

# IVRIS ANTIQVI HISTORIA

AN INTERNATIONAL JOURNAL

ON ANCIENT LAW

*Direttore*

GIANFRANCO PURPURA

*Comitato scientifico*

ROGER S. BAGNALL

ALBERTO BURDESE

FELICE COSTABILE

GIOVANNI GERACI

MICHEL HUMBERT

LUIGI LABRUNA

ARRIGO DIEGO MANFREDINI

MATTEO MARRONE

GIOVANNI NEGRI

BERNARDO SANTALUCIA

RAIMONDO SANTORO

BERNARD H. STOLTE

WOLFGANG WALDSTEIN

★

«Juris Antiqui Historia» is a Peer Rewied Journal.

# IVRIS ANTIQVI HISTORIA

AN INTERNATIONAL JOURNAL  
ON ANCIENT LAW

2 · 2010



PISA · ROMA  
FABRIZIO SERRA EDITORE  
MMX

*Amministrazione e abbonamenti*  
FABRIZIO SERRA EDITORE  
Casella postale n. 1, succursale n. 8, I 56123 Pisa,  
tel. +39 050542332, fax +39 050574888, fse@libraweb.net

I prezzi ufficiali di abbonamento cartaceo e/o *Online* sono consultabili  
presso il sito Internet della casa editrice [www.libraweb.net](http://www.libraweb.net).

*Print and/or Online official subscription rates are available  
at Publisher's web-site [www.libraweb.net](http://www.libraweb.net).*

*Uffici di Pisa:* Via Santa Bibbiana 28, I 56127 Pisa,  
tel. +39 050542332, fax +39 050574888, fse@libraweb.net

*Uffici di Roma:* Via Carlo Emanuele I, I 00185 Roma,  
tel. +39 06 70493456, fax +39 06 70476605, fse.roma@libraweb.net

Autorizzazione del Tribunale di Pisa n. 6 del 3/4/2009  
Direttore responsabile: Fabrizio Serra

Sono rigorosamente vietati la riproduzione, la traduzione, l'adattamento, anche parziale o per estratti, per qualsiasi uso e con qualsiasi mezzo effettuati, compresi la copia fotostatica, il microfilm, la memorizzazione elettronica, ecc., senza la preventiva autorizzazione scritta della *Fabrizio Serra editore*<sup>®</sup>, Pisa · Roma.

Proprietà riservata · All rights reserved  
© Copyright 2010 by *Fabrizio Serra editore*<sup>®</sup>, Pisa · Roma.

Stampato in Italia · Printed in Italy

[www.libraweb.net](http://www.libraweb.net)

ISSN 2035-4967

## SOMMARIO

GIANFRANCO PURPURA, *Editoriale* 9

### ACTA

GIUSEPPE FALCONE, *Jan Lokin and the Laboratory in Groningen* 13

GIUSEPPE FALCONE, *“Theophilus Noster”. Zur Benutzung der Theophilus Paraphrasis seitens der humanistischen Jurisprudenz* 15

### STVDIA

ELIO DOVERE, *Ruolo provvidenziale del Codice teodosiano: il dies natalis Christi dell'a. 438* 25

CARMELA RUSSO RUGGERI, *Ancora in tema di iudicium domesticum* 51

FRANCESCA TERRANOVA, *Sull'antestatus negli atti per aes et libram* 103

MARIO VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio* 147

### LECTVRAE

LORENA ATZERI, *La ‘storia del diritto antico’ e una lettera inedita di Paul Koschaker* 191

