

ANNALES
UNIVERSITATIS MARIAE CURIE-SKŁODOWSKA
LUBLIN — POLONIA

VOL. VII, 10

SECTIO G

1960

Z Katedry Prawa Rzymskiego Wydziału Prawa UMCS
Kierownik: doc. dr Adam Wiliński

Adam WILIŃSKI

**D. 19, 2, 31 und die Haftung des Schiffers
im altrömischen Seetransport**

**D. 19, 2, 31 a odpowiedzialność przewoźnika
w rzymskim transporcie morskim okresu wczesnej republiki**

**Д. 19, 2, 31 и ответственность перевозчика в римском морском
транспорте периода ранней республики**

Summarium: I. Der Text D. 19, 2, 31 und seine Interpolationenkritik. II. Analyse des Alfenus' Rechtsbescheides. III. Analyse des Tatbestandes. IV. Die Bedeutung der Wendung *onus avertere*. V. Die Rechtsgrundlage der *actio oneris aversi*. VI. Die Haftung des Schiffers und sozial-wirtschaftliche Entwicklung des altrömischen Seetransportes. VII. *Actio oneris aversi* und die Haftung aus *receptum nautarum*.

Die obengenannte Stelle der Digesten wurde schon mehrmals in der Fachliteratur behandelt¹. Das Interesse der Forscher wandte sich dabei jedoch vorwiegend den Fragen des sog. irregulären Miete-bezw. Hinterlegungsvertrages zu, dagegen wurde das Problem der rätselhaften *actio oneris aversi* (a. o. a.) nur in vereinzelt Fällen gründlicher bear-

¹ Longo, BIDR, 18 (1906), 137; Segrè, BIDR, 19 (1907), 201; Hitzig, Pauly-Wiss. RE, VII, 403 (1910); Huvelin; *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I (1915), 511; *Études d'histoire du droit commercial romain*, 1929, 115; Haymann, ZSSt, 40 (1919), 223, Anm. 1; Rotondi: *Scritti giuridici II* (1922), 62; Beseler, ZSSt, 45 (1925), 467; Cuq: *Manuel des instit. jurid. des Romains*, 1928, 488, Anm. 10; Perozzi: *Istituzioni II* (1928), 347, Anm. 1; Brasiello, RISG, 2 (1927), 549, 568; Lenel: *Edictum perpetuum*, 1927, 300; Juncker, *Studi Riccobono*, 2 (1936), 359; Solazzi, *Riv. del dir. della navigazione*, 2 (1936), 268; De Sarlo: *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, 1940, 107; De Santis, SDHI, 12 (1946), 86; De Robertis: *I rapporti di lavoro nel dir. rom.*, 1946, 155; Albertario, *Studi IV* (1946), 250; *Studi VI* (1953), 511; Pflüger, ZSSt, 65 (1947), 197; Bonifacio, BIDR, 49/50, (1947), 105; Visky, RIDA, 3 (1949), 474; Berger: *Encycl. Dictionary*,

beitet². Und doch scheint dieses Problem nicht ohne Bedeutung für die Geschichte des römischen Seetransportrechts, insbesondere für die Frage der Haftungspflicht des Transportunternehmers zu sein. Die bisherigen Ansichten über die Grundlage und den juristischen Charakter der *a. o. a.* gehen weit auseinander, nämlich: a) Die *a. o. a.* wird als eine deliktische Pönalklage betrachtet,³ insbesondere als eine Abart der altrömischen *actio furti*,⁴ oder aber wird sie mit der *actio furti adversus nautas* identifiziert;⁵ b) nach der Meinung anderer Forscher dagegen ist die *a. o. a.* eine reipersekutorische Klage auf kontraktueller Grundlage, und zwar entweder eine frühromische Sonderklage analog zur späteren *actio locati*,⁶ oder ist sie die *actio locati* selbst, genannt *a. o. a.*, wenn der Kläger (*locator*) wegen *oneris aversio* Anspruch erhebt.⁷

Diese Meinungsverschiedenheiten sind leicht zu erklären wenn man den Quellenzustand berücksichtigt. Die *a. o. a.* wird nämlich außer in dem Digestenfragment D. 19, 2, 31 nirgends weder in den Rechtsquellen⁸ noch in der nichtjuristischen Literatur⁹ erwähnt, und zudem bietet das genannte Fragment dem richtigen Verständnis große Schwierigkeiten dar, insbesondere wegen der Möglichkeit nachklassischer Überarbeitung des Textes. Es ist also klar, daß wegen Mangel an Quellen alle Versuche das juristische Wesen der *a. o. a.* zu erfassen bestenfalls nur zu Wahrscheinlichkeitshypothesen führen können. Auch die vorliegen-

1953, s.h.v.; Beck, Festschrift Lewald, 1953, 5, Anm. 11; Kaser: *Privatrecht I*, 1955, 476, Anm. 62; Mayer-Maly: *Locatio conductio*, 1956, 34; Biondi, *Istituzioni*, 1956, 490, Anm. 128; Brasiello, *Studi De Francisci IV*, 1956, 478, Anm. 1; 480 seqq.; Nörr, *ZSt*, 73 (1956), 100; Arangio-Ruiz: *Istituzioni*, 1957, 312, Anm. 2; Biscardi, *Novissimo Dig. Ital.*, I, 1, 1957, 267; Amirante, *BIDR*, 62 (1959), 9 seqq.

² Huvelin: *Dr. comm.*, De Santis, Solazzi, a.a.O. Textkritik und Bemerkungen über Einzelfragen der *a. o. a.* außerdem in der Literatur (o. Anm. 1) *passim*.

³ Cuq, Kaser, Lenel, Perozzi, a.a.O.; De Santis, 89, 95; Mayer-Maly, 36; Pflüger, 198.

⁴ Übersicht bei Huvelin: *Dr. comm.*, 118; s. auch Biscardi, Hitzig, a.a.O.

⁵ Solazzi, 279—280.

⁶ Huvelin: *Dr. comm.*, 119—120.

⁷ Beseler, a.a.O.

⁸ In den Basiliken (Heimb. II, 334) wird fr. 31 des Titels D. 19, 2 überhaupt nicht berücksichtigt, außer in der Scholie zu D. 19, 2, 2 (Heimb. II, 335; bezw. zu D. 19, 2, 1 — Scheltema-Holwerda, B III, 1170), dort aber ausschließlich mit Beziehung auf l. c. *irregularis*, nicht aber auf die *a. o. a.* In anderen Mss (Heimb. VII = Ferrini-Mercati Suppl., 98; 181) gibt es auch keine *a. o. a.* mehr; die diesbezüglichen Texte sprechen einfach nur von einer „Klage“.

⁹ Nur Tertullian, *Adv. Marc. V*, 1: *si nullum omnino onus avertisti vel adulterrasti* — erwähnt *onus avertere*, aber nicht die *a. o. a.*

de neue Auffassung des Problems will gewiß nichts mehr sein. Ich glaube aber, daß man einen Erfolg verheißenden Blick auf das Problem der *a. o. a.* und überhaupt der Haftung des Transportunternehmers gewinnen vermag, wenn man diese Fragen in enger Verknüpfung mit den sozial-wirtschaftlichen Verhältnissen und Umwandlungen — soweit sie uns bekannt sind — des römischen Seetransports behandelt. Das Seehandel- und Transportrecht ist nämlich stets und sehr deutlich durch seine wirtschaftliche und materiell-technische Basis bedingt.

Zunächst aber wollen wir den obengenannten Quellentext im Einzelnen überprüfen.

I. Das Fragment D. 19, 2, 31 gehört dem fünften Buche der *Digesta* des Alfenus Varus an¹⁰. Aus diesem Alfenus' Werke verfertigte später Paulus einen Auszug (*Epitome*) — wahrscheinlich jedoch ohne sachliche Änderungen vorzunehmen¹¹ — und in dieser gekürzten Fassung lag das Werk der justinianischen Kommission vor. In den *Digesten* hat Alfenus oft die *responsa* seines Meisters Servius Sulpicius Rufus angeführt — und vielleicht ist es auch der Fall in dem besprochenen Fragment¹². Ganz sicher kann man darüber heute freilich nicht mehr entscheiden¹³.

Sehr wichtig ist die Stellungnahme zum Problem der Interpolationen in D. 19, 2, 31, weil davon auch die Beantwortung der Frage über die juristische Natur der *a. o. a.* abhängt.

In der bisherigen Kritik hat man ganz richtig auf einige formale Textmängel hingewiesen,¹⁴ außerdem wurden auch verschiedene Hypo-

¹⁰ Cf. Kunkel: *Herkunft u. soziale Stellung d. röm. Juristen*, 1952, 25; 29; Schulz, *Hist. of Rom. Legal Science*, 1953, 92; 205, 206, Anm. 3; Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, 1960, 84.

¹¹ Zustimmend Wieacker, 84, Anm. 70; 85; anders Mayer-Maly, 36, vielleicht auch Visky, 476. Schulz, 205, meint, daß Paulus, die eminente Juristenpersönlichkeit, sich mit nur mechanischer Abkürzung nicht begnügen möchte. Doch m. E. eben deshalb ist es unwahrscheinlich, daß er etwaige Sachänderungen anonym vorgenommen habe, d. h. nicht in der Form von *notae* mit Namensangabe, wie z. B. in *Labeo's libri pithanon a Paulo epitomatorum* (Verzeichnis der Texte s. Krüger, *Digesta*, Index II, 936).

¹² Cf. D. 3, 5, 20 (21), pr.; D. 19, 2, 35, pr. mit D. 19, 2, 30, pr., u. a. m. dazu auch Schulz, 92, Anm. 7; 205, Anm. 5; 206, Anm. 3. Nach De Sarlo und De Robertis, a. a. O. wiederholt Alfenus in D. 19, 2, 31 eben den Rechtsbescheid des Servius.

