex: secus si illa duo crimina se habent ut genus et species: ut hic. Alii ponunt exemplum in eo qui fecit societatem contra innocentem qui tenetur Lege Julia de vi privata et Lege Cornelia de falsis. Secundum quosdam quod exemplum glossa reprobatur ut in eadem habetis. Tertio potest poni exemplum in eo qui accepit pecuniam ob negotium faciendum, vel non faciendum qui tenetur Lege Julia repetundarum & Lege Cornelia de falsis. Hoc exemplum est optimum, quia ex eodem facto non resultant plures tituli criminis, sed unum crimen pluribus legibus potest puniri unde una lege tantum potest puniri et accusari, ut hic dicitur. His sic permissis antequam veniam ad alias quaestiones, oppo. de *D 44.7.32*. Respondeo ibi loquitur quando agitur civiliter. Hic quando criminaliter ad vindictam. Illo casu quo civiliter agitur: ponit Dynus distinctionem plenam in *D 39.4.1.2*. Item op. *Cod. 9.2.9* secundo respon. Solu. dicunt quidam: a diversis personis quis accusari diversis legibus ut lege qui de crimine a contrario sensu: non ab uno et eodem tu dic lex quae de crimine loquitur quando ex eodem facto plura crimina oriuntur seu tituli criminis qui se habent ut species separatae. Hic quando ex eodem facto plura crimina oriuntur, vel si plura crimina habent se ut genus & species ut dixi. Item opponi. *Cod. 9.31.1*. Solutio ibi una actio erat civilis alia criminalis. Hic utraque erat criminalis. Item opponi. *Cod. 9.20.1*. Respondeo, ibi oriuntur diversa crimina scilicet plagium & rapina. (My kursivering.)

Bartolus se benadering kom hierop neer dat waar twee misdade uit 'n dader se wederregtelike handeling ontstaan waarvan die een misdaad die genus is terwyl die ander misdaad die species is (byvoorbeeld waar die dader sy vader vermoor sodat die misdaad moord die genus is terwyl die misdaad vadermoord die species is) dan kan hy slegs van een van die misdade aangekla word en slegs ten opsigte van een van hulle gestraf word. Dog waar die twee misdade as species volkome verskillend en afsonderlik (*distincte et separate*) van mekaar is (byvoorbeeld waar 'n dader sy slagoffer in 'n kerk vermoor en sodoende die misdaad moord sowel as die misdaad *sacrilegium* pleeg) kan hy van albei aangekla word en ten opsigte van albei gestraf word. Insgelyks waar 'n dader sy slagoffer beroof en ook die slavin van sy slagoffer wegvoer, kan hy aangekla en gestraf word ten opsigte van *rapina* (roof) sowel as *plagium* (menseroof). Uit die voorbeelde wat Bartolus ter toeligting van sy benadering aanhaal, is dit myns insiens baie duidelik dat die kriterium vir sy onderskeid tussen misdade van dieselfde genus en species (*eiusdem generis*) en misdade wat nie van dieselfde genus en species is nie (*diversi generis*) daarin geleë is of hulle op dieselfde regsgoedere inbreuk maak al dan nie. Waar hulle *eiusdem generis* is, maak hulle op dieselfde regsgoedere inbreuk. Waar hulle *diversi generis* is, maak hulle op verskillende soorte regsgoedere inbreuk. Die blote feit dat 'n mens tegnies met twee misdade te doen het, is op sigself geen rede om 'n dader van albei aan te kla en te straf nie. Bartolus se benadering word ook aangetref in sy kommentaar *ad D 47 1 2 nr 5; D 48 5 39(38) nrs 2 en 4; en Cod 9 2 9*.

Sy benadering het geweldige groot invloed op die ander kommentatore uitgeoefen. Vergelyk Julius Clarus²¹ en Fachineus.²² Sy invloed is te bespeur by Duitse juriste soos Brunnemann²³ en Samuel Cocceius,²⁴ asook skrywers oor die Romeins-Hollandse reg soos Matthaeus II,²⁵ Voet²⁶ en Van Zutphen.²⁷

Die beginsel *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* wat opgeneem is in verskeie Europese kodifikasies gedurende die negentiende eeu het aanleiding tot baie strydvrage en subtile probleme gegee na aanleiding van die betekenis van die begrip *pro una et eadem causa* of die eweknie daarvan in die betrokke kodifikasies. In die negentiende eeuse Nederlandse *Wetboek van Strafrecht* kom hierdie beginsel ter sprake in twee artikels. Artikel 55 bepaal onder andere die volgende:

Valt *een feit* in meer dan ééne strafbepaling, dan wordt slechts ééne dier bepalingen toegepast, bij verschil die waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld. (My kursorivering.)

Die ratio daarvan is dat 'n dader nie twee of meer strawwe vir die pleging van dieselfde "feit" opgelê moet word nie.²⁸ Artikel 68 se relevante bepaling is soos volg:

21. *Sentiarum* 5 § *Fin Pract Crimin quaestio* 13 nr 4 en *quaestio* 84 nrs 2-4.

22. *Controversarum Iuris Libri Tredecim* 9-46.

23. *ad Cod* 9 2 9.

24. *Juris Civilis Controversi* 2 48 2 *quaestio* 7.

25. *De Criminibus* 48 13 3 3.

26. *Commentarius ad Pandectas* 28 2 11.

27. *Practycke der Nederlandtsche Rechten* sv "accusatie" nr 14.

28. Sien HB Vos *Leerboek van Nederlands Strafrecht* (2e hersiene druk 1946) 341, 355.

... kan niemand andermaal worden vervolgd wegens *een feit* waarover te zijnen aansien bij gewijsde van den Nederlandschen rechter . . . onherroepelijk is beslist. (My kursivering.)

Die ratio van hierdie bepaling is dat iemand nie 'n tweede keer vir dieselfde "feit" vervolgt moet word nie.²⁹ Hierdie twee artikels vind hul inspirasie in die Franse kodifikasie. Volgens Van Bemmelen³⁰ het die Franse *Cour de Cassation* die uitdrukking "*le même fait*" in die Franse kodifikasie vereenselwig met "*le même crime*". Dit laat 'n mens onwillekeurig dink aan Bartolus wat onder *ob idem crimen ob idem factum* verstaan het. Die *Hooge Raad* daarenteen het aanvanklik beslis dat die woord "feit" in artikel 68 'n "*materieele handeling*" beteken, dit wil sê 'n doen of late los van sy skuldelement en los van sy gevolg.³¹ Omstreeks 1932 het die *Hooge Raad* egter sy benadering tot die probleem verander. Van Bemmelen³² stel dit soos volg:

Zoo is het begrijpelijk, dat onze H.R. gezocht heeft naar een middenweg en geprobeerd heeft dezen te vinden in de beschouwing van feit als feit uit strafrechtelijk oogpunt, d.w.z. een en hetzelfde feit is een gebeuren alleen dan wanneer er een en hetzelfde rechtsbelang door wordt aangetast. Dat is inderdaad niet hetzelfde als dat men zegt: één feit hebben wij dan wanneer er slechts één strafbaar feit is gepleegd.

In 'n latere werk³³ verduidelik Van Bemmelen die aangeleentheid soos volg:

Het gaat er derhalve om of een handeling één of meer rechtsbelangen aantast. Maar niet alleen dit kan één gebeuren doen uiteenvallen in twee feiten. Het strafrecht keert zich steeds tegen bepaalde wijzen van aantasting. Zodra derhalve een gedraging een rechtsbelang op meerdere wijzen aantast, zijn er eveneens twee feiten. Eén feit is er derhalve in strafrechtelijke zin slechts dan, wanneer slechts één rechtsbelang op één wijze is aangerand.

Dit is duidelik dat D 48 2 14, soos toegelig deur Bartolus se *ob idem factum*, invloed uitgeoefen het op die inhoud van artikel 336 van die Suid-Afrikaanse Strafproseswet 51 van 1977 wat soos volg lui:

Waar 'n handeling of 'n versuim 'n misdryf ingevolge meerdere wetsbepalings is of 'n misdryf ingevolge 'n wetsbepaling en die gemene reg is, is die persoon wat aan so 'n handeling of versuim skuldig is, tensy die teendeel blyk, vervolgbaar en strafbaar ingevolge die een of ander wetsbepaling of, na gelang van die geval, ingevolge die wetsbepaling of die gemene reg, maar hy is nie aan meer as een straf onderhewig vanweë die handeling of versuim wat die misdryf uitmaak nie.

Dit is gebaseer op die beginsel *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*. Die

29. *ibid.*

30. "Nemo debet bis vexari" 1934 *Weekblad van het Recht* No 12738.

31. GA van Hamel en JV van Dijk *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht* (4e druk 1927) 579; Vos *Leerboek* 370-371.

32. 1934 *Weekblad van het Recht* No. 12738.

33. *Strafvordering, Leerboek van het Nederlandse Strafprocesrecht* (1957) 85.

begrip *pro una et eadem causa* slaan hier op dieselfde “handeling of versuim” (*commissio* of *omissio*).

Myns insiens is Bartolus se benadering billik en regverdig teenoor ’n beskuldigde terwyl dit ook die belange van die samelewing dien. Dit bied ’n uiters praktiese en bruikbare kriterium by toepassing van die beginsel *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* of ’n dader of beskuldigde ’n tweede keer vervolg of gestraf word *pro una et eadem causa*, naamlik of dieselfde handeling, ’n doen of late, op dieselfde regsbelang of regsgoed wederregtelik inbreuk gemaak het of nie. Waar ’n dader A met een skoot opsetlik vir slagoffers B en C doodskiet, maak sy één handeling wederregtelik inbreuk op die lewe van slagoffer B as regsgoed of regsbelang sowel as op die lewe van slagoffer C as regsgoed of regsbelang. Ons het hier een handeling maar twee wederregtelike inbreuke op twee verskillende regsgoedere of regsbelange. Daar is twee moorde. Dader A kan gevolglik aangekla word van moord op B sowel as moord op C. Die posisie is regtens dieselfde indien hy onmiddellik na mekaar twee skote op B en C sou geskiet het. Insgelyks waar dader A opsetlik slagoffer B raak skiet maar hom slegs verwond, het ons te doen met wederregtelike inbreuk op slagoffer B se liggaam as regsgoed of regsbelang. Afhangende van die aard van sy opset kan dader A skuldig bevind word aan poging tot moord òf aan aanranding met die opset om ernstig te beseer òf aan gewone aanranding maar nie kumulatief van poging tot moord sowel as aanranding met die opset om ernstig te beseer en gewone aanranding nie.

*Afstanddoening
van Serwituutregte*

DJ JOUBERT

Dekaan, Fakulteit Regsgeleerdheid,
Universiteit van Pretoria

Afstanddoening van Servituutregte

DJ JOUBERT

1. INLEIDING

Dit is die voorneme om die onderwerp van afstanddoening van regte (“waiver”, “abandonment”, “release”, “renunciation of rights”) in verband met servitute te bespreek ten einde te bepaal of daar van ’n servituut afstand gedoen kan word of slegs van ’n vorderingsreg of remedie op grond van die skending van ’n servituutreg en, dan, hoe daar aldus afstand gedoen kan of moet word. Ten einde dit te kan doen, moet daar eerstens sekere sake wat die agtergrond van die onderwerp vorm, vermeld word:

1.1 ’n Servituut gee aan die reghebbende (of die reghebbende van die heersende erf) ’n reg oor die saak van ’n ander (*ius in re aliena*) wat iets wegneem van die inhoudsbevoegdhede van die reghebbende van die dienende erf.

1.2 By beëindiging van die servituut kom die *ius in re aliena* tot ’n end en was die inhoudsbevoegdhede daarvan aan by die inhoudsbevoegdhede van die reg van die reghebbende van die dienende erf.¹

1.3 Afstanddoening van regte kan, na gelang van die uitgangspunt van die beoordelaar, ’n een- of ’n tweesydigte handeling wees wat uitdruklik of stilswyend verrig word. In die geval van geregistreerde servitute ontstaan daar dan die vraag of afstanddoening van regte nie formeel moet geskied alvorens dit volle werking het wat betref die afstanddoener of derdes.²

1.4 Afstanddoening van regte kan betrekking hê op die *ius in re aliena* of op die remedies van die reghebbende na aanleiding van ’n skending van sy servituutreg en dit vereis dat daar gedurig gevra moet word waarvan daar dan afstand gedoen is.

1.5 Afstanddoening kan stilswyend geskied en moontlik ook deur ’n stilsweye of nie-handeling. In verband met servitute bring dit dadelik die volgende feitestelle na vore, naamlik:

1. *Ocean Bentonite Co (Pty) Ltd v Crause* 1981 (3) SA 1177 (A) 1188.

2. *Hawkins v Munnik* (1830) 1 M 465.

- (a) die nie-gebruik van 'n positiewe serwituut;
- (b) die duldung van 'n inbreukmakende handeling op 'n positiewe of 'n negatiewe serwituut; en
- (c) versuim om stappe te doen om 'n voorgenome inbreukmakende handeling te keer.

1.6 Na aanleiding van die voorafgaande kom die onderskeid tussen afstanddoening van 'n serwituut deur gedrag en verlies van 'n serwituut deur verjaring ter sprake.

2. ROMEINSE REG

Daar is maar twee tekste van die Romeinse reg wat in die latere bronne in verband met hierdie onderwerp vermeld word. Hulle bevat geen sistematiese uiteensetting van die onderwerp nie, maar behandel twee fasette wat by die studie van die onderwerp van belang is.

D 8.6.8: (Paulus)

Si stillicidii immittendi vis habeam in aream tuam et permiserio ius tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi ius amitto, et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur et permiserio tibi in eo loco per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto ius viae. Is qui partem itineris it totum ius usurpare videtur.

Hierdie teks handel oor die verlies van 'n reg na aanleiding van 'n optrede van die serwituutverpligte en die serwituutgeregtigde. Dit wil voorkom asof die teks betrekking het op 'n geval waar die eienaar van die geregtigde grondstuk vooraf aan die verpligte party verlof gegee het ("permiserio") om 'n sekere handeling te verrig. Die verlof is aanvaar. Die afleiding kan dus gemaak word dat daar in werklikheid 'n ooreenkoms tussen die partye was en dat die serwituut in terme daarvan opgehef is.

D 10.3.28: (Papinianus)

. . . Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc praetermisit; ideo per communi dividundo actione damnum sarciri poterit . . .

Hierdie teks handel nie oor afstanddoening van 'n serwituutreg nie, maar word tog in verband daarmee betrek.³ Dit verskaf 'n analogie of argument vir die oplossing van 'n geval, nie waar daar vooraf verlof gegee word nie, maar waar geduld word dat 'n sekere handeling verrig word. Na aanleiding van die versuim om beswaar te maak, verloor die party wat versuim het sy remedie om die optrede van die ander party, oftewel die gevolge daarvan, ongedaan te laat maak. Ander vrae word nie beantwoord nie. Daar kan egter aangeneem word dat die reg self nie verval nie en dat die inbreukmaking nie sy onregmatige geaardheid verloor nie sodat daar wel sprake kan wees van die instelling van ander remedies indien die vereistes daarvoor aanwesig is.

3. ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die skrywers van die Romeins-Hollandse reg maak melding van die twee gevalle wat ons reeds in die Romeinse reg ontmoet het, naamlik waar die reghebbende van

3. Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands Regt* 2 22 3 en *Censura Forensis* 1 2 14 46.

die serwituut (of die heersende erf) die eienaar van die dienende erf toelaat om iets te doen wat uitoefening van die serwituut verhinder of sonder protes toekyk terwyl hy dit doen.

De Groot⁴ behandel die eerste geval na aanleiding van die voorbeeld waar die reghebbende toelaat dat die grond betimmer word as 'n geval waar die reghebbende sy serwituut verloor. Dat die reghebbende in hierdie soort geval sy serwituut verloor, word ook aanvaar deur Vinnius,⁵ Van Leeuwen,⁶ Huber⁷ en Voet.⁸ Huber⁹ praat van 'n stilswyende "accoort" en dit dui daarop dat hy die gebeure as 'n stilswyende ooreenkoms konstrueer. Hierdie konstruksie van die akkoord word deur Voet¹⁰ ten aansien van die tweede geval aangewend.

Die tweede geval waar die reghebbende die inbreuk wat hy nie gemagtig het nie, nie verbied nie, word deur Van Leeuwen¹¹ behandel. In hierdie geval verloor die reghebbende sy reg om verwydering te verbied maar nie sy reg om skadevergoeding te eis nie. Voet¹² vermeld ook hierdie geval, maar, soos reeds vermeld, noem hy dit 'n geval van stilswyende ooreenkoms. As hierdie gevolgtrekking of verklaring van hom juis is, dan is dit onduidelik waarom die uitwerking van die ooreenkoms in hierdie geval verskil van die uitwerking van die ooreenkoms in die vorige geval.

Vinnius¹³ vermeld ook dat die reghebbende sy serwituut sal verloor deur nie-gebruikmaking vir 'n periode van 10 of 20 jaar in die geval van 'n landelike serwituut. In die geval van 'n stedelike serwituut¹⁴ is blote nie-gebruik onvoldoende en word daar vereis nie-gebruik wat volg op 'n inbreukmakende handeling.¹⁵

Dit is dus duidelik dat die Romeins-Hollandse skrywers die onderwerp kasuïsties behandel maar wel pogings aanwend om te rasionaliseer en te verklaar, sonder om die onderwerp te sistematiseer.

4. SUID-AFRIKAANSE REG

Die Suid-Afrikaanse reg onderskei duidelik tussen verskillende maniere waardeur serwitute of remedies na aanleiding van inbreuk daarop verlore kan gaan. Daar word aldus onderskei tussen verjaring, ooreenkoms en afstanddoening ("waiver").

Aangesien verjaring vandag wetteregteklik gereguleer word, is dit gerieflik om daarmee te begin. Daarvolgens gaan 'n positiewe serwituut tot niet as gevolg van nie-gebruik vir 'n periode van dertig jaar,¹⁶ en gaan 'n negatiewe serwituut tot niet as

4. 2 37 4.

5. *Commentarius ad l 3 2 4*.

6. *Het Rooms-Hollands Regt* 2 22 3 en *Censura Forensis* 1 2 14 46.

7. *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 45 2.

8. 8 6 5.

9. 9 45 2.

10. 8 6 5.

11. *Het Rooms-Hollandse Regt* 2 22 3 en *Censura Forensis* 1 2 14 46.

12. 8 6 5.

13. *Ad l 3 2 4 n 6*.

14. *Servitus urbana*, iets wat in die reël 'n negatiewe serwituut is.

15. 'n Stedelike (negatiewe) serwituut kan nie gebruik word nie en nie-gebruik kom dus nie as sodanig voor nie, ofskoon dit uit 'n regsoogpunt wel kan voorkom.

16. *Hollmann v Estate Latre* 1970(3) SA 638 (A) 647F: "In the case of an essentially positive servitude

daar vir dertig jaar lank nie teen 'n inbreukmakende handeling beswaar gemaak is nie.¹⁷ Die rede daarvoor dat die vereistes vir verjaring in hierdie twee gevalle verskil, word gevind in die feit dat daar in die geval van 'n negatiewe serwituut nie juis sprake van nie-gebruik kan wees nie. Blote nie-gebruik van die negatiewe serwituut is dus nie moontlik (of voldoende) nie en daar moet aan die vereistes van die wet voldoen word om die aanvang van verjaring in werking te stel. As die wetgewer na aanleiding van hierdie feit oor die verjaring van negatiewe serwitute geswyg het, sou die howe en die praktyk die totnietgaan van negatiewe serwitute met die gewone beginsels van afstanddoening van regte probeer opgelos het.¹⁸ Daar kan egter onderskei word tussen blote inaksie wat volg op die inbreuk en waarop die figuur van verjaring van toepassing is en gevalle waar daar iets meer is en dan ook 'n afstanddoening van remedies op grond van inbreuk teen die inbreukmaker, met die gevolg dat die Wet tog 'n besondere geval waarop afstanddoening nie van toepassing is nie, dek en ten aansien daarvan verjaring van 'n negatiewe serwituut toelaat.

Dit is dus duidelik dat die blote nie-gebruikmaking van 'n serwituut nie voldoende is om dit tot niet te laat gaan nie. Daar moet iets bykom. As die bykomstige element 'n sekere tydverloop is, dan het ons te doen met verjaring. Die bykomstige element kan egter iets anders wees. In hierdie verband kan daar, soos in die Romeinse reg, gelet word op die gedrag van die eienaar van die heersende erf en aldus tussen twee gevalle onderskei word, naamlik waar sy gedrag 'n inbreukmakende handeling voorafgaan en waar dit so 'n handeling volg.

4.1 Toelating

Die betrokke partye kan sekerlik 'n ooreenkoms sluit in terme waarvan die eienaar van die heersende erf van sy serwituutreg afstand doen. Hierdie ooreenkoms kan ook stilswyend gesluit word deurdat die eienaar van die heersende erf aan die eienaar van die dienende erf toestemming gee om te handel asof die serwituut nie meer bestaan nie en laasgenoemde dit so aanvaar. In hierdie verband moet daar wel onderskei word tussen permanente verlot en bloot tydelike verlot wat veronderstel dat die regte van die heersende erf weer herleef of afgedwing kan word na verloop van 'n bepaalde tydperk of nadat 'n sekere doel bereik is.

Die regspraak is egter selde gemoeid met sake wat voortspruit uit die gee van toestemming met duidelike woorde. Daar gaan dit gewoonlik oor 'n geval waar daar beweer word dat daar deur gedrag toestemming verleen is.¹⁹ Hierdie gedrag kan bestaan uit 'n positiewe dadigheid of dit kan bestaan uit 'n blote stilswye in al daardie gevalle waar die reg dit as redelik beskou om handelend op te tree en 'n voorgenome

such as this, non-user is the absence of any actual use of the servitude . . . It may be accepted that the neglect of the holder to use it, is an underlying reason for its loss by prescription."

17. Art 7(2) van die Verjaringswet 68 van 1969 bespreek deur CG van der Merwe *Sakereg* (1979) 384-5.

18. In *Margate Estates Ltd v Urtel (Pty) Ltd* 1965 (1) SA 279 (N) 295H pas Burne R (in een van drie uitsprake) die beginsels van afstanddoening van regte toe op beide positiewe en negatiewe serwitute. Daar is egter gevalle wat nie so opgelos kan word nie.

19. *Stuart v Grant* (1903) 24 NLR 416; *Clack v Morgan* 1922 EDL 55 64 (tacit); *Margate Estates Ltd v Urtel (Pty) Ltd* 1965 (1) SA 279 (N) 286 en 291.

inbreukmaking op die servituutreg te verbied of te belet.²⁰ Vir laasgenoemde is dit 'n algemene vereiste dat die reghebbende van die voorgenome inbreuk bewus moes gewees het en die omstandighede vereis dat hy handelend optree.²¹

Daar is geen duidelike gevalle van afstanddoening van 'n servituutreg deur die verlening van toestemming deur stilswye in die regspraak nie. Daar is egter 'n aantal *dicta* wat hierop dui. In *Edmeades v Scheepers*²² verklaar De Villiers CJ:

[S]ervitudes are lost by persons entitled to the same thing lying by and allowing the owner of the servient tenement to do anything inconsistent with that servitude.

Hierdie stelling word later met goedkeuring aangehaal, ook deur die appèlhof.²³ Dit wil voorkom asof hierdie aanhaling dubbelsinnig is, in die sin dat dit ook vatbaar is vir die vertolking dat dit betrekking het op 'n optrede wat begin met kennis wat verkry is na die inbreukmaking 'n aanvang geneem het. Toestemming is iets wat voor die aanvang van die beweerde inbreukmakende handeling verleen word. As daar inbreuk is en daar word nie beswaar gemaak nie, dan is dit 'n ander feitelike geval: dan word daar nie toestemming verleen nie maar word daar berus in die voortsetting van die inbreuk of in die voortbestaan van die gevolge van die inbreukmakende handeling.

Die handeling van die eienaar van die heersende erf word in die regspraak as "abandonment" aangemerkt,²⁴ en dit word weer op sy beurt as "waiver" beskou of daaraan gelykgestel.²⁵ Die juistheid hiervan word gerieflikheidshalwe later ondersoek.

4.2 Duldung

Die tweede geval wat gemeld moet word, is die geval waar die eienaar van die dienende erf sonder die voorafverleende toestemming van die eienaar van die heersende erf op die servituut inbreuk maak en laasgenoemde daarin berus of die voortsetting duld. Hierdie geval word in *Loxton v Staples*²⁶ nie duidelik van die geval van "abandonment", waar daar vooraf toestemming gegee is, onderskei nie. Daar word nietemin verklaar dat in so 'n geval die benadeelde nie sy volle skade sal kan verhaal

20. Volgens algemene regsbeginsele.

21. *Vermeulen's Executrix v Moolman* 1911 AD 384 409: "There must therefore be clear evidence . . . of the owner's knowledge . . ."

22. (1884) 1 SC 334 340.

23. *Beningfield & Son v The Corporation of Durban* (1897) 18 NLR 202 225: "[A] servitude . . . will be destroyed if the person entitled thereto allows such acts to be done which are necessarily repugnant to the servitude" (dws vooraf); *Stuart v Grant* (1903) 24 NLR 416 429: "A servitude will be destroyed if the person entitled thereto allows such acts to be done as are necessarily repugnant to the existence of the servitude"; *Vermeulen's Executrix v Moolman* 1911 AD 384 409; *Margate Estates Ltd v Urtel (Pty) Ltd* 1965 (1) SA 279 (N) 284.

24. *Vermeulen's Executrix v Moolman* 1911 AD 384 409 (ook "tacit remissio"); *Head v Du Toit* 1932 CPD 287 295; *King v Finegan* 1953 (3) SA 412 (K); *Margate Estates Ltd v Urtel (Pty) Ltd* 1965 (1) SA 279 (N) 291F-G.

25. *Vermeulen's Executrix v Moolman* 1911 AD 384 409; *Margate Estates Ltd v Urtel (Pty) Ltd* 1965 (1) SA 279 (N) 291F-G.

26. (1884) 1 BAC 381.

nie. Dit maak dit duidelik dat daar hier eintlik aanvanklik 'n inbreuk op die regte van die reghebbende is en dat die reghebbende deur sy gedrag iets verloor. Eerstens is dit duidelik dat die gedrag iets meer as blote duldning moet wees. In *Loxton v Staples*²⁷ is dit die duldning van die inbreuk vir 'n tyd wat lank genoeg duur om hierdie uitwerking te hê.²⁸ Alhoewel daar gesê word dat die serwituut geabandoneer is, is dit duidelik dat dit iets anders as die serwituut is, waarvan afstand gedoen is, maar wát word nie gesê nie. In *Margate Estates Ltd v Urtel (Pty) Ltd*²⁹ word dieselfde aspek behandel en duidelik verklaar dat die reghebbende afstand doen van sy reg om inbreukmakende werke en handelinge ongedaan gemaak te kry:

[H]e will not be allowed to enforce his rights by compelling the removal of the obstruction, and will have to be content to be paid damages instead.

Daar is dus geen afwyking van die gemenereg nie: Duldning laat nie die serwituutreg verlore gaan nie, maar wel sommige van die regsmiddels van die benadeelde.

4.3 Afstanddoening van regte

Afstanddoening, of *waiver*, is 'n term wat in verband met hierdie onderwerp ook ter sprake kom. As die reghebbende toestem tot 'n handeling waardeur die ander party inbreuk op sy regte maak sodat hulle tot niet gaan, dan doen hy sekerlik afstand van sy regte. Daar is egter 'n handeling van beide partye waaruit blyk dat dit hulle wil is dat die serwituut moet verval, en daar kan dan ook gesê word dat daar 'n ooreenkoms is in terme waarvan die reghebbende van sy regte afstand doen. As die inbreukmakende handeling nie vooraf gemagtig is nie, maar daarin berus word deur dit nie te verhinder nie, of deur vir 'n tyd lank die inbreuk te duld, dan doen die reghebbende van sy reg om beswaar te maak en die inbreukmakende handeling ongedaan te laat maak (te laat vernietig), afstand. Hierdie afstanddoening geskied sonder ooreenkoms tussen die partye en is dus eensydig. Die vraag is egter of die reghebbende, sonder ooreenkoms, ook in ander gevalle van sy serwituutreg afstand kan doen. Dat so iets moontlik is, word te kenne gegee in *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Rumsey's Executors*:³⁰

[The servitude] may be renounced by the beneficiary unless he has clearly bound himself not to do so.

Dat afstanddoening van die serwituut nie altyd vryelik kan geskied nie, blyk ook

27. *Supra*.

28. Daar word net gesê "had the owner of the dominant tenement laid by for any length of time", sonder om die vereiste tydskuur te vermeld. Hierdie vereiste word ook vermeld in *Head v Du Toit* 1932 CPD 287 295, maar dit is nie duidelik of dit op duldning dan wel vooraf toestemming betrekking het nie. Dat tydskuur nie die enigste of deurslaggewende faktor hoef te wees nie, blyk uit *King v Finegan* 1953 (3) SA 412 (K).

29. 1965 (1) SA 279 (N) 290E-G.

30. 1913 AD 192.

uit *Du Plessis v Philipstown Municipality*.³¹ In hiedie saak was daar 'n serwituut van wateropdamming en die regter verklaar dat die reghebbende nie sommeer die uitoefening van die serwituut en die instandhouding van die waterwerke kon abandoneer nie omdat dit aan die dienende erf skade sou laat toekom. Dit is egter duidelik dat dit hier gaan oor skadeveroorsaking en dat die reghebbende wel van die reg afstand kan doen as dit nie skade aanrig nie en dat hy daarom ook die werke kan aftakel en abandoneer as hy dit doen op so 'n wyse dat daar nie skade gely word nie. Dit is dus 'n geval waar daar moontlik uit die terme van die serwituutkontrak sprake is van 'n ooreenkoms om die werke in stand te hou of andersins toepassing van die beginsels van die deliktereg sonder dat daar nou eintlik as sodanig 'n beletsel is op die afstanddoening van die serwituut.

In beginsel kan daar uitdruklik of stilswyend van 'n serwituut afstand gedoen word.³² Dit behoort egter duidelik te wees dat daar slegs stilswyend afstand gedoen kan word deur middel van 'n handeling wat as toestemming tot inbreukmaking beskou kan word. Enige ander geval van stilswyende afstanddoening sal ressorteer onder die afstanddoening van die reghebbende se regsmiddels deur duldning van die inbreuk, of deur die inwerkingstelling van verjaring.

Ten slotte kan daar verwys word na die verklaring van regter Burne in *Margate Estates Ltd v Urtel (Pty) Ltd*³³ naamlik dat volgens sy mening is "waiver . . . a bilateral process". Afstanddoening van die serwituut deur vooraf toestemming tot inbreukmaking daarop geskied deur middel van 'n ooreenkoms wat uitdruklik of stilswyend aangegaan is en is dus uiteraard tweesydig. Afstanddoening van die reghebbende se aanspraak op verwydering van inbreukmakende werke is egter eensydig, tensy mens die optrede van die partye vertolk as 'n ooreenkoms om voortgesette inbreuk toe te laat, iets wat nie in die tekste en bronne vermeld word nie en wat in elk geval volgens die feite bepaal sou moes word. Afstanddoening van die reghebbende se aanspraak op skadevergoeding sou weer deur middel van ooreenkoms moet geskied en daarvoor word dus 'n tweesydige handeling vereis.³⁴

4.4 Die posisie van derdes

As daar 'n geregistreerde serwituut bestaan, dan sal enige ooreenkoms van die reghebbende en eienaar van die dienende erf om die serwituut op te hef nie teenoor *bona fide* derdes wat vir waarde verkry het werkzaam wees voordat dit geregistreer is nie.³⁵ In die geval van 'n ongeregistreerde serwituut sal die afstanddoening daarvan deur die reghebbende wel geldig wees en sal 'n derde wat hy mislei het om te dink dat die serwituut nog bestaan nie op die registrasie daarvan aanspraak kan maak nie.³⁶

31. 1937 CPD 335.

32. *Ex parte Verwey* 1949 (1) SA 408 (O).

33. 1965(1) SA 279 (N) 294E.

34. Kwytskelding vereis 'n tweesydige handeling.

35. *Hawkins v Munnik* (1830) 1 M 465.

36. *Willoughby's Consolidated Co Ltd v Copthall Stores Ltd* 1913 AD 267 277.

5. ENGELSE REG

Volgens Halsbury³⁷ kan 'n serwituut³⁸ tot niet gaan deur middel van 'n uitdruklike of stilswyende "release".³⁹ Daar is 'n stilswyende⁴⁰ afstanddoening van die serwituut as die omstandighede sodanig is dat 'n afstanddoening van regte afgelei kan word.⁴¹ In hierdie verband is die reël dat blote nie-gebruikmaking van die serwituut nie daarvoor voldoende is nie.⁴² Daar moet iets bykomstigs wees. Een bykomende element kan wees nie-gebruikmaking oor 'n sodanige termyn dat dit dui op 'n bedoeling om daarvan afstand te doen.⁴³ Maar gewoonlik word daar verwys na die een of ander handeling van die reghebbende. Een moontlikheid is dat die reghebbende die heersende erf verander sodat dit onmoontlik of onnodig is om die serwituut uit te oefen, soos waar hy 'n huis, ten opsigte waarvan hy 'n serwituut het wat 'n ander verbied om so op sy erf te bou dat hy die reghebbende se lig afsny, afbreek sonder die bedoeling om 'n nuwe huis op te rig.⁴⁴ 'n Ander moontlikheid is dat die eienaar van die dienende erf die dienende erf verander sodat die serwituut nie daarna uitgeoefen kan word nie en die reghebbende daarin berus.⁴⁵

6. MODERNE EUROPESE REGSTELSELS

In die Nederlandse reg kan 'n serwituut deur "afstand" tot niet gaan.⁴⁶ Hierdie afstanddoening kan uitdruklik of stilswyend geskied, maar waar die serwituut geregistreer is, word aanbeveel dat die afstanddoening ook in die registers aangeteken word.⁴⁷ Vir stilswyende afstanddoening is dit onvoldoende dat die reghebbende hom nie verset teen 'n handeling wat op sy serwituut inbreuk maak nie, omdat so 'n op-trede slegs tot gevolg het dat bevrydende verjaring in werking gestel word.⁴⁸ Iets meer word vir afstanddoening vereis. In teorie vind daar by afstanddoening 'n oordrag van die beperkte saaklike reg van die eienaar van die heersende erf aan die eienaar van die dienende erf plaas.⁴⁹ Hiervoor sou daar volgens die een beskouing 'n tweesydige handeling nodig wees,⁵⁰ naamlik 'n ooreenkoms tussen die reghebbende en die ver-

37. *Laws of England* (4e uitg deur lord Hailsham) Vol 14 ("Easements") par 116 ev.

38. *Easement*.

39. Oftewel afstanddoening van regte.

40. "Implied".

41. Halsbury par 116 praat van "presumed" (vermoed).

42. Halsbury par 121; RE Megarry and HWR Wade *The Law of Real Property* (3e uitg 1966) 865; *Cheshire's Modern Law of Property* (12e uitg deur EH Bine 1976) 556.

43. Halsbury par 123; Megarry en Wade 865.

44. Halsbury par 124; Megarry en Wade 865.

45. Megarry en Wade 865 praat van "acquiesce" en vermeld as voorbeeld 'n geval waar die eienaar van die dienende erf ten opsigte waarvan 'n ander vee kan laat wei die weiveld met geboue bedek; *Cheshire's Modern Law of Real Property* 557 vermeld 'n geval van nie-uitoefening van 'n reg van weg vanweë iets wat dit verhinder en praat van "abandonment".

46. C Asser *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht Tweede Deel* (v3) (10e druk deur JH Beekhuis 1977) 195.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*

49. Toeligting tot die *Ontwerp Burgerlijk Wetboek* 225, ad par 3 4 2 11.

50. Asser 195 na aanleiding van par 3 4 2 11 *Ontwerp Burgerlijk Wetboek* gelees met par 5 6 8c.

pligte party, en volgens die ander beskouing slegs 'n eensydige handeling nodig wees,⁵¹ naamlik 'n handeling van die reghebbende waardeur hy van sy reg afstand doen.

Volgens die Franse reg gaan 'n serwituut tot niet as gevolg van nie-gebruikmaking oor 'n termyn van dertig jaar.⁵² Dit kan ook tot niet gaan deur middel van 'n handeling van afstanddoening deur die eienaar van die heersende erf.⁵³ Die afstanddoening kan uitdruklik of stilswyend wees. Die handeling waarvan daar sprake is, is 'n eensydige handeling sodat aanname van die afstanddoening deur die eienaar van die dienende erf nie nodig is nie.⁵⁴ Die afstanddoening bind egter nie derdes nie as dit nie in die betrokke registers aangebring is nie.⁵⁵

Die Duitse reg bevat geen besondere voorskrif oor die afstanddoening van serwitude nie, maar daar is 'n bepaling wat vir die kansellasië van 'n reg oor 'n grondstuk die verklaring van die reghebbende dat hy van die reg afstand doen opgevolg deur die kansellasië van die reg in die grondregister vereis.⁵⁶

7. KONKLUSIE

Die onderwerp van afstanddoening van serwituutregte toon baie raakpunte in die bovermelde regstelsels. Enersyds is daar nie-gebruik wat na verloop van die verjaringstermyn van die reg die reg tot niet laat gaan. Aan die ander kant word daar afstanddoening erken. Die handeling kan een- of tweesydig wees soos wat die reg (of die toepaslike teorie) vereis. Dit kan uitdruklik of stilswyend geskied. Toelating dat inbreuk plaasvind nadat kennis van die voorgenome inbreuk verkry is, kan as toestemming tot inbreukmaking en as afstanddoening van die serwituutreg vertolk word. Berusting nadat die inbreuk plaasgevind het, kan vertolk word as afstanddoening van die serwituut of bloot van die regsmiddel van verwydering van die inbreukmakende werke of van die reg op skadevergoeding na aanleiding van die inbreuk na gelang van die omstandighede van die geval.

Die Suid-Afrikaanse reg onderskei duidelik tussen toestemming tot inbreuk wat die serwituutreg verlore laat gaan en duldning van die inbreuk wat slegs die remedies na aanleiding van die inbreuk affekteer, behalwe waar dit vanweë ander bykomende *indiciae* as afstanddoening van die serwituut self beskou kan word.

51. A Pitlo *Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* (7e druk deur PHM Gover 1978) 400 en *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek Deel 2 Het Zakenrecht* (7e uitg deur OK Brahn en andere 1977) 289.

52. M Planiol et G. Ripert *Traité Pratique de Droit Civil Français* band 3 *Les Biens* (2e uitg deur M Picard 1952) 973: "non-usage".

53. Planiol en Ripert 982; H et L Mazeaud et J Mazeaud *Leçons de Droit Civil* band 2 (2e uitg 1962) 1361.

54. Planiol en Ripert 982.

55. *Ibid.*

56. W Erman *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* band 2 (5e uitg 1972) 40, na aanleiding van par 875 *Bürgerliches Gesetzbuch*. Par 1028 bepaal dat die reg om aan te dring op die verwydering van werke wat inmeng met die uitoefening van 'n serwituut aan verjaring onderhewig is, niesteenstaande die serwituut in die grondregister aafgeteken is nie.

*The Will that Won't — Formalities
Gone Bananas*

ELLISON KAHN

Professor of Law,
University of the Witwatersrand, Johannesburg

The Will that Won't – Formalities Gone Bananas

'Consider, sir, the hardship of this interesting case' – WS Gilbert *The Bab Ballads* ('Mister William')

ELLISON KAHN

Phillipus Jacobus Wilhelmus Hattingh must be turning in his grave. On 19 January 1981 he signed a two-page document that purported to be his will. In essence on the first page the would-be testator made his daughter, Mrs Joyce Veronica Kidwell, sole heiress to his entire estate. The second page professed to make provision for the appointment and powers of the executor, and to exclude the daughter's inheritance from becoming part of a joint estate or subject to the marital power of a husband. The document appeared to be an uncomplicated testament; but the Master refused to accept it as valid. Why? Because, in his view, 'the will' was not signed by the testator 'at the end thereof', as is required by s 2(1)(a) of the Wills Act 1953.¹ What, in the view of the Master, had gone wrong? The following: There was an attestation clause, ineptly worded, as is so often the case;² but, then, there is no need for such a clause at all,³ despite the fact that s 2(1)(a)(iii) requires the witnesses to 'attest and sign the

1. Act 7 of 1953.

2. It ran: 'Signed at Bonza Bay on this nineteenth day of January 1981 in the presence of the undersigned witnesses, all being present at the same time.' If the attestation clause was meant to convey that the statutory formalities had been complied with, it should have run something like this: 'Signed . . . in the presence of the undersigned competent witnesses present at the same time and who have attested and signed this will in the presence of myself and of each other.'

3. *Sterban v Dixon and others* 1968 (1) SA 322 (C). See also *The Leprosy Mission v The Master of the Supreme Court and another* NO 1972 (4) SA 173 (C) at 181H. In *Sterban* Van Zijl J (at 325B-C) aptly said: 'An attestation clause is at most but a record of the manner in which the testator intends to execute his will, and, in those instances where the witnesses have read the will or the attestation clause, also a record of the manner in which the witnesses intended to attest the testator's signature(s) to the will. It is not proof . . . that the parties in fact executed the will in accordance with the intention expressed in the attestation clause.' But the clause has value when it contains the date of execution, which ought to appear in the will, for it may be significant in determining the capacity of the testator and witnesses, formal validity (in both domestic law and the conflict of laws) and whether the document was the last will. Despite the decision in *Sterban*, N J van der Merwe & C J Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 3 ed (1977) 162 (cited hereafter as Van der Merwe & Rowland), referring to *Brink v. Brink* 1927 CPD 214 at 216, contend that the evidentiary value of an attestation clause can be great where an attack is launched on a will that is prima facie validly executed. I would add: the elaborate clause set out in note 2 might serve a useful purpose if it appeared in every printed will form available at stationers, for it could lead the layman into the right path.

will'. (The provision still holds with one hand on to the ancient wording, 'attest and subscribe'; why does it not simply say 'sign', instead of using 'attest' synonymously with 'sign'? According to judicial decisions, the witnesses need not even know that the document they are signing is a will. And why does our Act not say expressly, as does the English Act and as the old Natal Law of 1868 did, 'but no form of attestation shall be necessary'?) As is customary, on the left-hand side of the second (and last) page, immediately below the attestation clause, were typed the words 'AS WITNESSES', and below these words the figures 1 and 2. Against these figures appeared the signatures of the two witnesses. But on the right-hand side of the page, opposite the 2 to accommodate the signature of the second witness, did not appear the typed word 'TESTATOR', above which the testator is intended to sign. This word is quite frequently typed, though by no means is it standard practice: it does not appear in my will, for instance.

Mr Hattingh signed on the right-hand side at the very bottom of the page. The signature appeared some seventeen centimetres (about seven inches, to an antediluvian gentleman of the long robe such as I) below the attestation clause. According to the court that heard the application of Mrs Kidwell for an order declaring the will to be valid — Kannemeyer J, in whose judgment Cloete JP concurred, in *Kidwell v The Master*⁴ — there was 'a blank space of some 13 centimetres between the signature of the second witness and that of the testator . . .'.⁵ As the witnesses signed on the left-hand side and Mr Hattingh on the right-hand side, I can only conclude that this space lay, so to speak, from west to east, and not below the signature of the second witness, as the headnote to the report of the decision makes out.

The conclusion arrived at by the court was 'no dice'. (This slang expression is irresistible, for reasons that will appear.) It was the first time that a court had had to give a meaning to the critical words 'at the end thereof' as used in s 2(1)(a)(i); but guidance was furnished by decisions on the meaning of the same words in s 2(1)(a)(v), which calls for a certification there of the identity of the testator and the will being that of the testator, where the latter signs with a mark or through another person. As early as 1957 Van Winsen J had said as to this requirement 'vereis dit myns insiens dat die sertifikaat aangebring word na en so dig by aan die erflater se merk as wat onder die omstandighede redelik prakties moontlik is'.⁶ The red light shone again in a dictum of Flemming J in a case reported in 1980, in which he stated that 'the will' contemplated by s 2(1)(a)(i) refers not to the document itself but to the written (I would add, 'or printed or typewritten') part appearing on it: 'Anders sou die "end" van 'n "testament" wat net die boonste 5 cm van 'n bladsy beslaan, nie onmiddelik na daardie gedeelte wees nie, maar in die onderste paar sentimeter van die bladsy. So 'n resultaat sou strydig wees met meerdere beslissings waarvolgens die handtekening direk na die geskrewe gedeelte moet volg, en sou juis geleentheid laat vir bedrieglike invoeging van paragrawe in die verlyde testament.'⁷

4. 1983 (1) SA 509 (E).

5. At 510H-511pr.

6. *Stemmet v Die Meester* 1957 (3) SA 404 (C) at 410D-E. Ogilvie Thompson J concurred.

7. *Tshabalala v Tshabalala* 1980 (1) SA 134 (O) at 137E-H. See also *Philip v The Master* 1980 (2)

In *Kidwell* counsel for the applicant next played what he hoped would be a low trump card: the alleged validity of the first page of the document, which contained all the dispositive terms. The court did not put its mind to the question whether the decisions permitting this approach in terms of the old provincial enactments on the formalities for wills were still apposite.⁸ It went straight for the exposed jugular: page one, to be a will on its own, would have to comply with s 2(1)(a)(i); but, alas, the alleged testator's signature appeared at the bottom of the page, nine centimetres (three-and-a-half inches to my addled mind) below the end of the typing.

The court concluded that while one must not overstress the possibility of fraud, 'the end' of a will was intended by the legislature to mean 'as close to the concluding words thereof as is reasonably possible'.⁹ Kannemeyer J was clearly unhappy with the conclusion to which he felt inexorably drawn. 'Even though, on the facts mentioned in the founding and supporting affidavits, I am satisfied that the document was intended by the testator to be his last will and testament . . . , the document does not comply with the formalities laid down by s 2(1)(a)(i) of the Act and therefore it is not a valid will'; and again: 'The conclusion to which I have come is unfortunate for the applicant and may frustrate the testator's intention.'¹⁰ (Indeed, it will have frustrated it, unless the applicant would be the sole beneficiary on intestacy, which one may assume she would not be.)

But the only moral that the court could derive from this sad story was the one that Flemming J had drawn over three years earlier,¹¹ that he who holds himself out to the public as skilled in relation to wills should be well trained and act with precision and care.¹²

With all due deference and becoming diffidence, I suggest that this is no answer. It is not that I am saying that the court in *Kidwell* went wrong on the law; I am saying that the law is loco, nuts, fruity, bananas, cuckoo — the more the slang, the more the metaphors are mixed, the better: the state of the law deserves such treatment. The alarm bells have been heard by many attorneys — so I believe — and banks and other financial institutions — so I should like to believe — who or which drafted wills that now are suspect because of the position of the testator's signature. Typists have been — or should have been — busy hammering out new drafts of wills. Certainly I have had retyped two wills I drew (naturally, without charge) for friends. As they live far away, and I have only unsigned carbon copies in my possession, I do not know pre-

SA 934 (D) at 937D. I ask: What would the position be where — as often happens — the draftsman inserts a zigzag line or other gap-filling scrawl — à la accountant — between the last typed line and the space immediately above the testator's signature? Further, surely in the great majority of cases it will be patent that an additional paragraph had been inserted after the will had been duly executed. And why did the legislature allow the testator and witnesses to sign any page other than the last page anywhere on the page? It is possible, albeit highly unlikely, that there could be a space at the bottom of such a page allowing for the fraudulent addition of a provision to the will.

8. Doubted by Corbett J (Banks J concurring) in *The Leprosy Mission* (supra note 3) at 182-3.

9. At 513F-G.

10. At 513G-H, 514F.

11. In *Louw NO v Engelbrecht* 1979 (4) SA 841 (O) at 846H.

12. See *Kidwell* (supra) at 514F-G.

cisely how far beneath the last typed line they signed. But I am scared stiff, because the words 'TESTATOR' and 'TESTATRIX' appear, and if the signatures were the size of the normal handwriting of each and were written pretty closely above the typed word, there would be a gap in the one case of some three-and-a-half centimetres and in the other of some two-and-a-half centimetres. The space was the result of the original typist's trying to produce an attractive document, and deviating from the space I left in my manuscript. I should have rejected the original typescript, I now realise; for the examination of the result might have been a dismal failure, and at best would have been a bare pass. The next draft certainly ensures that the signature will be as close as reasonably possible to the last sentence of the will; indeed, it will, in a manner of speaking, be unreasonably close, since there will be just enough space for a signature, provided the handwriting is not particularly large. Not for me the critical space (in another context) referred to in a trial by Lord Hunter, a Scottish judge, a hundred years or so ago: 'as fine as a hair — and as deep as a grave.'

When reading a judgment like that in *Kidwell* one begins to believe that one is reading a newly discovered chapter in Samuel Butler's *Erewhon*. You will remember how Butler (1835-1902) created this fictional country (an inversion — almost a palindrome — of Nowhere), where what we consider to be normal behaviour is reversed: for a crime, a citizen goes to hospital; for being poor or losing his money or becoming ill, he goes to gaol. If, for instance, a minor is swindled by his guardian, it is a serious crime — not by the guardian but by the minor. There are also Colleges of Unreason, in which 'hypothetics' is studied, the 'unreasoning faculties' being taught by professors of Unreason, Inconsistency and Evasion. 'Life, they urge, would be intolerable if men were to be guided in all they did by reason and reason alone. . . . Unreason is a part of reason.'¹³

I have acted on the assumption that the ethos of our legal system is not of this exquisite, exotic type; e contrario.

1. THE FORMALITIES FOR WILLS AND THEIR EFFECT

It would be an act of supererogation by a reader of this paper to plough through a discourse on the history of formalities for wills in our law.¹⁴ Suffice it to say that the various colonies before Union in 1910 had introduced the statutory or underhand will based on the Wills Act of 1837 of England, but requiring more formalities. The Natal law of 1868,¹⁵ modelled fairly closely on the English Act, eliminated all privileged wills other than the soldier's will (*testamentum militis*), though it did retain the open and closed notarial wills of the Roman-Dutch law. The other colonies kept certain additional privileged wills as well as the two notarial wills; while all except Natal recognised the holograph will (*testament parentis inter liberos* — essentially a will in favour of descendants written in the hand of the testator, requiring no

13. See chapter 21.

14. For scholarly accounts, see B Beinart 'Testamentary Form and Capacity and the Wills Act, 1953' (1953) 70 *SALJ* 159 (cited hereafter as Beinart); J C C Kamfer *Testamentsformaliteite in Verskeie Regstelsels* (1961), especially chapters I, III, VI and VII (cited hereafter as Kamfer).

15. Law 2 of 1868 — 'Law to regulate the Execution of Wills and Codicils'.

witnesses, though probably having to be signed by the testator; no child could be disinherited, though more distant descendants could also be benefited, and distribution need not be equal). The Wills Act of 1953 provides for only the statutory and soldier's wills.

The standard statutory will calls for pretty simple formalities: as interpreted by the courts, they are that the testator sign at the end, and in the presence of two or more competent witnesses present at the same time, who must sign — where is not stated by the Act and has not been judicially decided¹⁶ — in the presence of the testator and of each other; and if the will consists of more than one page, each other page is so signed by the testator, and also by the same witnesses anywhere on the page. Unexact-ing though these requirements appear to be, they are more rigorous than the require-ments of the old provincial enactments, which, according to some critics, left the gate opening on to the road of forgery insecurely bolted.¹⁷

In its original wording the Wills Act of 1953 specified pretty rigorous formalities for wills 'signed' by a testator by the making of a mark or by some other person in the presence and by direction of the testator. Though subsequent legislation has slack-ened the reins a little, they are still rather tight, and worse still, the courts are at sixes and sevens on how tight they are.¹⁸ With so many illiterate inhabitants, South Africa ought not to have so unclear and ungenerous a provision in her statute book. But let me confine myself to the standard will signed in the ordinary way by the testator him-self. It collapses for want of proper formal execution easily enough.

It is not possible to say how often an instrument purporting to be a will fails in this country on the ground that it was not properly executed, when everyone would be of the view that it is a genuine document and expresses the wishes of the testator. How many 'ghosts of dissatisfied testators', to quote Lord Atkin,¹⁹ ' . . . wait on the other bank of the Styx to receive the judicial personages' concerned? They must make up a sizeable group, not all of whose names appear in the law reports.

The apparent wills of at least three judges have failed to receive acceptance by the Master. Two were upheld by the court.²⁰ The apparent wills of many lesser mortals have been impugned. In the great majority of cases it has been the result of a Master's office refusing acceptance, though there is nothing to stop an attack by a person who has been disinherited or left a legacy that disappoints him, and would inherit more on intestacy.²¹ Unfortunately, the annual reports of the Department of Justice do not

16. I thought that I must have been dreaming that this is the position, but I find that Van der Merwe & Rowland 149 agree. In practice the witnesses sign at the end, which is safe.

17. See Beinart op cit note 14 at 168-9.

18. For example, precisely where must the certificate appear? Compare *Stemmet v Die Meester* 1957 (3) SA 404 (C) at 410D-E. *Tshabalala v Tshabalala* 1980 (1) SA 134 (O) at 137-8 and *Philip v The Master* 1980 (2) SA 934 (D) at 937-8. Dear, dear!

19. In *Perrin v Morgan* [1943] AC 399 (HL) at 415. Admittedly used in connection with the rules of construction of wills.

20. See *In re the late Sir John Wylde's Will* (1873) 3 Buch 113 (decided in 1859); *In re Ebdens's Will* (1887) 4 SC 495. The will of Mr Justice Lansdown collapsed because not every page had been signed and witnessed: *Rand Daily Mail* 29 January 1957.

21. See, for example, the facts of *Sterban v Dixon and others* 1968 (1) SA 322 (C), discussed below.

state the number of wills that are not accepted by the Masters' offices in terms of s 8(4) of the Administration of Estates Act 1965.²² The only information given of recent years is of the number of wills registered, which has risen from 29 353 in the period from 1 July 1977 to 30 June 1978, to 36 204 in the period from 1 July 1981 to 30 June 1982 (the latest available data); and that 'every document purporting to be a will is examined by a Deputy Master. If it appears that such a document is for any reason invalid, the Master may, notwithstanding the registration, refuse to accept it for purposes of the Administration of Estates Act, 1965 . . . until its validity has been determined by the court. The examination of wills is a time-consuming task and requires a sound knowledge of the applicable enactments.'²³

Fortunately, more data are available in England and Wales. The Law Reform Committee there, in its 22nd Report, *The Making and Revocation of Wills* (1980),²⁴ said that it had organised a survey of all wills submitted to probate in England and Wales for a period of three months. 40 664 wills had been admitted to probate and 97 rejected. All but four of the 97 had been rejected as failing to comply with the formalities required by s 9 of the Wills Act 1837. Though the number was not large in relation to the total number of wills, it was sufficient to warrant reform of the law.

It seems obvious, except apparently to our lawmaker, that the South African law ought to be changed. But in what direction? The answer partly depends on why we are where we are.

2. THE FUNCTIONS OF FORMALITIES FOR WILLS

At the risk of oversimplification, I should say that the law of wills has the main objective of giving expression to freedom of testation. It does not mean that a person should have unfettered capacity to bequeath all his property as he wishes. We have driven the notion of freedom of testation to extremes; but this is not the place to dwell on this vexed question. What is meant is that, in the area in which rules of law permit free disposition of property by testament, the wishes of the testator should not be frustrated by the erection of unnecessary hurdles. Formalities are a hurdle. The problem is whether they are excessively onerous.

In a scholarly analysis Professor John H Langbein of the University of Chicago has isolated five discrete functions served by formalities for wills.²⁵ *Ex occidente lux*. These functions call for brief critical mention.

2.1 Evidentiary

One would not be cynical in saying that a testator, being dead, cannot shed light on what he meant in declarations he made in his will, perhaps donkey's years ago.

22. Act 66 of 1965.

23. Report of the Department of Justice for the Period 1 July 1980–30 June 1981 §5.5 p. 57.

24. Cmnd 7902.

25. 'Substantial Compliance with the Wills Act' (1975) 88 *Harvard LR* 489. I shall refrain from citing authorities who are cited by Langbein. There is a valuable gloss on these functions by J K Maxton 'Execution of Wills: The Formalities Considered' (1982) 1 *Canterbury LR* 393 (New Zealand). I

The formal requirements seek to ensure reliable, permanent evidence of testamentary intent: thus the need for signature by the testator, and at the end to obviate later fraudulent insertions; and for signatures by at least two disinterested persons, which would tend to prevent fraud and undue influence, and who, if they were alive at the death of the testator, could give objective evidence, particularly on his mental capacity. A holograph will, being entirely in the handwriting of the testator, goes a long way in ensuring the authenticity of the document, but the absence of witnesses is a grave weakness. A nuncupative (oral) will might meet the evidentiary requirement, but only if independent witnesses and reduction to writing within a very short period were required. In Roman and Roman-Dutch law a nuncupative will declared in the presence of seven witnesses could be recognised. In the Roman-Dutch law it could hold provided all seven witnesses gave evidence of its content. Voet considered it to be of great value where the sudden illness of a person prevented his executing a written will.²⁶ But the old colonial (provincial) wills legislation almost certainly caused its quietus,²⁷ and today even the so-called soldier's will has to be in writing. Certain countries — among them a number of the United States — still recognise holograph wills to a limited extent.

2.2 Channelling

(In American, 'channeling'.) Wishes must be so communicated as to be mentally digestible in the form in which they are couched. When expressed in wills they must be easily digestible, for the documents flood the Masters' offices, each has to be scrutinised by an official (unlike most contracts), and (again unlike most contracts) each has to be carried into effect through the judiciary and the administrative machinery of the land. As the content of wills cannot be standardised, it is vital that their form be. It will allow for reasonably rapid and inexpensive official processing and give confidence to the testator and his professional advisers that the testament will be effectual at least in form. The Wills Act specifies formalities that meet these demands. A holograph will does not serve the channelling function nearly so well, and the nuncupative will serves it very poorly.

2.3 Cautionary

A written will is an ambulatory document, operative only from the death of the testator. It is normally open to revocation or alteration. Nothing passes from the maker to anyone, so there is no immediate impact on the testator. There is thus a temptation for him to use words idly. All the more important is it that the document be made with due deliberation, seriousness, ceremony and solemnity, and with full appreciation of its legal consequences. But what is 'due' in this context? From Roman times

am indebted to both authors for much of what appears in this context in my paper. See also William F Ormiston 'Formalities and Wills: A Plea for Caution' (1980) 54 *Australian LJ* 451.

26. See Voet 28.1.10.

27. See Van der Merwe & Rowland 128, who point out, however, that s 3 of Law 2 of 1868 of Natal allowed such a will for persons on active military service or a seaman at sea or a traveller outside the colony. I leave out of account the controversial *testamentum tempore pestis conditum*.

there has been a tug of war between the law's dislike of intestacy and its fear of chicanery and fraud. The English underhand will we have taken over (with additional formalities) is reasonably solemn. Nowadays we aren't that solemn about solemnities;²⁸ at least one hopes so, and not simply because we live in a flippant age. But the law of wills suffers from schizophrenia. Compare, for instance, the decisions in *Sterban v Dixon and others*²⁹ and *The Leprosy Mission v The Master of the Supreme Court and another NO*.³⁰ In *Sterban* Van Zyl J gave expression to a principle that was subsequently expressed as follows in a leading treatise:³¹ 'A will which is complete and regular on the face of it is presumed to be valid until its invalidity has been established and the onus is on the person alleging invalidity to prove his allegation. Although the standard of proof is the same as in all civil cases, namely, proof upon a balance of probabilities, the law is anxious to uphold an instrument which embodies the last wishes of the deceased and the court will not lightly set aside a will but will require clear evidence of invalidity.' The validity of the will in *Sterban* was challenged by one of the beneficiaries, who was also a beneficiary (presumably to a greater extent) under a prior will that had been endorsed by the Master as having been revoked. Van Zyl J said:³² 'Had the onus not been on the plaintiff I would have granted absolution from the instance, but the onus being on the plaintiff and the plaintiff having failed to discharge this onus, the defendants must succeed.' He continued:

This is indeed a strange position. The evidence of the executrix who presided at the execution of the will is unacceptable. The court is not satisfied that she knew at the time the will was executed what formal requirements must be complied with to execute a valid will, nor is her evidence that the will was validly executed believed by the court. The evidence tendered to show that the will was not executed in accordance with the formalities is also not acceptable. The case is therefore decided in favour of the defendants upon the presumption that a will which is complete and regular on the face of it is presumed to have been duly executed in accordance with the formalities of the law and this presumption holds notwithstanding that the person who presided at the execution of the will is a layman and had only a defective knowledge of the required formalities.

In *The Leprosy Mission* a will of two pages was declared invalid because the witnesses who signed page one were different from those who signed page two. The court concluded that the Wills Act requires the same witnesses to authenticate all pages. Corbett J, who delivered the judgment (Banks J concurring), quoted Mr Ian B Murray, a practitioner with a superb knowledge of the law of wills, who wrote in

28. See Selke J in *Ex parte Sewnanden: In re Estate Poolbussia* 1948 (1) SA 539 (D) at 543-4.

29. 1968 (1) SA 322 (C).

30. 1972 (4) SA 173 (C).

31. MM Corbett, HR Hahlo, Gys Hofmeyr and Ellison Kahn *The Law of Succession in South Africa* (1980) 89 (cited hereafter as Corbett et al).

32. At 326.

1952 that the 'execution of a will is a matter of great solemnity'.³³ The learned judge made these significant remarks:³⁴

I recognise that this is a hard case in the sense that on the evidence of the various witnesses there does not appear to be any doubt that the document in question genuinely represents the last will of the testatrix and in that invalidity will result in worthy beneficiaries being deprived of substantial bequests. Nevertheless, there are important questions of legislative policy and principles at stake which transcend the equities of the particular case. . . . Witnesses are not always alive to tell the facts when a will comes into operation or its validity is questioned and it is, therefore, important that legislative rules designed to ensure solemnity or to obviate uncertainty or fraud be maintained in their full integrity.

I do not suggest that the actual decision is based on an incorrect interpretation of the statute, or is out of accord with the general approach of our courts;³⁵ though a reading of the law reports over the last century gives the impression that the courts have tended of recent decades to favour a stricter interpretation of the formal requirements, resulting in a swing in attitude of legal academics: whereas they were once inclined to be critical of the indulgent approach of some judges, they are now inclined to be critical of judicial strictness. With great respect, however, are the sentiments of satisfaction with the present state of affairs commendable? After all — and I do not mean this in any derogatory sense — the court had no doubt what the testator had intended. In the words of WS Gilbert,

Of that there is no manner of doubt —
No probable, possible shadow of doubt —
No possible doubt whatever.³⁶

One slip — no matter how inconsequential — with the formalities, and the document is a goner. Must we continue to be slaves of an insistent, a relentless, formalism?

With nuncupative (oral) and holograph wills there may possibly be a stronger case for a stringent attitude. Sometimes they do not perform the cautionary function at all well; though at other times they might not be made casually, but with sober deliberation.

33. 'Formalities in Execution of Will' (1952) 69 SALJ 3 at 4. It is interesting to note how in 1980 *Annual Survey of South African Law* 268-9 Mr Murray changed his approach. He was critical of the decision in *Tshabalala v Tshabalala* 1980 (1) SA 134 (O) as being a hard one, though to me it was entirely in accordance with the provisions of the Wills Act. He praised the decision in *Philip v The Master* 1980 (2) SA 934 (D) — again, in my respectful view, a correct one — as being in favorem testamenti.

34. At 184H-185pr.

35. That great judge, Innes CJ, said in *Erasmus v Erasmus' Guardians and Executors* 1903 TS 843 at 851: 'Our law, like that of every civilised state, is very jealous that satisfactory proof of its genuineness should be given by anybody who files what purports to be the testamentary disposition of a deceased person. And the lines on which vigilance is generally exercised are in the direction of strict regulations with regard to the attestation of testamentary dispositions.' And he also spoke of the need to 'safeguard against fraud the testamentary bequests of deceased persons'.

36. *The Gondoliers* I.

2.4 Protective

The formalities, so it is claimed, protect the testator from being imposed upon. Attestation before the testator and by impartial witnesses, it is hoped, guards against the substitution of a document different from the one intended and also against coercion. It is often a vain hope, according to a number of American commentators. Indeed, the Uniform Probate Code of the United States has abandoned the need for presence of the testator at the witnessing and for disinterested witnesses. The reasons given are that they are pretty useless against knaves, and that they are not worth the cost — the nullity of many homemade wills for petty breaches of the formal requirements. It must be conceded, however, that some protection is afforded by formalities for the underhand will. A holograph will yields no protection; a nuncupative will, as a rule made on a deathbed, must have clear attestation.

3. IS THE POSITION SO BAD?

The questions may now be asked: Are the harsh consequences of a slip in execution so much to be deplored? Isn't the law of intestate succession a good wicketkeeper? The answers to the questions are respectively Yes and No. Look what happened in *The Leprosy Mission*. Why should the intentions of the dead be frustrated by a pernickety legislative insistence on total observance of form? Quite rightly there is a presumption against intestacy. Nor does distribution on intestacy really fulfil the function of provision for the family. True, in 1982 Parliament, in a commendable recognition (far too rare in general) of the effects of inflation, raised the inheritance of a surviving spouse from R10 000 to R50 000 (including his or her share of the joint estate, if there was one).³⁷ The survivor, however, may have been disinherited by the abortive will, and there could have been good reason for this, even though he or she would not be precluded from taking on intestacy on the ground of unworthiness, for instance. Take this case. Husband and wife were married out of community and had no children. The husband proved to be an impossibly difficult man, and twenty years ago he and his wife decided to live separate lives. The wife stayed in the house of her parents, who sustained her by their moral support. She made a will instituting them as her heirs. She dies. Her will fails because of a minor formal defect. The estate comes to R49 500. Unless he refuses to adiate — and, odds on, he will not — the husband will collar the lot. The inflexible rules of intestate succession, such as the exclusion of parents if there are descendants, call for radical revision, as do many of the rules of testate succession, such as a will not being affected by marriage or divorce;³⁸ but, once more, these are matters that cannot be elaborated on here.

You may feel that the taking of the survivor on intestacy cocks a snook at a miserable rule of law — that never does a deceased estate bear a duty to support the surviving spouse.³⁹ But this would be an odd, a most indirect and often an inappropriate method of curing a general legal ailment.

37. The Succession Amendment Act 44 of 1982.

38. See Corbett et al 558, 618.

39. *Glazer v Glazer NO* 1963 (4) SA 694 (A).

4. PROPOSALS FOR REFORM OF THE ORDINARY WILL

Proposals for reform of formalities for the execution of wills take three forms: (a) Radical prevention of violation — tightening formalities in such a way that they will almost certainly be observed. (b) Conservative prevention of violation — reducing the formalities so that they are less likely to be violated. (c) Cure of the disease caused by violation — giving the courts the power, to a greater or lesser extent, to relax the current 'do or die' nature of formalities. Just as preventive medicine is associated with curative medicine, so (a) and (b) could be associated with (c).

Our standard underhand will offers a number of advantages. The requirements for execution are not onerous (though they must be observed to the last detail, and the man or woman on the Sea Point bus does not know the details). Only two witnesses are required. If need be, normally it can be executed in a jiffy. No professional legal involvement is needed, desirable though it often be, so for an uncomplicated testament the costs can be very low. It is notorious that many a financial institution draws up a will without charge, provided it is made the executor.⁴⁰ A will form can be bought from a stationer for a small sum of money. The content of a will can be entirely private.

There are correlative dangers. The possibility of fraud is ever present. A will can be forged, the witnesses being in cahoots with the draftsman or else, as happened when Mary Mason forged the codicil to the will of her husband in Anthony Trollope's novel *Orley Farm* (1862), having witnessed another document and believed they had witnessed the will that carried their forged signatures. Our law reports contain a number of decisions, civil and criminal, in which it was alleged that there were forgeries of wills.⁴¹ How often such nefarious deeds occur it is impossible to say; there must be some undiscovered crime, though it is very unlikely to be extensive. But the province of error, deliberate or unwitting, is much larger. There being no official register of wills, a person could die without his will being discovered — indeed, without its being known that he ever made a will. A fraud may be aware of the fact that an earlier will in his favour is still in existence but has been revoked by a later will not so favourable to him or leaving him nothing; if the circumstances are propitious he could destroy the later will and get away with it. Then there may be a little validity in the argument, sometimes advanced, that the limited ceremony attached to the execution of a will, particularly a homemade one, gives considerable scope to pressure by interested parties. It could well be that in our law a person who has exer-

40. Thus Beadle J in *R v Foreman (1)* 1952 (1) SA 423 (SR): 'This will was drawn up by Barclay's Bank in the usual legal form.' The bank was appointed executor.

Financial institutions take care not to commit an offence in terms of s 83(2) of the Attorneys Act 53 of 1979, which prohibits the making known by a person of the preparedness of himself or another person to draw up a will, with or without remuneration.

41. See, for example, *Johannesburg Bar Council v Stein* 1946 TPD 115, involving the alleged forgery of the apparent testator's signature; *Tshona v Wauchope* 1908 EDC 32 (forgery of signatures of witnesses by the executor); *Kunz v Swart* 1924 AD 618 (suspected forgery of signatures of testator); *De Lange v Rudman* 1928 EDL 439 (alleged forgery of testator's signature); *R v Foreman (1)* 1952 (1) SA 423 (SR) (alleged forged will); *R v Basson* 1965 (1) SA 697 (C) (alleged forgery and uttering of a will).

cised undue influence on the testator will be disqualified from taking a benefit under it; but proof of such influence would normally be difficult to establish, and anyway pressure could fall short of it and still be undesirable. Of course, such pressure – often of a subtle character – can never be eliminated; but – so it seems to me – possibly its effect could be curbed in certain instances if the only persons present at the execution of a will were the testator, an official, and independent witnesses.

(a) Would the answer be to insist on execution of a will before a notary (as is so common in Continental legal systems), coupled with the lodging of it in the notary's protocol, or better still, in an official register of wills? The small number of notaries in this country and the difficulty in finding one of them in the country districts, and the delay this requirement would so often entail, dictate an answer in the negative.⁴² Possibly compulsory notarial execution is realistic for Britain, as was felt by 'Justice', the very respectable English branch of the International Commission of Jurists,⁴³ but it simply would not work in South Africa.

A much stronger case, in my view, could be made in principle for a rule requiring a commissioner of oaths to preside at the ceremony. Commissioners of oaths are easily accessible. All attorneys hold such office, but a large number of laymen as well. They receive instructions from the government on the nature of their duties. Think of the safeguards that could be introduced: the commissioner of oaths being schooled in the requirements for the due execution of a will; the ceremony having to be private in the way I have mentioned; a will form that is sold having to set out, in lay language drafted by the government, the requirements for a valid testament; the will having to be lodged in an official register, access to which, other than by the testator, would require judicial or administrative leave on good cause shown (to keep wills private and prevent subsequent pressure on testators). The making of a will in a situation of emergency would not be as easy as at present; however, this would be a worthwhile sacrifice in the interests of the formal validity of the instrument.

Were we able to start afresh, this might well be the answer. If I were to found a new state – let's say Thomas Carlyle's mythical country of Weissnichtwo ('I Know Not Where') – I might well plump for this requirement, coupled with some curative process under (c). But I doubt whether any government of South Africa would go for such a scheme. It would involve a somewhat novel and complex administrative structure, entailing some expenditure.

(b) In 1980 the Law Reform Committee of England published its 22nd Report, *The Making and Revocation of Wills*.⁴⁴ It concluded that while, by and large, the rules for the making of wills had stood the test of time pretty well, they were a little too strict. It did not favour the introduction of a judicial dispensing power, which, it believed, would, at least at the start, increase litigation, result in uncertainty, and possibly 'create more problems than it would solve'.⁴⁵ Instead, it proposed relaxing the

42. See Kamfer 367.

43. *Home-made Wills: A Report by Justice* (1971) 4-5, where a compulsory notarial system was advocated.

44. Cmnd 7902, discussed by R D Mackay in (1980) 130 *New LJ* 1108.

45. Para 2.5.

formalities a little. In its opinion there was no need to reject a will simply because the testator did not sign 'at the foot or end thereof' (as the English Act required); it would be enough 'if it is apparent on the face of the will that the testator intended his signature to validate it'.⁴⁶ Signature or acknowledgment of signature by the testator in the presence of two witnesses, the Committee was adamant, should remain; the failure of a number of wills on this score, in its view, apparently, was not a heavy price to pay. One witness would not suffice as a safeguard against forgery and undue influence. But the Committee recommended that it would be enough if a witness acknowledged his signature. It is interesting to note that the Committee did not consider it necessary that the English law be changed to require the witnesses to sign in each other's presence, as our Wills Act specifies.

The recommendations of the Committee were given effect to by the United Kingdom legislature in 1982 in the Administration of Justice Act. The second one, that it suffices that a witness acknowledge his signature in the presence of the testator (and not necessarily in the presence of the other witness),⁴⁷ seems commendable. But I am doubtful about the first one, in legislative form that 'it appears that the testator intended by his signature to give effect to the will'.⁴⁸ While it gives the court a good deal of discretion, it provides no express guidance on where normally the signature should appear. Would it not have been better had the legislature retained the original requirement of the Wills Act and provided for this test as an alternative one?⁴⁹

The Uniform Probate Code of 1969 of the United States, which I have already mentioned, reduces the requirements for the execution of a formal will to: writing, signed by the testator or some other person in his presence and by his direction, and signed by two witnesses who are present at the signing or acknowledgement of the signature by the testator.⁵⁰ But, pared as they are, these formalities can still result in the technical frustration of a testator's intention.

(c) I turn now to the main devices proposed to give the courts a dispensing power where the formalities have not been observed. They vary considerably in two main respects: first, the extent to which they permit deviation from the prototype; and secondly, the standard of proof required to establish the intention of the alleged testator.

The state of South Australia appears to have been the pathfinder with reform of the legal consequences of non-compliance with the formalities for the underhand will. Following a recommendation of her Law Reform Committee in 1974,⁵¹ her legislature passed s 12 of the Wills Act 1936-1975, subsec (2) of which reads:

46. Para 2.8.

47. Now s 9(d) of the Wills Act 1837.

48. Now s 9(a) of the Wills Act 1837.

49. Compare the comments of Andrew Borkowski & Keith Stanton 'The Administration of Justice Act 1982 (Parts I and III)' (1983) 46 *Modern LR* 191 at 198-9. They ask pertinently how the requisite 'intention' is to be proved: from only the will itself or with the aid of extrinsic evidence if need be?

50. § 2-502.

51. 28th Report of the Law Reform Committee of South Australia *Relating to the Reform of the Law on Intestacy and Wills* (1974) 10-11.