“THEOPHILUS NOSTER”.  
ZUR BENUTZUNG DER THEOPHILOS  
PARAPHRASIS SEITENS DER HUMANISTISCHEN  
JURISPRUDENZ\*

GIUSEPPE FALCONE

1. **I**N einigen justinianischen Texten – und zwar in der *constitutio ‘Omnem’* (§ 1), der *constitutio ‘Imperatoriam maiestatem’* (§ 6) und den Institutionen Justinians (§ 4.18.5) – kommt der berühmte Ausdruck «*Gaius noster*» vor, der einen häufigen Kontakt und eine fast liebevolle Achtung dem Juristen gegenüber zeigt. Deshalb könnte man meinen, dass ich daran gedacht habe, als ich den Titel «*Theophilus noster*» gewählt habe. Dem ist aber nicht so, zumal es scheint, dass Theophilus selbst von jenem Ausdruck nicht so begeistert war: lesen wir die zwei Stellen seiner Paraphrasis, die direkt mit jenen justinianischen Texten verglichen werden können,<sup>1</sup> so stellen wir fest, dass Theophilus ganz einfach von “Gaios” spricht, obwohl er mit dem didaktischen Handbuch des Gaius bis zum Jahre 533 beständig gearbeitet hatte.

Vielmehr berufe ich mich auf den wortwörtlichen Ausdruck “*Theophilus noster*”, den Cujacius mindestens seit 1577 in seinen Werken mehrmals benutzt hat.<sup>2</sup>

Es ist bekannt, dass die Paraphrasis als selbständige Schrift kurz nach seiner Abfassung im Westen verschwunden ist. Spuren ihrer weiten Verwendung sind nur in der sogenannten Turiner Institutionenglosse zu finden, deren ältester Kern vielleicht auf die Hälfte des 6. Jahrhunderts zurückgeht.<sup>3</sup> Man behauptet, das Echo der theophili-nischen Vorstellung der *obligationes* als “Mütter der Klagen” sei bei den Glossatoren angekommen:<sup>4</sup> doch ist dieses Indiz sehr schwach, und außerdem darf man nicht von einer direkten Kenntnis und Verwendung der ganzen Paraphrasis reden. Nur im Jahre 1534, dank der von Viglius Zuichemus herausgegebenen Edition, tritt das ganze Werk wieder im Westen auf.

Kurz nach dem Wiederauftreten, spricht Cujacius von “*Theophilus noster*”. Dieser Umstand zeigt Vertrautheit mit dem byzantinischen Text: der Ausleger-Theophilus wird häufig ausgesucht und die Paraphrasis ist schon ein tägliches Arbeitsmittel geworden.

\* Der vorliegende Text wurde bei dem Symposium vorgetragen, das am 25. Januar 2010 zum Anlass der neuen Theophilus-Paraphrasis-Ausgabe in Groningen stattfand. Die später hinzugefügten Fußnoten enthalten nur die wichtigsten Verweisungen.

<sup>1</sup> D.h., die Übersetzung der *constitutio Imperatoriam* und *Par. Theoph.* 4.18.5.

<sup>2</sup> Vgl., z.B., *In lib. x Dig. Salvii Juliani. Ad leg. 19. De rebus creditis* (*Opera*, ed. Prati 1838, III, 784); *In lib. x Resp. Papin., ad tit. VIII De pactis* (*Opera*, v, 1130); *Recitationes solemnes ad Tit. VII. Lib. XLIV Digest. De obligationibus et actionibus* (*Opera*, VI, 1324); *In lib. v Quaest. Paul., ad L. v De praescr. Verbis* (*Opera*, v, 1621); *In Tit. I De rebus creditis. Lib. X Digest., Ad. L. IX* (*Opera*, VII, 1035); *In Tit. XXXVII De contrahenda et committenda stipul. Lib. VIII Cod. Ad L. II* (*Opera*, IX, 1904); *Ad lib. II. Decretalium Greg. Noni. Ad Tit. I. De iudiciis. Ad Cap. Dilecti filii.* v1 (*Opera*, x, 1138).

<sup>3</sup> Vgl. G.FALCONE, *I prestiti dalla Parafraasi di Teofilo nella cd. Glossa Torinese alle Institutiones*, in *SDHI* 62, 1996, 255 A. 2 (mit. Lit.).