¹³ Die Frage ist für uns ohne Bedeutung, da die beiden Juristen ungefähr um dieselbe Zeit leben und im Verhältnis Meister-Schüler verbleiben, also insgesamt als Vertreter der servianischen Rechtsschule gelten können. Daher werde ich im folgenden den Verfasser des vorliegenden Fragmentes als „Servius-Alfenus“ bezeichnen.

¹⁴ E. g. Beseler, a. a. O.: an... [possunt] (possent); pecuniae [solveret] (solvere et); Faber (Krüger, *Digesta*): potuisse [nos] (nautam). Juncker,

thesen über vor- und justinianische Interpolationen aufgestellt¹⁵. Die in jüngster Zeit geübte äußerst radikale Kritik des Textes scheint aber vorläufig unzureichend begründet zu sein.¹⁶

Auf Grund der formalen und sachlichen Indizien des Textes glaube ich als eine vorjustinianische Interpolation den Satz *quia sive — oneris aversi*,¹⁷ und als eine Glosse aus dieser Zeit die Wendung *nam in re — culpam deberi* bezeichnen zu dürfen¹⁸. Außerdem ist auch die Wendung

a.a.O.; [in alia cupa], doch konnte auch (in alia q/ua/ cupa) sein; auch das beanstandete *separatim* (Beseler) kann echt sein. Cf. Ind. Itp.

¹⁵ Die wichtigsten (cf. auch Ind. Itp.); Huvelin; *Dr. comm.*, 117 [idem iuris — pecuniae solveret]; [quia sive — quam ceterorum]. Haymann, a. a. O., [sed si ita — quam ceterorum]. Beseler, a. a. O., [non potuisse — tum]; vindicare (et adversus nautam ex locato agere); [et ideo — iudicium oneris aversi]; sed [si ita — culpam esse] an Stelle des echten: sed (in proposito ex locato agi non posse, neque enim dolo fecisse Saufeium). De Santis, a. a. O., [rerum locatarum — datum quod]; [non potuisse — reddi deberet]. Pflüger, a. a. O., hält für echt nur; In navem — respondit [...] se improbare actiones oneris aversi [...]. Mayer-Maly, a. a. O., läßt außer Verdacht nur: In navem — respondit [...] furti esse — oneris aversi [...]; den Rest des Textes teilt er Paulus und zwei nachklassischen Bearbeitern zu. Letzten Endes bleibt überhaupt nur der Anfangssatz *In navem — respondit* unverdächtig.

¹⁶ De Santis, und besonders Pflüger, Mayer-Maly, a. a. O., wobei der letztgenannte auf den nur hypothetischen Charakter seiner Thesen hinweist (S. 37, Anm. 13); s. dazu Kaser, ZSt, 73 (1956), 426, Anm. 8; Burdese, IURA VIII (1957), 486; Amirante, a. a. O., 67, Anm. 5.

¹⁷ Begründung: a) In dem Satz wird die bereits ausführlich besprochene Einteilung in *duo genera rerum locatarum* zum Überfluß wiederholt. Die Folgerung *et ideo se improbare* rell., welche die Anfrage der Kaufleute abschließend beantwortet, soll nun zugleich einen neuen Gedankengang eröffnen (*quia sive* rell.), der — auf demselben Grundgedanken basierend — zu teilweise andersartigen Folgerungen führt. Das ungeschickte Anfügen des *quia sive* rell. an den Schlußsatz *et ideo se improbare* rell. macht den ganzen Satz stilistisch fehlerhaft; man fühlt hier das Bedürfnis eines logischen Bindegliedes, wie ihn z. B. Mayer-Maly, 34 einführt („Dieser Rechtsbehelf...“). b) Der beanstandete Satz enthält eine allgemein generalisierende Regel ohne strikte Anpassung zu dem konkreten Tatbestand des Saufeiusfalles: vgl. *merces* statt *frumentum (triticum)*; *mercator*; *locator*, *iudicium* in Einzahl. c) Der eingeschobene Satz *quia sive — oneris aversi* unterbricht den grammatischen und logischen Zusammenhang zwischen dem vorausgehenden Satz *quod si separatim — oneris aversi* und dem nachfolgenden *sed si ita — quam ceterorum*. Infolgedessen fehlt ein Subjekt zu der Satzaussage *datum esset* im letztgenannten Satze (wie Haymann, a. a. O. bemerkt), während im Originaltext als Subjekt *triticum* (aus dem Satze *quod si separatim-oneris aversi*) stand. d) *Supervacuum esse* bedeutet etwas anderes (und weniger) als *improbare*. e) Sprachlich ist *continuo, quippe quod, mercator in creditum iret* statt *rem... in creditum iri* bedenklich. f) Zur Bedeutung des Wortes *avertere* im besprochenen Satze s. unten Abschn. VI in fine.

¹⁸ Ich schließe mich der Meinung an, daß im I Jahrh. v. u. Z. eine derartige Verallgemeinerung des Utilitätsprinzips unmöglich war, cf. Kunkel, ZSt, 45

sed si ita — culpam esse im Schlußsatze des Fragmentes verdächtig, im Ganzen aber drückt dieser Satz doch die Gedanken des Servius-Alfenus aus.¹⁹

Das sehr strittige Problem der Echtheit des Satzes *idem iuris — pecuniae solveret*, in dem die Frage des sog. depositum irregulare²⁰ aufgeworfen wird, lasse ich außer Betracht, da der Satz ohne wesentliche Bedeutung für das Problem der *a. o. a.* ist.

Die übrigen Teile des Textes D. 19, 2, 31 geben m. E. die Gedanken des Servius-Alfenus — in einer gekürzten Fassung von Paulus — wieder²¹. Demnach wäre der Text im Ganzen folgendermaßen zu rekonstruieren:

Alfenus libro quinto digestorum a Paulo epitomatorum

In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere [possunt] (possent) oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. [idem iuris esse in

(1925), 312; Nörr, a.a.O., 101, wo aber die Streichung des ganzen Satzes unbegründet scheint.

¹⁹ *Culpam debere (deberi)* ist ohne Zweifel inkorrekt. Es bestehen auch Bedenken, ob ein Jurist des I Jahrh. v. u. Z. von *culpa in locatio conductio* sprechen konnte, cf. Beseler, oben Anm. 15 (*dolo fecisse*); Kunkel, ZSt, 45 (1925), 299. Anm. 1. Das umfangreiche Problem der geschichtlichen Entwicklung von *dolus, culpa, diligentia* etc. mit seiner riesigen Literatur kann jedoch hier nicht erörtert werden.

Jedenfalls steht aber der Satz *sed si ita — quam ceterorum* in logischer Verbindung mit dem Vorhergesagten (s. oben Anm. 17, c), insbesondere auch mit dem Tatbestande, da der Gedankengang *quoniam alicui — necesse fuisset* eben die Hauptschwierigkeit der Lage betrifft, daß nämlich *complures* ihr Getreide verladen. In der Fachliteratur sind die Meinungen geteilt: letzters für die Echtheit des Satzes — mit neuen Beweisgründen — Seidl, Festschrift Lehmann, 1956, dagegen Nörr, a. a. O., 101 (wobei jedoch zu bemerken ist, daß der Schiffer als Eigentümer der Ladung keinesfalls dadurch seiner Vertragsverpflichtung entoben wird). Nörr, a. a. O., 102, Anm. 132 weist auch richtig darauf hin, daß rein subjektive Beurteilung des Satzes wertlos ist.

²⁰ Lit. bei Kaser: *Privatrecht* I, 447, Anm. 14; s. auch Brasiello, Studi, 475 seqq.

²¹ Manche Merkmale des Textes scheinen auch positiv seine Zugehörigkeit zur vorklassischen Jurisprudenz zu bezeugen, so z. B. der Vorrang des Konkreten vor dem Abstrakten (*rerum locatarum duo genera esse*); der Vertragswille bleibt bei dieser *duo genera* — Einteilung unberücksichtigt, u. a. m. Cf. Amirante, 66 seqq., sowie mutatis mutandis Brasiello's Bemerkungen (Studi, 476 seqq.) zum Hinterlegungsvertrag.

deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret]. (?) secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse [nos] <nautam> permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi [:] <.> [quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi.] sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere [(nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi)] neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.

II. 1. Das Gutachten des Servius-Alfenus betrifft demnach folgenden Sachverhalt: Mehrere Personen (Kaufleute) haben ihre Getreideladungen in das Schiff des Saufeius²² zusammengeschüttet, so daß eine einheitliche Getreidemenge entstand. Aus dieser gesamten Ladung gab dann Saufeius einem der Kaufleute die ihm gebührende Getreidemenge heraus, und nachher ging das Schiff zugrunde²³. Die übrigen Kaufleute befragen nun Servius-Alfenus, ob sie den Saufeius mit der *actio oneris aversi* verklagen können. Die Antwort ist negativ: *se improbare actiones oneris aversi*,²⁴ und zwar erfolgt sie auf Grund einer umfangreichen Stellungnahme des Respondenten zu den juristischen Fragen des Falles.

Es gibt nämlich, Servius-Alfenus zufolge, zwei *genera rerum locatarum*:

Im Text des D. 19, 2, 31 bilden die aneinandergereihten Prämissen und Folgerungen ein zweckmäßiges und einheitliches Ganze, so daß man entweder fast den ganzen Text (und dazu auch D. 34, 2, 34) als unecht streichen müßte (so konsequent Pflüger, Mayer-Maly, a. a. O.), oder sind zumindest die Grundgedanken für echt zu erachten. Zur Echtheitsfrage des Satzes *duo genera — in creditum iri* s. auch De Robertis, a. a. O., 156 (arg. aus D. 19, 2, 39); *Annali Bari*, 10 (1950), 104; Burdese, *IURA VIII*, 486.

²² Vielleicht identisch mit einem Freunde des Pomp. Atticus, den Cicero in seinen Briefen erwähnt. s. Mayer-Maly, a. a. O. 35, Anm. 2.

²³ Den Vorgang im Einzelnen sucht De Santis, a. a. O., 94 zu rekonstruieren; anders Pflüger, a. a. O., Mayer-Maly, 35.

