

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA
STUDI IN RICORDO
DI
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli

LED

Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491 - <https://doi.org/10.7359/1247-2024-studi-zuccotti>

Copyright 2024

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano
e-mail autorizzazioni@clearedi.org - sito web www.clearedi.org

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

Sommario

<i>Iole Fargnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dove</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i>	
Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano ' <i>De Armeniorum successione</i> ' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i>	
Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i>	
<i>Isenatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i>	
La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i>	
Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i>	
Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i>	
Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i>	
Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i>	
Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i>	
Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i>	
Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i>	
Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsionem</i>	603

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e La <i>paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>'addictus</i> ' nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

Religio iudicis vel praetoris

1. Einleitung – 2. Bedeutungen von *religio* – 2.1. Etymologie – 2.2. Gebräuchliche Übersetzungen – 3. Mosaiksteine – 3.1. Freie Überzeugung in Rom und heute – 3.2. Eidesleistung der Richter, Magistrate und Zeugen – 3.3. Übersetzungsvorschlag – 4. Texte zur *religio* von Richter oder Gerichtsmagistrat – 4.1. Juristische Texte – 4.1.1. Beweiswürdigung – 4.1.1.1. Zeugnisfähigkeit – 4.1.1.2. Würdigung von Beweismitteln – 4.1.1.3. Manipulation von Beweismitteln – 4.1.1.4. *Consultatio ante sententiam* – 4.1.2. Ersatzleistungen – 4.1.2.1. Wert eines Vermächtnisses – 4.1.2.2. Schätzung einer Mitgift – 4.1.2.3. – Vormundschaftsklage – 4.1.2.4. Geldbuße gegen einen Richter – 4.1.3. »Verwaltungsakte« – 4.1.3.1. Genehmigung der Veräußerung von Mündelgrundstücken – 4.1.3.2. Entbindung von *munera* – 4.1.3.3. Amtsführung des Provinzstatthalters – 4.2 Literarische Texte – 4.2.1. Zeugenaussage – 4.2.2. Beweiswürdigung – 4.2.3. Richterliche Überzeugung und Urteil – 4.2.4. Charakterisierung eines Richters – 5. Schluss.

1. Einleitung*

Fritz Schulz hat die Rechtswissenschaft als Scheidekunst beschrieben, die Recht vom Nichtrecht sondert und außerrechtliche Normen von der rechtlichen Betrachtung ausschließt. *Pietas, fides* oder *reverentia* würden trotz ihrer ganz erheblichen Bedeutung von den römischen Juristen kaum genannt¹. Bemerkenswert ist, dass Schulz die *religio* weder an dieser noch an sonst einer Stelle nennt, obwohl das von ihm so genannte Isolierungsprinzip gewiss auch im Hinblick auf die römische Religion Geltung hatte. Zunächst mag es daher überraschen, wenn die römischen Juristen und Kaiser mehrfach Bezug nehmen auf die *religio*, von der *religio iudicis, praetoris* oder etwa *iudicanti* sprechen. Ist die Rechtsanwendung also gar nicht so sehr von der »Religion« isoliert, gar nicht so sehr »verweltlicht«?

Bekanntlich hat der römische Magistrat bzw. Richter ein *officium*. *Officium* bedeutet die Amtspflicht, z.B. einer Partei eine *cautio*, eine Sicherheitsleistung,

*) Ich danke ÉVA JAKAB herzlich für die Einladung zu der von ihr organisierten Tagung über »Recht und Religion« am 19. Juni 2023 an der Károli Gáspár Universität Budapest.

¹) F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München u.a., 1934 (ND Berlin, 2003), S. 14 ff.

aufzuerlegen, um die Parteiinteressen bestmöglich in einen Ausgleich zu bringen². Verstößt ein Richter gegen seine Amtspflichten, kann er eine Haftung wegen *imprudencia* auf sich ziehen³; die Folge einer Überschreitung ist das *litem suam facere*⁴. Vom *arbitrium* sprechen die Quellen hingegen für das freie richterliche Ermessen bei bestimmten Klagen bzw. im Hinblick auf das Schiedsrichteramt⁵. Wo aber findet die in über 20 Texten überlieferte *religio* ihren Platz? Ist sie nur ein Synonym für die Amtspflicht⁶ oder für das *arbitrium*⁷, oder steht sie für die richterliche Sorgfalt⁸ oder Gewissenhaftigkeit⁹? Ist die Rede von der *religio* womöglich eine justinianische Verfälschung¹⁰ oder wenigstens Ausdruck einer Moralisierungstendenz¹¹? Nur die Sichtung der uns überlieferten Texte kann hier Klarheit schaffen.

2. Bedeutungen von *religio*

2.1. Etymologie

Es ist hier nicht der Ort, die (umstrittene) Etymologie des Wortes *religio* zu erhehlen. Während es Cicero bekanntlich auf *relegere* zurückführt, also auf das erneute Durchlesen, Durchdenken oder sorgsame Auswählen¹², sieht der spätantike christ-

²) Dazu etwa A.M. GIOMARO, »*Cautiones iudiciales*« e »*officium iudicis*«, Milano, 1982; eine Aufzählung aller Arten von Amtspflichten ist hier nicht beabsichtigt und auch kaum zu bewerkstelligen, s. F. CANCELLI, *Ufficio (dir. rom.)*, in *ED*, 45, Milano, 1992, S. 599 ff., 628; für das *officium iudicis* im Vindikationsprozess s. M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis nell'azione arbitraria di rivendica*, Milano, 1997 sowie im *bonae fidei iudicium* D. 19.1.49.1 (Hermog. 2 iuris epit.); D. 19.2.54.pr. (Paul. 5 resp.).

³) Dazu unten 4.1.2.4.

⁴) F. CANCELLI, *Ufficio (dir. rom.)*, a.a.O. (Fn. 2), S. 628; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, S. 196.

⁵) G. BROGGINI, *Iudex arbitrive. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln, Graz, 1957, S. 123.

⁶) So D. LIEBS, *Juristen als Sekretäre des römischen Kaisers*, in *ZSS*, 100, 1983, S. 485 ff., 500.

⁷) *Sen. Ben.* 3.7.5 (dazu unten 3.3).

⁸) P. VOGLI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, 64, 1998, S. 1 ff., 24.

⁹) H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena, 1914, s.v. *religio* 6; M. KOBBERT, *Religio*, in *RE*, 1, A/1, Stuttgart, 1914, Sp. 565 ff., 571; J.G. WOLF, *Religio in den Juristenschriften*, in *AUPA*, 55, 2013, S. 287 ff., 287, 291, 295; K. RIEDEL, *Politische Religio. Auf den Spuren eines Begriffs*, Berlin, 2021, S. 24, 42.

¹⁰) So G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZSS*, 50, 1930, S. 18 ff., 33; M. GIUSTO, *Per una storia del litem suam facere*, in *SDHI*, 71, 2005, S. 457 ff., 466 f.; dagegen aber bereits E. LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, S. 50 Fn. 10.

¹¹) So M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale e politica finanziaria sotto i Severi*, Napoli, 1988, S. 97 Fn. 160.

¹²) *Cic. Nat. deor.* 2.72; dazu R. MUTH, *Vom Wesen römischer »religio«*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt: Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung*, 2, 16.1,

liche Autor Laktanz seinen Ursprung in ausdrücklichem Gegensatz zu Cicero in *religare*, einer Bindung durch ein *vinculum pietatis*¹³. Wenngleich die heutige Sprachwissenschaft eher der ersten Deutung zuneigt¹⁴, ist auch die zweite nicht ausgeschlossen, zumal sie auch von Aulus Gellius, der um 175 n. Chr. schreibt, bestätigt wird¹⁵.

Unabhängig von der Etymologie steht fest, dass die *religio* bereits in republikanischer Zeit in einem Atemzug mit der *sanctitas* genannt wurde, und zwar von dem Juristen Servius Sulpicius: *Servius Sulpicius religionem esse dictam tradidit quae propter sanctitatem aliquam remota ac seposita a nobis sit*¹⁶. Auch die Verwendung des Wortes im juristischen Kontext muss daher nicht in profaner Weise erfolgt sein. Nichts anderes gilt von der Gleichsetzung von *religio* und *iurandum*¹⁷ oder der Bezeichnung einer *res* als *religiosa*¹⁸. Allerdings ist die Verwendung des Wortes *religio* in einer »äußerlichen«, profanen Weise ebenfalls gut belegt: *Religio* bedeutet dann *diligentia*, *cura*, *studium*, und zwar namentlich als »*probitas, quam in iudiciis exhibent*«¹⁹. Wenn der ThLL zum Beleg hierfür freilich in erster Linie die *iudices* oder *testes* heranzieht, dann ist das gerade unser *thema probandum*.

2.2. Gebräuchliche Übersetzungen

In unserem Zusammenhang wird – wenigstens in den deutschen²⁰ und in der nie-

Berlin, New York, 1978, S. 290 ff., 342 ff.

¹³) Lact. *Inst.* 4.28.3 und 64.5; dazu R. MUTH, *Religio*, a.a.O. (Fn. 1), S. 248 f.

¹⁴) C. WICK, J. BLUNDELL, *Religio*, in *ThLL*, 11, 2.6, 2020, Sp. 903; R. MUTH, *Religio*, a.a.O. (Fn. 12), S. 349; E. FEIL, *Religio. Die Geschichte eines neuzeitlichen Grundbegriffes vom Frühchristentum bis zur Reformation*, Göttingen, 1986, S. 41; zustimmend J.G. WOLF, *Religio*, a.a.O. (Fn. 9), S. 296.

¹⁵) Gell. *Noct. Att.* 4.9.2 (»*alligaverat*«).

¹⁶) Macr. *Sat.* 3.3.8.

¹⁷) H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*, a.a.O. (Fn. 9), s.v. *religio* 5; C. WICK, J. BLUNDELL, *Religio*, a.a.O. (Fn. 14), Sp. 907; J.G. WOLF, *Religio*, a.a.O. (Fn. 9), S. 290, 293 ff. Synonyme Verwendung in. D. 4.3.21 (Ulp. 11 ad ed.); D. 28.7.8.pr. (Ulp. 50 ad ed.); D. 12.2.24 (Paul. 28 ad ed.); D. 22.3.25.3 (Paul. 3 quaest.); C.I. 5.53.3 (215); C.I. 2.11.18 (260); C.I. 4.1.11.pr. (529); s. auch D. 12.3.4.1 (Ulp. 36 ad ed.); so auch Cic. *Cael.* 22; Quint. *Inst.* 6.1.20; Suet. *Tib.* 33.1. Eine Bezugnahme auf den Eid findet sich in den folgenden Texten: *iuristurandi religio*: D.12.2.1 (Gai. 5 ad ed. provinc.); *sacramenti religio*: C.I. 2.42.3.3 (293); C.I. 4.20.9 (334); C.I. 4.20.18.pr. (528); C.I. 6.42.32.2 (531).

¹⁸) J.G. WOLF, *Religio*, a.a.O. (Fn. 9), S. 289 f.; R. BACKHAUS, § 38 *Rechtsobjekte und Sachkategorien*, in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 5.

¹⁹) C. WICK, J. BLUNDELL, *Religio*, a.a.O. (Fn. 14), Sp. 905.

²⁰) Die alte Übersetzung wurde von C.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F.F. SENTENIS, *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter*, 1-6, Leipzig, 1830-1832 herausgegeben; die neue ist noch unvollendet: O. BEHREND, R. KNÜTEL, B. KUPISCH, TH. RÜFNER, H.H. SEILER (Hrsgg.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, 1-5, Heidelberg, 1990 ff. – Auch

derländischen Übersetzung²¹ – *religio* häufig mit »Gewissenhaftigkeit« des Magistrats bzw. Richters und der *index religiosus* mit »gewissenhaftem Richter« übertragen²². Diese Übersetzungen sind allerdings wenigstens im modernen Sprachgebrauch zweifelhaft geworden. Stand nämlich in früherer Zeit die Ableitung der »Gewissenhaftigkeit« von »Gewissen«, also von einer moralischen Überzeugung, dem Bewusstsein vom sittlich Guten und Bösen, im Vordergrund²³ – »gewissenhaft« ist dann das Gegenteil von »gewissenlos« –, liegen die Dinge heute anders: »Gewissenhaft« ist nur noch »sorgfältig«, also Ausdruck einer äußeren Gründlichkeit, der eine innere Haltung nicht entsprechen muss²⁴. Wollte man deutlich machen, dass ein Richter seinem Gewissen gemäß zu entscheiden hat, müsste man den Neologismus einer »gewissensgemäßen« Entscheidung bilden. Es ist daher anhand des Quellenstandes zu überprüfen, ob die (aus Zeiten mit eindeutig moralischer Konnotation stammende) Übersetzung mit »gewissenhaft« aufrecht erhalten werden kann. Das gleiche gilt auch für die eine innere Devotion kennzeichnende Übertragung mit »religiosa sollecitudine«²⁵; entspricht sie wirklich der Tätigkeit eines römischen Richters und den Anforderungen an ihn? Nur im Ansatz erscheinen die Werke von Watson und Frier mit ihrem Versuch überlegen, eine angemessene Übersetzung je nach Zusammenhang zu finden (»duty«, »conscience«, »discretion« etc.)²⁶.