<sup>4</sup> Vgl. neuestens S. TONDO, *Appunti sulle institutiones iuris*, in *BIDR* 101-102, 1998-1999 (pubbl. 2005), 653 ff.

Fragt man sich, wieso die Paraphrasis sofort in die humanistische Rechtskultur durchgedrungen ist, so könnte man einfach bedenken, dass dieses Werk eine ausführliche und anschauliche Erläuterung der Institutionen Justinians war, die mit Beispielen und dogmatischen Präzisierungen bereichert wurden. Eine Anregung für eine weitere und treffende Erklärung findet man aber in einer Stelle aus dem Vorwort des Werkes *“Theophilus renovatus”*, das im Jahre 1677 vom französischen Lehrer Danièle de Galtier veröffentlicht wurde. Dieses Werk war eine Darlegung des Privatrechts anhand der Institutionen Justinians. Der Verfasser begründet den Titel mittels der Behauptung «Dieses Buch habe ich nicht für die Fortgeschrittenen, sondern für Anfänger (*erudiendis non eruditis*) geschrieben», und dann mittels der folgenden rhetorischen Fragen: «Wer hat, zwischen den Vermittlern der Institutionen, besser als Theophilus Gliederungen und Definitionen überliefert, um den Text zu erklären? Wer hat am weisesten den Leser mit Tatbeständen und mit aus der Kenntnis der *antiquitas* geleiteten Einleitungen vorbereitet? Wer hat am häufigsten feierliche Formeln, typische Wörter und einzelne Kenntnisse berichtet, die man aus anderen Quellen nicht erfahren könnte? Wer hat die Ursachen und die Prinzipien skizziert und hat damit am besten die Rechtsbilligkeit glänzen gelassen und am deutlichsten den Schülern den Sinn und die Wirksamkeit der Gesetze offenbart?».<sup>1</sup>

Diese von de Galtier bezeichneten Merkmale der Paraphrasis entsprechen einigen der wichtigsten Tendenzen der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts (die auch in der juristischen Kultur des 17. und des 18. Jahrhunderts zu finden sind) und lassen die sofortige Relevanz des Werkes verstehen.

Ich werde darauf nur ganz kurz eingehen.

2. Es ist bekannt, dass die humanistische Jurisprudenz sich mit dem Problem der Rechtslehremethode besonders beschäftigt hat.<sup>2</sup> Berühmt ist, was dazu Donellus sagte: *“A principibus est auctoritas iuris: a peritis recta ratio docendi”*. Die Grundlage dieser *‘recta ratio’* ist die Dialektik. Seit Alciatus folgen viele programmatische Schriften über die Überlieferung des Rechtswissens fast obsessiv aufeinander. Beispielsweise erwähne ich nur die Beiträge von Corasius, Conannus, Oldendorp, Duarenus, Apel, Elen, Freigius, Wesembecius, Amerbach, Derrer, usw. All diese Juristen behaupten, die Dialektik sei auch in der Lehre des Rechts zu benutzen. Ihre Befehlswörter sind *ars, ratio, ordo, ius ad artem redigere*. Dieser letzte Ausdruck deutet das Ideal einer Einordnung juristischer Begriffe an, das von Cicero im Werk *De oratore* (§§ 1.186-189; vgl. a. *Brut.* 152-153) geäußert wurde. Dieses Ideal ist eines der Hauptthemen der juristischen Kultur

<sup>1</sup> «Uno verbo Theophilum in suo stylo simplicio ac paraphrastico imitandum suscepi; quis inter Institutionum Interpretes non solum antiquitatis, sed etiam perspicuitatis ac methodi, primam laudem obtinet? nec immerito. Quis enim ex ipsis, necessarias textui intelligendo divisiones ac definitiones aptius tradidit? Quis in quaestionibus arduis & captum rudium superantibus, proposita facti specie, & depromptis ex notitia antiquitatis praevis inspectionibus, legentis animus sapientiu praemunivit? Quis formulas rerum gerendarum solemnes; quis verba typica; quis singularia jura, quae aliunde cognosci non possunt, frequentius exposuit? Quis adhibitis rationibus & principiis, aequitatem juris melius fulsit; & metntem ac efficaciam legum apertius exhibuit tironibus intuendam?»