²⁴ *Actiones* in Mz, weil *complures* fragten; diese Kongruenz spricht für die Echtheit des Satzes.

a) Solche, die im Eigentum des *locator operis faciendi* bleiben und der *conductor* (Werkunternehmer) muß sie *in specie* zurückgeben (z. B. Kleider, die der Walker zum Ausbessern übernimmt),

b) solche, die ins Eigentum des Werkunternehmers fallen, und dem *locator* steht nur eine Forderung zu um Rückgabe nicht derselben Sachen, sondern *eiusdem generis* (z. B. Silber oder Gold, das dem Goldschmied als Rohstoff zwecks Verfertigung eines Ringes oder Gefäßes überreicht wird).²⁵

Ad a) Im Bereich des Getreideseetransportes findet der erste Fall statt, wenn die Kaufleute ihre Getreidemengen separat aufs Schiff verladen, so daß ein jeder seine Ladung erkennen kann. Dann könnte jeder als Eigentümer sich der *rei vindicatio* bedienen, scil. wenn etwa seine Getreideladung vom Transportunternehmer einem anderen ausgefolgt worden wäre. Wie aus dem Tatbestand zu ersehen ist (*confuderant*), wird diese Lage von Servius-Alfenus nur als abstrakte Hypothese erwogen, da im konkreten Falle des Saufeius die Getreideladungen vermengt worden sind.

Ad b) Die zweite Möglichkeit²⁶ war schon vor Servius-Alfenus einem älteren Juristen, dem Quintus Mucius Scaevola, bekannt:²⁷

D. 34, 2, 34, pr. — Pomponius libro nono ad Quintum Mucium
Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset [aut quod ei deberetur], si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur.²⁸

Pater familias legiert sein ganzes Gold seiner Frau. Das Vermächtnis betrifft jedoch — meint Qu. Mucius — diese Goldmenge nicht, die vom *pater familias* einem Goldschmied zum Verarbeiten gegeben worden ist. Dieses Gold nämlich ist offensichtlich nicht mehr *aurum*

²⁵ *Rem... in creditum iri* bedeutet im allgemeinen, daß eine Sache Objekt einer Forderung wird, im Gegensatz zu *rem domini manere*, cf. Bonifacio, a. a. O., 107. Keinesfalls kommt hier ein Darlehn in Frage, cf. Arangio-Ruiz, Solazzi, a. a. O.; anders Mayer-Maly, 37. Zum Begriff des *creditum* s. letztens Alvaro d'Ors, ZSSSt, 74 (1957), 89.

²⁶ Die unrömisch sog. *locatio conductio irregularis*, mit der ich mich hier nicht näher beschäftige.

²⁷ Konsul bereits im Jahre 95 v. u. Z., cf. Kunkel, *Herkunft*, 18.

²⁸ Der Satz wird — außer dem eingeklammerten Teil — für echt angesehen; vgl. Ind. Itp. Seine Fortsetzung dagegen (Kommentar des Pomponius), die uns hier grundsätzlich nicht interessiert, wird von Manchen radikal aber nicht überzeugend, beanstandet, cf. Beseler, ZSSSt, 50 (1930), 35; zustimmend Mayer-Maly, a. a. O., 38. M. E. Pomponius beschränkt das Prinzip der *mutatio dominii*, indem er auf die Bedeutung des Vertragswillens beim Aushändigen des Goldes hinweist, und im spätklassischen Recht (z. B. D. 19, 2, 39) wurde die *mutatio dominii* in Fällen der *locatio conductio* als Ausnahme behandelt, so De Robertis, *I rapporti*, 158 seqq.; cf. Brasiello, Riv. it., 568; anders De Santis, 105 seqq.

suum patris familias, es gehört nun dem Goldschmied an. Eine *mutatio dominii*, hat stattgefunden.²⁹

Das Prinzip der *mutatio dominii*, schon früh anerkannt in einigen typischen Fällen, wenn *res ad faciendum*³⁰ gegeben werden, wird nun vom Servius-Alfenus auf Sachen, die zum Transport überreicht worden sind, erstreckt.³¹ Wir erfahren nämlich im folgenden (*videri triticum factum Saufeii*), daß Saufeius — wie mutatis mutandis der Goldschmied — Eigentümer der Getreideladung geworden ist. Dieser Umstand hat auch zur Folge, daß der Getreideteil, den Saufeius einem der Kaufleute ausgefolgt hatte, als „richtig gegeben“ (*recte datum*) vom Juristen bezeichnet wird.

2. Auf Grund dieser beiden Prämissen (oben ad a) und b)), die durch Analogie mit den *duo genera rerum locatarum* gewonnen werden, verneint Servius-Alfenus die Möglichkeit, die *actio oneris aversi* zu benutzen (*et ideo se improbare* rell.)³² Kann man daraus einen Rückschluß hinsichtlich des juristischen Wesens dieser Klage ziehen? Schon H u v e l i n³³ machte auf Folgendes aufmerksam: da die Anwendung der *rei vindicatio* durch den Eigentümer einer separaten Getreideladung vom Juristen als hinreichender Grund zur Ablehnung der *a. o. a.* betrachtet wird, so liegt die Vermutung nahe, daß die *a. o. a.* keine pönale Klage war. Wäre sie nämlich eine solche, so könnte sie kumulativ neben der *rei vindicatio* benutzt werden, und der Jurist hätte da keinen triftigen Grund zu ihrer Mißbilligung.

Was die zweite Prämisse (oben ad b) betrifft, so wird hier die *a. o. a.* vom Juristen offenbar nur deshalb verworfen, weil der Schiffer Eigentümer der ganzen Getreideladung geworden ist, und als solcher mit gutem Rechte einen Teil dieser Ladung (oder auch die ganze Ladung) jeder beliebigen Person ausfolgen darf, umso mehr einem der Kaufleute, dem ein entsprechender Teil gebührt. Einem *locator* gegenüber bleibt der

²⁹ Ob hier ein Vindikations — oder Damnationslegat in Betracht kommt, ist für uns irrelevant, cf. *Amirante*, a.a.O., 66, Anm. 3 (daneben auch die sehr interessanten Bemerkungen über den Sinn des *faciendum dare*).

³⁰ Der Fall mit dem Rohstoff für einen Goldschmied scheint hier der Ausgangspunkt gewesen zu sein.

³¹ Die gemeinsame Voraussetzung, welche diese erweiternde Auslegung ermöglichte, war, daß sowohl Gold wie Getreide vertretbare Sachen sind, ferner, daß sie *ad faciendum* gegeben werden. Die Neuerung der servianischen Rechtsschule bestand darin, daß der Begriff *facere*, früher wortgetreu aufgefaßt (Verfertigung eines Gegenstandes aus Gold), nun auf Transporthandlungen erweitert wird, obschon hier die Sache — dem Wesen nach — nicht verarbeitet wird.

³² Der Sinn des Wortes *improbare* hier: etwas als unpassend oder unzulänglich verwerfen, cf. *Levis-Short*, *Latin Dict.*, Oxford 1955, s. h. v.

³³ *Droit commerc.*, 119; cf. *Wenger: Inst. of the Roman Law of Civil Procedure* (transl. Fisk), 1955, S. 188.

Schiffer sowieso immer zum *reddere* einer nur *tantundem eiusdem generis*-Menge verpflichtet.

Im allgemeinen wird man wohl auf Grund der Tatsache, daß Servius-Alfenus die Anwendung der *a. o. a.* ablehnt, und ferner, daß diese Klage auch wirklich in keinen späteren Rechtsquellen erwähnt wird, behaupten dürfen, daß die *a. o. a.* infolge der Entwicklung neuer sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse spätestens im I Jahrh. v. u. Z. außer Gebrauch kam. Ihre Entstehung und Ausbildung wird man also etwa in die frührepublikanische Periode verlegen müssen.³⁴

III. Weitere Anhaltspunkte kann man aus einer Analyse des in dem Satze *In navem — aversi actione* dargestellten Tatbestandes gewinnen,³⁵ obwohl der Text hier äußerst karg ist.³⁶ Es muß dabei vorausgesetzt werden, daß die Anfrage der Kaufleute der bisherigen vorklassischen Rechtspraxis, welche in ähnlicher Lage die *a. o. a.* für angemessen hielt, entsprach. Offensichtlich jedoch verursachten im Fall des Saufeius irgendwelche spezielle Umstände eine Ablehnung der *a. o. a.* durch Servius-Alfenus. Der Fall war ja auch für die Kaufleute im voraus verdächtig, sonst hätten sie Servius-Alfenus überhaupt nicht konsultiert. Unsere Hauptaufgabe ist also das Rechtsverhältnis ermitteln zu suchen, welches nach Meinung der Kaufleute als Basis für die von ihnen beanspruchte *a. o. a.* dienen sollte, ferner — die Frage zu beantworten, was eben im vorliegenden Tatbestande bewirkte, daß die Benutzung der *a. o. a.* verneint wurde.

Folgende Tatbestandselemente sollen demnach vorerst erwogen und juristisch bewertet werden: a) die Frage der Schiffsladung, b) die Handlung des Saufeius (*reddiderat de communi*), c) der Untergang des Schiffes.

Ad a) Wenn sich aus dem Texte ergibt, daß mehrere Kaufleute ihre Getreidemengen in das Schiff *confuderant*, so daß eine Gesamtmenge entstand (*de communi reddiderat*), so bedeutet es, daß sie durch diese Zusammenschüttung (*confusio*) nunmehr Miteigentümer der ganzen Ladung in bestimmten ideellen Teilquoten geworden sind.³⁷ Der Transportunternehmer soll also eine Ladung die vielen Miteigentümern gehört befördern: ein Umstand, der — wie noch

³⁴ S. unten Abschn. VI.

³⁵ Worauf bisher nur De Santis, a.a.O., 94 seqq. aufmerksam machte.

