UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Ouvrage collectif | 1998

Published version | Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin

Dufour, Alfred (ed.); Winiger, Bénédict (ed.)

How to cite

DUFOUR, Alfred, WINIGER, Bénédict, (eds.). Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1998. (Collection genevoise)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:16549

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 17:52

PACTE
CONVENTION
CONTRAT

Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin



Helbing & Lichtenhahn
Faculté de Droit de Genève



COLLECTION GENEVOISE

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du
Professeur Bruno Schmidlin





COLLECTION GENEVOISE

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du
Professeur Bruno Schmidlin

Edité par
Alfred Dufour, Ivo Rens, Rudolf Meyer-Pritzl et Bénédict Winiger

Helbing & Lichtenhahn
Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998

Faculté de Droit de Genève

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Pacte, convention, contrat : Mélanges en l'honneur du professeur Bruno Schmidlin / Faculté de Droit de Genève. Ed. par Alfred Dufour ... – Bâle ; Francfort-sur-le-Main : Helbing et Lichtenhahn, 1998
(Collection genevoise)
Beitr. teilw. dt., teilw. franz., teilw. ital. –
ISBN 3-7190-1654-4

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi demande l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-1654-4
Numéro de commande 210 1654
© 1998 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle
Conception graphique: Vischer & Vettiger, Bâle

Avant-Propos

Constatant que la plupart des étudiants d'aujourd'hui ne savent plus le latin, d'aucuns ont voulu, dans la foulée, enterrer le droit romain. Cette démarche procède d'une confusion entre le contenant et le contenu. Le droit romain mérite toujours d'être étudié dans nos Facultés de droit, non comme un monument du passé, mais comme le père du droit moderne.

Le professeur Bruno Schmidlin nous donne l'exemple de cette nouvelle approche d'un droit historique. Délaissant le cas classique des esclaves Primus et Secundus, vendus sur le forum pour cinquante sesterces, il nous montre l'apport du droit romain à la réglementation actuelle de la vente, qui connaît toujours l'action «redhibitoria» et l'action «quanti minoris».

Les présents Mélanges, qui contiennent des contributions traitant aussi bien de sujets de droit positif que de sujets historiques, illustrent cette synthèse des droits romain et contemporain.

La Faculté de droit de Genève est heureuse de pouvoir en faire hommage au professeur Schmidlin à l'occasion de ses 65 ans.

Louis Dallèves
Doyen

Préface

Au cours des siècles écoulés l'étude du droit romain et notamment du *Corpus iuris civilis* de Justinien ont revêtu des fonctions fort différentes.

Lors de la renaissance et de la réception du droit romain en Europe occidentale dès la fin du XIe siècle, les juristes l'utilisèrent comme source de droit positif supplétif dans le cadre du Saint Empire. Amorcé par les Ecoles italiennes des Glossateurs, ce mouvement s'étendit progressivement à l'Europe entière et influença l'évolution des ordres juridiques particuliers. Peu à peu se mit en place un droit civil commun qui fut largement déterminé par le droit romain et qui, pour la première fois dans l'histoire, donna au droit européen une certaine unité conceptuelle.

A partir du XVIe siècle, la néoscolastique espagnole ainsi que l'humanisme juridique portèrent sur les sources du droit romain un regard critique nouveau conférant à la formation juridique un rôle culturel et socio-politique prestigieux. Les humanistes tant protestants que catholiques, tels Jacques Cujas (1522-1590) et Hugo Doneau (1527-1591) de l'Ecole de Bourges, ou Denys Godefroy (1549-1621) et son fils Jacques Godefroy (1587-1652) à Genève, puisèrent dans le droit romain leurs catégories juridiques. Il en fut de même aux XVIIe et XVIIIe siècles pour Hugo Grotius (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1655-1728) ainsi que Christian Wolff (1679-1754) et l'Ecole dite du droit naturel moderne.

Bien que tous les jusnaturalistes ne vissent pas au même degré dans le droit romain la *ratio scripta* et qu'ils subissent d'autres influences, tant anciennes que modernes, ce sont eux qui préparèrent la transformation juridique la plus profonde de notre tradition juridique qui culmina dans les grandes codifications du XIXe siècle, d'abord celles des codes civils français et autrichien et, un siècle plus tard et sous l'influence des Pandectistes allemands, celles du BGB allemand et des codes suisses. Nonobstant leurs innovations, les codificateurs eux-mêmes ne cessèrent de se réclamer des sources justiniennes. Il était donc inévitable que ces grandes codifications nationales ainsi que les apports des sciences sociales entraînassent une certaine relativisation du droit romain au XXe siècle ce qui se traduisit dans les Universités de plusieurs pays par la réduction de son enseignement à la portion congrue.

C'est ici qu'intervient l'apport de romanistes novateurs et modernistes parmi lesquels Bruno Schmidlin tient une place éminente. Alors que de nombreux professeurs de droit romain cultivaient une approche essentiellement passéiste que les tenants du positivisme juridique avaient beau jeu de tenir pour obsolète, d'autres mirent en évidence l'incomparable grille de lecture des institutions juridiques, singulièrement en droit privé, que le droit romain constituait pour les aborder en droit comparé et les évaluer au regard des besoins nouveaux, comme les romanistes de tous les siècles en avaient donné l'exemple. Somme toute, le droit romain est une clef privilégiée pour mettre en évidence au travers du droit comparé une manière de droit européen commun – le droit civil européen –, mais aussi pour ressourcer la doctrine du droit privé dans une perspective tant historique que comparatiste.