<sup>2</sup> Vgl., z.B., H. E. TROJE, *Die Literatur des Gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*, in H. COING (hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II. Neuere Zeit (1500-1800).1. München 1977, 718 ff.; V. PIANO MORTARI, *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI*, in *SDHI* 21, 1955, 276 ff.; DERS., *Aspetti del pensiero giuridico del secolo XVI*, Napoli 1970; neuestens, A. MAZZACANE, *Profilo breve dell’umanesimo giuridico*, in C. CASCIONE-C. MASI DORIA (hrsg.), *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007, v, 3441 ff.

des 16. Jahrhunderts, nicht zuletzt weil es dem Renaissance-Geist entspricht, der die menschliche Rationalität preist. Übrigens knüpft sich der Hinweis auf die Lehre Ciceros einerseits an die Polemik gegen die Kommentatoren, die sich mit den Einzelheiten (*‘particularia’*) beschäftigt hatten, ohne sie auf ein System allgemeiner Prinzipien zurückgeführt zu haben; andererseits an die Polemik gegen Tribonianus, dem von vielen Autoren vorgeworfen wurde, das klassische Recht unsystematisch in den Digesten und in dem Codex gesammelt zu haben. Ich nenne nur ein Beispiel, und zwar eine eindrucksvolle Stelle aus dem berühmten Brief *“De ratione docendi discendique iuris”*, der von Duarenus im Jahre 1544 geschrieben wurde, in dem die Worte Ciceros deutlich wiedergegeben sind: «die Pflicht des Lehrers besteht hauptsächlich darin, durch das Schema von Genus und Species die Begriffe zu beschreiben, die “versprengt” und “aufgelöst” sind, und dann was von Tribonianus “ordnungslos” (*‘sino ullo ordine’*) in den Digesten und im Codex zusammengestellt wurde, durch Definitionen und Aufgliederungen einzuordnen und *‘ex arte’* darzustellen».<sup>1</sup>

In diesem kulturellen Hintergrund werden die Institutionen Justinians wegen der Deutlichkeit ihrer Struktur empfohlen: Das “goldene Büchlein” wurde schon ab der Haupt-Dreigliederung *‘personae-res-actiones’* als Verwirklichung des systematischen Programms Ciceros geschätzt.

Außerdem, betrachten die humanistischen Juristen das Recht als historisches und rationales Erzeugnis (im Gegensatz zu den Glossatoren und Kommentatoren, die das *Corpus iuris* als Horst von ewigen und unveränderlichen Wahrheiten betrachteten), und auf diesem Wege beschäftigen sie sich mit einer “antitribonianischen” Wiederentdeckung der vorjustinianischen Rechtsstufen und mit einer Wiederherstellung des klassischen Gedankenguts.

Auch dafür waren die *Institutionen*, kraft der häufigen Verweisungen auf die geschichtliche Entwicklung und der häufigen Gegenüberstellungen zwischen Vergangenheit und Gegenwart, ein guter Ausgangspunkt.

Selbstverständlich war das theophilinische Werk ein wertvolles Hilfsmittel für die Auffassung der soviel geschätzten Institutionen. So, z.B., als ein Freund von Cujacius, Ambrosius Brassicanus, sich nach der besten juristischen Ausbildung erkundigte, schrieb Cujacius in einem Brief eine Liste der Werke, die für dieses Ziel nützliche sind, an deren Spitze kommt gerade die Paraphrasis von Theophilus vor.<sup>2</sup>

Vor allem setzte sich aber die Paraphrasis als solche sofort durch, weil sie – wie bereits erwähnt – den vorgenannten didaktischen und systematischen Wünschen und den wissenschaftlichen Richtungen der Juristen dieser Zeit vollkommen entsprach.