³⁶ Diese lakonische Kürze ist wohl dem Paulus zuzuschreiben. Den Gegensatz also kein Miteigentum der Kaufleute und Saufeius wird von Anfang an Tatbestandes, obwohl auch dieser Text wahrscheinlich schon gekürzt ist, cf. Lennel: *Paling.* I, 37, Anm. 1; Schulz: *History*, 206.

³⁷ Cf. D. 6, 1, 5, pr.; I. 2, 1, 28; Kaser *Privatrecht* I, 362; anders De Sarlo. a. a. O., 57 (s. unten Anm. 38).

dargestellt werden wird — für unsere Beweisführung ausschlaggebend ist. Die Beschreibung des Tatbestandes enthält auch keinerlei Andeutung, daß eine *mutatio dominii* stattgefunden hätte und das Eigentum der Gesamtladung an den Transportunternehmer übergegangen wäre. Dies behauptet dagegen Servius-Alfenus in seinem *responsum* — und zwar gelangt er zu dieser Folgerung auf Grund einer ad hoc konstruierten Analogie mit dem Fall des Goldschmiedes.³⁸ Die Vermutung ist also möglich, daß ursprünglich im frührepublikanischen Recht das Eigentum einer Ladung, die dem Schiffer anvertraut worden ist, immer beim Kaufman-*locator* verblieb, daß dagegen die servianische Rechtschule eine Neuerung eingeführt hat, indem sie ausnahmsweise als Eigentümer der *in genere* bezeichneten Transportgüter den Schiffer gelten ließ.

Ad b) Wenn Saufeius einen Teil des Getreides *uni ex his reddiderat*, so war er dazu — nach Servius-Alfenus' Meinung — als Eigentümer der Ladung berechtigt.³⁹ Außerdem, da das Getreide eine *res locata* war, betrachtet Servius-Alfenus diese Handlung als eine Schulderrfüllung einem der Kaufleute gegenüber.⁴⁰

Die anderen Kaufleute beabsichtigen jedoch wegen *reddere* des Saufeius die *a. o. a.* anzustrengen. Aus der knappen Darstellung des Tatbestandes ist nicht ersichtlich, warum sie es tun wollen, d. h. welche juristische Bedeutung sie der Handlung *reddere* beimessen. M. E. aber ist es unwahrscheinlich, daß ihrer Meinung zufolge dies *red-*

³⁸ Dieser m. E. scheinbarer Widerspruch, nämlich daß im Anfangssatze die Kaufleute Miteigentümer der Ladung sind, während in der Fortsetzung des Textes *triticum factum Saufei*, führte zu manchen komplizierten Auslegungsversuchen: so z. B. nach De Sarlo. S. 57 ist der Gebrauch der Worte *communis* und *confederant* hier „untechnisch“ (*uso non tecnico*), es entsteht also kein Miteigentum der Kaufleute und Saufeius wird von Anfang an durch *traditio* Alleineigentümer der Ladung. Er ist also auch in der Beschreibung des Tatbestandes als Eigentümer gedacht, demnach gibt es keinen Widerspruch mehr. De Santis, S. 88 seqq., 93, meint dagegen, daß die Kaufleute immer (Mit)eigentümer der Ladung bleiben, folglich schreibt er die ganze Satzreihe *rerum locatarum — triticum factum Saufei et recte datum* den justinianischen Kompilatoren zu.

Eine einfachere Erklärung des erwähnten Widerspruches scheint aber in der geschichtlichen Entwicklung gegeben zu sein, die sich im Texte des Servius-Alfenus widerspiegelt: in der Beschreibung des Tatbestandes nimmt der Jurist auf diese Rechtslage der Kaufleute Bedacht, die dem Verfahren bei der *a. o. a.* entsprach (d. h. der Transportbesteller bleibt Eigentümer der Ladung), nachher aber formuliert er seinen eigenen, neuen Gesichtspunkt, indem er eine Eigentumsübertragung an den Transportunternehmer voraussetzt.

³⁹ *Recte datum*, s. oben Abschn. II.

⁴⁰ Wie seine ganze Ausdruckweise bezeugt, z. B. *reddiderat; nauta solvisset; in simili re solvi possit; reddere eum necesse fuisset*.

dere irgendein Delikt des Schiffers sein sollte. Der Grund dazu wäre nicht einzusehen, da Saufeius den Getreideteil eben einem von ihnen ausgefolgt hat. Es gibt überhaupt im ganzen Fragment — außer der nachklassischen Stelle *quia sive-oneris aversi* — keinen Hinweis auf den vermeintlich deliktuellen Charakter dieser Handlung des Saufeius, und das ist eben der schwache Punkt aller Hypothesen vom pönalen Charakter der *a. o. a.*⁴¹

Ad c) Das Wort *perierat*, womit die Schiffskatastrophe bezeichnet wird, läßt als ihre Ursache höhere Gewalt (*naufragium* ev. *incendium*) vermuten;⁴² jedenfalls weist kein Moment darauf hin, daß hier eine Schuld des Saufeius vorliegen könnte.

Es ist überhaupt merkwürdig, daß die Frage der Rechtsfolgen des Schiffsunterganges im Text mit keinem Wort erwähnt wird. Dies ist vom Standpunkt des Servius-Alfenus aus leicht zu erklären, denn seinem Prinzip der *mutatio dominii* gemäß lastet das Risiko des Schiffsunterganges auch im Falle der höheren Gewalt auf dem Transportunternehmer, da dieser immer *tantundem eiusdem generis* zurückzugeben verpflichtet ist.⁴³ Ob aber die Kaufleute den Saufeius mit ihrer *a. o. a.* nicht nur wegen der *reddere*-Handlung, sondern auch wegen Vernichtung der ganzen Ladung verklagen könnten? Darüber erfahren wir im Texte nichts, doch scheint solche Möglichkeit annehmbar zu sein, denn es ist kaum glaublich, daß Servius-Alfenus in seinem *responsum* solche wesentliche Verschlechterung der Lage des Schiffers erstmalig als Neuerung einführen könnte, ohne sich darüber ausdrücklich zu äußern.

IV. Die Kaufleute möchten ihre Ansprüche mit der *actio oneris aversi* einklagen. Die Bedeutung der Worte *onus* und *avertere* bedarf noch einer eingehenden Untersuchung.⁴⁴

Avertere wird in der Fachliteratur oft, wenn auch nicht immer *expressis verbis*, im Sinne „widerrechtlich (bezw. dolose) verfügen“ oder

⁴¹ Solche Hypothesen müssen außerdem — wenn sie konsequent durchgeführt sein sollen — umfangreiche Interpolationen in D. 19, 2, 31 voraussetzen, wozu es m. E. an zureichenden sachlichen Indizien fehlt, s. oben Abschn. I., insb. Anm. 15, 16, 21.

⁴² Cf. D. 50, 16, 9; Heumann — Seckel: *Handlexikon*, 1914, s. h. v.; De Santis, S. 94; Mayer — Maly, S. 35.

⁴³ Cf. Kaser: *Privatrecht* I, 476.

⁴⁴ Bisher hat sich nur Solazzi, a. a. O. gründlicher mit *avertere* befaßt, mit dem Ergebnis, daß die *a. o. a.* mit *actio furti adversus nautas* identisch sei. Die gelegentlichen Äußerungen anderer Forscher sind nicht immer präzise genug, so z. B. nach De Santis, S. 99 (*oneris aversio* = irregolare restituzione, und S. 110 = irregolare distribuzione... per dolo; Huvelin: *Dr. comm.*, 119 begnügt sich mit einer genauen Übersetzung *avertere* = détourner, ohne den Sinn weiter zu verfolgen; Brasiello, Riv. it., 550 sieht in der *a. o. a.* eine Deliktsklage, weil dies „risulta dal nome medesimo“ ohne weitere Begründung, usw.

„sich aneignen“ verstanden, nämlich von diesen Forschern, welche die *a. o. a.* für eine Deliktssklage ansehen wollen.⁴⁵ Ohne Zweifel wird auch *avertere* in ungefähr solcher Bedeutung manchmal in der nichtjuristischen Literatur des I Jahrh. v. u. Z. angewendet;⁴⁶ ebenso im Satze *quia sive-oneris aversi* des besprochenen Fragmentes, der aber m. E. unklassisch ist.⁴⁷

Der ursprüngliche Sinn des *avertere* ist jedoch „in andere Richtung (seitwärts) wenden (lenken, schaffen)“, bzw. „umwenden“. Das Wort bezieht sich also auf eine objektive physische Tätigkeit, und so wird es meistens in den nichtjuristischen Quellen⁴⁸ wie auch in den Juristenschriften gebraucht. In den Juristenschriften nämlich finden wir *avertere aquam pluviam, fontem, flumen, torrentem, stillicidium*.⁴⁹ Nur bei Ulpian werden in einigen Texten spezielle Umstände erwogen, in denen der an sich objektive Vorgang des „Seitwärts-Wendens“ einen dolosen Charakter annehmen kann.⁵⁰ *Dolus* oder Rechtswidrigkeit gehört jedoch von Haus aus nicht zum begrifflichen Inhalt des *avertere*; zwischen diesem Wort und z. B. *subripere* ist in dieser Hinsicht scharf zu unterscheiden.

Onus in Texten römischer Jurisprudenz die Transportfragen behandeln, bedeutet stets „die Ladung im Ganzen“ (eines Schiffes, Fuhrwerkes, Maultieres, Sklaven, etc.).⁵¹

⁴⁵ S. oben Anm. 3; 5.

⁴⁶ Besonders bei Cicero, cf. Levis — Short, *Latin Dict.*, Oxford, 1955, s. h. v., I B.

⁴⁷ S. oben Anm. 17.

⁴⁸ Bei Plautus, Livius, Cesar, Cicero u. a.; cf. Levis — Short, *Lat. Dict.*, s. h. v., I A. a.