L. PEPPE, *Nota in materia di deontologia professionale e onorari nella practica giuridica romana: giuristi, oratori, avvocati*, in ZSS, 138, 2021, S. 180 ff., 202 Fn. 80 plädiert für den »scrupolo doveroso del giudice«.

²¹) J.E. SPRUIT u.a. (Hrsgg.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, 1-10, Zutphen, 1993 ff., später Amsterdam, 2005 ff.

²²) Zutreffend auf die innere Haltung stellt aber H.H. SEILER in der neuen Übersetzung von D. 31.67.10 (Pap. 19 quaest.) ab, wenn er *princeps providentissimus et iuris religiosissimus* mit »der durch seine Umsicht und rechtliche Gesinnung ausgezeichnete Kaiser« (d.i. Mark Aurel) übersetzt.

²³) Vgl. J.C. ADELUNG, *Grammatisch-Kritisches Wörterbuch der Hochdeutschen Mundart (Ausgabe letzter Hand)*, 2, Leipzig, 1796, Sp. 670; *Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm*, s.v. gewissenhaft, 6, Leipzig, 1911, Sp. 6289 unter 1) b) α) 1)). Das Werk verzeichnet allerdings beide Bedeutungen, auch die »verweltlichte« im Sinne von skrupulös, vgl. S. 6290 unter 2)).

²⁴) Vgl. *Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache (WDG)* (abrufbar unter <https://www.dwds.de/d/wb-wdg/>), s.v. gewissenhaft = »sorgfältig; g. arbeiten; ein g. Mitarbeiter«; ebenso *Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache – das DWDS-Wörterbuch* (abrufbar unter <https://www.dwds.de/d/wb-dwds/>). Dieselbe Bedeutungsverengung ist auch für die niederländische Sprache zu konstatieren, vgl. VAN DALE, *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, 's-Gravenhage, 1976 gibt beim Lemma nur noch »gewetensvol«: »zeer nauwgezet« an (= pünktlich, genau).

²⁵) So in der neuen Übersetzung von S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta, seu Pandectae. Testo e traduzione*, 1-5, Milano, 2005 ff.

²⁶) A. WATSON (Hrsg.), *The Digest of Justinian*, 1-4, Philadelphia, 1985; B.W. FRIER (Hrsg.), *The Codex of Justinian*, 1-3, Cambridge, 2016.

3. Mosaiksteine

3.1. Freie Überzeugung in Rom und heute

Bekanntlich war der römische *iudex* bei gleichzeitiger Bindung an die Formel bzw. das *iussum iudicandi* in der Beweiswürdigung frei²⁷. Gesichert wurde die freie Beweiswürdigung dadurch, dass er sich von der Urteilsspflicht entbinden lassen konnte, wenn er beeidete, dass ihm die Sache nicht klar war²⁸. Auch im Kognitionsverfahren blieb die richterliche Freiheit grundsätzlich erhalten, wenngleich sie in nachklassischer Zeit mehr und mehr Einschränkungen erfuhr²⁹. Feste Beweisregeln gab es weder im Zivilprozess noch im Strafverfahren. Beweismittel waren der Zeugen-, Urkunds- und Sachverständigenbeweis, das Anerkenntnis sowie der Parteieid³⁰. In der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen war der Richter nicht gebunden³¹. Dass man einem Mann von hohem sozialen Status oder Renommée, von *honestas* oder *dignitas*, in der Regel eher Glauben schenkte, steht auf einem anderen Blatt³². Ja es bestand wenigstens in der späten Klassik sogar der Grundsatz, dass man einen Zeugen von geringer Glaubwürdigkeit – gemessen an seiner *dignitas*, *fides*, *gravitas* oder seinen *mores* – gar nicht erst anhören sollte³³. Die richterliche Einschätzung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen sollte abhängen von der genauen Erforschung seiner sozialen Stellung (*decurio* – *plebeius*, *locuples* – *egens*), seines Lebenswandels (*honestas vita* – *notatus*), einer möglichen Freund- oder Feindschaft mit dem Zeugnisgegner und schließlich seiner Motive³⁴. Mehr als Erfahrungsregeln waren das aber nicht³⁵, denn auch einen Mann untadeligen Ansehens konnte der Richter für unzuverlässig erachten³⁶.

²⁷) G. KLINGENBERG, § 13 *Formularprozess: Verhandlung apud iudicem*, in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 6; P. BAJORY, *Beweisaufnahme im römischen Recht*, in *Studia in honorem V. Pólay*, Szeged, 1985, S. 41 ff., 41, 47.

²⁸) Gell. *Noct. Att.* 14.2: *rem sibi non liquere*; P. BAJORY, *Beweisaufnahme*, a.a.O. (Fn. 27), S. 56; M. KASER, R. KNÜTEL, S. LOHSSE, *Römisches Privatrecht*²², München, 2021, § 9 Rn. 7.

²⁹) Zu denken ist etwa an Konstantins Konstitution, wonach ein einziger Zeuge zum Beweis nicht mehr ausreichte (*unus testis, nullus testis*, vgl. C.Th. 11.39.3 = C.I. 4.20.9 [334]); dazu C. WILLEMS, § 15 *Kognitionsprozess*, in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 24, 26; M. KASER, R. KNÜTEL, S. LOHSSE, *Privatrecht*, a.a.O. (Fn. 28), § 9 Rn. 3.

³⁰) G. KLINGENBERG, § 13, a.a.O. (Fn. 27), Rn. 41 ff.

³¹) D. 22.5.3.1 (Call. 4 de cogn.); D. 22.5.21.3 i.f. (Arcad. l. s. de test.).

³²) Dazu R. RILINGER, *Zeugbeweis und Sozialstruktur in der römischen Kaiserzeit*, in *AARC*, 11, Napoli, 1996, S. 295 ff.

³³) D. 22.5.2 (Mod. 8 reg.).

³⁴) D. 22.5.3.pr. (Call. 4 de cogn.); s. dazu S. PULIATTI, *Del buon uso del vero. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, in *Athenaeum*, 97, 2009, S. 397 ff., 401 f.

³⁵) So richtig TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, S. 436.

³⁶) D. 22.5.13 (Pap. 1 de adult.): *homo integrae frontis*; dazu sogleich 4.1.1.1 (1). Allerdings schreibt Konstantin im Jahr 334 vor, dass einem *honestior* höhere Glaubwürdigkeit zukommt, vgl. C.I. 4.20.9 (334).

Wer richtet, ist »näher dran«, kann also nicht nur besser die *dignitas* eines Zeugen beurteilen, sondern auch erkennen, wer offensichtlich ehrlich und prompt antwortet oder geheimen Absprachen verpflichtet scheint. In zwei Reskripten³⁷ weigert sich daher Hadrian, einem Richter Hinweise zu geben, wie er zu einer zutreffenden Einschätzung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen gelangen könne. Er empfiehlt nur, dass sich der Richter keinesfalls auf nur einen einzigen Beweis stützen, sondern vielmehr nach seinem eigenen Ermessen beurteilen solle, was ihn überzeuge – *ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid [...] credas*³⁸. *Ex sententia animi tui* dürfen wir ohne weiteres als zur *religio iudicis* synonyme Formulierung verstehen.

Wie sogleich zu zeigen ist, beziehen sich alle juristischen Texte, die von der *religio* eines Gerichtsmagistrats oder Richters handeln oder diesen als *religiosus* bezeichnen, auf drei verschiedene Gebiete richterlicher Tätigkeit: auf die Beweiswürdigung, die Festlegung der Schadenshöhe sowie auf bestimmte »Verwaltungsakte« wie die Genehmigung des Geschäfts eines Vormunds. In allen drei Bereichen geht es nicht um das richterliche *officium*, dessen Verletzung den Richter womöglich sogar haftbar macht, sondern um einen Bereich, der der äußeren Kontrolle nicht mehr unterliegt (sieht man im Kognitionsverfahren von einer möglichen Korrektur durch das höhere Gericht ab).

Heute würde man im Hinblick auf die freie Beweiswürdigung davon sprechen, dass der Richter »nach freier Überzeugung« entscheidet, ob er eine Behauptung für wahr oder unwahr erachtet, vgl. § 286 Abs. 1 S. 1 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO)³⁹. Bezüglich der Schadensermittlung und der Schadenshöhe verweist § 287 Abs. 1 ZPO ebenfalls auf die »freie Überzeugung« des Richters. Und bei der Entscheidung des Familiengerichts über die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts des Vormunds würde man von einer Ermessensentscheidung sprechen⁴⁰. Ist die Gewinnung der »freien Überzeugung« bzw. die Ermessenausübung des modernen Richters ein ungebundener, ja womöglich ein Akt der Willkür? Das soll zunächst der Eid des Richters verhindern, welcher beschwört, das »Richteramt [...] getreu dem Gesetz auszuüben« und »nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen«⁴¹. Willkür wird aber vor allem auch dadurch minimiert, dass der heutige Richter im Urteil die Gründe anzugeben

³⁷) D. 22.5.3.1 und 2 (Call. 4 de cogn.).

³⁸) D. 22.5.3.2 (Call. 4 de cogn.); s. dazu auch S. PULIATTI, *Discrezionalità*, a.a.O. (Fn. 34), S. 410.

³⁹) Vergleichbar § 261 StPO: »nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung«. S. auch Codice di procedura civile art. 116: »Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti«.

⁴⁰) Vgl. nur I. GÖTZ, in *Grüneberg, BGB*⁸², München, 2023, § 1800 Rn. 2.

⁴¹) Vgl. § 38 Abs. 1 Deutsches Richtergesetz.

hat, »die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind«, vgl. § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO⁴².

3.2. Eidesleistung der Richter, Magistrate und Zeugen

Der römische Richter gibt, anders als der moderne Richter, keine Entscheidungsbegründung; gebunden ist er dennoch, nämlich an seinen Eid. Diese Bindung gewährleistet, dass er keine willkürliche Entscheidung – Seneca spricht von *infinita licentia iudicii*⁴³ – trifft. Dass eine Eidesleistung der Straf- wie Zivilrichter zumindest schon in früher Zeit üblich war⁴⁴, belegen einige Texte⁴⁵; der Straf- wie Zivilrichter ist *iudex iuratus*⁴⁶. Wie der – wahrscheinlich auf Jupiter geleistete⁴⁷ – Eid, der wohl eine Selbstverfluchung enthielt, formuliert war, wissen wir nicht genau. Cicero gibt als Eidesformel *quae salva fide facere possit* an⁴⁸, die *lex Irnitana* hat das *bonum et aequum*⁴⁹, bei Justinian schließlich sind es die *veritas* und *legum observatio*⁵⁰. In jedem Fall war der Richter inhaltlich auf Gesetz und Gerechtigkeit⁵¹, Wahrheit und Unparteilichkeit⁵² verpflichtet.

⁴²) S. für das Strafprozessrecht im Hinblick auf die Darstellung der richterlichen Überzeugungsbildung im Urteil F. TIEMANN, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*⁹, München, 2023, § 261 Rn. 203.

⁴³) Sen. Ben. 3.7.5.

⁴⁴) S. TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, a.a.O. (Fn. 35), S. 395; G. KLINGENBERG, § 13, a.a.O. (Fn. 27), Rn. 4.

⁴⁵) Schon für die *antiqui iudices*: C.I. 3.1.14.pr. (530) sowie Cic. Inv. 2.132; Off. 3.43 f.; Cael. 22 (*religio vestra*); Quint. Inst. 5.2.4; 5.6.4; 6.1.20 (*custodia religionis*); Suet. Tib. 33.1; Gell. Noct. Att. 20.1.7-8.

⁴⁶) Cic. Inv. 1.48; Cluent. 121; Quinct. 64; Ac. 2.146.

⁴⁷) U. STECK, *Der Zeugenbeweis in den Gerichtsreden Ciceros*, Frankfurt a.M., 2009, S. 60, die für die Geschworenen auf Cic. Off. 3.102,104 verweist; für den Zeugeneid: Cic. Font. 30; andere Götter nennt Gell. Noct. Att. 11.6.

⁴⁸) Cic. Off. 3.44; R. NICKEL (*M. Tullius Cicero, Ausgewählte Werke*, I, Düsseldorf, 2008, S. 150) übersetzt mit »nach bestem Wissen und Gewissen«. Gegen einen Bezug auf den Richtereid aber O. BEHREND, *Die Römische Geschworenenverfassung*, Göttingen, 1970, S. 191 in Fn. 42.