A document purporting to embody the testamentary intentions of a deceased person shall, notwithstanding that it has not been executed with the formalities required by this Act, be deemed to be a will of the deceased person if the Supreme Court, upon application for admission of the document to probate as the last will of the deceased, is satisfied that there can be no reasonable doubt that the deceased intended the document to constitute his will.

Contrary to gloomy prognostications, there has not been a flood of applications. The first case was decided only late in 1978: *In the Estate of Graham, deceased*.⁵² The testatrix had handed her will, signed by her, to her nephew 'to get it witnessed'. He took it to two neighbours, who knew the deceased. They signed as 'witnesses'. Jacobs J said that s 12(2) had to be given its 'plain and natural meaning' and that it was 'remedial in intent'; he had 'not the slightest doubt that the deceased intended the document . . . to constitute her will'.⁵³ His honour warned, however, that Parliament did not have in mind a document not executed by the testator at all; and while there need not have been an attempted compliance with the formalities, the greater the departure from the requirements of form, the more difficult would it be as a rule for the court to have 'no reasonable doubt'.⁵⁴ Later cases on similar facts followed suit.⁵⁵ Where the testator failed to sign,⁵⁶ no relief was granted. But unwitnessed alterations to a properly executed will, in writing by and signed or initialled by the testator, were held in another decision to be covered, having regard to the evidence as to the surrounding circumstances.⁵⁷

The broad approach of the Supreme Court of South Australia is commendable; but the legislative requirement of proof beyond a reasonable doubt — the test in criminal law, not civil law — goes too far.

In 1981 Queensland followed the lead of her sister state, but while she reduced the standard of proof and made valuable provision for the admission of evidence, she may have cut down the scope of the remedy of South Australia. The relief is provided by s 9 of her Succession Act 1981. It followed on a recommendation of the Queensland Law Reform Commission,⁵⁸ which had been seen and approved by Professor Langbein. The relevant part of s 9 reads:

- (a) the Court may admit to probate a testamentary instrument executed in substantial compliance with the formalities prescribed by this section if the Court is satisfied that the instrument expresses the testamentary intention of the testator; and
- (b) the Court may admit extrinsic evidence including evidence of statements made

52. (1979) 20 SASR 198.

53. At 201, 202.

54. At 205-6.

55. *In the Estate of Kolodnick, deceased* (1981) 27 SASR 374; *In the Estate of Dale, deceased* (1982) 32 SASR 215 (signature by testator before one witness, and another signature by him subsequently before another witness).

56. *Beaumanis v Praulin* (1980) 25 SASR 423.

57. *In the Estate of Possingham, deceased* (1983) 32 SASR 227.

58. *Report on the Law Relating to Succession* Queensland Law Reform Commission No 22 (1978).

at any time by the testator as to the manner of execution of a testamentary instrument.⁵⁹

If writing and signature are considered indispensable for a standard will, but no more, there is much to be said in favour of the South Australian wording, with, however, the court being required to be satisfied only on a balance of probabilities. That is the import of the recommendation of the Manitoba Law Reform Commission.⁶⁰ Almost surely the wording would cover the incapacity or absence of witnesses. It would not allow for the sudden death of a would-be testator about to sign; nor for any oral will, not even one recorded or stored in a cassette of a tape-recorder or a computer print-out. This is asking too much of Parliament, I believe. Such a remedial provision — it does not create a new mode of execution of an underhand will — seems to be reasonable. It does not go as far as the requirement in s 3 of our Wills Act for the soldiers' will — writing only, and not necessarily by the testator; if the will is signed by the maker, the Master may accept it; if the document is not signed by the maker, or is signed but is not accepted by the Master, the court may direct the Master to accept it if the court is satisfied that the will is valid.

Something must be done to alleviate the 'sudden death' doctrine of non-observance of formalities for underhand wills. I have tried to find the most acceptable answer. It would be interesting to know the views of my good friend Paul van Warmelo — our modern Paul — to whom this modest paper is humbly dedicated in admiration and with deep regard.

59. See (1983) 3 *Oxford J of Legal Studies* 442.

60. See Maxton *op cit* note 25 at 412.

*Nochmals zu
'in bonis habere'*

MAX KASER

Emeritierter ordentlicher Professor für römisches und
bürgerliches Recht, Universität Hamburg

Nochmals zu 'in bonis habere'

MAX KASER

1. EINLEITUNG. PROBLEMSTELLUNG¹

1.1 Dem 'in bonis esse, in bonis habere' haben wir vor mehr als 20 Jahren eine Abhandlung gewidmet, die sich, angeregt durch die bedeutende Monographie von F. B. J. Wubbe,² hauptsächlich mit dem Sinngehalt dieses Ausdrucks im Zusammenhang mit den *actiones Publiciana* und *Serviana* auseinandergesetzt hat.³ Die seither erschienene Literatur hat mich veranlasst, von meiner seinerzeit hierzu geäußerten Ansicht in wesentlichen Punkten abzuweichen, doch bestimmt mich jetzt erneutes Studium dazu, grossenteils zu meinem früheren Standpunkt zurückzukehren (u. 4, 2; 5; 6). Inzwischen hat der allzu früh verstorbene ungarische Romanist G. Diódsi,⁴ weithin losgelöst von den traditionellen Lehren, ein auf die vollständige Juristenüberlieferung zu diesem Ausdruck gestütztes neues Gesamtbild entworfen, das, bei aller Anerkennung einzelner dort verkündeter Erkenntnisse, in wesentlichen Stücken teils zur Kritik, teils zur Vertiefung herausfordert. Die Ergebnisse meiner neuen Bemühungen lege ich nun in zwei zu gleichzeitiger Veröffentlichung bestimmten Festschrift-Beiträgen vor, die einander ergänzen sollen: Die vorliegende, vom *in bonis habere* ausgehende Abhandlung widme ich dem verehrten Fachkollegen Paul van

1. Nachdem ich mich mit dem Umkreis dieses Themas bereits mehrfach beschäftigt und mich dort mit der älteren Literatur auseinandergesetzt habe, bitte ich um Verständnis, wenn ich mich diesmal auf ein Mindestmass der Zitierungen beschränke und hauptsächlich eigene Arbeiten anführe. — *Abkürzungen* (ausser den üblichen): *RP* = Kaser, *Das römische Privatrecht* 1² (1971) und 2² (1975); — *RZ* = Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966). Meine pfandrechtlichen Studien sind zuerst in *TR* 44 (1976), 233–289; 47 (1979) 195–234; 319–345; *SDHI* 45 (1979) 1–92 erschienen, wonach sie hier im folgenden zitiert werden. 1982 wurden sie in einem Band *Studien zum römischen Pfandrecht* gesammelt und mit Ergänzungen, Nachträgen und Berichtigungen in der Reihe 'Antiqua' Nr. 16 (Neapel) veröffentlicht. — Weitere Abkürzungen: zu Wubbe u.A. 2, zu Diódsi u.A. 4.
2. *Res aliena pignori data* (1960); dazu Wieacker, *TR* 30 (1962) 58ff.
3. *ZSS* 78 (1961) 173ff.; 177ff. (hier ohne Verfasseramen zitiert).
4. 'In bonis esse' und 'nudum ius Quiritium', in: *St. Volterra* 2 (1971) 125ff. (hier nur mit dem Namen zitiert); — *Ownership in Ancient Roman Law* (1970), hier zitiert: 'Diódsi, Own.' (die voranstehend angeführte Abh. ist in *Own.* 166ff. enthalten). Zu *Own.* kritisch Wieacker, *ZSS* 89 (1972) 415ff.; 423f.

Warmelo (Pretoria) zu seinem Jubiläum. Die andere, die in der Festschrift für H. Hübner (Köln) erscheinen wird, befasst sich unter dem Titel *Die 'vindictio pignoris' zwischen 'ius civile' und 'ius honorarium'* – neben anderen Gegenständen – mit der *actio Serviana* als dinglicher Pfandklage.

1.2 '*In bonis esse*' oder, von der Person gesagt, '*in bonis habere*' drückt allgemein und unverbindlich aus, dass ein Gegenstand in einem Inbegriff von Gütern, einem Vermögen (*bona*) enthalten ist. Das kann von den Juristen in ganz verschiedenen Zusammenhängen und von Gütern aller Art⁵ gesagt werden; ferner in den mannigfachsten Verbindungen, von denen uns hier nur diejenigen beschäftigen sollen,⁶ die einen juristisch-technischen Gehalt gewonnen haben,⁷ wenngleich der Ausdruck selbst seine Wurzel nicht in der juristischen Fachsprache hat und gelegentlich auch von den Juristen untechnisch gebraucht worden ist. Von den technischen Verwendungen sollen uns hier hauptsächlich nur diejenigen interessieren, bei denen der Prätor die im *in bonis habere* enthaltene Herrschaft über diese Güter mit besonderen Rechtsmitteln schützt.⁸ Doch wollen wir uns für zwei dieser Fälle, den *bonorum possessor*⁹ und den *bonorum emptor*,¹⁰ bei deren Schutz sich der Prätor einer Fiktion der Erbenstellung bedient, mit diesem kurzen Hinweis begnügen. In den Vordergrund stellen wir dagegen die *a(ctio) Publ(ician)*a und die pfandrechtliche *a(ctio) Serv(iana)* und wollen ergänzend die weiteren Texte würdigen, die das *in bonis esse* dem *ius Quiritium* gegenüberstellen (u. 6,2/3).

2. 'ACTIO PUBLICIANA'

2.1 Für den Inhalt des *in bonis esse*, soweit es bei Rechtserwerb und Rechtsschutz eine technische Bedeutung erlangt hat, ist nach wie vor von der *a. Publ.*¹¹ auszugehen, obschon jener Ausdruck in Verbindung mit ihr nur vereinzelt in einem periphe-

5. Vgl. z.B. Ulp.D.50.16.49, wo ausser Sachgütern (u.A.92) auch *superficiaria* (mit dem Boden verbundene Gebäude, allenfalls solche im Erbbaurecht) sowie gerichtlich (mit *actio petitio persecutio*, dazu RZ 174 A.32; RP 1, 224 A.6; 649 A.22, seither neuere Lit.) verfolgbare Rechte angeführt sind (dazu, nicht abschliessend, ZSS 78, 184; Diódsi 127 A.13).

6. Zahlreiche sonstige bei Diódsi 130 A.21; 131 A.23 (zu *hereditas, collatio bonorum, quarta Falcidia, dos* usw.). *Nullius in bonis*: Gai.2. 9/11 (= D.1.8.1. pr.); Marci.D.1.8.6.2. – Vgl. auch Ulp.D.47.8.2.22 *In hac actione* (sc. *vi bonorum raptorum*) *non utique spectamus rem in bonis actoris esse: sive in bonis sit sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit* (dazu ZSS 78, 184). Zu ebenda ... *sive ... bona fide a me possideatur* (Aktivlegitimation des *bonae fidei possessor* zu den *actiones furti* und *vi bon. rapt.*) s. jetzt Kaser, ZSS 96 (1979) 103 mit A.56; 99 (1982) 254 A.29.

7. Unannehmbar Diódsi 129ff.; 135ff., der dem Ausdruck jegliche technische Verwendung abspricht; hiergegen Wacke, *Festschr. Seidl* (1975) 188 A. 32 und Wieacker, ZSS 89 (1972) 423f. (dieser allerdings mit Unterschätzung des *ius honorarium*). – Zur Mehrdeutigkeit von '*in bonis*' s. SDHI 45, 25 A. 83 zu Wubbe, ZSS 89 (1972) 435, dessen Abwertung als 'Verlegensausdrücke' ich nicht teile.

8. Zum folgenden s. die Zusammenstellungen bei Bonfante, *Scr. giur.*2 (1918) 373f.; Kaser, ZSS 78, 177f.; 183f.; Diódsi 134 A.43.

9. Gai.3.80: nicht *pleno iure*, *sed in bonis*; Schutz *ficto se herede*, Gai.4.34, ausserdem durch das *interdictum quorum bonorum*; Diódsi 138.

10. Gai.3.80 cit.; Schutz auch hier *ficto se herede*, Gai.4.35.

11. Zur Lit.s.RP 1,438f.; 2,594, seither Diódsi, *Own.* 154ff. (dazu kritisch Wieacker, ZSS 89, 423; Wacke, *Fs.Seidl* (1975) 188 A.32), ferner Apathy, *Die publizianische Klage* (1981) 12ff.

ren Zusammenhang angeführt wird.¹² Aber nach allem, was wir über diese Klage erfahren, ist die mit ihr nach dem Muster der *rei vindicatio* geschützte Rechtsposition diejenige, auf die die von Gaius in diesem Zusammenhang gegebene Bestimmung des *in bonis esse* am besten passt. In 2.41¹³ führt Gaius für eine Sachherrschaft, die (noch) nicht Eigentum *ex iure Quiritium* ist, sondern *in bonis esse* genannt wird, das Beispiel an, dass eine *res Mancipi* (vom Eigentümer) nicht manzipiert oder injurezediert, sondern nur tradiert worden ist, und stellt dazu fest, dass dieser *in bonis habens* das quiritische Eigentum durch *usucapio* erwirbt.

Gerade damit wird jedoch einer der Tatbestände gedeckt, den die bei Gaius als Klagegrundlage der *a. Publ.* überlieferte Streitformel umschreibt.¹⁴ Sie enthält im ganzen, unmittelbar oder mittelbar, vier Voraussetzungen: Erstens nennt sie ausdrücklich den Eigenbesitz (*possidere*),¹⁵ den die Praxis erweiternd auslegt, so dass er ausnahmsweise durch Besitzlosigkeit der Sache ersetzt werden kann;¹⁶ und zweitens die *iusta causa*, aus der die Sache zu dauerndem Behalten erworben werden soll.¹⁷ Diese beiden Elemente hat der Kläger zu beweisen. Aus der Fiktion, dass die Sache durch Ablauf der Ersitzungsfrist usukapiert worden wäre, sind ausserdem weitere Voraussetzungen abzuleiten: Der Kläger darf drittens beim Erwerb nicht *mala fide* gewesen,¹⁸ und die Sache darf viertens keine unersitzbare, z. B. keine *res furtiva*, sein. Diese negativen Umstände zu beweisen (und damit das Klagebegehren zu entkräften) obliegt dem Beklagten. Was sich nach alldem als Tatbestand der *a. Publ.* ergibt, ist der '*Usukapionsbesitz*': Wer einen solchen hat (der '*Usukapient*'), ist vor anderen, '*schlechteren*' Besitzern, die nicht alle diese Vorzüge vereinigen, dadurch qualifiziert, dass er die Aussicht hat, durch die blossе Vollendung der begonnenen Usukapionsfrist quir. Eigentümer zu werden. Er kommt damit schon jetzt unter allen

12. Paul.D.2.9.2.1 i.f. *ductus servus in bonis eius esse coepit*; Paul.D.9.4.26.6 i.f. *iussu enim praetoris ductus in bonis fit eius qui duxit*; zur Kompetenz der *a. Publ.* Paul.D.6.2.6. Näheres u. bei A.32,38.

13. *Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea Mancipata vel in iure cessa esset.*

14. Gai.4.36 '*Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret . . .*'. Zur glaubhaften Zurückführung dieser Formel auf einen Prätor Q. Publicius von 67 v. Chr. s. RP 1,438 A.2 mit Lit.

15. Die *civilis possessio*, s. RP 1, 385f.; 387; 389.

16. Zum *servus hereditarius* (Ulp.D.6.2.9.6) s. u. A.64, zum *fugitivus* (Pomp.D.6.2.15; Ulp. eod.11.2) u. A.65–67. Vgl. hierzu Apathy, *Actio Publiciana ohne Ersitzungsbesitz*, in einer für die *Studi Guarino* in Druck gegebenen Abhandlung, für deren Überlassung im Manuskript ich dem Verfasser besonders zu danken habe. Mit den dort in den soeben zitierten Stellen beobachteten Lockerungen wird jedoch das Prinzip, dass die *a. Publ.* zum Schutz des Ersitzungsbesitzers bestimmt ist, nicht preisgegeben; vielmehr wird nur auf echt römische Juristenweise die *regula*, wo ihre starre Einhaltung unbillig erscheint, von Ausnahmen durchbrochen; s. Kaser, ZSS 96 (1979) 92. Zur Annahme, dass auch der 'reine' Ersitzungsbesitz, wo er nicht gegen den quiritischen Eigentümer geschützt ist, als '*ius*' verstanden wurde, s. kritisch u. 4.4. Vgl. auch u. A.19.

17. Näheres in RP 1,420ff.

18. Zur *mala fides superveniens* vgl. Wacke, *Fs. Seidl* (1975) 189ff.; 203 gegenüber Wubbe, ZSS 80 (1963) 182ff.

Besitzern dem Eigentümer subjektiv und objektiv am nächsten.¹⁹ Doch fragt es sich, ob jeder Ersitzungsbesitzer einer ist, der die Sache *in bonis* hat.

2.2 Die Funktion der *a. Publ.*, den Usukapionsbesitz zu schützen, erklärt sich aus der eigentümlichen Gestalt des älteren römischen Eigentums, die sich von dem zu seinem Schutz bestimmten *Verfahren* herleitet. Die ursprünglich einzige Klage aus dem vielumfassenden Eigentum, das auf jener Stufe die volle rechtliche Sachherrschaft ebenso wie die inhaltlich beschränkten Sachgewalten einschliesst, war die '*legis actio sacramento in rem*',²⁰ bei der *beide* Parteien ein '*meum esse*' behaupten (Gai.4.16). Daraus folgt zwingend,²¹ dass der Richter, der sich einer Entscheidung nicht entziehen kann, beide Eigentumsbehauptungen auf ihre Gründe prüfen und zugunsten der Partei entscheiden musste, deren Position er gegenüber der des Gegners als besser befand. Das traf zu, wenn entweder die Position einer Partei so vollkommen war, dass sie gegenüber *jedermann* als die bessere anzuerkennen war, wie z.B., wenn er die Sache usukapiert hatte; oder wenn doch die Position der einen Partei, verglichen mit der des Gegners, einem von jedermann anzuerkennenden Eigentum am nächsten kam. Dieses wird schon damals angenommen worden sein, wenn eine Partei 'Ersitzungsbesitzer' war, also die vorhin aufgezählten Voraussetzungen der *usucapio* (ausser allenfalls dem Fristablauf) erfüllte.²²

Als die aus der beiderseitigen Eigentumsbehauptung folgende 'relative' Rechtslage des Vindikationsklägers mit der Zeit wegen ihrer Unbestimmtheit als unbefriedigend empfunden wurde, ging man dazu über, die Behauptung des '*meum esse*' nur mehr dem *Kläger* aufzuerlegen, von dem man folgerichtig den Beweis seines Eigentums verlangte. Diese mit der Einführung des *agere in rem per sponsionem* und weiter mit der *formula petitoria* verbundene Neuerung hatte für den Kläger, der sich auf derivativen Erwerb berief, die nachteilige Folge, dass ihm zum vollen Beweis seines eigenen Eigentums nach der *nemo plus iuris*-Regel (Ulp. D.50.17.54) der Nachweis oblag, dass auch alle seine Vorfahren Eigentümer waren, bis zurück zu einem, der die Sache originär erworben, allenfalls usukapiert hat. Diese bisweilen zu unerträglichen Härten führende Beweislast, auf die die mittelalterliche Bezeichnung '*probatio diabolica*' zurückgeht,²³ wird man zwar als Prinzip beibehalten, in der

19. Daran ist m.E. gegen Apathy, ZSS 99 (1982) 174 festzuhalten. Im übrigen vgl. Apathy, *Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die actio Publiciana?*, in *St. Sanfilippo* 1 (1982) 29ff., der diesen Zweck der Klage zwar grundsätzlich bejaht, aber wegen Iul.D.41.4.7.4 und Paul.D.41.3.15.2 einschränkt: Hat der Ersitzungsbesitzer den Besitz vor vollendeter *usucapio* verloren, und ist er bei Wiedererlangung *mala fide*, kann er nicht ersitzen: Sein zweiter Besitz ist kein Usukapionsbesitz, darum hat er auch nicht mehr die *a. Publ.* Trotzdem bleibt es im Sinn der Römer berechtigt, die *a. Publ.* als Klage zum Schutz des Ersitzungsbesitzes zu bezeichnen, weil dieser die Klagegrundlage bildet.

20. Auf ihre vermutbare Vorgeschichte (s. zuletzt Selb, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex in der legis actio*, im Druck für die *Gedächtnisschrift für Kunkel*), gehe ich hier nicht ein.

21. Näheres zu dieser Deutung in TR 44,248f.; 257f. und der dort zitierten Lit. Eine ausführliche Stellungnahme mit den Gegnern dieser Lehre bereite ich für ZSS 102 (1985) vor.

22. Zum Fall, dass beide Parteien Ersitzungsbesitzer waren, vgl. Ner.D.19.1.31.2 und Iul.-Ulp.D.6.2.9.4; s. Kaser, ZSS 78, 187ff. (zu Wubbe) und jetzt Apathy, ZSS 99, 158ff., aber auch o.A. 16,19.

23. Aus der Lit. zu ihr vgl. Sturm, RIDA³ 9 (1962) 357ff.; 363ff.; Kiefner, ZSS 81 (1964) 212ff.; Diósi, *Own.* 160ff.; Wieacker, ZSS 89, 423; Apathy (o.A.11) 15; *St. Sanfilippo* (o.A.19) 30.

Praxis aber dadurch gelockert haben, dass sich der Richter in Fällen, in denen aus Beweismängeln das Eigentum des Klägers zwar nicht mit voller Sicherheit beweisbar, aber nach Lage des Falles glaubhafter war als die Gegenbehauptung des Beklagten, mit blosser Wahrscheinlichkeit begnügte. Dies besonders dann, wenn der *letzte* Veräusserungsvorgang, der zum Erwerb des Klägers von seinem Vormann geführt hat, einwandfrei war, z.B. eine *res Mancipi* formgerecht übertragen worden war, so dass man das Vorbringen und den Beweis von Gegengründen aus dem Nichteigentum des Vormannes dem Beklagten überlassen konnte (dazu u. 3,1; 4,3). Da man jedoch die Spannung zwischen solcher gelockerter Praxis und dem fortgeltenden Prinzip des vollen Eigentumsbeweises des Klägers mit der fortschreitenden Rechtskultur als unbefriedigend empfand, suchte man nach einem Ausweg und fand ihn in der *a. Publ.*, bei der man das Beweisthema für den Kläger darauf beschränkte, dass er selbst seinen Besitz *ex iusta causa* von seinem Vormann erworben hatte.

2.3 Da jedoch mit diesem Beweis das *quir.* Eigentum des Klägers nicht festgestellt werden konnte, mussten die Wirkungen der *a. Publ.* hinter denen der *rei vindicatio* zurückbleiben. Typisch für die Anwendbarkeit der *a. Publ.* waren zwei Gruppen von Tatbeständen mit unterschiedlichen Folgen: der erwähnte Erwerb von *res Mancipi* durch blosser *traditio*, dem einige weitere Fälle sicher oder vielleicht gleichgestellt wurden, und weiter der gutgläubige Erwerb *ex iusta causa*, sei es einer *res Mancipi* oder *nec Mancipi*, vom *Nichteigentümer* (u.4).²⁴

3. 'TRADITIO' VON 'RES MANCIPI' (UND GLEICHGESTELLTE FÄLLE)

3.1 Die Neuerung, sich zur endgültigen Zuwendung von *res Mancipi* statt der *mancipatio* oder *in iure cessio* mit der blossen *traditio* zu begnügen²⁵ – freilich mit schwächerer Wirkung –, ist von den Prätores, vermutlich bereits auf einer fortgeschrittenen Stufe der späteren Republik, ins Werk gesetzt worden, um den Umsatz mit diesen seit alters privilegierten Gütern durch Verzicht auf den altzivilen Formalismus zu erleichtern. In dieser Zeit des intensivierten Güterverkehrs wird darauf auch das Vorbild der Geschäfte mit solchen Peregrinen eingewirkt haben, denen die römischen Formalakte unzugänglich waren. Dabei wird im Binnen- wie im Aussenhandel vornehmlich an Veräusserung von *Sklaven* zu denken sein,²⁶ die nicht zufällig in den Quellen, die von *in bonis esse* sprechen, häufig genannt werden.²⁷

24. Zur Streitfrage, von welcher der beiden Gruppen der Anstoss zur Schöpfung der *a. Publ.* ausgegangen sein könnte, s. Lenel, Sturm, Wubbe, zitiert in *RP* 1,438 A.3, ferner Kaser, *ZSS* 78, 186; Diódsi 154ff.; 158f.; Wieacker, *ZSS* 89, 423; Apathy (o.A.11) 12ff.

25. Gai.2.19 (u.A.45); 26 (vermutlich); 41; 204; *Ulp.ep.*1.16.

26. Der Sklavenhandel wird nach dem Übergang des Schwerpunkts von der Agrarwirtschaft zur Verkehrswirtschaft erheblich bedeutsamer geworden sein als der Handel mit den als *res Mancipi* anerkannten Nutztieren. Bei Grundstücken wird man dagegen nicht nur wegen des besonderen Sachwerts, sondern weil sie regelmässig nicht zu weiterer Veräusserung erworben werden, an den Formalakten länger festgehalten haben.

27. Vgl. Diódsi 139ff., besonders 141f., auch wenn man die sozialpolitischen Motive, auf die er den rechtlichen Gegensatz von *in bonis habere* und *nudum ius Quiritium* zurückführen will, skeptisch beurteilt.

Rechtlich wird die *traditio* von *res Mancipi*, wenn sie vom Eigentümer geschieht, verglichen mit dem Sacherwerb vom Nichteigentümer, insofern anders beurteilt, als der Prätor den, der vom *Berechtigten* erworben hat, wenn auch ohne die zivile Form, gegen die Vindikation des quir. Eigentümers schützt. Dies geschieht zwar nicht in der *a. Publ.* als solcher, die mit ihrem Schutz des Ersitzungsbesitzers beide Tatbestände deckt, sondern mit einem zusätzlichen Rechtsmittel, das der Prätor dem, der vom quiritischen Eigentümer²⁸ ohne die zivile Form erworben hat, bereitstellt: Verlangt der Eigentümer mit der *rei vindicatio* vom Erwerber die Herausgabe, erhält dieser Beklagte die *exceptio rei venditae et traditae* (oder *doli* oder eine *in factum*). Verklagt umgekehrt der Erwerber den besitzenden quir. Eigentümer mit der *a. Publ.*, und macht der Beklagte sein Recht mit der *exceptio (iusti) dominii* geltend, obsiegt der Kläger mit der ihm erteilten *replicatio (rei venditae et traditae, doli oder in factum)*.²⁹ Für die *a. Publ.* wird sich aus diesem Mechanismus erschliessen lassen, dass sie bereits vor der prätorischen Anerkennung des formfreien Verkehrs mit *res Mancipi* geschaffen wurde. Die Vindikation mit einseitiger Eigentumsbehauptung des Klägers, bei der wohl die erwähnte Beweisnot des Klägers besonders deutlich hervorgetreten ist, kann längst vorher bestanden haben.³⁰ Man kann das Prinzip der '*probatio diabolica*', wo es unerträglich wurde, bereits laxer gehandhabt haben, bevor man mit der *a. Publ.* eine konkretere und präziser bestimmte neue Regelung schuf.

3.2 Dem Fall der *traditio* einer *res Mancipi* wird ausdrücklich gleichgehalten der der *Konvaleszenz*, wenn der zunächst nichtberechtigte Veräußerer hinterher (noch vor Ablauf der Usukapionsfrist) das quir. Eigentum erwirbt. Auch hier wird der Erwerber mit einer *exceptio* oder *replicatio, doli oder in factum*, nach Art der vorhin genannten, geschützt.³¹

Ein gleicher prätorischer Schutz gegen den quir. Eigentümer wird in vier Fällen

28. Mit dessen Willen, und ohne mit seinem Erwerb die Rechte Dritter zu verletzen. Vgl. *RP* 1,422f. Die Quellen sprechen in diesen Fällen weder von *bona* noch von *mala fides*; Pernice, *Labco* 2,1 (1895) 343 A.1; H. Krüger, *ZSS* 54 (1934) 93; Siber, *Röm.Privatrecht* (1925) 89 A.26.
29. Vgl. zu alldem *RP* 1,403; 439; 2,297, überall mit Lit. Auf Einzelheiten ist hier nicht einzugehen. Am deutlichsten wird der Mechanismus sichtbar in Iul.-Ulp.D.44.4.4.32 zum Fall der Konvaleszenz, u.A.31.
30. Die *formula petitoria* ist erstmals sicher überliefert in Cic. in *Verr.* 2.2.12.31, dazu Kaser, *ZSS* 101 (1984) A.272 (kritisch zu Wlassak).
31. Iul.-Ulp.D.44.4.4.32: Der Nichteigentümer Titius hat ein Grundstück dem Tu verkauft und übergeben; danach hat Titius den Eigentümer beerbt und hierauf das Grundstück dem Maevius tradiert (vermutlich für die Manzipation interpoliert, s.den Ind.Itp.). Hier interessiert aus dem Folgenden der zweite Fall, dass Titius das Grundstück jetzt besitzt. Klagt Tu mit der *a. Publ.*, und hält ihm Titius die *exceptio dominii* entgegen, erhält Tu eine *replicatio (in factum oder doli)*; *ac per hoc intellegetur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet*. Mit dem *vendere et tradere* an Tu ist dieser zwar Ersitzungsbesitzer geworden. Das *in bonis habere* (und das quir. Eigentum) hat er aber erst dadurch erworben, dass Titius den Eigentümer beerbt hat. Vgl. *RP* 1,439 A.12; 464 A.9 mit Lit.; *ZSS* 78,179f.; nicht zutreffend Diósi 170 A.28. Die *replicatio* des Tu (und im ersten, hier von uns nicht erörterten Fall der Stelle, in welchem Titius vom besitzenden Tu vindiziert, die *exceptio* des Tu) ist nicht die *rei venditae et traditae*, weil Titius im Augenblick der *traditio* an Tu noch nicht Eigentümer war. In Betracht kommt daher nur eine *repl.* (bezw. *exc.*) *in factum* oder *doli*, mit deren Geltendmachung Titius so behandelt wird, wie wenn er nach seinem Eigentumserwerb das Grundstück nochmals an Tu verkauft hätte.

anzunehmen sein, in denen der Prätor im Rahmen seiner Kognitions Gewalt oder der Richter durch *adiudicatio* jemandem den Gegenstand durch *adiudicatio* zugewiesen hat: Es sind das 1. der, den der Prätor dazu ermächtigt hat, einen nicht defendierten Sklaven *ex noxali causa* mit sich wegzuführen;³² – 2. der *damni infecti ex secundo decreto in possessionem missus*;³³ – 3. wohl auch der, der den zugeschobenen Eid *rem meam esse* geschworen hat;³⁴ – schliesslich 4. jedenfalls der, dem der Judex eine Sache in einem mit *iudicium imperio continens* durchgeführten Teilungsprozess adjudiziert hat.³⁵ Das *in bonis habere* des Erwerbers ist zwar nur im Fall 1 genannt,³⁶ aber auch in den anderen glaubwürdig.³⁷ Dass er ausserdem auch gegen den quir. Eigentümer geschützt war, wird anzunehmen sein, weil auch diese Erwerber das Objekt endgültig behalten sollten.³⁸

Durch die Unsicherheit der älteren und noch der klassischen Überlieferung zweifelhaft ist dagegen der Tatbestand der *occupatio* einer vom quir. Eigentümer *derelinquierten* Sache.³⁹ Ob, und gegebenenfalls in welchen Fällen, der Okkupant

32. Paul.D.2.9.2.1 i.f.; 9.4.26.6 i.f.; zur *a. Publ.* s. Paul.D.6.2.6; die Texte o.A.12; vgl. Kaser, ZSS 78, 181 A.27 und jetzt Ankum, s.u.A.38.
33. Das Erfordernis der *usucapio* steht in Paul.D.39.2.5pr.; Iul.–Ulp. eod. 15.16; Ulp.eod.18.15, hier auch die *a. Publ.*; ZSS 78, 181 A.26.
34. Ulp.D.6.2.7.7 (*a. Publ.*); ZSS 78, 182 A.30.
35. Ulp.D.6.2.7pr. (*a. Publ.*); s. auch Paul.vat.47a; ZSS 78, 182 A.30.
36. S. die Stellen o.A.12,32, dazu noch u.A.38.
37. Entgegen Diódsi 134 A.43. – Zweifelhafte, weil weder die *a. Publ.*, noch das *in bonis habere* bezeugt ist, bleiben (entgegen Bonfante, *Scr. giur.* 2,374 und Diódsi) die Tatbestände des *interdictum de arboribus caedendis* (D.43.27.1pr. und 7). – Der Erbschaftsfideikommissar *ex SCto. Trebelliano* erhält die *a. Publ.*, auch wenn er den Besitz noch nicht erlangt hat, Paul.D.6.2.12.1. Das wird sich darauf beziehen, dass die *a. Publ.*, wie nach Ulp.eod.7.9 auf die Erben, so auch auf den Universal-fideikommissar übergeht. Vgl. Apathy, *St. Guarino* (o.A.16) A.33. Zu *in bonis* s. Gai.D. 36.1.65pr., auch Scaev.eod.80.16.
38. Der *servus ex noxali causa ducere iussus*, der den nicht defendierten Sklaven mit Ermächtigung des Prätors wegführen darf (o.A.32), wird günstiger gestellt worden sein als derjenige, dem der Sklave vom *bonae fidei possessor in noxam* dediert worden ist; vgl. zu diesem Afr.D.9.4.28 mit Wacke, *Fs. Seidl* 215ff., der ihn nicht als Bonitarius ansieht; anders Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (1981) 172 A.29, doch s. Ankum in Iura 31 (1982) zu dem Buch von G.–C (unter 4).
39. Für das ältere römische Recht ist vielleicht zu erwägen, dass im dinglichen Sakramentsprozess der Okkupant zwar bis zum Ablauf der Usukapionsfrist die Dereliktion vom bisherigen Eigentümer beweisen musste; dass ihm aber die Beweisführung auch hier mit der Zeit erleichtert wurde (s. Kaser, ZSS 67 (1950) 328ff.). – Zum klassischen Recht erfahren wir, dass das Eigentum des Derelinquenten nach den Sabinianern und den späteren Juristen mit der Preisgabe erlischt, nach den Prokulianern dagegen erst mit der *occupatio*; Sab.Cass.–Ulp.D.47.2.43.5; Proc.–Iul.–Paul.D.41.7.2.1; s. zuletzt Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani* (1981) 56ff. Dass diesem Schulenstreit eine Differenzierung zwischen *res mancipi* und *nec mancipi* zugrundelag (so Kaser, ZSS 78, 180f.; *RP* 1,426), ist jedoch nicht überzeugend zu rechtfertigen. Vgl. die Lit.–übersicht in *RP* 1,426 A.14; 2, 289 A.4, zuletzt Tomulescu, *BIDR* 82 (1979) 108ff.; weitere Lit.: Cuénod, *Usucapio pro derelicto* (thèse Lausanne 1943); zu Pomp.D.41.7.5pr. Wubbe, *Mél. Meylan* 1 (1963) 435 ff. (gegenüber Kaser, ZSS 78, 180f.) und die bei Wacke, *Fs. Seidl* (1975) 216 A.162 Genannten. Nach der heute wohl herrschenden Lehre wurde die vom Eigentümer derelinquierte Sache mit der *occupatio*, und nur die vom Nichteigentümer derelinquierte erst mit der *usucapio* zu Eigentum erworben, s. auch Inst.2.1.47. Die *usucapio* wird für den ersten Fall nicht mehr erwähnt, ebensowenig hierzu die *a. Publ.* Doch bleibt der Gegenstand weiter zu untersuchen.

einmal Usukapionsbesitzer wurde, sei es mit, sei es ohne Schutz gegen den quir. Eigentümer, bedarf erneuter Prüfung.

3.3 Die im vorigen besprochenen Ersitzungsbesitzer haben schon vor Ablauf der Usukapionsfrist gegenüber dem quir. Eigentümer eine unangreifbare Position, die sie, wie wir sahen (o.3.1), defensiv den genannten Exzeptionen, offensiv, bei Geltendmachung der *a. Publ.*, den entsprechenden Replikationen verdanken. Die Bezeichnung dieser Position als *in bonis esse*, die in Gai.2.41 (o.A.13) und Paul.D.2.9.2.1 i.f. und 94.26.6. i.f. (o.A.12) gesichert ist, berechtigt uns, den Ausdruck hier als ein 'prätorisches' oder, nach der Formulierung des Theophilos,⁴⁰ als 'bonitarisches Eigentum' zu verstehen;⁴¹ umso mehr, als dieses Recht sogar dem quiritischen überlegen ist.

Stellt sich das *in bonis esse* in dieser Anwendung nach seiner Funktion als ein Eigentum dar, so ist es doch nach den zu seinem Schutz bereitgestellten Rechtsschutzmitteln ein *qualifizierter Usukapionsbesitz*. Seinem Schutz dient die reguläre *a. Publ.* Sie bedarf aber gegenüber dem quir. Eigentümer, der die *res manc.* bloss tradiert hat, jener Replik, um zu bewirken, dass dem 'Bonitarier' der Besitz nicht von diesem quir. Eigentümer streitig gemacht werden kann, sondern dass der Bonitarier unter regelmässigen Umständen usukapieren kann. Damit erwirbt dieser das quir. Eigentum, neben dem aber das *in bonis esse* nun in derselben Person fortbesteht,⁴² so dass der Erwerber statt der *rei vindicatio* auch die *a. Publ.* geltend machen kann.⁴³ Da er nach der Ersitzung den vorigen quir. Eigentümer nicht mehr zu fürchten braucht, ist er ihm gegenüber auf die Exzeptionen und Replikationen nicht mehr angewiesen.

3.4 Dass die Juristen auch das bonitarische Eigentum als *dominium* bezeichnet haben, pflegt man dem *duplex dominium* in Gai.1.54 zu entnehmen, verstanden als zweierlei Eigentum, quiritisches und bonitarisches. Die dort beigefügte Erläuterung *nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur* will primär nichts anderes sagen als die Stellen, nach denen ein Sklave dem einen *ex iure Quiritium* gehören und zugleich *in bonis* eines anderen stehen kann (u.A.46). Ebenso erklärt Gai.2.40, dass, nachdem es, wie bei Peregrinen, so auch

40. Theoph. I.5.4 *δεσπότης βοιτάριος* gegenüber *δεσπότης ex iure Quiritário*. (Die vermeintliche Korrektur bei Ciapessoni, *Studi su Gaio* (1943) 96 ist wohl unnötig.) – Zur Sache Wubbe 13; Wieacker, TR 30, 60; Diódsi I29 A.20.

41. Entgegen den leidenschaftlichen Angriffen bei Diódsi, bes. 135ff. Bedenklich ist dagegen die Verwendung für den 'reinen', nicht gegen den quir. Eigentümer geschützten Ersitzungsbesitz bei Wieacker, TR 30, 65, dazu u.6.4 a.E.

42. Dazu s.Gai.2.41 i.f. (o.A.13) und 1.54; Wubbe 14f.; Kaser, ZSS 78, 185.

43. Das werden den leidenschaftlichen als formal denkenden Römer trotz der irrealen Fassung der Formelfiktion '*si ... anno possedisset, tum si ... eius ex i. Q. esse oporteret*' für zulässig gehalten haben; s. Wieacker, ZSS 89, 423 gegen Diódsi, *Own.* 160; 164 (mit fragwürdigen Gegenschlüssen aus Gai.4.36 und Paul.D.20.1.18, u. bei A.78). Das *argumentum a maiore ad minus* machte keine Formeländerung erforderlich. Man denke auch an die Fälle, in denen der Kläger des Beweises seines Eigentums nicht völlig sicher war und darum die *a. Publ.* bevorzugte, bei der die gegenüber der *rei vindicatio* zu erwartenden, vom Kläger für sachlich unbegründet gehaltenen Einwände des Gegners von vornherein ausgeschlossen waren. Weiteres in der o.A.21 zitierten Abh., A.65.

in Rom zunächst nur *ein* Eigentum (*unum dominium*) gegeben habe, *postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere*. Das *duplex dominium* will also nicht das *in bonis esse* als ein *neben* dem *ex iure Quiritium* existierendes *dominium* kennzeichnen, sondern nur anführen, dass das regelmässig als einheitliches Recht auftretende Eigentum ausnahmsweise 'geteilt' sein könne,⁴⁴ so dass das *plenum ius*⁴⁵ in zwei auf verschiedene Personen verteilte Elemente 'gespalten' ist.⁴⁶ Der spannungsfreie Normalzustand ist der, dass *dominium ex iure Quir.* und *in bonis habere* in derselben Person vereinigt sind, so dass der Eigentümer weder die *rei vindicatio* noch die *a. Publ.* braucht, weil es, von Sonderfällen abgesehen,⁴⁷ nichts gibt, was er damit fordern könnte. Hat der Volleigentümer den Besitz verloren, wird er aber in aller Regel die auf das Vollrecht gestützte *rei vindicatio* geltendmachen; die *a. Publ.* nur ausnahmsweise, wenn er etwa beim Eigentumsbeweis auf die Vormänner seines Veräusserers zurückgreifen müsste (o. bei A. 43). Doch verliert dieser Vorzug an praktischer Bedeutung, seitdem auch an den Beweis des *quir. Eigentums* mit der Zeit minder strenge Anforderungen gestellt werden (u. 4,3).

Neben dieser Deutung des *duplex dominium* als 'gespaltenes' Eigentum bestehen jedoch weitere Quellen, die '*dominium*' vielleicht schon in der klassischen Zeit für die Stellung dessen verwenden, dem der Prätor einen von ihm gegen jedermann geschützten Besitz erteilt hat;⁴⁸ so etwa beim *bonorum possessor*⁴⁹ oder beim *damni infecti ex secundo decreto in possessionem missus*,⁵⁰ allenfalls auch sonst.⁵¹ Doch hat man eine zweite technische Bedeutung von *dominium* neben der Bezeichnung des *quir. Eigentums* offenbar nicht angestrebt.

44. Diese *divisio* (dazu Talamanca, *Lo schema 'genus - species' nelle sistematiche dei giuristi romani* (Acc. dei Lincei, *La filosofia greca e il diritto romano* 2 (1977) 283) ist hier im Sinne von Nörr, *Divisio und partitio* (1972) 20ff. eher eine *partitio*. – Im übrigen s. Feenstra, *Duplex dominium*, *Symb. David* 1 (1968) 55ff.

45. Vgl. Gai. 1.15 *pleno iure dominorum fuerint* (sc. *servi*; zu Gai. 1.35); 1.167 (u. A. 99); 2.19 *res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt*; 2.41 (s. auch 2.26) die bloss tradierte *res mancipi* '*semel . . . impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset*'; ähnlich 2.204; 3.80 *neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur*. – Justinian C. 7.25.1 hat die *differentia . . . inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritium vel tantummodo in bonis reperitur* ausdrücklich beseitigt.

46. Gai. 2.88; 3.166; auch 1.35, dazu u. 6,2/3. Vgl. Diódsi 134 ('Zersplitterung' des Eigentums; Näheres 138ff.); weitere Lit.: Ciapessoni (o. A. 40) 91ff.; La Rosa, *Ann. Cat.* 3 (1948/49) 521ff.; David-Nelson, *Gai. inst.* (Kommentar) 1 (1954) 77f.

47. wie dem *unus casus* von Inst. 4.6.2, dazu *RP* 1,432 A. 2; 2,293 A. 15.

48. Als ein *dominium* versteht das *in bonis esse* in solchen Fällen etwa Maschi, *Atti Congr. Intern. Verona* 1 (1953) 30ff.

49. *Ulp. D.* 37.1.1 (obwohl überarbeitet, vgl. *RP* 2,474 mit Lit.); *Paul. D.* 47.2.47 (anders die Lit. im *Ind. Itp.*).

50. *Ulp. D.* 7.1.7.1; 39.2.15 §§ 16, 17, 33; *Paul. D.* 23.5.1pr.

51. Bei anderen Fällen prätorischer *missio in possessionem* ist das *dominium* von zweifelhafter Echtheit; so in *Ulp. D.* 11.7.14.1, wo das *et dominium habet* in der *lex gemina D.* 50.17.137 fehlt, dazu Feenstra, *Symb. David* 1 (1968) 67f.; – ferner in *Iul. D.* 10.3.5 (wegen *Indefensio a praetore possidere iussi*) *et ex hoc dominium earum nancisceremur*. Zu *Ulp. D.* 9.4.26.6, wo *dominii acquisitione ver-*

4 ERWERB VOM NICHTEIGENTÜMER

4.1 Da der in Gai.4.36 überlieferte Formelwortlaut der *a. Publ.* (o.A.14) das Eigentum des Klägers als noch nicht eingetreten unterstellt, konnten die Fälle des Erwerbs vom Nichteigentümer seit alters in diese Klage einbezogen werden; auch die, in denen eine *res Mancipi* von einem Nichteigentümer manzipiert (und tradiert) worden ist. Aus der mangelnden Berechtigung des Veräusserers folgt jedoch, dass man in allen diesen Fällen dem publizianischen Kläger, verglichen mit der zuvor (unter 3 besprochenen Gruppe, nur eine schwächere Stellung zugebilligt hat, nämlich die labile Position des 'blossen' Ersitzungsbesitzers: Er wird zwar, auf Grund der in der Formel ausgesprochenen Fiktion, nach dem Muster des quir. Eigentümers geschützt, aber nicht gegen den quir. Eigentümer selbst, sondern nur gegen 'alle übrigen' Besitzer. Darin liegt ein 'relativer' Schutz von ähnlicher Art, wie er nach den Spruchformeln der *legis actio sacramento in rem* schon für die Vindikation des alten Rechts glaubwürdig ist (o.2,2). Hier stellen sich uns zwei miteinander zusammenhängende Fragen: Ist auch dieser Ersitzungsbesitz, dem keine *exceptio (rei venditae et traditae, doli* usw.) entgegengesetzt werden kann, im *in bonis habere* inbegriffen? Und ist in Stellen, die das *in bonis habere* dem *nudum ius Quiritium* gegenüberstellen, an den umfassenden Ersitzungsbesitz gedacht, der auch den Erwerb *a non domino* einschliesst, oder nur an den, der auch gegen den quir. Eigentümer geschützt ist (u.6,2/3)?

4.2 In meiner früheren Untersuchung zum Thema habe ich die Frage, ob das *in bonis habere* alle Ersitzungsbesitzer, auch den Erwerber vom Nichteigentümer, einschliesst, verneint, den Begriff also auf die Tatbestände beschränkt, in denen der *in bonis habens* durch jene Einreden gegen den quir. Eigentümer geschützt ist.⁵² Neuerdings bin ich jedoch den Anhängern der Gegenmeinung gefolgt;⁵³ wie ich heute glaube, zu Unrecht. Meinen erneuten Meinungswechsel will ich hier näher begründen.

Der Erwerb von *res Mancipi* durch blosser *traditio* und die weiteren Fälle, in denen der Prator den Erwerber auch gegen den quir. Eigentümer schützt, wird mit der Bereitstellung der zu diesem Schutz bestimmten prätorischen Massnahmen alsbald als ein fester Bestandteil der Rechtsordnung anerkannt worden sein und sich in der Praxis, namentlich bei Sklaven (o.A.26), eingebürgert haben. Der Erwerb *a non domino* wird demgegenüber, weil die Parteien in aller Regel um wirksame Durchführung der Veräusserung bemüht sind, viel seltener vorgekommen sein und behält den Charakter eines – wenngleich zumeist unbeabsichtigten – Verstosses gegen die Rechtsordnung.

Wer einen Ersitzungsbesitz von einem Nichteigentümer erwirbt, muss den Eigen-

dächtigt wird, s.o.A.12,36,38. Zu alldem vgl. Bonfante, *Scr.giur.* 2, 378 A.1 und zur bisherigen Textkritik vor allem den Ind. Itp.

52. ZSS 78,178f.; 182ff.; *RP* 1,404 A.22. S.auch Bonfante und Volterra nach ZSS 78,179 A.21.

53. TR 44 (1976) 244 A.64; SDHI 45 (1979) 16 A.53; 25 A.83, mit Wubbe 75 A.5; 76 u.ö.; Wieacker, TR 30,65ff.; 68ff.; Feenstra (o.A.51) 65ff. S. auch Brinz, Appleton und Rabel nach ZSS 78 A.179 A.21.

besitz einer ersitzbaren Sache *bona fide* und *ex iusta causa* erhalten haben. Der Mangel, der den sofortigen Eigentumserwerb verhindert, muss also in dem Vorgang liegen, mit dem der Veräusserer die Sache erworben hat. Ist die Sache jedoch eine *gestohlene*,⁵⁴ dann ist sie, auch eine *res Mancipi*, nicht nur der Ersitzung, sondern überhaupt dem Eigentumserwerb entzogen, solange sie nicht zum Berechtigten zurückgekehrt ist.⁵⁵ Der Eigentümer behält also sein Recht auch dann, wenn der Diebstahl einen früheren Vormann betroffen hat. Doch ist hier zu bedenken, dass die Aussicht des Eigentümers auf erfolgreiche Verfolgung seiner Sache umso geringer wird, je weiter jener Vormann von dem jetzigen Besitzer entfernt ist. In der Praxis wird daher diese Möglichkeit, wenn im Prozess nicht schlüssige Beweise vorgebracht werden, häufig vernachlässigt worden sein.

4.3 Als Fälle, in denen der Veräusserer B beim Erwerb von seinem Vormann C Nichteigentümer geworden ist, ohne dass dies eine Ersitzung des jetzigen Erwerbers A verhindert, kommen, abgesehen von *mala fides* des B und den umstrittenen Fällen des 'Putativtitels',⁵⁶ hauptsächlich wohl nur in Betracht: mangelnde Geschäftsfähigkeit des B; einseitiger Irrtum oder Einigungsmangel über den Gegenstand oder über die *causa*; ferner Geschäftsverbote⁵⁷ oder Erwerbsverbote,⁵⁸ aber nur, wenn, wie etwa bei Schenkungen unter Ehegatten, das Geschäftsverbot den Erwerber nicht zum Dieb macht.⁵⁹ In allen diesen Fällen liegt der Mangel, der den Erwerb des Ersitzungsbesitzes bei A verhindert, entweder in der Person des Veräusserers B oder in dessen Erwerbsvorgang von C. Für die Beweisfrage im Prozess der *a. Publ.* bedeutet dies, dass bei der Prüfung des Erwerbs '*ex iusta causa*' nicht über die Veräusserung des C an B hinaus in die Vorgeschichte der Sache zurückgegangen zu werden braucht.

Aber auch im *Vindikationsprozess* des *quir.* Eigentümers wird man in der Praxis zuallermeist nicht anders vorgegangen sein. Zwar entspricht es dem Prinzip, wonach niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, dass bei abgeleitetem Eigentumserwerb die lückenlose Kette gültiger Übereignungsvorgänge bis zurück zu einem originären Erwerber, etwa einem, der ersessen hat, bewiesen werden muss; eine Beweisführung, die bei der *mancipatio* durch die Formzeugen und allenfalls durch Beurkundung, in Kauffällen ausserdem durch die Auktoritätshaftung des Veräusserers, wesentlich erleichtert wurde. Wenngleich man in älterer Zeit das Prinzip des vollständigen Eigentumsbeweises eingehalten haben wird, ist jedoch, wie bereits gezeigt (o.2,2), anzunehmen, dass die Praxis mit der Zeit das in seiner Strenge uner-

54. oder geraubte, Gai. 2.45. Zu Weiterem s. *RP* 1,420. — Die Beweislast, dass die Sache gestohlen oder geraubt ist, lag im Prozess der *rei vindicatio* wie der *a. Publ.* bei dem, der sich auf diese Tatsache beruft, also regelmässig beim Beklagten, s. ZSS 78,203, auch u. bei A.89 zur *act. Serviana*.

55. Zur *lex Atinia* s. alles Nähere in *RP* 1,137; 419f., dazu noch TR 44, 271ff.

56. Zu diesem und zur *bona* und *mala fides* s. *RP* 1,421ff; Seither Jakobs, *Fs. Flume* 1 (1978) 43ff.

57. Zu verbotenden *leges perfectae* s. Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im röm. R.* (1977) 60, zu sittenwidrigen Geschäften ebenda 75f.

58. Zu diesen s. Kaser, *St. Arancio-Ruiz* 2 (1953) 164ff.

59. Das ist bei Schenkungen unter Ehegatten unbestritten, s. Quellen und Lit. in *Verbotsges.* (o.A.57) 75 mit A.30; 115. Dagegen sehe ich die Frage nach dem Charakter dieses Verbots nach wie vor als offen an.

trägliche Prinzip lockerer gehandhabt und dem Richter, dessen Beweiswürdigung nicht an starre Regeln gebunden war, gestattet hat, nach seinem von der rechtlichen Vernunft gebotenen Ermessen zu verfahren. Das bedeutet zwar nicht, dass man das Prinzip verlassen hätte, womit das Beweisthema der *rei vindicatio* dem der *a. Publ.* ungefähr angeglichen worden wäre; ein Gedanke, der naheliegt, wenn man beachtet, dass den Ersitzungsbesitzer vom Eigentum nur der Ablauf der (restlichen) Ersitzungsfrist trennt, während die übrigen Usukapionsvoraussetzungen auch für die *a. Publ.* gefordert werden. Doch wäre eine Preisgabe des Unterschieds zwischen *in bonis habere* und *dominium ex iure Quiritium* den Römern als Bruch mit einem Leitgedanken ihrer Rechtsordnung erschienen, der die Schranken zwischen *ius civile* und *ius honorarium* auf eine damals noch unzulässige Weise niedergerissen hätte.

4.4 Dass die Römer auch den 'reinen' Ersitzungsbesitz, der nur gegenüber Dritten, aber nicht gegenüber dem *quir.* Eigentümer geschützt ist, als ein 'Eigentum' (*dominium*) empfunden hätten, erscheint hingegen unglaublich.⁶⁰ Zwar war die Denkform eines 'relativ' zu beurteilenden '*meum esse*', das einem stärkeren Gegner unterliegt, immerhin der *legis actio sacramento in rem* vertraut (o.2,2) und lebt nach dem Übergang zum Schutz des 'absoluten' Eigentums noch bei der *a. Publ.* fort. Einen parallele Erscheinung, bei der es gleichfalls um den Schutz einer 'relativ' besseren Sachgewalt geht, zeigen die possessorischen Interdikte.⁶¹ Dagegen ist '*dominium*' offenbar nur für Fälle einer gegenüber jedermann geschützten Sachgewalt überliefert (o.3,4). Die *a. Publ.* ist zwar, im Gegensatz zu den Besitzinterdikten, eine 'petitorische' Klage. Die blosse Fiktion aber, mit der sie sich auf das *quir.* Eigentum stützt, lässt die Frage, ob ihre Grundlage als ein 'Recht' anerkannt werden darf, offen. Von '*ius*' in der Anwendung auf den 'reinen' Ersitzungsbesitz spricht anscheinend *Ner.D.19.1.31.2*, doch ist die Lesung unsicher,⁶² und, wenn man sie akzeptiert, '*ius*' eher in dem weiten Sinn der 'Rechtsstellung, Rechtslage' zu verstehen⁶³ als in dem eines subjektiven 'Rechts'. Schliesslich machen auch die Stellen zum Erwerb durch den *servus hereditarius*, *Ulp.D.6.2.9.6*,⁶⁴ und den *servus fugitivus*, *Pomp.D.6.2.15*;⁶⁵ *Ulp.eod.11.2*,⁶⁶ keinen eindeutigen Beweis (s.o.A.15,16).

60. Anders Wieacker, TR 30,65, der "auch für diesen weiten Anwendungsbereich die klassische Vorstellung eines bonitarischen Eigentums für unbedenklich" hält.

61. Zum Zweck der Verteilung der Parteirollen für das Petitorium, *RP* 1,398.

62. Apathy (in *St. Guarino*, s.o.A.16), der für ein der *a. Publ.* zugrundeliegendes subjektives Recht eintritt, beruft sich dafür, ausser auf die sogleich zu besprechenden Stellen, auf *fr.31.2 cit.* (o.A.22, bei Apathy: A.42): "... *is ex nobis tuendus est, qui prius ius eius adprehendit, hoc est, cui primum traditum est* ... Aber *ius eius* (zu ergänzen *rei*?) ist stilistisch hart. Faber, Mommsen u.a. (s.den Ind.Itp.) wollen dafür *iuste* lesen. Anders Wubbe 107f., doch s. die o.A.21 zit. Abh., A.42.

63. Vgl. dazu die Texte bei Kaser, *Essays Beinart* 2 (1979 = *Acta Juridica* 1977) 69 unter Nr. 7.

64. Der *servus hereditarius*, der vor dem Erbschaftserwerb eine Sache gekauft und aus dem Besitz verloren hat, verschafft dem Erben die *a. Publ.*, obwohl dieser selbst sie nicht besessen hat. Das folgt daraus, dass der Erbe in die Besitzlage der ruhenden Erbschaft sukzediert, so dass Ulpian den Erben als Besitzer behandeln kann. S.auch Benöhr, *Der Besitzerwerb durch Gewaltunterworfenen* (1972) 108f.; Apathy (o.A.62) unter Nr.2 und 4.a.

65. Die besitzrechtliche Stellung des flüchtigen Sklaven, dessen allgemeine Lage von Bellen, *Studien zur Sklavensflucht im römischen Kaiserreich* (1971) historisch gewürdigt wird, war kontrovers. Vgl. hierzu *Pomp.D.6.2.15 Si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi*

Von *in bonis esse* schliesslich ist im Sinn des 'reinen' Ersitzungsbesitzes offenbar nirgends die Rede.⁶⁷

5. 'ACTIO SERVIANA'

5.1 Bei der *a.Serv.*⁶⁸ steht auf Grund sicherer Quellen heute (fast) unbestritten fest, dass ihre Formel das *in bonis esse* ausdrücklich genannt hat,⁶⁹ aber, anders als bei der *a.Publ.*, nicht zur Bestimmung des Klägers, sondern des *Verpfänders*,⁷⁰ der zwar – besonders bei der 'besitzlosen' Verpfändung – zugleich der mit der *a.Serv.* verklagte Besitzer sein kann, aber auch ein am Prozess unbeteiligter Nichtbesitzer.

competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim. Der Herr erhält auf die Sache, die vom Nichteigentümer dem flüchtigen Sklaven verkauft und übergeben wurde, die *a.Publ.*, obwohl der Herr ihren Besitz nicht erworben hat. Zur Erklärung dieses scheinbaren Widerspruchs s. (zu Apathy unter 4,b) o.A. 16. Der Besitzerwerb an solchen Sachen wird von Nerva bei Paul.D.41.2.1.14 und Pomponius in fr. 15 cit. verneint, von Cassius und Julian in fr.1.14 cit.; Gai.D.40.12.25.2; 41.2.15; Herm.D.41.2.50.1 bejaht, so dass sich eine – vielleicht sabinianische – Lehre durchgesetzt hat; s. Benöhr (o.A.64) 128ff.; W. Krüger, *Erwerbszurechnung kraft Status* (1979) 36; 38 A.17; 46; 62 A.164.

66. *Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est. sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est* (echt, entgegen Kaser, ZSS 75 (1968) 171). Das beim gutgläubigen Käufer empfangene und geborene Kind der *ancilla furtiva* kann ihr Herr mit der *a.Publ.* herausverlangen, obschon er es nie besessen hat. S.Iul.-Ulp.11.4, dazu ZSS 75,173, anders Apathy (unter 4,c) in A.45. Die Frage, ob der beim Erben des Diebes empfangene und geborene *partus ancillae* von der Furtivität erfasst wird, war kontrovers, s. verneinend Scaev.-Ulp.D.41.3.10.2, bejahend fr.11.2 cit.i.f. und Paul.D.41.3.4.15; ZSS 75,171ff.

67. Unergiebig ist hier Ulp.D.47.8.2.25: *Si fugitivus meus quasdam res instruendi sui causa emerit eaeque raptae sint, quia in bonis meis hae sunt res, possum de his vi bonorum raptorum actione agere.* Der flüchtige Sklave hat Sachen, die zu seiner Ausbildung dienen, gekauft und danach durch Raub verloren. Die *actio vi bonorum raptorum* wird seinem Herrn zugebilligt, weil die Sachen *in bonis* des Herrn sind; dazu Benöhr (o.A.64) 133f. und besonders W. Krüger (o.A.65) 35ff. mit weiterer Lit. Das schutzwürdige Interesse, das die Raubklage ebenso wie die *act. furti* rechtfertigt, liegt hier in der Zugehörigkeit zu den *bona*, die dem Herrn des Sklaven gehören oder von ihm *bona fide* besessen werden, s.D.eod.2.22, dazu o.A.6. Eine Anspielung auf die *a.Publ.* (s.o.A.65 zu D.6.2.15) ist dem *in bonis esse* nicht zu entnehmen.

68. Zu ihr s.ausführlich auch in *Fs.Hübner* (o.l) unter IV, dort weitere Hinweise auf Quellen und Literatur.

69. Lenel, *Das Edictum perpetuum*³ (1927) 494f. mit den Belegen aus den Kommentaren und anderen Quellen, s.auch Kaser, TR 44,241ff., insb. 243 A.56. Insgesamt wird *in bonis esse* bei dieser Klage belegt in: Gai.D.20.1.15.1; 20.4.11.3; Afr.D.20.4.9.3; Pap.D.20.1.3pr.; Scaev.D.20.1.34.2; Ulp.D.43.32.1.5 (Gegensatz zum *interd. de migrando*); Marci.D.20.6.8.12; 22.3.23; Diocl.C.8.15.5; eod.6; 8.16.6. Anders, für eine fiktizische Formelfassung, d'Ors, *Iura* 20 (1969) 82ff., doch s.sogleich im Text.

70. Die Formel bei Lenel 494: *'Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolutum'*. Bei Besitzerwerb erst nach der Verpfändungsabrede erhält der Gläubiger eine *'act.Serv. utilis'*, s. die Stellen in Lenel 494 A.9; Kaser, TR 44,242 A.54 und insb. SDHI 45,25 A.84.

5.2 Der Sinngehalt des *in bonis esse* deckt sich bei der *a.Serv.* mit dem der *a.Publ.* aber nur zum Teil. Auch bei der Pfandklage wird darin implicite der Gedanke der durch Fristablauf vollendeten *usucapio* ausgedrückt und damit die Bezeichnung des *Ersitzungsbesitzes*.⁷¹ Bei der *a. Publ.* ist diese Fiktion nur eine Abkürzung, die – wie die Fiktionen zumeist auch sonst – eine umständliche Aufzählung von Tatbestandselementen ersparen will, nämlich die der Erfordernisse des Usukapionsbesitzes, mit denen man sich bei dieser Klage begnügen kann. Das *in bonis esse*, das bei der *a.Serv.* eindeutig in technischer Weise verwendet wird, enthält jedoch ein *Mehr* gegenüber der Ersitzungsfiktion, nämlich die Einschränkung auf denjenigen Usukapionsbesitz, der gegen den *quir. Eigentümer* mit einer der oben (3,1) genannten Einreden, besonders der (*exceptio* oder) *replicatio rei venditae et traditae*, geschützt ist. Dieses wichtige, zusätzliche Element liess sich in Verbindung mit der Ersitzungsfiktion nicht auf einfache Weise formulieren, was dazu geführt hat, dass man den ganzen Tatbestand dieses 'qualifizierten Usukapionsbesitzes' mit dem aus der Sprache juristischer Laien in die Rechtssprache übernommenen, brevilokuten Ausdruck '*in bonis esse*' bezeichnet hat.⁷² Er bedeutet hier dasselbe, was noch heute (nahezu) allgemein unter dem 'bonitarischen Eigentum' verstanden wird (o.3,3). Das habe ich bereits seinerzeit angenommen und bin zwar zeitweise (wie zur *a. Publ.*, s.o.4,2) davon abgekommen, kehre aber heute wieder dazu zurück.⁷³

Für die *a.Serv.* bin ich schon damals davon ausgegangen, dass das Interesse des Pfandgläubigers, das im römischen Pfandrecht weithin im Vordergrund steht,⁷⁴ einen weitergehenden Schutz verlangt als den, dessen der Kläger der *a. Publ.* bedarf. Der Gläubiger will, wenn er unbefriedigt bleibt, das Pfand um einen Preis verkaufen, der mindestens seine Forderung deckt und allenfalls noch ein *superfluum* ergibt,⁷⁵ wenn gleich beim Pfandverkauf der erzielbare Preis dadurch herabgedrückt wird, dass üblicherweise der Käufer auf die dem verkaufenden Pfandgläubiger obliegende Eviktionsgarantie verzichtet⁷⁶ und sich dieses Zugeständnis durch eine entsprechende Herabsetzung des Preises erkaufte. Um gleichwohl einen möglichst hohen Preis zu erzielen, muss der Gläubiger dem Käufer jedenfalls die Aussicht bieten, dass

71. Anders hätte darüber wahrscheinlich Diódsi geurteilt, wenn er nicht das Vorhandensein des *in bonis esse* in der *formula Serviana* überhaupt übersehen hätte.

72. Mein Versuch, in TR 44,244 A.64 eine Formel zu rekonstruieren, in der auch die *a. Serv.* den Ersitzungsbesitz mittels Fiktion ausgedrückt hätte, war, wie sich jetzt zeigt, sachlich fehl am Platz. Nur nebenbei sei bemerkt, dass sie ausserdem der Berichtigung bedürfte; sie hätte wohl lauten müssen: '*... propter pecuniam debitam, eaque res tunc cum conveniebat ex iure Quiritium Lucii Titii facta esset, tum si eam rem anno possedisset ...*'.

73. Die von mir schon früher vertretene Anschauung s. in ZSS 78, 199ff.; 204, hauptsächlich gegenüber Wubbe 73ff., der dem *in bonis habere* bei der *a. Serv.* die weite und unbestimmte Deutung eines blossen 'Habens' beilegt (auch noch in ZSS 89,435f.). Gegen ihn s., ausser ZSS 78,198ff. cit. und Wieacker, TR 30, 68ff., auch H. Wagner, *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung* (1967) 108ff.

74. Näheres s. in SDHI 45,89ff.

75. Für dieses wird der Gläubiger freilich nur ausnahmsweise haften; s. Kaser, TR 47,213; jedenfalls nichtschon deshalb, weil er den Verkauf mit *pactum de non praestanda evictione* abgeschlossen hat, s. sogleich.

76. Vgl. TR 47,211 A.101 und die Lit.ebenda 335 A.308.

dieser Eigentümer wird oder wenigstens die Sache 'behalten darf' (*habere licere*). Das Eigentum kann er – mit der Ermächtigung des Verpfänders (Gai.2.64) – dem Käufer nur verschaffen, wenn der Verpfänder Eigentümer ist. Aber hierfür genügt das *in bonis esse* der *formula Serviana* nur dann, wenn es nicht den blossen Erbsitzungsbesitz, sondern das 'bonitarische Eigentum' bedeutet, das den Verpfänder (und gewisse Rechtsnachfolger) gegen die *rei vindicatio* des quir. Eigentümers schützt, der die Sache dem Verpfänder veräußert hat.

5.3 Bedeutet das *in bonis esse* der *a.Serv.* das 'bonitarische Eigentum', so ist doch diese Klage, anders als die *a.Publ.*, von vornherein auf denjenigen Usukapionsbesitz beschränkt, der gegen den quir. Eigentümer durch gewisse Einreden (o.3,1) geschützt ist, besonders gegen den, der die *res Mancipi* dem Verpfänder bloss tradiert hat. Der Usukapionsbesitz, der auch dem bonitarischen Eigentum zugrundeliegt, stellt dennoch die *a.Serv.* in nahe Beziehung zur *a.Publ.*, mit der sie noch weitere Merkmale gemein hat: die prätorische Schöpfung, die (ungefähr) gleiche Entstehungszeit und die Benennung nach dem Urheber.⁷⁷ Die Verwandtschaft der Tatbestände klingt auch in den Quellen an.

D.20.1.18 (Paul.19 ad ed.) Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Salvianam praetor, quemadmodum debitorum per Publicianam.

Die Stelle⁷⁸ besagt: "So wie (und vielleicht auch: 'weil') dem Verpfänder *tempore conventionis* die *Publiciana* zustand, so steht unter den entsprechenden Voraussetzungen dem Pfandgläubiger die *Serviana* zu".⁷⁹ Das bedeutet freilich nicht völlige Gleichheit der Voraussetzungen.⁸⁰ Für unser Problem besonders aufschlussreich ist:

D.20.1.21.1 (Ulp.73 ad ed.) Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat et pigneravit, teneat, Serviana locus est et, si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet: et ita Iulianus ait, et habet rationem.

Nimmt man den Text⁸¹ wie überliefert, hat er davon gehandelt, dass der Verpfänder den Sklaven vom Nichteigentümer erworben hatte und auch bei der Verpfändung Nichteigentümer war. Verklagt ihn der Pfandgläubiger mit der *a.Serv.*, so scheint der Text zu ergeben, dass sich der Verpfänder zwar mit der *exceptio* auf sein *in bonis habere* berufen kann, damit aber einen *dolus* begeht, indem er sich zu seinem früheren Verhalten, der Verpfändung, in Widerspruch setzt (*'venire contra factum pro-*

77. Zu diesen entwicklungsgeschichtlichen Indizien für eine Verwandtschaft der beiden Klagen s. Kaser, TR 44,260 mit Lit. ebenda 242 A.52.

78. Zu ihr ZSS 78,204 gegenüber Wubbe 79ff.; 86; 89f. Das undeutliche *quia dominium non habuit* ist vielleicht an die Stelle einer Äußerung zur Aktivlegitimation getreten, die den Fall der *translatio* einer *res Mancipi* genannt hat und von den Kompilatoren ungeschickt eliminiert wurde. – Keinen näheren Aufschluss zum Verhältnis von *a.Serv.* und *a.Publ.* gibt Paul.D.5.3.19pr. Die *a.Serv.* ist wohl mit der *specialis petitio* gemeint (s.d'Ors, Iura 20,99), im Gegensatz zu der im voranstehenden Textstück berührten *actio pigneraticia (in personam)*, dazu zuletzt Kaser, ZSS 99, 254 A.28.

79. Wieacker, TR 30,68f.

80. Kaser, ZSS 78,204.

81. Vgl. ZSS 78,202f. mit der weiteren Lit., insb. Wubbe 90ff., dazu noch Wieacker, TR 30, 69.

prium').⁸² Dem steht jedoch entgegen, dass, wenn er den vom *Nichteigentümer bona fide* gekauften und ihm übergebenen⁸³ Sklaven *in bonis* hätte, die Voraussetzungen der Formel ja erfüllt wären. Er brauchte, ja er *konnte* der *a.Serv.* des Gläubigers sein eigenes *in bonis habere* gar nicht mit einer *exceptio* entgegensetzen, so dass auch für die *replicatio* kein Raum war. Der Richter hätte aus der *actio* ohne weiteres verurteilen müssen.

Diese Feststellung hat vermuten lassen, dass der Text nicht unverändert auf uns gekommen ist.⁸⁴ Nimmt man mit Wubbe⁸⁵ und meiner eigenen früheren Deutung⁸⁶ an, dass der Verpfänder nachträglich durch Kauf vom Eigentümer oder durch *usucapio* Eigentümer geworden ist, dann erklärt sich die *exceptio* als Berufung auf das *quir. Eigentum (exc. iusti dominii)*, der die *replicatio doli* aus dem soeben genannten Grund entgegensteht. Aber diese Unterstellungen, die den Fall durch nachträglichen Eigentumserwerb zu einem Konvaleszenzfall machen, werden durch Iul.-Ulp. D.44.4.4.32 (o.A.31) in Frage gestellt: Wie dort, so hätten die Kompilatoren auch in fr.21.1 den nachträglichen Eigentumserwerb nicht zu streichen brauchen.

Da die überlieferte Entscheidung nicht zum Tatbestand passt, möchten wir heute annehmen, dass zwar der Anfang bis ... *locus est* ulpianisch ist: Der klagende Gläubiger brauchte das *in bonis esse* des Verpfänders, wenn dieser es nicht bestreitet, nicht zu beweisen, so dass die *a.Serv.* gegen ihn als Besitzer durchdringen konnte. Der folgende Text aber wird sich auf einen anderen Tatbestand bezogen haben, den die Kompilatoren nicht brauchen konnten; etwa darauf, dass dem Verpfänder der vom *quir. Eigentümer* gekaufte Sklave zwar tradiert, aber nicht manzipiert worden ist. Der Verpfänder wurde bonitarischer Eigentümer, und seiner *exceptio*, dass er seinen Ersitzungsbesitz vom *quir. Eigentümer* herleite, begegnete der Kläger aus den genannten Gründen mit der *replicatio doli*. Da bei Justinian *exceptio* und *replicatio* nur mehr Parteivorbringen im Prozess bedeuteten, konnte er sie mit der Beziehung auf den Ausgangsfall des Textes beibehalten.⁸⁷

D.20.1.3pr. (Pap.20 quaest.) Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam rem non probaret, aequae servanda erit creditori actio Serviana probanti res (rem mancipi?) in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse. ...

Ist der Verpfänder im Vindikationsprozess unterlegen, weil er sein Eigentum nicht hat beweisen können, bleibt doch dem Gläubiger die *a.Serv.* gewahrt, wenn er beweist, dass die Sache zur Verpfändungszeit *in bonis* des Verpfänders war.⁸⁸ Hat der

82. Ebenso Wieacker 69. Vgl. auch Volterra, *Osservazioni sul pegno di cose altrui in diritto romano* (1930), insb. 17ff., doch s. gegen seine Formelvorschläge Kaser, ZSS 78, 201f., auch Wubbe 95f.

83. Ist ihm der Sklave zwar manzipiert, aber nicht übergeben worden, kann er ihn überhaupt nicht verpfänden, weil das für die *a.Serv.* (wie für die *a.Publ.* beim Kläger) erforderliche *in bonis habere* den Besitzerwerb (als Prinzip, s.o.A.15,16) voraussetzt. Vgl. Lic.Ruf.D.41.3.25 *Sine possessione usucapio contingere non potest*.

84. S. zur Textkritik, ausser dem Ind.It., die in ZSS 78,202 Angeführten.

85. Er schiebt (S.93) vor *teneat* ein: *a domino redemptum*.

86. mit Einschub (S.202) von *usucapum* vor *teneat*.