⁴⁹ D. 8, 2, 2, (Gai.); 25, 1, 14, pr. (Ulp.); 39, 3, 1, pr. (Ulp.); 39, 3, 1, 12 (Marc. ap. Ulp.); 39, 3, 1, 18 (Lab. ap. Ulp.); 39, 3, 2, 9 (Lab. ap. Paul.); 43, 13, 1, 7 (Ulp.). Im Sinne „umwenden“ nur in D. 3, 1, 5 (*avertere sellam*).

⁵⁰ D. 14, 4, 7, 3; 15, 1, 21, pr.; 47, 4, 1, 13; 47, 20, 3, 1; folgende Zustände kommen hier in Betracht: Der *dominus* kann *tributoria actione* verklagt werden *si mercem... avertit*, aber nur *si dolus intervenit*; *a. de peculio* kann man gegen einen *dominum* in Gang setzen, wenn er, um die Klage zu vereiteln *alio peculium avertat*, denn unter diesen Umständen ist diese seine Handlung nicht frei von *dolus (dolo non caret)*; *stellionatus* findet statt, wenn jemand *merces... obligatas averterit*, etc. Anders Solazzi, a. a. O.

⁵¹ D. 8, 6, 11, pr.; 9, 1, 1, 4 (Serv.); 9, 2, 52, 2 (Alf.); 14, 1, 1, 7; 12; 14, 2, 4, pr.; 14, 2, 6; 19, 2, 13, 1; 19, 2, 30, 2 (*pondus oneris*); 19, 2, 61, 1 (verschiedene Waren zusammen als *onus*); 39, 4, 16, 8; 47, 2, 21, 5. Der Fachausdruck *onus* beim Transport bezieht sich in der Regel auf jeweiliges Transportmittel im Sinne: die ganze Ladung (Belastung) eines Schiffes, Fuhrwerkes, etc., fast niemals aber auf eine Person im Sinne: jemandes Warenmenge, die aufs Schiff verladen wird (z. B. in D. 19, 2, 60, 8; aber auch hier erweist sich das *onus tuum* als die ganze Ladung des Fuhrwerkes, d. h. *onus* im objektiven Sinne).

Onus bedeutet immer die ganze Ladung (d. h. die ganze Belastung) eines

Demzufolge darf man wohl annehmen, daß die Wendung *onus aversum* in der Benennung der Klage ursprünglich — da dieses Rechtsmittel wahrscheinlich aus der frühen Republik stammt — die Bedeutung „eine in andere Richtung (seitwärts) abgelenkte (fortgeschaffte) Ladung“ hatte. Wichtig ist dabei, daß eine Schiffsladung in der Regel nach einem Hafen, der vertragsmäßig als Bestimmungsort bezeichnet wurde, befördert werden sollte. Die Feststellung der Tatsache, daß die Ladung auch wirklich dorthin eingetroffen (bezw. nicht eingetroffen) ist, diente also als einziges zuverlässiges Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob die Fracht etwa „in andere Richtung abgelenkt“ worden sei. Demzufolge hieß *onus aversum* jede Schiffsladung, die überhaupt in den Hafen, wohin sie gelangen sollte, nicht angekommen war, und dem Empfänger nicht ausgeliefert worden ist. Der weitumfassende Inhalt des Begriffes *avertere* ließ dabei die Frage nach den Ursachen dieses „Ablenkens (Fortschaffens)“ offen: es konnte da sowohl eine endgültige Änderung des Schiffskurses wie auch eine Veräußerung oder gar Vernichtung der Ladung — aus irgendwelchen objektiven oder subjektiven Gründen — in Frage kommen.⁵²

Wie gesagt, im römischen Seetransport- und Verkehrswesen bezeichnete man als *onus* die Gesamtmenge der Waren, welche zwecks Beförderung auf ein Schiff verladen wurde, demnach die Fracht eines Schiffes im Ganzen. Wahrscheinlich betrachtete man also *onus* als *aversum* auch dann, wenn nur ein Teil der Waren unterwegs „auf die Seite fortgeschafft“ worden ist, denn in solchem Falle erreichte den Hafen nicht die ganze Ladung, d. h. eben *onus* des Schiffes im technischen Sinne des Wortes.⁵³

Transportmittels; bezeichnend dafür, daß den Juristenschriften überhaupt eine Wendung wie *pars oneris*, soviel ich ersehe, unbekannt ist. Wo der Sinn es erheischt, sprechen die Juristen von einzelnen Waren (*merces*), vgl. z. B. D. 14, 2, 4, pr.

⁵² Änderung des Schiffskurses (durch Gewitter, Verirrung, etc.) war vielleicht der ureigenste Sinn des *avertere* im Bereich des Seeverkehrs. Noch im klassischen Recht nämlich wird dieses Wort als Spezialausdruck zur Bezeichnung der Ablenkung eines sich bewegenden Elementes (Wasserstrom) gebraucht, s. oben Anm. 49. Nichtsdestoweniger umfaßt später der Begriff *avertere* auch Fälle, in welchen eine Ladung, im Ganzen oder teilweise, infolge einer Unterschlagung anderswohin „abgelenkt (fortgeschafft)“ worden ist. Solche Fälle sind sogar in der Praxis des sich entwickelnden Transportverkehrs wohl nicht selten geworden, daher in der Umgangssprache bedeutete *avertere* auch „sich aneignen, unterschlagen“, wie z. B. bei Tertullian (o. Anm. 9).

⁵³ Der vorklassischen Jurisprudenz ist überhaupt die Anschauung eigen, daß eine Handlung die den Teil betrifft, sich damit auch auf das Ganze bezieht, so z. B. bei *furtum* D. 47, 2, 21, pr. (Paul.): *Volgaris est quaestio, an is, qui ex acervo frumenti modium sustulit, totius rei furtum faciat, an vero eius tantum quod abstu-*

V. Wenn man also das Problem der Rechtsgrundlage der *a. o. a.* im Falle des Saufeius aus dem Standpunkte der Kaufleute her erwägt, und dabei für unwahrscheinlich hält, daß diese in der *reddere*-Handlung des Saufeius ein Delikt erblicken könnten, so bleibt nur die zweite Möglichkeit übrig, nämlich daß die Kaufleute den Saufeius auf Grund eines Vertragsverhältnisses verklagen wollten. Welcher Vertrag könnte da in Betracht kommen? In der Fachliteratur dachte man selbstverständlich an die *locatio conductio (operis)*, indem man die *a. o. a.* entweder mit der *actio locati* identifizierte (Beseler) oder sie für eine altrömische Klage analog zur späteren *a. locati* hielt (Huvelin).⁵⁴ Diese Auffassung ist aber auch nicht frei von Bedenken. Die Kaufleute wollten ja den Saufeius wegen Herausgabe des einem von ihnen gebührenden Getreideteils vor Gericht ziehen. Im Rahmen der *l. c. rerum vehendarum* hat aber Saufeius, als *conductor*, durch diese Handlung bloß seine Kontraktspflicht einem der Gläubiger gegenüber erfüllt. Diese Tatsache vermag keinen Schadenersatzanspruch zu Gunsten der anderen Gläubiger begründen, erstens weil sie dadurch keinen Schaden erlitten haben, und zweitens weil — nach der vorliegenden Tatsachendarstellung — in der Handlung des Schiffers kein *dolus*, *culpa* oder Verletzung der *custodia*-Pflicht sichtbar ist. Was die *culpa* betrifft, so bestätigt dies Servius-Alfenus selbst, im letzten Satze des Fragmentes (*neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento* rell.)⁵⁵ Übrigens, wenn unsere Ansicht über den altrömischen Ursprung der *a. o. a.* zutrifft — wäre schon deshalb eine *locatio conductio rerum vehendarum*, wie überhaupt ein *bonae fidei* Kontrakt als Grundlage der *a. o. a.* nicht möglich.

Die Lösung der Frage nach der Rechtsnatur der *a. o. a.* ist m. E. aber doch im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen Saufeius und den Kaufleuten zu suchen. Es muß aber ein derartiges Verhältnis vorausgesetzt werden, das alle Elemente des geschilderten Tatbestandes ohne Widersprüche erklären könnte. Diesem Erfordernisse scheint nur folgende Voraussetzung zu entsprechen: Die Absicht der Kaufleute den Saufeius wegen seiner *reddere*-Handlung zu verklagen wäre begreiflich und sogar — in formaler Hinsicht — wohlbegründet, wenn Saufeius a) sich verpflichtet hätte die Schiffsladung im Ganzen nach einem festgesetzten Bestimmungsort zu befördern, b) wenn diese Verbindlich-

lit. *Ofilius totius acervi furem esse putat: nam et qui aurum alicuius tetigit, inquit Trebatius, totum eum videri tetigisse* rell.; das Problem war offenbar noch in Paulus' Zeit lebendig.

⁵⁴ S. oben Anm. 6; 7.

⁵⁵ Selbst wenn man den letzten Satz im Ganzen für interpoliert hält (Huvelin, Haymann), so zeigt er doch, daß ein nachklassischer oder justinianischer Bearbeiter gerade auf diese Weise den Gedankengang des Servius-Alfenus verstand, was nicht ohne Bedeutung für unsere Beweisführung wäre.

keit eine *stricti iuris* wäre. Im Hinblick auf den formalen Charakter einer solchen Verpflichtung könnten nämlich die Kaufleute der Meinung sein, daß Saufeius sie nicht erfüllt habe, weil er einen Teil der Schiffsladung separat herausgegeben hat und infolgedessen die Ladung nicht im Ganzen am Bestimmungsort abgeliefert werden konnte. Solche Stellungnahme konnte natürlich nur die Absicht der Kaufleute sich der *a. o. a.* zu bedienen, erklären; doch erschien ihnen selbst diese Absicht zweifelhaft, und darum befragten sie eben den Juristen. Es kam ihnen wohl gewiß in den Sinn, daß im Fall des Saufeius die Anwendung der *a. o. a.*, wenn sie auch dazu formal berechtigt wären, doch im krassen Widerspruch mit den Erfordernissen der *aequitas* und *bona fides* stehen würde.