⁴⁹) *Lex Irnitana* Kap. 69 Z. 21. Zudem findet sich für den Decurio-Richter noch die Formel: *et maxime e re communi eius municipi* (ähnlich Kap. 86 [VIII C] Z. 2); vgl. J.G. WOLF, *Die Lex Irnitana*, Darmstadt, 2011, S. 98, 122; zum richterlichen Eid auf das *bonum et aequum* J. PARICIO, *Administración*, a.a.O. (Fn. 55), S. 118 f.; L. GUTIÉRREZ-MASSÓN, '*Peccatum iudicis*' y juramento promisorio en el proceso civil romano. Reflexiones de ayer y de hoy, in *TSDP*, 2, 2009, S. 1 ff., 12 f.; J.G. WOLF, *Iudex iuratus*, in J.G. WOLF, *Lex Irnitana. Gesammelte Aufsätze*, Berlin, 2012, S. 98 ff., 114; C. LEHNE, *Die Stellung der Juristen im Formularverfahren*, in *ZSS*, 131, 2014, S. 216 ff., 302; R. CARDILLI, *Designazione e scelta del iudex unus alla luce della lex Irnitana*, in *Rendiconti dell'Accademia nazionale dei Lincei*, Ser. 9, Bd. 3, 1992, S. 37 ff., 52.

⁵⁰) C.I. 3.1.14.pr. (530).

⁵¹) So Sen. Ben. 3.7.5.

⁵²) G. KLINGENBERG, § 13, a.a.O. (Fn. 27), Rn. 6.

Die Scheu der Römer vor dem Eid war groß; man fürchtete die göttliche Strafe bei einem Meineid bzw. bei Nichterfüllung des Versprochenen⁵³, weshalb der Richter sein Urteil in aller Vorsicht unter Benutzung des Verbums *videri* sprach – »es scheint so zu sein«⁵⁴.

Nach herrschender Auffassung wurde der Eid bereits vor der Verhandlung abgelegt⁵⁵, nicht erst vor der Urteilsfällung⁵⁶. Letztere Ansicht überzeugt deshalb nicht, weil der *iudex* dann kein »Geschworener« wäre, der doch von mehreren Texten belegt ist. Gerade auch die Rede von der *religio* des Richters bei der Beweiserhebung⁵⁷, also vor dem Urteilsspruch, spricht für den früheren Zeitpunkt – wenn man, wie hier vorgeschlagen, ein rein profanes Verständnis von *religio* in diesem Zusammenhang nicht für wahrscheinlich erachtet. Dagegen erlauben die von Wolf angeführten Spezialfälle in der *lex Irnitana* keine Schlussfolgerungen auf den allgemeinen Zivil- und Strafprozess.

Auch die Prätores (und Provinzstatthalter) leisteten einen Eid vor ihrer Wahl und innerhalb von fünf Tagen nach ihrem Amtsantritt einen zweiten, ebenfalls unter Einschluss einer Selbstverfluchung für den Fall des Eidbruchs⁵⁸. Der Magistrat schwor seinen Eid gewissenhafter Pflichterfüllung⁵⁹ in die Hände des wahl-

⁵³) S. nur Cic. *Font.* 30 (*metu deorum*); *Leg.* 2.22; Tac. *Ann.* 1.73; C.I. 4.1.2 (223); TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, a.a.O. (Fn. 35), S. 436, 449 Fn. 1.

⁵⁴) Cic. *Ac.* 2.146; C.I. 3.1.14.pr. (530).

⁵⁵) M. KASER, K. HACKL, *Zivilprozessrecht*, a.a.O. (Fn. 4), S. 358; O. BEHREND, *Geschworenenerverfassung*, a.a.O. (Fn. 48), S. 15 mit Fn. 64; J. PARICIO, *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, 1987, S. 118. Die dafür zitierten Texte sind namentlich C.I. 3.1.14.pr. (530); Cic. *Off.* 3.43 f.; *Ac.* 2.146; *Quinct.* 20.64; *Quint. Inst.* 5.6.4 und 5.2.4; Gell. *Noct. Att.* 20.1.7 f.

⁵⁶) Hierfür aber TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, a.a.O. (Fn. 35), S. 395 in Fn. 2; J.G. WOLF, *Iudex iuratus*, a.a.O. (Fn. 49), S. 101, 113 namentlich unter Bezugnahme auf die *lex Irnitana* Kap. 69 Z. 17 f. (J.G. WOLF, *Lex Irnitana*, a.a.O. [Fn. 49], S. 98) bezüglich des Eides der Dekurionen vor ihrem Urteil im Kognitionsverfahren wegen der Herausgabe öffentlicher Gelder und einer Rekonstruktion von Kap. 91 Z. 50. Diese Eidesleistung findet weitere Parallelen in der *lex Irnitana* hinsichtlich der Eidesleistung vor der Ausgabe öffentlicher Gelder (Kap. 79 Z. 54), der Erteilung des Patronats (Kap. 61 Z. 29), der Wahl einer Dreierkommission wegen Rechnungslegung (Kap. 68 VIII A Z. 3) und vor dem Beschluss über eine Kreditaufnahme (Kap. 80 Z. 17).

⁵⁷) S. unten 4.1.1.

⁵⁸) Plin. *Paneg.* 64.3 (Trajan); *lex Malacitana* Kap. 59 (K.G. BRUNS, O. GRADENWITZ, *Fontes iuris romani antiqui*⁷, Tübingen, 1909, S. 151); *lex Irnitana* Kap. 26 sowie MAL 59 VII A Z. 3 (J.G. WOLF, *Lex Irnitana*, a.a.O. [Fn. 49], S. 54, 86); TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I³, Leipzig, 1887 (ND Darmstadt, 1971), S. 619; G. SCHIEMANN, *Ius iurandum*, in *Der Neue Pauly*, 6, Stuttgart, Weimar, 1999, Sp. 99; W. KUNKEL, R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. Die Magistratur*, München, 1994, S. 93 ff. Nach der *lex Irnitana* wurden Magistrate zweimal, nach der Wahl und vor der ersten Ratssitzung, jedenfalls innerhalb von fünf Tagen nach der Wahl vereidigt; vgl. J.G. WOLF, *Iudex iuratus*, a.a.O. (Fn. 49), S. 110.

⁵⁹) Die *lex Irnitana* hat einen Eid »nach diesem Stadtrecht« und »für das gemeine Wohl«, vgl. Kap. 26 Z. 43.

leitenden Beamten *per Iovem et deos Penates*, in der Kaiserzeit zudem auf den Kaiser⁶⁰.

Schließlich leisteten auch die Zeugen vor ihrem Zeugnis einen Eid unter Anrufung Jupiters⁶¹. Unvereidigte Zeugen betrachtet etwa Quintilian überhaupt nicht als *testes*⁶².

3.3. Übersetzungsvorschlag

Wenig überzeugend ist die Übertragung der *religio* mit »religiosa sollicitudine«; sie ist heute kaum mehr verständlich. Aber auch das (innere) »Gewissen« oder die (äußere) »Gewissenhaftigkeit« bzw. Sorgfalt oder gar die Amtspflicht kennzeichnen die richterliche Beweiswürdigung, Schadensfestsetzung oder Vornahme eines »Verwaltungsakts« nur unzureichend. Will man *religio* zielsprachenorientiert und zeitgemäß übersetzen – ein Anliegen, welches etwa die neue deutsche Übersetzung verfolgt⁶³ –, so geht es inhaltlich um die innere unbeeinflusste Überzeugung, zu der der Entscheidende gelangt⁶⁴.

Auch wenn die Übersetzung eines Wortes wie *religio* niemals dessen gesamtes Bedeutungsspektrum erfassen kann, meinen wir das Richtige zu treffen, wenn wir *religio* also mit »freier, dem Eid verpflichteten Überzeugung« oder »pflichtgebundenem« oder »pflichtgemäßem Ermessen« wiedergeben⁶⁵. Auf diese Weise wird die Bindung des *iudex* oder Magistrats bei den genannten Entscheidungen an die Inhalte seines Eids verdeutlicht⁶⁶. Mit der »Einhaltung von Verfahrensregeln« hat dies nichts gemein⁶⁷.

⁶⁰) TH. MOMMSEN, *Staatsrecht*, a.a.O. (Fn. 58), S. 619 mit Fn. 4.

⁶¹) U. STECK, *Zeugenbeweis*, a.a.O. (Fn. 47), S. 61. Zu der Eidespflicht der Zeugen im Strafprozess oder wenigstens der Üblichkeit eines Eides U. STECK, *Zeugenbeweis*, a.a.O. (Fn. 47), S. 62, 69 f. unter Berufung auf Cic. *Font.* 30. Auch im Zivilprozess war bereits vor C.I. 4.20.9 (334) ein Eid üblich, vgl. *lex Ursonensis* Kap. 95 Z. 12 (K.G. BRUNS, O. GRADENWITZ, *Fontes*, a.a.O. [Fn. 58], S. 131); *lex Irnitana* Kap. 71 VIII B Z. 1 (J.G. WOLF, *Lex Irnitana*, a.a.O. [Fn. 49], S. 102); Cic. *Caec.* 3; M. KASER, R. KNÜTEL, S. LOHSSE, *Privatrecht*. a.a.O. (Fn. 28), § 9 Rn. 6. Der *testis iniuratus* ist zumindest weniger glaubwürdig; s. G. KLINGENBERG, § 13, a.a.O. (Fn. 27), Rn. 46.

⁶²) Vgl. Quint. *Inst.* 5.7.32 mit T. WYCISK, *Quidquid in foro fieri potest – Studien zum römischen Recht bei Quintilian*, Berlin, 2008, S. 193.

⁶³) R. KNÜTEL, *Interpretierendes Übersetzen, in Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, S. 215 ff., 216 f., 228.

⁶⁴) Ähnlich L. PEPPE, *Deontologia*, a.a.O. (Fn. 20), 202 Fn. 80: »idea del formarsi del convincimento del giudice nel modo più corretto«. Mit dem *officium defensionis*, also der Tätigkeit des Advokaten, sollte die *religio* nicht in Verbindung gebracht werden; richtig PEPPE, a.a.O.; anderer Ansicht F. ARCARIA, *Il »dovere di verità«. Contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, in *TSDP*, 12, 2019, 1 ff., 59.

⁶⁵) Vgl. auch *Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm*, s.v. Religion, 14, Leipzig, 1893, Sp. 801 mit VII (Neubearb.), Leipzig, Stuttgart, 1993, Sp. 126, 109 (s.v. Ehe).

⁶⁶) S. soeben 3.2.

⁶⁷) Anders A. HERMANN, *Unterscheidungen der Religion*, Göttingen, 2015, S. 154.

Dass die Römer *religio* in einem weiten Sinne, d.h. als »freies Ermessen«, verstehen konnten, zeigt eine Stelle bei Seneca, in der das Richteramt und das Amt des Schiedsrichters einander gegenübergestellt werden. Der *iudex* sei durch die Formel gebunden und daher auf Gesetz und Gerechtigkeit verpflichtet, während der *arbiter* eine *libera et nullis adstricta vinculis religio* besitze, also ein »freies und durch Bindungen nicht eingeschränktes Ermessen«, welches ihm die Berücksichtigung von *humanitas* und *misericordia* ermögliche⁶⁸. Der im Rahmen unserer Untersuchung relevanten *religio* des Richters schenkte der Philosoph allerdings keine Aufmerksamkeit.

4. Texte zur *religio* von Richter oder Gerichtsmagistrat

4.1. Juristische Texte

4.1.1. Beweiswürdigung

Der Abgleich der Quellen zur *religio iudicis* zeigt, dass der Ausdruck bei der Beweiserhebung und -würdigung in vier verschiedenen Zusammenhängen auftaucht, bei der Entscheidung über die Zeugnisfähigkeit, der Würdigung der Beweise, in Manipulationsfällen, in denen der Richter getäuscht wird, und schließlich bei der *consultatio* eines übergeordneten Richters.

4.1.1.1. Zeugnisfähigkeit

(1) War jemand in einem Kalumnienverfahren verurteilt worden, also in einem seit der *lex Remmia* von 80 v. Chr. etablierten infamierenden Strafverfahren wegen schikanöser Klageerhebung in einem Quästionenprozess⁶⁹, stellte sich die Frage, ob er anschließend noch als Zeuge in einem Prozess auftreten konnte⁷⁰. Eine gesetzliche Regelung im Hinblick auf die Zeugnisfähigkeit bestand nicht, weshalb Papinian es der *religio iudicantium* überlässt, die Glaubwürdigkeit einer Aussage, *fides testimonii*, einzuschätzen. Trotz der eingetretenen Infamie sollte der Richter nicht ohne weiteres von Zeugnisunfähigkeit ausgehen, sondern sich vielmehr eine eigene Überzeugung von der *fides* des Zeugen verschaffen:

D. 22.5.13 (Pap. 1 de adult.): Quaesitum scio, an in publicis iudiciis calumniae damnati testimonium iudicio publico perhibere possunt. sed neque lege Remmia prohibentur et Iulia lex de vi et repetendarum et peculatus eos homines testimonium dicere non vetuerunt. verumtamen quod legibus omisum est, non omittetur religione

⁶⁸) Sen. *Ben.* 3.7.5. Es handelt sich, soweit ersichtlich, um die einzige Stelle, in der von der *religio* eines *arbiter* die Rede ist.

⁶⁹) Dazu TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, a.a.O. (Fn. 35), S. 491 f., 494 f.

⁷⁰) Allgemein zur Zeugnisfähigkeit G. KLINGENBERG, § 13, a.a.O. (Fn. 27), Rn. 41 ff.

iudicantium ad quorum officium pertinet eius quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere.