87. D.6.2.1pr. '*Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucapum petet ...*'.

88. Lit. in ZSS 78,205 A.94; Wubbe 98f. Das *in bonis esse* beim Verpfänder hat im Regelfall der Gläubiger zu beweisen, s. auch Gai.D.20.1.15.1 und Marci.D.22.3.23, s. sogleich. — Zu weiteren

Verpfänder auch hier eine *res Mancipi*, die die Kompilatoren durch Verallgemeinerung eliminiert haben, von einem Nichteigentümer *bona fide* und *ex iusta causa* tradiert erhalten, kann der Pfandgläubiger mit der *a. Serv.* sowohl gegen ihn wie gegen einen Drittbesitzer durchdringen.

Für die Beweislast ist nach alldem anzunehmen, dass, auch insoweit der *a. Publ.* entsprechend, der klagende Pfandgläubiger den Besitzerwerb *ex iusta causa*, und zwar hier den des Verpfänders, zu beweisen hatte (o.2,1). Nichts anderes meint hierzu die allerdings unscharfe (o.A.88) Wendung bei Marcian D.22.3.23, wo *rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore* im Sinne des bonitarischen Eigentums zu verstehen ist.⁸⁹

6. 'IN BONIS ESSE' UND 'NUDUM IUS QUIRITIMUM.' ZUSAMMENFASSUNG

6.1 Mit den betrachteten Texten, denen wir für die *actiones Publ.* und *Serv.* die Bedeutung des *in bonis habere* im Sinne des (durch Schutz gegen den vindizierenden Veräußerer) qualifizierten Ersitzungsbesitzes entnommen haben, ist der Umkreis der sicher auf diese Klagen bezüglichen Quellen erschöpft. Bei den wenigen weiteren Digestenstellen, die man hierhergestellt hat, ist die Beziehung auf unseren Zusammenhang ungewiss.⁹⁰ Das gilt auch von Mod. (7 reg.) D.41.1.52⁹¹ oder Ulp. (59 ad ed.) D.50.16.49.⁹²

6.2 Gehört das *in bonis esse* bei den genannten beiden Klagen zum *ius praetorium*,

Stellen bei Wubbe 98ff. s. ZSS 78,205. Zum Fall der Verpfändung an mehrere Gläubiger (Paul.D.20.4.14) s. gegen Wubbe 102ff., ausser ZSS 78,204f., auch Wieacker 69.

89. Anders Wubbe 97f. auch hier: das bloss 'Haben'; doch s. Kaser, ZSS 78,201 (und 198;203). — Zu weiteren Texten sei auf ZSS 78,205ff. (zu Wubbe) verwiesen. Wo die Juristen, neben *in bonis esse*, von *dominium* sprechen, wird, soweit nicht mit *dominus* der 'Herr des Sklaven' gemeint ist, regelmässig davon ausgegangen sein, dass die Sachen zugleich im quiritischen und bonitarischen Eigentum derselben Person stehen (vgl. Gai.1.54 *ex utroque iure*; 2.41; Wubbe 14f.).

90. ZSS 78,183f., dazu Wacke, *Fs.Seidl* (1975) 188 A.32. Zur Vermögensvollstreckung gehört Cels. (24 dig.) D.50.17.190 *Quod evincitur, in bonis non est*, nach Lenel, *Paling.* I, 159 zu den *bona possidenda et vendenda*. Hier ist nicht notwendig von Gegenständen die Rede, die evinziert werden können (so ZSS 78,184), sondern vielleicht von solchen, die evinziert werden und damit dem vollstreckenden Zugriff entzogen werden. Vgl. auch Pomp.D.21.2.16.2, wo *meus non factus* und *in bonis meis non factus* offenbar gleichsinnig gebraucht sind.

91. *Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recipiendam eam actionem habemus*: Hier ist die Beziehung der *actio* auf die *Publ.*, der *exceptio* auf die *rei vend. et trad.* (oder *doli*) immerhin denkbar, vgl., näher präzisierend, Wacke (o.A.90) gegen Diósi 131. Die *Paling.* ist allerdings unschlussig. Die Lit. in ZSS 78,183 A. 36 stellt das Fragment zum erzwungenen Geschäft, bei dem nur das quir. Eigentum übergang, das *in bonis esse* beim Erpressten blieb. Aber die angebliche Vergleichsstelle Ulp.D.4.2.9.6 gibt (trotz Wacke 189 A.33, mit Hartkamp) dafür nichts her, sondern gehört vielleicht zur Konkurrenz der *act. quod metus causa* mit einer rezissorischen *actio in rem* nach Art der *vindicatio* (ohne Nennung des *metus*); Kaser, ZSS 94 (1977) 113; 142 A.146, 148.

92. Zum Begriff der *bona*, s.o.A.5: ... *in bonis autem nostris computari sciendum est non solum quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur* ... (vgl. auch o.A.6). Auch diese Stelle gehört zur Vollstreckung, ZSS 78, 184; eine Beziehung zu unserem Thema (so Wacke, s.o.A.90), bleibt fraglich.

so trifft Gleiches auch nach den Texten zu, die das *in bonis esse* dem (*nudum*) *ius Quiritium* gegenüberstellen. Hierzu wird vor allem für die Freilassung bezeugt, dass der Sklave, den der Freilasser *in bonis* hat, mit der Freilassung Latiner wird,⁹³ während der vom quir. Eigentümer Freigelassene das *ius Quiritium*, also das römische Bürgerrecht erwirbt.⁹⁴ Doch kann der zur Latinität Freigelassene nach Wegfall des Hindernisses, das der Zivität im Wege steht, durch Wiederholung (*iteratio*) der Freilassung, die der quir. Eigentümer in einer der zivilen Formen vollzieht, zur Zivität gelangen und sein *libertus* werden.⁹⁵ Hat der quir. Eigentümer den *manumissus* zugleich *in bonis*, kann dieser mit der Freilassung die Latinerstellung und das Quiritenrecht erwerben.⁹⁶ Nach dem Tod des *Latinus* (*Iunianus*, o. A. 93) fällt sein Vermögen zunächst wie ein Sklavenpekulium an den Patron (oder dessen Erben) zurück;⁹⁷ später gibt das *SC. Largianum* die *bonorum possessio* dem Freilasser.⁹⁸ Nur die Tutel über Latinerinnen und Latinerkinder steht demjenigen zu, in dessen quir. Eigentum sie vor der Freilassung gestanden hatten.⁹⁹ Hiervon abgesehen, wird aus alldem zu folgern sein, dass die latinischen Berechtigungen, obwohl sie auf die *lex Iunia* zurückgehen, nach Honorarrecht beurteilt werden.¹⁰⁰

Der Freilasser, der den Sklaven *in bonis* hat, ohne zugleich quir. Eigentümer zu sein, und ihn demnach zu latinischem Recht freilassen kann, ist auch hier nur der 'bonitarische Eigentümer'.¹⁰¹ Man wird die Frage, ob der Freilasser den Sklaven im quir. Eigentum oder *in bonis* hat, in der Praxis zumeist danach beantworten haben, ob er den Sklaven durch Formalakt (*mancipatio* oder *in iure cessio*) oder durch blosse *traditio* erworben hat. Der Erwerb von einem Nichteigentümer wird dagegen in

93. *Latinus Iunianus*, auf Grund der Regelung in der *lex Iunia*, auf die, ausser Gai. 3.56, auch 1.167 (u. A. 99) und fr. Dos. (FIRA 2 S. 619f.) 8 verweisen. Der zur Latinität Freigelassene bleibt nach *ius civile* Sklave des quiritischen Eigentümers, Gai. 3.56; Wlassak, ZSS 28 (1907) 30 A. 1. War er vorher im Ersitzungsbesitz des Freilassers, wird jedoch die Freilassung den Besitz beendet und die *usucapio* unterbrochen haben. Die *iteratio* (Gai. 1.35, u. A. 95) hat mit *usucapio* nichts zu tun. – Vgl. jetzt Sirks, RIDA³ 30 (1983) 211ff. (auch 28 (1981) 247 ff.)

94. Gai. 1.35 ... *ergo si servus in bonis tuis, ex iure Quiritium meus erit, Latinus a te solo fieri potest, iterari autem a me, non etiam a te potest et eo modo meus libertus fit* ...; Ulp. ep. 1.16 *Qui tantum in bonis, non etiam ex iure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit*. Unscharf fr. Dos. 9, wo gleichfalls der Erwerb der Latinität im Vordergrund steht. Sie wird nicht erworben, wenn der Sklave nur im quir. Eigentum des Freilassers steht; vielmehr ist neben diesem auch das *in bonis esse manumittentis* erforderlich.

95. Das berichtet Gai. 1.35 (Anf.) von Sklaven unter 30 Jahren, die nach der *lex Aelia Sentia* mit der Freilassung nur Latiner werden (dazu Wilinski, ZSS 80 (1963) 378ff.), für den Fall, dass die *iteratio* geschieht, nachdem sie dieses Alter erreicht haben. Zur *iteratio* (auch in Ulp. ep. 3.4; fr. Dos. 14; Gai. ep. 1.1.4) s. Sirks (o. A. 93) 30, 246ff.

96. Gai. 1.35 i. f. *quod si cuius et in bonis et ex iure Quiritium sit, manumissus ab eodem scilicet et Latinus fieri potest et ius Quiritium consequi*. Vgl. auch Theoph. 1.5.4; ferner Gai. 1.167 i. f.

97. Näheres bei Gai. 3.55–57; RP 1,697.

98. Hinter diesem seinen gradnächsten Kindern, danach seinen Erben; Gai. 3.63ff.; RP 1,697 A. 22.

99. Gai. 1.167 (*si ancilla ex iure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manumissa Latina fieri potest, et bona eius ad me pertinent, sed eius tutela tibi competit. nam ita lege Iunia cavetur*).

100. Über Gesetze, die ihre Durchführung den Prätores in ihrem Bereich überlassen, s. Kaser, ZSS 101 (1984) unter XVII, 2.

101. ZSS 78, 183. Anders offenbar Diódsi 140f.

beiden Fällen die Wirksamkeit der vor Ablauf der Usukapionsfrist vollzogenen Freilassung verhindert haben, so dass der unwirksam Freigelassene vom quir. Eigentümer, wer immer dies war, *in servitute* vindiziert werden konnte. Ob der Fristablauf diese Verfolgbarkeit abgeschnitten hat, so dass die Freilassung zum Latiner konvalensierte und dieser durch *iteratio* römischer Bürger werden konnte, lässt sich aus Mangel an Quellen nicht beantworten.

6.3 Der *Erwerb* eines Sklaven für seinen Herrn fällt dem zu, der ihn *in bonis* hat, auch wenn er nicht der quir. Eigentümer ist.¹⁰² Diese Regelung ist unabhängig von der des Fruchterwerbs des *bonae fidei possessor*,¹⁰³ obschon auch der *in bonis habens* die Früchte wohl zu quir. Eigentum erwirbt.¹⁰⁴

6.4 Fassen wir zusammen. Unsere erneute Betrachtung der Quellen zum *in bonis habere* war hauptsächlich auf die Gegenstände beschränkt, in denen der Ausdruck, obwohl das in neuerer Zeit bestritten worden ist, ganz offensichtlich eine technische Bedeutung gewonnen hat; nämlich dort, wo er gewisse Neuerungen prätorischen Ursprungs bezeichnet, die dem *ius civile* (*ius Quiritium*) gegenüberstehen. Dabei waren in den Vordergrund drei juristische Qualifikationen zu stellen: die Rolle des Klägers in bestimmten – nicht allen – Fällen der *actio Publiciana*, die des Verpfänders für die Zuständigkeit der *actio Serviana*, schliesslich die Fähigkeit zur Erzielung bestimmter Wirkungen im Sklavenrecht. Für alle drei Anwendungen ergab sich bereits in der ersten Untersuchung von 1961 die Einheitslösung: *In bonis esse* ist hier derjenige 'qualifizierte Usukapionsbesitz', der nicht nur zur *actio Publiciana* berechtigt, sondern auch die ihr entgegengehaltene *exceptio iusti domini* des quiritischen Eigentümers mit der *replicatio rei venditae et traditae* oder *doli* oder einer *in factum* abzuwehren gestattet. Das Musterbeispiel ist der Erwerb einer *res Mancipi* durch blosses *traditio*. Diese Lösung war mir in der Zwischenzeit durch die Gegenansicht von Wubbe, Wieacker und Feenstra zweifelhaft geworden, die ein *in bonis habere* jedem zur *act. Publ.* Berechtigten, also jedem Ersitzungsbesitzer, auch dem Erwerber *a non domino*, zuschreibt. Aber diese Erwerbsfälle verschaffen nur eine 'relative' Sachherrschaft, die zwar allen sonstigen Besitzern sachenrechtlich überlegen ist, nicht aber dem quiritischen Eigentümer. Die Quellen erweisen demgegenüber das *in bonis habere* als eine dingliche Position, die gegen *alle* anderen Sachprätendenten durchdringt. Wir stehen hier vor einem Einschreiten des Prätors *iuris civilis corrigendi gratia* (Pap.D.1.1.8.1). Eine Ausnahme im Freilassungsrecht, die im Staatsinteresse

102. Gai. 2.88 *si alterius in bonis sit servus, alterius ex iure Quiritium, ex omnibus causis ei soli per eum acquiritur, cuius in bonis est*; 3. 166; Ulp.ep.19.20. Vgl. Wacke, *Fs.Seidl* (1975) 188f.

103. Näheres zur Unterscheidung des *in bonis habens* und des *bonae fidei possessor* (vgl. Ulp.ep.19.20 gegenüber 19.21) bei Wacke 188f.

104. Einen weiteren Fall unterschiedlicher Behandlung des *in bonis habere* und des quir. Eigentums nennt Gai. 2.222: Das Präzeptionslegat kann nach der prokulianischen Lehre nicht nur einem Miterben, sondern auch einem *extraneus* zugewendet werden. Hat die Sache im quir. Eigentum des Erblassers gestanden, kann sie der Präzeptionslegatar vindizieren. War sie beim Erblasser nur *in bonis*, erhält sie der bedachte Erbe bei der Erbteilung; der *extraneus* erhält sie nach dem SC. *Neronianum* (Gai.2.197) gemäss demjenigen Legatstypus, der der Wirksamkeit am günstigsten ist.

kraft positiver, auf die *lex Iunia* zurückgehender Regelung dem vom *in bonis habens* Manumittierten nur die latinische Freiheit zuerkennt, ist damit vereinbar.

Als 'absolut' wirkende Berechtigung durften die Römer auf einer Stufe, der die ältere Vorstellung eines 'relativen' Eigentums nicht mehr geläufig war, das *in bonis habere* ein 'Eigentum' nennen. Sie haben beim *duplex dominium* (Gai.1.54), gelegentlich wohl auch sonst, untechnisch von *dominium* gesprochen, obwohl sie den technischen Gebrauch des Wortes dem quiritischen Eigentum vorbehielten. Die Ableitung 'bonitarius' ist uns allerdings erst in einer byzantinischen Quelle vereinzelt überliefert. Sie folgt aber einer im Ansatz bereits römischen Anschauung und erlaubt es uns Heutigen, bereits das klassische *in bonis esse* in der hier untersuchten technischen Verwendung als ein 'prätorisches' oder 'bonitarisches' Eigentum zu kennzeichnen.

*Some Reflections
on Section 1(1)(a) of the
Apportionment of Damages
Act 1956
and Contributory Intent*

JOHAN SCOTT

Professor of Roman-Dutch Law and
Private International Law,
University of Pretoria

Some Reflections on Section 1(1)(a) of the Apportionment of Damages Act 1956 and Contributory Intent

JOHAN SCOTT

1. INTRODUCTION

Since the coming into effect of the Apportionment of Damages Act¹ on 1 June 1956 one of the questions relating to the very essence of this piece of legislation, namely whether it recognises the defence of contributory intent and, if so, to what extent, has as yet not authoritatively been decided.² The cause of this uncertainty lies in the wording of section 1(1)(a), which reads as follows:

Where any person suffers damage which is caused partly by his own *fault* and partly by the *fault* of any other person, a claim in respect of that damage shall not be defeated by reason of the *fault* of the claimant but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced by the court to such extent as the court may deem just and equitable having regard to the degree in which the claimant was at *fault* in relation to the damage.³

2. THE CONCEPT OF CONTRIBUTORY INTENT

“Fault” or “blameworthiness” (*culpa* in its widest sense) comprises the subjective element of a delict, and may consist of either intent (*dolus malus*) or negligence (*culpa* in its restricted sense).⁴ In South African law the existence of either intent or negligence on the defendant’s part forms the basis of holding him delictually liable, which fact is totally in accordance with the Aquilian origins of our law of delict. However, the term “contributory fault” as a concept comprising contributory negligence and contributory intent is not commonly encountered in the literature or case decisions. The only contemporary South African authors generally employing and recognising

1. 34 of 1956.

2. See *Wapnick v Durban City Garage* 1984 2 SA 414 (D) 418E.

3. Italics supplied.

4. Van der Walt in Joubert (ed) *LAWSA* vol 8 (1979) par 36; see also generally McKerron *The Law of Delict* (1971) 25 sqq 46 sqq; Van der Merwe and Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1980) 114 sqq.

it are Van der Merwe and Olivier.⁵ McKerron⁶ states “contributory negligence” as the first general defence excluding or limiting liability *ex delicto*, and uses this term “hallowed by usage”, although he does point out that a more accurate description of the same term would be “contributory fault”.⁷ Van der Walt distinguishes clearly between contributory negligence⁸ and contributory intent⁹ as separate concepts, never intentionally combining the two under one broad heading of “contributory fault”.

Whereas the concept of contributory negligence, namely negligence of a plaintiff¹⁰ contributing to his own damage,¹¹ seemingly affords no conceptual problems in our law, that of contributory intent poses perplexing possibilities: it would seem that the very existence of this concept, as a factor which may induce a court of law to apportion damages in accordance with section 1(1)(a), is denied, explicitly or by necessary implication, by all contemporary writers in South Africa¹² with the exception of Van der Merwe and Olivier¹³ who construe the following definition, in conformity with their definition of intent as “element” of a delict:

Medewerkende opset is die verwyte wat 'n toerekeningsvatbare eiser tref omdat hy die gevolg wat hy tesame met die verweerder veroorsaak het en ten opsigte waarvan die verweerder ook skuld dra, gewil het, terwyl eersgenoemde bewus daarvan was dat sy optrede onredelik is.

5. *op cit* 153: “Anders as skuld is medewerkende skuld 'n verwyte wat 'n eiser in 'n geding tref. Net soos skuld kan dit twee verskyningsvorme aanneem, te wete medewerkende opset en medewerkende nalatigheid.”
6. *op cit* 58.
7. *ibid.* His first reason, viz that “contributory intention is obviously *a fortiori* a defence”, however, begs the question. For a critical view of the term “contributory intent” see Van der Walt *op cit* par 44.
8. Van der Walt *op cit* par 44.
9. Van der Walt *op cit* par 45.
10. Contributory negligence differs from negligence in its strict sense, in that the latter always implies a breach of a duty of care by the person to whom it is imputed, whereas a contributory negligent plaintiff cannot be said to have breached a duty of care *vis-à-vis* his own person or property or that of the defendant: *Nance v British Columbia Electric Ry Co Ltd* [1951] AC 601 611; [1951] 2 All ER 448 (PC) 450; Van der Merwe and Olivier *op cit* 153 n 8.
11. McKerron *op cit* 58; Van der Merwe and Olivier *op cit* 153.
12. See Millner 1956 *Annual Survey of SA Law* 188: “[T]his [Apportionment of Damages] Act introduces into South African law the equitable principle of apportionment of loss in cases of contributory negligence”, 1956 *SALJ* 319 322: “Thus ‘fault’, in so far as it relates to ‘culpa’, would appear to include every negligent act causatively related to the damage.” This writer briefly touches on our problem in asking whether s 1(1)(a) becomes operative in the case of a defence of “voluntary assumption of risk” (which may have a meaning similar to contributory intent – Van der Merwe and Olivier *op cit* 155 *in fin*; *infra* par 3). However, he carries it no further than stating: “Chapter I [of the Apportionment of Damages Act] to such cases is problematic . . .” Van der Walt *op cit* par 45 states: “Although the question has been raised whether ‘fault’ in section 1 . . . includes intent, this seems extremely doubtful.” It is interesting to note that the term “fault” as used in s 1(1)(a) rather gives rise to speculation whether the legislature had intended to apply the apportionment principle to cases of strict liability: Millner 1956 *SALJ* 322; Kotzé 1956 *THRHR* 186 188.
13. *op cit* 170. See also Strauss “Aspekte van die begrip ‘toestemming’ in die Strafreë en die Deliktereg” (1963) 64–66.

3. COMMON-LAW RULES REGARDING CONTRIBUTORY FAULT

The gist of the Roman law rules in respect of what we may call contributory fault¹⁴ is to be found in a number of texts from the Digest title on the *lex Aquilia*.¹⁵ In Grueber's treatment of these texts he employs the term "contributory negligence" in demonstrating that the *culpa* of a plaintiff was as a rule regarded as an absolute bar to his succeeding with the Aquilian action against a defendant likewise guilty of *culpa*. Later Romanists referred to this phenomenon as the principle of *culpa compensatio*; the underlying basis for admitting this *compensatio* to take place has been seen in the fact that "the causal connection between act and damage is interrupted by the *culpa* of the injured party".¹⁶ This construction explains why the plaintiff's *culpa* was regarded as an absolute bar to his action, and no apportionment principle found application.¹⁷

The following text sheds some light on the legal position regarding the Aquilian action of a negligent plaintiff against a defendant who caused harm intentionally: D 9 2 9 4¹⁸ mentions the case of an action instituted by the master of a slave killed by a javelin thrower. Ulpian is of the opinion that if the slave was killed while crossing a ground devoted to such exercises, no action would lie; if the javelin thrower who killed the slave threw the projectile at him intentionally, the Aquilian action would however lie. In the first instance *culpa* is imputed to the slave who crossed a playing field which, to everyone's knowledge, is used for javelin exercises, and *culpa compensatio* thus takes place; in the last instance "the purpose of *culpa*-compensation does not come into operation, for mere negligence and malicious intention are incommensurable one with another, and therefore there can be no set-off".¹⁹

There is no clear evidence from the texts regarding the position of a plaintiff acting intentionally to create his own harm in conjunction with a negligent defendant.

14. Cf., however, Buckland and McNair *Roman Law and Common Law* (1952) 370: "The Romans had not exactly a law of contributory negligence, i.e. they did not think of the matter quite in that way."

15. viz D 9 2 9 4; 9 2 11 pr; 9 2 28 pr; 9 2 30 4. Cf also D 9 2 52 1. See the exposition of Grueber *The Lex Aquilia* (1886) 228 sqq for a detailed treatment; Pollock *The Law of Torts* (1901) Appendix D (561-563); Lawson *Negligence in the Civil Law* (1950) 53 sqq..

16. Grueber *op cit* 228 (see also 31 sqq). This author further explains: "[T]he culpa on one side compensates for the culpa on the other side . . . and the Aquilian law does not come into operation." It is interesting to note that Buckland and McNair *loc cit* strongly criticise the term: "It is an unsuitable name . . . since it suggests set off (*compensatio*), a quantitative estimate of the negligence on each side . . . [a]nd it completely falsifies the Roman view." See also Thayer *Lex Aquilia* (1929) 65: "Contributory negligence or *culpa* compensation . . . should be regarded as a question of causality." See generally Buckland *A Text-Book of Roman Law* (1963) 587.

17. This construction is firmly embodied in the *regula iuris* contained in D 50 17 203: "Quod quis ex culpa sua damnum sentit non intellegitur damnum sentire."

18. "Ulpianus libro octavo decimo ad edictum: Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intemptive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur." The term "dolo malo" is not employed to describe the javelin thrower's state of mind at the end of this text, but "data opera", which is a wider term than "dolos" in that it probably includes gross negligence: Thayer *op cit* 66. The Accursian gloss on *tenebitur*, however, accepts that *opera data* is simply synonymous with *dolos*.

19. Grueber *op cit* 230 (see also 31).

Should the expression “(voluntary) assumption of risk” be equated to contributory intent,²⁰ one may be inclined to regard D 9 2 11 pr²¹ as a text in point, if Thayer’s²² approach is adopted. This text describes how a barber’s hand is struck by a ball which has been kicked so vehemently by a player, thus causing the razor in the barber’s hand to cut the throat of a slave who was being shaved by the barber. The jurist, Ulpian, however, hints that the Aquilian action will not lie in favour of a person who entrusts himself to a barber who conducts his business in a dangerous place. One could endeavour to argue that a person who allowed himself to be shaved in a place *which he knew*²³ to be dangerous, was guilty of more than *culpa*.²⁴

In spite of the fact that Roman lawyers did not work out a complete theory on contributory fault but only treated it in an incidental manner, one may safely assume that the phenomenon of *culpa compensatio* effected the barring of a plaintiff’s Aquilian action where both plaintiff and defendant acted negligently regarding the first-mentioned person’s damage; that the plaintiff’s *culpa* was disregarded in the event of the defendant’s acting *dolo malo*. In spite of the dearth of authority on the question as to the case of a plaintiff acting intentionally and a defendant blamed solely for *culpa*, the *ratio* of the directly preceding rule seems to apply likewise: *dolus* and *culpa* are not commensurable concepts — the *dolus* of the one party always eliminates the other’s *culpa*. This interpretation is supported by the Accursian gloss on D 9 2 9 4, which states in a wide sense:

. . . quia culpa culpam abolet, sed non dolum.

Nowhere in the texts do we find the problem regarding a possible set-off between contributory intent on the part of the plaintiff and the defendant’s intent. Two viewpoints can now possibly be argued as a result of this: First, to adapt the doctrine of *culpa compensatio* to the case of *dolus* — literally a doctrine of *doli compensatio*! In this vein one could argue that by analogy with the basis of the doctrine of *culpa compensatio*, the intent on the plaintiff’s part likewise (or rather, more so) creates a causal breach between his damage and the intentional act of the defendant.²⁵ Se-

20. Cf Van der Merwe and Olivier *op cit* 155.

21. “*Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*: Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur; quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.”

22. *op cit* 67.

23. Grueber *op cit* 33.

24. His state of mind may be analogous to that described by the words “opera data” in D 9 2 9 4: see *supra*.

25. This means that the meaning of D 50 17 203 (see *supra* n 17) could be expanded by substituting the words “ex culpa sua” by “ex dolo suo”. Van der Walt *op cit* par 44 clearly subscribes to this latter view, in his submission on the present position in South Africa: “It is submitted that the principle of compensatio should be applicable in cases where a defendant who acted intentionally proves the existence of contributory intent on the part of the plaintiff.”

condly, however, it may today also be assumed on general grounds that the grouping of *culpa* and *dolus* under one heading (fault), as is in vogue in modern law, would not so naturally spring to the mind of a Roman lawyer and thus the logical jump from *compensatio* regarding *culpa* to that in relation to *dolus* falls away.²⁶

One need look no further than Voet's *Commentarius ad Pandectas* to ascertain the relevance of contributory negligence in the Roman-Dutch law. In regard to D 9 2 11 pr, the text dealing with the case of the slave whose throat was cut by reason of the barber's hand being struck by a ball, Voet states:²⁷

Etsi enim non male dicatur, eum qui se tonsori periculoso in loco sellam habenti commiserit, de se queri oportere . . .

although he attaches the greatest importance to the quantum of each person's *culpa*, in determining whether the plaintiff should succeed *in toto*, or fail completely:

. . . non tamen inde excusata videri potest *major illa tonsoris culpa ac imprudenti*,²⁸ in loco non tuto *artem profitentis*; dum novum non est, ut *in concurrente duorum culpa* is teneatur, *cujus culpa major conspicitur*.

The law regarding contributory negligence is expounded along the same lines by well-known authorities like Noodt²⁹ and Van der Linden.³⁰ No light is shed, however, by the Roman-Dutch sources on the question regarding contributory intent, where both plaintiff and defendant have displayed that blameworthy state of mind in regard to the former's harm.

4. ENGLISH LAW PERTAINING TO CONTRIBUTORY FAULT

The influence of English rules in regard to the question of contributory fault in South African law, at least prior to the commencement of the Apportionment of Damages Act, has been so great that it could be safely ventured to state that our Roman-Dutch common law has been replaced by the English law pertaining to this problematic area of law.³¹ The process by which this "substitution" took place is well-known to South African jurists,³² and one prime example of its operation is the

26. To pursue the lucubrations of Medieval jurists and later scholars on this topic could possibly reveal new insight into our problem: this, however, falls outside the scope of this short article.

27. *Commentarius ad Pandectas* 9 2 17.

28. Italics supplied. Voet apparently subscribes to the view that the greater blame attaches to that person whose blameworthy conduct is imputed to him in consequence of the operation of the rule "imperitia culpa adnumeratur": see *Commentarius* 9 2 17 *in fin*, and in general 9 2 3 *in fin*; D 9 2 23.

29. *Ad Legem Aquiliam Liber Singularis* c 7.

30. In his commentary on Voet's passage (see Gane *The Selective Voet* vol 2 576 n(d)).

31. See the dictum of Watermeyer CJ in *Pierce v Hau Mon* 1944 AD 175 195: "It may be that if Roman-Dutch authorities had been more fully referred to in earlier South African cases that our law of contributory negligence might have developed on different lines from the English law. However, if we take the English law on the subject as it now is, and as it has been adopted by our Courts, we shall find that there are still doubts and difficulties . . ." (italics supplied).

32. See the reflections of Van den Heever JA in *Baines Motors v Piek* 1955 1 SA 534 (A) 543; *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) 504. See generally Hahlo and Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* (1960) 44 sqq.

South African law relating to estoppel by representation, in which our common-law rules in connection with the *exceptio doli* were discarded in favour of the English law of estoppel.³³ In spite of the criticism which we may today level at this type of law making,³⁴ the fact remains that this process did take place and that the result has been a truly *sui generis* South African law relating to the "affected" areas.

There are great similarities between Roman-Dutch law and English law in the field of our present research: The English common law also contains the basic rule that contributory negligence on the part of the plaintiff as a rule renders any claim in tort which he may have had ineffectual.³⁵ However, the courts modified this harsh rule in such a way that if the defendant's negligence was the "proximate cause"³⁶ of the harm, the plaintiff's negligence was ignored.³⁷ This constitutes an "all or nothing" doctrine which is materially similar to that of our Roman-Dutch common law.³⁸

Regarding the effect of contributory intent on the plaintiff's part, it seems clear beyond doubt that it forms a complete defence: Glanville Williams³⁹ points out that the common-law rules regarding contributory negligence applied *a fortiori* to contributory intent. Furthermore, a mere negligent plaintiff could always recover his damages in an action for original intention on the defendant's part, but not where the plaintiff himself had displayed an intention to injure himself.⁴⁰ The proverb which Glanville Williams⁴¹ quotes to stress the point, strengthens the conclusion that contributory intent has always formed an absolute bar to the claimant's succeeding with his action:

To wilful men,
The injuries that they themselves procure
Must be their schoolmasters.

This amounts to saying that a person with unclean hands should never seek redress in a court of law.⁴² It can be argued that the basis for allowing contributory intent as an absolute defence is to be found in public policy; had it been otherwise, a person

33. *Baumann v Thomas* 1920 AD 428 434.

34. See the familiar critical remarks of Steyn CJ in *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen* 1964 3 SA 402 (A) 410.

35. See *Halsbury's Laws of England* 3 ed vol 28 par 92. See also Pont 1941 *THRHR* 166 - 174 who draws a detailed comparison between the Roman-Dutch and English law regarding contributory negligence.

36. To ascertain this, the so-called "last opportunity rule" was invented: according to this the conduct of the person who had the last opportunity to avoid the harm was regarded as the proximate cause of that harm. See in particular *Butterfield v Forrester* [1809] 11 East 60; *Davies v Mann* [1842] 10 M & W 546. Salmond in his famous *Law of Tort* 3 ed (1912) apparently invented the term "last opportunity rule": see 1973 ed 524.

37. Winfield and Jolowicz *Law of Tort* (1975) 106-107.

38. Cf Van der Merwe and Olivier *op cit* 157.

39. *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951) 354.

40. Glanville Williams *op cit* 199 *in fin*.

41. *op cit* 200.

42. Cf, in another branch of the English law, viz trade mark law, the so-called "equitable doctrine of unclean hands": *Leather Cloth Co Ltd v American Leather Cloth Co Ltd* [1865] 11 HL cas 523, 4 De GJ and S 137 142; Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 238-239.

would be able to derive benefit from his own unreasonable intentional act, a fact which could result in a most undesirable state of affairs.⁴³

The Law Reform (Contributory Negligence) Act, 1945⁴⁴ on which the South African Apportionment of Damages Act is shaped,⁴⁵ contains in section 1⁴⁶ the same phrase which has given rise in our law to the problem of a possible apportionment in the case of contributory intent.

Glanville Williams⁴⁷ concedes that the definition of "fault" in the interpretation section (section 4)⁴⁸ may possibly be construed as referring to contributory intent. The wording of that section is, however, like that of section 1(3) of the South African statute, far from clear. In spite of this possibility, the learned author avoids an in-depth evaluation of the terminology employed by the legislature, as follows:⁴⁹

However this may be, the question seems to be academic because if the plaintiff has been guilty of contributory intention it is most unlikely that the court would exercise its discretion . . . to give him any part of his damages.

However accurate this assumption may be in the light of the approach of the English courts, one cannot escape the feeling that this type of answer neatly sidesteps an issue which should have been evaluated with the emphasis on the terminology applied by the legislature. It is rather remarkable that the standard textbooks⁵⁰ do not even consider the possibility that section 1(1) sanctions an apportionment of damages in the event of contributory intent on the plaintiff's part. One reason for this may be that, unconsciously, the concept of contributory intent is equated⁵¹ to the absolute defence of *volenti non fit iniuria*.⁵²

43. Glanville Williams *op cit* 200 hints in this direction, in furnishing the following example: "[S]uppose that B, practising a well-known 'racket', rings up a newspaper in the name of one of its reporters and dictates a passage derogatory of himself. The newspaper realises that the passage is false and libellous (though not that B dictated it) but nevertheless inserts it in its Gossip Column. B's inability to sue for libel if the newspaper is lucky enough to be able to prove the facts, *seems to be obvious*" (italics supplied).

44. 8 & 9 Geo 6 c 28.

45. Kotzé *op cit* 186; Van der Merwe and Olivier *op cit* 159.

46. which sub-section reads as follows: "Where any person suffers damage as the result partly of his own *fault* and partly of the *fault* of any other person or persons, a claim in respect of damages shall not be defeated by reason of the *fault* of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsibility for the damage" . . . (italics supplied). S 4 (interpretation section) contains the following definition: "'*fault*' means negligence, breach of statutory duty or other act or omission which gives rise to a liability in tort or would, apart from this act, give rise to the defence of contributory negligence."

47. *op cit* 354.

48. See n 46 *supra* for text.

49. Glanville Williams *loc cit*.

50. Cf eg Salmond *op cit*; Winfield and Jolowicz *op cit*; Street *The Law of Torts* (1976).

51. To pursue this possibility does not fall within the scope of the present article.

52. Cf Glanville Williams *op cit* 200: "In the courts this defence would probably be expressed in terms of consent or causation, but the precise name does not matter." A clear distinction is, however,

5. SOUTH AFRICAN CASE LAW

The question whether the term "fault" in section 1(1)(a) includes contributory intent has sporadically been raised by South African courts. However, in not one of those instances did the court see its way open to express an authoritative opinion on the matter.

*Netherlands Insurance Co of SA Ltd v Van der Vyver*⁵³ is a case in which the court had to evaluate the conduct of a private detective who was injured while he attempted to stop a motor car, driven by the person insured by the defendant, by jumping onto its bonnet. The driver took evasive action by suddenly swerving to one side of the road, with the result that the plaintiff lost his balance and fell onto the road. Whereas the court *a quo*⁵⁴ found both the plaintiff and the driver equally to blame on the basis of negligence and contributory negligence, thus reducing the amount of damages by 50%, the appellate division found the respondent (plaintiff) blameless, whilst it regarded the driver's conduct as intentional.⁵⁵ Van Blerk JA does indeed mention the fact that the possibility of a defence of contributory intent has been put forward, but it stays at that and the matter is not pursued any further:⁵⁶

Dié verweer [viz of contributory intent] word logies geregverdig omdat hydraende nalatigheid gemeenregtelik 'n volkome verweer was, en dit *a fortiori* volg dat dieselfde vir opset geld. Die vraag ontstaan dan ook of hydraende opset nie binne die trefwydte van art. 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding, 34 van 1956, val nie, want die begrip 'skuld' wat die wet beoog kan net soos in die gemene reg opset behels. Dit is egter nie nodig om daaroor 'n mening uit te spreek nie.

In *Strougar v Charlier*⁵⁷ the facts were as follows: The plaintiff had been assaulted by the defendant, following the plaintiff's vulgar expressions concerning the defendant's wife. In his plea the defendant raised, *inter alia*, a defence to the effect that the plaintiff's damage was caused partly by his own fault in that the plaintiff intentionally insulted the defendant's wife in the presence of the defendant, and he knew well that by insulting the woman he would provoke her husband into an act of violence. Thus, ran the argument, the damages claimed by the plaintiff should be reduced in terms of section 1(1)(a). However, counsel for the defendant abandoned this defence, apparently on the grounds that it had, in his personal opinion, no chance of succeeding. This evoked the following comment from Coetzee J:⁵⁸

Presumably his [ie counsel's] concession is based on his belief that the Apportionment of Damages Act applies only to contributory negligence, to 'fault' of that nature and not to 'fault' which is *dolus*. I do not have to decide this question.

drawn between consent and contributory negligence (with the omission of contributory intent) by Dias and Markesinis *The English Law of Torts* (1976) 248.

53. 1968 1 SA 412 (A).

54. *Van der Vyver v Netherlands Insurance Co of SA Ltd* 1967 2 SA 476 (T).

55. See the criticism of Van der Merwe and Olivier *op cit* 177.

56. 421H-422A.

57. 1974 1 SA 225 (W).

58. 226H-227A.

While this *dictum* may perhaps create the impression that the judge was inclined to a different opinion,⁵⁹ his concluding remarks leave no impression of a willingness to concede to the merits of an argument to include *dolus* in the term "fault" as used in section 1(1)(a).⁶⁰

I am not sure that . . . it [viz the defence of contributory intent] would have succeeded . . . [A]t the very lowest it is highly debatable in law whether or not it was applicable and which I do not now decide.

In the case of *Mabaso v Felix*⁶¹ the possibility of a reduction of the amount of damages was raised where the defendant alleged that the plaintiff whom he had shot and wounded had himself partially to blame by reason of his own "fault" which in this instance took the form of wilful conduct. Regarding the ambit of section 1(1)(a), Wessels JA, Diemont JA and Trollip AJA found it unnecessary to express an opinion, as the defendant had in their view not discharged the *onus* of proving the plaintiff's fault. It is notable, however, that a very negative attitude to the possibility of "fault" having its widest possible meaning is displayed in the following *dictum*:⁶²

Whether it [viz section 1(1)(a)] is applicable where the 'fault' of a defendant is intentional wrongdoing is extremely doubtful.

In essence this *dictum* takes the matter no further, as it does not take the form of the plaintiff's fault into account: should it be contributory negligence, one can only agree with the court, having regard to the common-law rule of "culpa culpam abolet, sed non dolum".⁶³ It is far from clear that the judges' *dictum* applies to the case of contributory intent on the plaintiff's part.

The latest case in which mention is made of the possibility of apportionment in terms of section 1(1)(a) where both the plaintiff and the defendant had acted intentionally in regard to the damage forming the subject-matter of the action, is *Wapnick v Durban City Garage*.⁶⁴ In the course of his judgment Booyen J refers to the controversy in this regard, pointing out that only Van der Merwe and Olivier⁶⁵ are presently in favour of apportionment in this type of case. He further points out that if the contrary opinion of McKerron⁶⁶ and Van der Walt⁶⁷ are accepted as correct, "it would follow that the winner of the classic duel resulting in death would not be held liable to the dependants of the loser for any part of their loss of support even where those dependants had urged the duellists to refrain from their unlawful conduct."⁶⁸

59. Cf the words " . . . based on his belief . . . "

60. 229H-230A.

61. 1981 3 SA 866 (A).

62. 877A.

63. See *supra* par 3.

64. *Supra*.

65. *op cit* 170 sqq.

66. *op cit* 297.

67. *op cit* par 45.

68. 418H.

Whether this assumption regarding the dependants' action is correct, can be doubted as it can at present be accepted that this action is totally independent from any action which could have been awarded to their bread-winner.⁶⁹ This presumed inequitable result prompts Booysen J to make the following concluding remark relating to the applicability of section 1(1)(a):⁷⁰

I would have some difficulty in accepting this but am fortunately not called upon to decide the matter . . .

the reason being that no evidence was led as to the possible intentional acts of both the plaintiff and the defendant in relation to the harm.

There is thus no definite conclusion to be drawn regarding the approach of the South African courts concerning the relation between the defence of contributory intent and section 1(1)(a). It could at most be said that the question is regarded with the utmost caution, if not awe, if regard is had to the *ipsissima verba* of judges alluding to the subject.

6. PRINCIPLES OF INTERPRETATION OF STATUTES

It has emerged from the preceding exposition that a great amount of doubt surrounds the term "fault" as it is employed in section 1(1)(a). In the process of interpreting this paragraph of the act, one would certainly have to take into account the attempt by the legislature to define "fault" in sub-section (3):

For the purposes of this section 'fault' includes any act or omission which would, but for the provisions of this section, have given rise to the defence of contributory negligence.

This inelegantly drafted⁷¹ sub-section was evidently included to elucidate the term "fault" in section 1(1)(a), but it has in fact not succeeded in dispelling any of the uncertainties existing in this regard.⁷² The word "includes" in the first instance raises the question as to what form of fault apart from contributory negligence could have been contemplated — has contributory intent perhaps by necessary implication been included?

In a case of doubt, such as the present, rules of statute construction are of course of primary importance. It is a well-known canon of statute interpretation that recourse

69. See Van der Merwe and Olivier *op cit* 334 sqq; Davel *Die Dood van 'n Broodwinner as Skadevergoedingsoorsaak* (LLD thesis UP 1984).

70. 418H.

71. See e.g. Kotzé *op cit* 191: "Hierdie bepaling is raar. Dit kom nou voor asof die wet die verweer van bydraende nalatigheid afgeskakel het! Die wet reël immers juis die leerstuk van bydraende nalatigheid op nuut. Die woorde: ' . . . as dit nie vir die bepalings van hierdie artikel was nie . . . ' maak dus geen sin uit nie." It may be pointed out that our legislature took over this sub-section, with minor modifications, from the definition section (s 4) of the English act where the relevant words are " . . . apart from this act . . . " — which is a far cry from "but for the provisions of this section"!

72. See e.g. McKerron *op cit* 296-297. Cf Strauss *op cit* 66 who argues that the word "includes" supports the view that intent is included in the concept of fault as employed in s 1(1)(a).

may be had to the long title⁷³ of a statute as well as to the heading⁷⁴ of sections and chapters. The long title to the Apportionment of Damages Act commences as follows: "To amend the law relating to contributory negligence . . ." whilst the heading to chapter I reads: "CONTRIBUTORY NEGLIGENCE". Van der Walt⁷⁵ attaches great weight to this *indiciae* and one cannot but agree with his conclusion that it could never have been the intention of the legislature to include the concept of contributory intent within the ambit of section 1(1)(a). This construction is further supported by the principle that an act must not be presumed to alter the common law; a statute must either explicitly or by necessary implication be such that no other conclusion can be drawn but that the legislature did have an intention to alter the existing law.⁷⁶

7. CONCLUSION

As the South African law regarding contributory fault now stands, it can be summarised as follows:

- (a) Where both the plaintiff and the defendant acted negligently in regard to the damage forming the basis of the claim, section 1(1)(a) comes into operation and the court will order an apportionment.
- (b) Where the plaintiff acted negligently but the defendant intentionally regarding the same damage, no apportionment takes place but the plaintiff succeeds in full: this is the result of the common-law principle⁷⁷ that a defendant's *dolus* eliminates the plaintiff's *culpa*.
- (c) Where the defendant acted negligently but the plaintiff with intent to the latter's

73. *Sheely v Registrar and Taxing Master* 1911 TPD 295 299: "It is now settled law . . . that in the process of ascertaining intention it is permissible to have regard to the title of the act." See also *R v Magano and Madumo* 1924 TPD 129 139; *Bhyat v Commissioner for Immigration* 1932 AD 125 129; Steyn *Die Uitleg van Wette* (1981) 147.

74. Schomaker *Consilia et Responsa Juris* 2 14 10, 11: "Lex enim vel statutum in dubio debet intelligi ut conveniat rubricae vel titulo sub quo ponitur . . . Et quando textus est dubius, rubrica probat qualiter textus sit intelligendus." See also P Voet *De Statutis* 7 2 1; *Chotabhai v Union Government* 1911 AD 13 24; *Turffontein Estates Ltd v Mining Commissioner Johannesburg* 1917 AD 419 431; Steyn *op cit* 147-148.

75. *op cit* par 44.

76. Voet *Commentarius ad Pandectas* 1 3 24; *Johannesburg Municipality v Cohen's Trustees* 1909 TS 811 818; *Seluka v Suskin and Salkow* 1912 TPD 258 265; *Casserley v Stubbs* 1916 TPD 300 312; Steyn *op cit* 97 sqq. Strauss *loc cit* invokes this rule to arrive at a directly opposing view: he stresses the fact that the *terminology* ("fault") should be accorded its common-law meaning (viz "negligence" and "intent"), whilst we maintain that the *substantive common-law rule* regarding contributory fault should be borne in mind in the interpretation process. Although it possesses some cogency on grounds of simple logic, the argument of Van der Merwe and Olivier (*op cit* 171 295 n10) and Millner (1956 *Annual Survey of SA Law* 193) that "fault" in ch I of the act should include the concept of intent because the definition of "joint wrongdoers" in ch II (s 2(1)) "fuses into a single category the distinct common law concepts of joint wrongdoers and several concurrent wrongdoers and, by referring to liability 'in delict' brings the whole field of delictual liability within the range of chapter II . . ." thus heightening "the anomaly of confining [ch] I to actions based on negligence . . ." cannot be supported on any recognised grounds of statute interpretation.

77. Cf D 9 2 9 4.

damage, no apportionment takes place but the plaintiff's contributory intent forms an absolute defence.⁷⁸

(d) Where both the plaintiff and the defendant acted intentionally in regard to the former's damage, no direct authority could be traced, but it is submitted that an extended application of the civil-law doctrine of *culpa compensatio* as well as the principles of the English common law will come to the defendant's aid, additional to the application of the normal rules of statute interpretation, in denying the plaintiff an action.⁷⁹

Whether the present South African legal rules concerning contributory fault are in all respects satisfactory, is debatable. Van der Merwe and Olivier⁸⁰ vehemently argue for the apportionment principle to apply in the cases envisaged in (d) above. However, should one be inclined to support their proposition that the apportionment principle should be applied where both plaintiff and defendant acted intentionally, one may ask how such an apportionment is to take place: Will causation form its basis — a practically impossible method?⁸¹ Or will the blame attaching to each party's intentional conduct always be equal — thus always culminating in a 50%-50% apportionment (postulating one plaintiff and one defendant)? This seems rather too simplistic to be taken as a serious possibility. Or will different forms of *dolus* bear different values on the apportionment scale, for example *dolus directus vis-à-vis dolus eventualis* 70%-30%, for instance (again postulating one plaintiff and one defendant)? That this kind of speculation has no legal foundation at all but at most an equitable one, will be apparent even to a layman.

If the present position regarding the treatment of contributory intent in South African law is undesirable, it is for the legislature to amend the Apportionment of Damages Act to bring it in line with modern thought: for lawyers to endeavour to build a concept into this act, for which it had never been intended, on the lines of what they regard as desirable to achieve an equitable result, would certainly be to tread onto dangerous ground. In conclusion it is significant to recall what Paul van Warmelo's⁸² opinion of this tendency is:

Persoonlik glo ek nie daaraan dat daar sekere reëls en 'n gegewe dogma of sistematiek van die reg is wat vasstaan en korrek is en dus aanvaar moet word nie. Met so 'n standpunt kom ons eenvoudig weer by 'n vorm van die natuurregsterug: 'n leer dat daar 'n ewige onveranderlike stel reëls is wat nou die regte reg is of, dat daar

78. Cf the civil-law principle enunciated in general terms in the Accursian gloss on D 9 2 9 4: "*culpa culpam abolet sed non dolum*"; see also the English common-law principle generally denying a person with "unclean hands" a remedy.

79. See pars 3-5 *supra*. It is interesting to note that where, on a specific set of facts, the absolute defence of *volenti non fit iniuria* cannot succeed by reason of the fact that the plaintiff's consent is found to be *contra bonos mores*, the alternative defence of contributory intent will as a rule succeed.

80. *op cit* 170, even asserting that the true construction of s 1(1)(a) allows for that.

81. Cf Van der Walt *op cit* par 45: "This would require the court to embark upon the almost impossible task of assessing the respective degrees of causative potency of conduct."

82. 1967 *Acta Juridica* 5 8.

'n vaste korrekte dogma en sistematiek bestaan waaraan die reg moet beantwoord. Daarteenoor glo ek dat die korrekte benadering is om 'n gegewe regsisteem in die eerste plek te vat en te analiseer, dit in sy geskiedkundige en maatskaplike verband te sien en dan daaruit die algemene beginsels af te lei . . .

*Authors
as Authority*

SIR THOMAS SMITH

QC, Professor emeritus of Scots Law,
University of Edinburgh

Authors as Authority

SIR THOMAS SMITH

Professor Paul van Warmelo is one of the most distinguished legal historians of our times. His chosen field of research, Roman and Roman-Dutch law, naturally attracts the special interest of Scots lawyers, who have abundant reason for appreciating his many illuminating public contributions to legal scholarship. Those who have had the privilege of meeting the man himself as well as perusing his work have been doubly enriched. Scots law and Roman-Dutch law were very closely linked in the 17th and 18th centuries. South Africa has been the main legatee of the latter tradition, and today Scots lawyers still find close affinities between their own system and that of South Africa in the private law field. It is thus appropriate that Scots lawyers should salute a laurelled veteran among South African scholars in the *Festschrift* published to mark his 70th birthday. It is in his capacity as author that most Scots lawyers have met Van Warmelo, and his influence in that capacity will continue to influence the generations to come. Moreover, the legal systems of Scotland and South Africa recognize as authoritative the works of certain authors who exercised a formative influence on the legal development of the respective systems. This is an unusual source of law which is encountered in few other modern national systems of law. Accordingly some comparative reflections on the theme of authors as authority in Scotland and South Africa may not be inappropriate for this occasion.

Both Scots law and South African law have been influenced by English law to different degrees and this is probably reflected in judicial attitudes to legal writings. These have varied. It has been said¹ that 'In England a humbler place is afforded to text writers than in most systems of law'. Lord Eldon observed² that a writer who had held no judicial situation could not 'regularly' (i.e. properly) be mentioned as an authority. Though deceased authors could be cited in England for expert evidence as to what the law was in their time, citation of the works of living authors (as contrasted with adopting their arguments) was disapproved – subject to exceptions which did not, however, imply recognition as 'authors'.³ More recently Lord Reid ex-

1. Paton *Jurisprudence* 2nd ed. p. 199.

2. *Johnes v Johnes* (1814) 3 Dow at p. 15.

3. Thus Lord Wright referred in *Nicholls v Ely Beet Sugar Factory Ltd.* (1936) 1 Ch 343 at 349 to Pol-

pressed – extrajudicially – a more generous judicial attitude to scholarly writing. In his paper ‘The Judge as Law Maker’ addressed to a meeting of the Society of Public Teachers of Law in Edinburgh in 1971 he observed⁴ ‘In the House of Lords at least we turn a blind eye to the old rule that an academic writer is not an authority until he is dead, because he can no longer change his mind. May I suggest to text book writers and editors that they could usefully promote appreciation of academic work by practising members of the profession by increasing their citation from academic works as well as from authorities in other comparable jurisdictions because it is not always easy for busy counsel to lay their hands on those’.

Some comments in passing may be made on Lord Reid’s remarks. First, he was expressing the attitude of the House of Lords – a United Kingdom court which hears appeals from three different ‘national’ jurisdictions. Secondly, he implies that it is for the judges in each court to decide what recognition they will accord to authors of treatises – and to which authors. Thirdly, the comparative factor which he encourages is, of course, one of the means through which the solutions of South African law are brought to the notice of practitioners in Scotland, since a number of the ablest Scottish writers have recognized the value of these solutions. It should, however, be mentioned that among the hazards of uncritical anglicisation of Scots law may be included the proliferation of irrelevant references to English authorities in Scottish treatises. Only an expert in any system of law is really qualified to express a professional opinion on it, and recently in a Scottish appeal to the House of Lords⁵ Lord Fraser had occasion to deprecate an English law lord’s questioning of Scottish counsel as to whether the law of Scotland and England were identical on a point in issue. Scottish counsel are not qualified to make such a concession. Lord Reid’s explanation of past exclusion of a living author’s views because he may later change his mind is as quaint as it is seemingly well-founded. Even a judge – unless constrained by authority – may also change his views of the law, but this seems to have caused no problem in England possibly because the rules of *stare decisis* apply to decisions of single judges. The late C. H. S. Fifoot once described to the present writer his frustration when he listened to the Court of Appeal in England citing with approval a passage from an edition of Cheshire and Fifoot on *Contract* on a point whereon the learned

lock’s *Law of Torts* as ‘fortunately not yet an authority’, implying that the author was still in life. The felicitation was misunderstood by the reporter for the *Law Times* who transcribed the phrase as ‘unfortunately’. 154 LT 533. See also Lord Buckmaster in *Donoghue v Stevenson* 1932 SC (HL) 31 at p. 35.

4. ‘The Judge as Law Maker’ (1972) 12 *JSP TL* (N.S.) 22.

5. *GUS Property Management Ltd v Littlewood Mail Order Stores Ltd* 1982 SLT 533. The report does not note the intervention which was communicated by counsel involved in the appeal. In one of the best known of all Scottish appeals *Donoghue v Stevenson* (*sup. cit.*) the House of Lords reached its conclusions on the basis of English law, which counsel had purported to concede should be applied. The only reference to *culpa* the true foundation of liability, is in an oblique comment by Lord Atkin. Lord Normand frequently asserted that decisions based on concessions by counsel do not constitute binding authority. The result would seem to have been that *Donoghue v Stevenson*, based as it was, by a concession of counsel, on English law was not strictly a binding authority for the Scottish Courts, and, as it was a decision of the House of Lords in a Scottish appeal, was not binding on the English courts either. This is, however, by now a curiosity of legal history.

author had in fact changed his mind and expressed a different view in a later edition which was in press.

In a Presidential Address at the same Meeting as that to which Lord Reid contributed, the present writer had in a sense anticipated in these words his Lordship's assessment of the situation in England though on rather different grounds.⁶ 'On the other hand, in England the courts seem to have moved away from their former very rigid attitude to the citing of legal literature. It is not self-evident, at least to me, that elevation of its author to the Bench should necessarily confer a higher authority on a treatise than that which he enjoyed before, nor that the authors across Styx should provide surer guidance to contemporary problems than can those alive to observe them. The only semi-convincing argument to the contrary was supplied by Lord Cameron when I put the problem to him some years ago. He observed "Well when an author's dead, people soon forget what he was like as a man"'. From reflection and observation — and from the comments of my seniors — I would conclude that Lord Cameron's comment is particularly relevant where the writings of personally unimpressive as contrasted with powerful characters are concerned. Moreover, the doctrine that elevation to the Bench confers special authority as an author seems unconvincing in cases where the subject matter of the treatise bears little or no relation to the scope of subsequent judicial functions.

By contrast, the Civil Law attitude to the writings of jurists has been markedly more benevolent. Apart from those cases when the *ius respondendi* was exercised during the lifetime of jurists, by the time of Gaius *responsa prudentium* had attained such authority as to be included among the sources of written law, and the Valentinian Law of Citations in 426 attempted to establish a canon and rules for evaluating the weight to be given to the opinions of approved jurists. The eminent French Comparatist René David has noted that from the 13th century 'Works of legal scholarship (*la doctrine*) were for a long time the fundamental sources of law in the Romano-Germanic family ... Only comparatively recently has the primacy of doctrinal writing given way to that of enacted law'.⁷

In a sense, no European jurist has enjoyed such authority in his own lifetime as well as after his death as the Hungarian, Werbőczy István.⁸ Werbőczy, a learned member of the judiciary, was given a royal mandate to undertake a systematic exposition of the laws of Hungary. He completed his *Opus Tripartitum Juris Consuetudinarii Inclyti Regni Hungariae* in 1514, and in the same year, after favourable reports by a commission of the Diet, it was submitted to the king who approved it. However, to become a 'code' in the full legal sense it required to receive the imprint of the royal seal and promulgation by distribution of authenticated copies to the counties and main cities of the realm. For reasons which remain obscure these formalities were not completed, but such was the authority of the *Tripartitum* that the Courts decided to apply it as law. As supplemented and amended, it remained the working

6. 'Authors and Authority' *op. cit.* n. 4.

7. *Les Grand Systèmes de Droit Contemporains*, p. 138.

8. I. Zajtay *Introduction a l'Etude du Droit Hongrois* (1953) Paris p. 89 *et seq.*

law of Hungary until the 19th century. Of this work Zajtay writes⁹ '*Le Tripartitum est donc, quant à sa forme, un text écrit; mais quant à la base de son autorité, c'est un monument du droit coutumier. Aussi est il designé dans la doctrine hongroise par le terme de source écrite du droit coutumier.*'

When the present writer read Zajtay's book some thirty years ago he noted in the margin 'The Hungarian Stair?' Werböczy was a supporter of the Hungarian Crown and opponent of the Habsburgs. In some ways the strained relationship between Scotland and England during the century of personal Union had analogies with the relationship between Hungary and Austria. Among the reasons for Stair (Father of Scots Law as Grotius was Father of Roman-Dutch law)¹⁰ completing and publishing his *Institutions* in 1681 may have been his experiences of the negotiations of Scottish and English Parliamentary Commissions in 1678 and his apprehensions of the overwhelming of Scots by English law.¹¹ (Werböczy's *Tripartitum* was, of course, mediaeval in its outlook by comparison with Stair's.) The classification of Stair's *Institutions* as authority has like the *Tripartitum* been somewhat ambiguous – a written source, a formulation of laws having their own authority or a blend? Moreover, could it be said that the classification has changed with time? In the Dedication of the first edition of his *Institutions* to Charles II, Stair narrates that he has served the law for nearly 40 years including eleven as Lord President – 'so that those, who will not deny me reason or capacity, can scarcely deny my knowledge and experience in the subject I write of. My modesty did not permit me to publish it, lest it should be judicially cited where I sat: But now, becoming old, I have been prevailed with to print it, while I might oversee the press.' Thus, Stair and Werböczy – though they might possibly have prevented it – were 'cited judicially' where they sat, albeit as judges they could cast only a single vote in a collegiate court.

The views of contemporary authors are not 'authoritative' either in South Africa or Scotland in the sense of being a source of law – except indirectly through adoption in judicial decision. Thus it is stated in Wille's *Principles of South African Law*¹² 'A modern textbook has no inherent authority of its own, but if skilfully compiled it may have a very persuasive influence on the courts'. Again Hahlo and Kahn in *The South African Legal System and Its Background*¹³ comment 'The views of modern legal writers – what the French call *la doctrine* – are in no wise binding on the South African Bench. But, though they are not authoritative, the views of legal writers – be they judges in an extra-mural capacity, teachers of law or practitioners – may prove of considerable persuasive force for a judge having to enunciate a rule of law ... But in the final analysis, for the judge a treatise or disquisition is only a repertory of argument that, however eminent the author ... may fail to convince. The final exposition of the law is the judge's responsibility'.

9. p. 90.

10. See e.g. T. B. Smith 'Scots Law and Roman-Dutch Law: A Shared Tradition' in *Studies Critical and Comparative* p. 46.

11. See G. M. Hutton 'Stair's Public Career' *Stair Tercentenary Studies* p. 12.

12. 7th ed by J. T. R. Gibson p. 12.

13. pp. 324–5.

In standard text books used by students of Scots law there are divergent formulations. Thus in Gloag and Henderson *Introduction to the Law of Scotland*, first published in 1927 and now in its 8th edition, it is stated¹⁴ 'A writer in law is not in any proper sense an authority during his lifetime unless he is raised to the Bench. After his death his works acquire an authority, varying in degree according to the reputation which he may have attained'. This passage seems to reflect English attitudes which have waned somewhat. Professor D. M. Walker on *The Scottish Legal System*¹⁵ observes 'Books on law are, in general, *not* authoritative sources of the law on any matter but only means of our knowledge of the law, to which we turn to discover not what the principles of law are, but what the author believes the principles and rules to be ... If a court accepts the view of a text writer that view becomes authoritative, not because the text writer wrote it but because the court has adopted and approved it, and it thereby acquires the authority of case law ...'. In a footnote the learned professor points out¹⁶ '(T)extbooks are not infrequently written by comparatively young and inexperienced men, and may contain statements which are tentative, conjectural or even simply wrong'.

The most recent assessment of the weight attached to the writings of contemporary authors by the higher Courts in Scotland is by Professor W. A. Wilson¹⁷ 'It is understood ... that the Inner House of the Court of Session still subscribes to the "Better Read when Dead" rule; this is unfortunate as the rule is of the same order of rationality as trial by ordeal. The Scottish judiciary has never been receptive to academic views, and, indeed, one could compile an anthology of derogatory remarks made by judges of academic writings ... Lord Mackay,¹⁸ who can fairly be described as a judge of conservative tendency, dealt with academic authority thus: "A question of the weight of a living academic writer is a somewhat curious one, although it seems to me well settled. For myself, I would agree quite readily that the academician has often the faculty of expressing some new distinction or new principle which, if it appeals to the judge, may well be adopted as his view, but the authority does not go further." Few would quarrel with that'. Among the reasons which Wilson adduces for the relative lack of esteem in which living authors are held by contemporary Scottish judges he instances lack of 'physical proximity' — contrasting the attitude of 19th century judges who were giving their opinions in the presence of a distinguished Professor of Scots Law at the University of Edinburgh, George Joseph Bell.

14. 8th ed p. 12.

15. pp. 344–5.

16. There is a Johnsonian flavour about this utterance. A dictum by Dr Johnson relevant to the 17th and 18th centuries rather than to the 20th century may be compared. 'It is not necessary to practice to write well on a subject.' I mentioned law. 'Why, Sir', said he 'in England where so much money is got by the practice of the law, mst of our writers have been in practice, though Blackstone had not been much in practice when he published the *Commentaries*. Upon the Continent, the great writers in law have not all been in practice. Grotius indeed was. But Pufendorf was not; Burlamaqui was not.' *Boswell: The Ominous Years* (ed Ryskamp & Pottle) p. 258.

17. 'Knowing the Law and Other Things' 1982 *Jur. Rev.* 259 at pp. 267–8.

18. *Steel v Glasgow Iron & Steel Co.* 1944 S.C. 237 at p. 263; see also *Clark's Exor. v Clark* 1943 S.C. 216 at p. 235; *Ross v Watson* 1943 S.C. 406 at p. 421.

Some ten years before Professor Wilson made his assessment the present writer expressed views¹⁹ not dissimilar in result if not based on identical grounds. The Presidential Address in which these views were offered was, however, largely concerned with the special recognition of a category of 'institutional writers' as sources of law in Scotland — comparable with the 'old authorities' of Roman-Dutch law. However, in the lifetime of these institutional writers their books were not regarded as a formal source, though the later writers quote their predecessors extensively.

In the present writer's view Professor Wilson's observation that 'the Scottish judiciary have never been receptive to academic views' should be qualified, as the learned professor might himself accept, as not applicable until about the second half of the 19th century — i.e. the post 'institutional' period by which time views on 'learned custom' had changed'. It would be inappropriate to trace the steps by which procedure in the Court of Session was changed radically in the early 19th century, the Court itself reorganized into Divisions and an Outer House from a basically collegiate court for ordinary business, and the consequent development of qualified doctrines of *stare decisis*. The majority of the judiciary in the first half of the 19th century recognized the Professors of Scots Law at Edinburgh University as experienced practitioners as well as their intellectual equals or superiors and their partners in developing the law.²⁰ Professor G. J. Bell,²¹ last of the 'institutional' writers, but for his Whig associations and close involvement with measures for reform of the Court of Session which antagonised practitioners, would, as was generally recognized, himself have been elevated to the Bench.

As Wilson has noted, the late Professor Candlish Henderson was in the inter-War period accorded special regard by the Bench.²² It may be added that, when he appeared as counsel in complex matters of succession law before his erstwhile pupils sitting as Senators, he was accorded as respectful a hearing as in his classes. The Scottish judicial attitude of disesteem towards academic writing to which Professor Wilson refers is due, in the present writer's view, to a complex of factors. On the judicial aspect it may be observed that it is usually the less eminent members of the judiciary who expressly manifest the attitude observed, and that these in a curious way have taken over an essentially English — if outmoded English — judicial attitude to legal writings (contained in older Scottish text-books) and have also adopted the essentially English view of the status of the single judge. There is an element of displaced parochialism. Others consider that the judge's concern, unlike that of the

19. 'Authors and Authority' 1972 *JSPTL* (N.S.) 3 at pp. 6–7.

20. Thus in *Kerr v Martin* (1840) 2D 752 judges expressed high regard for professors who had later proceeded to the Bench (Hume and Newton) and regarded their academic standing as enhancing their judicial authority.

21. See refs. in N. T. Phillipson *The Reform of the Court of Session 1785–1832* Ph.D. Dissertation Cambridge esp. p. 314.

22. Indeed his treatise on the *Law of Vesting* largely settled the law and removed disputes from the courts. Professor W. M. Gloag's treatise on *Contract* has also been regarded by the Scottish Bench as a 'high authority' — see e.g. *Lord Cooper's Select Papers* pp. 129, 190. The present writer regretfully concludes that regard for Gloag's views has been detrimental to the development of the Scots law of contract especially in such fields as defective consent and the *stipulatio alteri*.

author, is to determine the issues actually before him and not to pronounce broader formulations of the law than may be necessary in the instant case. Other judges are irritated by the occasional intemperance of the language of some younger authors who lack professional qualification or practical experience of the law in Scotland.²³ Indeed it would probably be fair to observe that 'academic' in a Scottish legal context has acquired a somewhat pejorative implication. Formerly, legal writing in Scotland largely took the form of a major treatise representing a life's work and experience. Today publication may be at an early stage of a law teacher's career and intended to increase his chances of academic promotion.

Courtesy, modesty and a sense of humour seem the most appropriate solvents of the problem to which Professor Wilson has adverted. Moreover, as General Editor of the new *Stair Memorial Encyclopaedia of Scots Law* the present writer has personal experience of the whole legal profession combining in a comprehensive gratuitous enterprise to restate the law for the future. Judges, (including both Scottish Lords of Appeal in Ordinary and the Lord President), Law Officers, Advocates, Solicitors and Scholars have all offered their services, and — in the case of a number of titles — work together in a team. The combination of sound scholarship and professional experience throughout the work whether by collaboration or consultation seems essential.

If judges and authors can act harmoniously in developing the law, and there seems no doubt that judges may write valuable legal treatises, the question has been asked²⁴ as to whether academic lawyers might not with advantage be appointed to the Bench. Certainly the Professors of Scots Law who kept in touch with the Courts were regarded as of the necessary calibre, and this, no doubt, influenced judicial attitudes to their writings. The views of the late Lord Reid on the question are perhaps of particular interest. He had no professional qualification in English law, had had a limited but high quality practice as an advocate in Scotland and had contributed as author a valuable book on *The Agricultural Law Holdings (Scotland) Act*. He never served as a judge of first instance.²⁵ His main experience was in politics — including a period as Law Officer — before his appointment as Lord of Appeal in Ordinary. During his long service in the House of Lords his contributions to Scots law were not remarkable, but he was regarded as a master builder of English law.²⁶

Lord Reid observed in 1971²⁷ 'I think that it would be clearly wrong to appoint as a High Court judge of first instance a man who, however eminent, did not have a long experience of conducting cases in court. But when it comes to a Court of Appeal we might try the experiment of appointing a first rate lawyer who did not have that experience, but who was sensible and broadminded. I have known personally one or

23. Acquisition of such qualifications and experience seem desirable for a legal scholar expounding the living law — much as a period of active service on regimental duties is invaluable for a staff officer. In Scotland combining professional with academic background is less practicable than formerly.

24. Especially recently in 'The Times' in December 1983 and January 1984.

25. As he had never taken a judicial oath in his life he used to stand to *drink* the toast of 'Her Majesty's Judges'.

26. The present writer has contributed the Notice on Lord Reid to the next supplement to the DNB.

27. (1972) 12 *JSPTL* (N.S.) at p. 23.

two academic lawyers who would be welcome members of any appeal court.' In Scotland where the basic structure of the higher courts is collegiate and every judge must undertake his stint of criminal trials such an experiment would not be practicable unless the academic lawyer had also had substantial professional experience. However, I do not exclude the possibility of some mobility between Chair and Bench in cases where professional reputation can be balanced with scholarly achievement. Some law teachers, at least in Scotland, sit regularly in courts of intermediate jurisdiction, thus maintaining contact with the practising profession and gaining more experience of the evaluation of evidence than some judges appointed direct to the House of Lords.

South African law and Scots law accord a special status to certain authors, referred to in South Africa as 'The Old Authorities' and usually (somewhat misleadingly) in Scots law as 'the institutional writers'.

It would be presumptuous in a paper contributed in Professor van Warmelo's honour for a Scots lawyer to comment on the scope and status of the Old Authorities in South Africa. Suffice it to say that ample discussion and full citation of references are provided in Hahlo and Kahn *The South African Legal System and its Background*.²⁸ Wille²⁹ states 'In South Africa the treatises of a large number of Dutch jurists, written in the seventeenth and eighteenth centuries, are so authoritative that our common law, the Roman-Dutch law, consists in fact of the rules of law stated in their books. The foremost of these writers were Grotius, Voet, Van Leeuwen, Huber, Bynkershoek, Van der Keessel and Van der Linden. It was by custom that the people in the Netherlands recognized and accepted these writings, and custom continued the process in the Cape. Legislation has also assisted recognition.' The learned author then specifies a number of legislative provisions adopting Roman-Dutch law in various areas of Southern Africa including provisions specifying certain works such as those of Van Leeuwen and Grotius to be recognized authorities. Two contrasts with the position in Scotland may be stressed. First, in 1809 Roman-Dutch law was abolished in Holland, and in effect as a result of a historical accident survived only overseas. Secondly, the recognition of certain 'old authorities' was reinforced by statutory provision.

Before returning to consider what treatises may properly be regarded as a formal source of law in Scotland, a brief digression on a complex problem seems unavoidable. This results from the use by Scots lawyers of the expression 'institutional writers' to imply the authors of treatises some of which may be regarded as sources of law. The problem is partly terminological and partly teleological. Madame Hélène David in her book *Introduction à l'Etude du Droit Ecossais* devotes Titre III to the topic 'Les Auteurs d'Institutes'.³⁰ She comments '*Le nom d'Institutional Writers, n'a, à ma connaissance, jamais été traduit en français, j'ai choisi ce terme d'Auteurs d'Institutes qui moi paraissait correspondre le mieux à celui d'Institutional Writers, mais il n'y a là rien de définitif.*' In his last published contribution to scholarship his tribute to

28. pp. 303, 543–62. To their bibliography one would now add the important contribution by D. L. Carey Miller 'Hugo Grotius' 1982 *Acta Juridica*, 66.

29. *Principles of South African Law* 7th ed by J. T. R. Gibson pp. 11–12.

30. p. 293 *et seq.*

Imre Zajtay,³¹ the late Professor F. H. Lawson — honoured be his memory — chose the topic of ‘Institutes’. These he traces back through Justinian to Gaius.³² Lawson writes ‘Institutes were intended to introduce the student to the more profound study of the law contained in the Digest or Pandects . . . I could have wished to confine myself to works in which a single author tried to give a broad survey of an entire legal system, but that would have unduly limited my scope . . . One must beware of attaching much importance to terminology. The terms “Institutes” and “Institutions” cover a large number of miscellaneous writings on law, some of which . . . are too encyclopaedic to be considered institutional; and many works that would normally be considered institutional are not so named, but include “commentaries”, “introductions”, “principles” or “elements”.’ (This is certainly the case with the Scottish so-called ‘institutional writers’.)

In recent years there has been a great deal of scholarly work of excellent quality done on ‘Institutional Writings’, in a European as well as a Scottish context. The most recently published of these ‘Institutional Writings in Scotland Reconsidered’ by Dr. John W. Cairns³³ contains references to the other main contributions. In that important article he observes ‘Klaus Luig has stressed that in the seventeenth and eighteenth centuries the *ius commune*, based on the Roman, Canon and feudal laws, became differentiated into various national laws with collections of mediaeval regional law coming into prominence. He links this with the increase of legislation, the function of national courts and the foundation of chairs of autochthonous law. He argues that the new differentiated national laws were an expression of the independence and autonomy of the nascent nation states of the *ancien régime*. He further argues that in all countries systematic treatises on such national laws were based on a concept of “Institutes”.’ Cairns asserts that in the 17th and 18th centuries institutional works were considered properly as dealing comprehensively with traditional private law viewed as national law, while being fairly elementary in nature and having a systematic structure patterned on Justinian’s *Institutes*. Institutional works need not, however, have been specifically intended for use in formal legal education.

Dr. Cairns presents a cogent case for bringing the Scottish institutional writers (whose works have a systematic and comprehensive structure) and in particular Stair within this general European trend. While welcoming most of the conclusions in Cairns’ paper, the present writer adheres to his declared position on two essential matters. First, particularly when Stair and Mackenzie were writing in the 17th century, by contrast with the nation states of the Continent and England which were asserting independence, hegemony within their frontiers (and beyond in the case of England) and autonomy in general, Scotland was seeking desperately to avoid ab-

31. *Festschrift für Imre Zajtay* p. 333.

32. On which see most recently P. van Warmelo’s review in *Gnomon* 1983 pp. 176–7. On Justinian’s *Institutes* see now P. van Warmelo ‘The Institutes of Justinian as Students’ Manual’, *Studies in Justinian’s Institutes in Memory of J. A. C. Thomas*, ed. P. G. Stein and A. D. E. Lewis.

33. (1983) *Journal of Legal History*, 76; see also K. Luig ‘The Institutes of National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries’ (1972) *Jur. Rev.* 193 also ‘Stair from a Foreign Standpoint’ in *Stair Tercentenary Studies* (vol. 33 Stair Soc. Pub.) p. 239; J. W. G. Blackie ‘Stair’s Later Reputation as a Jurist’ *ibid* p. 207.

sorption by England. Secondly, it was only by asserting affinities with legal systems which had participated in the *ius commune* — such as those of France and the Netherlands — that Scots law could hope to avoid engulfment by the English Common law. Thus though Stair was certainly concerned to 'restate' Scots law systematically the full title of his *Institutions* reads 'The Institutions of the Law of Scotland, deduced from its Originals and Collated with the Civil, Canon and Feudal Laws and with the Customs of Neighbouring Nations'. The sources cited by Stair and Mackenzie also seem to indicate their reliance and desire for continued reliance on the shared tradition of the *ius commune*.