So, z.B., merkt der Leser der Paraphrasis sehr deutlich, dass oft die Titel mit Sätzen anfangen, die die Einstellungen des Themas im Bezug auf noch weitere Themen rechtfertigen. Mit diesem Ziel zeigt manchmal Theophilus eine systematische ‘Karte’, und am meisten fasst er zusammen, was er schon beobachtet hat, oder kündigt an, wovon er später reden wird. Damit koordiniert er die Einzelheiten und zeigt die Schlüssigkeit und die Zweckmäßigkeit der Verbindung von einem zum anderen Thema. Theophilus sprach von “*táxis*”: Es handelt sich um das Leitmotiv von dem *‘ordo’*

<sup>1</sup> «Disponantur et artificiose digerantur ea, quae sparsim et sine ullo ordine a Triboniano sub singulos Pandectarum et Codicis Iustiniani titulos congesta sunt. [...] professoris munus maxime hoc pertinere existimo, ut quae sic diffusa ac dissipata sunt, generatim describere, et tum deffinitionibus, tum divisionibus ex arte petitis digerere atque illustrare studeat».

<sup>2</sup> Vgl. J. FLACH, *Cujas, les Glossateurs et les Bartolistes*, in *NRHD* 7, 1883, 211.

und von der *'consequentia'*, oder *'continuatio'*, das die humanistische Jurisprudenz mit besonderem Engagement verfolgt. Man kann zum Beispiel auf die Sorgfalt hinweisen, mit der Donellus die *'transitio'* ('Übergang'), die *'ratio ordinis'* ('systematisches Kriterium'), den *'nexus rerum'* ('Verbindung zwischen en Argumenten') am Anfang einzelner *capita* oder *tituli* seiner *Commentarii iuris civilis* bezeichnete.

Übrigens spiegelten sich die dialektischen Vorbildern des juristischen Humanismus auch in der häufigen theophilinischen Verwendung von Definitionen, Aufgliederungen und Einteilungen sowie in den zahlreichen *protheoriai*, mit denen Theophilus ein einzelnes Thema mit juristischen Aspekten und Prinzipien koordiniert, die an der Stelle des lateinischen Textes Justinians nicht vorhanden waren, und die meistens in den Digesten verstreut waren.

Am Ende erklärt oft Theophilus den Grund einer geltenden Institution aus einer historischen Perspektive und zeigt er die Entwicklung der Institutionen (manchmal aus reiner Gelehrsamkeit und aus reiner antiquarischen Vorliebe, manchmal um die Schlichtheit oder die Billigkeit oder die *humanitas* einer justinianischen Neuerung hervorzuheben). Durch die häufigen Hinweise auf typische Formeln und juristische Regelungen der vorjustinianischen Zeiten kam die Paraphrasis dem humanistischen Interesse für das klassische Recht und für die *'antiquitates'* nach. Diese Ausrichtung ist bekanntlich unterschiedlich. Während, z.B., Donellus die klassischen Grundfeste wiedererlangen wollte, um seine dogmatische und begriffliche Konstruktion darauf aufzubauen, hatte Cujacius das historisch-philologische Ziel, die echte Schrift und das authentische Wissen der klassischen Juristen wieder zu entdecken: und in dieser Perspektive, versteht man leicht, weshalb er den byzantinischen Autor als "eruditus Ausleger" gelobt hat und weshalb er geschrieben hat: «Theophilus noster, der aus dem Kern der Rechtswissenschafts (*ex intima jurisprudentia*) erläutert».<sup>1</sup>

3. Vor einigen Jahren habe ich spezifisch studiert, wie der theophilinische Dienstbarkeitsbegriff die moderne Dogmen-Ausarbeitung (von dem humanisten Baronius bis auf das Gesetzbuch Napoleons) beeinflusst hat.<sup>2</sup> Heute möchte ich ganz kurz zeigen, wie die humanistische Jurisprudenz eine andere Stelle der Paraphrasis benutzt hat.