Der Interpolationsverdacht, der gegen den Schluss ab *veruntamen* geäußert wurde⁷¹, ist nicht begründet⁷²: Weder ist, wie sich noch zeigen wird, die Rede von der *religio* in unserem Zusammenhang verdächtig – viel zu häufig kommt sie schon etwa bei Cicero vor⁷³ –, noch ist die Vorstellung abwegig, man könne einer wegen schikanösen Prozessierens infamen Person von vornherein die Zeugnisfähigkeit in einem anderen Prozess absprechen.

Wie soll man hier *religio iudicantium* übersetzen? Ist es wirklich der »gewissenhafte Richter«, der die Glaubwürdigkeit auch eines solchen Zeugen überprüft⁷⁴, oder eher die in dem Ausdruck der »religiosa sollicitudine dei iudicanti« aufscheinende Devotion an die richterliche Aufgabe⁷⁵? Oder aber übersetzt die Philadelphia translation richtig, indem sie auf den »sense of duty« rekurriert⁷⁶? Erneut treffen sich hier Konzepte der »äußerlichen« und der »innerlichen« *religio*. Wir meinen, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen und die Beweiswürdigung überhaupt können nur »in freier Überzeugung« beurteilt werden⁷⁷; es handelt sich weder um eine Gewissens- noch um eine Sorgfaltsfrage, viel eher schon um das richterliche Gefühl für die Wahrheit.

(2) Ein weiterer Text spricht die Auswahl der Zeugen an. Vor Gericht sollen diejenigen Zeugen *ad veritatem iuvandam* hinzugezogen werden, die in der Lage sind, *omni gratiae et potentatui fidem religioni iudiciariae debitam possint praeponere*⁷⁸ – also »die Gewissenhaftigkeit vor Gericht«⁷⁹, »de eerlijkheid die verschuldigd is

⁷¹) G. BESELER, *Studien*, a.a.O. (Fn. 10), S. 33; DERS., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS, 66, 1948, S. 265 ff., 302; M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in ZSS, 73, 1956, S. 220 ff., 262 Fn. 201; J.A.C.J. VAN DE WOUW, *Papinians libri duo de adulteriis. Versuch einer kritischen Palingenesie*, in TR, 41, 1973, S. 311 ff., 318; F. GNOLI, *Ricerche sul crimen peculatus*, Milano, 1979, S. 39.

⁷²) M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 2, Milano, 1973, S. 421 Fn. 120.

⁷³) Unten 4.2.1 und 2.

⁷⁴) O. BEHREND, in O. BEHREND u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20); nicht anders E. SLOB, L.C. WINKEL, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21), die von »nauwgezetheid« (Genauigkeit, Gewissenhaftigkeit) sprechen, oder P. GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1970, S. 211, der mit »scrupulousness« übersetzt.

⁷⁵) So U. VINCENTI, in S. SCHIPANI, *Digesta*, a.a.O. (Fn. 25).

⁷⁶) A.M. HONORÉ, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26).

⁷⁷) Das richterliche Ermessen betont auch M. BRUTTI, *Dolo*, a.a.O. (Fn. 72), neben der gewissenhaften Tatsachenfeststellung.

⁷⁸) C.I. 4.20.5: Diocl./Maxim. AA. Candido. *Eos testes ad veritatem iuvandam adhiberi oportet, qui omni gratiae et potentatui fidem religioni iudiciariae debitam possint praeponere* (286).

⁷⁹) G.C. TREITSCHKE, in C.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F.F. SINTENIS, *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20). Die *debita fides* bleibt unübersetzt.

aan de gerechtelijke gewetensvolheid«⁸⁰ bzw. »the trust owed to their judicial oath«⁸¹ über jede Begünstigung und jeden Machtmissbrauch zu stellen. Was also muss der Zeuge für wichtiger als Begünstigung oder Machtmissbrauch halten? Seine Gewissenhaftigkeit oder seinen Eid? Dem Gewissen oder der Gewissenhaftigkeit des Richters schuldet der Zeuge nichts, er schuldet seiner eigenen *religio fides*, Glaubwürdigkeit und Wahrhaftigkeit⁸². *Iudiciaria* hat hier nicht die Bedeutung »richterlich«, sondern »gerichtlich«, »vor Gericht«⁸³. Es ist also zu übersetzen: »[...] Zeugen [...], die in der Lage sind, die ihrem gerichtlichen Eid⁸⁴ geschuldete Wahrhaftigkeit über Begünstigung und Machtmissbrauch zu stellen«⁸⁵.

4.1.1.2. Würdigung von Beweismitteln

Der Richter ist, wie wir gesehen haben⁸⁶, frei, auch eine bisher unbescholtene Person – einen *homo integrae frontis* – für unglaubwürdig zu halten, und zwar aufgrund seiner *religio*, seiner »freien Überzeugung«. In den Prozess eingeführte Beweismittel können den Richter in seiner freien Überzeugungsbildung unterstützen (hierzu sogleich), ihn aber auch in die Irre führen (dazu unten 4.1.1.3).

(1) Julius Aquila⁸⁷ berichtet vom Beweisverfahren bei einer *accusatio suspecti curatoris*, also bei der Anklage eines vertrauensunwürdigen Pflegers. Das Verfahren ist wohl dem Vorbild der *accusatio suspecti tutoris* gefolgt: Wurde der Magistrat vom Treuebruch des Vormunds (*fraus*) überzeugt, wurde dieser aus seinem Amt entfernt und ein neuer eingesetzt⁸⁸. Ob es bereits in klassischer Zeit ein solches Verfahren auch gegen den Pfleger gegeben hat, ist umstritten⁸⁹, hier aber nicht weiter relevant. Aquila belehrt uns, dass bei der Beweisaufnahme der Prätor nicht gehindert war, einen Mündelsklaven zu verhören⁹⁰. Ein Verhörverbot stand dem offen-

⁸⁰) W.E.M. KLOSTERMANN, J.E. SPRUIT, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21).

⁸¹) D.P. KEHOE, in B.W. FRIER, *Codex*, a.a.O. (Fn. 26).

⁸²) H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*, a.a.O. (Fn. 9), s.v. *fides* 3.

⁸³) H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*, a.a.O. (Fn. 9), s.v. *iudiciarius* 1.

⁸⁴) Dazu oben 3.2.

⁸⁵) Wie hier U. VINCENTI, »*Duo genera sunt testium*«. *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova, 1989, S. 116.

⁸⁶) Oben 4.1.1.1 (1) zu D. 22.5.13 (Pap. 1 de adult.).

⁸⁷) Zu ihm W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz u.a., 1967 (ND Köln u.a., 2001), S. 262.

⁸⁸) Dazu M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, München, 1971, S. 363; einzelne Vergehen finden sich bei U. BABUSIAUX, § 84 *Klage aus Vormundschaft (actio tutelae)*, in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 31.

⁸⁹) Dazu M. KASER, *Privatrecht*, 1, a.a.O. (Fn. 88), S. 371; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, München, 1975, S. 235. Hält man den Text für überarbeitet, muss man *tutor* statt *curator* lesen; so S. SOLAZZI, *La minore età*, Roma, 1912, S. 165.

⁹⁰) Dies geschah regelmäßig unter Folter, vgl. R. GAMAUF, § 36 *Sklaven (servi)*, in *Handbuch*

bar nicht entgegen. Verboten war grundsätzlich nur das Verhör des Sklaven gegen seinen eigenen Herrn oder auch mit Einverständnis seines Herrn für diesen⁹¹, nicht aber die Vernehmung eines Mündelsklaven, auch wenn der Vormund bzw. Pfleger das Mündelvermögen (und damit auch den Sklaven) als Treuhänder verwaltete:

D. 26.10.12 (Aquila libro resp.): Nihil proponi, cur praescribere curator possit in cognitione suspecti, quo minus religio praetoris a pupillari servo detegente fraudes instruatur.

Die neue deutsche Übersetzung überträgt wie folgt⁹²: »Es ist nichts dafür vorgebracht worden, weshalb ein Pfleger bei der Untersuchung, ob er vertrauensunwürdig sei, Einwendungen dagegen erheben kann, dass ein gewissenhafter Prätor sich auch von einem Sklaven des Mündels, der Betrügereien aufdeckt, unterrichten lässt«.

Erneut wird aus der *religio praetoris* schlicht ein »gewissenhafter Prätor«⁹³. Die innere Bindung betont dagegen die italienische Übersetzung, welche hier die übliche »religiosa sollecitudine« hat⁹⁴. Schon wegen des genannten Bedeutungswundes im modernen Deutschen, aber auch wegen des Eides des Prätors ist hier das »pflichtgemäße Ermessen« oder, besser, »Überzeugungsbildung« des Prätors die treffendere Wahl⁹⁵: »Es ist nichts dafür vorgetragen worden, weshalb ein Pfleger bei der Untersuchung, ob er vertrauensunwürdig sei, Einwendungen dagegen erheben kann, dass die pflichtgemäße Überzeugungsbildung des Prätors durch den Sklaven des Mündels [...] unterstützt wird«.

(2) In seinem Kommentar zum Ehebruchsverfahren gemäß der augusteischen *lex Iulia de adulteriis coercendis* von 18 oder 16 v. Chr.⁹⁶ erklärt Ulpian, die Ehebrecherin müsse, nachdem in einem ersten Prozess der Ehebrecher verurteilt worden sei, *causam suam agere*. Dabei habe sie womöglich die Chance, *vel gratia vel iustitia vel legis auxilio* zu obsiegen⁹⁷. Denn der erste Prozess könne wegen bestochener

des römischen Privatrechts, Tübingen, 2023, Rn. 15.

⁹¹) Dazu R. GAMAUF, § 36, a.a.O. (Fn. 90), Rn. 15; TH. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, Stuttgart, 2010, S. 71 ff.

⁹²) K.-H. ZIEGLER, in O. BEHRENDTS u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20).

⁹³) So auch E. SLOB, M. VAN DE VRUGT, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21): »een gewetensvolle praetor«.

⁹⁴) P. ZAMORANI, in S. SCHIPANI, *Digesta*, a.a.O. (Fn. 25).

⁹⁵) So auch S. HART, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26): »the praetor's discretion«.

⁹⁶) G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997, S. 10.

⁹⁷) Dazu bereits TH. FINKENAUER, *Die römischen Juristen und die Gerechtigkeit*, in O. HÖFFE (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit*, Freiburg i. Br., Berlin, 2014, S. 11 ff., 24 f.

Zeugen oder falscher Beweismittel zu einer Verurteilung des Mannes geführt haben, während der zweite Prozess gegen die Frau vor einem *iudex religiosus* geführt werde, vor welchem sie ihre *pudicitia* womöglich erfolgreich verteidigt:

D. 48.5.18.6 (Ulp. 2 ad leg. Iuliam de adult.): [...] si condemnatus fuerit, mulier non est condemnata, sed aget causam suam, fortassis et optinere vel gratia vel iustitia vel legis auxilio possit. quid enim, si adulter inimicitii oppressus est vel falsis argumentis testibusque subornatis apud praesidem gravatus, qui aut noluit aut non potuit provocare, mulier vero iudicem religiosum sortita pudicitiam suam defendet?

Was hat der *iudex religiosus* zu erwägen? Ulpian nennt neben der *gratia* (Begnädigung⁹⁸) *iustitia* und *auxilium iuris*. Rechtliche Hilfe kann etwa im Ablauf der Fünfjahresfrist bestehen, nach der eine Anklage nicht mehr zulässig ist⁹⁹, in einer dem Ehebruch nachfolgenden Verzeihung durch den Ehemann¹⁰⁰ oder in einem sittlichen Vergehen an der Frau¹⁰¹. Eine Reihe weiterer Fälle sind überliefert, in denen der Frau das notwendige Bewusstsein vom begangenen Unrecht fehlt: so etwa, wenn sie irrig von einer Auflösung ihrer Ehe ausgeht, weil sie ihren abwesenden Mann für tot hält¹⁰². Gerade das letzte Beispiel eines Irrtums zeigt deutlich, wie schwierig die Subsumption unter den an sich einfachen Tatbestand des Ehebruchs sein kann. Papinian beschreibt das Problem als *quaestio iuris et facti*: Es sei zu unterscheiden, ob die Frau sich erst längere Zeit nach dem vermeintlichen Tod des Ehemannes mit einem anderen eingelassen habe oder ob der vermeintliche Tod nur ein willkommenes Argument für den Ehebruch gewesen sei. Der Richter muss in einem solchen Fall neben der bloßen Anwendung des Gesetzes daher auch die *iustitia* bedenken – also Augenmaß haben und Einzelfallgerechtigkeit üben, indem er in einer Gesamtbetrachtung alle relevanten Umstände des Falles gegeneinander abwägt. Nur auf diese Weise wird er eine hinreichend sichere Einschätzung der Tatsachen erlangen, um unter das augusteische Gesetz überhaupt subsumieren zu können. Eine Übersetzung, die auf das richterliche Ermessen abstellt, scheint daher einer Übersetzung mit »Gewissenhaftigkeit«¹⁰³ oder »Prinzipientreue«¹⁰⁴ überlegen.

(3) Ulpian bespricht in seinem Buch über die Pflichten eines Prokonsuls ein

⁹⁸) H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*, a.a.O. (Fn. 9), s.v. *gratia*, 2. Ehebruch ist ein Kapitalverbrechen.