A number of important questions regarding the scope and rôle of authoritative writing as a source of law remain debatable or unresolved at the present time. Fortunately the relevant questions are now being asked searchingly. The tercentenary in 1981 of the publication of the first edition of Stair's *Institutions of the Law of Scotland* in 1681 generated a special revival of interest in his work in particular, but fortunately this interest has extended to scholarly re-examination of authoritative writing in general as a source of Scots law. Among the most notable fruits of this stimulus has been a meticulously revised second edition (1683) of the *Institutions* undertaken by Professor D. M. Walker of Glasgow University who has eliminated blemishes on Stair's text inserted by earlier editors after the author's death.³⁴ Volume 33 of the Stair Society Publications has taken the form of a volume of Stair Tercentenary Studies and the *Juridical Review* 1981 supplements these. Full account cannot be taken in this paper of the detail of the new thinking on Stair and authoritative writing in Scots law generally. A few short comments on the present writer's reactions must suffice.

In the first place, as he sought to establish in his paper 'Authors and Authority' published in 1972³⁵ the recognition of the works of certain authors as formal sources of law was a mid-19th century development and the result of judicial decisions rather than (in part) by legislation as in South Africa. Earlier these authors had been cited to the Scottish Courts only as evidence of what the law was, and, if there was substantial consensus, this provided a powerful argument for the party relying on them. Particular authors enjoyed greater or lesser prestige at different times, and, as the law itself developed, the views of earlier authors of repute might be regarded as superseded and thus the opinions of other writers who had taken account of recent developments and decisions given greater attention. Not until the 19th century did a modified doctrine of *stare decisis* emerge in Scots law. Before that stage a tract of decisions tended to settle the law and little account would be taken of a contrary decision even of the Whole Court or the opinion of an author which preceded a development in judicial custom. In the development of such *usus fori* authors of repute were in a sense partners. It was only after the Courts formulated doctrines of *stare decisis* as to their own individual decisions that it became relevant to establish the authority of any par-

34. Professor Walker has revised case references and supplied most useful notes and an Introduction, while professor W. M. Gordon also of Glasgow has provided modern style citations of civil and canon law references.

35. 1972 *JSPTL* (N.S.) 3 at p. 11.

ticular author or work. When such authority is recognized it has seemingly the same weight as that of a Division of the Court of Session.

Judicial recognition of the special authority of certain writers or of particular works as sources of law has on the whole not taken the form of any special formal pronouncement of a Bench of Judges. (The decision of a single judge in Scots law does not constitute binding authority.) Moreover, since a higher court or more numerous bench can revise or rescind pronouncements of the law already made in judicial decisions, it remains open for the Scottish courts to reformulate attitudes to particular works or authoritative writing in general. Paradoxically, the clearest discussion of the issue of legal writing as a source of law is to be found in the context of an opinion in a case³⁶ which, while recognizing Hume's *Commentaries on the Law of Scotland Respecting Crimes* as authoritative, refused like authority to his *Lectures* published more than a century after his death by the Stair Society. This pronouncement might seem to imply that authoritative status may be conferred on certain works rather than on certain selected authors. The exact canon is not settled nor is there a recognized hierarchy among particular authors or works. Moreover, those who would generally be regarded as pre-eminent have been criticised as weak on certain matters such as consistorial law.³⁷ In Civil matters it is generally accepted that the works of Craig, Stair, Mackenzie, Bankton, Erskine and Bell are authoritative³⁸ — whether or not they are strictly 'institutional' in the general sense of comprehensive expositions of national private law. In Equity matters (which is an integral part of Scots law and not a separate system as in England) Kames is accepted as authoritative. On matters of criminal law the authority of Mackenzie and Hume is clearly established, though many more writers on criminal law were alluded to as 'institutional' in *Sugden v HMA*.³⁹ The last edition of an author prepared by himself is regarded as having authority — and not subsequent editorial accretions.

The general reader would be confused rather than interested by the current practice of Scottish Courts and writers of textbooks of using the expression 'institutional writers' or 'institutional writings' as synonyms for 'authoritative writers' or 'authoritative writings'. This problem is better tackled in an essentially Scottish context, and the present writer hopes to do this in the projected new *Stair Memorial Encyclopaedia of the Laws of Scotland*. Among scholars generally an 'institutional work', however it may actually be designated, means a comprehensive treatise on national private law, often of an instructional character. The first works to be regarded as authoritative in Scots law were in fact of that character, but 'institutional' has subsequently been used as signifying 'authoritative' and applied to other categories of legal writing including treatises on criminal law or aspects of commercial law.

The following statement by Cairns⁴⁰ appears to be well founded:

36. *Fortington v Kinnaird* 1942 S.C. 239 per L. P. Normand at p. 253.

37. See Fraser *Husband and Wife* 2nd ed. 1876 p. 3.

38. There is, however, not unanimity regarding Erskine's *Principles* as contrasted with the unquestioned recognition of his *Institutes*.

39. 1934 J.C. 103.

40. 1983 *Journal of Legal History* at p. 107.

Institutional writings, while both reflecting and producing notions of a national law, were not designed to have any special authority over and beyond that deriving from the correctness of their propositions. Stair indeed feared publication of his *Institutions* during his lifetime lest they be cited before him. This would not have been because he thought they would be regarded as having a special authority beyond their accurate representations of Scots law, supported by the authorities he cited; but rather because he feared people would cite them to curry favour with the Lord President.

While the seventeenth and eighteenth centuries produced a recognisable category of institutions or institutes of national laws, and while there are Scots works within that category, the modern classification of institutional writing in Scotland essentially bears little relationship to it. Though some Scots law books fall into both categories, the two categories are by nature different. One category consists of books of a certain form, dealing with a particular subject matter, reflecting the pressures on legal culture of the rise of nation states in Europe; the other category consists of works judged to be of fundamental importance and considered by the courts to be specially authoritative expositions of law. One category is historical, composed of a certain kind of legal literature, whereas the other category is legal and technical, comprising works considered as sources of law in the technical sense.

It might seem preferable to designate the works accorded the status of formal sources of law in Scotland as 'authoritative writings' rather than as 'institutional works'. The present writer has, however, no doubt that the 19th century recognition of a canon of Scottish legal writers with a status — in Hélène David's felicitous phrase,⁴¹ comparable to that of the Fathers of the Church, was a fortunate development. It provided a measure of protection, for a systematic approach to law having affinities with other legal systems which shared the legacy of the Civil law. As a corollary it checked uncritical anglicisation of Scots law. In Madame David's words⁴² *'Cependant les Auteurs d'Institutes occupent dans le droit écossais une place à part, plus importante que dans les autres pays, qui s'explique, semble-t-il, par la position special de l'Ecosse, à cheval entre droits romano-germanique et droits de la common law.'*

41. *Introduction à l'Etude du Droit Ecossais*, p. 297.

42. *op. cit.* p. 298.

*Het Raets-besluit
van Burgemeester Velleius*

JE SPRUIT

Professor, Instituut voor Rechtsgeschiedenis,
Rijksuniversiteit Utrecht

Het Raets-besluit van Burgemeester Velleius

JE SPRUIT

1. De plaats van de vrouw in het maatschappelijk leven sedert de late Middeleeuwen en de uiteenlopende rollen die zij daarin speelde, hebben hun afspiegeling in het recht gevonden. Oude rechtsbronnen en rechtsgeleerde auteurs houden zich dan ook met de vrouw onder uiteenlopende gezichtshoeken bezig: met de vrouw als dader in wat men vooral beschouwde als typische vrouwendelicten: abortus, kindermoord, gifmengerij, hekserij; maar ook met de vrouw als slachtoffer van typisch tegen vrouwen gerichte delicten: roof en verkrachting; met de vrouw als lid van een gilde; met de vrouw als zelfstandig neringdoende 'coopvrouw'; met de vrouw als prostituée; met de vrouw in leenrechtelijke verhoudingen. Ook de positie van de vrouw in het publieke leven was een dankbaar object van overpeinzingen. De Saksenspiegel en andere oude rechtsbronnen ontzeggen haar het recht om als voorspreker — advocaat — op te treden en de bevoegdheid om zonder bijstand van haar voogd een klacht in te dienen.¹ Omstandiger is Philips van Leyden (± 1326–1382), auteur van een vanuit de politieke omstandigheden en de successieproblematiek na de dood van Graaf Willem IV medio veertiende eeuw geschreven politiek-staatsrechtelijke verhandeling, het *Tractatus de cura reipublicae et sorte principantis*, geschreven tussen 1351/52 en 1376. Op verschillende plaatsen heeft hij, over het algemeen duidelijk vanuit publiekrechtelijke gezichtshoek, beschouwingen aan de vrouw gewijd, die er alle op gericht zijn haar een plaats te wijzen buiten het openbare leven: 'mulieres vagari non convenit nec se virorum coetibus immiscere', het is niet passend dat vrouwen uit hoofde van publieke verplichtingen rondreizen en zich in mannelijke bijeenkomsten mengen.

'Rem publicam non regunt mulieres', vrouwen dienen geen leidinggevende taak in de staat te vervullen. 'Mulieres commodius domesticorum curam gerunt', vrouwen zwaaien thuis de scepter beter. En vrouwen het bestuur van omvangrijke leengoederen toe te vertrouwen lijkt hem een onverstandig beleid, 'quia ex fragilitate sexus ad enormia inclinantur', aangezien zij op grond van de zwakheid van hun sexe maar al

1. Eckhardt 1933: 101; vgl. in dezelfde zin bijv. Boutillier 1621: 73; 1157 = Bottelgier 1529; fol. 12; 186; Hermesdorf 1961:306-7; Hermesdorf 1980:280-1; v. Leeuwen 1678: 29 (1,6,2); Huber 1726: 596 (IV,15,26).

te gauw tot het maken van blunders geneigd zijn.² *Fragilitas*: de zwakheid, de broosheid, de lichtgelovigheid, het geen oog hebben voor gevaar, haar te snel tot compassie neigende natuur, het zijn de argumenten die men vooral bij de juristen aantreft om de vrouw uit te sluiten van het nemen van bepaalde beslissingen en het uitoefenen van bepaalde functies en om haar in bescherming te nemen tegen zichzelf en anderen. Waar Philips van Leyden over de vermogensrechtelijke positie van de vrouw spreekt, vestigt hij er de aandacht op dat het vermogen dat zij ten huwelijk aanbrengt, in beginsel door de man niet verkocht mag worden, ook niet als zij daarmee zou instemmen, 'ne *sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae arundem convertatur*', opdat niet de zwakheid van het vrouwelijk geslacht wordt aangewend tot vernietiging van haar vermogen. En dan volgt zijn opmerking: '*sic prospicitur eidem sexui per senatus consultum Velleianum, ut mulieres fideiubere non possint. Expedit namque rei publicae ne mulieres remaneant indotatae*', zo wordt dan aan deze *sexe* bescherming verleend door het Vellejaanse senaatsbesluit, in dier voege dat vrouwen geen overeenkomsten van borgtocht kunnen aangaan. Het is immers van belang voor de staat dat vrouwen niet zonder bruidsgave blijven.³

2. Philips van Leyden is daarmee in de Noordelijke Nederlanden de eerste jurist die melding maakt van het 'Raets-besluit op voorstel van de Burgemeester Velleius genoomen'. Enig voorbehoud maakt hij niet en de stelling dat het *Senatusconsultum Velleianum* in de veertiende eeuw al volledig deel uitmaakt van het gerecipieerde Romeinse recht lijkt gerechtvaardigd. Deze stellingname vindt verder steun in het werk van een tijdgenoot van Philips van Leyden, een jurist wiens naams in verdietste vorm Jan Bottelgier luidt. Jean Boutillier (± 1340–1395) was in de laatste jaren van zijn leven luitenant van de baljuw van Doornik, waar hij werkte aan een populariserende beschrijving van het kerkelijk en wereldlijk recht zoals dit in o.a. de regio Doornik, Henegouwen en Vlaanderen werd toegepast. Het boek, getiteld *Somme rural* werd voor het eerst gedrukt in 1479 te Brugge en, in een vertaling in het Nederlands, in 1483 te Delft. Boutillier bevestigt in zijn *Somme rural* de gelding van het *Senatusconsultum Velleianum*, bijv. waar hij schrijft over de wijze, waarop een vrouw haar recht op de *douairie* (weduwengoed) kan verliezen: 'Die III. maniere is in dien si gerenoncieert heeft den rechte, diemen hiet Velliaen, dat is trecht die den keyser Velliaen dede oft maecte om dat recht vanden vrouwen oft ioncfrouwen die hen relieveret in cas ende in haer saecken, ende doet henlieden hebben trecht van doarie'.⁴

Ook elders behandelt Boutillier het geven van persoonlijke of zakelijke zekerheid in het licht van het Vellejaanse besluit, dat hij achteloos op rekening van keizer Velleianus zet. Bijna een eeuw later zal van deze tekst gebruik gemaakt worden door

2. Philips van Leyden 1900: 49-50 (casus IX) 306-318 (casus LXXV); vgl. 453 (Tract. de Formis et semitis, rubr.V; de nuptiarum iucunditate); vgl. de verwante gedachte bij Merula 1741: 54 (I,4,3,33); over Philips thans Leupen 1981.

3. Philips van Leyden 1900: 310 (casus LXXV).

4. Boutillier 1621: 964-5 = Bottelgier 1529: fol. 148v. Hij behandelt aspecten van het *Senatusconsultum Velleianum* ook elders: Boutillier 1621: 990; 1224; 1383-85; 1411-14 = Bottelgier 1529: fol 152v. (zonder beroep op het Sc. Velleianum); 203; 223; 228-9.

Willem van de Tanerijen (geb. tussen 1408/1425 en gestorven in 1499/1500), praktijk-jurist en rechtsgeleerd auteur, die in zijn omvangrijke werk *Boec van der loopender practijken der Raidtcameren van Brabant* een poging doet om in gesystematiseerde vorm een algeheel overzicht van het geldende wereldlijke recht van Brabant in de tweede helft van de vijftiende eeuw te beschrijven. Hij heeft van de oorspronkelijke Franse tekst gebruik gemaakt, deze letterlijk vertaald en onkritisch de verkeerde toedichting van het besluit aan 'keyser Velliaen' overgenomen.⁵

3. Boutillier en in zijn voetspoor van de Tanerijen schrijven beiden een de vrouw beschermende regeling toe aan een 'keizer Welleyanus'. Deze misvatting illustreert hoe weinig belangstelling en inzicht de middeleeuwse juristen hadden voor de historische dimensies van de Romeinse rechtsontwikkeling. Historisch onderlegd waren zij eigenlijk nauwelijks; en de grote opvlucht van het juridisch humanisme moest in de tijd van Philips van Leyden en Boutillier nog komen. Van een keizer met de naam Welleyanus rept de Romeinse geschiedenis niet.

De juristen hebben allen het oog op een bij senaatsbesluit vastgestelde regeling uit de eerste eeuw, uitgevaardigd op initiatief van de consuls Marcus Silanus en Vell(a)eus Tutor op een niet meer precies dateerbaar tijdstip tussen 41 en 64.⁶ In het verlengde van enkele oudere keizerlijke edicten van Augustus en Claudius⁷ en een mogelijk in zwang zijnde praetorische praktijk verbood dit *Senatusconsultum Velleianum* het aan vrouwen 'pro aliis reas fieri', ten behoeve van anderen verplichtingen op zich te nemen; de tekst van het besluit beperkte zich tot een verbod om door middel van geldlening of borgtocht in enigerlei vorm te 'intercedere', tussenbeide te komen, d.w.z. als derde in te spelen op een tussen anderen bestaande rechtsbetrekking. Hoewel de tekst van het besluit slechts het oog had op door de vrouw (*sui iuris*) aangegane overeenkomsten van verbruikleen (*mutuum*) en borgtocht (*fideiussio*), is het door de juristen uit het klassieke tijdperk door middel van extensieve interpretatie op andere vormen van intercedere uitgebreid. Uiteindelijk kwam het er voor de vrouw op neer, dat zij niet alleen zich geen borg meer mocht stellen of geldleningen mocht aangaan ten behoeve van derden, maar bijv. ook dat zij zich niet meer als hoofdelijk schuldenaar mocht medeverbinden, geen zaken ten behoeve van derden in pand mocht geven (vuistpand) of als pand verbinden (bezitloos pand) en geen medewerking mocht verlenen aan passieve novatie.

De gevolgen van het negeren van het in het *Senatusconsultum Velleianum* vervatte verbod waren typisch Romeins. Indien de vrouw in strijd daarmee toch een van de verboden rechtshandelingen had verricht, dan waren deze niet nietig of vernietigbaar, doch geheel rechtsgeldig. Maar zou zij door haar crediteur uit hoofde daarvan in rechte worden aangesproken met een actie — bijv. een *condictio* op grond van een door haar aangegane geldlening — dan kon zij door het opwerpen van een zijdelings

5. Tanerijen, v.d. Strubbe (ed.). 1952: 540-1; vgl. over de hulp 'metter exceptiën Velleianus': 528; en voor het verbod van borgtocht: 565.

6. Tekst van het senaatsbesluit in Ulp. Dig. 16,1,2,1; vgl. hierbij Medicus 1957: 18-23; nadere lit. over het Sc. Velleianum in Kaser I 1971: 667; II 1975: 461-2; Talamanca 1958.

7. Ulp. Dig. 16,1,2,pr.; pas Justinianus zal deze draad verder spinnen in Novelle 134,8.

verweer, waarbij zij zich met succes kon beroepen op de bij het senaatsbesluit vastgestelde regeling, zich van iedere aansprakelijkheid bevrijden. Het met succes opwerpen van deze *exceptio senatusconsulti Velleiani* bevrijdde dan wel de vrouw, maar zou ten onrechte een crediteur zijn verhaalsmogelijkheid ontnemen. Dit werd opgelost doordat de praetor, die in Rome belast was met de instructie van civiele processen,⁸ hem tegen de debiteur, indien en voor zover deze als gevolg van de intercessie door de vrouw van zijn verplichtingen was bevrijd – denk bijv. aan passieve novatie – òf de oude tenietgegangene actie verleende (aangeduid als *actio restitutoria*) òf een nieuwe rechtsvordering toekende in de vorm van een *actio utilis* (aangeduid als *actio institoria*). De klassieke juristen hebben op grondslag van deze regeling een fijnmazig netwerk van interpretaties geknoopt, waarbij zij met name derden die te goeder trouw met een vrouw *sui iuris* zaken deden beschermden en een vrouw die bedriegelijk handelde de steun van het senaatsbesluit ontzegden.

4. De regeling van het *Senatusconsultum Velleianum* was opmerkelijk, gezien in het licht van de nog steeds bestaande vrouwenvoogdij. Vrouwen waren handelingsonbekwaam en hadden, indien zij *sui iuris* waren – d.w.z. niet onder het gezag van een vader of echtgenoot stonden – een voogd (*tutor*). Deze diende *auctoritas*, bijstand, te verlenen voor bepaalde typen rechtshandeling. In het kader van de emancipatoire beweging in de tweede helft van de Republiek, had de vrouwenvoogdij aan betekenis sterk ingeboekt. In de eerste eeuwen van onze jaartelling was zij al zodanig inhoudsloos geworden en tot pure vorm verworden,⁹ dat enige sturende kracht van de zijde van de voogd op de handen en wandel van de aan zijn toezicht onderworpen vrouw wel moest ontbreken. En zou men de vrouwenvoogdij onder de gezichtshoek van de bescherming willen zien, dan kan in dit instituut in de eerste eeuw nauwelijks meer als een waarborg tegen vrouwelijke onoordeelkundigheid in vermogensrechtelijke vragen gezien worden.

Dit brengt ons bij de kwestie van de motieven die mogelijkerwijze hebben geleid tot uitvaardiging van het Vellejaanse senaatsbesluit. Een eensluidend antwoord lijkt op grondslag van de schaarse gegevens in de klassieke bronnen niet gegeven te kunnen worden. Het *Senatusconsultum Velleianum* is oorspronkelijk de consequentie van een reactionnaire en anti-emancipatoire beweging tegen het veelvuldig optreden van de vrouw in het publieke leven en tegen de naar traditioneel-Romeinse maatstaven al te geprofileerde rol die zij speelde in het private vermogensrechtelijke verkeer. Daarnaast kan ook de gedachte van een voorkomen van uitholling van het vermogen van de vrouw, dat immers voor haar familie zoveel mogelijk intact diende te blijven, een rol gespeeld hebben. Aldus verstaan is het besluit te beschouwen als een poging om de vrouw terug te dringen in haar Republikeinse ideaalpositie als spil van het huiselijke leven. Minder aantrekkelijk lijkt mij de stelling, dat het initiatief dat tot de Vellejaanse regeling heeft geleid, is ingegeven uit overwegingen van beschermende aard, m.a.w. niet tégen, maar vóór de vrouw bedoeld was. Een der-

8. Over zijn plaats en taak in het burgerlijke proces: Kaser I 1971: 205-8; Spruit 1977: 31-4; 63-72; 107; 121-2.

9. Schulz 1951: 180-190; Kaser I 1971: 367-9; Kaser II 1975: 110; 222; 590-1 (lit).

gelijke rechtstreekse beschermingsgedachte past niet in de tijd en valt buiten het kader van tal van andere uitspraken en maatregelen die vooral ten doel hadden de vrouw 'thuis te houden'. Dit neemt niet weg, dat op den duur — misschien al tegen het einde van de klassieke periode — de gedachte dat bescherming van de vrouw het doel is geweest van de Vellejaanse regeling, veld heeft gewonnen en dat met name in de tijd van Justinianus (527-565) — die in sterke mate het oog heeft gehad op het verlenen van rechtsbescherming aan sociaal en economisch zwakkeren — deze zelfs volledig zegevierde.

In de vernieuwingen die Justinianus in de toepassing van het *Senatusconsultum Velleianum* aanbracht is de beschermingsgedachte dan ook steeds *praeponderant*. Hetzelfde geldt voor de later aangebrachte wijzigingen in het uit de klassieke periode afkomstige juridisch-literaire tekstmateriaal, waarin men geregeld referenties aantreft omtrent de *fragilitas*, de *infirmitas*, de *imbecillitas* — broosheid, zwakheid en onmacht — van de vrouw, die daarin voor een deel door middel van interpolerende werkzaamheden uit later tijd zijn aangebracht. Deze Justiniaanse beschermingsgedachte *praevaleert* ook bij de middeleeuwse en latere juristen die over de gerecipieerde Vellejaanse regeling schrijven en heeft ertoe bijgedragen dat het zicht op de oorspronkelijke motieven achter het *Senatusconsultum Velleianum* zijn ver sluierd.

Welke achtergronden achter dit besluit ook te vermoeden zijn, het verstoorde in ieder geval voor een deel de credietwaardigheid van de vrouw in het maatschappelijk verkeer: niet zozeer in die situaties, waar zij voor zichzelf optrad of zelf een schenking zou willen doen, maar wel daar waar zij zich in enigerlei vorm voor een derde — hetzij haar echtgenoot, hetzij een buitenstaander (*extraneus*) aansprakelijk wilde stellen. Welke crediteur immers was, met het *Senatusconsultum Velleianum* op de achtergrond, nog bereid zich zekerheid te laten stellen door of anderszins transacties ten behoeve van derden aan te gaan met een vrouw, op wie hij in later stadium, ingeval zij in gebreke zou blijven aan haar verplichtingen te voldoen, de kans liep zijn vordering processueel te zien stranden als gevolg van een door die vrouw opgeworpen *exceptio senatusconsulti Velleiani*?

5. De grote juristen uit de klassieke periode hebben zich interpretatief met tal van detailvragen bezig gehouden; enkele vraagpunten zijn bij keizerlijke constituties opgelost. De toepassing van het *Senatusconsultum Velleianum* heeft zich in de praktijk op die basis gestabiliseerd. Langs legislatieve weg hebben zich noch in de klassieke noch in de na-klassieke tijd — dus na ± 235 — belangrijke rechtsvernieuwingen voorgedaan. Werkelijke vernieuwingen heeft pas Justinianus aangebracht via een aantal *constitutiones*, vernieuwingen die sedert de late Middeleeuwen actief zijn gerecipieerd en die een centraal element zijn geworden in de rechtsgeleerde beschouwingen over en de praktische toepassing van het Vellejaanse senaatsbesluit. Zonder op detailvragen en onzekerheden die de Byzantijnse teksten oproepen in te gaan,¹⁰ valt te constateren, dat de Justinianse verordeningen op een viertal punten duidelijk nieuw recht omvatten.

10. Nadere oriëntatie Kaser II 1975: 461-2; Kreller 1956; Medicus 1957: 66-77.

In 530 werd vastgesteld, dat, wanneer de vrouw zich bij herhaling door middel van een intercessiehandeling voor dezelfde verplichting (*pro eadem causa*) garant stelde, de latere intercessie wél geldig was, mits tenminste twee jaren ('*post biennium*') na de eerste intercessie verlopen waren. Herhaalde intercessie '*intra biennale tempus*' bleef nietig (*Cod. IV, 29, 22*). In het klassieke recht vindt men deze kwestie niet behandeld, vermoedelijk omdat de juristen zich — terecht — op het standpunt stelden, dat het juridisch geen steek hield om een niet-toelaatbare rechtshandeling tot een wel-toelaatbare te verklaren, simpelweg door herhaling daarvan na een bepaald tijdsverloop.

Een tweede vernieuwing — die sedert de Middeleeuwen een rol zou blijven spelen bij de formulering van de vereisten voor een geldige renunciatie (zie nr. 12) — was de op straffe van nietigheid gestelde eis van een publieke acte, opgemaakt door een oorkondenschrijver (*tabellio*) en getekend door drie getuigen; deze werd onder meer geëist voor het geval dat de vrouw zou willen erkennen dat zij een tegenprestatie voor haar tussenkomst — die dan niet door het Vellejaanse verbod werd getroffen — heeft ontvangen (*Cod. IV, 29, 23*).

Voorts creëerde Justinianus in 530 de mogelijkheid om bij voorbaat afstand te doen van de door het *Senatusconsultum Velleianum* geboden bescherming, indien een vrouw de voogdij over haar kinderen of kleinkinderen op zich wilde nemen (*Cod. V, 35, 3, pr.*). Andere renunciatiemogelijkheden waren er voor de vrouw nog niet, omdat anders de gedachte van bescherming — geprononceerd aanwezig in het Justiniaanse recht — in haar geval zinledig zou zijn geworden.

De vierde en belangrijkste vernieuwing die aanknoopte aan enkele *prae-Vellejaanse* edicten van de princeps uit de eerste eeuw en die van wereldhistorische betekenis zou worden, dateert uit 556. In het kader van nog andere maatregelen verbood Justinianus het de vrouw expliciet en op straffe van nietigheid van de desbetreffende rechtshandeling om op welke wijze dan ook voor haar echtgenoot te intercederen. Noch door middel van herhaling na verloop van twee jaar noch door het opmaken van een acte was aan dit verbod te tornen (*Nov. 134,8*). Juist omdat deze vorm van intercessie het meest voor de hand lag en het veelvuldigst placht voor te komen, was in deze Novelle een aanzienlijke verscherping van de oude regeling gelegen, een verscherping die een veel intensievere bescherming van de vrouw met zich medebracht dan voorheen, maar tevens een, die beperking van de handelingsbekwaamheid van de vrouw ook een felle kleuring gaf dan voorheen het geval was. Immers waar tot dusver de verboden intercessie geldig was, totdat de vrouw zich bij wege van exceptie met succes op het *Senatusconsultum Velleianum* beriep, was deze thans, indien zij zich ten behoeve van haar echtgenoot had verbonden, *ab initio* en *ipso iure* nietig. Het Justiniaanse verbod zou vanaf de late Middeleeuwen tot in de jongste tijd een centrale rol gaan spelen.

6. Een vrij groot aantal fragmenten uit commentaren van de klassieke juristen, die betrekking hebben op het *Senatusconsultum Velleianum*, werd door de Justiniaanse wetgevende commissie — de *compilatores* — uit hun oorspronkelijk verband gelicht en, tekstueel in meerdere of mindere mate aangepast, in de *Digesten* (533) — in de eerste titel van het zestiende boek — opgenomen. Hetzelfde geschiedde met een aan-

tal keizerlijke verordeningen, waaronder enkele afkomstig van voorgangers van Justinianus; deze vonden in aangepaste vorm een plaats in de Codex (534) in de negenentwintigste titel van het vierde boek. De Novelle uit 556 werd opgenomen in de verschillende verzamelingen, die van de verordeningen van Justinianus en enkele van zijn opvolgers door particulieren tot stand zijn gebracht. Het aldus verspreide, maar toch nog vrij omvangrijke antieke tekstmateriaal voer als bestanddeel van de Justiniaanse wetgeving de Middeleeuwen binnen en participeerde in de lotgevallen die deze, onder de naam en in de gedaante van het Corpus iuris civilis in de Europese geschiedenis deelachtig zou worden.¹¹

Toen tegen het einde van de elfde eeuw in Bologna de studie van het Romeinse recht, zoals daaraan in de Justiniaanse wetgeving gestalte was gegeven, herleefde en de Glossatoren de wetenschappelijke grondslagen legden voor een voortgezette bestudering en praktische toepassing ervan, kreeg natuurlijk ook het aan het Senatusconsultum Velleianum gewijde tekstmateriaal alle aandacht in hun glossenapparaat. Aldus 'voorbewerkt' door de Glossatoren en vervolgens verankerd in de *Glossa Ordinaria* van Accursius († 1263) is het ook door latere scholen van juristen – o.a. de Ultramontani, in de dertiende eeuw werkzaam in Orléans, en de Commentatoren of Postglossatoren die vanaf de veertiende eeuw via hun allesoverschaduwende representant Bartolus da Saxoferrato vanuit Italië grote invloed uitoefenden – van commentaar voorzien en geleidelijk, zij het ook met plaatselijke verschillen, de rechtspraktijk binnengeslopen. Object van rechtsgeleerde beschouwing is het ook bij vele juristen in de Nederlanden geweest.

Zojuist spraken wij over de gedaante van het Corpus iuris civilis. De metamorfosen die de middeleeuwse juristen de structuur van de Justiniaanse wetgeving in hun handschriften – en latere uitgaven – deden ondergaan, misten hun uitwerking in het bijzonder niet ten aanzien van de constitutie uit 556, regelende het verbod van intercessie voor de echtgenoot (Nov. 134,8). Zoals gezegd, werd dit in de particuliere Novellencollecties opgenomen. Nu werd in de Middeleeuwen geen aandacht geschonken aan de oorspronkelijke Griekse redactie, waarin de meerderheid van de Novellen was gepubliceerd. 'Graeca non leguntur',¹² Grieks placht men niet te lezen; men behielp zich met een slechte Latijnse vertaling die sedert ± 1100 verbreiding vond en die sedertdien onder de naam Authenticum bekend staat. De Glossatoren plachten uit overwegingen van overzichtelijkheid die Novellen die verandering hadden gebracht in het keizerlijke recht in de vorm van een uittreksel van de Authenticumredactie in te voegen in de eerste negen boeken van de Codex, in de titel, waar zij wat betreft hun inhoud pasten. De meeste van deze excerpten zijn van Irnerius afkomstig. Aldus is ook de Nov. 134, 8 als "aut(h)entica"¹³ geïnsereerd in de titel Ad Senatusconsultum Velleianum (Cod. IV,29) achter de 22ste constitutie. Naar Mid-

11. Over de wetgeving van Justinianus en zijn latere lotgevallen bestaat een zee van literatuur. Voor de tijd van Justinianus zie Spruit 1977: 247-279; voor de Europese geschiedenis zie Coing 1973: passim; Feenstra 1974; Bergh, v.d. 1980; Monté ver Loren, de en Spruit 1982: 228-248 (met lit.).

12. Glosse 'His Verbis' ad Inst. 3,23,2 (bij het citaat uit Homerus): His verbis, scilicet Graecis, quae legi non possunt. Zie Troje 1971: 292.

13. Over deze authenticae: Coing 1973: 161; Feenstra 1974: 109; 129-130; 136.

deleeuws gebruik geciteerd naar haar beginwoorden, heeft zij als de Authentica 'Si qua mulier' eeuwenlang een vooraanstaande rol gespeeld in de beperking van de handlingsbekwaamheid van de vrouw in het rechtsleven van de late Middeleeuwen en de Nieuwere Tijd. In zijn Middeleeuwse gedaante ziet de tekst er als volgt uit:

Si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro, aut scribat, et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, iubemus, hoc nullatenus valeri, sive semel sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, sed ita esse, ac si neque factum quidquam, neque scriptum esset. nisi manifeste probetur, quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sint,

Wij gelasten, dat in geval een vrouw voor een schuldbekentenis met haar man accoord gaat of deze ondertekent en zij haar eigen vermogen of zichzelf aansprakelijk maakt, dit generlei rechtskracht heeft, of eenmaal dan wel vele malen iets van deze aard met betrekking tot eenzelfde rechtshandeling plaats vindt en daargelaten of het om een private dan wel een publieke schuld gaat, maar dat het ervoor gehouden wordt als ware niets geschied of geschreven; of het moest zijn, dat evident vast komt te staan, dat de gelden ten eigen bate van de vrouw zelf zijn aangewend.

7. Met de opleving van de studie van het Romeinse recht omstreeks 1100 in Bologna en het geleidelijk doordringen van romeinsrechtelijke instellingen in de theorie en de praxis van het laat-middeleeuwse recht, ontstonden er contratendenzen die zich verzetten tegen de toenemende romanisering van het rechtsleven en met name tegen die regels en instituten die men liever niet de praktijk zag binnendringen. Deze tegenkrachten manifesteren zich o.m. in een uitgebreid wetenschappelijk opgebouwd stelsel van renunciatieclausules,¹⁴ afstandsverklaringen opgenomen in de acten van rechtshandelingen. Daarbij wordt verklaard, dat partijen — of een der partijen — van een bepaalde bevoegdheid — meestal, doch niet uitsluitend, gaat het om rechten en excepties van Romeinsrechtelijke origine — af zullen zien, een bevoegdheid waarvan de declarant(en) zonder opneming van de desbetreffende renunciatieclausule wél gebruik had(den) kunnen maken.' Deze afstandsverklaringen komt men op uiteenlopende terreinen van het recht tegen. De veelvuldigheid waarmee zij opgenomen zijn in oude oorkonden wijst op een degelijke verankering in de praktijk van die romeinsrechtelijke instituten, die zij beogen buiten spel te zetten. De notarissen ontwikkelden deze renunciatieclausules, deels in generale, deels in speciale formuleringen, daarmede reagerend op die romeinsrechtelijke instellingen die hen in hun absoluutheid niet welgevallig waren.

Illustratief is een Utrechtse oorkonde uit 1458, waarbij echtelieden, naar aanleiding van de overdracht van bepaalde tienden aan de O.L. Vrouwe Kerk in Brugge, beiden 'renunciaverunt . . . omnis iuris auxilio canonici et civilis' en de vrouw bovendien 'specialiter et expresse' afstand doet ' . . . omni auxilio et beneficio pro mulieribus introducto'. Het gaat hier om een zeer algemeen renunciatie, die, gezien de rechtshandeling waarom het ging — overdracht van tienden; geen intercessie in eigenlijke

14. Fundamenteel Meynial 1900; 1901; 1902; 1904; Gilissen 1950.

zin door de vrouw — vooral als een clause de style mag worden beschouwd.¹⁵ Toch illustreert de oorkonde de vigerende praktijk: man en vrouw zien af van alle mogelijke processuele voordelen, die zij op grond van het Romeinse en Canonieke recht zouden kunnen hebben. Dat onder het 'beneficium pro mulieribus introductum' daarbij in het bijzonder ook aan het *Senatusconsultum Velleianum* gedacht kan worden, ligt voor de hand. Men ziet: hoezeer ook wetenschap en praktijk in de greep van het herlevende Romeinse recht geraakten, op lang niet alle terreinen zegevierde de autoriteit van het *Corpus iuris civilis*: juist in de renunciatieclausules kan een werkzame tegenkracht gezien worden, ook al werd — o ironie — geleidelijk de systematiek en algemene theorie achter deze clausules in aanzienlijke mate weer uit romeinsrechtelijke elementen opgebouwd.

8. Tot de meest veelvuldig voorkomende speciale renunciatieclausules behoorde die, betrekking hebbende op het Vellejaanse senaatsbesluit. In de Nederlanden komt men deze al tegen in redacties als '... renuncians ... et specialiter beneficio Velleiani ...'.¹⁶ In zo 'n geval verklaart de vrouw, die bij wijze van intercessie bijv. voor haar man of een ander borg staat dan wel een zaak in pand geeft, af te zien van het haar bij het senaatsbesluit toegekende privilege, dat het haar — precies als een millennium eerder — mogelijk zou maken om zich met succes exceptief te verweren tegen een uit hoofde van haar zekerheidsstelling tegen haar ingestelde rechtsvordering. Dit betekende dus, dat de vrouw die bij acte afstand van het *beneficium Senatus-consulti Velleiani* gedaan had, zich niet meer door het opwerpen van een exceptief verweer tegen de actie van de crediteur kon verzetten en zich aan haar aansprakelijkheid kon onttrekken. Door opneming van een dergelijke renunciatieclausule herstelde zij haar credietwaardigheid. In de Nederlanden komt men de Vellejaanse renunciatieclausule al in de dertiende eeuw tegen; de wetenschappelijke verwerking van het *Senatusconsultum Velleianum* en de theorie achter de renunciatieclausules dateren uit iets later tijd en nemen in de Nederlanden pas in de zestiende en volgende eeuwen op grondslag van het oeuvre van de Glossatoren en, meer nog, van de Ultramontani en van Bartolus hun opvlucht.

9. De Accursische Glosse acht renunciatie van het *Senatusconsultum Velleianum* — waarin door Justianianus slechts in de specifieke situatie van Cod. V,35,3 was voorzien — in het algemeen mogelijk; een onderscheid tussen de verboden intercessie ten behoeve van de echtgenoot en die voor een buitenstaander wordt nog niet gemaakt. De motivering is gelegen in de gedachte, dat wat 'in favorem mulieris', d.w.z. ten gunste en ter bescherming van de vrouw, in het leven is geroepen, ook vrijwillig door haar prijsgegeven kan worden. Wel dient zij wetenschap te hebben van de haar toekomende rechten uit het Vellejaanse senaatsbesluit — 'certiorata de beneficio sibi competenti' te zijn — m.a.w. haar afstandsverklaring dient welbewust te geschieden. Maar, zo zegt de glossator, mag niet uit het feit van de renunciatie zelve een vermoeden van certioratio afgeleid worden: 'si renuntiat, numquid semper

15. Anders Hermesdorf 1964: 413-4, die meent dat de vrouw feitelijk afstand doet van het *Sc. Velleianum*.

16. d'Hoop 1870: 114 (nr. 102).

presumitur certiorata? Ook de Glosse op de Authentica 'Si qua mulier' laat de mogelijkheid van renunciatie — die hier nog beschouwd wordt als een afstand doen van het beneficium senatusconsulti Velleiani — open.¹⁷ Azo (†± 1230) verklaart de renunciatie eveneens geldig, als de vrouw maar certiorata is¹⁸ door haar wederpartij of van elders ingelicht wordt: 'est enim suo favore inducta hec exceptio', de exceptio senatusconsulti Velleiani is immers ten faveure van de vrouw ingevoerd en van een gunst kan men altijd afzien.¹⁹ Azo en anderen maken overigens wél al onderscheid tussen de renunciatie ten behoeve van een buitenstaander en die ten behoeve van de echtgenoot. In het laatste geval moet renunciatie van de Auth. 'si qua mulier' 'pro nihilo', voor nietig worden gehouden, in overeenstemming dus met de sanctie, die Justinianus in Nov. 134,8 had opgenomen.²⁰ Geheel in de antieke traditie baseren de glossatoren zich op de 'fragilitas' en de lichtgelovigheid van de vrouw; in een andere context kan men een veel negatievere benadering van de vrouw terugvinden, bijv. in een passage waar Azo zegt dat vrouwen maar zelden tot het doen van schenkingen plegen over te gaan: 'avarissimum enim genus est mulierum'.²¹

10. De juristen uit de School van Orléans, die in de tweede helft van de dertiende eeuw het toppunt van zijn bloei bereikt, nemen als gebruikelijk een kritische houding aan tegenover de Glosse en redeneren langs scherpere juridische lijnen. De belangrijkste hoogleraren aan deze ultramontane rechtsschool — sedert 1306 Universiteit — van Orléans zijn Jacques de Révigny (1210–1296) en Pierre de Belleperche († 1308). Ook zij hebben zich met de renunciatiemogelijkheden voor de vrouw bezig gehouden. Jacques de Révigny gaat verder dan wie ook van zijn voorgangers of tijdgenoten, als hij schrijft dat renunciatie in principe niet mogelijk is: dezelfde twijfelachtige motieven die een vrouw tot het geven van borgtocht voor een derde kunnen bewegen, kunnen haar ook tot renunciatie brengen.²² Deze op zichzelf glasheldere redenering, ingegeven door de gedachte van verregaande bescherming, zoals hij deze uit de constituties van Justinianus opmaakte, bleef echter theorie.

17. Glosse 'si mulier' ad Dig. 16,1,32,4; vgl. glosse 'nullatenus' ad Auth. 'si qua mulier'. De samenvatting van de inhoud en ontwikkeling van het Sc Velleianum in de — vermoedelijk ten onrechte aan Irnerius toegeschreven — Summa Trecensis biedt geen nieuwe gezichtspunten; Fitting 1894; 104–105. Voor de twist tussen Martinus en Bulgarus over de strekking van Cod. IV, 29,23,2: Girard en Senn 1929: 839 nt 3; Tourtoulon, de 1913; Haenel 1834: 61; 115; 204; 421; Meynial 1900/1901/1903/1904; Gide 1885: 395 e.v.

18. De eis van certioratio vindt men in alle juridische en notariële literatuur in de Nederlanden terug. De vrouw dient, wil haar afstandsverklaring geldig zijn 'wel onderregt' te zijn, zie bijv. Huber 1726: 479 (III,27,18); 481 (III,27,23–24).

19. Azo, Summa 1578: Lib. IV, Ad Sc. Velleianum. Dezelfde gedachte ook bij Odofredus, Lectura 1442 Ad Sc. Velleianum XVI, 1,32,4. Ook bij verschillende juristen uit de Nederlanden vindt men deze gedachte terug, o.a. bij Merula 1741: 55 (I,4,3,34); Voet I, 1723: 720 (sub 9).

20. Azo, Lectura 1577, ad IV,29,22 (sub 3°); vgl. Haenel 1834: 421.

21. Azo, Lectura 1577, ad IV,19,1 (sub 2°); De avaritia van de vrouw wordt in zijn voetspoor ook genoemd door Vinnius 1736: 299 (I,48).

22. Ravanis, Lectura 1519, Ad Sc. Velleianum, rubrica (fol. CLXXXVIII); vgl. Cynus 1578, ad IV,29,25 sub 4. Renunciatie is pas geldig, als deze na verloop van tijd (ex intervallo, Cod. IV,29,22) gedaan is. Uit Cynus, 1578 ad I,3,51 sub 5 blijkt dat de Révigny inderdaad in beginsel de mogelijkheid van renunciatie afwees, anders dan 'totus mundus', die meende dat het wel kon.

Cynus († 1336) bevestigt dat renunciatie algemeen aanvaard was in de veertiende eeuw; bij hem vindt men een verwijzing, dat de ‘moderni’ — Azo, Odofredus, Pierre de Belleperche — een onderscheid maakten: vindt intercessie plaats ten behoeve van haar echtgenoot, dan wordt deze met een beroep op de Auth. ‘si qua mulier’ nietig geacht; ook een renunciatie wordt in dit geval nietig geacht: van een ipso iure nietige rechtshandeling kan men immers geen afstand doen! Renunciatie ten behoeve van een extraneus werd geldig geacht.²³ Met deze onderscheiding worden in Orléans de grondslagen gelegd voor een verdere theorievorming rondom het Senatusconsultum Velleianum. Vindt men in de hierboven geciteerde vroege Nederlandse rechtsgeleerde literatuur nog geen duidelijk onderscheid tussen renunciatie van het Senatusconsultum Velleianum ten behoeve van extranei en de afstandsverklaring van de Auth. ‘si qua mulier’, tegen het einde van de Middeleeuwen is — mede onder invloed van Bartolus — ook in de juridische literatuur in de Nederlanden de splitsing voltooid: renunciatie van het Senatusconsultum Velleianum impliceert níet renunciatie van de Auth. ‘si qua mulier’.

Het zou te ver voeren alle details die de middeleeuwse juristen bespreken nader uit te werken.²⁴ Ook al bleef de rechtsgeleerde literatuur aanvankelijk afwijzend tegenover renunciatie van de Auth. ‘si qua mulier’ staan, de praktijk liet haar overal toe. De zestiende- en de zeventiende-eeuwse juristen hebben er geen enkele moeite mee, ook al blijven zij veel zwaardere eisen stellen aan afstandsverklaringen ten behoeve van de echtgenoot dan aan die ten gunste van een extraneus. Een aantal voorwaarden, al geformuleerd en dogmatisch bewerkt door de glossatoren en de ultramone juristen van Orléans, zijn dan al een vast bestanddeel geworden van de theoretische beschouwingen over het Vellejaanse senaatsbesluit, zij het ook dat bij iedere jurist op detailvraagpunten weer andere nuances gevonden kunnen worden. Ook de praktijk is intensief bezig geweest met de renunciatieclausules, naar tijd en plaats in uiteenlopende richting. Dit leidt in de zestiende en zeventiende eeuw hier en daar spaarzaam tot locale wetgeving, ook al wordt definitief voor heel Nederland pas in 1809 met de praktische gelding van het Senatusconsultum Velleianum afgerekend.

11. Ten einde nader kennis te maken met enkele aspecten van de opvattingen in de wetenschap, kan men het beste te rade gaan bij rechtsgeleerde schrijvers uit de zestiende en zeventiende eeuw. Hoewel zij schrijven in het na-middeleeuwse tijdperk, geven zij toch in wezen de sedert de late Middeleeuwen gereciperde leer weer, hoezeer ook in vele detailkwesties ‘dissenting opinions’ nawijsbaar zijn. In tal van gezaghebbende rechtsgeleerde werken uit de zestiende en zeventiende eeuw vindt het ‘Raets-besluit van burgemeester Velleius’ — zoals Huber het aanduidt²⁵ — uitgebreide behandeling; so bijv. door Nicolaas Everaerts III (1537–1586) in zijn *Consilia*, postuum verschenen in 1603, door Joh. Voet (1647–1713) in zijn in de overgangsjaren van de zeventiende naar de achttiende eeuw verschenen omvangrijke *Commentarius ad*

23. Cynus 1578, ad IV,29,25 sub 4.

24. Zie daartoe de lit. in nt. 17; voor het Sc Velleianum in het bijzonder Meynial 1901.

25. Huber 1726: 477 (III,27,4) ‘burgemeester’ — in de middelnederlandse betekenis, zie hierover de Monté ver Loren-Spruit 1982; 168 — is de gebruikelijke vertaling van ‘consul’.

Pandectas, door Ulrik Huber (1636–1694) in zijn *Praelectiones iuris romani* en in zijn magnum opus, de *Heedendaagse Rechts-Geleertheyd*, beide verschenen in de jaren tachtig van de zeventiende eeuw. Ook Simon van Leeuwen (1626–1682) in zijn *Rooms-Hollands recht* (editio princeps 1652), Hugo de Groot (1583–1645) in zijn *Inleiding tot de Hollandsche rechts-geleertheyd* (1631), Arnold Vinnius (1588–1657) in zijn *Selectae quaestiones libri II* (1653) geven het Vellejaanse senaatsbesluit in ruime mate aandacht. Behalve in deze specifiek juridische werken wordt ook in de notariële literatuur ruimschoots aandacht besteed aan het Vellejaanse senaatsbesluit, hetzij in de vorm van soms betrekkelijk omstandig op de praktijk gerichte verhandelingen, hetzij in die van op renunciatie ervan gerichte modellen voor de rechtspraktijk.

Een eis die men bij alle auteurs vindt is die van de certioratio, zoals deze al in de Glosse was geformuleerd. In het algemeen bestaat de neiging om, wanneer in de oorkonde wordt vermeld dat de vrouw wetenschap had van hetgeen waarvan zij afstand deed, ook van het vermoeden uit te gaan dat zij metterdaad wist van welke bevoegdheden zij afstand had gedaan. Het ging daarbij om een weerlegbaar rechtsvermoeden (*praesumptio iuris tantum*). Zou de vrouw dus kunnen aantonen, dat zij onbekend was met de inhoud van de renunciatie, dan was deze ongeldig.

In het voetspoor van met name de Commentatoren heeft Andreas Gail (1526–1587) deze vraag in zijn – overigens op de praktijk van het Reichskammergericht georiënteerde – *Observationes* (1578) in den brede behandeld. Mede door de vertaling die Adriaan van Nispen (1633–1694) van dit invloedrijke en gezaghebbende werk heeft gemaakt, heeft hij ook in onze gewesten zijn spoor nagelaten. Als – zo zegt hij – in de contracten van de ‘Boeren en Vrouwen door de Notarissen de Clausulen werden by-gevoegt, dewelke de voorsz. Boeren en Vrouwen waarschijnlijk niet en verstaan . . . soo sal soodanigen Renunciatie geen prejudicie by-brengen voor de Renunciërenden omdat deselve de kracht van soodanige woorden niet verstaat’. De kwestie is niet zonder belang. Vele minder goed onderlegde notarissen namen maar al te vaak generale en speciale renunciatieclausules op uit de macht der gewoonte, dus als clause de style, zonder dat zij zich rekenschap gaven van de strekking ervan, laat staan dat zij hun cliënten op de hoogte stelden van de betekenis van hetgeen zij dezen lieten ondertekenen. Vandaar dat de meeste juristen het standpunt innemen dat, tijdens een proces waarin de geldigheid van een renunciatieclausule omstreden was, de vrouw aan de tand gevoeld diende te worden of zij ook werkelijk bij het tekenen van de acte kennis had van haar rechtspositie. Zou blijken dat zij, ondanks de stereotype vermelding in de acte dat de vrouw op de hoogte is gesteld van de draagwijdte van haar afstandsverklaring, niet op de hoogte geweest kon zijn, dan was de renunciatie nietig. Dit zou bijv. het geval kunnen zijn, als de notaris – wat nogal eens voorkwam – de renunciatie ‘ligtveerdiglijk, en met weynig kennisse der Saken en . . . door de gewoonte’ had opgenomen in de acte.²⁶ Zo ‘n geval deed zich in de vijftiende eeuw voor in Toulouse: een notaris had in de acte de melding opgenomen dat hij de vrouw had onderricht over haar door het Senatusconsultum Velleianum beschermde rechtspositie, voor het geval de renunciatieclausule niet zou worden opgenomen. Toen zij

26. v. Nispen-Gaill 1656: 505-6; over Andreas Gail: Stintzing I:495-502.

in rechte werd aangesproken, kwam vast te staan dat de vrouw geen enkele voorstelling had van haar rechtspositie onder de werking van het Vellejaanse senaatsbesluit. De rechter ondervroeg vervolgens de notaris over de aard en strekking van de afstandsverklaring. Vast kwam te staan dat de man al evenmin enige notie had van wat deze inhield.²⁷ Het ging hier dus om een evident geval van een renunciatieclausule, die tot clause de style was gedevalueerd. Op deze notaris was wel in het bijzonder de oude kwinkslag 'stultitia notariorum, panis advocatorum' van toepassing. Commentatoren als Albericus de Rosate (± 1290–1360) stellen zich op het standpunt dat in zo'n geval de renunciatie nietig is, anders dan bijv. Rafaël Fulgosius (1367–1427) die nog een uitweg biedt: de notaris kon toch 'tempore quo interrogatur in iure' vergeten zijn wat hij 'tempore contractus' nog geweten had, 'quia memoria hominis labilis est'.²⁸

Sommige juristen in de Nederlanden leggen omzichtig ook enige skepsis aan de dag omtrent de kennis en inventiviteit van de notarissen. In een geval als het onderhavige volgen zij Albericus de Rosate, immers aan de eis van het voldoende onderrecht zijn werd onverminderd vastgehouden. In een anoniem boekje uit het midden van de achttiende eeuw, waarin de *Konst der notarien, volgens de praktycq in de provincie van Frieslandt* aan de hand van korte praktijkregels en modelformulieren wordt beschreven, staan een aantal voorbeelden van renunciatieclausules opgenomen.²⁹ In alle wordt het feit van de 'genoegzame certioratie' vermeld. Illustratief is bijv. het formulier behelzende het model van een simpele renunciatie, te tekenen door een vrouw, die voor een extraneus borg staat:

Renunciëren wy borgen, debeneficiën van divisie, en discussie, mitsgaders ik B. Specialyk myn Vrouwelyke prigilegie *ex Senat. Coniult. Vell.*, na dat ik daar van, door de mede getuige de ondergeschreven Notaris, in praesentie van de twee vordere getuigen, genoegzaam ben onderrigt, *als de Vrouwen, die hen voor andere verbinden, bevrydende*, belovende my daar mede niet te zullen behelpen.

12. Een tweede voorwaarde, thans van externe aard, voor geldigheid van de renunciatie betrof de vorm, waarin deze geschiedde. De door de juristen van de School van Orléans ontwikkelde onderscheiding tussen een afstandsverklaring ten behoeve van de echtgenoot en die ten gunste van extranei — waartoe dus ook familieleden als broers, zusters, ouders konden behoren — vinden wij als een aanvaard leerstuk terug in de Oud-Nederlandse rechtsgeleerde literatuur.

Om met de renunciatie voor een vreemde te beginnen, de meest gangbare praktijk was hier het doen opmaken van een publiek instrument, d.w.z. een acte verleden voor een notaris onder getuigen. De hierboven afgedrukte modelclausule illustreert hoe de notaris zelf ook als getuige wordt beschouwd en er dus in feite maar twee personen

27. Doctrinale florum artis notarii fol. XVIII, ontleend aan Meynial 1901: 667-8; vgl. Meynial 1900: 109 nt 2.

28. Caepolla 1665: Cautela CXCv, zie Meynial 1901: 668 nt 1.

29. Konst 1753: 232-240; vgl. Kos 1686: 34-5; vgl. de praktische beschouwingen van Lybreghts 1780: 280-1.

— in overeenstemming met het Bijbelwoord³⁰ — metterdaad ook solemneel als getuigen optreden. Daarnaast is het mogelijk om de renunciatie vast te leggen in een privaatsinstrument, waarvoor óf drie getuigen óf de bevestiging onder ede wordt verlangd.³¹ De eis van drie getuigen vindt men meestal onderbouwd met een beroep op Cod. IV,29,23. Wat in deze verordening door Justinianus werd geëist voor een geldige intercessie door de vrouw, werd derhalve door de middeleeuwse en latere juristen per analogiam verlangd voor een rechtsgeldige renunciatie van het Vellejaanse senaatsbesluit. Schending van de vormvereisten bracht nietigheid van de renunciatie met zich mede, zoals een uitspraak van het Hof van Friesland uit 1605 illustreert. Het betrof een geval waarin door een — alweer niet al te goed onderlegde — notaris een acte was opgemaakt, waarin een vrouw onder renunciatie van het 'Senatusconsultum en alle andere gerechtigheden' zich borg gesteld had voor een ander. De notaris had echter geen getuigen erbij gehaald. De renunciatie 'obsteerde noch moveerde niets', nu de acte zowel als publiek alsook als privaatsinstrument nietig was.³²

Dit ware anders geweest, als de vrouw een eed had afgelegd. De vrouw kan onder ede 'versaken', ook in een private acte zonder getuigen, als dit geschiedde 'onder corporelen ede'. Deze mogelijkheid was al door vele canonisten en door Bartolus verdedigd. De eed was werkzaam, afgezien van de vraag of de partij die haar aflegde ook welomlijnde kennis had van de strekking van die eed en de daaraan verbonden rechtsgevolgen. De gedachte was: *juramentum supplet omnes defectus*, de eed brengt heling voor alle gebreken. Dat uitgangspunt wordt door het Hof van Friesland overgenomen in een geval, waarin een vrouw onder ede in een private acte afstand deed van het *Senatusconsultum Velleianum*. Zich beroepend op Bartolus oordeelde het Hof de afstandsverklaring geldig 'om den religie van het Eed-sweeren, 't welck gelijk het alle andere defecten vervult alsoo vervult ende suppleert het alhier oock den solemniteyt van het publiccq Instrument, die daer vereyscht wordt tot den Borghtochte van een Vrouw'.³³ Niet alle juristen volgen Bartolus zo kritiekloos. Reeds Jacques de Révigny en Cynus wezen de eed als vervangend heelmiddel voor bijv. het *defectum certiorationis* af. En ten onzent is het een jurist als Huber,³⁴ die de eed niet zo veel kracht toewijst dat bijv. een vrouw die door bedrog tot renunciatie onder ede is overgegaan door een 'band van iniquiteyt' verbonden wordt. De vrouw diende de eed 'corporaliter' af te leggen, d.w.z. zij diende de solemnele woorden 'Zo waarlyk help my God Almagtig' metterdaad uit te spreken, welke woorden ook in de acte opgenomen dienden te worden.³⁵ Dat het getuigenvereiste verbleekte bij vervanging door de eedsaflegging is niet zo verbazingwekkend, wanneer men bedenkt, welk een zwaarwegende plaats deze in de kerkelijke en wereldlijke rechtsorde van de Mid-

30. Matt. XVIII, 15; Corinth. II,13,1.

31. Huber 1726: 479-480 (III, 27, 18;20) Huber 1689: 935-937 (XVI,1,15;16;18); Konst 1753: 66; Vin-nius 1736: 300 (I,48); Lybreghts 1780: 276-7; van der Keessel IV 1956: 82-85; van der Keessel 1860: 138-139.

32. Sande 1670: 258-259 (III,11,2); vgl. Lybreghts 1780: 276-7.

33. Sande 1670:261-2 (III,11,5).

34. Huber 1726: 480 (III,27,20); vgl. Nispen, v.-Gail 1656: 507.

35. Konst 1753: 233-4; Munniks II, 1776:6.

deleeeuwen heeft ingenomen. Het Canonieke recht besteedt er alle aandacht aan,³⁶ ook in wereldlijke rechtsbronnen wordt aan de vereisten rondom de eedsaflegging, en de rechtsgevolgen van het afleggen van een 'kwade eed' uitgebreid aandacht besteed. Hoe zwaar het afleggen van de eed woog, treedt ook naar voren uit de door alle juristen als *communis opinio* weergegeven opvatting, dat een afstandsverklaring ten gunste van de echtgenoot alléén maar door de vrouw onder ede afgelegd kon worden.

Sedert de Ultramontani hiertoe de grondslagen hadden gelegd, zijn de juristen het er alom in Europa over eens dat het renunciëren van het *beneficium Senatusconsulti Velleiani* niet met zich mede brengt een afstand doen van de Auth. 'si qua mulier'. Hugo de Groot onderscheidt dan ook zonder enige nadere motivering, als neerslag van de vigerende opvattingen van zijn tijd, het door de vrouw 'uitdrukkelijk ende wel onderrecht zijnde afstand doen van het Velleiaensche raedtsbesluit' en het feit dat het 'door byzondere wetten den gehoude vrouwen verboden [is] borge te werden voor geld-leeninge die aen haer mans geschied, uitgenomen voor zoo veel de schuld zoude moghen bevonden werden te strecken tot haren bate, welck voordeel den vrouwen blijft ongekrenckt, al hadden sy schoon afstand ghedaen van het Velleiaensche raedtsbesluit, ten waer dat sy van dit zonderlinghe voordeel afstand deden'.³⁷ Men ontmoet hier precies de gedachte van de 'bijzondere wet' – bedoeld is Novelle 134,8 in zijn middeleeuwse *Authenticagedaante* – dat, tenzij het geld de vrouw ten goede is gekomen,³⁸ de verboden intercessie voor de man door nietigheid wordt getroffen, óók als de vrouw in het algemeen gerenuncieerd heeft van het Vellejaanse senaatsbesluit; alleen wanneer zij ook van de Auth. 'si qua mulier' expliciet afstand heeft gedaan, kan zij zich niet meer met succes daarop beroepen. Simon van Leeuwen en anderen uiten zich in dezelfde geest.³⁹

Deze intercessie van een vrouw voor haar echtgenoot diende aan strakkere voorwaarden gebonden te zijn 'om de groote lichtigheyt die een man heeft om sijn vrouwe daer toe te brengen; ende de Wet heeft voor de broosheyt en lichtgeloovigheyt der vrouwen in dezen gezorgt'.⁴⁰ De praktijk, gesteund door vrijwel alle gezaghebbende juristen, eiste voor afstand van een mogelijk beroep op nietigheid uit hoofde van de Auth. 'si qua mulier' naast de 'gewone' rechtshandeling van de publieke of private acte met getuigen nog een bevestiging onder ede. Alleen onder het afleggen van de corporele eed, dus door het *uitspreken* van het eedsformulier 'Zo waarlyk help my God Almagtig' was een verklaring van afstand van de Auth. 'si qua mulier' geldig.

36. *Decretum Gratiani* C. 22, q.1 ev. vgl. Extra 2,24.

37. Groot, de. 1952: 210 (III,3,18-19).

38. *Casus bij v. Bynkershoek*, v.I, 1926: 516 (nr.950).

39. Leeuwen, v. 1678: 316-7 (IV,4,2); Voet I, 1723: 721 (sub 10); Huber 1689: 937-8 (XVI, I, 18-20); Huber 1726: 481 (III,17,22); Schorer-Austen 1786:432; Keessel, v.d. IV, 1966: 82-87; Keessel 1860: 138-9 (nr.496); Munniks II, 1776:5; Aller, v. 1655: 181; Kos 1686: 32-33; Lybreghts II, 1780: 278; vgl. idem *Corpus* 1725:97 (§ 21). Geen gebondenheid voor de vrouw in v. Bynkershoek, v. I, 1926: 131 (nr.267); wèl in II, 1934: 685 (nr.1987). Over de toepassing van het Sc. Velleianum in de 16e eeuw in de Savoie zie Chevailler 1952: 283-9.

40. Huber 1726: 481 (III, 27,21); Munniks II, 1776:3 spreekt over het aangaan van verbintenissen door de vrouwen 'in teedere aandoening'.

Het was derhalve niet voldoende om bijv. het eedsformulier op te nemen in de acte, het de vrouw voor te lezen en haar dit vervolgens te laten onderteken.⁴¹ Illustratief is een uitspraak van het Hof van Friesland, door Johan van den Sande als volgt weergegeven:

Het Beneficie van *SCtum Velleianum* ende *Authentica Si qua mulier*, zijn gantsch verscheydene Remedien. Bye het *SCtum Velleianum* is een Vrouw die voor een ander Borge wort na de rechten niet *ipso jure* vry, maer alleen door middel van Exceptie. Maer so sy voor haer Man Borghe is, so is nae de Rechten selfs gheen Actie op haer gheschapen. Hoewel sy dat Recht gherenuntieert heeft, ten ware de renunciatie beedicht was, want die is nae het Canonische Recht bestandich om des Ziels perijckel te myden, ghelijck inde naeste Definitie ghesecht is. Hierdoor is ghevraeght, ofte een Vrouw die haer Mans schuldte ofte Obligatie door novatie ofte vernieuwinghe van dien op haer genomen heeft ende onder Eede het *SCtum Velleianum* afghestanden heeft, sonder eenighe mentie ghemaect te zijn vande voorsz. *Authentica, Si qua mulier*, niet teghenstaende den gheedichden renunciatie, haer nochtans behelpen can met t'Beneficie van den voorgheroerden *Authentica*? t'welck by den Hove voor goetd ghekent ende also verstanden is. Om dat het *Senatus-Consultum* onderscheyden zy van desen *Authentica*, den welcke niet gherenuntieert was. Siet hier van *Johannem Baquetum*. Doch so de Vrouw onder Eede alle behulp van Wetten gherenuntieert hadde, ende gheedicht voor den Man Borghe ware gheworden, dan verstaen vele, dat sy te rechte ende met cracht verbonden wort, ghelijck sulcx te sien ende te bevinden is by *Antonium Tesseractum* ende *Alexandrum Trentacinq* ende dat door cracht van den Eed, welcken daer niet tusschen comende, can dusdanighe generale renunciatie den Vrouw in dit Beneficie niet praejudicieren, ghelijck *Grevellus* daer van breeder verhaelt.⁴²

De vraag die wordt gesteld is: kan een vrouw die door novatie een schuld van haar man op zich genomen heeft en die onder ede afstand gedaan heeft van het *Senatusconsultum Velleianum* zich nog wel beroepen op het privilege van de Auth. 'si qua mulier'. Het oordeel van het Hof luidt bevestigend. In de eerste plaats gaat het om verschillende zaken bij het *Senatusconsultum Velleianum*, waar de vrouw zich bij wijze van exceptief verweer op dient te beroepen en de Auth. 'si qua mulier', waar overtreding van het verbod *ipso iure* tot nietigheid leidt. Renunciatie van het ene voorrecht impliceert niet een afstand doen van het andere. Nu de vrouw onder ede niet afstand deed van een beroep op *alle* haar ten dienste staande wettelijke voorrechten, doch alléén van het beneficium *Senatusconsulti Velleiani*, wordt — mede gezien het rechtsbeginsel dat renunciatieclausules *strictissimae interpretationis* zijn — daaronder afstand van de *Authentica* niet begrepen. In een ander casus⁴³ had het Hof uitgemaakt dat voor afstand van de Auth. 'si qua mulier', behalve renunciatie in een publiek instrument en drie getuigen, ook nog de corporele eedsaflegging nodig was. Nu de vrouw geen afstand had gedaan van *alle* voorrechten, had zij ook van de Auth. 'si qua mulier' in het bijzonder afstand moeten doen in de daarvoor vereiste vorm, wilde deze afstandsverklaring ook rechtsgevolg hebben.

41. Huber 1726: 480 (III, 27,19); Konst 1753: 234.

42. Sande 1670: 260-1 (III, 11,4).

43. Sande 1670: 259-260 (III, 11,3).

13. De juristen houden zich voorts ook nog bezig met een aantal andere gevallen, waarin het *Senatusconsultum Velleianum* zijn toepassing verliest. Behalve in het geval van expliciete renunciatie ging het voorrecht voor de vrouw ook verloren in andere situaties, bijv. als zij zich had medeverbonden tot het betalen van losgeld voor iemand die in slavernij was geraakt, als zij zich had medeverbonden voor een huwelijksgift, als zij zich als borg of anderszins had verbonden voor de schuld aan een minderjarige en de hoofdciteur niet in staat was deze te betalen. Lag in deze gevallen de niet-toepasselijkheid van het Vellejaanse senaatsbesluit in de aard van de schuld, in enkele andere was de aansprakelijkheid van de vrouw gelegen in haar persoon. Zo kon het zijn dat zij in geld of goed een tegenprestatie had ontvangen voor haar intercessie; ook als zij bedriegelijk handelt of de citeur om de tuin geleid heeft, kan zij zich niet met succes op het privilege van het senaatsbesluit beroepen. Bovendien was dit beroep uitgesloten als de vrouw 'is een notoire Koopvrouw, ende openbare koop-handel als een Koopvrouw drijft'.⁴⁴ De vrouw die zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnam en die 'voir een coopwif bekent is': die machmen daghen, die machmen bestellen, die machmen aanspreken ende die mach recht nemen ende geheven als hair man, tot sinen wederzegghen, voirt gherecht ende scephendom.⁴⁵ In het geval dat de vrouw – als uitzondering op de grondregel dat zij geen voogdij op zich mag nemen – voogdes over haar kinderen of kleinkinderen wordt, dient zij afstand te doen van een mogelijk beroep op het *Senatusconsultum Velleianum*, omdat zij qualitate qua voor de aan haar zorg toevertrouwde minderjarige in het rechtsverkeer moest kunnen optreden.⁴⁶

Dit zijn een aantal van de meest voorkomende gevallen, waarin het 'Vellejaanse raedts-besluit' niet van toepassing werd geacht door de juristen.⁴⁷ Deze uitzonderingsgevallen, waarin dus de vrouw voor het geheel van haar verplichtingen aangesproken kon worden, konden in de praktijk tal van bewijsrechtelijke discussies oproepen: hééft de vrouw inderdaad een contraprestatie ontvangen, is het geld haar ten goede gekomen, hééft zij bedrog willen plegen, is zij als koopvrouw of voor zichzelf opgetreden?⁴⁸ Ook de gewone renunciatiepraxis maakte tal van vragen los, waarop in de rechtswetenschap niet altijd een eenvormig antwoord werd gegeven. Bovendien traden naar tijd en plaats wijzigingen op, die vertroebelend konden werken op de zekerheden, die een schuldeiser zich nu eenmaal wenst. Hoe onzeker de positie van de schuldeiser overigens was en hoever de beschermingsgedachte

44. Neostadius 1654:59; Kos 1686:33; Aller, v. 1655: 182; Schorer-Austen 1786: 430-2; Keessel, v.d. IV, 1956: 80-1; Keessel, v.d. 1860: 138 (nr. 495); Leeuwen, v. 1678: 31 (I,6,8); Bynkershoek, v. I, 1926: 128 (nr. 262); vgl. Corpus 1725: 97 (§ 22); Hermesdorf 1980: 292-4; Zutphen, v. 1664: 634 (subXV).

45. Matthijsen 1880: 103; Zutphen, v. 1664: 634 (sub XIII).

46. Petrus ad Rolandinus 1546: fol 99 v. Groot, de 1952: 25 (I,7,6); 27 (I,7,11); Huber 1736: 70-71 (I, 16,5-6); Handboek 1792: 34-36; Keessel, v.d. I 1961: 317-319.

47. Zie voor deze en andere uitzonderingsgevallen Huber 1726: 479 (III, 27, 13-17); Voet I, 1723: 721-2 (sub 10-11); Aller, v. 1655: 182; Vinnius 1736: 299 (I,48); Groot, de 1952: 210 (III,3,15-19); Boey II, 1773: 742-3; Keessel, v.d. IV, 1956: 80-2; vgl. Corpus 1725: 97 (§ 22); zie ook de casus bij Everaerts II, 1603: 500-1; Zutphen, v. 1664: 633 (sub VIII).

48. Bynkershoek, v. II: 569-570 (nr. 1835).

praevaleerde, illustreert het volgende geval, waarin een beroep op het Vellejaanse senaatsbesluit zelfs tegen de executie van een vonnis toelaatbaar werd geacht. De zaak diende voor de Raden van Admiraliteit in Zeeland in het begin van de zeventiende eeuw. Ten processe had de procureur van de vrouw – die zich voor een scheepskapitein borg gesteld had, en uit hoofde daarvan door diens crediteur aangesproken was – nagelaten zich op het beneficium *Senatusconsulti Velleiani* te beroepen. De vraag rees: kan zij dit nu alsnog doen in het stadium van de executie van het vonnis. Het advies luidt in bevestigende zin: immers omdat ‘de Wet de borgtochten der vrouwen ganschelijk te niete doet, soo kan sy of haer erfgenaem wederom opeyschen, het geene sy uit krachte van die borgtochte mochte hebben betaelt’.⁴⁹ Omdat de vrouw ten allen tijde op grond van de ‘eewigdurende’ *exceptio Senatusconsulti Velleiani* met de *condictio indebiti* het door haar betaalde bedrag kon opeisen, verzette zich volgens de jurist (S. van Beaumont) niets tegen een beroep op deze exceptie, zij het dan ook verlaat in het stadium van de executie van het reeds bij vonnis vastgestelde bedrag.

14. Het kan dan ook geen verwondering wekken, dat zowel in de Zuidelijke als in de Noordelijke Nederlanden in enkele plaatsen in costumen en stadskeuren een summierere regeling wordt vastgelegd, opdat binnen de desbetreffende rechtskring duidelijk zij of en in hoeverre het *Senatusconsultum Velleianum* gelding heeft. De Raad van Brabant bevestigt medio zeventiende eeuw, dat de uit 1582 daterende costumiere regeling op het stuk van het Vellejaanse raadsbesluit binnen het rechtsgebied van Antwerpen nog steeds geldt: daar bestaat geen mogelijkheid tot het opwerpen van een *exceptio Senatusconsulti Velleiani*: iedere vrouw, ook al heeft zij niet de status van koopvrouw, kan zich borg stellen, ook derhalve als zij niet gerenuncieerd heeft. Wel dient zij bijstand van haar voogd⁵⁰ te hebben en moet aan vormvereisten, zo deze er zijn, voldaan worden. In Brussel wordt in 1606 bepaald, dat een vrouw ook als zij geen koopvrouw is, zich met toestemming van haar man voor deze mag verbinden zonder dat zij vormelijk hoeft te renunciëren van de *exceptio sensatusconsulti Velleiani* of de Auth. ‘*si qua mulier*’. Elders, bijv. in de costume van Gent van 1563 en in de costume van Sluis van 1620 blijft renunciatie aan de vrouw voorbehouden.⁵¹

In de Noordelijke Nederlanden is het beeld vrijwel hetzelfde. In Groningen wordt in 1702 in het kader van een regeling van de borgtocht ook die van de vrouw geregeld. De regeling is niet opmerkelijk, omdat zij precies de algemene leer der juristen volgt: renunciatie is vereist, renunciatie van het Vellejaanse senaatsbesluit impliceert niet die van die Auth. ‘*si qua mulier*’ en het drietal uitzonderingen (zie hierboven nr. 13), waarin het ‘Vellejaensche Beneficie’ niet ingeroepen kan worden vindt men bij alle juristen vermeld. Afwijkend is wel de regeling in Harderwijk in 1734, waar in het kader van een regeling van de borgtocht vastgelegd word:

49. Huber 1726: 498 (III,35,4). De casus is te vinden in de *Hol. Consult.* I 1648:471.

50. Over vrouwenvoogdij: Iterson, v. 1936-37.

51. Voor Antwerpen: Stockmans 1700:285 (nr. 142); voor Brussel: Christyn I 1762: 271-272 (art. 235); voor Sluis: Gilliodts van Severen 1892: 686 (rubr. XV, 5); voor Gent: Hane, v.d. 1765: 161 (17,4); uitgebreider: Gilissen 1950: 535-538; Gilissen 1962: 274-277.