Der *casus Saufeius* ist m. E. nur ein Einzelbeispiel für den wohlbekannten rechtsgeschichtlichen Vorgang, nämlich daß die *stricti iuris* Rechtsgeschäfte sich in neuentwickelten sozial-wirtschaftlichen Verhältnissen manchmal als unzureichend oder unpassend erweisen, und entweder umgestaltet oder durch neue Rechtsmittel ersetzt werden müssen. Wie man sich den geschichtlichen Hergang dieser Entwicklung denken kann, versuche ich im Folgenden auf Grund der bisherigen Analyse zusammenfassend darzustellen.

VI. Die rechtliche Gestaltung der Seetransportverhältnisse im Interesse der römischen Wareneigentümer und Kaufleute wurde schon im frührepublikanischen Zeitalter notwendig, sobald der römische Handel — bei zunehmender Ausbreitung der Römerherrschaft — die Grenzen Italiens überschritt und almählich auch die mehr entfernten überseeischen Märkte zu erreichen begann.⁵⁶ Der Rechtsschutz dieser Interessen wurde nun umsomehr unentbehrlich, als dem Seetransport — im Vergleich mit dem italischen Binnentransport — ein höherer Grad des Risiko eigen war. Dieses Risiko wuchs noch an mit zunehmender Verlängerung der Seehandelswege.

Die Sicherstellung der genannten Interessen war jedoch erleichtert durch das scharfe Mißverhältnis der sozialen und ökonomischen Lage des Warenbesitzers und Transportunternehmers,⁵⁷ zugunsten des erstgenannten. Demzufolge mußte der Transportunternehmer in der Regel die Haftung für das ganze Risiko im Seetransport übernehmen.⁵⁸

⁵⁶ Cf. Huvelin: *Dr. comm.*, 19 seqq.

⁵⁷ Kennzeichnend überhaupt für die Verhältnisse zwischen dem *locator* und *conductor*, cf. Schulz, *Class. Rom. Law* (1951) 545; Kaser: *Privatrecht* I, 165.

⁵⁸ Nur ausnahmsweise entlastete ihn der Staat von der Gefahr der höheren Gewalt, cf. Liv., 23, 49; 25, 3. In der späten Republik wurde die totale Haftung des Transportunternehmers durch das *receptum nautarum* gewährleistet.

Auf dieser frühen Entwicklungsstufe des römischen Privatrechtes, wo man den Transport noch nicht als einen Fall der *locatio conductio operis* behandelte,⁵⁹ erschien als einzige zuverlässige Rechtsform zur Sicherung der Interessen der Warenbesitzer der — auch den Peregrinen zugängliche — *Stipulationsvertrag*. Der Warenbesitzer, der seine Ware dem Transportunternehmer anvertraute (*locavit*), machte ihn vermittels einer Garantiestipulation (*stipulatio poenae*) dafür verantwortlich, daß dieses *onus* unversehrt bleibe. Der Transportunternehmer verpflichtete sich nämlich zur Bezahlung einer bestimmten Geldsumme im Falle *si onus aversum esset*.⁶⁰ Der weitumfassende, objektive Sinn dieser Klausel⁶¹ verschaffte dem Warenbesitzer hinreichenden Schutz, indem er den Transportunternehmer für alle Fälle des Frachtverlustes verantwortlich machte (wegen *dolus* und *culpa*, sowie für *casus* und höhere Gewalt).

Die Klage aus dieser Stipulation wurde gewohnheitsmäßig — da sie stets auf obiger Klausel beruhte und im Seehandelsverkehr allgemein benutzt wurde — *actio oneris aversi* genannt. Derartiger Sprachgebrauch steht im Seehandel nicht isoliert da: Biscardi⁶² hat nämlich glaubhaft gemacht, daß die *actio pecuniae traiecticiae* bloß eine Sonderbenennung für die Klage aus *stipulatio poenae* beim Seedarlehn war.

In den Anfängen des noch unentwickelten römischen Seehandels war es wohl die Regel, daß die ganze Schiffsladung jeweils nur einem Eigentümer angehörte, oder — im Fall eines Sammeltransportes — die verschiedenartigen Waren der einzelnen Kaufleute separat als *species* bezeichnet und verladen wurden.⁶³ In solchen Fällen war eben der Abschluß des Stipulationsvertrages *si onus aversum esset*, sowie, nötigen-

⁵⁹ Die mannigfachen Probleme der geschichtlichen Entwicklung der *locatio conductio*, insb. der *l. c. operis*, hier ausführlich zu besprechen ist mir nicht möglich; cf. Monier: *Manuel élém. de dr. rom.*, II (1948), 169; Kaser, *Altröm. Jus* (1949) 297 seqq.; *Privatrecht* I, 153, 181, 470 (mit. Lit.); De Robertis. *I rapporti* I, passim; letzters die gründliche Spezialabhandlung von Amirante, a. a. o. Jedenfalls darf man vermuten, daß der Transportvertrag verhältnismäßig spät als eine Art der *l. c. operis* anerkannt wurde, cf. Huvelin, *Dr. comm.*, 119;

⁶⁰ Beispielsweise: *Si onus Ostiam vehendum locatum aversum esset, sestertium X* (Wert der Ladung) *milia dari spondes (fidepromittis)?*

⁶¹ S. oben Abschn. IV; Anm. 52.

⁶² A. a. O.; s. Anm. 1.

⁶³ Ich nehme hier natürlich nur Fälle der *locatio conductio operis* (*l. c. rerum vehendarum*) in Betracht. Außerhalb der Anwendungsmöglichkeit der *a. o. a.* bleiben nämlich Situationen, wenn der Warenbesitzer sich seines eigenen Schiffes bedient, sowie wenn er ein Schiff (oder Platz darin) vom Schiffer — der dann als *locator* auftritt — mietet. In letztgenannten Fällen befördert nämlich der Warenbesitzer seine Ladung auf eigene Gefahr.

falls, das Anwenden der *a. o. a.* möglich und wohlangebracht. Die Lage änderte sich, als im Zeitalter der punischen Kriege in dem nun intensiven Warenverkehr auch vertretbare Sachen, nämlich Getreide aus Sizilien und Afrika, im Seetransport massenweise befördert wurden. Die Kaufleute, nun gewöhnlich in Großhändlerkollegien vereint, besorgten den Getreidetransport oft in Sammelladungen.⁶⁴ Im Falle einer einheitlichen Getreidesorte (gewöhnlich *triticum*) war es möglich, die einzelnen Getreidemengen ins Schiff zusammenzuschütten⁶⁵ — was uns eben in D. 19, 2, 31 vorgeführt wird.

In diesem Sachverhalt konnte der Abschluß der Strafstipulation und ferner die Benutzung der *a. o. a.* zu unerwünschten Folgen führen, die den Erfordernissen des Seehandels und der *fides*-Abrede zuwider waren. Die einzelnen Getreidemengen nämlich bilden, wenn zusammengeschüttet, eine einzige Gesamtladung des Schiffes, d. h. *onus* im technischen Sinne des Wortes. Der Schiffer aber kann leicht in die im fr. D. 19, 2, 31 geschilderte Lage geraten, nämlich daß er der *fides* gemäß sich genötigt sehen wird einem der Kaufleute die ihm gebührende Getreidemenge separat auszufolgen. Diese seine Handlung jedoch hätte zugleich für die übrigen Kaufleute, nach dem Wortlaut der abgeschlossenen Strafstipulation, die Bedeutung einer *aversio oneris*. Grundsätzlich könnte jeder von ihnen sich nun der *a. o. a.* bedienen, obschon, praktisch gesehen, ein triftiger Anlaß zur Verwirklichung dieser Möglichkeit nur in seltenen Fällen vorkommen würde. Wenn nämlich der Schiffer am Bestimmungsort allen Miteigentümern der Ladung, wie normal, die ihnen gebührenden Getreidemengen sukzessiv ausfolgt, so haben die Kaufleute, auch die welche später an die Reihe kommen, keine Ursache dazu von der *a. o. a.* Gebrauch zu machen, da sie alle zufriedengestellt werden. Wenn dagegen ausnahmsweise die Ladung, wie in D. 19, 2, 31, nachdem ein Teil ausgefolgt worden ist, nachher zugrunde geht, so verschlechtert sich dadurch die Lage der übrigen Kaufleute und dieser Umstand bewegt sie zum Versuch, die formalen Möglichkeiten, welche der *stricti iuris* Charakter der *a. o. a.* bietet, auszunutzen.

Kehren wir nun zum konkreten Tatbestand des fr. D. 19, 2, 31 zurück. Die ganze Schiffsladung ist hier — nach der Meinung der Kaufleute — *onus aversum*, denn der größere Teil wurde durch Schiffsuntergang vernichtet, und der kleinere, separat ausgefolgt, wurde damit vorher auch „seitwärts fortgeschafft“. Wenn also die übrigen Kaufleute tatsächlich die *a. o. a.* benutzt hätten, so könnten sie dadurch

⁶⁴ Cf. Huvelin: *Dr. comm.*, 25 seqq., 32; zur Sache auch Pauly-Wiss. RE, IV, 380 (Kornemann); VII, 126 (Rostowzew).

⁶⁵ NB. dies setzt eine schon entwickelte Schiffsbautechnik voraus.

eine Vergütung im Werte der ganzen ursprünglich ins Schiff eingebrachten Ladung erlangen, natürlich geteilt nach entsprechenden Quoten *pro sua parte frumenti*⁶⁶.