⁹⁹) So J. CUIACIUS, *Opera omnia in decem tomos distributa*, 9, Napoli, 1758, Sp. 1410 E.

¹⁰⁰) D. 48.5.2.3 (Ulp. 8 disp.); D. 48.5.14.9 u. 10 (Ulp. 2 de adult.).

¹⁰¹) D. 48.5.14.7 (Ulp. 2 de adult.).

¹⁰²) D. 48.5.12.12 (Pap. l. s. de adult.).

¹⁰³) C.F.F. SINTENIS, in C.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F.F. SINTENIS, *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20); J.E. SPRUIT, P.J. VERDAM, J.M. TEVEL, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21).

¹⁰⁴) O. ROBINSON, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26): »a principled judge«.

Reskript des Septimius Severus:

D. 48.18.1.17 (8 de off. procons.): Divus Severus rescripsit confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.

Geständnisse, *confessiones*, eines Angeklagten beweisen nicht ohne weiteres das Verbrechen – schließlich könnten sie auch manipuliert worden oder etwa unter Folter zustande gekommen sein. Vielmehr ist zusätzlich ein Beweis erforderlich, welcher *religionem cognoscentis instruat* – also den Richter in der Bildung seiner freien, pflichtgemäßen Überzeugung unterstützt¹⁰⁵. Man könnte also übersetzen: »... wenn kein Beweis zur Untermauerung der richterlichen Überzeugung vorgelegt wird«.

(4) Hatte ein Schuldner ohne Wissen seines Gläubigers die diesem verpfändete Sache bereits zuvor verpfändet, machte er sich eines *stellionatus* schuldig¹⁰⁶. Auch wenn er nach einer Verpfändung einen eingeweihten Dritten als scheinbaren früheren Gläubiger vorschob, machte er sich strafbar. Philippus Arabs schärft in diesem Fall ein, dass der angegangene Richter ein dem Recht und der geschuldeten *religio* entsprechendes Urteil fällen muss – *congruentem iuri ac debitae religioni sententiam*¹⁰⁷. Gerade die Komplexität des Falles (*fraudis consilio per subiectam* sowie *ad occultum compendium suum*) erfordert eine umfassende Beweiswürdigung. Auf sie weist der Kaiser neben der notwendigen Rechtskenntnis ausdrücklich hin. »Justicia« ist als Übersetzung daher in jedem Fall untauglich¹⁰⁸. Die »gebührende Gewissenhaftigkeit«, mit der Sinentis übersetzt¹⁰⁹, ist, wenigstens ge-

¹⁰⁵) Richtig daher C.F.F. SINTENIS, in C.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F.F. SINTENIS, *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20) sowie J.E. SPRUIT, P.J. VERDAM, J.M. TEVEL, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21): »overtuiging«; O. ROBINSON, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26) stellt auf »conscience of the judicial examiner« ab. Zur Bedeutung von *instruere* im Sinne eines Herbeischaffens der nötigen Beweismittel, zur *instructio* als Aufklärung oder Unterstützung einer Rechtssache mit Beweismitteln H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*, a.a.O. (Fn. 9), s.v. *instruere*, 1 c.

¹⁰⁶) Vgl. D. SCHANBACHER, § 48 Pfandrecht (*pignus, hypotheca*), in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 385.

¹⁰⁷) C.I. 9.34.4.1 (244): *Proinde sive ignorantiam tuam debitor circumvenire temptaverit, seu obligatione rite perfecta participato fraudis consilio per subiectam quasi anteriorem personam compendium tuum ad occultum compendium suum pertemptat, adire suum iudicem potes congruentem iuri ac debitae religioni sententiam relaturum*. Der von E. VOLTERRA, *Stellionatus*, in *Studi Sassaresi*, 7, 1929, S. 107 ff., 129 ff. geäußerte Interpolationsverdacht lässt sich nicht halten, vgl. R. MENTXAKA, »*Stellionatus*«, in *BIDR*, 91, 1988, S. 277 ff., 323.

¹⁰⁸) Anders aber R. MENTXAKA, »*Stellionatus*«, a.a.O. (Fn. 107), 323 und in ihrem Gefolge L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Mailand, 1998, S. 92.

¹⁰⁹) C.F.F. SINTENIS, in C.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F.F. SINTENIS, *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20); E. SLOB, J.E. SPRUIT, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21) übersetzen erneut mit »de verschuldig-

messen am modernen Sprachgebrauch, wenig erhellend, besser schon ist »fulfilment of his duty«¹¹⁰. Wir wollen übersetzen mit einem »Urteil, das dem Recht und dem pflichtgemäßen richterlichen Ermessen entspricht«.

(5) Wenn der Erbe als nächster Intestaterbe die testamentarische Erbfolge ausgeschlagen hat, um so die Intestaterbfolge unbelastet von Legaten etc. antreten zu können, gewährt der Prätor dem Legatar nach einer Voruntersuchung eine fiktizische Klage gegen den Intestaterben, so als wäre er testamentarischer Erbe geworden. Sollte sich in der Voruntersuchung jedoch herausstellen, dass der Erblasser selbst dem Erben den Antritt unbelastet von den Legaten gestattet hat oder der Erbe die Erbschaft aus einem anderen Grund besitzt, gewährt er dagegen keine Klage¹¹¹. Er gibt natürlich auch dann keine Klage, wenn sich *causa cognita* herausstellt, dass es entweder an der Aktivlegitimation des Legatars fehlt – die *per vindicationem* vom Erblasser vermachte Sache gehört in Wirklichkeit einem Dritten – oder wenn es an der Passivlegitimation des Beklagten fehlt – der Erbe ist in Wahrheit gar nicht der nächste Intestaterbe. Eine ähnliche Situation behandelt der folgende allerdings sehr undeutliche Ulpianextext:

D. 29.4.6.4 (Ulp. 50 ad ed.): Item si invenerit bona ad alium pertinere, non dabit actionem, si vero nulla suspicio collusionis religionem praetoris instruxerit.

Der beklagte Intestaterbe wirkte mit einem Dritten arglistig zusammen, entweder um dem Legatar die Aktivlegitimation als Vindikationslegatar abzusprechen¹¹² oder um seine eigene Erbenstellung vor dem Prätor zu widerlegen. Es versteht sich, dass die Absprache eine Aufteilung des Werts des »ersparten« Legats enthielt¹¹³. In dem einen Fall müsste man jedoch, wenig überzeugend, *bona* auf das *per vindicationem* vermachte Gut beziehen und zudem in beiden Fällen *invenire* anders als mit dem gebräuchlichen »Herausfinden« übersetzen. Eine dritte, überzeugendere Deutung liegt in einer *in iure cessio*, mit der der gesetzliche Erbe vor der *causae cognitio* einem Dritten kollusiv die Erbschaft übertragen hat¹¹⁴. Damit ist der Eingang des Textes: *si invenerit bona ad alium pertinere* – »wenn er herausfindet, dass der Nachlass einem anderen zusteht« – befriedigend erklärt.

Wie dem auch sei: Der Prätor schöpft in seiner Untersuchung den Verdacht einer Kollusion zu Lasten des Legatars und gewährt – entgegen dem Anschein einer feh-

de gewetensvolheid«.

¹¹⁰) TH.A.J. MCGINN, in B.W. FRIER, *Codex*, a.a.O. (Fn. 26).

¹¹¹) Vgl. D. 29.4.6.3 (Ulp. 50 ad ed.); D. 29.4.1.9 (Ulp. 50 ad ed.).

¹¹²) So TH. MAYER-MALY, *Collusio im Zivilprozeß*, in ZSS, 71, 1954, S. 242 ff., 259 Fn. 5.

¹¹³) Nicht recht verständlich W. BUCHWITZ, § 58 *Erbenhaftung*, in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 17.

¹¹⁴) Dazu M. KASER, *Privatrecht*, 1, a.a.O. (Fn. 88), S. 722 mit Hinweis auf Gai. 3.35; Gai. 3.85 und Ulp. Ep. 19.13 f.

lenden Aktiv- oder Passivlegitimation – dennoch die Klage gegen den Intestaterben. Es ist erneut seine *religio*, seine freie innere Überzeugung, die bei der Beweiswürdigung von dem Verdacht »unterrichtet« wird ¹¹⁵.

(6) Für den Fall, dass ein Schuldner eine *cautio*, ein schriftliches Schuldanerkennnis, erteilt hatte, welches den Grund der Verpflichtung enthält, ordnet Justinus in C.I. 4.30.13 eine Beweislastumkehr an ¹¹⁶: Will der Schuldner den Schuldschein entkräften, muss er einleuchtende Beweise dafür anführen, dass das Geschäft anders als angegeben vonstatten gegangen ist:

[...] nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem iudicis possit instruere, quod in alium quemquam modum et non in eum quem cautio perhibet negotium subsecutum sit.

An der Übersetzung mit »Gewissenhaftigkeit« ¹¹⁷ oder mit »Gewissen« ¹¹⁸ stößt man sich nicht nur, weil diese nicht belehr- oder überzeugbar sind. Anstoß ist erneut an dem Konzept äußerlicher Sorgfalt zu nehmen, welches hier zumindest das moderne Verständnis des Wortes nahelegt und das der hier in Frage stehenden richterlichen Arbeit so wenig entspricht. Besser erscheint: »[...] er müsste denn hiergegen durch einleuchtende Beweise den Richter bei Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens überzeugen können, dass das Geschäft auf irgendeine andere Weise und nicht auf die, welche die Schuldverschreibung angibt, vor sich gegangen sei«.

(7) Nicht anders liegt es, wenn Justinian bei einem Konflikt zwischen vorgelegten Urkunden und eidlichen Zeugenaussagen es ganz dem Richter anheimstellt, diesen größeren Glauben zu schenken als den Urkunden: *sit hoc iudicantis prudentiae simul atque religionis* ¹¹⁹ – entscheidend sind dabei die Kenntnis/Klugheit ¹²⁰ des Richters sowie sein pflichtgemäßes Ermessen.

4.1.1.3. Manipulation von Beweismitteln

Die *religio* des *iudex* kann auch bei seiner Beweiswürdigung und Urteilsfindung hintergangen werden (*circumvenire*, *circumducere*). Callistrat teilt uns für einen

¹¹⁵) Zu *instruere* schon oben (3).

¹¹⁶) Dazu M. KASER, *Privatrecht*, 2, a.a.O. (Fn. 89), S. 378 mit Fn. 36, 379; TH. FINKENAUER, § 21 *Stipulation (Verbalkontrakt)*, in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 83.

¹¹⁷) G.C. TREITSCHKE, in C.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F.F. SINTENIS, *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20).

¹¹⁸) D.P. KEHOE, in B.W. FRIER, *Codex*, a.a.O. (Fn. 26): »the conscience of a judge«; so auch W.E.M. KLOSTERMANN, J.E. SPRUIT, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21).

¹¹⁹) Nov. 73.3 (538).

¹²⁰) Vgl. H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*, a.a.O. (Fn. 9), s.v. *prudentia*.

solchen Fall mit, dass seit Hadrian eine *restitutio in integrum* erfolgen konnte, die neben eine Berufung trat ¹²¹:

D. 42.1.33 (5 cogn.): Divus Hadrianus, aditus per libellum a Iulio Tarentino et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: »Exemplum libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iussi: tu, si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica et, si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue«.

Julius Tarentinus hatte sich mit einer Bittschrift an Hadrian gewandt ¹²² und Beschwerde darüber geführt, dass er einen Prozess verloren hatte, weil seine Gegner die Zeugen bestochen hätten und so die *religio iudicis circumventa* worden sei. Der Kaiser bescheidet, offenbar erstmalig ¹²³, dass der Bittsteller, wenn er das Vorgetragene beweisen könne, in den vorigen Stand versetzt werden solle. Die nachträgliche Kontrolle des Urteils durch Restitution gewährt einen Ausgleich für die freie Beweiswürdigung durch den Richter ¹²⁴. Ob neben der aufgrund der Zeugenbestechung erfolgten Wiedereinsetzung auch ein Strafverfahren durchgeführt wurde, lässt Callistrat offen. Es kann aber eingeleitet worden sein, womöglich vor dem *praefectus urbi* ¹²⁵. Die vorrangige Durchführung eines Strafverfahrens, auf welches sich die Suspendierung der Zwangsvollstreckung aus dem falschen Urteil ¹²⁶ bzw. die Rückzahlung der ausgerichteten Geldsumme beziehen konnte, wird nämlich schon von Gordian als Praxis bezeichnet ¹²⁷. Wieder ist Voraussetzung eine *cir-*

¹²¹) R. BONINI, *I »Libri de Cognitionibus« di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della »cognitio extra ordinem«*, 1, Milano, 1964, S. 111; Berufungsähnlichkeit konstatiert N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, S. 226.

¹²²) Zu dieser Praxis F. ARCARIA, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano, 2000, S. 136 ff.

¹²³) A. WACKE, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, in ZSS, 88, 1971, S. 105 ff., 116.

¹²⁴) S. PULIATTI, *Discrezionalità*, a.a.O. (Fn. 34), S. 414.