Een Vrouwspersoon, sig voor ymant tot Burge stellende, sal sig naderhand niet mogen behelpen met het *Sctum Velleianum* of diergelycke hulpmiddelen der Beschreven Regten, schoon sy daar van in het Burge werden niet vermaant is geworden nog van het effect van dien gerenuntieert heeft; maar sal gehouden syn haare Burgtogt te praesteren na den inhoud der selver.⁵²

15. Een wettelijke receptie van het *Senatusconsultum Velleianum* – zoals in Groningen – of een verzet daartegen – zoals in Harderwijk – blijft nochtans uitzondering. In de praktijk bleef het wezenlijk in zijn middeleeuwse gedaante levend recht. Het manifesteerde zich als zodanig ook met regelmaat, hetzij doordat er problemen ontstonden rondom de in- of uitwendige vormvereisten bij de renunciatie ervan, hetzij doordat vrouwen zich zonder te renuncieren als borgen verbonden, waarna vervolgens 'in quae de betalinge veel cavillatiën (chicanes) ende moeyten by subtile (arglistige) personen, den warwech seekende' ontstonden.⁵³ Achttiende-eeuwse formulierenboeken als de *Konst der notarien* (twee drukken: 1753; 1761) of een omvangrijke handleiding van notarissen, als het *Redenerend Vertoog* van Arent Lybreghts⁵⁴ (zes drukken: 1734; 1736; 1751; 1758; 1768; 1780) presenteren – in het werk van laatstgenoemde met een beroep op o.a. de Groot's *Inleidinge*, Van den Sande's *Gewijste Saken*, Gail's *Observationes* – het Vellejaanse raadsbesluit, de Auth. 'si qua mulier' en de renunciaties daarvan onverminderd als praktisch vigerend recht. Ja, nog Johannes van der Linden schrijft in 1806 in zijn *Regtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek* over de renunciatie van het *Senatusconsultum Velleianum* als een stuk levend recht en Van der Keessel heeft tot 1806 aan de hand van de Groot's *Inleidinge* uitgebreid over het Vellejaanse raadsbesluit in Leiden college gegeven.⁵⁵ Levend recht vertegenwoordigden het *Senatusconsultum Velleianum* en de Auth. 'si qua mulier' tot voor kort nog in Zuid-Afrika waar het Justiniaanse Romeinse recht nog steeds als bron van recht fungeert; pas in 1971 is hier bij bijzondere wet (nr.57) een einde gemaakt aan deze relicten uit een ver verleden.

In Nederland is het Vellejaanse raadsbesluit en alles wat daarmee samenhang in 1809 tot de geschiedenis gaan behoren. In art. 3 van het Besluit van Koning Lodewijk Napoleon ter invoering van het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland werd het 'Roomsche Regt, mitsgaders alle Wetten en Ordonnantiën, tot het Burgerlijk Regt betrekking hebbende en welk tot toe in het Koninkrijk of eenig gedeelte van hetzelfde in vigeur zijn geweest' afgeschaft.⁵⁶ Daarmede kwam een einde aan een

52. Voor Groningen: Corpus 1725: 96-97 (art. 20-22); voor Harderwijk: Gereformeerde Willekeuren 1734: 139 (art. 18).

53. Passage uit een keur, opgenomen in het Keurboek van Hoorn uit 1528. Daarin wordt een beschermende regeling vastgesteld ten gunste van het uitgezette vermogen van weeskinderen: binnen drie maanden na aanmaning dienden debiteuren het verschuldigde bedrag af te lossen, o.a. in het geval 'een vroupersoon . . . hair als borge heeft gestelt sonder renunciatie hairder vrouwelijcke privilege': Pols 1888: 169-170 (nr. 320).

54. Konst 1753: 66-69; 232-240; Lybreghts II 1780: 275-281. Over deze werken: Pitlo 1948: 112-19; 147-150.

55. Linden, v.d. 1806: 135-136; Keessel, v.d. 1860: 138-139 (nr 495 en 496); Keessel, v.d. IV 1966: 82-87. Voor de Duitse leer zie: Glück XV, 1868: 1-58.

56. de Monté ver Loren-Spruit 1982:247.

rechtsinstituut, dat op gespannen voet stond met de — overigens hier te lande vrij sterk uitgeholde — vrouwenvoogdij en met de grondconceptie van de gemeenschap van goederen tussen man en vrouw en dat, bij een meer kritische en minder slaafs op het Romeinse recht gebaseerde theorievorming in een vroeger stadium, als niet passend in en aansluitend op deze beide instituten wellicht minder geprofileerd onze rechtstraditie zou zijn binnengeslopen.

LITERATUUR

- Accursius. *Glossa in Digestum Vetus*. Venetië, 1488. (Fotomech. herdruk Turijn 1969).
 Accursius. *Glossa in Codicem*. Venetië, 1488. (Fotomech. herdruk Turijn 1968).
 Aller, K. van. *Generale regulen ende definities van beschreve rechten . . . als mede seker Tractaet van Pijnigen, en Pijnbankc*. Rotterdam, 1655.
 Azo. *Lectura super Codicem*. Parijs 1577. (Fotomech. herdruk Turijn 1966).
 Azo. *Summa super Codicem. Instituta extraordinaria*. Turijn, 1578. (Fotomech. herdruk Turijn 1966).
 Bergh, G.C.J.J. van den. *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*. Deventer, 1980.
 Boey, T. *Woorden-tolk of verklaring der voornaamste onduitsche en andere woorden, in de heden-daagsche en aaloude rechtspleginge voorkoomende . . . 's-Gravenhage*, 1773.
 Bottelgier, J. *Somme ruyrael*. Antwerpen, 1529.
 Boutillier, J. *La somme rural ou le grand coutumier general de pratique civil et canon . . . (met annotaties) par L. Charondas le Caron*. Lyon, 1621.
 Bynkershoek, Corn. van. *Observationes tumultuariae* I-II. E.M. Meijers, A.S. de Blécourt, H.D.J. Bodenstein (ed.). Haarlem, 1926, 1934.
 Caepolla, B. *Tractatus de cautelis*. Straatsburg, 1665.
 Chevailler, L. 'Le président Favre et la jurisprudence du Senat de Savoie de 1585 à 1605', in: *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*. XX (1952) 263-289.
 Christyn, J.B. *Les droits et Coutumes de la ville de Bruxelles* I. Brussel, 1762.
Codex Justinianus. Corpus iuris civilis II. P. Krüger (ed.). Berlijn, 1877. (Vele herdrukken).
 Coing, H. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Rechtsgeschichte*. I. Mittelalter (1100-1500). München, 1973.
Consultation, Advysen en advertissemerten gegeven ende geschreven by verscheyden treffelijcke Rechts-Geleerden in Hollandt I. Rotterdam, 1648, 2e druk.
Corpus der Groninger regten. Groningen, 1725.
 Cynus Pistoriensis. In *Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomi, id est Digesti veteris doctissima commentaria*. Frankfurt, 1578. (Fotomech. herdruk Turijn 1964).
Digesta. Corpus iuris civilis I. Th. Mommsen en P. Krüger (ed.). Berlijn, 1872. (Vele herdrukken).
 Eckhardt, K.A. *Sachsenspiegel. Land- und Lehnrecht*. Hannover, 1933.
 Everaerts, Nic. (III). *Consiliorum volumen I-II*. Helmstad, 1603.
 Feenstra, R. 'Romeins recht en Europese rechtswetenschap', in: *Coniectanea Neerlandica iuris romani*. Zwolle, 1974. 101-137.
 Fitting, H. *Summa Codicis des Irnerius*. Berlijn, 1894.
Gereformeerde willekeuren ende stad-rechten van Harderwijk. Harderwijk, 1734.
 Gide, P. *Etude sur la condition privée de la femme*. Parijs, 1885. 2e druk.
 Gilissen, J. 'L' apparition des renonciations aux exceptions de droit romain dans le droit flamand au XIII-me siècle'. *Revue internationale des droits de l'antiquité* III,4. Mélanges F. de Visscher III. (1950) 513-550.
 Gilliodts van Severen, L. *Coutumes des pays et comté de Flandre. Quartier de Bruges, Coutumes des petites villes et seigneuries enclavées IV: Ostende-Oudenbourg-Sluis*. Brussel, 1982.
 Girard, P.F. en F. Senn. *Manuel élémentaire de droit romain*. Parijs, 1929. 8e druk.
 Glück, C.F. *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* XV. Erlangen, 1868. 2e druk.

- Groot, H. de. *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*. F. Dovring, H.F.W.D. Fischer, E.M. Meijers (ed.). Leiden, 1952.
- Haelen, G. *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui Glossatores vocantur*. Leipzig, 1834.
- Handboek voor voogden, curatoren, executeuren, administrateurs en gemachtigden over het werk der Voogdijen . . . door een Hollandsch Rechtsgeleerden*. Amsterdam, 1792.
- Hane, L. van den. *Costumen ende wetten der stadt Gendt, gedecreteert by de Graven en Gravinnen van Vlaenderen*. Gent, 1765.
- Hermesdorf, B.H.D. 'Op zoek naar Calefurnia'. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*. XXXIX (1961) 306-312.
- Hermesdorf, B.H.D. 'De ontmoeting van kanoniek en inheems recht'. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* (XXX) 1962 141-208.
- Hermesdorf, B.H.D. 'Renunciaties in het Utrechts oorkondenboek'. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* XXXII (1964) 396-433.
- Hermesdorf, B.H.D. *Rechtsspiegel. Een rechtshistorische terugblik in de Landen van het herfstijl*. Nijmegen, 1980.
- Hoop, F. d'. *Recueil des chartes du prieuré de Saint Bertin à Poperinghe*. Brugge, 1870.
- Huber, U. *Praelectionum juris civilis, pars secunda quae est ad libros undeviginti priores Pandectarum*. Franeker, 1689.
- Huber, U. *Heedendaegse Rechts-Geleertheit, Soo elders als in Frieslandt gebruikelijk*. 3e druk door Zacharias Huber. Amsterdam, 1726.
- Iterson, W. van 'Vrouwenvoogdij'. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*. XIV (1936) 421-452; XV (1937) 78-96; 175-190; 287-387.
- Kaser, M. *Das römische Privatrecht*. I en II. München, 1971, 1975. 2e druk.
- Keessel, D.G. van der. *Theses selectae juris Hollandici et Zelandici*. Amsterdam, 1860.
- Keessel, D.G. van der. *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam* I; IV. P. v. Warmelo, L.I. Coertze, H.L. Gonin en D. Pont (ed.). Amsterdam, Kaapstad, 1961, 1966.
- Konst der notariën volgens de practyq in de Provincie van Frieslandt, Waar in onder anderen te vinden zyn alle meest nodige Formulieren als wegens het maken van Testamenten, Koop- en Huur-Contracten, Transactien, en andere Instrumenten en Acten van wat aardt of natuur die mogen zyn*. Leeuwarden, 1753.
- Kos, C. *Instructie in 't Notaris-ampt ende voorts in de beginselen van de regten ende practycke*. Hoorn, 1686.
- Kreller, H. 'Das Verbot der Fraueninterzession von Augustus bis Justinian'. *Anzeiger der Philosophisch-Historische Klasse der Österreichischen Akademie der Wissenschaften*. 1956, 1-II.
- Leeuwen, S. v. *Het Rooms-Hollands regt, waar in de Roomse wetten met het huydendaagse Neerlands Regt . . . over een gebracht werden*. Amsterdam, 1678. 5e druk.
- Leupen, P. *Philip of Leyden. A fourteenth Century Jurist*. 's-Gravenhage, Zwolle, 1981.
- Linden, J. van der *Regtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek*. Amsterdam, 1806.
- Lybreghts, A. *Redenerend vertoog over 't Notaris Ampt* . . . I-II. Amsterdam, 1780. 6e druk.
- Matthijsen, J. *Het rechtsboek van Den Briel*. J.A. Fruin en M.S. Pols (ed.). (Werken OVR I, I). 's-Gravenhage, 1880.
- Medicus, D. *Zur Geschichte des senatusconsultum Velleianum*. Keulen en Graz, 1957.
- Merula, P. *Manier van procederen in de Provintien van Hollandt, Zeelandt en West-Vrieslandt belangende civile zaken*. Leiden, 1741.
- Meynial, E. 'Des renonciations au moyen-age et dans notre ancien droit'. *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*. 24(1900) 108-142; 25(1901) 657-697; 26(1902) 49-78; 28(1904) 698-746.
- Monté ver Loren, J. Ph. de en J.E. Spruit. *Hoofddlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*. Deventer, 1982. 6e druk.
- Munniks, J. *Handleiding tot de hedendaagsche Rechtsgeleerdheid der Vereenigde Nederlanden naar den order van het Romeinsche recht* I-II. Amsterdam, 1776.
- Neostadius, C. *Observatien van gewysden en sententien over Houwelijcksche Voorwaarden* . . . Rotterdam, 1654.

- Nispen, A. van. *A. Gaill's Observantien van de Kayzerlycke practijcke rakende so wel de judiciele processen . . . als derselver Saken decisien*. Amsterdam, 1656.
- Novellae. Corpus iuris civilis III*. R. Schoell en G. Kroll. (ed.). Berlijn, 1895. (Vele herdrukken).
- Odofredus. *Lectura super Codicem*. Lyon, 1552. (Fotomech. herdruk Bologna 1968-69).
- Philips van Leyden. *De cura rei publicae et sorte principantis*. R. Fruin en P.C. Molhuysen (ed.). 's-Gravenhage, 1900.
- Pitlo, A. *De zeventiende en achttiende eeuwse notarisboeken en wat zij ons omtrent ons oude notariaat leeren*. Haarlem, 1948.
- Pols, M.S. *Westfriesche stadrechten I*. 's-Gravenhage, 1888. (Werken OVR I,7).
- Ravanis, Iac, de. *Lectura super Codicem*. Parijs, 1519. (Gedrukt onder de naam van P. de Bella Perthica. Fotomech. herdruk Bologna 1967).
- Rolandinus, R. *Summa totius artis Notariae*. Venetië, 1546. (Fotomech. herdruk Bologna, 1977).
- Sande, Joh. van den. *Vijf boecken der gewijsder saken voor den Hove van Vrieslandt, eerst-maal in 't Latyn beschreven ende vergadert, nu op 't nederduytisch vertaelt*. Leeuwarden, 1670. 3e druk.
- Schorer, W. *Aanteekeningen van Mr. Willem Schorer over de Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid van Hugo de Groot . . . , uit het Latijn vertaalt door J.E. Austen*. Middelburg, 1768.
- Schulz, F. *Classical Roman law*. Oxford, 1951.
- Spruit, J.E. *Enchiridium. Overzicht van de geschiedenis van het Romeins privaatrecht*. Deventer, 1977. 2e druk.
- Stintzing, R. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I*. München en Leipzig, 1880.
- Stockmans, D.P. 'Decisiones Brabantinae', in: *Opera omnia*. Brussel, 1700.
- Talamanca, M. 'La storia del S.C. Velleiano', in: *Labeo IV* (1958) 99-111.
- Tanerijen, W. van de. *Boec van den loopenden Practyken der raitcameren van Brabant*. E.I. Strubbe (ed.). Brussel, 1952.
- Tourtoulon, P. de. 'Le Velléien chez les glossateurs', in: *Etudes d'histoire juridiques offertes à P.F. Girard*. Parijs, 1912. 417-434.
- Troje, H.E. *Graeca leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*. Keulen en Wenen, 1971.
- Vinnius, A. *Selectarum iuris quaestionum libri duo*. Venetië, 1736.
- Voet, J. *Commentarius ad Pandectas I*. 's-Gravenhage, 1723. 4e druk.
- Zutphen, B. van. *Practyke der Nederlandsche Rechten, Van de Daghelijcksche soo Civile als Criminele questien*. Leeuwarden, 1664.

*The Fate of
the Institutional System*

PETER STEIN

Regius Professor of Civil Law,
University of Cambridge

The Fate of the Institutional System

PETER STEIN

One of the main features of the modern civil law is that it is presented as a highly organised system, whereas the common law, for example, is hardly seen as a system at all. Students of the civil law study private law as a single whole and progress through the various topics as parts of that whole, whereas students of the common law are presented with the law in discrete boxes, labelled Contracts, Torts, Land Law and so on, with little suggestion that there is any connection between them. The systematic character of the modern civil law has advantages in enabling the lawyer to see how the various topics of private law relate to each other but it also has disadvantages in that the system once established appears to be closed. As a result commercial law, for example, is a separate system outside the regular private law and it is difficult to find a place within that system for new topics, such as labour law and consumer law.

Curiously the Roman law from which much of the civil law derives was not seen by its practitioners as an organised system. The great synthesising works by Paul and Ulpian at the end of the classical period — the commentaries on the praetorian edict and on the civil law following the order of Sabinus' early treatise — are full of examples of subtle reasoning in particular cases, but show very little trace of any sense of the need for orderly treatment. This is equally true of the Digest and Code of Justinian. The only part of his *Corpus Iuris* which does express an interest in systematic presentation is the Institutes, the latest example of a literary genre whose use until then was entirely confined to the schools of law. The law student was allowed the luxury of having the law presented as a systematic whole, but once he had obtained his grounding, he was expected to see that the system was artificial and that the real substance of the law was much less orderly than the institutional scheme suggested.

In modern times, however, the institutional scheme has inspired various attempts to present the substance of private law as a system. Professor Van Warmelo has not only recently analysed the Institutes of Justinian as a students' manual¹ but has him-

1. 'The Institutes of Justinian as Students' Manual', in P.G. Stein and A.D.E. Lewis (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas* (1983), 164 ff.

self written an account of Roman law for students, based on the traditional scheme.² It is hoped, therefore, that some account of the fate of that scheme will be an appropriate acknowledgement of his life's work in maintaining the study of Roman law in accordance with the highest standards of scholarship.

The well-known tripartite division of private law into persons, things and actions seems to have been introduced by Gaius in his Institutes of the middle of the second century A.D. This scheme, as I have argued elsewhere,³ was superimposed by Gaius on an earlier arrangement.

For Gaius the category of things is apparently subdivided into three: physical things, inheritances and obligations. This scheme implies certain conceptual ideas: the distinction between corporeal and incorporeal things, the classification of inheritances and obligations as incorporeal things and the linking of contracts and delicts as sources of obligations. However an analysis of the contents of the first subdivision shows that its subject is not so much physical things as the acquisition of particular things as contrasted with acquisition of things *per universitatem*. When he passes to the second sub-division Gaius says that, having dealt with particular things, he will consider how things are acquired *per universitatem* and, although he then treats mainly of inheritances, he also refers to other forms of universal succession, such as arise in adoption. Again in his account of obligations, Gaius does not mention that they are incorporeal things. His treatment suggests that his predecessors regarded obligations not as things but as a separate legal category and perhaps did not regard delict as a source of obligations at all. The emphasis is on how contractual obligations arise and are discharged and delicts are discussed only after the discharge of obligations.

Gaius described a series of established legal phenomena, each with its own legal attributes. His discussion of actions, for example, does not say what procedural steps a litigant should take to enforce his claim, but deals rather with different kinds of legal action, which are indicated by different kinds of formula.

The compilers of Justinian's Institutes chose to follow the model of Gaius' Institutes, although there were alternatives available, not because they shared his views but because they could adapt it to their own ends. They saw the institutes of law more dynamically than did Gaius. For them they were less a set of objective phenomena to be described and more an account of the conditions governing what an individual could do. Between the time of Gaius and that of Justinian two developments in legal thought had begun, which were to have increasing influence in later times.

First, the word *ius*, which for Gaius usually meant "the legal position", increasingly took on the meaning of a "right". In Latin, as in most other European languages, except English, the general word for "the law" and the word for a (subjective) right is the same, so that it is not always easy to detect when the emphasis is switching from one meaning of *ius* to the other, or indeed which is the correct English translation of *ius* in a particular context. There are a number of passages in Justinian's Institutes

2. *An Introduction to the Principles of Roman Private Law* (1976).

3. P. Stein, "The Development of the Institutional System", in Stein and Lewis, *Studies, cit.*, 151 ff.

in which *ius* can only mean a right adhering to an individual, although there are still some where the meaning "the legal position" is more appropriate.

Secondly, the Byzantine lawyers were moving towards a distinction between substantive law and procedural law and a consequent relegation of purely procedural matters from the institutional system. Actions still appear in Justinian's Institutes but whereas in Gaius they occupied a whole book, they now occupy only part of a book. Furthermore obligations are no longer identified clearly as things but are rather connected with actions. The Byzantines saw obligations primarily as causes of actions, and together obligations and actions formed a single category, distinct from things, which was concerned with the conditions under which an action could be brought or defended.

This development is connected with the recognition of subjective rights. The owner of property, the heir to an inheritance, the usufructuary all have rights which have a content distinct from the ability to sue others. They are entitled to do things other than bring actions and they can enforce that entitlement against anyone who interferes with it. These rights came to be seen to be rights *in rem*, enforced by actions *in rem*. Obligations, on the other hand, only entitle the holders to bring actions and those actions can only be brought against particular individuals. They are therefore a distinct form of rights, which came to be seen as rights *in personam*.

Among the Glossators and Commentators of the middle ages there was little interest in the institutional scheme. They knew nothing of Gaius' Institutes in its original form and tended to follow the Byzantine equation of obligations and actions and thus to see the division of law as into persons, things and obligations/actions. Thus Aretinus *ad Inst.* 4.6.pr. says of the law: *versatur circa tria aut circa personas aut circa res aut circa actiones et obligationes*.⁴

It is with the humanists of the sixteenth century that interest in the Institutes revives. One of the ideals espoused by the humanists was that of *ius civile in artem redigere*, a project originally endorsed by Cicero.⁵ The humanist jurists produced numerous programmes for studying law systematically⁶ and some utilised the tripartite division of the Institutes, sometimes not in the sense that each rule can be allocated to one of the three parts but in the sense that every rule can be looked at from three aspects: from that of the persons affected by it, from that of the subject matter concerned and from that of the remedies that are available. One of the earliest of this group, the German Johan Apel (1486–1536) argued, in his *Dialogus de studio iuris recte instituendo*, that "persons" was not a separate part of the law, like things, but a mere "circumstance", such as time, place and quantity.⁷ Another humanist, Fran-

4. Cited by H.F. Jolowicz, *Roman Foundations of Modern Law* (1957), 63, n.1.1.

5. Aulus Gellius, I. 22.7; cf. Cicero, *De Oratore*, I. 90.

6. Cf. the studies of V. Piano Mortari in *Diritto Logica Metodo nel secolo XVI* (1978), especially "Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI", originally in (1955) 21 *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 276 ff and "Dialettica e giurisprudenza: studio sui trattati di dialettica legale del secolo XVI", originally in (1957) 1 *Annali di Storia del Diritto*, 293 ff; for humanist conjectures on Gaius' Institutes, J.E. Scholtens, "Gaius Studies of the Humanists", (1956) *Butterworths South African L.R.*, 95 ff.

7. Jolowicz, *op. cit.*, 64; on Apel, F. Wieacker, *Gründer und Bewahrer* (1959), 44 ff, especially 59 ff.

cois Connan (1508–51) suggested that “actions” referred generally to human conduct rather than specifically to “legal actions”.

As the sixteenth century progressed, the humanists saw the law as a system of rights appertaining to individuals and distinguished those rights from the procedural means for enforcing them. One of the most influential writers was Hugo Donellus (Doneau) (1527–91) in his *Commentarii de iure civili*.⁸ At the outset he asserts that civil law consists in the first place in knowing what belongs to each person and in the second place in the procedural means for obtaining it (*in eius quod cuiusque sunt cognitione et eius cogniti obtinendi ratione*, *Comment. I.1.2*). The main substance of the law is “things” which Donellus sees as “what is ours”. He divides things into two parts: what is ours in the proper sense and what is merely owed to us: *quod proprie nostrum est* and *quod nobis debeatur* (II.8.1). This is a classification not of things themselves but of rights that we have in regard to things. Later Donellus makes this clear when he distinguishes *quaedam iura rerum nostrarum* (in effect real rights) and *quaedam rerum nobis debitorum* (personal rights to enforce debts, V.1.17).

What is properly ours depends partly on each individual’s legal condition and partly on the character of external things. Certain rights are ours, if we are freemen, even though we lack external things, for example, life, bodily security, liberty, reputation. Donellus carefully observes that mental security (*incolumitas animi*) is also important to us and adds, *sed haec ad defensionem iuris non pertinet* (II.8.3). He then discusses the capacity of persons in different kinds of *status*, before considering rights *in rem* and *in personam* and finally actions, which he understands as the procedural steps that must be taken to enforce those rights.

Already in Donellus, then, the emphasis of the institutional system has changed from what it was even in Justinian’s compilation. There it was still based on factual phenomena whose differences had legal consequences. Now the subject matter is exclusively legal phenomena – different kinds of rights.

The recasting of the institutional arrangement received further impetus by the application to it of the logical method developed by the French educationalist Peter Ramus, who exploited the opportunities for clear diagrammatic arrangement, which were offered by the spread of printing.⁹ Earlier thinkers had distinguished different kinds of logic according to the material, for example, a mathematical logic leading to necessary and inevitable conclusions and a logic of the probable designed to find the more probable of two opposed positions. Ramus, on the other hand, held that there was only one kind of logic, which was generally applicable and the demonstration of which was characterised by extensive tabulation in diagrammatic form and analysis of material by much division and subdivision.

An example of the application of Ramist methods to law is to be found in the

8. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne* (1968), 543 ff; cf. R. Feenstra and C. J. D. Waal, *Seventeenth Century Leyden Law Professors* (1975), 16. (Donellus was a Huguenot, exiled from France after the Massacre of St. Bartholomew); S. Strömholm, “Lo sviluppo storico dell’idea di sistema”, (1975) 52 *Riv. int. filosofia del diritto*, 468 ff.

9. W. J. Ong, “Ramism”, *Dictionary of the History of Ideas* (1973), IV. 42 ff.

Dicaeologicae lib. III of Johannes Althusius (1557–1638),¹⁰ of which the first edition appeared in 1617. The subtitle indicates the aim of the work: “the whole law in force, methodically set out, with parallels from the Jewish law, and supplemented by tables.” Althusius’ method is descriptive of legal phenomena. He first distinguishes between law and facts, by which he means those transactions between persons, to which the law applies. The primary fact of which the jurist must take cognisance is the *negotium* and this category includes every act which either adds something useful or necessary to social life, or is an obstacle to it: *negotium est prima pars Dicaeologicae, utilia vel necessaria ad vitae socialis humani usum inferens vel impediens, ob quod ius constituitur* (I.6).

The *negotium* can be divided into *partes* and *species*. The *partes* are first the things (*res*) with which the transaction is concerned, and they are classified as singular and universal, corporeal and incorporeal, etc., and secondly, the persons who are involved in the transaction, and they may be classified as singular, collective, etc. The *species* are classified, according to the nature of the transaction, into voluntary acts, such as contracts, and involuntary acts, such as delicts.

Having thus tabulated the various forms of transaction that people get involved in and that are the concern of the law, Althusius comes to analyse the law itself. This is defined as what is laid down on the occasion of a precedent fact, in respect of a person or thing, for the need, utility and right conduct of man. The definition is ambiguous since it can indicate either a set of rules or a set of rights. Further analysis shows, however, that it is the latter that is intended. There are two kinds of *ius*: *dominium* and *obligatio*. *Dominium* consists of power over things or over persons. Power over things may be full ownership (*dominium plenum*) or secondary real rights (*dominium minus plenum*); power over persons may be power over oneself (*libertas*) or over another, which may be domestic, such as paternal or marital power, or public, such as sovereignty. The logical method then required that attention be given to the ways in which these rights may be acquired and lost.

The tendencies noted in Althusius can be observed also in his contemporary Hugo Grotius (1583–1645)¹¹ but, following Donellus, Grotius is rather clearer than Althusius in laying out the law as a system of subjective rights of various kinds. For him these rights are subsumed under the two headings: rights over things and obligations. This is expressed most clearly in the *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, one of the earliest accounts of a national law, as distinct from Roman law, to be written in the vernacular. Since the subject did not purport to be Roman law, Grotius had no obligation to follow the Roman categories. The work is divided into three books. After some remarks about different kinds of written laws, Grotius devotes the bulk of Book I to the legal condition of different classes of men (*Van der Menschen Rechtelicke Gestaltenisse*), with particular reference to their capacity. Book II is headed *Van Beheering* and deals with rights over things: acquisition of ownership, community property of spouses, succession on death, and loss of owner-

10. Villey, *op. cit.*, 588 ff.

11. On Grotius, recently, D. R. Carey Miller (1982) *Acta Juridica*, 66 ff.

ship; then with rights of limited ownership (*gebreckelicken eigendom*), such as praedial servitudes, usufructs, emphyteusis, and hypothecs. Book III is headed *Van Inschuld* and deals with obligations: the creation of obligations, gifts, contracts, quasi-contracts, delicts and the discharge of obligations.

Grotius thus makes a clear division between real and personal rights but, instead of treating them statically, puts the emphasis on how they are respectively acquired and lost. Roughly the same scheme is to be found in Book II of his classic work *De iure Belli ac Pacis* (1625), where there is a sophisticated analysis of the various ways in which power (*imperium* or *dominium*) is acquired, first over persons and then over things. A distinction is made between original acquisition and derivative acquisition. Then obligations arising from contract and from delict are distinguished.

Grotius was interested in the problem of presenting law in a systematic way, and expresses the attraction that the model of mathematics held for jurists. In developing his ideas on law, he said, he had abstracted his mind from every particular fact, in the way that mathematicians consider their figures as abstracted from bodies.¹² Although he recognised that one could deduce the general principles of law *a priori*, by logical deduction from a few basic principles which were accepted as axiomatic, Grotius himself put more trust in the *aposteriori* demonstration of the general validity of the rules he urged the world to recognise, i.e., by showing that those rules were in fact generally recognised in the legal systems of civilised people.¹³

In the middle of the seventeenth century, a division can be discerned among writers offering a systematic presentation of the civil law or of national laws based on the civil law.¹⁴ One group continued to follow essentially the institutional arrangement, but with certain refinements. The other preferred to base their systems on the so-called geometrical method of argument from the general to the particular. The problem for those who wished to proceed in this way was to identify the general principles of law, equivalent to the axioms of mathematics, from which detailed rules could be logically deduced. Such principles were normally presented as arising from the nature of man in society, the implication being that anyone who denied their validity would be denying the rationality of nature itself. Eventually these systems became ideal systems of natural law, although the detailed rules apparently deduced from the general principles often bore a strong similarity to the rules of Roman law, but stripped of what could be regarded as antiquarian details. At first, however, the method was used to present the civil law in a new way.

We will consider first the influence of this new scientific arrangement and then return to those who remained faithful to the institutional arrangement. The first writers to adopt the new method were those who were both mathematicians and jurists, such as Leibniz. He himself produced a *Corpus Iuris Reconcinatum*, in which the material of the whole of Justinian's compilation was re-arranged to demon-

12. *De iure Belli ac Pacis*, *prolegomena*, sec. 58.

13. *Prolegomena*, sec. 40; cf. I.1.12.

14. See generally, K. Luig, "The Institutes of National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries", (1972) 17 *Juridical Review*, 193 ff; A. Watson, *The Making of the Civil Law* (1981) 65 ff; R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (2nd ed. 1961), 71 ff.

strate its inherent rationality as a system, but it has never been published.¹⁵ We may consider two published examples of the genre, Lord Stair's *Institutions of the Law of Scotland*, published in 1681, and Jean Domat's *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, published from 1689 to 1694.

Stair's aim was to summarise the laws and customs of Scotland in a way that would show their conformity with the best contemporary laws.¹⁶ His exposition starts from the proposition that man is essentially free, except to the extent that he is bound by obedience to God, who has implanted in him certain duties, and to the extent that he has voluntarily bound himself by agreement with others. Stair recognises the distinction between "rights called personal or obligations", on the one hand, and "rights real or dominion", on the other, but unlike the institutional writers, he promotes obligations to first place.

Under that head he first discusses "obediential obligations", which "are put upon men by the will of God, not by their own will". (I.3.3). This category includes first, "family" obligations, such as those of husband and wife, parents and children and tutors and their wards; secondly, what Justinian regarded as quasi-contractual obligations, such as the duty to recompense someone who has carried out transactions on one's behalf; and thirdly, the obligation to repair damage resulting from delinquence. After obediential obligations, Stair deals with "conventional obligations" arising from contract and discusses certain particular contracts in detail.

The treatment of rights real is divided first into a discussion of the rights themselves, mainly in connection with feudal land-holding, and then an account of succession on death. Stair deals in some detail with possession as distinct from the right of property and admits that it is "more *facti* than *iuris*", but justifies its inclusion on the ground of its legal consequences.

Domat's arrangement has some similarities with that of Stair and was far more influential.¹⁷ In his preface he says that we can learn from the scientists that one should progress from what is obvious to what is less obvious. "Thus in Geometry we begin by learning that the whole is greater than the parts and that two quantities equal to a third are equal to each other." Applying the method to law, Domat then classifies legal rules under three heads: those that apply to all topics of law, those that are common to several topics and those that are peculiar to one topic. In the first category come general rules derived from the nature of man in society, such as that one must cause harm to no-one and that one should render to each his due. An example of a rule in the second category is that agreements take the place of laws, for it applies to all kinds of contracts but not, for example, to other legal acts, such as wills. The rule of *laesio enormis* is an example of the third category, since it applies only to the particular contract of sale.

Domat's scheme for private law, like Stair's, concentrates on rights. The categories

15. P. Stein, "Elegance in Law", (1961) 77 L.Q.R. 242 at 253.

16. For the *Institutions* themselves see now the "tercentenary edition" ed. D. M. Walker (1981) and P. Stein, "The theory of Law" in D. M. Walker (ed.), *Stair Tercentenary Studies*, Stair Society 33 (1981) 181 ff.

17. A. J. Arnaud, *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français* (1969), 142 ff.

of persons and things are reduced to a brief introductory description of different kinds of persons and different kinds of things, both as they exist in nature and according to the civil law. He then divides private law into two main parts, obligations (*engagements*) and successions. The treatment of obligations is subdivided into four sections. First come voluntary obligations, which include not only contracts, but also donations, dowries, usufructs and praedial servitudes. Secondly, Domat places involuntary obligations, which include those obligations categorised by Justinian's Institutes as quasi-contractual, and not only those arising from *negotiorum gestio* and unjustified enrichment, but also the duties of tutors and common owners. This section also includes wrongful causing of harm. Although the natural lawyers had to recognise various particular contracts, each with its own set of rules, in addition to a general theory of contract, they tended to reduce the various kinds of delict to one general principle, viz., sanctioning the causing of harm by wilfulness or fault. The third section deals with additional elements that supplement obligations, such as real and personal security, possession and prescription. The fourth and final section covers the factors which reduce or discharge obligations. The other part of private law, successions, predictably deals with intestacy, wills and legacies, rights of legitim, substitutions and *fideicommissa*.

The schemes of Stair and Domat thus remove property rights from pride of place as the main part of private law and substitute obligations. However, whereas earlier writers had tended to regard obligations from the point of view of the creditor, as assets, Stair and Domat saw them more from the point of view of the debtor, as duties. This was in line with the general emphasis of contemporary natural law theorists, such as Samuel Pufendorf, whose treatise on the duties of man (*De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*) appeared in 1673.

The natural order proposed by Domat was developed more in Germany than in France and was an ancestor of the Pandectist schemes which produced the German civil code (BGB) of 1900.¹⁸ The main feature of this type of scheme came to be the prominence given to the opening general part, containing rules common to all kinds of legal transaction. Great emphasis is placed on the concept of the *Rechtsgeschäft*, which is the descendant of Althusius' *negotium*.¹⁹ It indicates any voluntary transaction or expression of will by which a person intends to produce a change in his legal position. Matters of capacity are also dealt with in the general part, which in the BGB is followed by that on obligations, as in Domat's arrangement, but there are then separate parts for family law, things and succession. The separation of family law from persons is thus another feature of this kind of arrangement.

We return now to a consideration of those exponents of the civil law who remained

18. A.B. Schwarz, "Zur Entstehung des modernen Pandekten-systems", (1921) 42 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Rom. Abt.)*, 578 ff, reprinted in Schwarz, *Rechtsgeschichte und Gegenwart: Gesammelte Schriften* (1960), 1 ff. The Pandectist systems used the general part to deal with matters other than rights, such as the different kinds of persons and things, and the special part could then be exclusively devoted to rights.

19. Villey, *op. cit.*, 594 ff; O. Gierke, *Joh. Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1880).

faithful to the institutional arrangement. They regarded the civil law as exclusively concerned with rights and so eliminated actions altogether from their schemes and concentrated on persons and things. The question then was the distribution between those two categories. The category of persons came to include three kinds of rules.²⁰ First, it covered those laying down the conditions under which persons in different kinds of status may be the subject of rights and duties. Secondly, it covered those dealing with the rights of an individual that cannot be quantified in money terms, such as a man's right to his liberty and reputation, i.e., which are not part of his patrimony. Thirdly, it came to include those dealing with rights arising from family relationships, such as those of parents and children and guardian and ward. The problem was that some of these rights were more "absolute" than "relative" in character and had therefore seemed (for example, to Althusius and Grotius) to be more like property rights than personal rights, but it was recognised that rights *in rem* should be confined to *res*, i.e., things which can be quantified in money terms.

An influential figure in this mode was Arnold Vinnius (1588–1657).²¹ His first work was *Jurisprudentiae contractae sive partitionum iuris civilis lib. IV*, which was essentially a shorter popularisation of the scheme of Donellus, who had himself taught at Leyden, Vinnius' university. He is better known, however, for his commentary on Justinian's Institutes, which appeared in 1642.

Although he followed the order of the titles of the Institutes, Vinnius imposed on it his scheme of subjective rights. First he classified them into *iura in rem* and *iura ad rem*. *Iura in rem* are subdivided into *dominium (plenum and minus plenum)*, *usus*, *ususfructus*, *iura praediorum*, *ius possessionis* and *pignus seu hypotheca*. *Iura ad rem* are explained as both *obligatio* (from the debtor's angle) and *creditum* (from the creditor's). Vinnius refers to Grotius' *Inleidinge* and observes that his *ius in rem* is Grotius' *Beheering* and his *ius ad rem* is Grotius' *Inschuld*.²² He stresses that the law is concerned not just with the description of the various kinds of rights but also with how they are acquired and lost, so that it must cover the modes of acquisition of ownership and similar rights, both in regard to single things and in regard to blocks (*universitates*) of things, and also the various modes of contracting, modifying and losing obligations.

In the eighteenth century the institutional schemes include both those based on modes of acquisition, which thus recall the Roman arrangement before Gaius' Institutes and also those that return to Gaius' distinction between corporeal and incorporeal things.

An example of the first group is to be found in the introductory dissertation to François Bourjon's *Le Droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, which appeared in 1747.²³ Bourjon is concerned with French customary law rather than the civil law. He divides his material into persons and things. Under per-

20. Jolowicz, *op. cit.*, 69.

21. Feenstra and Waal, *op. cit.*, 24 ff; they suggest (p. 17) that Donellus' influence was mediated to Vinnius through Tuningius, pupil of the former and teacher of the latter.

22. *Comment. ad Inst.* I.2.12.

23. Arnaud, *op. cit.*, 159 ff.

sons he deals both with family matters, such as marriage, and with questions of capacity. He treats things under three heads, not according to their character as things but according to what happens to them, and for him a thing is primarily corporeal rather than a subjective right. First, he discusses how things are acquired, and under this head deals with contracts and intestate succession. Secondly, he discusses how things are managed and under this head deals with usufructs and servitudes. Thirdly, he comes to how one disposes of things and here he deals with donations and testamentary dispositions. This is an interesting arrangement but the separation of intestate from testate succession is inconvenient.

Bourjon's contemporary, Robert Joseph Pothier, set out an interesting arrangement of the civil law in the essay entitled *Operis divisio*, attached to the final title of the Digest (50.17: *de diversis regulis iuris antiqui*)²⁴ in his massive *Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae* (1748–52).²⁵ At first his treatment of private law recalls the scheme that Gaius sought to impose, and his account of “things” seems to move away from the emphasis on rights which had been dominant for the two previous centuries. He distinguishes *res in commercio* from *res extra commercium* and subdivides the former into *res corporales* and *res incorporales*. But when he comes to discuss the content of the last two categories he moves into a discussion of rights. Under corporeal things he subsumes only ownership (*proprietas*) and possession, with the result that rights less than full ownership have to be placed in the category of incorporeal things. That category then becomes an enormous rag-bag and includes servitudes, rights of real security (*pignus* and *hypothec*) and rights to inheritances, as well as rights to debts (*credita seu obligationes*), which are designated *iura ad rem*.

Half a century later the compilers of the French civil code had to produce a set of laws which would supersede both the customary law and the civil law. In choosing an appropriate arrangement, they were influenced both by Bourjon, as an exponent of the customary law, and by Pothier, as an exponent of the civil law. The whole Code Civil consists of 2281 articles, divided into three books of very uneven size. The first book (articles 7–515) deals with “persons” and covers both matters of capacity and family relationships, such as citizenship, marriage, paternal power, adoption and guardianship. Book II (articles 516–710) is headed “things and modifications of ownership”, and deals both with ownership and with usufruct and servitudes (rights *in rem* less than ownership). Book III (articles 711–2281) is ostensibly devoted to “different ways of acquiring ownership”, but actually covers everything that cannot find a place in the other two books, i.e. succession, gifts and testaments, obligations (contracts, quasi-contracts, delicts), particular contracts, matrimonial property, mortgages and prescription.

24. For the influence of this title on the notion of general principles, P. Stein, “The Digest title *De diversis regulis iuris antiqui* and the general principles of law”, in R. A. Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound* (1962), 1 ff. and *Regulae Iuris: from juristic rules to legal maxims* (1966), 162 ff.

25. Arnaud, *op. cit.*, 163 ff.

Concubinatus
in Roman Law

Ph J THOMAS

Professor of Legal History, Comparative Law and
Legal Philosophy, University of Pretoria

Concubinatus in Roman Law

Ph J THOMAS

Since concubinage in the sense of a durable monogamous cohabitation between a man and a woman has experienced a revival in recent times, it is appropriate to trace the origin and development of this institution in Roman law.*

In early Roman law, matrimony and related affairs were private matters, left to the individual, defined and ruled by custom.¹ The only legally relevant connection between a man and a woman was *matrimonium* and since every marriage in early Roman law was *cum manu*,² there was no uncertainty whether the parties were married or not. Moreover, in the small closely-knitted rural society formed by the early Romans, peer-pressure was strong and more effective than detailed later legislation. Consequently, it can be accepted that even in the twilight of Roman history concubinage in the modern sense will have taken place³ but as an exception rather than the rule, without legal definition or consequences. As a result of rapid urbanisation, the phenomenon which was the primary cause of social disintegration, the Romans discarded the old values and discipline for an urban-centered culture of *panem et cir-*

* I am honoured to have been given the opportunity of contributing an article on Roman law to these essays dedicated to Paul van Warmelo, who alone has stood for Roman law for so many years in South Africa.

1. WW Buckland *A textbook of Roman law* Cambridge 1963, 106; W Hellebrand, Ein Beitrag zur Problematik – matrimonium und mos, 70(1953) ZSS RA, 247 sqq; M Kaser *Das römische Privatrecht* I München 1971, 71 sq; AJM Kunst *Historische ontwikkeling van het recht* I Zwolle 1967, 3; II Zwolle 1968, 47, 50; F Schulz *Prinzipien des römischen Rechts* München und Leipzig 1934, 15.
2. Buckland 118; A Esmein *Mélanges d'histoire du droit et de critique* Paris 1886, 3-36; M Kaser, Ehe und conventio in manum, 1(1950) JURA 64-101; Kaser I 72, 76 sqq; Kunst II 50; Kunkel, R E XIV 2260 s v *Matrimonium*; JAC Thomas *Textbook of Roman law* Amsterdam 1976, 419, 446; JC van Oven *Leerboek van romeinsch privaatrecht* Leiden 1948, 449 sq; P van Warmelo 'n *Inleiding tot die studie van die Romeinse reg* Kaapstad 1965, 72 sqq.
3. Dig 50, 16, 144. C Castello *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano* Milano 1940, 37 sqq; P Meyer *Der römische Konkubinat* Leipzig 1895, 9 sqq; EJ Jonkers *Invloed van het Christendom op de Romeinse wetgeving betreffende het concubinaat en de echtscheiding* Wageningen 1938, 8 sqq.

censes. Thus, the character of Roman society underwent drastic changes and the position of the Roman marriage underwent gradual modification; the *sine manu* marriage became more popular⁴ and freedom of divorce was fully exploited.⁵

The expansion of the territory by way of victorious wars, caused a new affluent society which, as it developed, rejected its rural origins.⁶ An influx of slaves accompanied this development.⁷ The prohibition of marriage between the freeborn and the freed⁸ will consequently have led to a larger number of concubinages which together with other extramarital affairs⁹ remained ignored by the law.

This situation came to an end when August attempted to regulate the marital and extramarital affairs of his Roman subjects by means of legislation; the *lex Julia de maritandis ordinibus* and the *lex Papia Poppaea* were aimed at stabilizing and promoting marriage and procreation,¹⁰ while the *lex Julia de adulteriis* attempted to restore moral rectitude.¹¹

The crimes of *stuprum* and *adulterium* were consequently introduced and it is in this part of the Augustan legislation that *concubinatus* became part of legal terminology. With regard to the particular contents of this legislation we are left to conjecture and thus the notion of *concubinatus* as laid down by the *lex Julia de adulteriis* has to be constructed from provisions dispersed in the *Corpus Juris Civilis*. The first relevant text is *Dig* 25, 7, 3, 1 (Marcianus *libro duodecimo institutionum*) *Nec adulterium*

4. *Gai Inst* I, 111. Buckland 118; Esmein *Mélanges* 3-36; Kaser I 323 sq; Kaser I (1950) *JURA* 64-101; Kunst II 51; Kunkel, R E XIV 2261 sq s v *Matrimonium*; Thomas 447; van Oven 450; van Warmelo *Inleiding* 74 sq.

5. Buckland 116 sq; Esmein *Mélanges* 3-36; Jonkers 13; Kaser I 326 sq; Kunst II 52; Thomas 426; van Oven 448, 470 sqq; van Warmelo *Inleiding* 83.

6. A Aymard et J Auboyer *Rome et son empire* Paris 1954, 136 sqq; P Csillag *The Augustan laws on family relations* Budapest 1976, 45 sqq; J Gaudemet *Institutions de l'antiquité* Paris 1967, 298 sqq; BHD Hermesdorf *Schets der uitwendige geschiedenis van het Romeins recht* Nijmegen 1972, 137 sqq, 156 sqq; W Kunkel *Römische Rechtsgeschichte* Köln 1973, 48 sq; Kaser I 178; Meyer 17.

7. Aymard and Auboyer 156; Hermesdorf 151; Jonkers 21 sq; Kaser I 283; Kunkel *Römische Rechtsgeschichte* 49 n 5; Meyer 17; S Treggiari *Roman Freedman during the late republic* Oxford 1969, 1 sqq; van Oven 439.

8. *Dig* 23, 2, 23. Dio Cassius 54, 16, 2 and 56, 7, 2. P. Bonfante *Corso di diritto romano I Diritto di famiglia* Milano 1963, 277; Buckland 114; Castello 73 sqq; PE Corbett *The Roman law of marriage* Oxford 1930, 31 sqq; Csillag 97 sqq; Jonkers 24; O Karlowa *Römische Rechtsgeschichte II* Leipzig 1901, 172; Kaser I 315; Kunkel, R E XIV 2262 s v *Matrimonium*; Meyer 18 n 28, 24, 27; Treggiari 81 sqq; Th Mommsen *Römisches Staatsrecht III* Leipzig 1887, 430 sq; Thomas 422; van Oven 454; van Warmelo *Inleiding* 70. Although *Dig* 23, 2, 23 and Dio Cassius are quite explicit, recent legal literature expresses caution with regard to this impediment, since other non-legal sources are rather inconclusive: Cicero *Pro Sext* 52, *Philipp* 2, 2; 3, 6 and 13, 10; Livius 39, 19.

9. Th Mommsen *Römisches Strafrecht* Leipzig 1899, 693 n 2; Kaser I 328; A Watson *The law of persons in the later Roman republic* Oxford 1967, 10.

10. R Astolfi *La lex Julia et Papia* Padova 1970; B Biondi *Istituzioni di diritto romano* Milano 1972, 577; Csillag 81 sqq; Kaser I 318 sqq; Kunkel, R E XIV 2268 s v *Matrimonium*; Kunst II 53 sq; E T Salmon *A history of the Roman world 30 BC to AD 138* London 1970, 25; JE Spruit *De lex Julia et Papia Poppaea* Deventer 1969; van Oven 454; van Warmelo *Inleiding* 71.

11. Csillag 55, 175 sqq; Esmein *Mélanges* 71-169; Ph Lotmar, *Lex Julia de adulteriis und incestum Mélanges Girard II* Paris 1912, 119-143; Kaser I 319; Mommsen *Strafrecht* 691; Salmon 23 sqq.

per concubinatum ab ipso committitur. nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, . . .

This description of concubinage is a negative one ie concubinage was the extramarital activity which did not qualify as *adulterium*. Therefore, a definition of *adulterium* becomes a necessity and this is found in *Dig* 48, 5, 6, *Dig* 48, 5, 35(34) and *Dig* 50, 16, 101. From these texts the following conclusion may be drawn. Although *adulterium* and *stuprum* were indiscriminately used, *adulterium* was committed on a married woman while *stuprum* was committed on virgins and widows. Thus, *adulterium* differed from adultery in the modern sense in that it could only be committed by and on married women.¹²

From the various kinds of carnal union outside wedlock, the *lex Julia de adulteriis* lifted *adulterium* and *stuprum* from the private sphere and placed them in the sphere of criminal law, leaving fornication and *concubinatus* as the only extramarital heterosexual activities which remained unpunished. As fornication is intercourse with public women against consideration,¹³ a further deduction leads to the conclusion that *concubinatus* was a sexual union between a married or unmarried man and a woman who was neither virgin, married, widowed or a prostitute. To find a description of this type of woman is not easy but an indication can be found in *Dig* 25, 7, 3 (Marcianus libro duodecimo institutionum) *In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. Alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.*

Therefore, women *in quas stuprum non committitur* were slaves as well as certain stigmatised unmarried free women.¹⁴ However, the traditional point of view that the Augustan legislation produced and promoted the institution of concubinage by introducing numerous new impediments on marriage¹⁵ is erroneous. The emperor's attempts were aimed at promoting rather than impeding marriage¹⁶ and in this context the probabilities tend in the direction of removing bans to marriage. The only impediments August introduced related to the marriage of members of the senatorial class,¹⁷

12. *Cod* 9, 9, 1. Csillag 180, 197; Hartmann, R E I 432 s v *Adulterium*; Jonkers 7 n 2; Mommsen *Strafrecht* 688 sq, 694.

13. *Dig* 23, 2, 41, pr; 23, 2, 43. *Cod* 9, 9, 22. Csillag 181.

14. *Dig* 25, 7, 1, 1; 25, 7, 1, 2; 25, 7, 3, pr; 48, 5, 6, pr; 48, 5, 11(10), 2; 48, 5, 14(13), 2; *Cod* 5, 5, 7, 9, 9, 22; 9, 9, 24; *PS* 2, 26, 11; 2, 26, 16. Csillag 144, 181; G Castelli *Scritti Giuridici* Milano 1923 142 sqq; Kaser I 328; Mommsen *Strafrecht* 691 sq; S Solazzi, Il concubinato con l'obscuro loco nata, 13-14 (1947-48) SDHI 269-277.

15. Biondi 590; Bonfante 315 sq; Buckland 128; Castello 73 sqq; Csillag 98; P Jörs W Kunkel L Wenger *Römisches Recht* Berlin 1949, 282; Kaser I 319, 328; Spruit 15; Meyer 23 sqq; F Schulz *Classical Roman law* Oxford 1951, 137 sq; Thomas 433; van Oven 454, 474. This opinion is based on *UR* 13, 2 which text is strongly suspected of postclassical adaptation. See also *infra* n 17.

16. Cf *Dig* 23, 2, 23. Csillag 96 sq; Corbett 33; Kaser I 319 sq; B Kübler 17 (1896) ZSS RA 359 sq; Kunkel, R E XIV 2268 s v *Matrimonium*; Kunst II 53 sq; Meyer 20; Spruit 9 sq; Van Warmelo *Inleiding* 71.

17. *Dig* 23, 2, 16, pr; 23, 2, 23; 23, 2, 27; 23, 2, 42, 1; 23, 2, 43, 10; 23, 2, 44, pr; 23, 2, 44, 1; 23, 2, 49; 23, 2, 58; 24, 1, 3, 1; *Cod* 5, 4, 15; 5, 4, 28; 5, 5, 7; 5, 27, 1. All these texts are explicit

which formed a tiny segment of the population. In other words, the Augustan legislation was aimed at encouraging the citizen to procreate legitimate children and introduced a system of penalties and rewards¹⁸ to achieve this goal. Moreover, sexual relations outside marriage, which threatened the purpose of the legislation, were subjected to penalties but prostitution and concubinage were not seen as threats to marriage or morals.

Concubinage was only possible with a certain type of woman,¹⁹ it was irrelevant whether the man was married or not;²⁰ more than one concubine could be had at the same time²¹ and it follows that *concubinus* and *concubina* did not have to live together as husband and wife. The *concubina* can more appropriately be compared to a mistress.

However, the Augustan legislation did not achieve its goals and its provisions did not obtain efficacy.²²

Furthermore, in post-Augustan legislation new marriage impediments appeared²³ and the close relationship between marriage and dowry²⁴ were factors which contributed to a situation where an increasing number of people could not marry or did not bother to marry. These *de facto* households, as well as the mistress, inevitably came into contact with the legal system. The following questions arose: What was the position regarding a donation to a concubine,²⁵ or a legacy to a concubine;²⁶ was the *stipulatio* wherein a wife had stipulated a penalty if the husband retook a concubine during their marriage valid;²⁷ was there an age limit for a concubine;²⁸ can a concubine have *honor matrisfamiliae*;²⁹ is *adulterium* or *stuprum* possible against a

but nevertheless the legal literature on the subject is inclined to construe an Augustan restriction to the marriage of *ingenui*. Bonfante 277 sq; Castello 106-138; Corbett 34 sq; Csillag 98; Kaser I 319, 328; Meyer 23. These authors base their point of view on UR 13,2, since no other text gives credence to this opinion. See also *supra* n 15.

18. Astolfi 77 sq; Csillag 146-175; Kaser I 320 sq; Kunst II 54; Spruit 8 sq, 16 sqq, 28 sqq; Van Oven 454 sq; van Warmelo *Inleiding* 72.

19. See *supra* n 14. Meyer 26 sq.

20. *Dig* 45, 1, 121, 1. Kaser I 329; Schulz *Classical Roman law* 138; *contra*: Castello, Csillag, Jonkers, Meyer, Spruit et al who all define *concubinatus* as a durable monogamous relationship between a man and a woman.

21. Biondi 590; Kaser I 329; Schulz *Classical Roman law* 138; *contra*: Castello, Csillag, Jonkers, Meyer et al see *supra* n 20.

22. Csillag 199 sqq; Kunkel, R E XIV 2268 s v *Matrimonium*; Kunst II 54; Spruit 32 sqq; Van Oven 455, 475.

23. *Dig* 23, 2, 36; 23, 2, 38, pr; 23, 2, 57; 23, 2, 59; 23, 2, 63; 23, 2, 65; 23, 2, 66; 24, 1, 3, 1, 48, 5, 7; *Cod* 5, 4, 6; 5, 6, 7; Biondi 581; Buckland 128; Castello 138 sqq; Corbett 39 sqq; Jonkers 41; Kaser I 317; Kunkel, R E XIV 2267 sq s v *Matrimonium*; Meyer 63.

24. *Dig* 23, 2, 19; 23, 3, 2; 23, 3, 3; 37, 6, 6; *PS* 2, 21B, 1; *Cod* 1, 5, 19, 3; 5, 12, 14; 5, 17, 11, pr. Buckland 107, 107 n 5; Corbett 152 sq; Csillag 92 sqq; Kaser I 332 sqq; Van Oven 457; Van Warmelo *Inleiding* 76.

25. *Dig* 24, 1, 3, 1; 39, 5, 31, pr.

26. *Dig* 32, 41, 5; 34, 9, 16, 1.

27. *Dig* 45, 1, 121, 1.

28. *Dig* 25, 7, 1, 4.

29. *Dig* 23, 2, 41, 1. The case of the *patronus*' concubine was treated differently as a result of the patron's rights. Cf Meyer 82-86.

concubine;³⁰ can a concubine live in concubinage with the son or grandson of her *ex-concubinus/patronus*³¹ and finally how does one distinguish between *concubinatus* between an unmarried man and a free woman and *matrimonium*?³²

The last question in particular indicates the direction in which *concubinatus* developed during the classical period. The main answer to these questions, however, remained the same, that is, that the only legal recognition attached to concubinage was that the parties were not guilty of the crimes of *stuprum* or *adulterium*. Their relationship, whichever form it took, was totally *de facto* without any legal consequences.

The abovementioned character of concubinage ended in 326 AD when Constantine enacted that *Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere*.³³

This constitution deserves more attention than is traditionally granted to it.³⁴ Rather than a confirmation of the *status quo*, it must be regarded as an attempt to steer the sexual *mores* of certain segments of the population in a new direction, namely monogamy in the sense of one woman at a time. The imperial edict must, therefore, be seen in a new light as a continuation of the attempt to eliminate the custom of polygamy within the empire.³⁵ Therefore *Cod* 5, 26, 1, should be read in conjunction with *Cod* 9, 9, 18, pr, *Cod* 5, 5, 2 and *Cod* 1, 9, 7. Geographical indication also leads in this direction, for instance, the promulgation of the *constitutio* in Caesarea. Furthermore, it must be noted that this *constitutio* was not inspired by Christianity, since it took the Church considerable time before a similar enactment was passed at the Council of Toledo in 400 AD.³⁶

Constantine enacted further legislation on the subject of concubinage in 336 AD when he introduced *legitimatio per subsequens matrimonium* as a unique method of legitimising the offspring of a concubinage by way of transforming this relationship into a marriage. This opportunity was, however, limited to existing concubinages and coupled with a ban on *adrogatio* of *liberi naturales*, donations to *concubina* and *liberi naturales* or any bequest to these parties.³⁷ Post-classical imperial legislation relating to concubinage was characterised by ambivalence. On the one hand we find the

30. *Dig* 25, 7, 3, 1; 34, 9, 16, 1; 48, 5, 14(13), pr.

31. *Dig* 25, 7, 1, 3; See also *Dig* 23, 2, 56 and *Cod* 5, 4, 4.

32. *Dig* 23, 2, 24; 24, 1, 32, 13; 25, 7, 4; 32, 49, 4; 39, 5, 31, pr; *Cod* 5, 4, 9. Meyer 86-89; Schulz *Classical Roman law* 139.

33. *Cod* 5, 26, 1 repeated by Justinian in *Cod* 7, 15, 3, 2 and *Nov* 89, 12, 5. See also *PS* 2, 20, 1.

34. For example Buckland 128; Castello 150 sqq; Jonkers 3 sqq; Meyer 28, 127; Van Oven 475. Cf also *supra* n 20.

35. Biondi 581; Csillag 208; J Gaudemet, Originalité et destin du mariage romain *L'Europa e il diritto romano Studi in memoria di Paolo Koschaker* II Milano 1954, 513 sq; Kaser I 315 n 35; Kunst II 70; L Mitteis *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* Leipzig 1891, 221 sqq; Mommsen *Strafrecht* 121, 121 n 3, 701.

36. Mansi 3, 1001. *Decr Grat* c 4 *Dist* 34.

37. *Cod* 5, 27, 1; 5, 27, 5. *Cod Theod* 4, 6, 2; 4, 6, 3; Bonfante 318 sq, 371 sq; Buckland 129; C Dupont, Les Constitutions de Constantin et le droit privé au début du IVe siècle *Studia Juridica* XVII Roma 1968, 123 sqq; Jonkers 60 sqq, 66; M Kaser *Das römische Privatrecht* II München 1975, 183 sq, 221; Meyer 128-133; Van Oven 475; Van Warmelo *Inleiding* 57.

repeated attempts to coax the concubinaries into marriage,³⁸ while on the other hand we encounter the granting of legal consequences to concubinage.³⁹

Finally, Justinian combined both approaches by granting, after trial and error, both *concubina* and her children abintestate succession rights against the *concubinus*;⁴⁰ redefining their position regarding donations and testate succession⁴¹ and finalising the various forms of legitimation applicable to the *liberi naturales*.⁴²

The repeated attempts of the imperial legislation to stamp out the custom of concubinage raise the following questions: Why did large parts of the population prefer concubinage above marriage and persist in this preference and why did the emperors continue their attempts to transform these concubinages into marriages? The answer should be found in the socio-economic politics of the eastern empire during these centuries rather than in the influence of Christianity. The population was organised into corporations of trades and professions and on each group oppressive burdens were imposed.⁴³ Hard hit were the urban middle class, the *curiales*,⁴⁴ and the rural population, the *coloni*.⁴⁵ There were insurmountable barriers between the groups and children had to remain in their father's group.⁴⁶ Thus, the only way to avoid a similar

38. *Cod* 5, 27, 5; 5, 27, 6; 5, 27, 7; Meyer 139-142; A Weitnauer *Die Legitimation des ausserehelichen Kindes im römischen Recht und in die Germanenrechten des Mittelalters* Basel 1940, 38 sqq.

39. *Cod Theod* 4, 6, 7 describes concubinage as a "... legitima coniunctio sine honesta celebratione matrimonii" and gives the expression *liberi naturales* a new meaning. The legal consequences of concubinage were, however, rather negative. Cf *Cod Theod* 4, 6, 4, which restored a limited right to give or leave property to the concubine or the child, while *Cod Theod* 4, 6, 5 abolished even this right. *Cod Theod* 4, 6, 6; 4, 6, 7 and 4, 6, 8 restored a varying limited right of donation and testation for the *concubinus*. Cf *Cod* 5, 27, 2 and *Nov* 89, 12; Jonkers 67; Kaser II 184; Meyer 134 sq; Weitnauer 39.

40. *Nov* 18, 5; 89, 12, 4; R Danieli, *Sul Concubinato in diritto giustiniano Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* III Napoli, 175-179; Kaser II 184, 220; Meyer 147 sq, 154 sq.

41. *Cod* 5, 27, 2; 5, 27, 8; *Nov* 18, 5; 89, 12. Jonkers 67; Kaser II 184; Meyer 143, 147, 154; Weitnauer 41.

42. *Cod* 5, 27, 9; 5, 27, 10; 5, 27, 11; *Nov* 12, 4; 18, 11; 74; 89; *Inst* 1, 10, 13; 3, 1, 2a. Bonfante 374 sq; Buckland 129 sq; Danieli 175-179; Jonkers 63, 69 sq, 96 sq, 102 sq; Kaser II 220 sq; F Kogler *Die Legitimation per rescriptum von Justinian bis zum Tode Karls IV* Weimar 1904, 11; Meyer, 148-152; E Volterra *Mélanges Philippe Meylan* I Lausanne 1963, 367-377; van Warmelo *Inleiding* 57; Weitnauer 41 sqq.

43. Aymard and Auboyer 538 sqq; Gaudemet *Institutions* 707, 709 sqq; Hermesdorf 230 sqq; O Karlowa *Römische Rechtsgeschichte* I Leipzig 1885, 913 sqq; Kornemann, R E IV 442 sqq s v *Collegium*; B Kübler *Geschichte des römischen Rechts* Leipzig 1925, 345 sqq; Kunkel *Römische Rechtsgeschichte* 125 sq; E Stein *Histoire du Bas-Empire* I, 1959, 16 sqq; P van Warmelo *Die oorsprong en betekenis van die Romeinse reg* Pretoria 1978, 112.

44. Aymard and Auboyer 539; Gaudemet *Institutions* 707 sqq; Hermesdorf 234; Jonkers 38 sq, 76 sqq; Karlowa II 898 sqq; Kübler 341 sqq; Kübler, R E IV 2343 sqq s v *Decurio*; Kunkel *Römische Rechtsgeschichte* 126; W Schubert, *Die rechtliche Sonderstellung der Dekurionen (Kurialen) in der Kaiser-gesetzgebung des 4.-6. Jahrhunderts*, 86(1969) ZSS RA 287 sqq; van Warmelo *Oorsprong* 111.

45. Aymard and Auboyer 548 sqq; Gaudemet *Institutions* 712 sqq; Hermesdorf 234 sq; Jonkers 73 sq; Karlowa II 918 sqq; Kübler 347 sqq; Kunkel *Römische Rechtsgeschichte* 126; Seeck, R E IV 497 sqq s v *Colonatus*; van Warmelo *Oorsprong* 112.

46. Aymard and Auboyer 539; Gaudemet *Institutions* 707; Hermesdorf 233; Jonkers 76; Karlowa II 914 sqq; Kübler 345; Kunkel *Römische Rechtsgeschichte* 125 sq; Schubert 86 (1969) ZSS RA 309 sqq; Stein I 18; van Warmelo *Oorsprong* 112.

burdensome existence for one's children was to procreate outside wedlock. Therefore, the continued popularity of concubinage in post-classical "Roman" society should be regarded as a way of evading the rigid vocational divisions and accompanying burdens.

Finally, it should be kept in mind that intimate human relationships are difficult to word and regulate. Even marriage was and is only partially reflected in the legislation regarding this topic. Therefore, the gap between legal rule and actual fact is always considerable in the law of persons. To this point should be added the circumstance that the literary as well as the legal sources of Roman life dealt mainly with the upper echelons of society relating the life and problems of the haves rather than the tribulations of the have-nots.

*Cicero as
a Legal Philosopher*

DH VAN ZYL

SC, Member of the Pretoria Bar

Cicero as a Legal Philosopher

DH VAN ZYL

INTRODUCTION

It is probably no exaggeration to say that more has been written about Cicero than about any other lawyer, ancient or modern. The reason for this interesting phenomenon is not difficult to find, since he was by far one of the most versatile and talented persons in an age which abounded in men of illustrious reputations. Not only was he a highly successful lawyer and orator, but also an idealistic statesman, who made a substantial contribution to Roman statesmanship and politics during a politically confused and confusing era. His greatest fame, however, may be attributed to his writings, rendered in beautiful classical Latin and characterised by simplicity on the one hand, and profound erudition on the other. The subjects on which he wrote were many and varied, the main categories thereof being rhetorical treatises, orations, philosophical treatises and letters, while he even saw fit to dabble in poetry.

Despite the widespread recognition, both laudatory and critical, which Cicero has enjoyed in many spheres, he has not always received recognition as a philosopher of law. Certainly his philosophical works have served to categorise him as a philosopher in general terms, but it was as a legal philosopher that he perhaps played his most important role in the field of philosophy. Throughout his works — and this is not restricted to his philosophical works — his particular approach to law, its practice, ethics and philosophy, runs like the proverbial golden thread.¹

1. CICERO'S DEVELOPMENT AS A LEGAL PHILOSOPHER

Marcus Tullius Cicero was born on 3rd January 106 BC at Arpinum, a small town in Volscian territory some 100 kilometres south-east of Rome. At an early age he was sent to Rome to commence his education and he soon developed into one of the most gifted personalities ever to grace the eternal city of Rome. He matured in, and ex-

1. It is, one may hope, most fitting and appropriate that this modest contribution on Cicero as a legal philosopher should be dedicated to Paul van Warmelo, who has devoted the greater part of his life to studying, teaching and expounding the intricacies and beauties of Roman law, legal history and legal philosophy.

perienced one of the most exciting periods of Roman history, namely the dying years of the Republic, when Pompey, Caesar, Crassus, Mark Anthony and the budding Octavian (the later Emperor Augustus) were household names, held in awe and reverence by the expectant populace of that vast Italian metropolis.²

At an early age Cicero was brought into contact with Greek culture, literature and philosophy by the Greek poet Archias, while he presumably studied the art of oratory under Apollonius Molo of Rhodes. His interest in rhetoric and philosophy, however, was chiefly inspired by Philo the Academic and Diodotus the Stoic. It is not unlikely that he received some grounding in Epicureanism from Phaedrus, but it would appear that he required little prompting to reject this school of thought out of hand. For the most part, Cicero prided himself on being an Academic, the name given to adherents of Plato's famous Academy, but his interest in other schools of thought besides that propounded by the Academics has prompted his being referred to as an eclectic, who allowed himself to be influenced by more than one philosophy. This may be attributed to his educational peregrinations to Greece, where he studied under Antiochus of Ascalon (a Stoic), Asia, where he sat at the feet of Xenocles of Adramyttium, Dionysius of Magnesia and Menippus, the Carian (all famous rhetoricians), and Rhodes, where he was taught oratory by Apollonius and philosophy by Poseidonius. Tradition has it that Apollonius once asked Cicero to declaim in Greek, which he did, whereupon Apollonius remained silent for some time before saying:

"Certainly, Cicero, I congratulate you and I am amazed at you. It is Greece and her fate that I am sorry for. The only glories that were left to us were our culture and our eloquence. Now I see that these two are going to be taken over in your person by Rome."³

Cicero's legal and political career undoubtedly played an important role in his development as a legal philosopher. The starting point of his career as an orator and advocate was, perhaps, the speech *Pro Sexto Roscio Amerino*, which he delivered in 80 BC and by means of which he succeeded in exposing the corruption of Sulla's administration without implicating Sulla directly. This was the first of some fifty-eight extant speeches, most of which were concerned with the defence of clients and were striking examples of Cicero's art of advocacy. On the other hand he was also responsible for certain "political" speeches, such as the *Pro lege Manilia* of 66 BC, which dealt with the command of Pompey against Mithridates and the "Philippics," in which he launched a virulent attack on the political and personal excesses of Mark Anthony and which were the direct cause of Cicero's proscription by the Second Tri-

2. Biographical and specialist works on Cicero abound. Among the more recent publications mention may be made of: J Petersson *Cicero, A Biography* (1963); TA Dorey (ed) *Cicero* (1965); RE Smith *Cicero, The Statesman* (1966); AE Douglas *Cicero* (1968); M Gelzer *Cicero: Ein biographischer Versuch* (1969); EG Sihler *Cicero of Arpinum: A Political and Literary Biography* (1969); K Büchner *Das neue Cicerobild* (1971); DR Shackleton Bailey *Cicero* (1971); D Stockton *Cicero: A Political Biography* (1971); E Rawson *Cicero, A Portrait* (1975); SL Utchenko *Cicerone e il suo tempo* (1975); TN Mitchell *Cicero, The Ascending Years* (1979).
3. Plutarch's life of Cicero (p 280 of R Warner's translation in Penguin Classics). See further RN Wilkin *Eternal Lawyer. A Legal Biography of Cicero* (1947) 1-27.

umvirate in 43 BC. Cicero on occasion also acted as a prosecutor, his most famous speeches in this role being the *In Verrem* of 70 BC, in which he exposed Verres for his maladministration of Sicily and in which he dealt the famous leader of the Roman bar, Hortensius, who was acting on behalf of Verres, a resounding defeat, and the *In Catilinam* of 63 BC, in which he attacked the dissolute young aristocrat, Catiline, for attempting to bring about the downfall of Rome. The death sentence imposed on Catiline and his followers as a result of this speech led to Cicero's banishment from Rome for some sixteen months during the period 58-57 BC. This was a depressing come-down for a man who had successfully followed the *cursus honorum* (*quaestor* in 75 BC, *curulis aedilis* in 70 BC, *praetor* in 66 BC and *consul* in 63 BC) and had achieved great success as a lawyer and orator.

Throughout his political and legal career, Cicero amply illustrated his hatred of the Roman oligarchy and the despotism of Sulla and other dictators, such as Pompey and Caesar. Yet the very Pompey and Caesar were, towards the end of his career, to create in him the greatest confusion and frustration at a time when he was called upon to decide whom he was to support. He preferred Pompey, because of his ostensible attachment to Republican principles, but he soon realised that Caesar had far more potential and would probably emerge victor in the event of confrontation between the two generals. As champion of the Equestrian (*equites*) and Popular Order (*populares*), Cicero directed his attention to the union of such order and the senatorial aristocracy (*optimates*) (the so-called *concordia ordinum*), an ideal which never achieved fruition. Yet his indecision in respect of his relationships with Pompey and Caesar caused him to vacillate politically and might have been among the cardinal reasons for his turning to the writing of rhetorical and philosophical works.⁴

Certain aspects of his private life likewise urged Cicero to pursue his philosophical bent, such as his unhappy marriage to Terentia, from whom he was later divorced, the premature death of his beloved daughter, Tullia, and the disappointment in his son, Marcus, who appears to have been particularly lazy and unresourceful. The estrangement from Terentia was followed up by estrangement from his brother Quintus, while his second marriage, to the youthful Publilia, was shortlived, ostensibly because of her lack of sympathy with Cicero in his bereavement after the death of Tullia, but more probably because he was frustrated and unhappy at the thought that his ideal, the continued existence of the Roman Republic, was dead.⁵

4. On Cicero's legal and political career see in general LA Thompson "Cicero the Politician" in *Studies in Cicero* (1962) 35-79; HH Scullard "The Political Career of a 'Novus Homo' " in TA Dorey *Cicero* (1965) 1-25; F Wieacker *Cicero als Advokat* (1965); R Heinze "Cicero's politische Anfänge" in Heinze *Vom Geist des Römertums* (1972) 87-140; FR Cowell *Cicero and the Roman Republic* (1973) 219-269; E Badian *Cicero as a Politician* (1974); M Bellincioni *Cicero politico nell'ultimo anno di vita* (1974); CA Classen "Cicero, the Laws and the Law-Courts" in *Latomus* 37 (1978) 598-619.

5. Cicero's private life and *modus vivendi* are dealt with in most biographies of the man (see n 2 above). See further J Carcopinod *Les secrets de la correspondance de Cicéron* (1974); J Graff *Ciceros Selbstauffassung* (1963); JPV D Balsdon "Cicero the Man" in TA Dorey *Cicero* (1965) 171-214; G Boissier *Cicéron et ses amis* (1970); WC McDermott "Cicero. The Human Side" in *The Classical Bulletin* 49 (1972) 17-25.

2. THE EVOLUTION OF CICERO'S LEGAL PHILOSOPHY

In order to evaluate Cicero's legal philosophy and its evolution it may be appropriate to make certain observations in respect of his philosophy of life on the one hand and his political philosophy on the other.

2.1 Philosophy of Life

Cicero's philosophy of life was rooted in his youthful encounters with the various philosophies which had emerged from Greek and Asian culture. Endowed with a serious, yet curious and searching nature, he avidly read and studied all he could on the meaning of life and human nature, whereafter he set about formulating, in his own words, the ideas and thoughts produced by such reading and study.