Solche Konsequenz war nicht zu billigen und deshalb lehnt der Jurist die *a. o. a.* ab, und zwar nicht nur im Falle des Saufcius: er sucht außerdem darzulegen (im Satze *quod si separatim* rell.), daß die Klage auch in anderen denkbaren Fällen der *locatio conductio rerum vehendarum* zumindest überflüssig ist. Die Methode, mit der er dabei verfährt, ist recht eigenartig und weist m. E. deutliche Spuren der vor-klassischen Denkweise mit noch einigermaßen unentwickelten Rechtsideen auf; dieser Umstand mag vielleicht auf den älteren Servius als Verfasser des Rechtsbescheides deuten. Der Hauptgedanke seiner Auseinandersetzung mit der *a. o. a.* ist nämlich der, daß die Klage überflüssig oder gar unmöglich in Konkurrenz mit dem Eigentumsrechte (bezw. *rei vindicatio*) ist, dagegen gebraucht der Jurist nur anhangsweise und nebenbei Argumente aus dem Gebiete des Obligationenrechtes. Die *locatio rerum vehendarum* scheint nämlich im Rechtsbewußtsein seiner Zeit als ein Obligationenbegriff noch nicht ohne weiteres selbstverständlich und vertraut genug zu sein, besonders im Vergleich mit dem althergebrachten Eigentumsbegriff, der die Rechtsvorstellungen des Juristen im Zuge der Beweisführung beherrscht.

Der Gedankengang des Servius-Alfenus in seinem *responsum* kann also folgendermaßen zusammengefaßt bzw. rekonstruiert werden:

I. Voraussetzungen:

A) Erstes *genus rerum locatarum*: Gold oder Silber als Rohstoff dem Goldschmied ausgehändigt; dieser wird Eigentümer, verpflichtet zur Rückgabe einer (*tantundem*) *eiusdem*-Menge. Analogie: Sammelladung von Getreide ins Schiff zusammengeschüttet; der Schiffer wird Eigentümer, verpflichtet usw. (wie oben).

B) Zweites *genus rerum locatarum*: Kleider dem Walker zum Ausbessern ausgehändigt; der *locator* bleibt Eigentümer, der Walker ist verpflichtet *idem reddere*. Analogie: Separate Getreideladungen; die *locatores*-Kaufleute bleiben Eigentümer, der Schiffer ist verpflichtet *idem reddere*.

Folgerungen:

Ad A) Als Eigentümer darf der Schiffer über die Ladung nach Belieben verfügen, wenn er also einen Teil der Ladung separat weggibt, so tut er es rechtmäßig (*recte datum*). Da er als Eigentümer zur Rückgabe

⁶⁶ Wenn z. B. der Kaufleute vier waren, der Anfangswert der ganzen Schiffsladung gleich 120 war, der Wert der Teilladung eines jeden Kaufmannes — 30, einem von ihnen seine Menge (im Werte 30) separat ausgefolgt worden ist, so könnten die übrigen drei eine Vergütung 120:3, d. h. je 40 gewinnen.

nur einer *tantundem eiusdem generis*-Menge verpflichtet ist (nicht aber desselben *onus*), so: 1. die Anwendung der *a. o. a.* wegen der *reddere*-Handlung des Saufeiis ist nicht mehr möglich (vom Standpunkt des Juristen her ist diese Handlung keine *aversio oneris*), 2. den Schiffer belastet das ganze Risiko des Transportes (Verlust, Verschlechterung der Ladung, usw.); dies wird nicht ausdrücklich gesagt, da es selbstverständlich zu sein scheint.

Ad B) Wenn die separaten Getreideladungen im Eigentum der *locatores*-Kaufleute bleiben, so ist die *a. o. a.* überflüssig, da jedem Kaufmann nötigenfalls die (für ihn vorteilhaftere) *rei vindicatio* zur Verfügung steht. Falls aber die *rei vindicatio* wirklich benutzt würde, so wäre außerdem die Anwendung der *a. o. a.* wegen der Klagenkonkurrenz nicht mehr möglich⁶⁷.

II. Nachdem also Servius-Alfenus das Problem des Eigentums an den *res locatae* und die Folgen davon für die *a. o. a.* ausführlich besprochen hat, ergänzt er zum Schluß seine Beweisführung mit einer kurzen Betrachtung der Angelegenheit vom Standpunkt des Obligationenrechtes.⁶⁸ Er untersucht nämlich die Frage der Haftung, welche den Schiffer als Teilnehmer eines Schuldverhältnisses trifft. Das Ergebnis zu dem der Jurist kommt, ist, daß der Schiffer als *conductor* nur für *culpa* haftet (*culpam dumtaxat debere*),⁶⁹ ferner — daß die Aushändigung einer Getreidemenge einem Kaufmanne, dem sie gebührt, keine *culpa* gegenüber den anderen Kaufleuten ist. Demzufolge wäre also auch die *actio locati* gegen den Saufeiis wegen seiner *reddere*-Handlung unbegründet; diese Schlußfolgerung darf man wohl dem Juristen zuschreiben, obwohl sie im Texte fehlt.

Soviel ergibt sich aus dem Texte des Servius-Alfenus. Der nachklassische Bearbeiter dagegen wiederholte im Satz *quia sive-oneris aversi* die Einteilung in *duo genera rerum locatarum*. Da er jedoch über die Natur der altertümlichen *a. o. a.* bereits im Unklaren war und im Texte

⁶⁷ Cf. Wenger, o. Anm. 33.

⁶⁸ Der Schlußsatz *sed si ita-quam ceterorum* ist sowohl mit der Einteilung in *duo genera rerum locatarum*, wie auch mit dem Satze *quod si separatim-solvisset vindicare*, der im Originaltext unmittelbar voranstand (s. oben Anm. 17 c), logisch verbunden. Zu Unrecht wurde der Satz manchmal als „excursus“, „tribonianische Abschweifung“ gekennzeichnet, cf. De Sarlo, a. a. O., S. 110, 131; seine Echtheit verteidigt Longo, a. a. O., De Santis, S. 98; s. auch o. Anm. 19.

⁶⁹ Das *dumtaxat* ist hier wichtig: damit wird die mildere *culpa* — Haftung aus der *locatio conductio* der Haftung für *casus* und höhere Gewalt gegenübergestellt, die den Schiffer als Eigentümer der Ladung betrifft, sowohl wie — auf älterer Stufe der Rechtsentwicklung — vermittelt der *a. o. a.* einklagbar war.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Schiffer in beiden Fällen für *dolus* einstehen mußte, worüber der Text schweigt.

des Servius-Alfenus Betrachtungen über das Eigentum nebst dem Ausdruck *avertere* vorfand, so faßte er dieses *avertere* im herkömmlichen Sinne von „sich aneignen“ auf, was ihn auch zu Behauptungen über die *actio furti* führte, die dem Originaltext vollkommen fremd sind.

VII. Obige Auffassung des juristischen Wesens der *a. o. a.* läßt das Verschwinden dieser Klage aus dem römischen Seetransportrecht als Folge der Tatsache erscheinen, daß die Klage zu bestimmten, neuentwickelten sozial-wirtschaftlichen Verhältnissen des Seehandels nicht mehr paßte. Die Garantiestipulation als *stricti iuris* Geschäft mit ihrer starren *onus aversum*-Klausel führte nämlich beim Sammeltransport vertretbarer Waren (Getreide, vielleicht auch Wein) unter Umständen zu erwähnten unhaltbaren Rechtsfolgen. Die Einzelheiten — und sogar auch viele Grundfragen — dieser hier vermutungsweise geschilderten rechtsgeschichtlichen Entwicklungen müssen natürlich wegen Quellenmangel dahingestellt bleiben⁷⁰.

Zur weiteren Sicherung der Interessen der römischen Warenbesitzer im Seetransport wurde jedenfalls als neues wirksames Rechtsinstitut das prätorische *receptum nautarum* eingeführt, das mithin als geschichtliche und logische Fortsetzung der Stipulation *si onus aversum esset* gelten kann⁷¹. Die Klausel *salvum fore* aus dem Receptum schafft nämlich eine ebenso wirksame Grundlage für die Haftungspflicht des Transportunternehmers wie die alte Klausel *si onus aversum esset*, d. h. in beiden Fällen haftet der Schiffer ohne Beschränkung⁷². Der für

⁷⁰ So z.B. die Frage der Zeitspanne dieser Vorgänge, des Verhältnisses der besprochenen Garantiestipulation zu der altrömischen *fides*, zu *locatio conductio operis*, u. a. m.

⁷¹ Zum Problem des *receptum* s. etwa Pauly-Wiss. RE, I A, 355 (Klingsmüller); Berger: *Encycl. Dict.*, s. h. v.; Kaser, *Privatrecht* I, 488; Luzzatto: *Caso fortuito e forza maggiore* (1938), 157 seqq.; Magdelain: *Le consensualisme dans l'Édit du prêteur* (1958), 144 seqq., mit der in diesen Werken zitierten Literatur.

Der hier dargestellten Vermutung gemäß hätte also das *receptum nautarum* seine Vorstufe in der *stipulatio si onus aversum esset*, somit in einer einheimischen römischen Rechtseinrichtung.

⁷² Daß die Haftung aus dem *receptum* in seinen Anfängen eine uneingeschränkte war, darf heutzutage wohl als *communis opinio* gelten (s. Lit. o. Anm. 71). Erst seit Labeo wurde sie gemildert, da dem Schiffer nun eine *exceptio* im Falle der höheren Gewalt zustand. cf. D. 4, 9, 3, 1; Kaser, (o. Anm. 71), Luzzatto, a. a. O., S. 167.

Aus der *locatio conductio rerum vehendarum* allein haftete der Schiffer für *custodia* nicht (cf. *culpam dumtaxat debere*), geschweige denn für höhere Gewalt, s. Übersicht der Frage bei Magdelain, a. a. O., S. 150, Anm. 333; Kaser, S. 488, Anm. 18.

Zum Problem der totalen Haftung des Schiffers im Papyrusrecht cf. Taubenschlag: *The Law of Greco-Roman Egypt* (1955), 382.

den Handelsverkehr praktisch sehr wesentliche Unterschied zwischen diesen Rechtsmitteln besteht aber darin, daß der Begriff *onus* durch einzelne *res*⁷³ und der *stricti iuris* Verbalvertrag durch ein formloses Rechtsgeschäft ersetzt wird.