¹²⁵) So die Vermutung von N. PALAZZOLO, *Potere imperiale*, a.a.O. (Fn. 121), S. 225 mit Fn. 45; s. auch W. LITEWSKI, *La nullité du jugement basé sur des preuves fausses*, in *Index*, 3, 1972, S. 503 ff., 503. Gegen die Notwendigkeit eines vorgängigen Strafprozesses S. SCHIAVO, *Intorno alla sentenza pronunciata sulla base di prove false*, in RDR, 2, 2002, S. 257 ff., 260.

¹²⁶) Dazu H.-P. BENÖHR, § 110 *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (in integrum restitutio)*, in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 18.

¹²⁷) Ob auch noch in späterer Zeit eine Wiedereinsetzung erfolgte oder das erste Urteil nichtig war, ist umstritten: für ersteres L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano, 1965, S. 177; S. SCHIAVO, *Intorno*, a.a.O. (Fn. 125); für letzteres W. LITEWSKI, *Nullité*, a.a.O. (Fn. 125), S. 506. B. KUPISCH, *Cicero, pro Flacco 21,49f. und die in integrum restitutio gegen Urteile*, in ZSS, 91, 1974, S. 126 ff., 140 f. betont, dass bei Gordian von einer Verfahrenswiederholung nicht die Rede sei.

*cumventio religionis iudicantis*¹²⁸. Für denselben Fall kennt Paul. Sent. 5.5a.10 die Voraussetzung, dass – wie wir übersetzen wollen – »der Richter in seiner Ermessensentscheidung durch falsche Beweismittel irregeführt wurde« – *religione iudicis circumducta*¹²⁹. Aus den genannten Gründen ist eine Übersetzung, nach der »durch falsche Zeugnisse ... die Gewissenhaftigkeit des Richters betrogen worden« sein muss¹³⁰, nicht nur sprachlich unbefriedigend¹³¹.

4.1.1.4. *Consultatio ante sententiam*

Im zivil- wie strafrechtlichen Beamtenprozess mit seiner strengen Hierarchie war bisweilen zweifelhaft, mit welchen schriftlichen Anfragen ein Richter sich an seinen Provinzstatthalter¹³² wenden durfte¹³³. Eine solche Konsultation vermied häufig eine zeit- und kostenaufwendige Berufung¹³⁴. Ulpian unterscheidet klar zwischen Rechts- und Tatfragen¹³⁵. Nur bei ersteren erteilten die Statthalter schriftlich Auskunft (*responsum*, *consilium*), nicht aber bei letzteren. Denn für Tatsachenfragen mussten die Richter so urteilen, wie es ihnen ihre freie Überzeugung bei pflichtgemäßer Ermessenausübung vorgab¹³⁶ – *prout religio suggerit sententiam proferre*:

D. 5.1.79.1 (Ulp. 5 de off. procons.): Iudicibus de iure dubitantibus praesides res-

¹²⁸) Gord. C.I. 7.58.4: *Iudicati exsecutio solet suspendi et soluti dari repetitio, si falsis instrumentis circumventam esse religionem iudicantis crimine postea falsi illato manifestis probationibus fuerit ostensum*.

¹²⁹) PS. 5.5.10: *Falsis instrumentis religione iudicis circumducta, si iam dicta sententia prius de crimine admissio constiterit, eius causae instauratio iure depositur*.

¹³⁰) G.C. TREITSCHKE, in C.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F.F. SINTENIS, *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20).

¹³¹) Ganz ähnlich sprechen L. DE LIGT, J.E. SPRUIT, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21) von »de gewetensvolle ambtsuitoefening van de rechter« bzw. von »de gewetensvolle taakuitoefening van de rechter« (R. FORREZ, J. E. SPRUIT, L.C. WINKEL, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21) zu C.I. 7.58.4). J.A.C. THOMAS, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26) vermeidet hier überhaupt eine Übersetzung von *religio*.

¹³²) Nicht an den Kaiser: D. 1.16.6.2 (Ulp. 1 de off. procons.): *Legatos non oportet principem consulere, sed proconsulem suum, et is ad consultationes legatorum debet respondere*. In späterer Zeit war auch eine direkte Anfrage beim Kaiser erlaubt, vgl. W. LITEWSKI, *Consultatio ante sententiam*, in ZSS, 86, 1969, S. 227 ff., 249.

¹³³) Im Formularverfahren gab es dagegen die bindende Formel mit dem Prozessprogramm; vgl. W. LITEWSKI, *Consultatio*, a.a.O. (Fn. 132), S. 230.

¹³⁴) W. LITEWSKI, *Consultatio*, a.a.O. (Fn. 132), S. 234.

¹³⁵) Zur Unterscheidung von *quaestio iuris* und *quaestio facti* N.C. THÉNARD, *Le duel entre fait et droit chez les juristes classiques*, in *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Paris, 2012, S. 191 ff.

¹³⁶) Ähnlich M. HARDER, in O. BEHRENDTS u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20): »wie ihr Gewissen es ihnen eingibt«, E. SLOB, J.E. SPRUIT, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21): »pflicht en geweten« und G. CERVENCA, in S. SCHIPANI, *Digesta*, a.a.O. (Fn. 25): »la loro religiosa sollecitudine«. T. KINSEY, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26) dagegen nimmt direkten Bezug auf den geleisteten Eid: »in accordance with their oaths«.

pondere solent: de facto consulentibus non debent praesides consilium impertire, verum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferre: haec enim res nonnumquam infamat et materiam gratiae vel ambitionis tribuit.

Die Zurückhaltung des höheren Richters in Tatsachenfragen steht in bestem Einklang mit den genannten Reskripten Kaiser Hadrians: Der Richter »vor Ort« kann die beigebrachten Beweise viel besser würdigen¹³⁷.

4.1.2. Ersatzleistungen

Die Höhe eines Schadensersatzes ist, wenn man keinen objektiven (Markt-) Wert feststellen oder eine *aestimatio*, eine Vereinbarung über den Wert eines zerstörten oder beschädigten Gegenstandes, zugrunde legen kann, immer eine Frage des richterlichen Ermessens. So bestimmt auch § 287 ZPO, der Richter solle nach seiner freien Überzeugung entscheiden, ob es einen Schaden gibt und wie hoch er ist¹³⁸. Auch im römischen Recht hat der Richter die Ersatzhöhe in Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens selbst festzulegen. Bisweilen begegnet für diese Tätigkeit der Ausdruck *religio iudicis*. Der Ausdruck *officium* dagegen wird für die *litis aestimatio* gerade nicht benutzt.

4.1.2.1. Wert eines Vermächnisses

Klagt der Vermächtnisnehmer mit der *actio ex testamento*¹³⁹ gegen den Erben auf Bestellung eines Nießbrauchs an einem Landgut, welches dadurch beeinträchtigt wurde, dass der Erbe z.B. Bäume gefällt, ein Gebäude abgerissen oder es mit Dienstbarkeiten belastet bzw. Dienstbarkeiten zu Gunsten des Grundstücks zum Erlöschen gebracht hat, ist es ins pflichtgemäße Ermessen des Richters gestellt einzuschä, wie viel das Gut vor der Rechtshängigkeit wert war, und den Erben aufgrund der erhobenen Klage einerseits auf den Restwert des Landguts und andererseits auf die Differenz zwischen festgestelltem und jetzigem Wert zu verurteilen¹⁴⁰:

D. 7.6.2 (Pomp. 5 ad Sab.): Si ab herede ex testamento fundi usus fructus petitus sit, qui arbores deiecit aut aedificium demolitus esset aut aliquo modo deteriorem

¹³⁷) S. oben in Fn. 37.

¹³⁸) Das gilt natürlich nicht für die Feststellung des Schadensgrundes, vgl. auch RGZ 155, 39; 168, 48.

¹³⁹) D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln u.a., 1962, S. 223. G. KLINGENBERG, *Das modicum-Kriterium*, in ZSS, 126, 2009, S. 187 ff., 202 spricht dagegen von einer *vindicatio ususfructus* auf das Interesse. Umstritten ist, ob hier der Fall einer *perpetuatio obligationis* vorliegt: Gemäß D. 45.1.75.3 (Ulp. 22 ad ed.) ist die Klage auf Bestellung eines Nießbrauchs eine Klage auf ein *incertum*, eine *perpetuatio* müsste daher ausscheiden. Andererseits deutet Ulpian einen Streit an, weshalb vielleicht auch ein *certum* in Betracht kam, vgl. M. KASER, *Perpetuari obligationem*, in SDHI, 46, 1980, S. 87 ff., 137.

¹⁴⁰) Dazu M. KASER, *Perpetuari*, a.a.O. (Fn. 139), S. 103 f. mit Fn. 65.

usum fructum fecisset aut servitutes imponendo aut vicinorum praedia liberando, ad iudicis religionem pertinet, ut inspiciat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit, ut usufructuario hoc quod interest ab eo servetur.

Erneut finden sich Übersetzungen, die von der »Amtspflicht des Richters«¹⁴¹ bis hin zur »religiosa sollecitudine«¹⁴² reichen. Gemeint ist aber nicht die »Amtspflicht«, welcher Ausdruck auf das *officium iudicis* beschränkt bleiben sollte¹⁴³ (mit den Folgen des *suam litem facere*), sondern das Ermessen des Richters, das an den Richtereid rückgekoppelt ist.

4.1.2.2. Schätzung einer Mitgift

Auch die Schätzung des Werts einer Mitgift kann in den Aufgabenbereich eines Richters fallen. Bei Bestellung der Mitgift können Mann und Frau (bzw. der Rückforderungsberechtigte) deren Wert vorab verbindlich schätzen (*aestimatio dotis*). Der Schätzwert wird bei der *actio rei uxoriae* im Falle des Untergangs oder der Beschädigung einer Mitgiftsache zugrunde gelegt. Haben die Erben der rückforderungsberechtigten Mutter gegenüber dem Provinzstatthalter dargetan, dass diese bei der Schätzung von ihrem Mann hintergangen wurde und deshalb ein zu niedriger Wert angenommen wurde, gehört es zu seiner *religio iudicationis* – ein Hapaxlegomenon –, nach pflichtgemäßem und billigem¹⁴⁴ Ermessen¹⁴⁵ ein Urteil zu sprechen, also die zu zahlende Summe zu erhöhen:

C.I. 5.18.6.1: Diocl./Maxim. Proinde si dolosis artibus mariti circumventam matrem vestram iniqua aestimatione circumscriptam apud praesidem provinciae evidentibus probationibus ostenderitis, quando possidentibus vobis ad obtinenda praedia etiam doli mali exceptionis potestas opituletur, sciet, quatenus religionem iudicationis suae temperare debeat. (290/3)

4.1.2.3. Vormundschaftsklage

Benutzt der *curator (tutor?)*¹⁴⁶ Geld des Pfleglings zum Erwerb einer eigenen Im-

¹⁴¹) F. HORAK, in O. BEHRENDTS u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20); J.E. SPRUIT, R. VERSTEGEN, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21): »ambtsplicht van de rechter«, die D. FERGUS, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26): »duty«.

¹⁴²) A. DELL'ORO, in S. SCHIPANI, *Digesta*, a.a.O. (Fn. 25).

¹⁴³) Anders E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht*, in ZSS, 44, 1924, S. 86 ff., 109; E. LEVY, *Privatstrafe*, a.a.O. (Fn. 10), S. 50 Fn. 10.

¹⁴⁴) S. H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*, a.a.O. (Fn. 9), s.v. *temperare* 1.

¹⁴⁵) Ähnlich TH.A.J. MCGINN, in B.W. FRIER, *Codex*, a.a.O. (Fn. 26): »his solemn duty of giving judgment« und E. SLOB, J.E. SPRUIT, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21): »de plichtsgetrouwe verwezenlijking van zijn gerechtelijke beoordeling«.

¹⁴⁶) Die Vormundschaftsklage wird zwar nur gegen den *tutor* gewährt. Allerdings mag es gute Gründe gegeben haben, sie bereits spätklassisch auf den *curator* auszudehnen. Dem kann hier nicht

mobilität, begeht er eine Untreue. Im *iudicium tutelae* soll der Richter nach Wahl des Pfleglings entscheiden, ob das Geschäft als für den Pflegling getätigt gelten soll (und also Herausgabe des Grundstücks gewährt wird) oder ob der Pflegling das Geld zuzüglich des gesetzlichen Zinses zurückerhält. Caracalla bescheidet den Pflegling, dass *iudex tutelae iudicio redditus partem religionis implebit*¹⁴⁷; die *pars religionis* ist ein Hapaxlegomenon¹⁴⁸. Der im Vormundschaftsverfahren bestellte Richter hat also das Urteil entsprechend seiner *religio* zu sprechen. Unklar ist, wie man sich den Ausspruch der Rückgabe des an den *curator* übereigneten Grundstücks an den Pflegling vorzustellen hat; die Vormundschaftsklage ist keine *actio arbitraria*, allerdings ein *bonae fidei iudicium*. Verbreitet wird wegen D. 26.9.2 (Ulp. 1 opin.) von einer *actio utilis ad rem vindicandam* ausgegangen¹⁴⁹. Offenbar gelangt der zu entscheidende Fall an die Grenzen der Vormundschaftsklage, dem Richter wird aber eine entsprechende Entscheidungsfreiheit gewährt. Auch eine solche Entscheidung wird offenbar als eine Frage der *religio* des Richters, seiner richterlichen Überzeugung, angesehen.