As a youthful, yet highly promising, orator and lawyer, Cicero realised the value of philosophy as a means to achieving success.⁶ Yet despite his early interest in philosophy, it was not until late in his life that he turned to the serious writing of philosophy. The decade from approximately 54 to 44 BC witnessed the creation of his major philosophical works, namely the *De re publica*, *De legibus*, *De finibus bonorum et malorum*, *De natura deorum*, *De officiis*, *Tusculanae disputationes*, *De divinatione* and *Academica*. It was also the period in which he produced those gems on friendship and old age, known to every incipient Latin scholar, namely the *De amicitia* and *De senectute*.⁷

The golden thread running through all Cicero's thoughts and ideas on philosophy was the need to achieve the "greatest good" (*summum bonum*) by the application of the cardinal virtues, by the leading of a virtuous, moral and ethically correct life, by bringing man back to his true nature (*natura*) in conformity with reason, justice and equity. He was hence, essentially, a moralist and an idealist, who linked his philosophy of life inextricably to his approach to law and government. In certain respects he inclined to stoicism, by propagating that virtue alone was required for achieving happiness, yet, in peripatetic manner, he was unable simply to dismiss the value of external goods as manifestations of and means of acquiring happiness. The opposing schools of thought pertaining in his time may have caused a certain scepticism in him, but this was countered by his unfailing belief in the strength of moral values and judgment. Such moral values are the fruits of man's nature and are established by general acceptance (*consensus omnium* or *gentium*). He had an implicit belief in the individuality of mankind and in its freedom to recognise its rights and

6. *Orator* 14.43.46; *De inventione* 1.1.1.

7. There is an abundance of literature on Cicero's general philosophy of life, amongst which reference may be made to A Litman *Cicero's Doctrine of Nature and Man* (1930); HAK Hunt *The Humanism of Cicero* (1955); J Ferguson "Cicero's Contribution to Philosophy" in *Studies in Cicero* (1962) 97-111; AE Douglas "Cicero the Philosopher" in TA Dorey *Cicero* (1965) 135-170; W Medeiros "Cicero filósofo" in *Romanitas* 10 (1970) 131-140; O Gigon "Cicero und die griechische Philosophie" in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* 1.4 (1973) 226-261; W Görler *Untersuchungen zu Ciceros Philosophie* (1974); PL Schmidt "Cicero's Place in Roman Philosophy: A Study of his Prefaces" in *Classical Journal* 74 (1978-1979) 115-127; G Partzig "Cicero als Philosoph, am Beispiel der Schrift De Finibus" in *Gymnasium* 86 (1979) 304-322.

duties, in respect of which decisions could be made without recourse to the gods or to fate. This does not, however, mean that he had no religious convictions of his own: in accordance with Stoic doctrine, he believed that all human beings possess some spark of divinity within themselves. It is this divine spark which allows man to develop the faculty of reason and which binds him to his fellow man in an orderly society. In his doctrine of nature and man, Cicero, in contrast with the Stoics and Epicureans, averred that nature was inherent in man and was, in fact, arranged in his interest. The good man is then one who follows nature in his effort to achieve happiness and the *summum bonum*. The social intercourse of such good men in turn leads to friendship.⁸

The cardinal virtues, derived from the Platonic doctrine and expressed by Cicero as the foundation of moral goodness (*honestum*) or virtue (*virtus*) may be summarised as wisdom (*prudentia* or *sapientia*), justice (*iustitia*), fortitude (*fortitudo*) and temperance (*temperantia*). In his treatise on duties, Cicero describes the fourfold sources of moral goodness as that which is concerned with, firstly, the perception and development of truth, secondly, the preservation of human society by attributing to each his own and adhering to the good faith required by contractual obligations, thirdly, the greatness and strength of an exalted and indomitable spirit, and fourthly, the moderation and temperance required for all orderly speech and deeds.⁹

Cicero's methodology in explaining his philosophy of life turns largely upon the use of definitions to express, in dialectic and dialogue form, certain moral and ethical concepts.¹⁰ Of vast importance in this regard is his emphasis on the virtue of *humanitas* – "humanity" in the sense of human fellowship and philanthropy. Clarke explains this concept graphically:

"Among the qualities comprehended in the Ciceronian idea of *humanitas* are kindness, helpfulness and consideration for others. *Humanitas* is joined with *clementia* and *mansuetudo*; it is contrasted with *severitas*. The word also implies tolerance, politeness, easy manners and the social graces generally; witty and polished conversation . . . belong essentially to *humanitas*.¹¹

8. See the important contribution of A Litman *Cicero's Doctrine of Nature and Man* (1930) 6-9, 20-21, 24-25 and 32-35. See also F Copleston *A History of Philosophy* 1.2 (1962) 163; K Vörlander *Geschiedenis van de Wijsbegeerte* 1 (1974) 140-141; RN Wilkin *Eternal Lawyer* (1974) 208-213; E Rawson *Cicero, A Portrait* (1975) 230-247. The latter points out, at 236, that "Cicero remained loyal to the outlook of the New Academy, as represented by Philo with certain eclectic, mainly Stoic, modifications." On *natura* as the basis for *virtus* see *De republica* 1.1; 1.2.2-3 and 1.7.12. See also G Liebers *Virtus bei Cicero* (1942).
9. *De officiis* 1.5.15: *Sed omne, quod est honestum, id quattuor partium oritur ex aliqua: aut enim in perspicientia veri sollertiaque versatur aut in hominum societate tuenda tribuendoque suum cuique et rerum contractarum fide aut in animi excelsi atque invicti magnitudine ac robore aut in omnium, quae fiunt quaeque dicuntur, ordine et modo, in quo inest modestia et temperantia*. See also *De inventione* 2.53.159: *Nam virtus est animi habitus naturae modo atque rationi consentaneus . . . Habet igitur partes quattuor: prudentiam, iustitiam, fortitudinem, temperantiam*.
10. J Ferguson "Cicero's Contribution to Philosophy" in *Studies in Cicero* (1962) 97-111.
11. ML Clarke *The Roman Mind. Studies in the History of Thought from Cicero to Marcus Aurelius* (1956) 135. See also J Mayer *Humanitas bei Cicero* (1951); JAK Hunt *The Humanism of Cicero* (1955); NI Barbu "De Ciceronis humanitate" in *Latinitas* 16 (1968) 9-21; P Boyancé "La réponse de l'humanisme cicéronien" in Boyancé *Etudes sur l'humanisme cicéronien* (1970) 342-350.

Numerous further concepts, almost all of which have some moral or ethical signification, occur in general philosophical context in Cicero's works, as will be pointed out below.¹²

2.2 Political Philosophy

As in the case of Cicero's philosophy of life, his political philosophy is of the utmost importance in understanding his approach to law and legal philosophy. As a political philosopher, Cicero strove to develop an ideal constitution for Rome and to achieve harmony between the popular and aristocratic orders (*concordia ordinum*). Under the leadership of the ideal statesman, Rome, as an ideal state, could effect the harmonious co-existence of all Italy (*consensus Italiae*). As a political philosopher Cicero was an eclectic, leaning particularly on Plato but also borrowing from Aristotle, Dicaearchus, Panaetius and Polybius.¹³

Cicero's *res publica* arises from man and his innate *natura*. As a "public thing", the state is something belonging to the people (*res populi*) and consists of a gathering of people linked by agreement as to law and by the needs of common utility. The need for a state is not to be attributed to man's weakness but rather to his natural gregariousness.¹⁴ Each community of people requires to be governed by some or other council which must needs arise from the state (*civitas*) itself.¹⁵

There are three forms of government, namely that granted to a single person or king (monarchy), that in the hands of a select few citizens (oligarchy or aristocracy) and that exercised by the whole body of citizens (democracy).¹⁶ Cicero himself believes that a fourth form of government, a mixture of the said three forms, is most acceptable.¹⁷ Where people wield the greatest power, there liberty (*libertas*), which

12. See par 2.3.3 below.

13. See in general on Cicero's political philosophy E Costa *Cicerone giureconsulto* (1927) 255-269; WW How "Cicero's Ideal in his 'De re publica'" in *Journal of Roman Studies* 20 (1930) 24-42; A Litman *Cicero's Doctrine of Nature and Man* (1930) 21-24; RN Wilkin *Eternal Lawyer* (1947) 213-223; V Pöschl *Römischer Staat und griechisches Staatsdenken bei Cicero* 1 (1962); TN Mitchell *Cicero's Ideas on Statesmanship as seen in his Speeches* (1966); WH Nicgorski *Cicero's Rhetorical Writings and Political Philosophy* (1966); JM Carter "Cicero: Politics and Philosophy" in *Cicero and Virgil* (1972) 15-36; A Heuss *Cicero's Theorie vom römischen Staat* (1976); A Ronconi "Cicerone e la costituzione romana" in *Studi ital fil clas* 54 (1982) 7-28; J Sprute "Rechts- und Staatsphilosophie bei Cicero" in *Phronesis* 28(1983) 150-176.

14. *De re publica* 1.25.39: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione societas. Eius autem prima causa coeundi est non tam imbecillitas quam naturalis quaedam hominum quasi congregatio.* On the concept *iuris consensu* see F Cancelli "'Iuris consensu' nella definizione ciceroniana di 'res publica'" in *Riv cult class* 14 (1972) 247-267.

15. *De re publica* 1.26.41: *Omnis ergo populus, qui est talis coetus multitudinis, qualem exposui, omnis civitas, quae est constitutio populi, omnis res publica, quae, ut dixi, populi res est, consilio quodam regenda est, ut diuturna sit. Id autem consilium primum semper ad eam causam referendum est, quae causa genuit civitatem.*

16. *De re publica* 1.26.42: *Deinde aut uni tribuendum est aut delectis quibusdam aut suscipiendum est multitudini atque omnibus.*

17. *De re publica* 1.29.45: *Itaque quartum quoddam genus rei publicae maxime probandum est sentio, quod est ex his, quae prima dixi, moderatum et permixtum tribus.*

must be the same for all (otherwise it does not merit the name of liberty), is in evidence.¹⁸ Law (*lex* or *ius*), again, is that which binds society, provided it applies equally to all citizens.¹⁹ When this form of equality and liberty is present, then the monarchy is the best basis for good government, provided that some authority be granted to the leading citizens while certain affairs should be left to the judgment and will of the people as a whole. Such a constitution (*constitutio*) will provide great equality (*aequalitas*) and stability (*firmitudo*).²⁰ Stability, Cicero points out later in his dissertation on the commonwealth, relies largely on religion (*religio*) and clemency or tranquility (*clementia*)²¹ and the monarchy as the basis for stable government is acceptable only if the safety, equality and tranquillity of the citizens are protected by the enduring power, justice and all-encompassing wisdom of the single ruler.²² In this way a harmony and concord of the popular and aristocratic orders (*concordia ordinum*) is achieved, subject thereto, however, that such concord cannot be brought about without justice (*sine iustitia nullo pacto esse potest*).²³

The ideal statesman should be a man of wisdom who is noted for his ability, virtue and excellence of life and character, a man who is familiar with law and justice and who should desire to create a happy life for his fellow citizens.²⁴ He is drawn from the ranks of the "best" citizens (*optimi*), who have been recognised as such after the harmony of the orders has broken down the previously existing distinction between *optimates* and *populares*. The persons, then, who look to the desires, interests and opinions of such citizens in governing the state, are numbered among the defenders of the *optimates* (in the sense of *optimi*) and are themselves among the most influential and famous of the *optimates*, being the leaders of the state (*principes civitatis*).

18. *De re publica* 1.31.47: *Itaque nulla alia in civitate, nisi in qua populi potestas summa est, ullum domicilium libertas habet; qua quidem certe nihil potest esse dulcius, et quae, si aequa non est, ne libertas quidem est.*

19. *De re publica* 1.32.49: *Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societates civium teneri potest, cum par non sit condicio civium? . . . iura certe paria debent esse eorum inter se, qui sunt cives in eadem re publica.*

20. *De re publica* 1.45.69: *Quod ita cum sit, ex tribus primis generibus longe praestat mea sententia regium, regio autem ipsi praestabit id, quod erit aequatum et temperatum ex tribus optimis rerum publicarum modis. Placet enim esse quiddam in re publica praestans et regale, esse aliud auctoritati principum inpartitum ac tributum, esse quasdam res servatas iudicio voluntatique multitudinis. Haec constitutio primum habet aequalitatem quandam magnam, qua carere diutius vix possunt liberi, deinde firmitudinem.* On this "equality" (*aequalitas*) see also *De re publica* 1.27.43; 1.34.53; 2.33.42-43; E Fantham "Aequalitas in Cicero's Political Theory, and the Greek Tradition of Proportional Justice" in *Classical Quarterly* 67 (1973) 285-290.

21. *De re publica* 2.14.27 with reference to king Numa Pompilius, who died after *duabus praeclarissimis ad diuturnitatem rei publicae rebus confirmatis, religione atque clementia*.

22. *De re publica* 2.23.43: *Is autem status, ut unius perpetua potestate et iustitia omnique sapientia regatur salus et aequalitas et otium civium.* Cf *op cit* 2.33.57: *aequalis haec in civitate compensatio sit et iuris et officii et muneris.*

23. *De re publica* 2.42.69. See also *op cit* 2.44.70: The ideal state should be "full of justice" (*plenam esse iustitiae*) and cannot function without the "strictest justice" (*sine summa iustitia*).

24. *De re publica* 2.41.68 – 2.42.69; 3.3.5; 5.35-36. See also *De legibus* 3.1.1-3.20.49 on the duties and functions of magistrates (*magistratus*), who likewise have to govern in accordance with what is correct, reasonable and in conformity with the laws.

As governors of the state, they are characterised by their striving for peace and tranquillity accompanied by dignity (*cum dignitate otium*). Those who desire this are all *optimates*, the topmost men and preservers of the state.²⁵

2.3 Legal Philosophy

After this brief exposé of Cicero's philosophy of life and political philosophy, attention may now be turned to his legal philosophy as such. An analysis of the primary sources of his philosophy relating to law, justice and analogous concepts, suggests that this subject may best be dealt with by referring, firstly, to Cicero's approach to justice and to the law of nature, secondly, to the concept of equity appearing in his works and, thirdly, to the moral and religious considerations which played a role in the development of his legal philosophy. In this regard it is generally accepted that, as in the case of his philosophy of life and political philosophy, Cicero was an eclectic, borrowing from Plato and Aristotle, from Panaetius and Poseidonius, from the Stoics and the New Academy.²⁶

It must be pointed out that Cicero did not recognise a clear distinction between public and private law. As Lombardi observes, the *ius publicum* was, originally, that which had been expressly established by the people and it is this concept which one encounters in Cicero as contrasted with the *ius privatum*, in the sense of the complex of norms and institutions established within the domain where the rules pertaining to legal relationships have been left to the will of the individual.²⁷

2.3.1 The Law of Nature: Law and Justice

Throughout his philosophical and other writings, Cicero evinced a high regard for nature (*natura*) as the foundation of law (*ius naturale (naturae)/lex naturae*), legal relationships and, for that matter, all forms of human intercourse. Law (*ius* or *lex*) in its various forms,²⁸ was inextricably linked to the concept of justice (*iustitia*) by

25. *Pro Sestio* 45.97-98: *Horum qui voluntati, commodis, opinionibus in gubernanda re publica serviunt, defensores optimatum ipsique optimates gravissimi et clarissimi cives numerantur et principes civitatis. Quid est igitur propositum his rei publicae gubernatoribus, quod intueri et quo cursum suum derigere debeant? Id quod est praestantissimum maximeque optabile omnibus sanis et bonis et beatis, cum dignitate otium. Hoc qui volunt, omnes optimates, qui efficiunt, summi viri et conservatores civitatis putantur.* On the concept *cum dignitate otium* see M Fuhrmann "Cum dignitate otium. Politisches Programm und Staatstheorie bei Cicero" in *Gymnasium* 67(1960) 481-500.
26. See in general in Cicero's legal philosophy and approach to law E Costa *Cicerone giureconsulto* (1927) 16-41; G Righi *La filosofia civile e giuridica di Cicerone* (1930); R Harder "Zu Ciceros Rechtsphilosophie" in *Atti Roma* 1(1934-1935) 169-176; MS Izquierdo "Cicerón, filósofo del derecho" in *Estudios Peguero* (1957) 35-40; O Robleda "Filosofía jurídica de Cicerón" in *Studi Biondi* 2 (1965) 467-482; J Blänsdorf "Griechische und römische Elemente in Ciceros Rechtstheorie" in *Würzburger Jahrb* (1976) 135-147; P Stein "The Sources of Law in Cicero" in *Ciceroniana* 3 (1978) 19-31; R del Re "La civitas omnium gentium nel pensiero etico e giuridico di Cicerone" in *Ciceroniana* 3 (1979) 157-159.
27. G Lombardi "Il concetto di ius publicum negli scritti di Cicerone" in *Rend ist lomb* 72 (1939) 465-483. See also F Serrao "Cicerone e la lex publica" in *Ciceroniana* 3 (1978) 79-110.
28. *Leges* were, in ordinary legal parlance, statutory enactments promulgated by the various forms of popular assembly. *Lex* is defined by Gaius in his *Institutiones* 1.3: *Lex est quod populus iubet atque constituit.* See DH van Zyl *History and Principles of Roman Private Law* (1983) 26-27.

virtue of nature and "right reason" (*recta ratio*). Cicero probably had more to say on the subject of law and justice as concomitants of the law of nature than on any other legal subject in his manifold and various works. At the same time the numerous commentators on Cicero's legal philosophy have written volumes on this subject, so that, for purposes of the present contribution, only the most cardinal aspects of Cicero's approach to this highly interesting legal debate, which has occupied the minds of lawyers and philosophers for a very long period of time, may be touched upon.²⁹

As a starting point it may be appropriate to allow Cicero himself to define his concept of "true law" as it appears in his discourse on the *res publica*:

"True law (*vera lex*) is indeed right reason (*recta ratio*) in conformity with nature (*natura*), pertaining to all people, constant and eternal; it calls to duty by commanding and by prohibiting, it deters from wrong-doing. Yet it does not command or forbid upright men in vain or have any effect on men of improbity by its bidding or veto. It is wrongful to abrogate this law nor is it permissible to derogate from any part thereof. Indeed, we are unable, by senate or people, to be rid of this law nor should any other exposition or interpretation thereof be sought. For there is not one law applicable to Rome and another to Athens, or one now and another later but all nations shall at all times be bound by one eternal and immutable law (*una lex et sempiterna et immutabilis*) and God will be the one common author, judge and promulgator of this law, in his role as master and ruler of all . . ." ³⁰

29. See in general M Voigt *Ius naturale* I (1856, reprint 1966) 185-226 and 542-546; E Costa *Cicerone giureconsulto* (1927) 16-41 and 193; A Litman *Cicero's Doctrine of Nature and Man* (1930) 10-35; RN Wilkin *Eternal Lawyer* (1947) 223-233; *idem*, "Cicero, Oracle of Natural Law" in *Classical Journal* 44 (1949) 453-456; H Dieter "Der iustitia-Begriff Ciceros" in *Eirene* 6 (1967) 69-81; T Mayer-Maly "Gemeinwohl und Naturrecht bei Cicero" in *Festschrift Verdross* (1960) 195-206; U Knoche "Ciceros Verbindung der Lehre vom Naturrecht mit dem römischen Recht und Gesetz" in Radke *Cicero, Ein Mensch seiner Zeit* (1968) 38-60; VT Tanzola *A Comparative Study of the Cardinal Virtues in Cicero's De Officiis and in Ambrose's De Officiis Ministrorum* (1975) 88-115; LM du Plessis *Die Juridiese Relevansie van Christelike Geregtigheid* (1978) 127-144; *idem*, *Westerse Regsdenke tot en met die Middeleeue* (1981) 118-120; RA Horsley "The Law of Nature in Philo and Cicero" in *Harvard Theological Review* 71 (1978) 35-59; H Th Johann *Gerechtigkeit und Nutzen. Studien zur ciceronischen und hellenistischen Naturrechts- und Staatslehre* (1981).
30. *De re publica* 3.22.33: *Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; qua tamen neque probos frustra iubet aut vetat nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est neque derogari ex hac aliquid licet neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpret eius alius nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus, ille legis huius inventor, disceptator, lator . . .* See also *De legibus* 2.4.8: *Hanc igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingeniis excogitatam nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia. Ita principem legem illam et ultimam mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut vetantis dei; ex quo illa lex, quam di humano generi dederunt, recte est laudata; est enim ratio mensque sapientis ad iubendum et ad deterrendum idonea.* In *De re publica* 1.17.27 he refers to the "common law of nature" (*communi lege naturae*).

From this definition it hence appears that Cicero sees law (*lex*) as divine, eternal, immutable and universal, with its roots solidly embedded in natural and rational principles. *Lex* in this sense is hence used in an extremely wide connotation and is not restricted to the statutory enactments of the various popular assemblies, as is its usual meaning in Roman law.³¹ Furthermore Cicero seems to equate *lex* and *ratio*, as appears to be confirmed in his famous definition of *lex* in his dissertation on the laws, in which *lex* is likewise equated with *prudentia*:

“... Law (*lex*) is the highest reason (*ratio summa*) embedded in nature, which commands what should be done and forbids the contrary. This same reason (*ratio*), when established and completed in the mind of man, is law (*lex*). And so it is believed that law is wisdom (*prudentia*), which has the power to bid rightful conduct and to forbid wrongdoing . . .”³²

Elsewhere we are told that this *ratio* emanated from the nature of things, impelling men to act rightfully and deterring them from wrongdoing. This *ratio* did not become *lex* when it was reduced to writing but only when it came into existence simultaneously with the divine mind. Hence the true and original law (*lex vera atque princeps*), fashioned to command and forbid, is the right reason (*ratio recta*) of the supreme Jupiter, the king of the gods.³³ Since there is nothing better than reason (*ratio*), which is present in both man and God, it is in fact the first thing which man shares with God. Where reason, however, is a common attribute, so also is right reason (*recta ratio*), which is the same as law (*lex*), so that men likewise share law with the gods. And where there is a community of *lex*, so also is there a community of *ius* and such persons are considered to be members of the same state (*civitas*).³⁴

In this way Cicero apparently distinguishes between *lex*, in a wide sense, and *ius* in the narrow sense as that which relates more particularly to the law of members of a state (*civitas*). This distinction, however, is not always clear and it more often than not appears to be a correlation rather than a distinction, since *ius* and *lex* are frequently dealt with on a par, if not interchangeably. Thus he avers that *lex* is the bond linking citizens in a social context and *ius* is on a par with *lex*, so that citizens,

31. See n 28 above.

32. *De legibus* 1.6.18: . . . *Lex est ratio summa insita in natura, quae iubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria. Eadem ratio cum est in homines mente confirmata et confecta, lex est. Itaque arbitrantur prudentiam esse legem, cuius ea vis sit, ut recte facere iubeat, vetet delinquere . . .* See also *De legibus* 1.7.22, where *ratio* is equated with *sapientia*.

33. *De legibus* 2.4.10: *Erat enim ratio profecta a rerum natura et ad recta faciendum inpellens et a delicto avocans, quae non tum denique incipit lex esse, cum scripta est, sed tum, cum orta est; orto autem est simul cum mente divina. Quam ob rem lex vera atque princeps apta ad iubendum et ad vetandum ratio est recta summi Iovis. Cf Pro Milone 10: Est igitur haec, iudices, non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus . . .*

34. *De legibus* 1.7.23: *Est igitur, quoniam nihil est ratione melius eaque est et in homine et in deo, prima homini cum deo rationis societas; inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio communis est; quae cum sit lex, lege quoque consociati homines cum dis putandi sumus. Inter quos porro est communio legis, inter eos communio iuris est; quibus autem haec sunt inter eos communia, et civitatis eiusdem habendi sunt.*

to remain thus linked, should likewise be equal. For what, he says, is a state (*civitas*) other than a community based on *ius*?³⁵ Elsewhere he states that the starting point of *ius* derives from *lex*, since *lex* is the force of nature, the mind and reason (*ratio*) of the wise man and the guiding principle of right (*ius*) and wrong.³⁶ In this last passage *ius*, in the general sense of "law", is distinguished from *ius* in the sense of "rightfulness" as opposed to "wrongfulness" (*iniuria*). He continues, however, by pointing out, in the same text, that *lex* is popularly defined as that which is sanctioned by writing and which occurs in the form of command and prohibitions, as it may be desired. The origin of *ius*, however, derives from that supreme *lex* which came into existence before any written law did or before any state had been established.³⁷ This is in accordance with his distinction between individual *leges*, in the sense of statutory enactments, and *lex* in the sense of the general law of nature from which individual rights (*iura*) are derived and in accordance with which they are defined.³⁸ From this it appears that, in legal philosophical context, *ius* has a general meaning, relating to the body of law pertaining in a particular state which itself is rooted in nature and is hence on a par with *lex*.³⁹ This is then to be distinguished from *ius* in the sense of a legal right or right as opposed to wrong. It is this *ius*, Cicero says, which people share and communicate in accordance with the tenets of nature, for persons who have received right reason (*recta ratio*) from nature, have also received *lex* and if they have *lex* they also have *ius*: since all persons have been endowed with *ratio*, all persons also have *ius*.⁴⁰ In this way Cicero formulates an inextricable link between *ratio* (*recta*), *lex* and *ius*, all of which concepts are derived from nature.

In general terms the *lex* or *ius* derived from nature (*ius naturale* or *lex naturae*) may be described as unwritten law (*lex non scripta*), as opposed to the written law (*lex scripta*) which forms the basis of the positive law of a state, referred to at Rome

35. *De re publica* 1.32.49: *Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societas civium teneri potest cum par non sit condicio civium? . . . Iura certa paria debent esse eorum inter se, qui sunt cives in eadem re publica. Quid est enim civitas nisi iuris societas?*

36. *De legibus* 1.6.19: . . . a lege ducendum est iuris exordium; ea est enim naturae vis, ea mens ratione prudentis, ea iuris atque iniuriae regula.

37. *Loc cit*: *Sed quoniam in populari ratione omnis nostra versatur oratio, populariter interdum loqui necesse erit et appellare eam legem, quae scripta sancit, quod vult, aut iubendo aut prohibendo, ut vulgus appellat. Constituendo vero iuris ab illa summa lege capiamus exordium, quae saeculis omnibus ante nata est quam scripta lex ulla aut quam omnino civitas constituta.*

38. *De legibus* 2.4.8: *Videamus igitur rursus, prius quam adgrediamur ad leges singulas, vim naturamque legis, ne, cum referenda sint ad eam nobis omnia, labamur interdum errore sermonis ignoremusque vim rationis eius, qua iura nobis definienda sint.*

39. *De legibus* 1.6.20: . . . repetam stirpem iuris a natura; *op cit* 1.10.28: . . . natura constitutum esse ius; *op cit* 1.12.34: . . . ius in natura esse positum intellegi possit; *op cit* 1.13.35: . . . ex natura ortum esse ius; *op cit* 1.13.36: . . . natura esse ius; *op cit* 1.15.43: . . . natura fundamentum iuris est. Cf *op cit* 2.25.62: 3.1.3; 3.18.42.

40. *De legibus* 1.12.33: *Sequitur igitur ad participandum alium alio communicandumque inter omnes ius nos natura esse factos . . . Quibus enim ratio natura data est, isdem etiam recta ratio data est, ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando; si lex, ius quoque; et omnibus ratio; ius igitur datum est omnibus. Cf op cit* 1.15.42.

as the *ius civile*.⁴¹ The *ius civile* may hence be regarded as man-made law in contradistinction to the *ius naturae* which is the divine law of nature. In the *Topica* Cicero defines *ius civile* as “the equity constituted for those who belong to the same state so that each may secure his own.”⁴² It occurs in various forms, namely law (*leges*), resolutions of the senate (*senatus consulta*), judicial decisions (*res iudicata*), the authority of legal experts (*auctoritas iurisperiti*), edicts of magistrates (*edicta magistratuum*), custom (*mos*) and equity (*aequitas*).⁴³ In another text he makes a general tripartite division of the *ius civile* into *lex*, *mos* and *aequitas*, thereby broadening the concept of *lex* to include all written enactments, judgments and opinions of jurists.⁴⁴ The term *aequitas* will be dealt with below.⁴⁵ The *ius naturae* is applicable to all mankind whereas the *ius civile* is restricted to the inhabitants of a particular state, although it must be remembered that the *ius civile* itself is at least partially derived from nature and hence has this in common with the *ius naturae*.⁴⁶

Even closer to the *ius naturae* is the so-called “law of nations” or *ius gentium*, which apparently takes an intermediate position between the *ius civile* and the *ius naturae*. Where a *ius civile* of various states coincides, such law is simultaneously *ius gentium*, in the sense that it is common to all nations (*gentes*). All *ius gentium*, says Cicero, is in fact *ius civile* but not *vice versa*.⁴⁷ Justice (*iustitia*) is one of the cardinal virtues dealt with at length by Cicero in various works, but more particularly in the *De officiis*. According to him the preservation of the society and communal life of men rests on two pillars, namely justice (*iustitia*) and kindness (*beneficentia*), the latter also sometimes being referred to as benevolence (*benignitas*) or liberality (*liberalitas*). The first task of justice is to prevent one man from harming another, unless the former has been wrongfully provoked, and the second is to induce men to use common property for common interests and private property for themselves.⁴⁸ In another text we are told that justice teaches one to spare all people to act in the interests of the human race, to give each his due (*suum cuique reddere*) and to keep one’s hands off sacred or public property, or off that which belongs to another.⁴⁹

41. Costa *op cit* 17-18. See also the definition of *ius naturae* in *De inventione* 2.53.161: *naturae ius est quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis inest* . . .

42. *Topica* 2.9: *Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas*.

43. *Topica* 5.28: *Ius civile . . . in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat*.

44. *Topica* 7.31: *ius in legem, morem, aequitatem dividat*.

45. See par 2.3.2 below.

46. Costa *op cit* 22-24.

47. *De officiis* 3.17.69: *Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile, non idem, continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet*. Cf *op cit* 1.17.53; *De partitione oratoria* 37.130. See also Voigt *op cit* 213-219 and 542-546; Costa *op cit* 25-27.

48. *De officiis* 1.7.20: *De tribus autem reliquis latissime patet ea ratio, qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur; cuius partes duae, iustitia, in qua virtutis est splendor maximus, ex qua viri boni nominantur, et huic coniuncta beneficentia, quam eandem vel benignitatem vel liberalitatem appellari licet. Sed iustitiae primum munus est, ut ne cui quis noceat, nisi lacessitus iniuria, deinde ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis*. Cf *op cit* 1.10.31.

49. *De re publica* 3.15.24: *iustitia autem praecipit parcere omnibus, consulere generi hominum, suum cuique reddere, sacra, publica, aliena non tangere*. Cf *De finibus* 5.23.67.

As in the case of *lex* and *ius*, *iustitia* is rooted in nature, as appears from the textbook definition of *iustitia* given in the *De inventione*:

*"Iustitia is a state of mind which preserves the common good by recognising the dignity of all men. Its conception proceeded from nature whereafter certain principles became customary by virtue of convenience. Eventually the principles arising from nature and those approved by custom were sanctioned by the fear of laws and religion."*⁵⁰

Iustitia is also closely related to other virtues, such as good faith (*fides*), which in turn is described as constancy and truth in respect of promises and agreements.⁵¹ It is likewise the basis of honourable conduct, "since nothing can be honourable (*honestum*) when it is lacking in *iustitia*."⁵² Hence it is not strange that Cicero refers to *iustitia* as "a virtue which is the mistress and queen of all virtues."⁵³

2.3.2 Equity

During Cicero's time the Roman magistrate known as the *praetor* played an extremely important role in making the strict *ius civile* more flexible by granting remedies in cases where equity (*aequitas*) and good faith (*bona fides*) required it. Thus he granted actions on analogous facts (*actiones in factum*) and actions where the principles of equity and reasonableness demanded it (*actiones utiles*).⁵⁴ The importance of *aequitas* became an accepted fact in Roman law⁵⁵ and Cicero was not slow in recognising this fact in his discussion of law and legal philosophy.⁵⁶

As pointed out above, Cicero defines *ius* as "the equity constituted for those who belong to the same state so that each may secure his own" and he divides the concept *ius* into *lex*, *mos* and *aequitas*.⁵⁷ This link between *ius* and *aequitas* occurs frequently, but it is not restricted thereto.⁵⁸ It is also encountered in respect of *lex*, which Cicero

50. *De inventione* 2.53.161: *Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem. Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. Cf De officiis 3.5.24 and 3.6.27.*

51. *De officiis* 1.7.23: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas.*

52. *De officiis* 1.19.62: *nihil enim honestum esse potest, quod iustitia vacat. Cf op cit 1.25.86.*

53. *De officiis* 3.6.28: *haec enim una virtus omnium est domina et regina virtutum.*

54. AHJ Greenidge *The Legal Procedure of Cicero's Time* (1971) 202; DH van Zyl *History and Principles of Roman Private Law* (1983) 30-31.

55. Ulpian quotes Celsus' definition of law in D 1.1.1pr: *nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. See also D 50.17.90: In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.*

56. See in general on Cicero and equity M Voigt *Ius Naturale* 1 (1856), 529-541; E Costa *Cicerone giureconsulto* (1927) 29-30; 39-40; O Robleda 'La 'aequitas' en Cicerón' in *Humanidades* 2 (1950) 31-57; B Riposati 'Una singolare nozione di 'aequitas' in Cicerone' in *Studi Biondi* 2 (1965) 445-465; A Zamboni 'L'aequitas in Cicerone' in *Archivio giuridico* 170 (1966) 167-203; G Ciulei *L'Equité chez Cicéron* (1972).

57. See notes 42-44 above.

58. See eg *De legibus* 1.18.48: *omnes viri boni ipsam aequitatem et ius ipsum amant; De officiis* 2.12.41; *De partitione oratoria* 28.100.

refers to as the *fons aequitatis*,⁵⁹ and likewise in respect of *iustitia*.⁶⁰ All these concepts, indeed, spring from nature, as Cicero explains, pointing out that friendship (*amicitia*) also finds its origin in nature.⁶¹ Nor is friendship the only virtue to be related to *aequitas*, but also virtues such as good faith (*fides*),⁶² and honour (*honestas*),⁶³ humanity (*humanitas*)⁶⁴ and goodness (*bonitas*).⁶⁵ Where there is doubt, he says, as to whether a thing is equitable or inequitable, it should not be done, since equity shines as a light on its own, whereas doubt indicates thoughts about wrong.⁶⁶

The most important passages in Cicero dealing with the concept of *aequitas*, relate to expositions of law in general and the correlation between various forms thereof. Hence in the *De partitione oratoria* it is discussed in Cicero's exposé of the "theory of law" (*ratio iuris*):

"This (the *ratio iuris*) is divided into two basic categories, namely nature (*natura*) and law (*lex*). The effectiveness of each of these divisions arises from divine law (*divinum ius*) and law (*humanum ius*) respectively, one of which relates to equity (*aequitas*), and the other to religion (*religio*). The force of equity, however, is twofold: on the one hand it rests on the direct principle of truth, justice and, as it is called, the fair and good (*aequum et bonum*) and on the other it pertains to the exchange of a recompense, which in the case of a kindness is called thanks and in the case of a wrong revenge.

These aspects are common to nature (*natura*) and to law (*lex*), but those principles which have been written and also those unwritten principles which have been preserved by the law of nations (*ius gentium*) or by the customs of the forefathers (*mos maiorum*), are peculiar to law (*lex*). A part of the written principles is private and a part public. The public portion refers to law (*lex*), senatorial resolutions (*senatus consultum*) and treaties (*foedus*), whereas the private relates to deeds, formal agreements and contracts by stipulation (*stipulatio*). These principles which are unwritten are observed either by custom or by agreements and, as it were, by consent of men. Moreover it has been particularly prescribed by natural law (*ius naturale*) that we should protect our customs (*mores*) and laws (*leges*). And since the sources of equity (*aequitas*) have, as it were, been briefly disclosed, we should consider, in regard to this class of cases, what should be said in orations relating to nature (*natura*), laws (*leges*) and the ancestral customs (*mos maiorum*), the working of and retribution for wrongful deeds and to every aspect of law (*ius*). If a person has carelessly, by force of necessity or by mistake, done anything which is not permissible, in the case of persons who have acted voluntarily and deliberately, an indulgence

59. *Pro Cluentio* 53.146. See also *De legibus* 1.6.19.

60. *De officiis* 1.16.50; *op cit* 1.19.64; *Topica* 23.90; *De finibus* 1.16.52; *op cit* 2.18.59.

61. *Academica* 1.6.23: *naturae, unde et amicitia exsistebat et iustitia atque aequitas*.

62. *De re publica* 1.3.55; *De officiis* 2.8.27; *De finibus* 1.16.52; *op cit* 2.18.59; *Academica* 2.8.23; *Pro Roscio Amerino* 41.119.

63. *Topica* 24.94.

64. *In Verrem* 2.2.35.86.

65. *De officiis* 1.16.50.

66. *De officiis* 1.9.30: *Quocirca bene praecipunt, qui vetant quicquam agere, quod dubites aequum sit an iniquum. Aequitas enim lucet ipsa per se, dubitatio cogitationem significat iniuriae*.

which is taken from several topics of *aequitas*, must be sought with a view to pleading forgiveness for that deed.”⁶⁷

Similarly in the *Topica* a somewhat briefer discussion of equity is initiated by an inquiry into “fair” and “unfair”:

“When the concepts of fairness (*aequum*) and unfairness (*iniquum*) are discussed, topics relating to equity (*aequitas*) come to the fore. These are divided into two categories, arising from nature (*natura*) and human institutions (*institutum*) respectively. Nature has two sides, namely the principle of rendering to each his own and the right of retribution. The institutions based on equity are threefold: the one relates to law, the next to agreements and the third to long established custom. Equity itself is said to have three sides: the one pertains to the gods of the upper world, the second to the gods of the lower world and the third to men. The first is called piety (*pietas*), the second sanctity (*sanctitas*) and the third justice (*iustitia*) or equity (*aequitas*).”⁶⁸

From this discussion it appears that Cicero has drawn generously from Greek sources, particularly Plato, Aristotle and the Stoic school.⁶⁹ By resorting to the Greek approach, he has elevated the ancient Roman concept of *aequum et bonum* (“fair and good”) to the notion of *aequitas*.⁷⁰

In the first passage quoted above, Cicero divides *ius*, in its widest signification, into *ius naturae* and *lex*, the former being equated with divine law (*divinum ius*) and

67. *De partitione oratoria* 37.129-131: *Quod dividitur in duas partes primas, naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum ius est distributa, quorum aequitatis est unum, alterum religionis. Aequitatis autem vis est duplex, cuius altera directa et veri et iusti et ut dicitur aequi et boni ratione defenditur, altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet, quod in beneficio gratia, in iniuria ultio nominatur. Atque haec communia sunt naturae atque legis, sed propria legis et ea quae scripta sunt et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio. Quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur, atque etiam hoc in primis, ut nostros mores legesque tueamur quodammodo naturali iure praescriptum est. Et quoniam breviter aperti fontes sunt quasi quidam aequitatis, meditata nobis ad hoc causarum genus esse debebunt ea quae dicenda erunt in orationibus de natura, de legibus, de more maiorum, de propulsanda iniuria, de ulciscenda, de omni parte iuris. Si imprudenter aut necessitate aut casu quippiam fecerit quod non concederetur eis qui sua sponte et voluntate fecissent, ad eius facti deprecationem ignoscendi petenda venia est quae sumetur ex plerisque locis aequitatis.*

68. *Topica* 23.90: *Cum de aequo et iniquo disseritur, aequitatis loci colliguntur. Hi cernuntur bipertito, et natura et instituto. Natura partes habet duas, tributionem sui cuique et ulciscendi ius. Institutio autem aequitatis tripartita est: una pars legitima est, altera conveniens, tertia moris vetustate firmata. Atque etiam aequitas tripartita dicitur esse: una ad superos deos, altera ad manes, tertia ad homines pertinere. Prima pietas, secunda sanctitas, tertia iustitia aut aequitas nominatur.*

69. G Ciulei “Elements de la philosophie grecque dans la conception cicéronienne de l’équité” in *Études Macqueron* (1970) 201-207.

70. On the concept *aequum et bonum* see *De partitione oratoria* 28.100; *De finibus* 3.21.71 (*aequum iustumque*) and G Ciulei “Note in legatura cu expresia *aequum et bonum* in opera lui Cicero” in *Studii clasice* 8 (1966) 121-129. Ciulei avers that Cicero converted the expression *bonum et aequum* into *aequum et bonum* and thence related it to the *actiones bonae fidei* before developing his doctrine of *aequitas*.

the latter with man-made law (*humanum ius*). *Aequitas* is then placed on a par with the *ius naturae* as divine law, whereas the law of men is related to *religio*, which signifies the religious aspect and awe men have for law. The twofold division of *aequitas* into the principle upholding truth, justice and *aequum et bonum* on the one hand and the principle of retribution for right and wrong on the other, is of some interest, since it indicates that *aequitas* is a virtue and moral norm as also an instrument to effect retribution for wrongs and gratitude for kindness. Yet in both cases equity shares a common aspect with *ius naturae* and *lex*. The latter (*lex*) refers to written law, *ius gentium* or the *mos maiorum*.

The *Topica* text in turn distinguishes between the *ius naturae* and *institutiones* rather than *lex*. The *ius naturae* preaches the principle of “to each his own” and the right of retribution, whereas *aequitas* is immediately brought under the aegis of an *institutio* (of the man-made *lex*) with a threefold division into *lex*, *conventum* and *mos maiorum*. As in the previous text, *aequitas* is once again elevated to the status of a virtue from which the principles of retribution and gratitude flow, but, otherwise than in such text, *aequitas* is not merely placed on the same footing as *ius naturae* and *lex*, but is itself the source which engenders *lex*, *conventum* and *mos maiorum*. Its close relationship with the *ius naturae* is emphasised in the *Topica* in that it is characterised as pertaining to the gods (of upper and nether regions) and to men. The strongly religious aspect of natural law (and hence of *aequitas*) comes to the fore where Cicero refers to *pietas* and *sanctitas* as the equitable principles relating to the upper and nether gods respectively. In the human context, however, he prefers the simple concepts of *aequitas* (in a narrower sense, as pertaining to human affairs) and *iustitia*. The correlation between *aequitas* and *iustitia* further indicates that Cicero virtually equated these concepts, or at least considered them as virtues of equal force and effect.⁷¹

2.3.3 Moral and Religious Considerations

As pointed out in the discussion of Cicero's philosophy of life, he saw man's chief aim in life as the need and desire to achieve happiness in the form of the “greatest good” (*summum bonum*), in which regard the leading of a virtuous life, in accordance with *humanitas* and the cardinal and other virtues required for such life, was a *sine qua non*.⁷² Such moral and ethical considerations formed part and parcel of his philosophy of law, as appears from his approach to equity (*aequitas*), in respect of which concepts such as friendship (*amicitia*), good faith (*fides*), honour (*honestas*), goodness (*bonitas*) and humanity (*humanitas*) were of great importance.⁷³ Nor were

71. G Ciulei “Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'oeuvre de Cicéron” in *RHD* 46 (1968) 639-647, points out that in this text equity is, on the one hand, a more far-reaching notion than justice but, on the other, it has a more restricted meaning and is in fact identified with justice (p 645). He attributes this to an evolution in Cicero's thought on the subject: initially he considered equity as distinct from law and justice but at a later stage he began to draw law and morality closer together as a result of which equity began to merge with law and justice.

72. See par 2.1 above.

73. See par 2.3.2. above.

these the only concepts of a like nature occurring in this context: passages abound in which moral and ethical norms, such as *clementia*, *constantia*, *continentia*, *dignitas*, *gloria*, *gravitas*, *honor*, *industria*, *miserecordia*, *modestia*, *probitas*, *temperantia*, *verecundia* and *veritas*, are related to peculiarly legal concepts. Space does not permit of a discussion of such cases, other than to point out that Cicero the lawyer and legal philosopher was never far removed from Cicero the moralist and moral idealist.⁷⁴

In much the same manner religious considerations likewise played a significant part in Cicero's legal philosophy. Whilst recognising that man has been endowed with the capacity to make his own decisions in regard to his exercise of rights and duties, he believed that man, as a social being, is possessed of some form of divinity which urges him to seek fulfilment and happiness in a good and virtuous life. This is in accord with his belief that law (*lex*) in the wide sense, emanating as it does, from *natura* and *recta ratio*, is God-given and hence *ius divinum*.⁷⁵

Cicero's interest in religion and theology was, for the most part, related to its social, political and moral value. He hence felt that "popular religion" should be preserved in the interests of the community as a social entity. He described the totality of moral, religious and legal norms as *fas*, and any conduct in contravention of these norms was *nefas*. Such norms coincide, to a large extent, with those arising from the *ius naturale*, except that that which is permissible in accordance with legal principles is described as *quod licet* whereas that which is permissible according to moral and religious norms is denoted as *quod oportet*.⁷⁶ Concepts such as religion (*religio*), piety (*pietas*) and sanctity (*sanctitas*) occur from time to time in legal philosophical context⁷⁷ and, to some extent, Cicero has been considered to be a precursor of the Christian doctrine, an attitude which is not entirely without foundation, since great Christian theologians, such as St Jerome and St Augustine, owed much to Cicero in the evolution of their own theological works.⁷⁸

74. Further details will appear, *deo volente*, in chapter 3.3.4 of "Cicero's Legal Philosophy," which is presently in preparation.

75. See par 2.3.1. and *De partitione oratoria* 137.129-130, quoted in n 67 above, and in which divine law (*ius divinum*) is distinguished from man-made law (*ius humanum*). See also *De officiis* 1.8.26, in which it is said that Caesar jettisoned all *iura divina et humana* in his attempt to achieve sovereign power.

76. E Costa *Cicerone giureconsulto* (1927) 30-33. See in general on Cicero's religion and theology CL Beukers *Cicero's Godsdienstigheid* (1942); C Ch Grollios *Cicero's Theology* (1952); M van den Bruwaene *La Théologie de Cicéron* (1937); JE Rexine *Religion in Plato and Cicero* (1959); U Heibges *The Religious Beliefs of Cicero's Time as reflected in his Speeches* (1962); V Guazzoni Foà *I fondamenti filosofici della teologia ciceroniana* (1970); RJ Goar *Cicero and the State Religion* (1972). Book 2 of the *De legibus* deals primarily with religious themes, such as divination, augury, pontifical law, religious practices and so forth.

77. See *Topica* 23.90 (quoted in n 68 above), *De natura deorum* 2.51.153 and *De inventione* 2.53.161.

78. See JN Hritz "Jerome the Christian Cicero" in *Classical Weekly* 37 (1943-1944) 98-101; M Testard *St Augustin et Cicéron* (1958); A Cameron "Cicero and St Augustine" in *Hermes* 95 (1967) 256.

3. EVALUATION OF CICERO AS A LEGAL PHILOSOPHER

There has been much debate as to the value of Cicero's philosophical works and the overwhelming consensus of opinion appears to be that, although Cicero was not, in general, an original philosopher, his contribution to general, political and legal philosophy was substantial, when evaluated from the point of view of the development of Western philosophy. It is true that he has frequently been considered to be a mere translator and interpreter of Greek philosophy, particularly that of Plato.⁷⁹ On the other hand it must be borne in mind that most of the available philosophical material of Cicero's time had been rendered in Greek, in a vocabulary which was, to a large extent, strange to the Roman ear. It was, perhaps, Cicero's greatest contribution to the world of philosophy that he succeeded admirably in transposing Greek philosophy into Roman by his masterful employment of the Latin idiom. He created Latin words and phrases hitherto unknown, at least in the particular context in which he used them, and developed philosophical ideas with reference to his own, and to peculiarly Roman, circumstances, which he amply illustrated by means of Roman examples gleaned from the past and from the contemporary history of his time. The arrangement of his works was his own and he used his own judgment in selecting material for inquiry and comment. The form in which he presented his philosophy of law — the very simplicity of it — was well-nigh unique and he succeeded in popularising a field of thought which had always been considered somewhat cumbersome, if not incomprehensible. This may be attributed partly to the dialogue form which he used for the most part, but the value of his legal and rhetorical training and practical oratorical experience cannot be underestimated. As a master compiler he brought into existence an encyclopaedia of legal philosophy, Greek of nature and character but typically Roman in spirit. His eclectic approach to philosophy allowed him to extract the best from the various schools of thought and to present them as a systematic whole, couched in the impeccable Latin of which he was so truly the master. In this way he in fact created a new genre of literature which must needs have been more than a simple rehash of Greek philosophy. From this point of view it is most unfair to divest Cicero of all originality as a legal philosopher or, for that matter, as a philosopher *per se*.⁸⁰ When the tremendous influence of his work on succeeding generations of intellectuals is borne in mind, Cicero's contribution to law and legal philosophy becomes at once a monument and a beacon for the further development of law and legal thought.

79. See C Atzert *De Cicerone interprete Graecorum* (1908); R Poncelet *Cicéron, traducteur de Platon* (1957); M Puelma "Cicero als Platon-übersetzer" in *Museum Helveticum* 37 (1980) 137-178. In a letter to Atticus (*Ep ad Att* 12.52) he himself says: "Set your mind at rest about the Latin language. You will say: 'When you write such things?' They are copies, effected with little difficulty. I only supply the words, of which I have an abundance."

80. See JC Davies "The Originality of Cicero's Philosophical Works" in *Latomus* 30 (1971) 105-119.

*Die Uitbreiding van die Werking
van die Romeins-Hollandse Reg
deur middel van
“Vrywillige Onderwerping” deur
Lede van die
Outochtone Bevolking*

DP VISSER

Professor in Romeins-Hollandse Reg en Privaatreg,
Universiteit van Kaapstad

Die Uitbreiding van die Werking van die Romeins-Hollandse Reg deur middel van “Vrywillige Onderwerping” deur Lede van die Outochtone Bevolking

DP VISSER

INLEIDING

In talle lande met pluralistiese regsordes bestaan daar meganismes waarvolgens persone geheel en al of gedeeltelik (op formele wyse) vrygestel kan word van die werking van die een of ander regstelsel in daardie regsorde. Gewoonlik is die vrystelling van een van die sekondêre (uitsonderings-) regstelsels sodat algehele of groter gebondenheid aan die algemene reg van die land resulteer.

DIE POSISIE IN ANDER AFRIKA-LANDE

In Afrika het formele vrystellingsmeganismes hoofsaaklik voorgekom in die voormalige Franse, Belgiese en Portugese Kolonies.¹

In die Franse Kolonies was die algemene beginsel tot 1946 dat 'n *propositus* se persoonlike reg nou verbonde was aan sy burgerskap.² Franse burgers is beskryf as houters van sogenaamde *statut civil francais* en op hulle was die Franse privaatreë toegepas, terwyl nie-burgers (dit wil sê feitlik die hele outochtone bevolking³) weer beskryf is as houters van sogenaamde *statut coutumier* op wie die gewoontereg toegepaslik was.⁴ Nie-burgers, indien hulle aan sekere streng vereistes voldoen het, kon egter wel deur 'n tipe naturalisasie-proses Franse burgerskap verkry, met die gevolg dat

1. Vgl Bennett *The Legal Status of African Women in Zimbabwe – Rhodesia* (ongepubliseerde Ph.D.-verhandeling, Universiteit van Kaapstad, 1980) 212. In die voormalige Engelse kolonies was daar geen voorsiening vir 'n formele vrystelling van outochtone reg nie. Vgl Allott *New Essays in African Law*, 193 ev. (Die enigste uitsondering hierop was Art 12 van die *African Law and Courts Act, Cap 104 (1963 Revision)* in die voormalige Suid-Rhodesië.

2. Salacuse *An Introduction to Law in French-speaking Africa, Vol I, Africa South of the Sahara* (1969) 49 ev.

3. Franse burgerskap is gereserveer vir die Europese koloniste en die outochtone bevolking was oor die algemeen nie burgers nie (Bennett *op cit* 212). Aan die inwoners van die sogenaamde *Quatre Communes* in Senegal (Dakar, Saint-Louis, Gorée en Rufisque) is wel in 1916 burgerskap toegeken met die doel om die Franse leër gedurende die Eerste Wêreldoorlog te versterk, maar die houe het beslis dat dié toekenning nie die persoonlike reg van die betrokkenes verander het nie (Salacuse *op cit* 50-51).

4. Salacuse *op cit* 51.

hulle geheel en al vrygestel is van die werking van gewoontereg.⁵ Die faktore wat by die toekenning van burgerskap 'n rol gespeel het was die opvoedingspeil van die aansoeker, die vraag of hy militêre diens verrig het asook sy "karakter" en lewenswyse, terwyl hy ook nie 'n deelgenoot in 'n poligame huwelik moes gewees het nie en formeel afstand moes gedoen het van gewoontereg.⁶

In 1946 is burgerskap aan alle Franse onderdane in die toenmalige kolonies verleen,⁷ maar met die spesifieke voorbehoud dat burgers wat nie houters van *statut civil français* is nie hul gewoonteregtelike status behou "in soverre hulle nie daarvan afstand gedoen het nie".⁸ Eers in 1955 is die prosedure en vereistes vir sodanige afstanddoening neergelê. Die prosedure was eenvoudig ('n blote verklaring voor 'n hof wat bevoeg was om Franse reg toe te pas was voldoende) en die vereistes waaraan voldoen moes word was minimaal (die verklaring kon slegs deur 'n persoon bo 21 jaar wat nie 'n deelgenoot tot 'n gewoonteregtelike huwelik was nie, gemaak word).⁹ Nadat die hof 'n waarskuwing gerig het aangaaande die onherroepbare aard van die afstanddoening is dit 'n bevel van die hof gemaak.¹⁰ Voorsiening is ook gemaak vir 'n gedeeltelike afstanddoening van gewoontereg.¹¹

In die voormalige Belgiese Kongo was gewoontereg op die outochtone bevolking van toepassing,¹² maar deur middel van 'n proses van *immatriculation* (registrasie) kon aan die werking van die gewoontereg ontkom word. Die vereistes was aanvanklik sodanig dat enige persoon wat die begeerte daartoe gehad het tot die groep van *indigènes immatriculés* toegelaat kon word, maar gaandeweg is strenger vereistes gestel totdat in 1952¹³ op grond van die beleid van kulturele assimilasie slegs sogenaamde *evolueés* hul aan die algemene privaatrek van die land kon onderwerp.¹⁴ *Immatriculation* is deur die hoogste hof verleen na 'n uitgebreide ondersoek na die lewenswyse van die aansoeker in die teenwoordigheid van 'n regeringsverteenvoerder wat die aansoek kon opponeer en die houe was dan ook besonder streng (en soms selfs arbitêr) met betrekking tot toekenning van hierdie status. Op grond van besondere bepalinge kon *indigènes immatriculés* ten opsigte van sekere aangeleenthede tog nog aan dieselfde reg as *indigènes non-immatriculés* gebonde wees en is dan beskryf as houters van *statut intermédiaire*.¹⁵

Ook Portugal het in sy voormalige "oorsese gebiede" 'n beleid van kulturele assimilasie gevolg en die algemene beginsel was dat Portugese reg op alle inwoners van

5. *Ibid.* Die administratiewe of judisiële handeling waardeur burgerskap verleen is, kon ook burgerskap aan die applikant se eggenote en minderjarige kinders verleen.

6. *Ibid.*

7. Art 80 van die Grondwet van die Derde Republiek (27 Oktober 1946). Vgl Robert "A Comparative Study of Legislation and Customary Courts in the French, Belgian and Portuguese Territories in Africa" in 11 *Journal of African Administration* (1959) 127 en Salacuse *op cit* 53.

8. Robert *op cit* 125; Salacuse *op cit* 53; Art 82 van die Grondwet van 27 Oktober 1946.

9. Robert *op cit* 127; Salacuse *op cit* 53-54.

10. Robert *op cit* 127.

11. *Ibid.*

12. Salacuse *op cit* 469.

13. Deur 'n dekreet van 17 Mei 1952. Vgl Salacuse *op cit* 470 en Robert *op cit* 127.

14. Robert *op cit* 125; Salacuse *op cit* 470.

15. Robert *op cit* 128.

die gebiede van toepassing was. Die toepaslikheid van gewoontereg op lede van die outohtone bevolking is egter as 'n tydelike maatreël in die Afrika-gebiede erken tot tyd en wyl assimilasië in die Portugese lewenswyse plaasgevind het. Daar was twee stadia van vrywillige assimilasië waardeur Portugese reg op die sogenaamde geassimileerdes toepaslik geraak het. Eerstens kon die *propositus* die algemene landsreg gedeeltelik op hom van toepassing maak, te wete die sakereg, kontraktereg, familie-reg en erfreg. Slegs waar volle assimilasië in die Portugese lewenswyse plaasgevind het was die landsreg ten volle op die *propositus* van toepassing. Die vereistes vir volle assimilasië was dat die *propositus* ouer as 18 jaar moes wees asook Portugees-sprekend en in staat om homself en sy familie te onderhou terwyl hy nie militêre diensplig moes ontduik het nie.¹⁶

Die meganismes in verband met vrystelling van die gewoontereg was in al die Afrika-lande waar dit voorgekom het geensins 'n sukses nie. Myns insiens is die belangrikste rede hiervoor die paternalisme onderliggend aan al die maatreëls wat hierbo genoem is: Die algemene patroon is dat streng vereistes (wat verband hou met die algehele opsegging van die outohtone kultuur deur die *propositus*) gestel word en slegs indien hieraan voldoen is, word vrystelling deur 'n hof verleen. Dit is dus geen eensydige regshandeling wat elkeen na goëddunke kan verrig nie, maar 'n beloning (in die vorm van 'n "beter" regstelsel [in die oë van die koloniserende moondheid] vir diegene wat in die Europese lewenswyse geassimileer is).¹⁷ Slegs Frankryk het mettertyd dié houding laat vaar, die vereistes wat met assimilasië verband hou geskrap en dit 'n vrywillige, eensydige handeling gemaak wat slegs om regsekerheidsoorwegings deur 'n hof bevestig moes word. Natuurlik sou onbekendheid met die prosedure van vrystelling en die gebrek aan voldoende opvoedkundige fasiliteite ook 'n rol gespeel het, maar dit word myns insiens oorskadu deur die effek van die onaantoonbare vertrekpunt van die wetgewing in hierdie lande.

DIE POSISIE IN SUID-AFRIKA

Artikel 31 van Wet 38 van 1927 bevat die volgende bepaling ten aansien van vrystelling van outohtone reg:

- “(1) In enige geval waarin die President dit wenslik ag, mag hy aan 'n Swarte 'n vrystellingsbrief verleen, wat die ontvanger onthef van Swart reg en gewoonte.
- (2) So 'n vrystelling mag onderhewig gemaak word aan enige voorwaarde deur die President gestel en in daardie brief omskrywe.
- (3) 'n Vrystellingsbrief uitgereik kragtens 'n wet opgeneem in die Bylae tot hierdie Wet, word geag kragtens sub-artikel (1) verleen te geword het.
- (4) 'n Vrystellingsbrief kragtens sub-artikel (1) verleen of in sub-artikel (3) vermeld mag te eniger tyd deur die President sonder opgifte van 'n rede ingetrek word.
- (5) Die President kan regulasies maak voorskrywende die aansoekvorms om vrystellingsbriewe, die besonderhede wat daarmee voorgelê moet word, die inskrywingstelsel van sodanige briewe, die hefbare fooie, die vorm en uitreiking

16. Robert *op cit* 128.

17. Bennett *op cit* 214-215; Salacuse *op cit* 51; Robert *op cit* 127.

van dokumente wat die vrystellingsfeit sertifiseer, die vereistes omtrent die ver-toning van daardie dokumente en die strawwe vir bewuste valse verklarings ge-maak in verband met enige aansoek om vrystelling.”

Artikel 36 van hierdie wet herroep al die vrystellingswette wat in die Transvaal, Oranje-Vrystaat, Natal en die Kaapprovinsie gegeld het. Die effek van ’n vrystelling is dat so ’n persoon *in beginsel* vrygestel is van die werking van outochtone reg, maar sodanige persoon bly egter ’n sogenaamde “Swarte”, sodat die wette wat uitsluitlik ten aansien van Swartes geld steeds op hom van toepassing is. (In ’n geding waarby sodanige vrygestelde persoon met ’n nie-vrygestelde persoon betrokke is, is beslis dat die outochtone reg steeds ingevolge artikel 11 (1) aanwending kan geniet. Dit word aan die hand gedoen dat laasgenoemde houding korrek is, daar die aanwysingsreg altyd in ’n besondere geding die aanwending van ’n regstelsel waaraan een van die partye nie normaalweg gebonde is nie, kan aandui.)¹⁸

Die Suid-Afrikaanse wetgewing gaan ook mank aan baie van die onaanvaarbare gebreke van die sisteme wat hierbo beskryf is en is in sommige opsigte selfs minder aanvaarbaar as hierdie sisteme. Dit is dan ook nie verbasend dat hierdie instelling, soos in die res van Afrika, tot dusver ’n mislukking was nie: Die feit dat die vrystel-ling deur die staatshoof self verleen word, gee dit ’n besondere formele kleur en sy diskresie om dit te eniger tyd sonder verstreking van redes in te trek, maak die posisie van die vrygestelde alles behalwe seker. Verder is dit nie duidelik aan welke vereistes (indien enige) ’n persoon moet voldoen ten einde vrygestel te kan word nie en ook die prosedure waarvolgens dit geskied is onseker.¹⁹ Hierby kom ook nog die feit dat die man in die straat oor die algemeen nie bewus is van hierdie meganisme en sy voordele nie.

Dit beteken egter nie dat die instelling nie ’n sukses kán wees nie: dit moet slegs korrek aangepak word. Dit is ook van die grootste belang dat die instelling werkbaar gemaak word. ’n Groot aantal Suid-Afrikaners bevind hulself in ’n swewende toestand tussen twee verskillende regskulture — ’n toestand wat baie en komplekse probleme veroorsaak. Elke moontlike metode om die toepassing van reg in sodanige regsorde billik te reël, behoort aangewend te word.

Een van hierdie metodes is vrystelling van of vrywillige onderwerping aan ’n be-sondere regstelsel: eerstens omdat dit ’n plooibaarheid bewerkstellig en dus tesame met interne aanwysingsregsreëls kan bydra om billikheid in hierdie tipe regsorde te bewerkstellig, en tweedens, omdat dit ’n metode is wat die regsconflik-frekwensie uiteindelik grootliks kan verminder en dus so (weer eens aanvullend tot behoorlik-opgestelde en -verantwoorde aanwysingsregsreëls) kan bydra tot die vermindering

18. Vgl in die algemeen Whitfield *South African Native Law* (1929) 31-32, *Mdhlatose v Mabasa* 1931 BAH (N&T) 24 en *Kaula v Mtinkulu* BAH (N&T) 68. Vgl *Ngwane v Nzimande* 1936 BAH (N&T) 70, veral op 75.

19. Dit wil voorkom asof geen regulasies tot dusver ingevolge art 31(5) uitgevaardig is nie. Dit is ook nie duidelik of gedeeltelike vrystelling verleen sal word nie, alhoewel dit ooreenkomstig art 31(2) myns insiens wel moontlik is.

van regsonsekerheid wat uiteraard in 'n mindere of meerdere mate in pluralistiese regsregles voorkom.²⁰

By die daarstelling van 'n billike bedeling in verband met vrywillige onderwerping kan daar kers opgesteek word by die sisteem wat deur die Nederlanders in die voormalige Nederlands-Indië ingevoer is. Die sisteem is nie vry van gebreke nie maar dit het die meeste van die slaggate van die Afrika-sisteme vermy en toon 'n groot ooreenkoms met die latere bedeling in die Franse kolonies. Dit verskil van laasgenoemde daarin dat besondere aandag aan reeds verkreeë regte en verpligtinge in-gevolge die outohtone reg gegee is.

VRYWILLIGE ONDERWERPING IN NEDERLANDS-INDIË

Die inwoners van die toenmalige Nederlands-Indië is deur Nederland as koloniale moondheid in bevolkingsgroepe (te wete "Europeërs", "Inlanders" en "Vreemde Oosterlinge") verdeel en verskillende regstelsels is op elkeen van hierdie groepe toepaslik verklaar.²¹ Volgens artikel 131 van die *Indische Staatsregeling*²² was die reg²³ wat op Europeërs van toepassing was "de in Nederland geldende wette".²⁴

Die reg wat ten opsigte van Inlanders²⁵ gegeld het was die adatreg²⁶ en die reg van toepassing op Vreemde Oosterlinge²⁷ was dieselfde reg as wat ten opsigte van Europeërs gegeld het, maar met belangrike uitsonderings ten opsigte van die familie- en intestate erfreg. Hierdie onderskeide was in beginsel op grond van ras.²⁸ Die verklaarde doel met hierdie onderskeid was dat die verskillende groepe met hulle verskillende regsbehoefte toegelaat moes word om volgens hul eie reg te leef. In werklikheid was die motief die beskerming van Nederlandse belange en die effek van die verdeling was dat die bevolking in drie klasse verdeel is, met die poliserende

20. Absolute regsekerheid kan uiteindelik slegs 'n ideaal bly, maar dit behoort nie die strewe na die ideaal te verhoed nie.

21. Vgl art 163 en 131 van die *Indische Staatsregeling (De Nederlandsch-Indische Wetboeken (1933))* 83 en 64-65.

22. *Supra*.

23. Slegs die privaatreg was betrokke by hierdie instelling.

24. Die sogenaamde "concordantie-beginsel" van die Nederlandse regering wou verseker dat die privaatreg van Nederlands-Indië volledig met Nederlandse reg moes ooreenstem. Uitsonderings op hierdie beginsel het egter tot gevolg gehad dat 'n eiesoortige regstelsel tav Nederlanders in Nederlands-Indië ontwikkel het. (Vgl Gautama en Hornick *An Introduction to Indonesian Law: Unity in Diversity* (1972) 8.)

25. Dus lede van die inheemse volke van Nederlands-Indië.

26. Adatreg is die versamelnaam vir die verskillende outohtone regstelsels wat in Nederlands-Indië gegeld het. (Die woord "adat" is 'n mutasie van die Arabiese woord "adah" en beteken bloot "gewoonte".) Die toepassing van adatreg was aan 'n verskeidenheid van beperkende faktore onderhewig.

27. Die groep bestaan uit Sjiniese en nie-Sjiniese Oosterlinge.

28. Vgl Carpenter-Alting *Het Rassen criterium* – Voordracht voor de jaarvergadering van het Indisch Genootschap, Weltevreden 16 Desember 1921 182 ev en *Grondlagen der Rechtsbedeling in Nederlandsch-Indië* (1926) 156 asook Neijtzell de Wilde *De Rechtsbedeling der Indische Bevolkingsgroepen* – Voordracht voor de vergadering van het Indisch genootschap, Weltevreden 16 Oktober 1931, 84.

Nederlanders heel bo en die outochtone bevolking heel onder.²⁹ Laastens is dit belangrik om daarop te let dat nie een van hierdie regstelsels amptelik as die algemene of primêre “landsreg” tipeer kon word in die sin wat die Romeins-Hollandse reg die algemene landsreg in Suid-Afrika is nie.

Ooreenkomstig artikel 131(4) van die *Indische Staatsregeling*³⁰ kon 'n individu wat 'n Inlander of Vreemde Oosterling is hom egter vrywillig onderwerp aan die privaatreë wat vir Europeërs gegeld het. Hierdeur is die uiters onbevredigende situasie dat die toepaslikheid van 'n besondere regsisteem uitsluitlik deur ras bepaal is tot 'n mate versag.

Die verskillende vorms van vrywillige onderwerping en hul effek is gereël deur die *Koninklijk Besluit van 16 September 1916, no. 26*³¹ Hiervolgens was daar vier verskyningsvorms van vrywillige onderwerping, naamlik algehele onderwerping, gedeeltelike onderwerping, onderwerping vir 'n bepaalde regshandeling en stilswyende onderwerping.³²

(a) Algehele onderwerping

Artikel 1 van *Staatsblad 1917 no 12* bepaal:

“Met uitzondering van mannen, gehuwd met meer dan èen vrouw, getroude vrouwen, minderjarige en onder curatele gestelden, kunnen Inlanders en met hen gelijk-gestelden zich vrijwillig onderwerpen aan het geheele voor de Europeanen vastgestelde burgerlijk en handelsrecht.”

Die onderwerping is slegs aan die privaatreë. Die publiekregtelike status van 'n Inlander of Vreemde Oosterling wat homself só onderwerp bly dus onaangetaas. Ten aansien van privaatreëtelike status verklaar Nederburgh dat “(d)e algehele onderwerping . . . van den Oosterling privaatreëtelijk ten volle een Europeaan (maakt)

. . . ”³³

29. Weliswaar het die rassekriterium algaande 'n minder belangrike rol in die regsorde gespeel. (Vgl Neijtzell de Wilde *op cit* 94, Carpentier Alting *op cit* (1926) 188, Gautama en Hornick *op cit* 6, 2 *American Journal of Comparative Law* (1926) 205 ev.)

30. *Supra*.

31. S 1917 no 12. Dié aangeleentheid is vroeër gereël deur S 1913 no 515. Sien met betrekking tot die geskiedenis van vrywillige onderwerping Cassuto *Handleiding tot de Studie van het Adatrecht van Nederlandsch-Indië* (1936) 45 ev en Kolléwijn “De Vrijwillige Onderwerping voor een Bepaalde Rechtshandeling” in *Indisch Tijdschrift van het Recht* (1930) deel 129, 247.

32. Dit is nie die bedoeling om hier al die probleme wat in verband met vrywillige onderwerping ontstaan het volledig te bespreek nie. Vrywillige onderwerping in die voormalige Nederlandse kolonies word behandel met die oog op die uitligting van sekere universele probleme in verband met hierdie tipe instelling en die aanduiding van algemeen-noodsaaklike vereistes.

33. Nederburgh *De Nieuwe Regeling der Vrijwillige Onderwerping aan Europeesche Recht N-Ind stbl 1913 No 1515* (1914) (Herdruk uit *De Indische Gids* 1914) 1 op 6. Hierdie geskryf handel oor S 1913 no 515, maar is, vanweë laasgenoemde se grootliks ooreenstemmende bepalings, ook van belang tav S 1917 no 12. Voorheen was daar 'n instelling bekend as “gelijkstelling”, ingevolge waarvan 'n Inlander of Vreemde Oosterling volkome na die status van Europeër kon oorgaan — ook sy publiek-regtelike status het dus verander. Dit kon op twee maniere geskied, nl (a) deur 'n dekreet van die Goewerneur-generaal ingevolge art 163(5) van die *Indische Staatregeling* en (b) deur 'n bevel van

Vanweë die onbestaanbaarheid van poligame huwelike onder die *Burgerlijk Wetboek* kan slegs 'n man wat 'n deelgenoot in 'n monogame huwelik is van hierdie vergunning gebruik maak. Algehele onderwerping deur 'n getroude man het tot gevolg dat sy eggenote ook aan die privaatreë vir Europeërs onderworpe raak, terwyl dieselfde gevolg intree ten aansien van minderjarige kinders en hulle afstammelinge waar 'n vader of ongehude moeder hom of haar algeheel onderwerp.³⁴ Die argument ter regverdiging van hierdie reëling was dat aangesien 'n eggenoot ten aansien van sy eggenote en sy kinders uit die huwelik (en ook 'n vader of moeder ten aansien van hul kinders) 'n gesagsposisie beklee, terwyl die lotgevalle van 'n gesin ook juridies ineenskakel, dit aanvaarbaar is dat getroude vrouens en minderjarige kinders³⁵ uitdruklik handelingsonbevoeg met betrekking tot algehele onderwerping verklaar word.³⁶ Die man het egter die toestemming van sy vrou nodig.³⁷ Algehele onderwerping is onherroepbaar³⁸ en dit kan ook nie anders as onherroeplik wees nie, want indien dit na willekeur herroep kon word, sou dit onhoudbare verwarring skep.³⁹

Maar absolute finaliteit sou die aantreklikheid van vrywillige onderwerping benadeel omdat iemand wat onderwerping kontempleer steeds perifere belange in die outohtone gemeenskap mag hê waarvan hy nie wil afstand doen nie. Hiervoor word egter voorsiening gemaak.

Ten eerste bepaal artikel 16 soos volg:

“De onderwerping laat onverkort de bevoegdheid tot uitoefening van Inlandsche rechten op den grond en de verplichting tot het dragen van de lasten die daarop rusten.”

die hof. In eersgenoemde geval moes die applikant 'n beëdigde verklaring maak waarin hy onder andere meld dat hy vanweë sy gevorderde opvoeding vervreem geraak het van die outohtone bevolking. (Tot 1894 moes die applikant ook tot die Christelike godsdiens bekeer gewees het; later het slegs die regsbehoefte van die applikant 'n rol gespeel). In die tweede geval het die hof (selfs waar die Goewerneur-generaal geen dekreet uitgevaardig het nie) op grond van kriteria soos 'n Europese van, lewenswyse en huweliksvorm persone “gelijkgestel” — sien byvoorbeeld die beslissing van die *Hooggerechtshof* T 11, 321 (31.7.1885) (Gautama en Hornick *op cit* 16).

34. Art 14.

35. Minderjarigheid word hier bepaal ooreenkomstig die reg wat tav Europeërs geld (art 1(3)).

36. Waarom 'n persoon onder kuratele (art 1 verwys na kuratele ooreenkomstig die reg wat vir Europeërs geld) nie met die bystand van sy kurator 'n aansoek tot die hof kan rig nie, is onduidelik.

37. Art 2(1). Die wenslikheid hiervan spreek vanself. Die metode van algehele onderwerping is as volg: dit word gedoen deur 'n verklaring te maak aan die “hoofde van plaatselijk bestuur”, welke verklaring inligting moet bevat soos uiteengesit in art 3; (di o a sy van (wat hy verplig word om aan te neem), die name van sy eggenote en minderjarige kinders, sy ouderdom en dié van sy eggenote en minderjarige kinders en sy woonplek). Nadat die belanghebbendes ingelig is tav die gevolge van vrywillige onderwerping, word die onderwerping in 'n openbare register ingeskryf en in die amptelike koerant en een of meer ander nuusblaai bekend gemaak (art 4-6). Art 7-11 bevat sekere formele bepalings.

38. Art 12.

39. Soos dit is, kan onherroeppbare onderwerping reeds 'n mate van onsekerheid skep. (Sien die bespreking *infra*). Daar sal egter aangetoon word dat die moontlikheid van verwarring in hierdie gevalle bekamp kan word en dat 'n mate van onsekerheid aanvaarbaar is in die lig van die voordele van hierdie instelling. As die moontlikheid van terugskakeling na die outohtone reg egter bestaan, sou die waarskynlikheidsgraad van verwarring te groot wees en gevolglik die voordele van vrywillige onderwerping minimeer.