STRESZCZENIE

Wzmianka o skardze zwanej *actio oneris aversi*, zawarta w powołanym wyżej fragmencie z ks. 5 Digestów Alfenusa Varusa, może posłużyć do sformułowania hipotezy dotyczącej kwestii odpowiedzialności przewoźnika morskiego we wczesnym okresie rzeszypospolitej rzymskiej. Wynikiem badań naukowych może tu być tylko hipoteza, ponieważ cytowany fragment jest jedynym znanym tekstem źródłowym, dotyczącym *actionis oneris aversi*. Ów niedostatek ilościowy podstawy źródłowej można jednak, zdaniem autora, w pewnej mierze wyrównać — a zatem wspomnianą hipotezę uprawdopodobnić — zarówno przez bardziej niż dotychczas wnikliwą analizę tekstu źródłowego, mianowicie zwłaszcza zawartego w nim opisu stanu faktycznego, jak również przez skonfrontowanie uzyskanych w ten sposób wyników z informacjami, jakie posiadamy o stosunkach społeczno-gospodarczych w zakresie rzymskiego handlu i przewozu morskiego. Normy prawne dotyczące tego zakresu stosunków są bowiem szczególnie silnie związane i bezpośrednio uzależnione od swojej bazy społeczno-gospodarczej.

Po przeprowadzeniu krytyki formalnej tekstu źródłowego co do znajdujących się w nim interpolacji poklasycznych (rozd. I) tudzież rozważeniu treści opinii prawnej, udzielonej przez rzymskiego jurystę (rozd. II) zajmuje się autor szczegółowo (rozd. III) analizą opisu stanu faktycznego, przedstawionego na wstępie omawianego tekstu źródłowego. Chodzi tu bowiem o udzielenie odpowiedzi na kluczowe zagadnienie: jaki jest możliwy do pomyślenia charakter prawny *actionis oneris aversi*, by można uznać, że zamiar użycia tej skargi znajdował — z punktu widzenia osób zapytujących o opinię prawną w tej kwestii — dostateczne uzasadnienie i wyjaśnienie w opisanym elementach stanu faktycznego. Niemniej ważne jest wyjaśnienie kwestii, co w podanym konkretnym stanie faktycznym nie pozwoliło jednak zapytanemu o opinię juryście zgodzić się na użycie *actionis oneris aversi*.

Ważnych danych do rozwiązania powyższych zagadnień dostarcza analiza znaczenia (w źródłach prawnych) słów *onus* i *avertere*, znajdujących się w nazwie skargi (rozd. IV).

W rezultacie autor dochodzi do przekonania (rozd. V), że z wyra-

⁷³ Cf. z. B. D. 4, 9, 1, 6.

zonych w dotychczasowej literaturze naukowej poglądów bardziej prawdopodobny jest ten, wedle którego *actio oneris aversi* była skargą reipersekutoryjną, opartą na stosunku kontraktowym, niż skargą penalną z deliktu. W razie zaś przyjęcia takiego założenia za j e d y n i e możliwą — w świetle wspomnianej analizy stanu faktycznego — podstawę prawną *actionis oneris aversi* można uważać stosunek obligacyjny (kontraktowy) *stricti iuris*, w którym przewoźnik zobowiązałby się do dostarczenia ładunku w całości do oznaczonego portu.

Charakter stosunków społeczno-gospodarczych w przewozie morskim okresu wczesnej republiki (rozd. VI), w szczególności zaś zasadnicza przewaga sytuacji gospodarczej i społecznej posiadacza towarów (kupca) nad sytuacją przewoźnika potwierdza pogląd (oparty zresztą na źródłach), że z reguły przewoźnik morski przyjmował na siebie całkowite ryzyko transportu (obiektywną odpowiedzialność za przepadek ładunku). Powszechnie dostępną i jedyną w tym okresie (wobec braku zaskarżalnego *l. c. operis*) formą prawną zabezpieczenia interesów posiadaczy towarów była tu s t y p u l a c j a, w której przewoźnik zobowiązywał się do zapłacenia oznaczonej sumy pieniężnej (wartości ładunku) *si onus aversum esset*, tj. jeśli ładunek z jakiegokolwiek przyczyny nie dopłynąłby w całości do portu przeznaczenia. Skarga z tej stypulacji była zwyczajowo w handlu morskim nazywana właśnie *actio oneris aversi*; podobnie np. skargę ze stypulacji przy pożyczce morskiej nazywano *actio pecuniae traiecticiae* (Biscardi).

Stypulacja powyższej treści oraz wynikająca z niej *actio oneris aversi* przestała odpowiadać potrzebom obrotu, od kiedy (wojny punickie) ładunkiem często przewożonym stały się rzeczy zamienne, a mianowicie szczególnie z b o ż e, a przy tym — od kiedy zboże to, w wyniku rozwoju form organizacyjnych handlu, było przewożone w ładunkach z b i o r o w y c h przez kupców zrzeszonych w korporacje, którzy swoje partie zboża zsypywali w jedną całość na statek. Okoliczność ta spowodowała stopniowe zaniechanie użycia *actionis oneris aversi* tudzież negatywną opinię jurysty co do możliwości jej zastosowania w przedłożonym mu przypadku.

Owa nie odpowiadająca już potrzebom obrotu forma zabezpieczenia interesów posiadaczy towarów w przewozie morskim została w toku dalszego rozwoju historycznego zastąpiona przez nową, doskonalszą instytucję prawną, mianowicie pretorskie *receptum nautarum* (rozd. VII), które także nakładało na przewoźnika pełną obiektywną odpowiedzialność za przewożone towary (przynajmniej do czasu złagodzenia tej odpowiedzialności przez Labeona), a nie stwarzało w praktyce obrotu morskiego trudności charakterystycznych dla stypulacji *si onus aversum esset* i *actio oneris aversi*.

РЕЗЮМЕ

Упоминание о жалобе, называемой *actio operis averse* содержащейся в приведенном фрагменте из 5-ой книги Дигестов Alfenusa Varusa, может служить для сформулирования предположения, касающегося вопроса ответственности морского перевозчика в раннем периоде республики. Результатом научных исследований здесь может быть только гипотеза, так как цитируемый фрагмент является единственным известным первоисточником относительно *actionis operis averse*. Отсутствие достаточного количества первоисточников можно, по мнению автора, в известной мере восполнить — и, следовательно, сделать правдоподобной данную гипотезу — как путем более тщательного анализа первоисточников, а особенно описываемого там фактического положения, так и путем сопоставления полученных результатов с уже имеющимися материалами об общественно-экономических отношениях в области римской торговли и морских перевозов. Юридические нормы относящиеся к этой области отношений, особенно сильно связаны и непосредственно зависят от своей общественно-экономической базы.

В первой главе автор формально критикует содержащиеся в первоисточнике послеклассические интерполяции, во второй главе автор проводит рассуждение на тему оценки римского юриста, в третьей главе автор тщательно анализирует описание фактического положения, представленного вначале текста первоисточника. Необходимо ответить на основной вопрос, а именно, каков был наиболее правдоподобный юридический характер *actionis operis averse*, чтобы можно было установить, что намерение употребления этой жалобы находило — с точки зрения лица, нуждающегося в юридическом совете по данному вопросу, — необходимое обоснование и выяснение в описанных элементах фактического положения. Не менее важным является выяснение вопроса, что в конкретном фактическом положении не позволило однако юристу согласиться на непользование *actionis operis averse*.

Важные данные для разрешения этого вопроса представляет анализ значения (в юридических источниках) слов *onus* и *avertere*, содержащихся в названии жалобы (глава IV).

В результате автор приходит к выводу (глава V) что, из всех существующих до сих пор в научной литературе взглядов наиболее правдоподобным является взгляд, утверждающий, что *actio operis averse* была вернее *actio rei persecutoria* опирающейся на конкретном отношении, чем жалобой на денежное преступление. В случае же применения такого предположения единственно возможной — в свете вышеупомянутого анализа фактического положения — юридической

основой *actionis oneris averse* можно считать тогда облигационное (контрактное) отношение *stricti iuris*, при котором перевозчик обязан был бы доставить груз целиком в назначенный порт.

Характер общественно-экономических отношений при морских перевозках в период ранней республики (глава VI) и в особенности превосходство экономического и политического положения владельца товара (купца) над положением перевозчика подтверждает воззрение (опирающееся на первоисточниках), что морской перевозчик, как правило, принимал на себя весь риск при перевозках (объективная ответственность за гибель груза). Широко распространенной и единственной в этот период (при отсутствии обжалуемого *l. c. operis*) юридической формой страхования интересов владельцев товаров был здесь договор, по которому перевозчик обязан был заплатить определенную сумму денег (стоимость груза) *si onus aversum esset* в случае, если груз по какой-либо причине не был доставлен в целостности и сохранности в назначенный порт. Жалоба на этот договор называлась обычно в морской торговле *actio oneris averse*, так как например, жалоба на договор при морских займах называлась *actio pecuniae traiecticiae* (Biscardi).

Договор вышеупомянутого содержания и вытекающая из него *actio oneris averse* перестали удовлетворять требованиям оборотов, когда (пунические войны) часто перевозимым грузом стали предметы обменного характера, а в особенности зерно при том, когда зерно — в результате развития организационных форм торговли перевозилось как сборный груз купцов, объединенных в корпорации, которые свою часть зерна ссыпали вместе на один корабль. Это привело к постепенному отказу от пользования *actionis oneris averse*, а также получило отрицательную оценку юриста относительно возможности использования её в предположенном ему случае.

Эта не отвечающая уже требованиям оборотов форма обеспечения интересов владельцев товара при морских перевозках постепенно была заменена в ходе дальнейшего исторического развития новой формой, более доскональным юридическим учреждением, а именно, преторским *receptum nautarum* (глава VII), которая тоже накладывала на перевозчика объективную ответственность за перевозимые товары (до времени уменьшения этой ответственности, введенной Лабеоном), и не создавала в практике морской торговли трудностей, характерных для договора *si onus aversum esset* и *actio oneris averse*.