4.1.2.4. Geldbuße gegen einen Richter

Schließlich ist mit D. 50.13.6 (Gai. 3 rer. cott. sive aur.) und Iust. *Inst.* 4.5.pr. die *religio iudicantis* zweimal bei einer Geldbuße überliefert, die ein Richter zahlen musste, der einen Rechtsstreit zu seinem eigenen gemacht hatte (*litem suam fecit*)¹⁵⁰. Beispiele hierfür sind, dass der Richter *per imprudentiam* entweder den Prozesstermin verpasste, den Streit nicht am Verhandlungstag entschied, eine Verhandlung nicht (ordnungsgemäß) erfolgte oder sich sein Urteil nicht im Rahmen des Kondemnationsbefehls hielt. Darüber hinaus haftete er für eine falsche Tatsachenfeststellung oder Rechtsanwendung nicht¹⁵¹.

nachgegangen werden. Zum Problem M. KASER, *Privatrecht*, 2, a.a.O. (Fn. 89), S. 234 Fn. 23; U. BABUSIAUX, § 84, a.a.O. (Fn. 88), Rn. 147.

¹⁴⁷) C. 5.51.3 (215).

¹⁴⁸) Auch im nichtjuristischen Schrifttum ist Einschlägiges nicht überliefert: Es findet sich bei Cic. *De domo sua* 32 zwar *pars religionis*, *pars* bezieht sich hier aber auf den Redeteil, den Cicero (im Gegensatz zum öffentlichrechtlichen) übergehen wird, und in Cic. *Rep.* 2.26 bezieht sich *pars* auf den kultischen Bereich.

¹⁴⁹) E. DREY, *Utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings*, München, 1882; C. BALDUS, § 59 *Herausgabeklage des Eigentümers (rei vindicatio)*, in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 352.

¹⁵⁰) Dazu D. 5.1.15.1 (Ulp. 21 ad ed.); R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004, S. 249 ff.

¹⁵¹) S. auch Frontin. *Grom.* 34.20 sowie H. HÜBNER, *Zur Haftung des iudex, qui litem suam fecit*, in *Iura*, 5, 1954, S. 200 ff., 203; W. SIMSHÄUSER, *Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der lex Irnitana*, in *ZSS*, 109, 1992, S. 163 ff., 177 f.; J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, S. 109 ff.; O. ROBINSON, *The >iudex qui litem suam fecerit< explained*, in *ZSS*, 116, 1999, S. 195 ff., 197; F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di »litem suam facere«*, in *Labeo*, 36, 1990, S. 218 ff.; R. FER-

In den genannten Texten ist der Fall als Quasidelikt eingeordnet¹⁵², aufgrund dessen eine *actio in factum* zwecks Zahlung einer Geldbuße zu gewähren sei¹⁵³:

D. 50.13.6 (Gai. 3 rer. cott. sive aur.): Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.

Obwohl gerade der Schluss in der *lex geminata* (Gai. D. 44.7.5.4 [3 aur.]) fehlt, geht die herrschende Auffassung zu Recht von seiner Echtheit aus¹⁵⁴. Der zweite Richter hatte daher so viel an Geldbuße zu gewähren, wie es ihm nach pflichtgemäßem Ermessen und seiner Überzeugung angemessen erschien¹⁵⁵. Der volle Streitwert des ersten Verfahrens konnte dabei nicht stets ausgeurteilt werden, weil dies z.B. bei bloßen Verfahrensverstößen wie der Versäumung des Prozesstermins unangemessen gewesen wäre. Notgedrungen musste der zweite Richter daher die Buße nach eigenem Ermessen festlegen¹⁵⁶.

4.1.3. »Verwaltungsakte«

Ein Richter oder Gerichtsmagistrat hatte eine Vielzahl von Entscheidungen zu treffen, die nicht Inhalt eines näher definierten *officium*, sondern Gegenstand seines pflichtgebundenen Ermessens waren:

4.1.3.1. Genehmigung der Veräußerung von Mündelgrundstücken

Eine *oratio Severi* von 195 verbot die Veräußerung und Verpfändung bestimmter wertvoller Mündelgrundstücke mit der Folge der Nichtigkeit des Geschäfts, gab

CIA, *Litem suam facere da Adriano ai Severi*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, Padova, 2015, S. 915 ff.

¹⁵²) *Quasi ex maleficio*. Das ist untechnisch, vgl. M. KASER, *Privatrecht*, 1, a.a.O. (Fn. 88), S. 524 Fn. 19; dazu T. GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, S. 51.

¹⁵³) Sie fehlt in *Iust. Inst.* 4.5.pr.

¹⁵⁴) O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927 (ND Aalen, 1985), S. 168; E. LEVY, *Privatstrafe*, a.a.O. (Fn. 10), S. 50 Fn. 10; A. BURDESE, *Rez. zu J. Paricio, Los cuasi delitos*, in *SDHI*, 56, 1990, S. 443 ff., 448; anders G. BESELER, *Studien*, a.a.O. (Fn. 10), S. 33; O. ROBINSON, *Iudex*, a.a.O. (Fn. 151), S. 199.

¹⁵⁵) Zur Bestimmung des *aequum* als des Bereichs anständigen Ausgleichs und gewissenhaften und sittlichen Zuteilens und Abwägens F. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, in *ZSS*, 52, 1932, S. 78 ff., 95. Wie hier im Ergebnis B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, in *ZSS*, 39, 1918, 172 ff., S. 221; M. CRAWFORD, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26): »as much as seems right in the affair in the conscientious judgment of the judge«; G.C. TREITSCHKE, in C.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F.F. SENTENIS, *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20) stellt auf das Gewissen des Richters ab.

¹⁵⁶) O. LENEL, *Edictum*, a.a.O. (Fn. 154), S. 169.

dem Stadtprätor bzw. Provinzstatthalter aber die Möglichkeit einer Ausnahmege-
nehmigung¹⁵⁷. Sie war etwa dann zulässig, wenn mit den aus dem Verkauf be-
schafften Geldmitteln Mündelschulden getilgt werden sollten und dafür anderes
Vermögen des Mündels nicht in Betracht kam:

D. 27.9.1.2 (Ulp. 35 ad ed.): Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et cu-
ratoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testa-
mento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris
non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus aseat, qui pro sua religione
aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea
potuerit probari obreptum esse praetori [...].

Der Prätor musste in einem Dekret nach einer Voruntersuchung *pro sua religione*,
gemäß seinem pflichtgemäßen Ermessen¹⁵⁸, prüfen, welcher außerstädtische
Grundbesitz des Mündels veräußert oder auch nur verpfändet werden durfte¹⁵⁹.
Die Abwägung, der Verkauf welches Grundstücks wirtschaftlich sinnvoll ist, wur-
de damit an den Prätor delegiert. Dabei verblieb dem Mündel auch nach der Ent-
scheidung noch eine Klage, wenn der Prätor hintergangen worden sein sollte, etwa
wenn der Vormund Schulden nur vorgespiegelt hatte, um das Grundstück einem
Käufer zuzuschancen.

In einem zweiten Text, D. 27.9.5.11 (Ulp. 35 ad ed.)¹⁶⁰, bemüht sich derselbe
Jurist um Kriterien für die Untersuchung des Prätors. Zur Feststellung der Mündel-
schulden soll er gerade nicht in erster Linie den Vormündern vertrauen, die oft
Eigeninteressen verfolgen, sondern vertrauenswürdigen Verwandten, Freigelasse-
nen oder Dritten. Sollte dies nicht zum Erfolg führen, soll er Rechnungslegung
anordnen und dem Mündel einen Advokaten zur Seite stellen, der ihm die nötigen
Auskünfte erteilt – *advocatumque pupillo dare, qui instruere possit praetoris religi-
onem, an adsentire venditioni vel obligationi debeat*. Erneut wird die *religio* des

¹⁵⁷) D. 27.9.1 (Ulp. 35 ad ed.); dazu M. KASER, *Privatrecht*, 1, a.a.O. (Fn. 88), S. 351 mit Fn. 14. Vgl. zum Provinzstatthalter C.I. 5.71.5 (260): *circumventam religionem*.

¹⁵⁸) A. LEWIS, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26) stellt auf das freie Ermessen des Magist-
rats ab (»discretion«), B. KUPISCH, in O. BEHRENDTS u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20) erneut »nur« auf
die »Gewissenhaftigkeit« von dessen Entscheidung (so auch L. ISOLA, *Venire contra factum propri-
um. Herkunft und Grundlagen eines sprichwörtlichen Rechtsprinzips*, Frankfurt am Main, u.a., 2017,
S. 100 Fn. 254), während L. DE LIGT, E. SLOB, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21) (»naar eer
en geweten«) und S. TAFARO, in S. SCHIPANI, *Digesta*, a.a.O. (Fn. 25) (»religiosa sollicitudi-
ne«) die innere Haltung in den Vordergrund stellen. In die richtige Richtung weist G. MANCUSO,
Decretum praetoris, in *SDHI*, 63, 1997, S. 343 ff., 383 Fn. 129, 393, der *religio* mit *cognitio* gleich-
setzt.

¹⁵⁹) Zur Verpfändung A. BISCARDI, *L'»oratio Severi« e il divieto di »obligare«*, in *Studi in
onore di Giuseppe Grosso*, 3, Torino, 1970, S. 247 ff., 264.

¹⁶⁰) Siehe auch den parallelen Text C.I. 5.71.5 (260): – *si falsis adlegationibus circumventam
religionem eius [scil. praesidis] probare possit*.

Prätors »instruiert«¹⁶¹, d.h. er muss eine hinreichende Tatsachengrundlage erhalten, um eine seinem Eid entsprechende Ermessensentscheidung treffen zu können¹⁶².

4.1.3.2. Befreiung von *munera*

(1) Hatte ein magistratisch bestellter Vormund oder Pfleger unter Anführung nicht triftiger Gründe (*non competentibus adlegationibus*) eine richterliche *excusatio* erlangt, d.h. eine Befreiung von seinem *munus*¹⁶³, ließ ihn der Provinzstatthalter gleichwohl von der Zeit seiner Bestellung an haften. Denn es sollte ihm aus dem Betrug an dem Richter kein Vorteil erwachsen – *ne eis circumvenisse iudicis religionem prosit*¹⁶⁴.

Gründe für die Ablehnung der Übernahme einer Vormundschaft wie einer Pflegschaft¹⁶⁵ (*excusatio*) waren u.a. zu hohes oder niedriges Alter des Vormunds, andere Vormundschaften, Armut, schwere Krankheit, Analphabetismus, Feindschaft zu Mündel oder dessen Vater, fehlender Wohnsitz am Ort der Vormundschaft, Abwesenheit *rei publicae causa*, aber auch der Stand als Soldat, Rechtslehrer oder Arzt¹⁶⁶. Der darüber befindende Richter hatte eine Ermessensentscheidung zu treffen und konnte, was die Tatsachengrundlagen seiner Entscheidung anging, von dem Vormund bzw. Pfleger, den er bestellen wollte, getäuscht werden. Erneut ist die Rede von der Ausübung der Amtspflichten des Richters¹⁶⁷ oder von der richterlichen Hingabe¹⁶⁸ zu allgemein und verunklart, dass es sich hier um eine nicht weiter kontrollierbare Ermessensentscheidung des Richters handelte.

(2) Von sog. *munera*, öffentlichen Zwangsdiensten, konnten Verpflichtete eine zeitweilige oder dauerhafte Befreiung, *vacatio* oder *immunitas*, erreichen. Zu denjenigen Berufen, die wie der des öffentlichen Lehrers, Arztes, Beamten oder Vete-

¹⁶¹) S. schon oben 4.1.1.2 (1), (3), (4), (5).

¹⁶²) Die Übersetzungen entsprechen den oben in Fn. 158 nachgewiesenen. Gänzlich entfallen ist die entscheidende *religio* bei A. LEWIS, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26). Für eine rein äußerliche Gewissenhaftigkeit des Prätors bei seiner Entscheidung aber A. LOVATO, *Sull'»honor decurionatus« nel 1 libro delle »disputationes« Ulpianee*, in *SDHI*, 56, 1990, S. 197 Fn. 90.

¹⁶³) M. KASER, *Privatrecht*, 1, a.a.O. (Fn. 88), S. 358; U. BABUSIAUX, § 84, a.a.O. (Fn. 88), Rn. 13.

¹⁶⁴) C.I. 5.63.1 (223).

¹⁶⁵) Zur Analogie vgl. S. HÄHNCHEN, § 13 *Vormundschaft (tutela)*, in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 95.

¹⁶⁶) S. HÄHNCHEN, § 31, a.a.O. (Fn. 165), Rn. 44 ff.

¹⁶⁷) MARTIN, in C.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F.F. SENTENIS, *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20); TH.A.J. MCGINN, in B.W. FRIER, *Codex*, a.a.O. (Fn. 26): »scrupulous performance of his duty«.