Alhoewel Nederburgh aantoon dat hierdie bepaling nie sonder sy besondere probleme is nie, noem hy dit "een triomf van de liberalere opvatting teenover de stoeve alternatief-politiek, die ieder uitsluitend tot het eene of tot het andere recht toeliet"⁴⁰

Tweedens (in dieselfde trant) is daar die bepalings van artikel 17 met betrekking tot die vermoënsreg in die algemeen:

"1. Hij die zich onderworpen heeft, kan deelgenoot zijn in gemeentelijke of familie-goederen door Inlandsche wetten, instellingen of gebruiken beheerscht en is alsdan verplicht de op de gemeenschap rustende lasten voor zijn deel te dragen."⁴¹

Beide bogenoemde bepalings versag die finaliteit van vrywillige onderwerping en voorkom die onhoudbare situasies wat 'n rigiede reëling sou veroorsaak. So kan 'n persoon wat homself vrywillig onderwerp byvoorbeeld steeds (onderworpe aan die voorbehoud van artikels 17(2) en (3)) ingevolge die adatreg erf – en ander regte ten aansien van die erfgoedere uitoefen, of 'n bruidskat (met al die adatregte en -verpligtinge wat daaraan kleef) aanneem.

Nie-rigiditeit is 'n beginsel wat by die instelling van vrywillige onderwerping in enige pluralistiese regsorde van kardinale belang is. Uiteraard sal die omstandighede van plek tot plek en van tyd tot tyd verskil en noodwendig moet die openbare orde ook 'n rol speel by die bepaling van die aangeleenthede ten opsigte waarvan en die mate waartoe 'n persoon (wat hom aan 'n ander regstelsel as sy eie onderwerp het) toegelaat behoort te word om steeds regte onder sy voormalige regstelsel uit te oefen. Maar soos vrywillige onderwerping 'n middel is om deur plooibaarheid billikheid in die regstoestand van mense te bewerkstellig, moet *die instelling van vrywillige onderwerping self* nie-rigied wees om werklik van nut te wees.

(b) Gedeeltelike onderwerping

Gedeeltelike onderwerping geskied op dieselfde wyse en onderhewig aan hoofsaaklik dieselfde voorskrifte as algehele onderwerping,⁴² maar is slegs 'n onderwerping aan daardie dele van die Europeërreg wat op Vreemde Oosterlinge van toepassing verklaar is.⁴³ Dit beteken dat alle reg wat op Europeërs van toepassing is op 'n persoon wat hom gedeeltelik onderwerp van toepassing word, met die uitsondering van familiereg en intestate erfreg, welke aangeleenthede steeds deur die adatreg beheers word.⁴⁴ Dit kom gevolglik neer op 'n onderwerping aan die vermoënsreg wat vir Europeërs geld. So 'n vorm van onderwerping is 'n noodsaaklike komplement tot algehele onderwerping: dit is naamlik waarskynlik dat daar persone sal wees wat in hoogs-persoonlike aangeleenthede soos die huwelik volgens sy outohtone reg wil

40. *Op cit* (1914) 15.

41. Art 17(2) en (3) maak voorsiening vir die opsegging van die deelgenootskap deur beide kante, en verder vir vergoeding ("naar billikheid te bepalen") aan òf die gemeente òf die persoon wat homself vrywillig onderwerp het, afhangende wie die opsegging gedoen het.

42. Art 18-25.

43. Art 18. Uiteraard kan slegs Inlanders hiervan gebruik maak.

44. Gautama en Hornick *op cit* 18.

leef, terwyl hy die behoefte het om al sy handelstransaksies deur 'n ander reg te laat beheers.

Artikel 18 stel nie die vereiste van monogamie nie (aangesien familieregtelike aangeleenthede steeds deur die adatreg beheers word) maar verder geld dieselfde bepaling soos byvoorbeeld dat die vrou haar toestemming moet verleen, dat getroude vrouens en minderjariges nie handelingsbevoeg is om onderwerping aan te vra nie, dat dit onherroepbaar is ensomeer.⁴⁵

Probleme kan ontstaan in verband met regshandelinge wat vóór die gedeeltelike onderwerping plaasgevind het. Watter reg geld ten aansien van sodanige regshandelinge?⁴⁶ In 'n vonnis van die *Landraad Makasser*⁴⁷ is beslis dat gedeeltelike onderwerping geen effek het op regshandelinge wat dit voorafgegaan het nie. In hierdie saak het 'n sekere Pet 'n vonnis van siviele gyseling teen Hadji Abdulrazak verkry. Daarna het laasgenoemde van gedeeltelike onderwerping gebruik gemaak en hy beweer nou dat deur hierdie optrede hy "geheel in een nieuwen rechtstoestand is gekomen, waarin voor de toepassing der regelen van de rechtspleging voor de landraden geen plaats meer is."⁴⁸ Die hof beslis egter dat die vonnis uitgevoer kon word ooreenkomstig die reg wat van toepassing was vóór die vrywillige onderwerping. Om anders te beslis, verklaar die hof, sou beteken dat die reg wat Pet op grond van die vonnis verkry het hom deur Abdulrazak se eensydige optrede ontnem kan word, en dat elke Inlander, teen wie die landraad 'n vonnis gegee het, die eksekusie daarvan kan ontsnap.

In insolvensie-aangeleenthede is egter van hierdie reël afgewyk.⁴⁹ Daar is beslis⁵⁰ dat alhoewel vrywillige onderwerping in die algemeen geen verandering aan die reg wat op regshandelinge verrig vóór die onderwerping van toepassing is, aanbring nie, die insolvensiereg hom ook uitstrek oor sodanige regshandelinge. Die rede is dat niks in *Staatsblad 1917, no 12* gebruikmaking van die insolvensiereg verhoed nie, terwyl die aard van die insolvensieverrigtinge dit noodwendig op alle regshandelinge van die debiteur van toepassing maak. Met ander woorde, aangesien insolvensieverrigtinge "een gerechtelijk beslag is op het geheele vermogen van den schuldenaar ten behoeve van zijn gezamentlijke schuldeischers, (zal) ook het faillissement krachtens onderwerping tot einddoel hebben, dat het vermogen van den failliet zal moeten worden gerealiseerd ten bate van de gezamentlijke schuldeischers en hierbij geen onderscheid gemaakt kan worden tusschen schulden die vóór en ná de onderwerping zijn aangegaan, doch ook zij die schuldeischers waren vóór de onderwerping, indien zij niet

45. S 1939 no 717 en no 572 bepaal dat ook outohtone regspersone hulle gedeeltelik kan onderwerp.

46. Dieselfde probleem kan ook by algehele onderwerping voorkom.

47. T 133, 314 (1.3.1930); 'n "Landraad" was 'n hof van eerste instansie vir Inlanders.

48. Op 315.

49. Gedeeltelike onderwerping was juis gewild onder Inlanders as 'n middel om hulself insolvent te laat verklaar (Van Vollenhoven *Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië* (1939) vol II 645, Cassutto *op cit* 49) en sodoende siviele gyseling ('n algemene adatregtelike remedie) te ontsnap. 'n Algemene vermoenseksekusie olv 'n regter (soos in Westerse insolvensiereg) is onbekend aan die adatreg. (Sien Van Vollenhoven *op cit* vol I 175).

50. *Hooggerechthof* T 122, 560 (8.8.1925).

zullen willen verstoken blijven van de voordelen der vereffening, in het faillissement zullen kunnen opkomen.”⁵¹

Hierdie uitsondering is realities in die lig van die aard en doel van ’n algemene vermoenseksekusie en bevestig die nie-rigiditeit (ten bate van verhoogde effektiwiteit) van hierdie instelling. Lemaire⁵² wys egter daarop dat probleme kan ontstaan waar die onderwerping blyk ’n skynhandeling te wees⁵³ en/of ’n onderwerping *in fraudem legis*.⁵⁴

Die oplossing vir hierdie gevalle wat Lemaire voorstaan som hy self só op:

51. Lemaire “Gedoeeltelike Onderwerping aan het Europeesche Burgerlijk- en Handelsrecht en Faillissement” in *Indisch Tijdschrift van het Recht* (1934) deel 139, 641. Die beginsel van gelyke en gesamentlike gebondenheid van die partye deur die objektiewe reg, (wat eensydige verandering van die regstoestand van ’n derde verbied) kan hier ter sprake kom. (Sien Lemaire *op cit* 644). Hierdie skrywer toon egter aan dat die pasgenoemde beslissing van die *Hooggerechtshof* (T 122, 560 (8.8.1925)) nie beteken dat die persoon wat hom onderwerp eensydiglik die objektiewe reg wat op hom en sy krediteure van toepassing is, verander nie. Eerder kan geredeneer word dat die reg wat insolvensie beheers self verander ten gevolge van die regstoestand van die debiteur. Hy gaan voort en verklaar onomwonde dat die beginsel van gelyke en gesamentlike gebondenheid van die partye deur die objektiewe reg nie die krag kan hê “dat het de werking van den regel, volgens welken het recht, dat de algemeene executie beheerscht, tengevolge van een verandering van het recht van den schuldenaar wijsiging ondergaat, opheft”. Die rede is dat “de algemeene vermogensexecutie niet uitsluitend plaats heeft ten bate van de schuldeischers van vóór de onderwerping, doch ook geschiedt ten behoeve van de crediteuren van ná de rechtshandeling” (*op cit* 646).
52. *Op cit* 647.
53. Dws ’n onderwerping terwyl daar ’n *reservatio mentalis* by die persoon wat hom onderwerp, bestaan, in welke geval “de betrokkene daarop geen beroep (mag) doen, wel derden, die hem echter ook mogen houden aan den door hem gewekten schijn” (*op cit* 649). Of daar wel ’n skynhandeling was, word só vasgestel: “[Z]oolang, gelet op de rechtsbehoeften van den betrokkene, niet kan worden aangenomen, dat er geen enkele reden is op grond waarvan hij het Europeesche vermogensrecht zou kunnen wenschen, de reservatio mentalis niet mag worden aanwezig geacht. Wanneer op deze wijze tot het bestaan van een schijnonderwerping kan worden geconcludeerd moet in de praktijk van geval tot geval worden uitgemaakt” (*op cit* 649).
54. Lemaire (*op cit* 648) verklaar bv: “Volgens de beschouwingen van Mr Kusters, die een leerstuk der wetsontduiking aanvaardt, zou men . . . moeten redeneeren dat de Inlander, die door middel van de onderwerping zijn faillissement bereiken wil — hetgeen volgens het op hem toepasselijk recht niet (met gelijke rechtsgevolgen) mogelijk is — kennelijk zijn schuldeischers wenscht te verhinderen van hun “rechten” gebruik te maken en op deze wijze hun ‘nadeel’ toebrengt. Het gebruik der wettelijk geopende vrijheid om zich te onderwerpen aan het Europeesche vermogensrecht onttaart aldus in misbruik en op dezen grond behoort het verzoek, om failliet te worden verklaard, afgewezen te worden. Mr Kusters beschouwd dus de wetsontduiking als misbruik van het objektieve recht.” Met die stelling dat ’n onderwerping *in fraudem legis* op “misbruik” van die objektiewe reg neerkom, kan saamgestem word. So ’n “gebruikmaking” van die objektiewe reg is inderdaad geen gebruikmaking van die objektiewe reg nie en kan geen voordele vir die betrokke persoon inhou nie. Feit is egter net dat alle gevalle van onderwerping met die doel om insolvent verklaar te word nie noodwendig gebruik van ’n reg teen die normale gebruiksreëls is nie. So kan die persoon wat hom onderwerp moontlik ’n begeerte hê om al sy krediteure gelyk te bevoordeel volgens die billike reëls van die insolvensiereg vir Europeërs, sonder dat daar hoegenaamd ’n subjektiewe benadelingsbedoeling by hom bestaan. Of daar ’n onderwerping *in fraudem legis* was, moet dus van geval tot geval uitgemaak word. Of ’n aansoek om sekwestrasie na ’n vrywillige onderwerping goeie illustrasiemateriaal bied vir ’n geval van *fraus legis*, laat ek daar. Dat die instelling egter op talle wyses misbruik kan word, staan vas.

“Indien vasgestel kan word, dat de gedeeltelike onderwerping een schijnhandeling is, dan dient het verzoek van den Inlander om in staat van faillissement te worden verklaard, geweigerd te word, aangezien hij geen beroep kan doen op de toepasbaarheid van het Europeesche vermogensrecht. Kan een schijnonderwerping *niet* geconstateerd word, dan dient wel is waar aangenomen te word, dat het Europeesche burgerlijk- en handelsrecht voor den betrokkene en daarom voor zijn geheel vermogensexecutie geldt, doch kan hij, indien men een theorie der *fraus legis* aanvaardt en de onderwerping *frauduleus* was, op dezen grond geen faillissement aanvragen, wel kunnen dat zijn schuldeischers. Ook in geval een ontduikingsbedoeling niet aanwezig is (aangenomen dan dat men een leerstuk der wetsontduiking aanneemt) kan faillissement op *eigen verzoek* van den debiteur op grond dat hy buiten staat verkeert schulden van vóór de onderwerp te betalen niet worden uitgesproken. Wel kunnen zijn crediteure van vóór en na die onderwerping het faillissement aanvragen, en ook kan de Inlander op eigen verzoek worden failliet verklaard indien hij schulden opgeeft, die ná de onderwerping zijn ontstaan.”⁵⁵

Met hierdie oplossing kan in breë trekke saamgestem word.⁵⁶ Dit illustreer die algemene beginsel dat 'n persoon nie toegelaat behoort te word om uit handelinge *in fraudem legis* voordeel te trek nie en dat daar by enige reëling in verband met vrywillige onderwerping voorsiening gemaak moet word vir die duidelike reëling van (a) die reg van toepasing op regshandelinge wat voor die onderwerping plaasgevind het en (b) gevalle van *fraus legis*.

In 'n regsbedeling soos dié in Nederlands-Indië kan slegs een regstelsel *prima facie* ten aansien van 'n persoon geld. Met ander woorde daar is geen “algemene landsreg” wat vir almal toeganklik is nie, maar verskillende regstelsels van min of meer gelyke status — en as een van hulle op 'n persoon van toepassing is, kan die norme van 'n ander regstelsel, buiten op grond van die interne aanwysingsreg, nooit ten aansien van hom geld nie.⁵⁷ Dit is egter nie so in Afrika en Suid-Afrika nie. Hier word in die meeste gevalle 'n algemene landsreg wat ten aansien van almal geld, gevind. Almal is daaraan onderworpe en kan daarvan gebruik maak. Terselfdertyd geld die verskillende outohtone regstelsels (as uitsonderingsreg) gelyktydig met die landsreg.⁵⁸ Die effek hiervan is dat die besondere probleem wat hierbo in verband met die insolvensiereg in Nederlands-Indië geskets is, byvoorbeeld nie in Suid-Afrika sou kon voorkom nie omdat elkeen van die algemene landsreg gebruik kan maak. Dat elkeen van die landsreg gebruik kan maak beteken egter nie dat vrywillige onder-

55. *Op cit* 652.

56. Die mening as sou 'n Inlander, wat hom aan die privaatreëling vir Europeërs onderwerp het en wat *self* om insolvensieverklaring aansoek doen, die regte van die krediteure van vóór die onderwerping só “onder de voeten treden”, gaan mi nie op nie. In enige algemene vermoënsksekusie is daar 'n bilike inagneming van al die krediteure se regte.

57. Nederburgh *Hoofdstukken over Adatrecht* (Eerste Bundel) (1933) 183 toon egter aan dat dié beginsel in sommige opsigte in die praktyk heeltemal geïgnoreer is; tav sekere aangeleenthede was die posisie egter dat sommige “onverbbidelyk vasthielden aan het stelsel, dat ieder slechts kan uitoefen het recht, dat voor zijn groep is vastgesteld of erkend”.

58. Dit het die SA wetgewer erken (weliswaar halfhartig) deur die promulgering van art 11(1) van Wet 38 van 1927.

werping in 'n land soos Suid-Afrika van geen betekenis is nie. Hieronder sal aange-
toon word dat so 'n instelling in Suid-Afrika veral nut kan hê as 'n middel tot
regsekerheid.⁵⁹

Gedeeltelike onderwerping is 'n nuttige verskyningsvorm van die onderhawige in-
stelling en behoort deel daarvan uit te maak waar dit ookal ingevoer word. Waar 'n
persoon in hoogspersoonlike aangeleenthede soos byvoorbeeld die huwelik nog aan
sy outochtone reg gebonde wil wees ten spyte van die feit dat sy behoeftes op ver-
moënsregtelike gebied "Westers" is, kan algehele onderwerping nie voldoende wees
nie.

(c) *Onderwerping met betrekking tot 'n bepaalde regshandeling*

Inlanders kan hulle ook ten aansien van 'n besondere regshandeling aan "de niet
op hen toepasselijke voorschriften van het burgerlijk- en handelsrecht der Europea-
nen ten aanzien van zoodanige rechtsbehandeling" onderwerp,⁶⁰ beide ten aansien
van eensydige en meersydige regshandelinge, en so 'n onderwerping is outomaties
ook aan die privaatreë wat onmiddellik met die besondere regshandeling verband
hou.⁶¹

So 'n onderwerping het slegs werking ten aansien van die persoon wat hom onder-
werp asook (in geval van 'n meersydige regshandeling) ten aansien van die teen-
party.⁶² Die regte van derdes kan gevolglik nie deur so 'n handeling geraak word nie.
So word dan beweer dat 'n Inlander, wat deur 'n testament te maak hom vrywilliglik
ten aansien van hierdie regshandeling onderwerp, nie op regte van erfgename wat vol-
gens die adatreg onaantasbaar is, inbreuk kan maak nie.⁶³ Verder word beweer dat
'n persoon hom ook nie vir die bepaalde doeleinde van erkenning van 'n natuurlike
kind by 'n sogenaamde Europese vrou aan die reg vir Europeërs kan onderwerp nie,
omdat dit die openbare orde raak en dít verhoed dan onderwerping vir 'n bepaalde
regshandeling op hierdie regsgebiede.⁶⁴

Uiteraard is dit belangrik dat geen onderwerping in stryd met die openbare orde
toegelaat behoort te word nie, maar daar moet slegs duidelik uitgemaak word wat teen

59. Vgl die bespreking *infra*.

60. Art 26. Dié onderwerping geskied "bij de akte welke van die gedane handeling wordt opgemaakt,
of bij eene afzonderlijke akte". (Art 27(1); sien ook art 27(2)).

61. Carpenter Alting *op cit* (1926) 197 wys bv daarop dat waar 'n besondere persoon hom tav 'n bepaalde
ooreenkoms aan die reg vir Europeërs onderwerp het, hy ook 'n domisilie sal kan kies indien dit in-
gevolge die ooreenkoms nodig is.

62. Carpenter Alting *op cit* (1926) 198 en Cassutto *op cit* 47. Die persoon wat hom vir die betrokke regs-
handeling onderwerp het se regsverkrygendes is egter (tav die regte voortspruitend uit daardie
betrokke regshandeling) eweneens gebonde aan die reg vir Europeërs.

63. Origens sal hy egter vryelik kan beskik; sien Nederburgh *op cit* 187 *in fin*. Waar 'n persoon hom
egter algeheel aan die reg vir Europeërs onderwerp, sal hy wel oor goed kan beskik wat op 'n wyse
in stryd is met die adatreg. Dit word dan nie beskou dat hy ongeoorloofd van die reg van 'n ander
groep gebruik maak nie, want privaatreëtelik is hy dan ten volle "Europeër".

64. Kolléwijn (*op cit* 672) argumenteer weer dat die huweliks- en erfreg op grond van hul aard hulle
nie tot vrywillige onderwerping vir 'n bepaalde regshandeling leen nie. In SA is dit egter moontlik
dat 'n persoon wat geheel en al volgens die outochtone reg leef 'n gemeneeregtelike huwelik sluit en
(alhoewel 'n paar besondere reëlings nodig geag is) lewer dit geen probleme op nie.

die openbare orde is en wat nie — en dit is iets wat plek- en tydsgebonde is, sodat daar slegs van geval tot geval bepaal kan word of 'n besondere optrede die openbare orde raak. Van besondere belang is die vraag of die aantasting van die regte of belange van derdes deur 'n vrywillige onderwerping strydig met die openbare orde is. Die blote feit dat die regte of belange van derdes deur 'n onderwerping vir 'n bepaalde regshandeling aangetas word, maak sodanige onderwerping volgens my nie noodwendig strydig met die openbare orde nie. Waar 'n erflater hom byvoorbeeld deur middel van hierdie meganisme losmaak van die outohtone reg en 'n testament verly, kan geargumenteer word dat die noodwendige aantasting van derdes se erfregtelike belange ingevolge die outohtone reg nie teen die openbare orde is nie as synde te vaag. Uiteindelik kan sodanige kwessies slegs deur middel van 'n beleidsbeslissing opgelos word. Soos reeds hierbo aangedui, het elkeen (en dus ook die outohtone bevolking) in Suid-Afrika die inherente kompetensie om die landsreg te gebruik sodat hierdie vorm van vrywillige onderwerping reeds in 'n informele gedaante bestaan. Lede van 'n outohtone bevolking mag byvoorbeeld 'n testament maak of 'n gemenerregtelike huwelik sluit. Artikels 22(7) en 23(1) en (2) van die Swart Administrasie Wet ⁶⁵ is egter voorbeelde van hoe verhoed word dat 'n man deur 'n gemenerregtelike huwelik te sluit of 'n testament te maak deelgenote en kinders van voorafgaande gewoonteregtelike huwelike vermoënsregtelik benadeel. Feit is dus dat vrywillige onderwerping wel deur die openbare orde gekwalifiseer behoort te word, maar wat strydig met die openbare orde is, kan slegs met verwysing na die besondere omstandighede van elke land op 'n besondere tydstop bepaal word.

(d) Vrywillige stilswyende onderwerping

“Zoo dikwijls Inlanders en met hen gelijkgestelden eene in het burgerlijk- of handelsrecht der Europeanen geregelde rechtshandeling verrichten, die in het voor hen geldende recht niet is geregeld, worden zij verondersteld zich vrijwillig te hebben onderworpen aan de desbetreffende, niet op hen toepasselijke voorschriften van het burgerlijk- en handelsrecht der Europeanen.”

Hierdie is geen reëling in verband met vrywillige onderwerping nie. Dit is naamlik duidelik dat hier ook gevalle kan voorkom waar 'n persoon, alhoewel hy 'n “Westers-regtelike” regshandeling aangegaan het, nie die bedoeling gehad het om hom aan die reg vir Europeërs te onderwerp nie. Eerder is dit (in die woorde van Kolléwijn⁶⁶) 'n vermomde toepaslikverklaring van die reg vir Europeërs of 'n bloot aanwysingsregtelike reëling.⁶⁷

65. Wet 38 van 1927.

66. *Op cit* (1914).

67. Nederburgh *op cit* (1914) 6. Vrywillige onderwerping (indie besonder onderwerping vir 'n bepaalde regshandeling en “veronderstelde” onderwerping) is 'n (beperkte) statutêre ekwivalent van die bevoegdheid tot regskeuse deur die partye wat deur die interne aanwysingsreg verleen word.

SLOT

Vrywillige onderwerping het tot inhoud 'n prysgewing van 'n eie persoonlike reg (of gedeelte daarvan) en die verkryging van 'n nuwe persoonlike reg (in die geheel of gedeeltelik).

Inderdaad was 'n formele instelling van vrywillige onderwerping wenslik en nodig in Nederlands-Indië, veral in die lig van die strenge geskeidenheid tussen die reg wat op verskillende groepe van toepassing was. Met ander woorde die behoefte het bestaan om ook buite om die aanwysingsreg onderworpe te wees aan 'n ander regstelsel (as dié wat vir 'n besondere persoon se groep geld). Die redes hiervoor is gevarieerd. Nederburgh⁶⁸ noem byvoorbeeld as redes dat die besondere persoon “in betrekking treedt tot iemand buiten zijn groep, of dat het recht zijner eigene groep niet in het voorhanden geval voorziet, of dat zijn groepsrecht niet meer voldoet aan ontluikende nieuwere rechtsopvattingen in de groep”. Hy noem ook minder gewigtige redes soos die blote voorkeur vir 'n ander regstelsel. (Amptelik is twee redes aangevoer vir die instelling van vrywillige onderwerping. Eerstens was daar die partisaanse rede dat dit “voor de Europeanen eene grootte veiligheid zal opleveren betrekkelijk verbindtenissen speciaal door Arabieren, Chineezen en dergelijke personen aangegaan”⁶⁹ en tweedens dat dit “allengskens veel [zal] kunnen toebrengen tot eene meer en meer uitgebreide werking van het Nederlandsch-Indisch burgerlijk- en handelsrecht, hetgeen over weinige jaren wellicht nagenoeg uitsluitend zal worden te baat genomen in alle eenigzins belangrijke overeenkomsten, gesloten, zoo wel tusschen Europeanen en Inlanders en daarmee gelijkgestelden personen als tussen de laatst bedoelde inwoners van Indië onderling.”⁷⁰)

Dit is reeds hierbo genoem dat alhoewel die behoefte aan 'n instelling soos vrywillige onderwerping in Nederlands-Indië baie patent was, dit aan die ander kant wil voorkom dat die kompetensies wat só aan die outohtone bevolking toegeken word, reeds in lande waar daar 'n algemene landsreg is, bestaan sodat die vraag na vore kom waarom vrywillige onderwerping in so 'n land ingevoer moet word.

Die gebondenheid van die Suid-Afrikaanse outohtone bevolking aan verskillende regstelsels kan gerieflik wees waar dié deel van die bevolking ten aansien van die reg in 'n transisiefase verkeer, met aan die een kant nog 'n behoefte aan die outohtone

68. *Op cit* (1933) 184.

69. Kollwijn *op cit* 251. Dié “grootte veiligheid” het blykbaar daarin bestaan dat slegs die Europese regter regsbevoeg sou wees en dat die reg vir Europeërs as “beter” beskou is. Gautama en Hornick (*op cit* 20-21) merk ook op dat die oorwegings van die wetgewer met die instelling van vrywillige onderwerping oa was om Europese handelsbelange te beskerm in transaksies met die outohtone bevolking omdat dit vir die Europeër “a familiar and more favourable legal environment” geskep het.

Aangesien die outohtone reg in 'n land soos Suid-Afrika slegs tav die outohtone bevolking kan geld, kan so 'n eensydige bevoordelingsbedoeling nooit by die SA wetgewer gekonstrueer word nie.

70. Kollwijn *op cit* 251. Gautama en Hornick *op cit* 20 voeg ook nog as beweegrede by “a desire to improve the condition of Christian Indonesians, whose religion sometimes placed them at odds with the customary law of the predominantly Islamic Community. Voluntary submission made it possible for Indonesian Christians to ‘escape’ the reach of adat law. Indeed, originally, it was proposed that voluntary submission be limited to those of the Christian faith.”

reg ten aansien van sekere sake, maar met betrekking tot ander sake geen sodanige behoefte nie. Dit verskaf die nodige plooibaarheid wat so belangrik is in die kompleksiteit van pluralistiese regsordes.

Maar talle lede van die outohtone bevolking bereik 'n stadium waar hul regsbehoefes volkome volgens die landsreg ingestel is en dán is daar 'n nodigheid om volkome los van die outohtone reg te raak – om *slegs* aan die landsreg gebonde te wees en om nie gedwonge gebonde gehou te word nie aan outohtone regreëls wat vir 'n heel ander situasie as dié waarin hulle verkeer, ontwikkel is. Deur 'n stelsel van vrywillige onderwerping sou 'n lid van die outohtone bevolking sekerheid in sy privaatregtelike posisie kon bring deurdat hy die landsreg (in die geheel of gedeeltelik) *uitdruklik* sy persoonlike reg maak, sodat hy verder (op die gebiede ten aansien waarvan hy hom onderwerp het) slegs vrywilliglik aan die outohtone reg gebonde sal wees (met die uitsondering van gevalle waar die interne aanwysingsreg anders bepaal). Die voordeel is dus grootliks geleë in die *formele identifisering* van 'n *propositus* se persoonlike reg.

Nederburgh⁷¹ is egter van mening dat vrywillige onderwerping juis regsonsekerheid meebring:

“Het is voor ieder van belang te weten aan welk recht degeen, met wien hij in rechtsverhouding komt, is onderworpen. Kon men willekeurig daarin verandering brengen, dan zou de rechtszekerheid daardoor ernstig bedreigd worden.”

Hy is verder van mening dat bogenoemde beswaar slegs ongeldig is met betrekking tot diegene wat met mekaar 'n regshandeling aangaan en een of albei neem 'n ander reg vir daardie doel aan. Albei is daarvan bewus en hul regverkrygendes kan hulle daarvan vergewis omdat dit skriftelik geskied.⁷² Dié argument gaan egter nie op nie. Waar daar die moontlikheid bestaan dat mense van reg kan verwissel en die omstandighede waaronder dit geskied asook die vereistes daarvoor is duidelik, is die *reg* nie onseker nie, slegs of 'n besondere persoon aan dié of daardie regstelsel onderworpe is – 'n feitelike onsekerheid wat byvoorbeeld opgelos kan word deur die aanhou van 'n register van vrywillig-onderworpenes. Natuurlik is Nederburgh korrek as hy verklaar dat die oorgaan na 'n ander regstelsel “iets zeer bedenkelijks zouden worden, wanneer deze wijziging van staat verborgen bleef voor degenen die tot hem in eenige rechtsbetrekking mochten komen” maar die antwoord hierop is dat metodes bestaan om te verseker dat dit nie verborge bly nie.

Eweneens gee die volgende opmerking van Nederburgh nie 'n ware beeld nie:

“Wanneer wij nu deze vier soorten van vrijwillige onderwerping beschouwen in verband met de overige bestaande onderscheidingen op dit gebied, dan krijgt de toch al ingewikkelde rechtstoestand der bevolking van Indië iets van een kaleidoskoop, in plaats van dat we naar meer eenvoud en eenheid van rechtsverhoudingen op weg komen. Naast het recht der Europeanen treffen we aan een bonte mengeling van plaatslijk verschillend gewoonterecht der eigenlijke Inlanders, voorts eenige groepen

71. *Op cit* (1914) 6.

72. Vgl noot 60 hierbo.

Vreemde Oosterlingen en Inlandsche Christenen elk met een eigen recht; maar nu ontstaan voor elk dier groepen nog weer meerdere graden van onttrekking aan hun eigen, en onderwerping aan het Europeesche recht,⁷³ . . .

en (aangesien die onderwerping erflik is) roep dit in die lewe

“twee nieuwe klassen der Indische bevolking: 1* die van Inlanders of Vreemde Oosterlingen, die privaatrechtelik Europeanen zijn; 2* die van eigenlikgezegde Inlanders, die privaatrechtelik Vreemde Oosterlingen zijn. Ziedaar wel een teleurstellend effek in een tijd waarin men meer en meer begint te zien, dat de versplintering van recht en de klassen indeeling der bevolking van één land uit den boeze zijn en men daarom gaat streven naar hervorming onder de leus ‘unificatie van recht’ en opheffing van afscheiding!”⁷⁴

Wat Nederburgh egter miskyk, is dat die blote vermeerdering van klasse nie noodwendig die versplintering van reg meebring nie. Intendeel, deur vrywillige onderwerping word die *corpus* van diegene wat ’n besondere regstelsel gebruik al hoe groter en kan dit uiteindelik lei tot regseenheid. Dit kom dus neer op ’n tydelike vermeerdering van regsgroepe ten bate van uiteindelijke regseenheid.

In enige pluralistiese regsorde waarin daar ’n ontwikkelde regstelsel bestaan waartoe regsakkulturasië spontaan plaasvind kan ’n instelling soos vrywillige onderwerping groot voordele meebring. Dit is egter belangrik dat dit met omsigtigheid ontwikkel word met inagneming van die besondere omstandighede van die besondere land waar dit ingevoer word. Sekere beginsels is egter algemeen en staan vas, naamlik dat die onderwerping *vrywillig* moet geskied; dat daar twee verskyningsvorme, naamlik *algehele* en *gedeeltelike onderwerping*, moet wees; dat onderworpenheid van enige persoon aan ’n ander regstelsel as sy eie *maklik vasstelbaar* moet wees; dat dit *onherroepbaar* sal wees, maar met bepaalde *vrywillige deelname* deur so ’n persoon aan sy voormalige regstelsel; dat geen onderwerping mag plaasvind in omstandighede of ten opsigte van aangeleenthede waar sodanige onderwerping *teen die regsorde* sou wees nie en dat geen onderwerping *in fraudem legis* mag plaasvind nie. Die aangeleentheid moet dan ook so aangepak word dat die *minimum vereistes* gestel word vir onderwerping, terwyl die prosedure ook *eenvoudig* gehou behoort te word sodat dit, in die woorde van Bennett,⁷⁵ daarop neerkom dat ’n individu “when he or she is ready, may select a legal regime to match his or her personal life style.”

73. *Op cit* (1914) 7.

74. *Op cit* (1914) 13.

75. *Op cit* 215.

*Die Recensio der Pandekten und
die moderne Romanistik*

F WIEACKER

Professor emeritus der Rechte,
Universität Göttingen

Die Recensio der Pandekten und die moderne Romanistik

F WIEACKER

I

Die folgenden Überlegungen gelten dem Einfluss der Entwicklungen in der neueren romanistischen Forschung auf Zwecke und Verfahren der *recensio* des justinianischen Digestentextes. Das Thema ist jedem Romanisten bewusst; *ex professo* wird es, wenn ich recht sehe, nur selten erörtert. Denn seit den Pioniertagen der modernen Romanistik gingen die Edition der Digesten und die neuere Interpolationenforschung getrennte Wege. Für die *recensio* der Digesten bauten Spezialisten und Meister wie Mommsen, P. Krüger und H. U. Kantorowicz an der grossen Tradition fort, die der Schöpfer der Digestenvulgata am Ausgang des 11. Jhs. begründet hatte. Die neue Textkritik war dagegen wesentlich am sachlichen Ertrag erkannter oder vermuteter Interpolationen für die Kenntnis des klassischen und nachklassischen Rechts interessiert und beschied sich im übrigen im wesentlichen mit dem Digestentext der Mommsenschen *Editio maior*. In Wahrheit aber können die Aufgaben und Bedürfnisse der modernen Forschung ebenso wenig ohne Einfluss bleiben auf die Forderungen, die sie an eine Edition der Digesten stellt wie auf die eigenen Beiträge, die sie zur Rekonstruktion des justinianischen Textes leisten kann. Das Thema darf auf das Interesse eines Gelehrten hoffen, der sich wie Paul van Warmelo in gleicher Weise um die Erforschung des altrömischen Rechts verdient gemacht hat wie um die Tradition des *Ius commune*, das in seinem Land – als dem einzigen Grossstaat der Erde – noch lebendige Rechtsquelle ist.

II

1. Auf den ersten Blick scheint der prinzipielle Gegensatz zwischen der Tradition der *recensio* der Digesten und den Zwecken des modernen Historikers des antiken römischen Rechts schwer zu überbrücken. Die heutige Romanistik ist als legitime Tochter des historischen Positivismus empirische Wirklichkeitswissenschaft. Was immer idealistische Philosophien, strukturalistischer Formalismus oder dialektische Ideologien gegen den Historismus zu recht oder unrecht einwenden: sie jedenfalls wird nicht mehr zur alten überzeitlichen Normativität dieser Tradition zurückkehren können. Für die Konstitution des Digestentextes bedeutet dies, dass sie die grösst-

mögliche pragmatische Annäherung an den historischen Text sucht, der um die Jahreswende 533/34 in Konstantinopel ausgefertigt worden ist. Bei dieser Rekonstruktion fühlt sich der heutige Rechtshistoriker auf keine Weise gebunden durch normative Absichten und Ziele, wie sie im Zeitalter des *Jus commune* die *applicatio textus ad usum hodiernum* diktierte oder in den Blütezeiten des Humanismus die ästhetische oder vernunftgemässe Sprachnorm der guten Latinität. Seine Erwartungen sind demgemäss nicht vorwegbestimmt durch die Erwartungsvorgriffe einer normativen Hermeneutik der Applikation¹; und wenn es auch nicht sinnlos ist, zu sagen, er wolle den Text im Sinn einer 'kontemplativen' (d.h. nur durch ein historisches Erkenntnisinteresse geleiteten) Hermeneutik² 'verstehen', so ist doch dieses Verstehen nur eine andere *façon de dire* für das Erklären der sprachlichen Äusserung der Kompilatoren aus deren Bedingungen, Motiven und Absichten³.

2. Die *recensio* der Pandekten stand bekanntlich seit ihren Anfängen unter entgegengesetzten Zeichen. Die Redaktion der Digestenvulgata im späten 11. Jh. inspirierte ein wissenschaftlicher Enthusiasmus, hinter dem der Glaube an die überzeitliche Geltung der justinianischen Rechtsbücher zufolge des Fortbestandes des *Orbis Romanus* in der abendländischen Christenheit stand. Ihre kritische Arbeit zielte demzufolge auf einen Text, der den Anspruch vertrat, die Rechtskonflikte der mittelalterlichen Lebenswelt eben durch jene überzeitliche Autorität zu entscheiden. Die Auslegung der justinianischen Texte mit dem logischen Rüstzeug des Triviums und alsbald auch mit dem geschliffeneren Organon der Hochscholastik, welche die Textauswahl bestimmte, stand im Dienst der Bekräftigung, nicht der Auffindung jener zeitlosen Wahrheit der Texte⁴, und — noch bis in die Zeit der Kommentatoren hinein — jedenfalls nicht zugestandenermassen im Dienste lebensweltlicher Zwecke. Demgemäss orientierten sich auch die weiteren Entscheidungen der mittelalterlichen Rechtswissenschaft zwischen den Varianten der vorliegenden Überlieferungen des *digestum vetus*, *infortiatum* und *novum* an diesem Ziel.

In einem neuen Enthusiasmus suchte der Humanismus des 14.–16. Jhs. auch eine neue Norm: das gereinigte und exemplarische Wort der römischen Antike, gleich welcher Zeitstellung. Dieser Ruf *ad fontes* stärkte die alte Autorität der *littera Floren-*

1. Zu dieser grundlegend und einflussreich: Gadamer, *Wahrheit u. Methode*³ (Tübingen 1960) 261 ff.; 275 ff.; zur 'Applikation', (auch des Historiker); am Leitfaden der rechtsdogmatischen Auslegung 317 ff.; Zurückweisung von 'historistischen' Einwendungen auch 478 ff.

2. Statt aller Betti *Ann. Fac. Bari* 16 (1961) 1 ff.; A. Heuss *St. Betti* 1 (1962) 151 ff.; Wieacker *Notizen z. rechtshist. Hermeneutik*, *Nachr. GöttAk* 1963, 1 S. 1 ff.; Fs. F. Schwind (Wien 1978) 366 ff.; dagegen Gadamer 482 ff. (484¹) und wieder: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 7 (1978) 1 ff. (Estr.).

3. Dagegen ist normative Hermeneutik als 'Wirkungsgeschichte' der justinianischen Texte in der europäischen Rechtswissenschaft von den Anfängen in Bologna bis zur Gegenwart, etwa des Roman Dutch Law, ihrerseits selbst historischer Gegenstand der Geschichte des römischen Rechts in Europa. Zu diesem Zentralbegriff der Hermeneutik-Renaissance Gadamer 283 ff.; 323 ff. u. ö.; für die Rechtshistorie statt aller *Notizen* (o.²) 8 ff.; Fs. Schwind 367 — wo aber 'Wirkungsgeschichte' im Sinn des Historismus als Entstehung einer von der Autorenmeinung abweichenden Tradition verstanden wird.

4. S. statt aller nur Wieacker *Privatrechtsgesch. d. Neuzeit*² (1967) 54 f. u. A. 35.

tina fù Pisana: sie war, wenn nicht geradezu Justinians eigenes Exemplar, so doch das früheste Zeugnis des letzten Gesetzgebers der römischen Antike. Aber auch diese Ehrfurcht vor dem älteren, reineren Text galt einer *exemplarischen* Antike, nicht der *historischen* Quelle des 6. oder des 7. Jhs. als solcher. Es blieb normativ und autoritativ, nur dass an die Stelle der zeitlosen Autorität des tradierten Textes der Wille des römischen Gesetzgebers sowie die ästhetische Sprachnorm der *bonae litterae*, möglichst der goldenen, ciceronischen, Latinität trat.

Dies bedeutete, wie bekannt, nicht notwendig eine Absage der Humanisten an die bisherige *applicatio sensus ad usum hodiernum* der Kommentatoren. Während die Anführer einer strengen, geschlossenen *recensio* im Anschluss an die Florentina⁵ sich der Frage nach der praktischen Rezeption des Vulgatatextes versagten, blieben sich andere Humanisten, wie Duaren, Cuias und ihre Gefolgschaft, mit ihrem Eintreten für eine freie Variantenwahl zugleich auch der Verantwortung für die praktische Anwendung der Texte stärker bewusst⁶. Erst mit der zunehmenden Rezeption philologischer Methoden setzte sich seit dem Ende des 17. Jhs. in der antiquarischen Richtung der holländischen Jurisprudenz und dann auch in Deutschland der Vorrang des antiquarischen Interesses vor dem applikativen durch.⁷

Zum vollen Sieg gelangte die strenge Rezension der Pandekten durch Mommsens *Editio maior*. Denn Mommsen legte ihr die klassische Methode der philologischen Edition des 19. Jhs. zugrunde,⁸ die, vorbereitet durch die protestantische Bibelkritik des 18. Jhs. und durch Bentleys und Hermanns Textphilologie, soeben *Lachmanns* berühmte Lukrez Ausgabe demonstriert hatte: mit dem Zentralbegriff des Archetypus, der Herstellung einer streng vertikalen Filiation am Leitfaden der 'gemeinsamen Fehler' und der Ausschliessung der *codices descripti* und aller durch dieses Stemma nicht mehr zugelassenen Varianten. Für Mommsens Digesten bedeutete dies die entschiedene Vorherrschaft der Florentina, die Kantorowicz nachmals als 'Despotie' anklagen sollte. Zwar verdanken wir gerade Mommsen die Entdeckung, dass die aus-

5. Zu A. Agustíns und Torellis geschlossener *recensio* (als Folge der Entdeckung der Abhängigkeit aller Vulgattexte von der Florentina) Kantorowicz SZ 30 (1909) 212 u. o.; J. Miquel, SZ 80 (1963) 272 ff.
6. Zur 'offenen' *recensio* Duarens und Cuias' und den sich aus der Kontroverse entwickelnden vermittelnden Meinungen bis zu Mommsens Entdeckung des *Codex Secundus* Kantorowicz 212 f.; Miquel 274 ff. Die praktischen Motive der humanistischen *recensio* betont Troje, *Graeca leguntur* (Frankfurt 1971) 5–90; s. a. TR 38 (1970) 519 ff; Fs. H. Heimpel 2 (1972) 116 ff.
7. Zu Brenkmans (schwer zugänglichen) Verdiensten vgl. nur van den Bergh (-Stolte) TR 45 (1977) 237 u. ö; eingehend jetzt Stolte, Henrik Brenkman (Leiden 1981) 87 ff. Zu Gebauers (von Spangenberg besorgter) Ausgabe im *Corpus iuris civile* etc. I (Gottingae 1776) s. nur Kantorowicz SZ 31 (1910) 83 u. Ä. 11 u. ö; zu den dort ausgewerteten Vulgathss, Röhle Laboe 22 (1976) 364 ff; zur unvollständigen und ungenauen Auswertung der (nach Göttingen verbrachten) Papiere Brenkmans Stolte aO 43 ff. u. ö. (Reg.).
8. Treffend Miquel (o. 5) 234 f. Der Einfluss Lachmanns bekundet sich nicht nur in Mommsens programmatischem Aufsatz in den *Jahrbüchern des Gemeinen Rechts* 5 (1862) 407 ff. (= Schr. 2, 107 ff) und in seiner Darlegung der Prinzipien in der *praefatio* der *Editio maior*, sondern auch im Spiegel der den damaligen Einwendungen Zachariäs (ZRG 12 [1872] 138 ff.) und besonders *Huschkes*, (Zur Pandektenkritik 1875) – Zu Lachmanns Methode und ihren Vorbedingungen s. nur G. Pasquali, *Storia della tradizione e critica del testo*² (1962) 15 ff.

schliessliche Abstammung der Vulgattexte von der Florentina durch die Nachvergleichung des *Codex Secundus* mit einer von F *unabhängigen* Handschrift (vermutlich eines Auszugs) kontaminiert⁹ ist; aber Mommsen selbst hat die dadurch zugelassenen echten Varianten seinerseits soweit wie möglich minimalisiert.¹⁰ Erst H. U. Kantorowicz' "Entstehung der Digestenvulgata" und die neuere Forschung, die sich daran anschliesst, haben dieser transversalen Kontamination durch die Zulassung einer theoretisch nicht begrenzten Zahl möglicher authentischer Präsumptivvarianten einen weiteren Spielraum eröffnet und damit die geschlossene Rezension Mommsens wieder aufgebrochen.¹¹

Im Rückblick liesse sich mit unzulässiger Vereinfachung sagen: Keine der bisherigen Epochen der Arbeit am Pandektentext hat sich in dem Sinn 'historistisch' verhalten, dass sie die sprachliche, Äusserung der justinianischen Kompilatoren als historisches Ereignis zu ihrem letzten Interesse gemacht hätte. Die Vulgattexte des Hoch- und Spätmittelalters waren durch die Norm der Autorität und der logischen Erkenntnisform des Triviums und der Scholastik bestimmt; die *recensio* der Humanisten wesentlich durch die ästhetische Sprachnorm der *bonae litterae* und zunehmende sachphilologische Motive; die in Mommsen gipfelnde antiquarisch-philologischen durch das Diktat der Lachmannschen Regeln, die mit den 'verbotenen' Varianten mögliche historische Zeugen *ausschloss, nicht aufsuchte*. Daher findet eine Forschung, die nach der historischen Wirklichkeit der Bildung des justinianischen Textes fragt, auch in Mommsens *Editio maior* nur in beschränktem Mass die Textform, die auf ihre Erwartungen und Fragen antwortet.

3. Aber jeder Leser dieser Aufstellungen wird das Überspitzte einer solchen Konfrontation empfinden. Träfe dies Bild wirklich zu, so gäbe es keine Vermittlung zwischen der Tradition der Digestenausgabe und der modernen rechtsgeschichtlichen Forschung. In Wahrheit sind in allen Epochen der Arbeit am Pandektentext in die Suche nach dem normativen Text auch Elemente spezifisch historischer Erkenntnis eingegangen. Schon die Redaktion der Digestenvulgata war ein Zeugnis des

9. Grundlegend Mommsen praef. LXVI, LXVIII u. ö; weiterführend Kantorowicz SZ 30 (1909) 219 ff; ferner P. Krüger Gesch. d. Qu. u. Lit. d. röm. R.² (1912) 431 u. A. 43; F. Schulz, Einf. in d. Studium d. Digesten (Tübingen 1916) 9 f; G. Mor Il digesto nell'età pre-irmeriana e la formazione della Vulgata (1938); neue Gesichtspunkte bei Miquel 276 ff. (281 ff.). Als Auszug erkannt von Kantorowicz aO 232 ff; dagegen (ohne starke Gründe) Krüger 434; Miquel 281.
10. Nach Mommsen beschränken sich die Korrekturen des *Codex Secundus* nach einer vom F unabhängigen Hss. auf die Digestenbücher 2 f; 6 f; 9, 12, 17, 30, 33 f. und innerhalb dieser auf die wenigen Stellen, für die der positive Beweis erbracht wird, dass die überlegene Lesart der Vulgata nicht auf blosser Konjektur der späteren Überlieferung beruht; dagegen Kantorowicz (u. A. 11); Miquel 276, 280.
11. Kantorowicz erstreckte die Korrekturen aus dem von F unabhängigen Auszug auch auf die Bücher 1, 8, 28, 32-36, 48 somit auch auf das *digestum novum* (SZ 30, 228) und kehrte Mommsens Beweislastregel gegen die Selbständigkeit einer von F abweichenden Vulgatüberlieferung um: jede der florentinischen überlegene Lesart (der Vulgata) dürfe als die echte gelten, es sei denn, dass sie als in S noch nicht vorhanden erwiesen und demgemäss als bologneser Konjektur entlarvt wird" (aO 228 f; bei K. gesperrt; ähnlich SZ 31 (1910) 77. Dieser (weitgehenden) Formel zustimmend F. Schulz Einf. 13; Miquel 281.

Bewusstseins historischer Distanz; und bei den Glossatoren blieb seit Innerius dieses Bewusstsein oft gegenwärtig.¹² Der humanistischen *recensio* der Pandekten eröffnete sachphilologische Information, sowie der Blick auf die klassische Latinität und auf die byzantinischen Nebenquellen¹³ weitere Zugänge zum geschichtlichen Text der justinianischen Kompilatoren. Vollends hinter Mommsens Entscheidungen für die *recensio* und *selectio* stand immer auch der gesamte geschichtliche Ertrag der historischen Rechtsschule und seine eigene, schon in den 60er Jahren riesenhafte historische Erfahrung. So hat sich der Abstand zwischen Textphilologie und Rechtshistorie mehr und mehr verringert. Unser Thema beschränkt sich damit auf die feineren und schwierigeren *Randkorrekturen* der Editionsfrage durch neue Erkenntnisse und Erwartungen der romanistischen Textforschung.

III

1. Wie bemerkt (o.A.II), hat die Kritik der geschlossenen *recensio* Mommsens, die mit H. U. Kantorowicz' "Digestenvulgata" einsetzt, der Arbeit am Digestentext einen weiteren Spielraum authentischer Präsumptivvarianten zurückgegeben, zwischen denen nach sachgeschichtlichen Kriterien zu entscheiden ist; sie ermutigte zugleich zu liberaleren Konjekturen und Emendationen. Beide Chancen kommen gerade einer neueren Entwicklung in der romanistischen Textkritik entgegen. Auf dem Höhepunkt der Interpolationenjagd war das Interesse an der Berichtigung formaler und sachlicher Unstimmigkeiten des justinianischen Digestentextes als solches zurückgetreten: man erklärte sie eben nicht aus Überlieferungsfehlern des justinianischen Textes, sondern aus ungeschickten Eingriffen der Kompilatoren. Es ist daher folgerichtig, wenn Philologen und Rechtshistoriker, die die Exzesse der Interpolationenforschung missbilligen, wieder auf Varianten und Korrekturen des justinianischen Digesten zurückgreifen.¹⁴ Mit der anhaltenden Kritik der Interpolationenjagd wird diese Tendenz zunehmen. Durch die Einstellung dieses Faktors in die Rechnung gewinnen aber auch die Kriterien der *selectio* ein gesteigertes Interesse. Welche Textform eines klassischen Juristen ist es, an der unsere Erwartungen vom Text der justinianischen Kompilatoren sich nunmehr orientieren? Diese Erwartungen werden heute bestimmt durch zunehmende Einblicke in die Variabilität des Sprachgebrauchs der Gattungen und der individuellen Autoren der klassischen Juristenschriften, sowie – im gegebenen Fall – in die Eigentümlichkeiten etwaiger vorjustinianischer Herausgeber oder Bearbeiter der klassischen Originale.

12. So unterschied schon Innerius einzelne klassische Juristen: Besta, L'opera d'Innerio (Torino 1896, Rist. Bologna 1980) 111 ff; Paradisi, Apologia della storia giuridica (Bologna 1973) 444 ff; vgl. a. Wieacker Fs. Flume 1 (1978) 233; zur *adaequatio* der Legate und Fideikommiss F. Schulz Class. RomLaw (Oxford 1951) 395; Maschi, Atti Conv. Intern Accurs (Milano 1968) 559 ff. Zur Echtheitskritik der Glossatoren Palazzini Finetti, Storia delle ricerche delle interpolazioni (Milano 1953) 12 ff; Paradisi aO 394 f, 440 f; zur *collatio codicum* 445; zur Textkritik der Kommentatoren 436 f.

13. Troje, Graeca (o. 6.) 191-280 (233 ff.), der aber auch hier die dogmatischen Interessen der Humanisten vor den antiquarischen wirksam sieht; s. a. Ius commune 4 (Frankfurt 1972) 51 ff. u.ö.

14. Dazu (mit Beispielen) E. Fränkel, SZ 44 (1924) 527 ff; Schönbauer, Fs Koschaker 2 (1938) 339 ff; Miquel, SZ 81 (1964) 317 ff; neuerdings vor allem (teilweise gewagt) Röhl, SZ 94 (1977) 306 ff; ebd. 95, 281 f; IVRA 28 (1975) 99 ff; TR 46 (1978) 137 ff; StDoc 48 (1979) 549 ff.

2. Für den Historiker des antiken römischen Rechts bedeutet Konstitution des Pandektentextes Rekonstruktion der ältesten, uns erreichbaren Textform, hinter der der geschichtliche Text steht, der um die Jahreswende 533/4 aus den Händen der Kompilatoren hervorging. In dieser Textform haben wir mehrere Schichten zu erwarten: (a) Zunächst und wesentlich den Text der klassischen Originale mit den sprachlichen, stilistischen und gedanklichen Eigentümlichkeiten ihrer individuellen Autoren; (b) sodann die Veränderungen durch Abschreiber, Herausgeber und Bearbeiter, denen diese Originale während ihrer drei-fünfhundertjährigen Lebensläufe ausgesetzt waren, ehe sie die 'Bibliothek' der Kompilatoren erreichten; und endlich (c) die Eingriffe, welche diese Vorlagen durch die Kompilatoren selbst erfuhren. Obwohl es auf der Hand liegt, dass eine Pandektenedition nur diese letzte Textgestalt rekonstruieren kann, bleibt es doch dabei, dass in diese Gestalt immer auch, und zwar ganz überwiegend, die individuellen Eigentümlichkeiten der klassischen Autoren sowie etwa der (unanonym bleibenden) späteren Bearbeiter eingegangen sind. Dies bedeutet im Ergebnis, dass die sachliche Entscheidung des Rechtshistorikers zwischen authentischen Präsumptivvarianten einer Pandektenhandschrift (oder einer Gruppe solcher Hss.) ihre Kriterien *allen drei Schichten* entnehmen muss. Sie hat in Betracht zu ziehen sowohl die Eigentümlichkeiten der Kompilatoren, die sich als gesicherter Kern der Interpolationenkritik bewährt haben, wie die Eigentümlichkeiten etwaiger Bearbeiter einer klassischen Schrift oder einer Gruppe solcher Schriften, und endlich (und vor allem) die individuellen sprachlichen und stilistischen Eigentümlichkeiten der klassischen Autoren selbst. Im Ergebnis heisst dies, dass die materialen Kriterien der *selectio* nur für einen kleinen Ausschnitt des Gesamttextes der Digesten einheitliche sind: nämlich für die Schicht der justinianischen Interpolationen. Im übrigen müssen sie sich jeweils orientieren an unseren Erwartungen von den individuellen Merkmalen einer klassischen Schrift, oder ihres Autors oder ihrer Gattung sowie an den Eigentümlichkeiten der Bearbeiter einer klassischen Schrift oder einer Gruppe solcher Schriften.

Es handelt sich hier wohlverstanden nicht um die (bisher geläufigere) Frage, ob ein Digestentext interpoliert ist, weil er unseren Erwartungen vom Stil der klassischen Autoren oder der klassischen Schrift widerspricht, der er entnommen sein will, sondern um die Feststellung, dass bei der Entscheidung zwischen authentischen Varianten des Pandektentextes *ceteris paribus* derjenigen der Vorzug zu geben ist, die dem Sprachgebrauch des Klassikers besser entspricht und daher vermutlich dem (nicht interpolierten) Text der Vorlage der Kompilatoren angehörte. Die genauere Kenntnis des Sprachgebrauchs der Klassiker kommt hier also nicht der Interpolationenkritik zugute, sondern der Entscheidung zwischen authentischen Varianten des justinianischen Textes. Es bedarf keines Wortes, dass dieses Kriterium auch in der bisherigen Editionspraxis fallweise immer berücksichtigt worden ist. Nur hat sich unsere Kenntnis des individuellen Sprachgebrauchs der Klassiker seit Mommsens *editio maior* ständig vertieft, und seit kurzem die Datenverarbeitung weitere Zugänge und Kontrollen eröffnet.

3. An diesem Punkt ist ein Exkurs über die mögliche Erhaltung vor justinianischen Varianten im Pandektentext angezeigt. Das Ziel einer Pandektenedition ist natürlich

der justinianische Text. In aller Regel führt hinter eine durch *selectio* und ggf. *emendatio* gewonnene Textform der justinianischen Digesten kein Weg zurück zu einer Mehrheit vorjustinianischer Varianten in einem Digestenfragment. Die erdrückende Mehrzahl dieser Texte ist ausschliesslich in Fragmenten des einzigen Exemplars überliefert, das den Kompilatoren vorlag. Sie sind daher jeweils als Bruchstücke eines *codex unicus* zu behandeln, in denen allenfalls noch Emendationen der Kompilatoren selbst wahrnehmbar sein können.¹⁵

Eine Rezension der klassischen Juristenschriften als solche, d.h. die Rekonstruktion der Textform klassischer Originale (oder praktisch: der Vorlagen der Kompilatoren) beschränkt sich auf die wenigen Fälle, in denen Paralleltexte ausserhalb der justinianischen Digesten (*confronti*) selbständige Varianten liefern. Dies geschieht zuweilen durch eine ausserjustinianische Nebenquelle (wie besonders die *Collatio* und die vatikanischen Fragmente), oder aber, weil die Kompilatoren der Digesten und die der justinianischen Institutionen zwei selbständige Vorlagen benutzten. Das ist für Gaius und die spätklassischen Institutionenwerke wahrscheinlich,¹⁶ für die grossen Edikt- und Sabinuskommentare immerhin möglich.¹⁷ Aber auch in diesen Ausnahmefällen bleibt die Ermittlung und die Entscheidung zwischen authentischen vorjustinianischen Varianten eine fast unlösbare Aufgabe. Die Aufstellung eines Filiationsschemas ist hier immer nur hypothetisch.¹⁸ Denn einerseits trennen auch die vorjustinianischen Texte von den klassischen 'Originalen' meist Jahrhunderte, in denen die Textentwicklung unerschwinglich, wie in einer 'Stromversickerung', verlief; andererseits scheinen buchgeschichtliche Vorgänge, wie die Umschrift aus der Rolle in den *Codex*, um die Wende zum 4. Jh. den Textstand in 'Archetypen' konsolidiert zu haben, hinter die wir nicht zu älteren Textformen zurückgelangen.¹⁹ Alles in allem ist uns die ursprüngliche mechanische Überlieferung auch der spätklassischen Werke in den Jahrhunderten nach ihrer Publikation verschlossen: keines ist in seinen frühesten Verkörperungen auf uns gekommen, und auch den Kompilatoren haben sie so nicht mehr vorgelegen.²⁰

4. Jedenfalls haben vorjustinianische Varianten auch im pandektentext nicht 'überlebt', d.h. auf die Überlieferung der Digesten nach seiner Publikation Einfluss ge-

15. Soetwa in D. 9, 2, 27 § 10 = Coll. 12, 7, 8: Wieacker, Textstufen klass. Juristen (Göttingen 1960) 243, wo aber Niedermeyer (u.¹⁹) vorjustinianische Glättung annimmt. Zu den Emendationen der Korrektoren F¹ und F² Mommsen praef. XX sqq; LVII sq; Kantorowicz SZ 30, 219, s.a. Textstufen 443 u. A. 86–88.

16. Für Gaius' Institutionen Ferrini Scr. I. 189 f; 194 f; Schulz, Einf. 50 ff; Kreller SZ 41 (1921) 266; Wieacker, Fs. Schulz 2 (1950) 161 ff; anders Nelson (-David), Überlieferung, Aufbau und Stil von Gaius Institutionen (Leiden 1981) 182 ff. (219 u. ö; doch s. SZ 100 [1983] 632 u. A. 10. L – Für die Institutionen Florentins, Ulpian und Marcians vgl. Schulz SZ 35 (1914) 112 ff. (Florentin); eingehend Wieacker RIDA¹ 3 (1949) 577 f; 586 u. ö; Textstufen 199 u. A. 109.

17. Dazu differenzierend Textstufen 224–231.

18. Solche Vermutungen: Textstufen 237 ff; 246 ff. (allgemein); 294, 308, 317 (Ulp 7, 31, 36, 44 Sab); 397; vgl. 406 (Ulpian off proc) und 425 (Paul lb sg ad leg Falc).

19. Niedermeyer Atti Congr; 438 ff; Int Roma 1933 I (Roma 1934) 351 ff; Wieacker SZ 67 (1950) 393 ff; Textstufen 117 ff (allgemein); 452 (zusammenfassend); zu Ulp ad ed 237 ff.

20. Eingehend Textstufen 7 ff; 67 ff; 72 ff (Ausgaben); 93 ff (Rolle und Codex); 452 f.

habt. Eine Korrektur dieses Textes nach einer vorjustinianischen Vorlage (deren Fortbenutzung der Gesetzgeber strikt untersagt hatte) ist – im Bereich der okzidentalen Überlieferung – weder nachweisbar noch nur im geringsten wahrscheinlich. Die in Spuren erkennbare Emendation der ältesten Handschriftengruppe des *digestum vetus* nach dem justinianischen Institutionentext brachte allenfalls mittelbar und gleichsam zufällig bessere vorjustinianische Varianten klassischer Institutionenwerke in den Pandektentext. Nicht hierher gehört auch die (früher überschätzte) Erhaltung vorjustinianischer Textformen durch die justinianischen Scholasten und den Index des Anonymus. Für die *recensio* der Digesten kommt sie nur insoweit in Betracht, als sie paradoxerweise insoweit die Verwertung der *Graeci* (B) für die *recensio* der Pandekten gerade ausschliesst – eben weil sie vor justinianischen Text wiedergeben.

IV

1. Wir fassen zusammen: Interpolationenforschung und Konstitution des Pandektentextes werden mit Grund herkömmlich voneinander getrennt.²¹ Doch bestehen auch Wechselwirkungen, die nicht vernachlässigt werden sollten. Einmal ersparen zutreffende Varianten und gelungene Emendationen überflüssige oder gar irreführende Interpolationsannahmen. (A.14) Ferner sind die Grenzen zwischen mechanischen Überlieferungsfehlern und absichtlichen Interpolationen nicht so eindeutig, wie es zunächst erscheint.

Schon bei der *Diagnose* der Fehler machen sich mechanische und absichtliche Textveränderungen in gleicher Weise zunächst als 'Textstörung', d. h. als Inkoherenz des sprachlichen wie des gedanklichen Ausdrucks bemerkbar. Weiterhin waren – auch abgesehen vom Zweifel der neueren Psychologie an der genaueren Unterscheidbarkeit absichtlicher und unwesentlicher Fehlhandlungen – die Variantenauswahl und die Emendationen der Abschreiber, Korrektoren und besonders die der Kompilatoren von deren eigenen Rechtsvorstellungen nicht unabhängig. Und schliesslich hatten sinnändernde Überlieferungsfehler auf die Dauer dieselben rechtsgeschichtlichen Folgen wie absichtliche Veränderungen des Textes, sobald sie nicht mehr als Fehler erkannt wurden.²²

Endlich aber – und dies ist die praktische Folgerung aus unseren skizzenhaften Überlegungen: für die *selectio* zwischen authentischen Präsumptivvarianten sind ausser den Abstammungsverhältnissen auch die Erkenntnisse über den stilistischen und intellektuellen Habitus der einzelnen klassischen Autoren, ihrer einzelnen Schriften und ggf. auch die ihrer Bearbeiter in Rechnung zu stellen. Diese individuellen Kriterien schränken die Geltung jener einheitlichen Rezensionsregeln für den Gesamttext der Pandekten ein, die "Glanz und Elend" der Mommsenschen *Editio maior* bedeuten.

21. Mit exemplarischer Klarheit bei Schulz Einf. I ff ("Die Ermittlung des justinianischen Digestentextes"); 18 ff ("Die Ermittlung des klassischen Textes").

22. Zu solchen 'feed-back'-Effekten E. Fränkel (o.14); Chiazzese Confronti testuali etc, in Ann. Palermo 16 (1933) 131 ff; 326 ff; Wieacker Textstufen 29 u. A. 18.

2. Diese Betrachtungen reden nicht einer Revolution im Umgang mit dieser glorreichen Editionsleistung das Wort. In seinem Alltag wird auch der Historiker des antiken römischen Rechts mit Mommsens Ausgabe leben müssen und dürfen. Wo eine Lesart für seine Arbeit eine spezifische Relevanz gewinnt, wird er *alle* ihm erreichbaren authentischen Varianten zu Rate ziehen und sich daran erinnern, dass auch Mommsens Apparat nicht vollständig ist und seine Entscheidungen von seinen allgemeinen Rezensionenregeln abhängig waren. (Dabei bleiben natürlich weiterhin Lesarten ausser Betracht, die als evidente Korruptelen oder als ausschliesslich jüngeren Hss. zugehörig zu eliminieren sind). Zwischen den zugelassenen Varianten wird in der Regel der klassische und individuelle Sprachgebrauch, ggf. auch die Interpolationsmotive der Kompilatoren den Ausschlag geben. Nur *in extremis* wird der Romanist für einen entscheidenden *und* zweifelhaften Text Geschichte und Filiation einer Lesart selbständig verfolgen und rekonstruieren müssen. Dabei wird er insbesondere berücksichtigen, ob eine von F unabhängige, auf den *Codex secundus* zurückgehende 'authentische' Altvariante im Sinn von H. U. Kantorowicz vorliegt, und diese nach den soeben angegebenen Kriterien gegen die Lesungen der Florentiner und ggf. der *Graeci* abwägen.

*Die Rechtsprechung
des Supreme Court of the
Cape of Good Hope
am Ende der sechziger Jahre des
19. Jahrhunderts*

R ZIMMERMANN

WP Schreiner Professor für römisches Recht und
Rechtsvergleichung, Universität Kapstadt

Die Rechtsprechung des Supreme Court of the Cape of Good Hope am Ende der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts

R ZIMMERMANN

1

1.1 Das südafrikanische Privatrecht ist eine aus Elementen des civil law wie das common law interessant zusammengesetzte Mischrechtsordnung.¹ Ihre Grundlage bildet das römisch-holländische Recht, das Jan van Riebeeck und die ersten Siedler nach 1652 mit sich an das Kap der Guten Hoffnung brachten. Seit der (zweiten) englischen Besetzung des Kap im Jahre 1806 machte sich demgegenüber englischrechtlicher Einfluss geltend. Er führte zunächst zu einer immer stärkeren Verdrängung und Überlagerung des römisch-holländischen Rechts, sodann, kulminierend in den fünfziger Jahren dieses Jahrhunderts zu einem "bellum iuridicum",² in dem Puristen und "Besudeler" um die richtige Rechtsquellenlehre rangen. Nachdem hier zunächst im akademischen Schrifttum und dann auch auf den Richterbänken eine antiquarische, auf die Anwendung und Pflege eines möglichst reinen *usus modernus* des römisch-holländischen Rechts gerichtete Schule, seit der "Wende" von 1948 durch politisch nationale Tendenzen bestärkt, immer mehr an Einfluss gewann, herrscht heute eine pragmatische Haltung der Wahrung des status quo: weder wird das englische Recht dort, wo es bereits Fuss gefasst hat, als schädlicher Eindringling und Störenfried auszurotten getrachtet, noch wird ihm eine rechtsquellenmässig hervorgehobene Bedeutung zuerkannt, die es ihm erlauben würde, seinerseits weitere Bereiche des heute noch römisch-holländischen Rechts zu überwuchern.³

Es gibt inzwischen Untersuchungen, die Stellung des modernen südafrikanischen Rechts im Schnittpunkt zwischen civil law und common law analysieren. Auch an Lehrbüchern und Monographien zu den meisten wichtigen Bereichen fehlt es nicht. Diese bedienen sich häufig – und vielfach in eindrucksvoller Weise – der historischen Methode bei der Analyse und Erforschung von Rechtsfragen. Eine

1. Vgl. im einzelnen Zimmermann, Das römisch-holländische Recht in Südafrika, Einführung in die Grundlagen und *usus hodiernus*, 1983.

2. Vgl. z.B. Mulligan, (1952) 69 SALJ 25 ff.; Proculus Redivivus, (1965) 83 SALJ 17 ff.

3. Zum ganzen Hahlo/Kahn, The South African Legal System and its Background, 1968, S. 578 ff.; Zimmerman (o.A.1), S. 30 ff., 35 ff., 39 ff.

Begleiterscheinung dieser hierzulande noch lebendigen pandektistischen Tradition ist freilich eine gewisse Vernachlässigung der Rechtsgeschichte "an sich". So lehren an den Universitäten kaum Romanisten in dem in Europa geläufigen Sinne: das Interesse am römischen Recht als der historischen Rechtsordnung der Römer ist vergleichsweise gering.⁴ Gleiches gilt von der südafrikanischen Rechtsgeschichte. Für die Zeit bis 1806 bildet Visagie's "Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806" einen allerdings vereinzelt gebliebenen Meilenstein. Neuerdings hat sich eine Reihe von Rechtslehrern die Zugänglichmachung der in den Kapstädter Archiven vorhandenen Rechtsprechung des Raad van Justitie zum Ziele gesetzt.⁵ Insbesondere fehlt es aber für die Zeit von 1806 bis 1910, dem Jahr der Gründung der Union of South Africa, weithin an Untersuchungen.⁶ Sie sind jedoch erforderlich, um eine einigermaßen zuverlässige Basis für die Einschätzung und Würdigung der Tätigkeit des Cape Supreme Court zu gewinnen und um vor allem auch einen Einblick in den Vorgang der Rezeption des englischen Rechts und die Rechtsanwendungsprobleme zu dieser für die Herausbildung des modernen südafrikanischen Rechts so bedeutungsvollen Zeit zu gewinnen. Die vorliegenden Zeilen bieten einen ersten Versuch in diese Richtung. Ihren Gegenstand bilden die während der Jahre 1868 bis 1870 veröffentlichten Entscheidungen des Cape Supreme Court.

Diese Auswahl bedarf der Erläuterung. Zum einen erschien es angemessen, einen Zeitraum vor 1873 auszuwählen, dem Jahr, in dem JH de Villiers, später Lord de Villiers, Chief Justice wurde. Eric A Walker beginnt das von Lord de Villiers' Richter-tätigkeit handelnde Kapitel seiner vorzüglichen Biographie⁷ mit einem Zitat aus 1. Könige 15, 10: "Forty and one years reigned he in Jerusalem". In der Tat bekleidete De Villiers das höchste Richteramt am Kap für 41 Jahre und übte auf die Rechtsprechung einen wohl kaum zu überschätzenden Einfluss aus. Seine Ära bedarf gesonderter Behandlung.⁸ Andererseits lässt sich auf einen Zeitraum vor 1868 nur schlecht zurückgreifen. Erst vergleichsweise spät begann man in Südafrika, Entscheidungen zu publizieren.⁹ Am Anfang stehen die Menzies' Reports, die aus den nachgelassenen Manuskripten von Mr Justice W Menzies¹⁰ zwanzig Jahre nach dessen Tod im Jahre 1870 von James Buchanan herausgegeben wurden. Es handelt sich hier um drei, den Zeitraum von 1828 bis 1849 erfassende, nach Themenkreisen ge-

4. Zur Bedeutung des römischen Rechts in der südafrikanischen Praxis Beinart, *Roman Law in South African Practice*, 1952; Van Warmelo, (1959) 33 *Tulane Law Review* 565 ff; Zimmerman (o.A.1), S. 65 f. Zur Rolle, die das klassische römische Recht in der südafrikanischen Praxis spielt bzw. spielen könnte, vgl. v.a. Kaser, (1964) 27 *THRHR* 177 ff.

5. Hierzu de Smit, 1981 *Acta Juridica* 83 ff.

6. Vgl. neuerdings jedoch P.R. Spiller, *The Natal Supreme Court: its Origins (1846-1858) and its Early Development (1858-1874)*, PhD-thesis, Durban, 1983; vgl. auch dens., (1982) 45 *THRHR* 148 ff.

7. Lord de Villiers and his Times, 1925, Kapitel V, S. 72 ff.

8. Vgl. vorläufig Zimmermann (o.A.1), S. 18 ff. m.w.N.

9. Vollständiger Überblick über die in Südafrika seit 1828 erschienenen Law Reports bei Hahlo/Kahn (o.A.3), S. 293 ff; vgl. auch Hosten/Edwards/Nathan/Bosman, *Introduction to South African Law and Legal Theory*, 1980, S. 873 ff.

10. Zu ihm C.G. Botha, *Collected Works II*, 1962, S. 1 ff; A.A. Roberts, *A South African Legal Bibliography*, 1942, S. 371 f.

ordnete Bände. Freilich sind die Entscheidungen, soweit sie hier mitgeteilt sind, oft allzu kurz, um detaillierten Aufschluss über die Rechtsanwendung zu geben. Zudem werden auch im übrigen die Entscheidungen des Gerichts nicht direkt wiedergegeben, sondern eher in Form eines Entscheidungsberichtes. Eine im Jahre 1850 beginnende und bis 1867 reichende fünfbandige Entscheidungssammlung wurde während der Jahre 1884 bis 1894 von MW Searle herausgegeben. Sie stützt sich aber nur teilweise auf die Gerichtsakten; teilweise dienten Searle Gerichtsberichte in der Presse und die Notizbücher des Chief Justice Wylde als Unterlage. Watermeyer's Reports wiederum erfassen lediglich Entscheidungen aus dem August 1857 und bilden ein Bändchen von nicht mehr als 72 Seiten. Der vorliegenden Untersuchung liegt deshalb eine der beiden nächsten Entscheidungssammlungen zugrunde, die in den Jahren 1869/70 von J Buchanan publiziert worden ist.¹¹

1.2 Es erscheint passend, dem Bericht über die Rechtsprechung einige Worte über den institutionellen Rahmen vorzuschicken, innerhalb dessen diese zu würdigen ist. Grundlegende Bedeutung hatten hier die erste und zweite Charter of Justice (1827, 1832), durch die auf der Grundlage eines für die britische Regierung erstatteten Untersuchungsberichts das Gerichtswesen nach englischem Vorbild reformiert worden war.¹² Die Rechtsprechung war seitdem einem von der Exekutive unabhängigen, mit drei Berufsrichtern (Chief Justice und zwei Beisitzern) besetzten Gericht, dem Cape Supreme Court, anvertraut. Die Rechtsanwaltschaft wurde in advocates (barristers) und attorneys (solicitors) geteilt; Richter waren aus den Reihen der in England, Irland, Schottland oder am Kap zugelassenen Advokaten zu ernennen, wobei zur Advokatur am Kap wiederum nur bestellt wurde, wer von den Universitäten Oxford, Cambridge oder Dublin promoviert oder vor einem englischen, irischen oder schottischen Gericht zugelassen worden war. Der Supreme Court hatte eine umfassende Zuständigkeit, das Quorum in Zivilsachen bestand aus zwei Richtern. Vorgeschrieben waren zwei Rundreisen (circuits) pro Jahr, mit denen die von Kapstadt entfernten Gebiete der Kapkolonie zu bedienen waren; hier entschied in Zivilsachen ein Richter, gegen dessen Entscheidungen freilich bei einem Streitwert von über £100¹³ (ansonsten nur mit spezieller Erlaubnis) eine Berufung an den Supreme Court möglich war. Gegen Entscheidungen des Supreme Court konnte (in der Regel nur bei einem Streitwert von über £500) an den Privy Council in London¹⁴ appelliert werden. Auch die Untergerichte (landdrost en heemraden) waren von Grund auf umgestaltet und durch

11. Die andere, hier aus Zeit- und Raumgründen nicht miteinbezogene Sammlung ist von E.S. Roscoe herausgegeben worden und erfasst die Jahre 1861-1878 (ursprünglich drei Bände, heute in einem Band zusammengefasst).