Es geht um die Definition des Vertrags (*συνάλλαγμα*), die in der Paraphrasis so lautet: «Der Vertrag ist das Übereinkommen und der Konsens zweier oder mehrerer Personen über denselben Gegenstand, damit eine Obligation entsteht und die Kontrahenten einander gegenseitig verantwortlich gemacht werden» (Par. Theoph. 3.13.2: *Συνάλλαγμα δέ ἐστὶ δύο ἢ καὶ πλείονων εἰς τὸ αὐτὸ σύνοδος τε καὶ συναίνεσις ἐπὶ τὸ συνίστασθαι ἐνοχὴν καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον*).

Diese Definition ist rätselhaft. Sie passt lediglich den Verträgen, die beiderseitige Ansprüche begründen. Aber das steht im Widerspruch zu dem Kontext, da die Definition in Zusammenhang mit der Gliederung zwischen Kontraktobligationen und Deliktobligationen und mit der inneren Einteilung der Kontraktobligationen (*re-verbis-litteris-consensu*) vorkommt: aus diesem Grund hätte Theophilus eine Definition schaffen sollen, die alle Vertragstypen umfasste, und zwar auch die Verträge, die nur eine einseitige Verpflichtung entstehen lassen. Meines Erachtens<sup>3</sup> kommt

<sup>1</sup> *In lib. x Dig. Salvii Juliani. Ad leg. 19. De rebus creditis (Opera, III, 784).*

<sup>2</sup> Vgl. G. FALCONE, *Note historique sur la définition législative de servitude*, in TR. 79, 2001, 13 ff.

<sup>3</sup> Vgl. G. FALCONE, *Genesi e valore della definizione di σύνάλλαγμα nella Parafraasi di Teofilo*, in *Iuris vincula*.

dieser Text aus einem theophilinischen Digestenunterricht zur berühmten ulpianischen Stelle über die Vereinbarungen (D.2.14.1pr.-3; D.2.14.7pr.-2). Ulpian: a) führte sowohl das *pactum* als auch das *συνάλλαγμα* zur Kategorie der Vereinbarung zurück; b) stellte das *συνάλλαγμα* als Grund einer klagbaren Obligation vor; und c) führte einigen Beispiele an, die die Byzantiner begrifflich als Verträge konstruierten, die beiderseitige Verpflichtungen begründen. Theophilus hatte diese drei Elemente in definitiver Form mit dem Zweck, umgestaltet, das *συνάλλαγμα* vom *pactum* dialektisch zu unterscheiden: Beide sind *species* des “Übereinkommens und Konsenses”, aber nur das *συνάλλαγμα* bildet eine Obligation, die – den ulpianischen Beispielen gemäß – gegenseitige Verpflichtungen verschafft. Diese so entstandene Definition wurde im Paraphrasistext ungeschickterweise von dem Studenten hinzugefügt, der die theophilinische Vorlesungen über die Institutionen für die Veröffentlichung bearbeitet hat.

Aber das Problem der beschränkten Tragweite der Definition ist von den Juristen des 16. Jahrhunderts ungeachtet geblieben. In jeder Epoche projizieren die Auslegern auf die antiken Quellen die Bedürfnisse des Gegenwarts: die erste Benutzern der Paraphrasis waren noch nicht interessiert, die theophilinischen Gedanke als solchen zu vertiefen, sondern strebten sie nach, die einzelnen Inhalte der Paraphrasis mit den Texten des *Corpus iuris* zu harmonisieren. Da man in dem *Corpus iuris* eine ‘offizielle’, nur den beiderseitigen Verträgen passende Labeos Definition (D.50.16.19) sowohl auch eine Nutzung des Wortes ‘*contractus*’ mit Bezug auf allen Vertragstypen findet, hat die systematische Literatur (z.B. Schneidewin) die entgegengesetzte Kategorien des ‘*contractus proprius*’ (beiderseitig) und des ‘*contractus impropius*’ (einseitig) bestimmt. Mit diesem Zweck könnte z.B. der Humanist Dionisius Gothofredus die theophilinische Definition als Bestätigung des Begriffes ‘*contractus proprius*’ anführen, ohne sich um den Widerspruch zwischen der Definition und ihrem eigenen Kontext zu kümmern.<sup>1</sup>