¹⁶⁸) E. SLOB, J.E. SPRUIT, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21): »de gewetensvolle toewijding van de rechter«.

ranen Immunität genossen¹⁶⁹, gehörte allerdings nicht der des Primarlehrers¹⁷⁰. Auch dieser konnte jedoch (wie alle anderen) eine Befreiung erlangen, wenn das Amt über seine Kräfte, *supra vires*, ging¹⁷¹. Entscheiden musste dies der Provinzstatthalter gemäß seinem pflichtgemäßen Ermessen – *praesidis religionem*. Die Übersetzung mit »duty«¹⁷² oder »Gewissen«¹⁷³ erscheint hier wenig passend.

4.1.3.3. Amtsführung des Provinzstatthalters

Weder auf die Amtspflicht des Provinzstatthalters¹⁷⁴ noch auf eine Emphase zu propagandistischen Zwecken¹⁷⁵, sondern auf eine Amtsführung nach pflichtgemäßem Ermessen¹⁷⁶ deutet der folgende Text:

D. 1.18.6.2 (Ulp. 1 opin.): Ne potentiores viri humiliores iniuriis adficiant neve defensores eorum calumniosis criminibus insectentur innocentes, ad religionem praesidis provinciae pertinet.

Der Text ist, wie Liebs und Wacke richtig bemerken¹⁷⁷, eher die Reaktion auf einen Hilferuf von Provinzialen denn ein juristischer Text¹⁷⁸. Immerhin wird man auch den Provinzstatthalter bei aller Freiheit, die er in seinen Entscheidungen hat, mit der Bezugnahme auf die *religio* an den bei Amtsübernahme geleisteten Eid¹⁷⁹ erinnern haben wollen. Als Beispiel für eine dem abgelegten Eid getreue Amtsführung lässt sich D. 47.9.10 (Ulp. 1 opin.) anführen, wonach der Statthalter es verhindern musste, dass Fischer des Nachts andere Schiffe und ihre Besatzung durch falsche Signale in die Irre leiteten und so Beute machten. Auch hier ist »gewissenhafte Sorgfalt« für *religiosa constantia* deutlich zu wenig und zu undeutlich; viel-

¹⁶⁹) B. KÜBLER, *munus*, in *RE*, 16.1 (31. Halbband), Stuttgart, 1933, Sp. 644 ff., 650.

¹⁷⁰) S. auch D. 50.4.11.4 (Mod. 11 pand.).

¹⁷¹) D. 50.5.2.8 (Ulp. 3 opin.).

¹⁷²) M. CRAWFORD, in A. WATSON, *Digest*, a.a.O. (Fn. 26).

¹⁷³) G.C. TREITSCHKE, in C.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F.F. SINTENIS, *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20).

¹⁷⁴) So J.E. SPRUIT, P.J. VERDAM, in J.E. SPRUIT u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 21).

¹⁷⁵) So T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Secta temporum meorum. Rinnovamento politico e legislazione fiscale agli inizi del principato di Gordiano III*, Palermo, 1978, S. 56 f.

¹⁷⁶) F. RABER, in O. BEHRENDTS u.a., *Corpus*, a.a.O. (Fn. 20) übersetzt mit »gewissenhafter Amtsführung«.

¹⁷⁷) D. LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz, in Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung*, 2/15, Berlin, New York, 1976, S. 288 ff., 335: liest sich wie Hilferufe von Provinzbürgern, nicht wie jur. Text; zustimmend A. WACKE, *Die »potentiores« in den Rechtsquellen. Einfluß und Abwehr gesellschaftlicher Übermacht in der Rechtspflege der Römer*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung*, 2/13, Berlin, New York, 1980, S. 562 ff., 590.

¹⁷⁸) Sachlich stimmt die spätere Konstitution C.I. 1.40.11 (408) überein.

¹⁷⁹) Oben 3.2.

mehr hat der Statthalter, *wenn* er Kenntnis von solcherlei Beutezügen erhält, nach seinem pflichtgebundenen Ermessen einzuschreiten.

4.2. Literarische Texte

Eine Durchsicht der im Zusammenhang mit *iudices* von *religio* sprechenden Texte ergibt letztlich kein anderes Bild:

4.2.1. Zeugenaussage

Cicero verwendet *religio* zur Beschreibung einer wahrheitsgetreuen und damit eidgemäßen Aussage, Cato der Jüngere wird also zum *testis religiosissimus*¹⁸⁰. Der Zeuge achtet, um glaubwürdig zu sein, die *religio privati officii*¹⁸¹ – ganz im Gegensatz zu einem Zeugen, der sich durch Habgier und Hass von der *religio* entfernt hat¹⁸². Dass damit auch der Eid in Bezug genommen ist, den ein Zeuge regelmäßig zu Beginn seiner Vernehmung schwört¹⁸³, liegt auf der Hand.

4.2.2. Beweiswürdigung

Plinius minor verwendet *religio* auch im Hinblick auf die Beweiswürdigung durch den Richter. Dieser soll sich die Zeugen geduldig, ohne zeitliche Begrenzung, anhören¹⁸⁴; den *patronus*, der wenig zu befürchten hat, höre er am liebsten¹⁸⁵. Die freie Beweiswürdigung durch die Richter (*religio*) ist bei der Beurteilung eines Angeklagten sogar unabhängig von einer zensorischen *nota*¹⁸⁶. Bei Gefälligkeitsaussagen unaufrichtiger Zeugen sollen sich die Richter ihrer *religio* besinnen¹⁸⁷.

4.2.3. Richterliche Überzeugung und Urteil

Religio findet sich im Hinblick auf die Urteilsfindung recht häufig: Das Urteil, das die Geschworenen nach den Gesetzen treffen, ist *religiosus*¹⁸⁸, ein solches Verfahren hat *religio*¹⁸⁹. Der Richter müsse *religiose* urteilen¹⁹⁰. Reichtum dürfe seine *religio* und *veritas* nicht zu Fall bringen¹⁹¹, vielmehr seien *religio* und *diligentia* bei

¹⁸⁰) Cic. *Fin.* 4.61; s. auch Quint. *Inst.* 5.7.33.

¹⁸¹) Cic. *Sull.* 10.

¹⁸²) Cic. *Font.* 21.

¹⁸³) Oben 3.2.

¹⁸⁴) Plin. *Epist.* 6.2.6 und 8; ähnlich Cic. *Verr.* II 3.10.

¹⁸⁵) Quint. *Inst.* 4.1.9.

¹⁸⁶) Cic. *Cluent.* 121.

¹⁸⁷) Cic. *Cael.* 22.

¹⁸⁸) Cic. *Inv.* 1.48.

¹⁸⁹) Quint. (?) *Decl. min.* 331.10.

¹⁹⁰) Cic. *Verr.* I 3; II 3.225; II 5.175; Quint. *Decl. min.* 320.3.

¹⁹¹) Cic. *Verr.* I 3 (*perfregerint*); Tac. *Ann.* 16.4.2.

der Urteilsfindung entscheidend¹⁹². Letzteres ist gewiss kein Hendiadyoin; vielmehr können wir auch hier in der *diligentia* eine äußere, in der *religio* eine innere »Sorgfalt« erkennen, also eine dem richterlichen Eid verpflichtete, von Umständen wie Bestechung¹⁹³ oder Abscheu vor dem Angeklagten¹⁹⁴ unabhängige Überzeugung und Urteilsfindung. Die *religio* des Richters, seine freie Überzeugung, läuft aber immer Gefahr, z.B. durch die Rede eines Einzigen umgestimmt zu werden¹⁹⁵.

Wenn Cicero beim Verbalvertrag, der Stipulation, davon spricht, die Verurteilung solle ohne Verzögerung und *sine ulla religione iudicis* vonstatten gehen¹⁹⁶, dann sind das keine »Bedenklichkeiten«, die der Richter vermeiden soll¹⁹⁷, sondern eine Bezugnahme auf den Charakter des Prozesses als *stricti iuris iudicium*, das dem Richter keinerlei Ermessensspielraum gewährte¹⁹⁸.

4.2.4. Charakterisierung eines Richters

Schließlich wird der Richter selbst als *religiosus* charakterisiert, wenn er in Beweiswürdigung und Urteilsfindung der *religio* gemäß handelt¹⁹⁹. Cicero appelliert hier regelrecht an die richterliche *religio* – neben der (*se*)*veritas*, *integritas* und *fides*²⁰⁰, zuweilen auch der *dignitas*²⁰¹ oder der *aequitas*²⁰² –, um an die Notwendigkeit eines der freien richterlichen Überzeugung entsprechenden Urteils zu erinnern. Gegenbegriffe (nicht notwendig nur zur *religio*) sind *libido*, *odium*, *invidia*, *metus* oder *cupiditates*²⁰³.

5. Schluss

Es konnte gezeigt werden, dass von der *religio iudicis* oder *praetoris* in den juristischen und literarischen Quellen nur in ganz bestimmten Kontexten die Rede ist. Sie behandeln meist den strafrechtlichen Kognitionsprozess, aber auch das For-

¹⁹²) Cic. *Verr.* II 3.143; *Cluent.* 121; auch *Verr.* I 43.

¹⁹³) Cic. *Verr.* II 2.78; ähnlich auch Cic. *Cluent.* 107.

¹⁹⁴) Cic. *Cluent.* 158 und 159.

¹⁹⁵) Cic. *De orat.* 1.31. Es sind kaum die »Bedenken« des Richters (so aber die Übersetzung von TH. NÜBLEIN, *Marcus Tullius Cicero. De oratore – Über den Redner*, Düsseldorf, 2007); ganz ähnlich Val. Max. 9.15.4 (*calumniarum petitoris [...] religio cessit*).

¹⁹⁶) Cic. *Caec.* 7.

¹⁹⁷) So die Übersetzung von M. FUHRMANN, *Marcus Tullius Cicero. Die Prozessreden*, I, Zürich, Düsseldorf, 1997.

¹⁹⁸) Dazu M. KASER, R. KNÜTEL, S. LOHSSE, *Privatrecht*. a.a.O. (Fn. 28), § 44 Rn. 2.

¹⁹⁹) S. z.B. Cic. *Font.* 23; Val. Max. 5.8.3.

²⁰⁰) Cic. *Verr.* I 51; *Verr.* II 4.1; *Q. Rosc.* 45.

²⁰¹) Cic. *Verr.* II 3.146.

²⁰²) Cic. *Cluent.* 159.

²⁰³) Cic. *Cluent.* 159.

mularverfahren. Obwohl bei diesem die freie Beweiswürdigung uneingeschränkt galt, existieren dafür nur wenige Quellen. Denn das Interesse der klassischen Juristen galt den Rechtsfragen, nicht der Ermittlung der Fakten und der Beweiswürdigung²⁰⁴; in letzterer Hinsicht hielten sie sich offenbar bewusst zurück²⁰⁵. Übrigens betreffen auch die Texte der Beweistitel D. 22.3-5 hauptsächlich den Strafprozess.

Die juristischen Texte müssen angesichts der übereinstimmenden Überlieferung in den literarischen Quellen unbedingt als unverfälscht angesehen werden. *Religio* sollte, wie unsere Durchsicht ergeben hat, nicht mit »Gewissen«, »Gewissenhaftigkeit«, »Skrupeln«, »Bedenken« übersetzt werden. Auch »Amtspflicht« trifft nicht das Richtige, diese Übersetzung sollte auf das *officium* beschränkt bleiben. *Religio* ist die richterliche Ermessensentscheidung oder -ausübung bei Beweiswürdigung, Festlegung einer Schadenshöhe und bestimmten »Verwaltungsakten« – nie allerdings das richterliche Ermessen bei der Verurteilung aus strengrechtlichen Klagen oder einem *bonae fidei iudicium*. Die Rückbindung an den vom Richter oder Magistrat geleisteten Eid (*iusiurandum*, *religio*) hegt zugleich das Ermessen ein und verhindert Willkürakte. Die sakrale Grundtönung der *religio iudicis* bzw. *praetoris* ist daher nicht zu leugnen²⁰⁶; ganz ist die von F. Schulz entdeckte Isolierung des Recht gegenüber der Religion offenbar nicht geglückt. Die *religio iudicis* ist mit der »pflichtgebundenen Ermessensentscheidung« oder der »freien, pflichtgemäßen Überzeugung« umständlich, aber wohl treffend beschrieben.

²⁰⁴) G. KLINGENBERG, § 13, a.a.O. (Fn. 27), Rn.40.

²⁰⁵) A. STEINWENTER, *Rhetorik und römischer Zivilprozeß*, in ZSS, 65, 1947, S. 69 ff., 87 unter Hinweis auf Gell. *Noct. Att.* 14.2.1 ff.; P. BAJORY, *Beweisaufnahme*, a.a.O. (Fn. 27), S. 42; G. KLINGENBERG, § 13, a.a.O. (Fn. 27), Rn. 40.

²⁰⁶) Richtig A. ARNESE, *La ragionevole durata del processo: religio iurisiurandi e utilità comune*, in SDHI, 82, 2016, S. 1 ff., 7; im Ergebnis ähnlich J.G. WOLF, *Religio*, a.a.O. (Fn. 9), S. 295.