12. Vgl. hierzu näher Hahlo/Kahn, *The Union of South Africa*, 1960, S. 205 ff.; Hosten/Edwards/Nathan/Bosman (o.A.9), S. 198 ff.; D.H. van Zyl, *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg*, 1979, S. 448 ff. Zur Rechtspflege in der Zeit zuvor, unter der Herrschaft der VOC, vgl. v.a. Visagie, *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806*, 1969, etwa S. 40 ff.; Überblick auch bei Zimmermann (o.A.1), S. 2 ff. (9 ff.). Zu den Veränderungen nach der englischen Besetzung auch Visagie, *Regsveranderings aan die Kaap tussen 1823 en 1838*, M.A.-thesis Kapstadt, 1954.

13. Zum Vergleich: das Jahresgehalt des Chief Justice betrug 1834 £2000, das der Beisitzer £1500.

14. Hierzu etwa C.J.G., (1935) 52 SALJ 277 ff.

“magistrates’ courts” ersetzt worden. Amts- und Gerichtssprache war Englisch.¹⁵ Grossen Einfluss auf die englische Ausprägung der Rechtspflege hatte auch die Übernahme des englischen Beweisrechts im Jahre 1830.¹⁶ – 1864 war auf den Druck der Kolonisten im Ostkap hin der Eastern District Court mit Sitz in Grahamstown errichtet worden.¹⁷ Das Gericht hatte innerhalb seines räumlichen Jurisdiktionsbereiches konkurrierende Zuständigkeit mit dem Supreme Court in Kapstadt; gegen seine Entscheidungen ging jedoch der Rechtszug nicht unmittelbar an den Privy Council, sondern zunächst an den Supreme Court.

1.3 Die Geschichte der Rechtspflege am Kap im 19. Jahrhundert bildet einen eigenen Untersuchungsgegenstand. Im vorliegenden Zusammenhang geht es nur um eine Momentaufnahme gegen Ende der sechziger Jahre. Wer waren und woher kamen zu dieser Zeit die Richter? Als Chief Justice amtierte seit 1858 Sir William Hodges, ein persönlich offenbar sehr angenehmer Mann,¹⁸ der in London (u.a. bei John Austin) studiert und dort seit 1833 am Inner Temple praktiziert hatte. Seine Berufung auf den Kapstädter Posten hatte allgemeine Überraschung ausgelöst.¹⁹ “. . . on his arrival in the Colony his ignorance of Roman-Dutch law was complete. In endeavouring to make himself acquainted with it, his defective scholarship offered an impediment, as he could not read the Latin authorities with much facility”.²⁰ “He was never considered a very great lawyer”.²¹ Hodges starb am 17. August 1868. Sein Nachfolger wurde der cholerische²² Sir Sydney Smith Bell, der bereits vor der Berufung von Hodges als Acting Chief Justice amtierte hatte. Er war im Jahre 1805 als eines von 16 Geschwistern in London geboren worden und hatte im Alter von 15 Jahren eine Ausbildungsstelle bei einem Anwalt (solicitor) in Edinburgh angetreten.²³ Hier hatte er während der folgenden Jahre schottisches Recht studiert, um dann jedoch 1839 nach London zurückzukehren und sich am Inner Temple zur “bar” zulassen zu lassen. 1851 war er zum Richter am Cape Supreme Court ernannt worden. Die Einschätzung seiner Leistungen als Richter ist im einzelnen schwankend, überwiegend jedoch positiv. Während Cole Bell als “the most wonderful combination of learning and ignorance I ever knew”²⁴ beschreibt, betont Kotzé,²⁵ wie rasch er sich mit den Grundlagen des römisch-holländischen Rechts vertraut gemacht habe.²⁶ Immerhin war Bell über das schottische Recht in sehr viel stärkere Berührung mit dem römischen Recht gekommen als andere englische Juristen.

Als Beisitzer gehörte dem Cape Supreme Court bis zum 1.8.1868 Sir Henry Connor

15. Hierzu Hahlo/Kahn (o.A.3), S. 576 f. (Fn. 58); C.G. Botha (o.A.10), S. 120 ff.

16. Cape Evidence Ordinance 72/1830.

17. Administration of Justice Act 21/1864.

18. F. St. L. S., (1934) 51 SALJ 303, 307 ff.

19. Vgl. A.F. Hattersley, Dictionary of South African Biography, Bd. III, 1977, S. 346 f.

20. Cole, Reminiscences of my Life and of the Cape Bench and Bar, 1896, S.16.

21. F. St. L. S., (1934) 51 SALJ 303.

22. Hahlo/Kahn (o.A.9), 208.

23. F. St. L. S., (1933) 50 SALJ 437 ff.

24. S.11.

25. Biographical Memoirs and Reminiscences, o.J., S. 88.

26. Sehr positiv auch Nathan, 1934 SALT 145 f.

an, ein aus Dublin gebürtiger Ire,²⁷ der zunächst in seiner Heimat studiert und die Zulassung zum Advokaten erlangt hatte, dann Chief Justice der Goldküste geworden war (1854), schliesslich Richter in Natal (seit 1857) und am Kap (von 1865 bis 1868), um seine richterliche Karriere endlich als Chief Justice von Natal zu beenden (1874 bis 1890). Connor, "that unwordly, shy, erudite bachelor"²⁸ gilt als eine der hervorragenden südafrikanischen Richterpersönlichkeiten;²⁹ Kotzé hebt ". . . (his) reputation of being a sound authority on Roman-Dutch law"³⁰ hervor. Seinen Platz als Beisitzer nahm für kurze Zeit Edward Dwyer ein,³¹ der in Irland studiert und praktiziert hatte und alsdann Advokat in Lincoln's Inn geworden war. Kotzé charakterisiert ihn vorsichtig als "(not) an admirer of Roman-Dutch jurisprudence".³² Ebenfalls aus Irland kam die farbigste Richterpersönlichkeit jener Jahre, James Coleman Fitzpatrick.³³ Die Stationen seiner Karriere waren Studium und Anwaltspraxis in Dublin, Judicial Assessor und dann Chief Justice der Goldküste, Lincoln's Inn in London, Richter in British Kaffraria (mit Sitz in Kingwilliamstown), ab 1865 Eastern District Court, seit 1869 Richter am Cape Supreme Court. Während sein Witz und seine Geselligkeit gerühmt werden,³⁴ gilt Fitzpatrick nicht als tiefeschürfender Jurist. "I believe he made no pretensions to being a profound lawyer", sagt Cole.³⁵ Seine letzten Lebensjahre waren von Anschuldigungen wegen schlechter Amtsführung, Unfähigkeit zur Ausübung des Richteramtes und Trunkenheit überschattet. Ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss rehabilitierte ihn jedoch sehr weitgehend.³⁶ – Der einzige Richter jener Zeit, der in der Kapkolonie geboren worden war und auf dem Kontinent (in Leiden) studiert hatte, war Petrus Johannes Denysen.³⁷ Er war 1836 am Inner Temple, im darauf folgenden Jahr am Kap zur Advokatur zugelassen worden. Seine Richterkarriere begann er im Eastern District Court, um dann neun Jahre lang am Supreme Court in Kapstadt zu amtieren. Nach seiner Pensionierung ging er nach Bonn in Deutschland, wo er 1883 starb. Über seine Qualitäten als Jurist ist wenig bekannt.

Es ist nicht leicht, sich heute von den Rahmenbedingungen der Rechtspflege in der damaligen Zeit eine Vorstellung zu machen. Die über die weiten Entfernungen des Westkap führenden, bei Wind und Wetter im zweispännigen "Cape cart" zu absolvierenden "circuits" waren mit grossen Strapazen verbunden.³⁸ Vor Gericht waren

27. Vgl. Roberts (o.A.10), S. 354. Zu seinem Lebensweg ausführlich Spiller (o.A.6), S. 130 ff.

28. Kahn/Bamford, (1966) 83 SALJ 210; vgl. auch Roberts (o.A.10), S. 354 " . . . he was a bachelor recluse who knew little about men and less about women."

29. Hahlo/Kahn (o.A.9), S. 222, Fn. 86; Roberts (o.A.10), S.354; Spiller, S. 144, 135 ("above all a scholar").

30. S.89.

31. F. St. L.S., (1934) 51 SALJ 159 ff. (" . . . one of the most outspoken and irascible judges").

32. S. 198.

33. Roberts (o.A.10), S. 360 f.

34. " . . . the only really witty judge we ever had": Cole (o.A.20), S. 54.

35. S. 54.

36. Hierzu Kahn, (1958) 75 SALJ 428 ff.

37. Roberts (o.A.10), S. 355.

38. Interessant in diesem Zusammenhang etwa der Untersuchungsbericht der Fitzpatrick-Kommission (vgl. Kahn, (1958) 75 SALJ 428); vgl. weiterhin z.B. Cole (o.A.20), S. 20 ff., 47 ff., 102 ff. und

oft zwei Übersetzer nötig, von denen einer vom “Kaffir” ins Holländische, ein zweiter vom Holländischen ins Englische zu übertragen hatte.³⁹ Die magistrates waren oft ohne jede juristische Ausbildung und schockierten die durchreisenden Richter etwa dadurch, dass sie noch nie etwas von Van der Linden gehört hatten.⁴⁰ Auch von der Advokatur in Kapstadt, der Hauptstadt der Kolonie, darf man sich keine übertriebenen Vorstellungen machen: die “bar” bestand im Jahr 1866 aus vier Advokaten;⁴¹ mit ihren sieben Mitgliedern im Jahre 1868 wurde sie bereits für “overcrowded” gehalten.⁴² Seit 1859 gab es immerhin eine eigene Juristenausbildung;⁴³ ein Board of Public Examiners in Kapstadt⁴⁴ nahm eine Prüfung ab, deren Bestehen zur Zulassung zur Advokatur berechnete. Die einzige Professur war freilich seit 1864 nicht mehr besetzt worden, so dass der Rechtsunterricht nur noch auf privater Basis stattfand. Bis 1873 bestanden insgesamt vier Kandidaten die Prüfung, in dem Zeitraum von 1875 bis 1890 zwölf weitere.⁴⁵ Für diese Prüfung wurden neben Mühlenbruch, Grotius und Teilen von Voet insbesondere etwa Stephen’s Commentaries on Laws of England vorgeschrieben;⁴⁶ bezeichnend für den weitgehenden Mangel eigener wissenschaftlicher Literatur. Burton’s Observations on the Insolvent Law of the Colony von 1829 waren ein vereinzelter Vorläufer geblieben; bis Ende der sechziger Jahre waren im wesentlichen nur die “Rules of Court (Cape)” von BJ van der Sandt, und EB Watermeyer’s “Community of Property and the Law of Inheritance” hinzugekommen.⁴⁷ Erst 1884 wurde das Cape Law Journal gegründet, heute unter dem Namen South African Law Journal immerhin eine der ältesten noch existierenden englischsprachigen juristischen Fachzeitschriften.⁴⁸

2

2.1.1 Die bemerkenswerteste Entscheidungsreihe während der vorliegend behandelten Zeitspanne⁴⁹ betrifft die Frage, ob und unter welchen Umständen Testamente

(aus späterer Zeit) P.M. Laurence, *Collectanea*, S. 290 ff.; ders., *On Circuit in Kafirland*, 1903, S. 3 ff.

39. Vgl. Cole (o.A.20), S. 101. Zur Einschätzung des “Dutch”, d.h. des sich langsam zum heutigen Afrikaans herausbildenden Kapholländisch wohl typisch Cole (o.A.20), S. 40: “(We have been) petting and cherishing the taal as if it were something precious and sacred, instead of a grammarless patois. The result has been a distinctly retrograde movement in legislation and education alike. (One cannot) seriously look upon it as a vehicle for the thoughts of intelligent and highly educated men.”

40. Cole (o.A.20), S. 84.

41. Walker (o.A.7), S. 37.

42. Kotzé (o.A.25), S. 92.

43. Zur allmählichen Entwicklung eines wissenschaftlichen Rechtsunterrichts am Kap während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts D.V. Cowen, 1959 *Acta Juridica* 8 ff.

44. Seit 1873 die University of the Cape of Good Hope.

45. Cowen, 1959 *Acta Juridica* 12 (Fn. 46), 14.

46. Vgl. im einzelnen Cowen, 1959 *Acta Juridica* 13.

47. Übersicht über das Entstehen wissenschaftlicher Literatur in Südafrika bei Van Blerk, *De Rebus Procuratoriis* 1977, 561 ff.

48. Zu ihrer Geschichte vgl. den Beitrag Kahn’s im Jubiläumsband (1983) 100 *SALJ* 594 ff.; älter ist nach Angaben von Kahn (S. 639) nur die *Pennsylvania Law Review*.

49. Behandelt werden im folgenden alle Entscheidungen, in denen die südafrikanischen Rechtsquellen-

mit wechselbezüglichen Verfügungen unwiderruflich werden können. Sie bietet das Beispiel einer im Ergebnis gelungenen Verbindung römisch-holländischer und englischrechtlicher Elemente und beginnt bereits mit zwei 15 bzw. 26 Jahre vor dem Untersuchungszeitraum ergangenen, freilich erst im Jahre 1868 veröffentlichten Entscheidungen.⁵⁰ Es geht hier um Fälle, in denen zwei Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament abfassen, in dem sie ihr Vermögen oder Teile davon (etwa eine Farm) ihren Kindern hinterlassen, jedoch belastet mit einem Niessbrauch zugunsten des Überlebenden. Unumstrittener Ausgangspunkt ist dabei zunächst der Grundsatz: *voluntas usque ad vitae supremum exitum ambulatoria*.⁵¹ Das gilt auch bei einem derartigen wechselbezüglichen Testament jedenfalls bis zum Tode des erstversterbenden Ehegatten. Ist der überlebende Ehegatte aber danach frei, seine Verfügung zu widerrufen und etwa nach einer Wiederheirat nunmehr die Kinder aus zweiter Ehe zu bedenken? Diese Frage wurde in *Brits v Brits Executors*⁵² zum erstenmal, und zwar zugunsten der zunächst, d.h. in dem gemeinschaftlichen Testament eingesetzten Erben entschieden: freilich ohne nähere Begründung, da die Beklagten schliesslich auf ihre Ansprüche verzichteten. Elf Jahre später, am 9.8.1853 erging eine zweite Entscheidung, diesmal unter teilweise recht umfassender Diskussion des römisch-holländischen Rechts.⁵³

Hierfür verantwortlich war sicherlich vor allem die Tatsache, dass sich an der bar mit (u.a.) CJ Brand,⁵⁴ JH Brand⁵⁵ und EB Watermeyer⁵⁶ herausragende Vertreter ihres Berufsstandes und Kenner des römisch-holländischen Rechts gegenüberstanden, die ihre Plädoyers mit Quellenzitaten spickten. Diese gelehrte forensische Auseinandersetzung beeindruckte freilich nur einen der beiden entscheidenden Richter. Wylde, CJ, zieht nur eine (noch dazu thematisch recht entfernt liegende) Autorität heran, nämlich Burge's Abhandlung über *Conflict of Laws*: habe der überlebende Ehegatte einmal die ihm nach dem Tode des Erstversterbenden anfallenden Vorteile angenommen, so könne er über sein durch das gemeinschaftliche Testament gebundenes Vermögen keine anderweite Verfügung mehr treffen.⁵⁷ Daneben scheint Wylde

probleme deutlich werden, d.h., die auf (römisch-holländischem oder englischem) common law beruhen.

50. Appendix zu Buch. 1868 (S. 312-358).

51. Vgl. Ulp. D. 34, 4, 4.

52. Buch. 1868, 312 ff.

53. Hofmeyr, Neethling's Curator v. De Wet, Neethling's Curator, Buch. 1868, 317 ff.

54. 1797-1875, Jurist und Politiker, zwanzig Jahre lang (ab 1854) Speaker des Parlaments in Kapstadt, Studium und Promotion (1820) in Leiden. Vgl. im einzelnen H.C. Botha, in: *Dictionary of South African Biography*, Bd. II, 1972, S. 78 ff. m.w.N.

55. 1823-1888 (Sohn von C.J.), ebenfalls Jurist und Politiker, erster Inhaber des (damals einzigen) Lehrstuhls der 1859 innerhalb des South African College eingerichteten Rechtsfakultät, seit 1863 bis zu seinem Tode Präsident des Orange Free State. Auch er hatte in Leiden Rechtswissenschaften studiert. Vgl. im einzelnen M.C.E. van Schoor, in: *Dictionary of South African Biography*, Bd. I, 1868, S. 110 ff. m.w.N.

56. 1824-1867, Studium in Leiden, Dr. jur. cum laude, bereits im Jahre 1857 zum Richter ernannt. "The ablest and most learned judge who has occupied the Cape Bench in my time": Cole (o.A.20), S. 34; er scheint u.a. mit seinem Bruder in Altgriechisch korrespondiert zu haben. Vgl. auch Kotzé, (o.A.25), S. 89; J. Frye, in: *Dictionary of South African Biography*, Bd. II, 1972, S. 832 f. m.w.N.

57. Buch. 1868, 317 (340).

den überlebenden Ehegatten als durch einen durch den Tod des Vorversterbenden bestätigten Vertrag gebunden anzusehen. Diese Vertragskonstruktion ergibt sich jedenfalls nicht aus Burge, und sie hat augenfällige Schwächen: sie erklärt nicht, warum die Verfügung erst nach dem Tod eines der Vertragspartner bindend wird und auch dann nur, sofern der überlebende Ehegatte einen sich aus der Verfügung ergebenden Vorteil angenommen hat. – Bell, J., gab demgegenüber eine sehr viel ausführlichere – nach eigener selbstkritischer Einschätzung zu ausführliche⁵⁸ – Begründung. Er beruft sich auf Grotius, Peckius, Van Leeuwen, Van der Keessel, Voet und Boel/Loenius⁵⁹ und verneint die Widerrufsbefugnis, sofern die Ehegatten über ihr Vermögen (oder einen Teil davon) wechselbezüglich und “as if the whole belonged to each” verfügt haben und soweit der Überlebende die ihm aus der Verfügung erwachsenden Vorteile angenommen habe. Auch Bell stützt sich auf die Vertragstheorie, die sich über Van Leeuwen auf Peckius zurückführen lässt.

2.1.2 Oosthuysen v Oosthuysen⁶⁰ bezieht sich auf diese Entscheidung und bestätigt sie. Hodges, CJ, zitiert zur Unterstützung eine lange Passage aus Van Leeuwen’s *Censura Forensis*;⁶¹ Bell, J, stützt sich auf seine eigene frühere opinion, führt aber gleichwohl noch einmal Van Leeuwen, Van der Keessel und Boel/Loenius auf.⁶² Freilich ergibt sich aus seinem Urteil nun nicht mehr, ob er noch an dem Erfordernis des Erbschaftsantritts festhält.⁶³ Interessant ist das im Ergebnis übereinstimmende, in der Begründung aber in manchen Einzelheiten abweichende Urteil von Connor, J.⁶⁴ Nach seiner Auffassung ist es sinnlos, den Verlust der Widerrufsbefugnis von einem Antritt der Erbschaft durch den überlebenden Ehegatten abhängig zu machen. Das Erfordernis einer *aditio hereditatis* entstamme dem römischen Recht; der Erbe habe den Erblasser repräsentiert und persönlich für die Erblasserschulden eintreten müssen, andernfalls das Testament hinfällig geworden sei. Kommentar: “We can hardly, I think, conceive any more vexatious snare for an ignorant testator than a technical system of that kind is, – a system with which I think Courts of Justice ought to be glad to avail themselves of authority for declaring it to the obsolete or superseded”.⁶⁵ Einen Ausweg biete vorliegend die Cape Ordinance 104 (1833), die das Erfordernis einer *aditio* von Seiten des Erben obsolet gemacht habe: der Erbschaftsantritt sei in

58. Buch. 1868, 317 (342).

59. Buch. 1868, 317 (347 ff.).

60. Buch. 1868, 51 ff; übrigens ein interessanter, die patriarchalischen Verhältnisse in der Mitte des 19. Jahrhunderts beleuchtender Sachverhalt. Der Ton, in dem der alte Mr. Oosthuizen mit seinen Kindern umging, erinnert an “Jakob und seine Söhne”.

61. Buch. 1868, 51 (56 f).

62. Buch. 1868, 51 (59 f).

63. Er zitiert römisch-holländische Quellen, die darauf verzichten und sagt selbst, dass in dem Moment, in dem der Tod für den einen der Ehegatten die Tür für die Möglichkeit eines Widerrufs geschlossen habe, auch für den anderen Ehegatten die Tür geschlossen sein müsse. Das erweckt den Anschein, als ob bereits mit dem Tod eines der Ehegatten die Widerrufsbefugnis erlösche.

64. Buch. 1868, 51 (60 ff.); hierzu auch F.J. van Zyl, *Universele Opvolging in die Suid-Afrikaanse Erfreg*, L.L.D.-thesis, Stellenbosch, 1981, S. 92 ff.

65. Buch. 1868, 51 (62).

jedem Falle Sache des Testamentvollstreckers. Mit dieser weitgreifenden Erklärung ("adiation . . . (has) become a nullity")⁶⁶ schiesst Connor jedoch weit über das Ziel hinaus. Zwar musste die Einführung des englischen Systems obligatorische Testamentvollstreckung zu einer Reihe von Konsequenzen führen.⁶⁷

So musste der Erbe seine herausragende Stellung einbüßen: Connor bezeichnet ihn als residuary legatee, und in der Tat wurde seine Position im Laufe der Zeit der eines Legatars immer stärker angeglichen.⁶⁸ Ihre Bedeutung hatte auch die Streitfrage verloren, ob die Wirksamkeit eines Testaments von der Einsetzung eines Erben und dessen Erbschaftsantritt abhängt. Ebenso waren die Regeln über das *ius deliberandi* und das *beneficium inventarii* gegenstandslos geworden. Es folgt aber nicht, dass der im Testament bezeichnete Begünstigte stets, d.h. ohne die Erbschaft annehmen zu müssen, Erbe würde. Gewiss kann die Erbschaft nicht mehr in dem Sinne "damnosa" sein, dass der Erbe eine persönliche Haftung übernehme. Er kann aber gleichwohl ein Interesse an der Ausschlagung haben, etwa sofern die Erbschaft mit einer Auflage verbunden ist. Demgemäss muss es ihm nach wie vor freistehen, die Erbschaft anzunehmen, und somit spricht jedenfalls im Prinzip nichts dagegen, den Verlust der Widerrufsbezugnis von der *aditio hereditatis* abhängig zu machen.⁶⁹ Zur Unterstützung seiner Ansicht versucht Connor weiterhin zu zeigen, dass schon im klassischen römisch-holländischen Recht ein Antritt der Erbschaft keine wesentliche Voraussetzung für die Bindung des überlebenden Ehegatten an die im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen gewesen sei. Dabei weist er darauf hin, schon damals habe die Idee der obligatorischen Testamentvollstreckung an Boden gewonnen. Er zitiert für diese Behauptung vor allem den letzten der römisch-holländischen Schriftsteller, Van der Linden.⁷⁰ Doch auch abgesehen davon, dass seine Auffassung allein eine allzu schwache Stütze böte:⁷¹ Van der Linden lässt sich für die erwähnte These nicht in Anspruch nehmen. Zwar behandelt er die Position von Testamentvollstreckern. Doch wird aus seinen Ausführungen klar, dass keineswegs in jedem Falle eine Testamentvollstreckung vorgesehen sein muss. Aus der Tatsache, dass Vermächtnisnehmer einen Anspruch gegen den Testamentvollstrecker haben und nicht gegen den Erben, ergibt sich nichts anderes.

Van der Linden schreibt ausdrücklich: "De Legataris heeft, tot uittheering van het Legaet, drieërleie actie: 1^o) De personeele actie, uit kragte van het testament, tegen

66. Buch. 1868, 51 (62).

67. Vgl. zuvor bereits *Trustee of Webster v. Weakley*, 3 Searle 373 (380 f) (per Bell); anders noch kurz zuvor *Dwyer v. O'Flinn's Executor*, 3 Searle 16. Zur geschichtlichen Entwicklung und den Folgen dieses prononcierten Übergangs vom Erben zum Testamentvollstrecker Beinart, 1960 *Acta Juridica* 223 ff.; vgl. auch dens., 1981 *Acta Juridica* 19 ff.

68. Vgl. etwa Corbett/Hahlo/Hofmeyr, *The Law of Succession in South Africa*, 1980, S. 12; Beinart, 1960 *Acta Juridica* 234; sehr eingehend ferner die erwähnte (o.A.64) Dissertation von F.J. van Zyl, S. 203 ff., 257 ff., 282 ff.

69. Vgl. zur heutigen Rechtslage etwa Erasmus, in Lee and Honoré, *Family, Things and Succession*, 2. Aufl., 1983, S. 367.

70. Buch. 1868, 51 (63).

71. Einlässlich zum römisch-holländischen Recht Beinart, 1960 *Acta Juridica* 226 ff. ("... the executor was regarded as subordinate to the heir and treated as his aid").

den erfgenaam . . . of ook tegen den Executeur van het testament, zoo die door den overleden is gesteld".⁷² Der Anspruch liegt nur "auch" gegen den Testamentsvollstrecker und lediglich, soweit ein solcher bestellt ist. Die Position ist damit ähnlich wie etwa unter § 2213 BGB.⁷³ Darüber hinaus behandelt Van der Linden im folgenden Abschnitt den Erbschaftsantritt durch den Erben als notwendiges Erfordernis des Erbschaftserwerbs, ausserdem *spatium deliberandi* und *beneficium inventarii*.⁷⁴ – Connor weist alsdann auf Groenewegen hin:⁷⁵ nach einer häufig vertretenen Ansicht sei die Einsetzung eines Erben kein notwendiges Erfordernis für die Wirksamkeit eines Testaments mehr gewesen. Im Sinne des Gedankenganges Connor's ergibt sich daraus jedoch nichts. Gleiches gilt für den Hinweis, Legatäre seien schon seit dem Novellenrecht Justinians dagegen geschützt worden, dass der Erbe durch Nichtantritt der Erbschaft das Testament und damit die Basis ihres Anspruchs habe hinfällig machen können. – Insgesamt ist diese Argumentation nicht überzeugend und erscheint als typischer Fall einer *tour de force*, römisch-holländisches und im Laufe der südafrikanischen Rechtsgeschichte übernommenes englisches Recht als miteinander übereinstimmend hinzustellen.

Als zukunftsfrächtig und richtungsweisend erwiesen sich aber einige andere Passagen in Connor's Urteil.⁷⁶ Insbesondere betont er, dass es sich bei einem gemeinschaftlichen Testament nach wie vor um zwei Einzeltestamente handelt und weist in diesem Zusammenhang entschieden die Vertragstheorie zurück. Dass der überlebende Ehegatte auch hinsichtlich seines eigenen Anteils an die in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Verfügung gebunden sei, lasse sich nicht damit erklären, zwischen beiden sei ein Vertrag zustandegekommen; vielmehr verhalte sich widersprüchlich, wer zunächst die aus dem gemeinschaftlichen Testament erwachsenden Vorteile annehme und sodann seine eigene Verfügung widerrufe. An einem derartigen Widerruf sei er im Hinblick auf sein Vorverhalten gehindert. Letztendlich wird diese Ansicht auf das generelle, im englischen "equity" – Recht entwickelte Prinzip der "election" gestützt: der Erbe hat die Wahl, das Testament anzuerkennen oder nicht; er kann sich aber nicht gleichsam nur die Rosinen herauspicken: *qui sentit commodum, sentire debet et onus*.⁷⁷ Diese doctrine of election ist heute mit dem südafrikanischen Recht verschmolzen: je nachdem, wie diese Wahl ausfällt, hat der aus dem Testament Berechtigte die Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen. Der Erbschaftsantritt ist mithin im heutigen südafrikanischen Recht nicht etwa gegenstandslos, sondern tut sich gegebenenfalls im Rahmen der doctrine of election kund.⁷⁸ Das trifft gerade in den vorliegenden Fällen eines gemeinschaftlichen Testaments mit wechselbezüglichen Verfügungen zu. Im praktischen Ergebnis kommt Connor damit

72. J. van der Linden, *Regsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek*, 1806, I, 9, 9.

73. Danach können die sich gegen den Nachlass richtenden Ansprüche auch gegen den Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden, ohne dass doch daraus folgte, dass der Testamentsvollstrecker notwendig Inhaber des Nachlasses sein müsste.

74. I, 9, 10 (S. 83 ff).

75. Dieser beruft sich auf Vinnius und Christinaeus und wird seinerseits von Grotius zitiert.

76. Buch 1868, 51 (65 ff).

77. Vgl. z.B. Hanbury and Maudsley, *Modern Equity*, 11th ed., 1981, S. 679.

78. Vgl. z.B. Erasmus (o.A.69), S. 474 m.w.N.

zu genau derselben Lösung wie die von ihm abgelehnte Gegenansicht, die auf den Antritt der Erbschaft abstellt. Bei seiner gesamten, langen Argumentation scheint er von einem zu formellen Begriff der *aditio hereditatis* ausgegangen zu sein und weitgehend gegen Windmühlenflügel gekämpft zu haben.⁷⁹

2.1.3 Fortgesetzt wird dieser Entscheidungsreihe schliesslich mit einem wahren Mammutprozess, in dessen Verlauf endlich auch das höchste für das Kap zuständige Gericht, der Privy Council, Gelegenheit zur Stellungnahme bekam.⁸⁰ Hier, in *Secretary S.A. Association v Mostert*, stand ein Fall zur Entscheidung, in dem die überlebende Witwe auf das ihr aus dem gemeinschaftlichen Testament Zugewandte verzichtet hatte. Damit war nun erstmals die bislang nur obiter erörterte Frage entscheidungserheblich, ob ein Verlust der Widerrufsbefugnis bereits mit dem Tod des vorversterbenden Ehegatten eintritt oder etwas weiteres, insbesondere etwa die Annahme der Vorteile, voraussetzt. Die Mehrheit des Gerichts entschied sich im Sinne der ersten Alternative. Fitzpatrick, J, greift dabei in seinem wenig konzisen, von Zweifel und Unsicherheit geprägten Urteil⁸¹ zunächst auf die drei Vorentscheidungen zurück, die zwar in manchem unklar seien, aber doch eine Tendenz erkennen liessen, den überlebenden Ehegatten in immer stärkerem Masse für gebunden zu erachten. Interessant ist, dass er alsdann englisches Recht heranzieht und aus *Williams on Executors* und *Dufour v Perreira*⁸² ableitet, dass ein Antritt im Sinne der Annahme von Vorteilen nicht erforderlich sei: das Prinzip, dass der Wille eines Testators *ambulatoria* sei bis zu seinem Tode, finde in England hinsichtlich gemeinschaftlicher Testamente keine Anwendung.⁸³

Die folgenden Seiten sind dem Versuch gewidmet, die römisch-holländischen Autoritäten damit in einen Linie zu bringen,⁸⁴ und schliesslich wird das Ergebnis noch durch generell-rechtspolitische Erwägungen gerechtfertigt: habe man seinen Ehepartner im Vertrauen auf den Fortbestand der familiären Arrangements die Augen schliessen lassen, dürfe es einem nicht freistehen, diese zu widerrufen. – Derartige Erwägungen spielen auch in der im Ergebnis übereinstimmenden *opinion* von Bell, inzwischen Chief Justice und zum drittenmal mit dem Problem befasst, eine

79. Vgl. auch allgemein F.J. van Zyl (o.A.64), S. 94: "Die fout wat Regter Connor in hierdie betoog gemaak het, was om die posisie van die Romeinsregtelike en Romeins-Hollandsregtelike erfgenaam aan die hand van Engelsregtelike denkbeelde uit te lê." S. 95: "Hierdie uitspraak openbaar geen begrip van die aard van die Romeinsregtelike en Romeins-Hollands-regtelike erfopvolging nie."

80. Vgl. zunächst *Mostert v. South African Association & Another*, Buch. 1868, 286 ff., und Buch. 1869, 73; sodann *Kotzé v. Widow Mostert and Another*, Buch. 1868, 199 ff.; *Secretary S.A. Association v. Mostert*, Buch. 1869, 231 ff. und Buch 1873, 27; *Secretary S.A. Association v. Mostert*, Buch. 1873, Appendix (S. 31 ff.).

81. Buch. 1869, 231 (245 ff.).

82. (1769) Dick. 419.

83. Dieser Ansicht liegt die Vertragstheorie zugrunde: es handle sich bei dem gemeinschaftlichen Testament um einen Vertrag, der (ausser durch einverständliche Erklärung beider Parteien) nicht aufgehoben werden könne.

84. Buch. 1869, 231 (253 ff.). Vgl. demgegenüber die Analyse bei Denyssen, S. 262 ff. und in *Secretary S.A. Association v. Mostert*, Buch. 1873, 31 (40 ff.).

Rolle.⁸⁵ Er stützt sich darüber hinaus auf die Vertragstheorie. Ein gemeinschaftliches Testament sei nicht in jedem Falle im Sinne von zwei Einzeltestamenten zu behandeln. Enthalte es aufeinander bezügliche Verfügungen, seien die Grundsätze des Vertragsrechts anwendbar.⁸⁶ Bereits durch das Abfassen eines derartigen Testaments haben die Erblasser ihre Wahl ("election") getroffen. Die Vertragskonstruktion sei auch nicht so anstössig, wie Ulrich Huber dies hinstelle; sie dränge sich aufgrund der Quellen geradezu auf. Das wird dann anhand einiger bei Van den Berg und Coren mitgeteilter Fälle belegt,⁸⁷ von denen freilich einige für die Bindung als massgeblich darauf abstellen, das der überlebende Ehegatte die sich aus der Erbschaft ergebenden Vorteile angenommen hat. Zu erwähnen bleibt die abweichende Ansicht von Denysen, J;⁸⁸ er lehnt die Vertragskonstruktion ab und ermittelt aus den Quellen (Van der Linden, Grotius, Huber, Van den Berg, Van der Keessel, Groenewegen, Bynkershoek, Sande, Schorer, Voet, Boel/Loenius und Van Leeuwen) folgende Prinzipien: juristisch gesehen handle es sich bei den Verfügungen nach wie vor um zwei Einzeltestamente, zu seinen Lebzeiten könne jeder der Ehegatten seine Verfügung widerrufen, auch ohne den Partner davon in Kenntnis zu setzen, und diese Widerrufsbefugnis bestehe auch nach dem Tode eines der Ehegatten fort, ausser im Falle der Annahme und des Genusses eines sich aus dem gemeinschaftlichen Testament ergebenden Vorteils. In diesem Sinne interpretiert Denysen auch die Vorentscheidungen und gesteht damit vorliegend der überlebenden Ehefrau das Widerrufsrecht noch zu.

Dieser Ansicht schloss sich schliesslich auch der Privy Council an und hob damit die Entscheidung auf.⁸⁹ Sir Robert P. Collier ging noch einmal auf die römisch-holländischen Autoritäten ein und befand, dass mindestens die übergrosse Mehrheit im Sinne von Hugo Grotius entschieden habe, der in seiner Inleiding (2,15,9) wörtlich schreibt: ". . . de langst-levende die voordeelen ghenooten hebbende . . ."⁹⁰ Als Regel sei festzuhalten: Widerruf ausgeschlossen, wenn in dem Testament über das gemeinschaftliche Vermögen für den Fall des Todes des überlebenden Ehegatten verfügt wird oder, anders formuliert, wo das Vermögen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen Verfügung über dasselbe in einer Masse konsolidiert wird und der überlebende Ehegatte einen Vorteil aus dem Testament angenommen hat.⁹² Diese Regeln bilden heute die Grundlage des südafrikanischen Rechts im Bereich der "mutual wills"; sie wurden insbesondere durch Innes, CJ, in *Receiver of Revenue*

85. Buch. 1869, 231 (268 ff.); hierzu F.J. van Zyl (o.A.64): ". . . een van die oorspronklikste registerlike beskouings in verband met ons erfreg waarvan ek weet."

86. Teilweise ist auch von einem quasi-Kontrakt die Rede.

87. Buch. 1869, 231 (285 ff.).

88. Buch. 1869, 231 (256 ff.).

89. *Secretary S.A. Association v. Mostert*, Buch. 1873, 31 ff.

90. *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit*, 2, 15, 9.

91. Angeführt werden Van Leeuwen, Vander Berg, *Hollandsche Consultation*. Anders allenfalls Peckius, dessen Vertragskonstruktion jedoch von U. Huber scharf abgelehnt werde.

92. Interessant ist, dass der Privy Council zunächst englisches Recht anzuwenden versucht und auf das römisch-holländische Recht erst eingeht, nachdem sich ergeben hat, dass die im englischen Recht vorhandenen Anhaltspunkte nicht viel Licht auf das vorliegende Problem werfen.

v Hancke bestätigt.⁹³ In diesem Zusammenhang wird häufig erklärt, dass die doctrine of election Eckstein der Lehre vom gemeinschaftlichen Testament sei: der Tod des einen stelle den anderen Ehegatten vor die Wahl, durch Annahme eines Vorteils aus dem gemeinschaftlichen Testament die Erbschaft anzunehmen oder dieselbe auszuschlagen. Danach richte sich, ob er seine Verfügung noch widerrufen könne.⁹⁴

2.2 Die doctrine of election steht bei Connor immer wieder im Mittelpunkt der Erörterungen, so in *Dantu v Widow Hart's Executors*,⁹⁵ einem weit ausholenden und wenig präzisen Urteil, in dem es abermals um weitreichende Veränderungen des Erbrechts aus dem Geist des englischen Rechtes, um die Rückdrängung römischer Subtilitäten geht. Zu entscheiden war die Frage, ob, sofern die Erbschaft durch Legate belastet ist, dem Erben wenigstens die Falcidische Quart erhalten bleibt. Hierzu ergibt sich jedoch aus der doctrine of election nichts, denn wenn der Erbe das Testament an sich gelten lässt (d.h. die Erbschaft antritt) und nur die Falcidische Quart fordert, verhält er sich nicht widersprüchlich im Sinne dieser Lehre, sondern macht nur ein ihm als Erben zustehendes Recht geltend. Fraglich kann nur sein, ob die Falcidische Quart am Kap noch anwendbar ist. Hier geht Connor wiederum umfassend auf die Stellung des Erben und auf die sich aus der Ordinance 104 (1833) ergebenden Konsequenzen ein. Auch dies ist im vorliegenden Zusammenhang kaum erforderlich: gestützt wird die Entscheidung letztlich auf die Erwägung, die Anwendung der lex Falcidia sei vom Erblasser stillschweigend ausgeschlossen worden;⁹⁶ die Beklagten waren als "sole and universal heirs of all the residue and remainder of (the) estates and effects" eingesetzt worden. Die Erstreckung der Erbeinsetzung über das mit diesen Worten ausdrücklich Zugewiesene hinaus widerspreche dem Erblasserwillen. Dies bedeutet im Grunde eine weitgehende Abschaffung der Flacidischen Quart, die wohl eher dem Gesetzgeber zugekommen wäre.⁹⁷

Eine notwendige Folge des Systems obligatorischer Testamentvollstreckung ist der Wegfall der Falcidischen Quart nicht. Freilich brauchte nun nicht mehr das Interesse des Erben am Erbschaftserwerb gestärkt zu werden: eine Ausschlagung des Erben brachte die anderen im Testament enthaltenen Verfügungen nicht mehr in Gefahr.⁹⁸ Insbesondere aber widersprach die quarta Falcidia dem englischrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten Testierfreiheit; es ist insoweit signifikant, dass Connor vom Erblasserwillen aus argumentiert, den aber die lex Falcidia gerade zu korrigieren beabsichtigt. — Bell, J, in seiner im Ergebnis übereinstimmenden Meinung ist insgesamt zurückhaltender.⁹⁹ Ob zur Wirksamkeit eines Testamentes eine (wirksame) Erbeinsetzung erforderlich sei (so die traditionelle Lehre), wolle er nicht ent-

93. 1915 AD 64 (70 ff.).

94. Vgl. Erasmus (o.A.69), S. 474; R.W. Lee, *Commentary on Hugo Grotius, The Jurisprudence of Holland*, 1936, S. 135 ff.

95. Buch. 1868, 168 ff.

96. Buch. 1868, 168 (177 f.).

97. Er reagierte auch alsbald: vgl. Law of Inheritance Amendment Act, 26/(1873).

98. Aus diesem Grunde war die Anwendung der lex Falcidia schon im nachklassischen römischen Recht zurückgegangen: vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Zweiter Abschnitt, 2. Aufl., 1975, S. 562.

99. Buch. 1868, 168 (179 ff.).

scheiden.¹⁰⁰ Zu fragen sei lediglich, ob der Testator die Falcidische Quart ausgeschlossen habe oder nicht. Dies bejaht Bell für die vorliegende Fallgestaltung: die vom Testator gewählte Formulierung sei so gut wie ein ausdrückliches Verbot an die als Erbe eingesetzte Partei, mehr zu fordern, als nach Auskehrung der Vermächtnisse verbleibe.¹⁰¹ Damit wird das Problem der Berücksichtigung der Falcidischen Quart aber unbefriedigend von Formulierungszufälligkeiten abhängig: denn auf "the residue and remainder" ist der Erbe als "residuary legatee" ja immer (nur) eingesetzt – ob dies nun ausdrücklich im Testament gesagt ist oder nicht.

2.3.1 Auch in *Blignaut's Trustee v Cillier's Executors and others*¹⁰² kommt Connor auf die doctrine of election als grundlegendem Element des Rechts der testamentarischen Erbfolge zu sprechen. Es ging um ein Testament, in dem der Pflichtteil der Tochter mit Fideikommissen belastet war; dadurch sollten die Enkelkinder gesichert werden angesichts eines Konkurses des Ehemannes der Tochter, mit dem diese in Gütergemeinschaft verheiratet war. Es erhob sich die Frage, ob diese Verfügung in einem Konflikt zu dem sich aus Nov. 115, 3 ergebenden Pflichtteilsrecht stand. Connor verneint dies unter Berufung auf Merula, Van Leeuwen, Sande, Voet und Huber.¹⁰³ Sinn der Regelung des Novellenrechts sei der Schutz der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge; sie müsse daher weichen, soweit der Erblasser diese gerade habe schützen wollen.¹⁰⁴ Was diese Problematik mit der doctrine of election zu tun hat, ist nicht recht ersichtlich. Auch die in diesem Zusammenhang herangezogene und ausführlich erörterte Entscheidung des Privy Council in *Simpson v Forrester*¹⁰⁵ führt hier nicht weiter; aus ihr ergibt sich lediglich, dass ein Erbe, dessen Erbschaft mit einem Fideikommiss belastet ist, diese nicht auf der einen Seite annehmen und andererseits gleichzeitig den Pflichtteil verlangen kann. Interessant ist, dass diese Entscheidung einen Fall aus Demerara betrifft, d.h. einem Gebiet, in dem ebenfalls römisch-holländisches Recht galt. Der Privy Council zitierte hier als Autorität Van der Linden. Dazu Connor: es möge vielleicht als unbefriedigend erscheinen, eine Frage dieser Art nur unter Berufung auf einen Autor zu entscheiden. Das zeige aber nur um so klarer, "how strong on principle the proposition appeared to the Privy Council to be".¹⁰⁶ Eine vom Standpunkt der Rechtsquellenlehre aus bemerkenswerte und entlarvende Begründung!

100. Nach Connor handelte es sich im vorliegenden Fall nicht um eine Erbeinsetzung, sondern nur um ein "bequest". Das Testament sei aber gleichwohl nicht unwirksam, da es der Einsetzung eines Erben nicht notwendig bedürfe.

101. Der in diesem Zusammenhang diskutierte, bei Sande mitgeteilte Fall trägt zur Lösung des vorliegenden Problems nichts bei.

102. Buch. 1868, 206 ff.

103. Buch. 1868, 206 (211 ff.).

104. Diese Ausführungen sind heute nur noch von historischem Interesse, denn im Jahre 1874 wurde das Pflichtteilsrecht am Kap unter englischem Einfluss ersatzlos abgeschafft (Succession Act 23/1874). Trotz vielfacher Kritik (vgl. z.B. Boberg, *The Law of Persons and the Family*, 1977, S. 286) gilt diese durch keinerlei Noterbrecht eingeschränkte Testierfreiheit bis heute fort; in England selbst ist man freilich inzwischen davon abgerückt: vgl. *Inheritance (Family Provision) Act* (1938) und *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* 1975.

105. I Knapp, P.C. 231; vgl. dazu auch bereits Connor, in *Dantu's case*, Buch. 1868, 168 (173).

106. Buch. 1868. 206 (214 f.).

2.3.2 Schliesslich taucht der der doctrine of election zugrundeliegende Billigkeitsgesichtspunkt auch in *McLeod & Co v Dunell, Ebdon & Co*¹⁰⁷ auf, wo es um einen Handelsbrauch und den Beweis desselben geht, wo aber Connor in seiner opinion, die sich weder als zustimmend noch als abweichend bezeichnen lässt, einige am Rande liegende Probleme aufgreift und behandelt.¹⁰⁸ Geltend gemacht worden war Aufhebung des Vertrages, weil die Kaufsache nicht der zugesicherten Qualität entsprach. Connor untersucht, ob nicht eigentlich Herabsetzung des Kaufpreises hätte verlangt werden müssen, insbesondere da ein Teil der Kaufsache bereits verkauft worden war. Er unterscheidet jedoch in diesem Rahmen nicht klar zwischen den verschiedenen zur Rückgängigmachung des Kaufs zur Verfügung stehenden Aktionen und kommt erst am Ende auf die *actio redhibitoria* zu sprechen. Die aus Voet zitierte Stelle (18,5,20)¹⁰⁹ bezieht sich auf *laesio enormis*, einen sowohl nach der juristischen Konstruktion als auch nach der Interessenlage nicht vergleichbaren Rechtsbehelf. Im übrigen ging es vorliegend nicht um die Frage, ob bei Unmöglichkeit der Herausgabe des Kaufgegenstandes noch gewandelt werden kann:¹¹⁰ zu entscheiden war über Ansprüche hinsichtlich des nicht weiterverkauften Teils. Die Tatsache des Weiterverkaufs ist damit nur unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens bedeutsam: der Käufer hat dadurch seine Billigung des Kaufvertrages zu erkennen gegeben und kann nun nicht (auch nicht hinsichtlich des nicht weiterverkauften Restes) Aufhebung verlangen. Das lässt sich sicherlich nicht aus den (angeführten) Quellen ableiten, sondern scheint wieder auf den Gedanken der so oder so und ein für allemal zu fällenden Entscheidung – election – zurückzugehen.

2.4.1 Die vorstehenden Entscheidungen haben bereits Anschauungsbeispiele für die schleichende Rezeption des englischen Rechts geliefert. Weitere sehr deutliche Beispiele finden sich bei der Anwendung nach englischem Recht modellierter Gesetze wie der Insolvent Ordinance.¹¹¹ In *Tucker v Austen's Trustee*¹¹² kommt Connor sofort auf englisches Recht zu sprechen und entscheidet den Fall nicht viel anders, als hätte er sich in England abgespielt. In *Vigors v Campbell*¹¹³ wird ganz selbstverständlich in den Kategorien von libel and slander argumentiert; diese englischrechtliche Differenzierung innerhalb der Persönlichkeitsrechtsverletzung hat sich freilich à la longue im südafrikanischen Recht nicht durchgesetzt.¹¹⁴ In Colonial

107. Buch. 1868, 182 ff.

108. Buch. 1868, 182 (200 ff.).

109. Daneben werden Van Leeuwen, Van der Keessel, Huber and Story (!) herangezogen.

110. Insoweit wird die Entscheidung freilich heute noch als Autorität zitiert: vgl. Mostert/Joubert/Viljoen, Die Koopkontrak, 1972, S. 214. Allgemein zur Frage, ob der Käufer mit der *actio redhibitoria* Aufhebung des Vertrages und Rückabwicklung nur verlangen kann, wenn er in der Lage ist, den Kaufgegenstand herauszugeben, vgl. *S.A. Oil & Fat Industries Ltd. v. Park Rynie Whaling Co Ltd*, 1916 AD 400 ff. (sehr strikt); vgl. demgegenüber aber etwa *Van Heerden v. Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms.) Bpk.*, 1973 (1) SA 17 (AD); vgl. auch bereits *Moyle, The Contract of Sale in the Civil Law*, 1892, S. 206.

111. Vgl. hierzu Wessels, *History of the Roman-Dutch Law*, 1908, S. 397, 669 ff.

112. Buch. 1868, 145 ff.

113. Buch. 1868, 120 ff.

114. Vgl. etwa *A. Nicholson v. A. Roberts*, (1904) 25 NLR 278 (282); *Bent v. McNeil*, 1913 CPD 688 (691).

Government v Green¹¹⁵ — es geht hier um die Haftung eines Beamten für die Verwahrung von Steuergeldern — zieht Bell sogleich englische Terminologie (bailment) und Präzedenzen heran. Hinsichtlich der Haftungsfrage werden ausserdem neben Story auch Gothofredus und Heineccius berücksichtigt, wobei die von ihnen zugrundegelegte custodia-Haftung freilich nicht recht mit den englischen Haftungsmassstäben übereinstimmen kann.¹¹⁶ Ebenso aus dem englischen Recht stammen völlig selbstverständlich angewandte und ohne nähere Umstände oder Nachweise eingeführte Interpretationsregeln wie die folgende: “the proposition that legislative enactments are not to be construed so as to deprive parties of vested rights, unless it is clear from the words and content of the enactment . . . is, I apprehend, at once an undoubted rule of construction, and one of great importance for courts of justice to maintain.”¹¹⁷

2.4.2 Ein interessantes Beispiel, wie ganz unscheinbare Anfänge unversehens zur Rezeption eines Rechtsinstituts führen können, bietet die Entscheidung Lippert & Co v Desbats.¹¹⁸ Es geht um die anerkanntermassen mit den Grundsätzen des römisch-holländischen Rechts in Konflikt stehende Lehre vom undisclosed principal:¹¹⁹ schliesst ein Vertreter einen Vertrag im eigenen Namen, ohne die Existenz eines Hintermannes zu offenbaren, so wird grundsätzlich (auch) der vertretene Hintermann aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet. Methodisch interessant stützt sich die Leitentscheidung, O’Leary and Another v Harbord,¹²⁰ zunächst auf englisches Recht. Sodann heisst est: “The only difficulty which I feel on this part of the case is whether our law agrees with the English law on this point”.¹²¹ Diese Schwierigkeit wird ausgeräumt durch Anführung von Story und Pothier, ferner durch Hinweis auf die Entscheidung des Cape Supreme Court in Lippert & Co v Desbats, dem — wie Solomon, J, ausdrücklich anmerkt — zur Urteilsfindung eine Vielzahl von Autoritäten aus dem englischen und römisch-holländischen Recht zugrundegelegt habe. Nun ist aus dem mitgeteilten Sachverhalt nicht mit letzter Sicherheit zu entscheiden, ob hier überhaupt die Situation eines undisclosed principal vorgelegen hat. Zwar erwähnt der Chartervertrag nur den Namen des Vertreters, andererseits scheint sich aus anderen Teilen des Sachverhalts zu ergeben, dass die Beklagten wussten, wer der wahre Empfänger der Ware war.¹²² Immerhin wurde die Frage, ob der Vertrag mit Lippert & Co (dem Hintermann) zustande gekommen sei, vor Gericht erörtert,

115. Buch. 1870, 14 ff.

116. Vgl. hierzu auch Wessels, The Law of Contract in South Africa, 2. Aufl. Bd. 1, 1951, Rdz. 2067.

117. Esterhuizen’s Executrix v. Vermeulen, Buch. 1868, 76 (80), per Connor. Nähere Nachweise für diese Regel werden nicht gegeben. Vgl. aber für England Lord Watson, in Western Counties Railway Co v. Windsor and Annapolis Railway Co, 7 AC 178, 188 m.w.N. Für das heutige südafrikanische Recht vgl. Steyn, Uitleg van Wette, 5. Aufl., 1981, S. 103 ff.; Cockram, Interpretation of Statutes, 2. Aufl., 1983, S. 114 ff.

118. Buch. 1869, 189 ff.

119. Cullinan v. Noordkaaplandse Aartappelkernmoerkwekers Koöperasie Bpk., 1972 (1) SA 761 (767). Vgl. allgemein v.a. J.C. van der Horst, Die Leerstuk van die “Undisclosed Principal”, 1971.

120. (1888) 5 HCG 1 ff.

121. (1888) 5 HCG 1 (15) (per Solomon, J.).

122. Hierzu auch Van der Horst (o.A.119), S. 66.

freilich nicht unter Hinweis auf "a large number of authorities, both on English and Roman-Dutch law". Ganz überwiegend berufen sich die Advokaten auf englische Entscheidungen; römisch-holländische Autoren, in denen Spuren der Lehre von undisclosed principal erscheinen, werden nicht zitiert. Das Gericht schloss sich in diesem Punkt dem Kläger an, d.h. ging davon aus, dass ein Vertrag mit dem Hintermann zustande gekommen war. Leider sind für die Entscheidung insoweit keine Gründe mitgeteilt. Gleichwohl war damit der Keim für das heute bereits fest verwurzelte Unkraut "undisclosed principal" gelegt.

2.5.1 Divisional Council, Port Elizabeth v Divisional Council, Uitenhage¹²³ ist demgegenüber eine Entscheidung mit ausführlichem Rekurs auf die Quellen, der sich letztendlich aber auf die Entscheidung nicht weiter auswirkt. Es geht um die Grenze zwischen beiden Verwaltungsbezirken, die auf das rechte Ufer des Great Zwartkop River festgesetzt war ("down the right bank of the said river"), einen Fluss mit Tidenhub. Je nachdem, ob massgeblich die Hochwasser- oder die Niedrigwassermarke war, lag eine auf einer den Fluss überquerenden Brücke errichtete Zollschranke entweder im Gebiet von Port Elizabeth oder Uitenhage; davon hing ab, welcher Gemeinde die dort erhobenen Abgaben zustanden. Das Gericht entschied im Sinne der Niedrigwassermarke. Methodisch bemerkenswert ist zunächst die Offenheit, mit der Connor seine eigenen Zweifel zugibt und einräumt, man könne durchaus anders entscheiden.¹²⁴ Das römische Recht biete keine grosse Entscheidungshilfe. Verwiesen wird zunächst auf Ulp. D.43,12,5¹²⁵ und die dort enthaltene Definition des "Ufers": "ceterum si quando vel imbris vel mari vel qua alia ratione ad tempus excrevit, ripa non mutat". Damit kann, wie Connor zu Recht annahm, der Gezeitenhub (der im Mittelmeer soweit allenfalls schwach ausgeprägt ist) nicht gemeint sein;¹²⁶ das zeigt auch der bei Ulpian dann folgende Hinweis auf den Nil; niemand werde sagen, dass in der Zeit der Nilschwemme dieser Fluss sein Ufer ändere. Worauf es nach Ulpian ankommt, ist, ob eine permanente Änderung der Wassermenge vorliegt: nur dann verschiebe sich das Ufer. Für das vorliegende Problem ist der Text mithin nicht ergiebig: er setzt voraus, was das natürliche Bett ist und gibt keine Anhaltspunkte für dessen Bestimmung z.B. im Falle eines Tidenhubs. Das gilt auch für die Kommentierungen dieser Quellenstelle, von denen nur Gothofredus und Pothier angeführt werden.¹²⁷

Die klarste Äusserung in diesem Zusammenhang findet sich in Paul. D.43,12,3,1: "Ripa ea putatur esse quae plenissimum flumen continet". Das Argument, mit dem Connor sich darüber hinwegsetzt, ist nicht überzeugend. Er knüpft an den Begriff des "natürlichen" an: natürlich sei für einen Fluss, gemäss den Gesetzen der Gravitation der See zuzufliessen, natürliches Bett demgemäss das von dem seewärts fliessenden Wasser beanspruchte. Nicht in Betracht zu ziehen sei demgegenüber die vom

123. Buch. 1868. 40 ff.

124. Buch. 1868, 40 (43, 47 f.).

125. Gemeint ist Ulp. D. 43, 12, 1, 5.

126. Bei dem Verweis auf "mari" handelt es sich wohl eher um Sturmfluten.

127. Daneben wird an anderer Stelle auf Voet verwiesen (ad Pandectas 43, 12), der hier aber nur den Digestentext paraphrasiert.

Meer ausgehende und dieser "flussgemässen" Bewegung entgegengesetzte Flutströmung, die eher ein störendes Element darstelle. – Nun kann aber, ob ein störendes Element dem Hinabfließen entgegensteht, keinen Einfluss auf die Bestimmung des Ufers haben; das würde etwa im Falle von Wehren zu ganz unsinnigen Ergebnissen führen.

Ganz unvermittelt springt die Argumentation dann auf eine Reihe englischer Entscheidungen über, solche des Privy Council und anderer Gerichte. Auch hier erscheint die Argumentation seltsam, denn jedenfalls einige der Entscheidungen scheinen die von Connor vertretene Ansicht eher zu widerlegen als zu stützen.¹²⁸ Besonders befremdlich sind die vergleichenden Ausführungen zu Abgrenzung und Begriff des Strandes¹²⁹ und hier besonders die Heranziehung englischer Entscheidungen. Sie stellen für das Strandrecht entweder Regeln auf, die in Südafrika ausdrücklich nicht akzeptiert worden sind oder sind für das vorliegende Problem unergiebig.¹³⁰ Letztendlich scheint die Entscheidung auf einer Passage aus *Hilliard on Tide Waters* zu beruhen und damit auf einer amerikanischen Autorität.¹³¹ Dort wird in einem völkerrechtlichen Zusammenhang ausdrücklich auf die "low-water mark" als Grenze zweier Staaten abgestellt. Damit ist diese Entscheidung ein gutes Beispiel für ein von JC de Wet¹³² allgemein herausgestelltes Charakteristikum des südafrikanischen Wasserrechts: dass das südafrikanische Recht zwar im allgemeinen aus dem römisch-holländischen und englischen Recht zusammengewachsen, dass aber im Falle des Wasserrechts eher römisches als römisch-holländisches und eher amerikanisches als englisches Recht adaptiert und angewandt worden sei. – Insgesamt ist die vorliegende Entscheidung selektiv in der Quellensuche und in der Begründung weder kohärent noch überzeugend. Das Ergebnis läuft dem allgemeinen Sprachgebrauch eher zuwider. Es ist demgemäss zu Recht auf Kritik gestossen in *Riverton Diamond Syndicate Ltd v Union Government and the Municipality of Windsorton*,¹³³ wo nunmehr auch die römisch-holländischen Autoren umfassend herangezogen wurden. Einen Einfluss auf die Rechtsentwicklung hat die vorliegende Entscheidung nicht gehabt, vor allem wohl deshalb, weil normalerweise im Rahmen von Grenzstreitigkeiten bei an Flüssen belegenen Grundstücken die Mittellinie des Flusses praktisch bedeutsamer ist als eine der Uferlinien.

2.5.2 Sie hatte freilich noch im selben Jahr ein weiteres gerichtliches Nachspiel insoweit, als Uitenhage einen seit Jahren an Port Elizabeth – wie sich nunmehr herausstellte: ohne rechtlichen Grund – geleisteten Teil der Abgaben zurückforderte.¹³⁴ Die *condictio indebiti* setzt nach römischem Recht voraus, dass per errorem eine

128. So, wenn in der vom Privy Council zitierten Passage aus *Hilliard on Torts* als Flussbett der Boden bezeichnet wird, der gewöhnlicherweise in der Weise mit Wasser bedeckt ist, dass er hinsichtlich Pflanzenwuchs und Bodencharakter sich vom angrenzenden Gelände unterscheidet.

129. Mit einigen eleganten Zitaten: *Brissonius*, *Plinius*, *Shakespeare* und *Wordsworth*.

130. Vgl. etwa *Pharo v. Stephan*, 1917 AD 1, 6 f.

131. *Buch*. 1868, 40 (47).

132. *Xenion*, *Festschrift für Pan. J. Zepos*, II. Band, 1973, 757 f.

133. 1918-1923, 6 WLD, 207 (250 ff.).

134. *Port Elizabeth Divisional Council v. Uitenhage Divisional Council*, *Buch*. 1868, 221 ff.

nicht geschuldete Leistung erbracht worden ist. Dies error-Erfordernis wurde im römisch-holländischen Recht übernommen und gilt auch heute noch im südafrikanischen Recht.¹³⁵ Fraglich ist, ob auch ein error iuris zur Rückforderung des Geleisteten berechtigt. Darum ging es in den Ausführungen der Advokaten. Beide Seiten anerkannten, dass die Frage umstritten sei. Interessant angesichts dessen die Schlussfolgerung des Klägersvertreters:¹³⁶ grundsätzlich sei in Fällen einer derartigen Meinungsverschiedenheit entweder Voet zu folgen oder derjenigen der konfligierenden Meinungen der Vorzug zu geben, die mit dem englischen Recht übereinstimme.¹³⁷ Im vorliegenden Falle führe beides zu demselben Ergebnis, denn Voet (nach dessen Ansicht ein Rechtsirrtum die Kondiktion ausschliesst) schreibe hier wie ein englischer Jurist. Das Gericht entschied den Fall zwar zugunsten des Klägers, ging jedoch auf das error-iuris-Problem nur am Rande ein. Zwischen beiden Gemeinden habe ein Vertrag bestanden, die Einnahmen zu hälfteln. In Erfüllung dieses Vertrages sei jeweils 1/2 an Port Elizabeth geleistet worden. Diese Lösung, für die sich im mitgeteilten Sachverhalt kaum eine Basis finden, erscheint jedenfalls als überraschend. Lediglich Connor¹³⁸ merkt an, er habe zum error-iuris-Problem neben den von der "bar" angeführten Quellenstellen noch Merula und Voet konsultiert, die sich auch gegen die Zubilligung eines Bereicherungsanspruches aussprächen. In jedem Falle habe jedoch auf Seiten desjenigen, der mit der *condictio indebiti* klage, eine "natural equity" zu bestehen. Daran fehle es vorliegend. Diese etwas kryptische Bemerkung wurde von Laurence, JP, aufgegriffen, der in *Britannia Gold Mining Company v Yockmonitz* feststellte, "that . . . a claim to recover money paid under a mistake of law . . . , as is now well established, cannot be maintained under the Colonial any more than it can under the English Law, at all events . . . unless there is a natural equity on the side of him who claims the *condictio indebiti soluti*".¹³⁹ Man sieht, wie der kleinste Anhaltspunkt dankbar aufgenommen wird, das "koloniale" Recht mit dem der Rechtsordnung des Mutterlandes, England, in Einklang zu bringen.¹⁴⁰

135. Vgl. etwa Lotz, in *The Law of South Africa* 9, 1979, Rdz. 67; ausführlich D.P. Visser, *Die Rol van Dwaling by die condictio indebiti*, LL.D.-thesis, Leiden, 1984.

136. W. Porter, Ire, *Studium in London und Dublin, von 1839-1866 Attorney-General der Kapkolonie*. Vgl. zu seiner Person McCracken, in *Dictionary of South African Biography*, Bd. 1, 1968, S. 623 ff.

137. Buch. 1868, 221 (223).

138. Buch. 1868, 221 (225).

139. (1889) 7 SC 218 (224).

140. Zitiert wurde das Urteil Connor's auch in *Rooth v. The State* (2 SAR 259 (265)), der Entscheidung, die bis heute immer wieder als Ausgangspunkt für die Lehre angeführt worden ist, eine Leistung per errorem iuris schliesse die Rückforderung aus. U.a. weist Kotzé, C.J., darauf hin, dass in dem früheren Urteil Merenda und Merula verwechselt worden seien, dass Huber — anders als Connor dies darstelle — ein älterer Schriftsteller sei als Voet und dass Huber sich nicht auf Johannes Voet, sondern auf Paul Voet beziehe. Kotzé selbst trifft seine Entscheidung aufgrund ausführlichen Quellenstudiums, lässt freilich offen, ob nicht statt auf die Differenzierung zwischen error iuris und error facti darauf abgestellt werden sollte, ob der Irrtum entschuldbar war oder nicht. (Nicht ganz zutreffend scheint mir insoweit die Bemerkung bei De Vos, *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg.*, 2. Aufl., 1971, S. 165 f: jedenfalls für nicht entschuldbaren error iuris hält

2.5.3 Zu erwähnen ist schliesslich die bis heute nicht selten zitierte, überwiegend jedoch als unbefriedigend oder konfus kritisierte¹⁴¹ Entscheidung *Paterson's Marriage Settlement Trustees v Paterson's Trustees in Insolvency*.¹⁴² Hier wurde festgestellt, dass Streitfragen hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens nach der *lex rei sitae* zu entscheiden sind. Das ergibt sich aus den Ausführungen von Denysen, J,¹⁴³ der sich hierfür auf Voet, Burge und Story beruft. Im einzelnen ging es darum, nach welchem Recht die Rangfolge der Gläubiger im Konkurs sich richtet, soweit nicht im Land des Wohnsitzes des Gemeinschuldners belegenes Vermögen betroffen ist. Auch Bell, J, wendet die *lex rei sitae* an¹⁴⁴ und beruft sich dabei auf Story, Burge, Kent und englische Entscheidungen. Bermerkenswert ist, dass Story seinerseits sich auf Autoren wie Huber, Hertius, Rodenburg und Johannes Voet bezieht und diese aus-führlich diskutiert:¹⁴⁵ Beispiel eines kurioserweise über das angloamerikanische Recht vermittelten indirekten Rückgriffs auf die eigentlich direkt anwendbaren niederländischen Autoren. Die Pflege und Aktualisierung des römisch-holländischen Rechts im Bereich des Internationalen Privatrechts – eines Bereiches, auf dem es bedeutsame Beiträge geleistet hat – lässt bis heute sehr zu wünschen übrig.¹⁴⁶

3

Bei einem Überblick über das Vorstehende lassen sich insgesamt vielleicht folgende Beobachtungen machen. Qualität und Richtung der Rechtsprechung waren zu der hier in Rede stehenden Zeit sicherlich in stärkerem Masse als heute von der Persönlichkeit der jeweils die "bench" des Cape Supreme Court besetzenden Richter abhängig. Dem Gericht gehörten nur drei Richter an, und demgemäss hatte jeder einzelne mit seinem Stil und seinen Eigenheiten einen prägenden Einfluss. Hinzu kommt die vergleichsweise geringere Einheitlichkeit professioneller Standards und Traditionen. Dass die Richterbank in dem Jahrzehnt vor Lord de Villiers von höchst-karätigen Rechtswissenschaftlern besetzt gewesen wäre, lässt sich nicht sagen. Hinsichtlich Gründlichkeit und Solidität seiner Entscheidungen am eindrucksvollsten ist sicherlich Bell, als eigenwilligste und prägendste Persönlichkeit erscheint Connor.¹⁴⁷

Kotzé die Rückforderung definitiv für ausgeschlossen.) Kritisch zum ganzen unter billigkeitsorientiertem und rechtsquellenmässigem Aspekt De Vos, S. 165 f. i.V.m. S. 66; Lotz (o.A.135), Rdz. 67, Fn. 11.

141. Forsyth, *Private International Law*, 1981, S. 301; Honoré, *The South African Law of Trusts*, 2. Aufl., 1976, S. 475.

142. Buch. 1869, 95 ff.

143. Buch. 1869, 95 (116 ff.)

144. Buch. 1869, 95 (107 ff.); zitiert in Mars, *The Law of Insolvency in South Africa*, 7. Aufl., 1980, S. 390.

145. *Commentaries on the Conflict of Laws*, 6. Aufl., 1865, §§ 325 ff.

146. Forsyth (o.A.141), S. VII.

147. In seinen Urteilen als Richter des Cape Supreme Court findet sich manches bestätigt, was Spiller (o.A.6) von der Analyse seiner Tätigkeit in Natal her beschreibt: "meticulous, scrupulously careful" (S. 142, 146); "[this] characteristic was probably due to the constant search, in Connor's finely tuned mind, for the precise meaning of legal concepts and rules, but the result was that at times the meaning of his judgements became hidden in a complex fabric of words and ideas. A commentator wrote on one occasion that Connor spanned with ingenious, absurd and unfounded cobwebs, in his

Im übrigen war (und ist) der Standard der Rechtspflege aber auch in einem nicht unbeträchtlichen Mass von der Qualität der "bar" bestimmt:¹⁴⁸ für ein System, das mit englischer Gerichtsverfassung und englischem Prozessrecht auch "judicial unpreparedness" anstelle des "iura novit curia" übernommen hatte, nicht weiter erstaunlich. Die "dogmatischen" Grundlagen des Urteils hängen zu einem grossen Teil von der Quellenpräsentation durch die Advokaten ab.

Mit einer Ausnahme hatten alle im vorliegenden Zusammenhang erwähnten Richter ihre juristische Ausbildung in Grossbritannien erhalten. Ihre Tätigkeit spielte sich in einem dem heimischen System weitgehend angeglichenen funktionellen Rahmen ab: mit dem Unterschied, dass anstelle des vertrauten nunmehr in weiten Bereichen ein fremdes Recht anzuwenden war, dessen Quellen bereits in sprachlicher Hinsicht nicht leicht zugänglich waren. Die vorstehenden Entscheidungsanalysen bilden insoweit ganz überwiegend Detailstudien zur Rezeption des englischen Rechts am Kap. Sie zeigen einerseits, wie das Gericht sich um die Anwendung des römisch-holländischen Rechts oft durchaus bemühte, wie schwierig diese Anwendung im Einzelfall aber war.¹⁴⁹ Die alten Autoritäten wurden missverstanden und falsch zitiert. Die Selektion der Autoren erscheint nicht selten beliebig, zum rezeptionshistorischen Kontext wird kein Wort verloren. Die Auseinandersetzung mit römischen oder römisch-holländisches Recht als übereinstimmend hinzustellen, um jenem damit gese, sondern mit nicht quellengemässen von aussen an die Quellen herangetragenen Argumenten. Man hat weithin nicht das Gefühl, das Gericht werde – auch dort, wo es sie heranzieht – von den römisch-holländischen Quellen recht eigentlich geleitet. Es scheint sich zu einer derartigen Auseinandersetzung eher wohl oder übel für verpflichtet zu halten: auch dann, wenn es letztlich aus ganz anderen Erwägungen entscheidet.

Sie zeigen andererseits, wie angesichts dieser Schwierigkeiten englisches Recht in immer weiteren Bereichen Fuss fasste. Dies konnte ganz simpel durch unmittelbare Anwendung englischen Rechts geschehen oder auch nur durch Verwendung englischer Terminologie. Mitunter scheinen englische Denkmuster so prägende Kraft ge-

crotchery ingenuity, to plough his way to a judgement" (S. 148). Während ihm oft "an attractive and at times extremely lucid mode of expression" (S. 140) zu eigen ist, befrachtet er andererseits nicht selten "his pronouncements with numerous authorities, and at times it appeared that he became completely immersed in the examination and comparison of legal texts, delighting in them for their own sake" (S. 148). Aber auch: "[He] sometimes [applied the law] even with vision" (S. 376).

148. Vgl. in diesem Zusammenhang hinsichtlich Natal auch Spiller (o.A.6), S. 32 ff., 210 ff.

149. Das zeigt sich auch gerade an den Entscheidungen Connor's, d.h. eines Mannes, der später für seine "masterful expositions of Roman-Dutch law" anerkannt und als "upholder of the primacy of Roman-Dutch law" gerühmt werden sollte (Spiller (o.A.6), S. 345, 339). Doch gilt dies nur für den späten Connor, der sich nach seiner Rückkehr nach Natal im Jahre 1868 endlich damit abzufinden begann, seine Richterkarriere dort beschliessen zu müssen. (Zu seinen erfolglosen Bewerbungen um Beförderung vgl. Spiller, S. 132 ff.) Während seiner ersten Jahre in Südafrika hatte er das römisch-holländische Recht eher widerwillig angewandt ("unsatisfactory as [it was] on the whole": vgl. Spiller, S. 335). Er war im englischen Recht sehr versiert und konnte sich zum römisch-holländischen Recht nur durch Übersetzungen (insbes. Van der Linden's Institutionen des römisch-holländischen Rechts) Zugang verschaffen.

habt zu haben, dass das römisch-holländische Recht in ihrem Licht gesehen (und umgestaltet) wurde. Vergleichsweise häufig findet sich das Verfahren, englisches und römisch-holländisches Recht als übereinstimmend hinzustellen, um jenem damit eine legitime Anwendungsmöglichkeit zu bereiten. Das römisch-holländische Recht wird dabei nicht selten forciert. Ansatzpunkte für die Übernahme englischen Rechts bildete insbesondere das Gesetzesrecht: es beruhte überwiegend auf englischen Vorbildern und wurde demgemäss auch nach englischen Grundsätzen ausgelegt und angewandt. Ferner konnte der Erlass derartiger statutes tief in das Gemeine Recht eingreifen: wobei auch hier die Versuchung bestand, über die notwendigen Konsequenzen hinauszugreifen und im Gefolge einer punktuellen Rezeption englischen Gesetzesrechts ganze Rechtsbereiche dem englischen Recht anzupassen. Ansatzpunkte bildeten weiterhin dem englischen equity-Recht entnommene Billigkeits-topoi, die dem Richter die Möglichkeit verschafften, sich nach Art des Praetors oder des Chancery Court über römisch-holländisches ius strictum hinwegzusetzen.

Englisches und römisch-holländisches Recht entstammen zwei verschiedenen Rechtskreisen. Insbesondere die erörterte Entscheidungsreihe zum gemeinschaftlichen Testament zeigt, ein wie mühsamer, mit wie viel Irrwegen verbundener Prozess die Harmonisierung beider Systeme in Einzelfall ist. Die hier in der südafrikanischen Privatrechtsgeschichte gesammelten Erfahrungen sollten auch für die europäische Rechtswissenschaft von Bedeutung und Interesse sein.