Das andere kennzeichnende Element der Definition ist die Begründung einer Obligation durch das Übereinkommen. Dieser Aspekt wurde von dem Blickwinkel der Gegenüberstellung zwischen Verträgen und blossen Abreden (*nuda pacta*) in Angriff genommen, weil die humanistische Rechtswissenschaft – anders als das *ius canonicum* und die Gerichtspraxis – das in dem *Corpus iuris* anerkannten Prinzip der Unklagbarkeit der blossen Abrede beibehalten hat.

Ich beschränke mich, auf die Positionen der Hauptrapräsentanten Donellus und Cujacius ganz kurz hinzudeuten.

Dem Zeitgeist gemäß, haben die Beide die Definition aus einem dialektischen Standpunkt geprüft. Aber ihre Urteile gehen auseinander: Während Donellus die Definition für “falsch” haltet, erscheint sie dem Cujacius “richtig formuliert”.

In der Tāt schätzt Donellus<sup>2</sup> die theophilinische Definition soweit sie den Vertrag in der Gattung des Übereinkommens eingliederte und soweit sie die obligatorische

*Scritti in onore di M.Talamanca*, III, Napoli 2001, 67 ff.; *Postilla sulla definizione teofilina di συνάλλαγμα*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano 2007, 269 ff.

<sup>1</sup> D. GOTHOFREDUS in J.OINOTOMI (Schneidewin), *In quatuor Institutionum imperialium Justiniani Imp. librorum commentarii*, Lib. III. Tit. XIV (*De Obligationibus*), *De Contractibus*. *Quid sit contractus?*, nota c (Venetiis 1762, 248).

<sup>2</sup> *Comm. iuris civilis*, Lib. XII cap. VI §§ vi-vii, Lucae 1763, 473 f.

Wirkung als Differenzierungselement bezeichnete (zumal er darauf eine systematische Gegenüberstellung mit den 'Befreiungsvereinbarungen' – '*conventiones liberato-riae*' – entnehmen konnte); kritisiert er aber den Mangel eines weiteren, für ihn entscheidenden Differenzierungselements, und zwar, des Hinweises auf die Billigung und auf die Annahme der obligatorischen Wirkung seitens der Rechtsordnung. Es ist so, weil Donellus sich mit der Aufbau eines gesamten Systems der Obligationen beschäftigte, das, anhand des Vorbilds der justinianischen Institutionen, um die Zivilobligationen drehte, d.h. – wie er bestimmte – um die klagbare Obligationen, deren Entstehungsgründe von der Rechtsordnung gerechtfertigt wurden ('*iure comprobatae*'). Diesem Aufbau gemäß, hätte Theophilos die Definition durch den Worten "Konsens *iure comprobatus*" ergänzen sollen: Auf dem Standpunkt des Donellus handelt es sich um die unentbehrliche Bedingung, um die Verträge dem Gesamtstoff der Zivilobligationen zurückzuführen und um die Verträge von den blossen Abreden entgegenzusetzen, die dem Gebiet der Naturalobligationen eingeordnet werden.

Seinerseits, hat Cujacius die theophilinische Definition ausgebeutet, um genau zu klären, mit welchem Sinn hatte Ulpian das Wort '*pactum*' in seinem Ediktskommentar über die Abreden ('*pacta*') benutzt. Aus einem dialektischen Standpunkt war nach Cujacius die ulpianische Paktesdefinition – "*Pactum a pactione dicitur. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*" – 'perfekt', weil sie das Pakt nicht nur vom einseitigen Versprechen, sondern auch von dem Vertrag getrennt hätte. Und aus dem Hinweis auf die "richtige" theophilinische Vertragsdefinition folgert Cujacius: «während der Vertrag 'Konsens aus deren eine Obligation herleitet' ist, ist der Pakt 'nichts anderes als blosser Konsens'». <sup>1</sup> Ein ander mal, anlässlich der Aulegung einer Grundsatzes Papinians über die Nebenabrede, verfasst Cujacius selbst eine Paktesdefinition, die er explizit als "in Nachahmung des Theophilos" gebaute etikettiert ('*imitatione Theophili*'), und die so lautet: «der Pakt ist ein Übereinkommen zweier oder mehrerer Personen, von dem keine Obligation entsteht» ('*duorum pluriumve consensus, ex quo non nascitur obligatio*'). <sup>2</sup> Cujacius hatte es nicht bemerkt: Aber ein altes Basilikenscholion (BS 177-13), das von einem Unterrichts zu dem Digestentitel 'Über den Abreden' entstammt, scheint zu bestätigen, dass – wie der französische Jurist intuitiv erfassen hatte – der ursprüngliche Standpunkt der theophilinischen Definition wirklich in einer Gegenüberstellung zwischen Vertrag und Pakt bestand. <sup>3</sup>

Die zwei Hauptströmungen des juristischen Humanismus lassen sich deutlich zu erkennen: während der "systematiker" Donellus den Inhalt der theophilinischen Definition nach den dogmatischen und begrifflichen Bedürfnissen einer neuen Systematisierung des Rechtstoffes berücksichtigt hat, benutzte der "historiker" und "philologe" Cujacius die Definition als Interpretationsmittel, um die authentische Tragweite klassischer Texte wiederherzustellen.

Das ungünstige Urteil des Donellus einerseits, die Hochschätzung und die Benutzung in der vom Cujacius gegebene Richtung andererseits, wurden von anderen Autoren (z.B., Vinnius beziehungsweise Huberus) wiederaufgenommen, und es wäre interessant, die Entwicklungen zu verfolgen und die juristischen und ideologischen

<sup>1</sup> *Ad titulum De pactis, Ad L. 1, in Opera, Prati 1837, vi, 324 f.*

<sup>2</sup> *In lib. x quaest. Papin., ad L. Pacta conventa LXXII, tit. de Contr. empt., in Opera, IV, 928.*

<sup>3</sup> Vgl. G. FALCONE, *Genesi e valore* (O.<sup>12</sup>), 100 ff.

Varianten zwischen den zwei Vorbildern und ihren Anhängern zu betrachten. Aber es ist jetzt an der Zeit zu schliessen.

4. Traditionell wurde bis heute die theophilinische Paraphrasis als Zeugnis des justinianischen Rechts und als Arbeitsmittel für die Auffassung der klassischen Quellen betrachtet. Dank eines Beispiels haben wir aber auch andere Forschungsperspektiven skizziert, und zwar, die Befragung der Literatur der neueren Zeit mit dem Ziel, eine Paraphrasis-Stelle zu verstehen, und zugleich der etwaige Einfluß der Paraphrasis auf die wissenschaftliche Bearbeitung des Privatrechts in der neueren Zeit.

Am Anfang habe ich mich auf das Werk “*Theophilus renovatus*” berufen. Ich wünsche mir sehr, dass die *renovatio* des Paraphrasistextes, die die Meister von Groningen bewirkt haben, ein Beitrag sein kann, vertiefte Studien über die gegenseitige Interaktion zwischen der Paraphrasis und der modernen Rechtskultur voranzutreiben. Es handelt sich um einen noch wenig erforschten Bereich, der mir sehr fruchtbar scheint und der auch die Wiedererlangung von einem Stück der historischen Bildung der europäischen Rechtstradition mitbringen kann.

COMPOSTO IN CARATTERE DANTE MONOTYPE DALLA  
ACCADEMIA EDITORIALE, PISA · ROMA.  
STAMPATO E RILEGATO NELLA  
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

*Luglio 2010*

(CZ 2 · FG 13)