Prêchant d'exemple, Bruno Schmidlin a oeuvré à l'avancement des recherches tant en droit romain qu'en droit privé comparé et en droit positif suisse comme l'atteste notamment sa contribution au *Berner Kommentar*; il a non seulement contribué à l'histoire du droit, mais aussi au renouvellement de l'enseignement du droit romain comme l'illustrent le manuel de *Droit privé romain* préparé avec Carlo Augusto Cannata, réédité et réimprimé à plusieurs reprises depuis sa première parution en 1984, ainsi que son cours de droit civil européen. C'est sans doute dans ce domaine que la Faculté de droit de Genève lui est le plus redevable. Grâce à son approche rénovée du droit romain étroitement liée au droit civil européen, la place de cette discipline s'est trouvée confortée dans le programme d'études de notre Faculté, contrebalançant ainsi la dérive positiviste que notre civilisation de l'immédiat a imprimée dans tant d'autres Universités.

Probablement la mission que le professeur Schmidlin s'était assignée fut-elle facilitée par sa double formation de philosophe et de juriste. En effet, par-delà la valeur strictement juridique du droit romain, et par-delà quelques-unes de ses institutions qui nous paraissent à juste titre indéfendables, à commencer par l'esclavage, le droit romain véhicule un certain nombre de valeurs telles que le respect de la personne humaine, l'autonomie de la volonté, l'idée de la bonne foi et la sécurité juridique qui interpellent le philosophe autant que le juriste contemporains. Un autre mérite du professeur Schmidlin fut d'actualiser cette fonction du droit romain de manière à perpétuer une certaine tradition humaniste que mettent en péril ceux qui voudraient que les juristes fussent de simples techniciens du droit.

Les études que l'on trouvera ci-après illustrent cette polyvalence d'une approche moderniste du droit romain.

En effet, les notions de pacte, de convention et de contrat montrent probablement mieux que toute autre la pertinence et la permanence du droit romain pour certaines de nos catégories juridiques fondamentales. Parmi les études rassemblées dans le présent recueil, quelques-unes seulement portent sur le droit romain proprement dit, le plus souvent d'ailleurs en relation avec des problèmes de droit positif ou de droit comparé contemporains. Certaines traitent des principes fondamentaux du droit des obligations, de la distinction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle, ou de nouveaux contrats en droit positif dans une perspective qu'éclaire l'approche susmentionnée. D'autres enfin abordent les notions de pacte, convention et contrat dans des domaines éloignés du droit privé, tels que le droit constitutionnel et le droit administratif, le droit pénal, le droit social ou le droit international public particulièrement en matière environnementale.

En outre, nous avons regroupé sous la rubrique «Romanité et ordre juridique européen» quelques études portant sur d'autres thématiques telles que la demeure en droit continental, les engagements pris sous l'emprise de la peur, l'histoire des Ecoles juridiques des Proculiens et des prétendus Sabiniens et la dette du droit romain envers les droits grecs. Leurs auteurs les ont conçues comme autant d'hommages à un juriste éminent qui a su renouveler l'enseignement du droit romain en en montrant l'utilité méthodologique et culturelle pour la formation des juristes à une époque où le droit, comme tous nos savoirs et nos sociétés elles-mêmes, ont d'autant plus besoin de repères qu'ils évoluent avec une vitesse accélérée.

Professeur Ivo Rens,

Directeur du Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques,

Faculté de droit de l'Université de Genève,
Genève, mars 1998.

Sommaire

Avant-propos 5
Préface 7
Liste des publications 15
Liste des auteurs 19
Abréviations 21

I. Pacte, convention, contrat en droit romain classique et en droit moderne

Okko BEHRENDS
Feste Regelungsstruktur oder auslegungsfähiges Pflichtenverhältnis 31

Alfred DUFOUR
Pacte, convention, contrat – Les aléas et l'ambivalence politique de la théorie du «contrat social» dans les débats constitutionnels genevois de la première moitié du XVIII[e] siècle 81

Rudolf MEYER-PRITZL
Pactum, conventio, contractus
Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht 99

Letizia VACCA
Profili della «risoluzione» nella *emptio venditio* e nella *locatio conductio rei* 121

Andreas WACKE
Proculus Dig. 2,14,36: Ein *pactum* zur Grundstücksherausgabe an einen Dritten 147

Bénédict WINIGER
Les effets de la responsabilité contractuelle et délictuelle: une histoire ambiguë 161

II. Pacte, convention, contrat dans l'ordre juridique contemporain

Andreas BUCHER
Les conventions d'élection de for – Questions en marge de la loi 177

Franz BYDLINSKI
Eine Skizze über bewegliches Systemdenken im Vertragsrecht 189

Ursula CASSANI
La corruption de fonctionnaire: repression pénale d'un pacte 207

Christine CHAPPUIS
Les règles de la bonne foi entre contrat et délit 227

Christian DOMINICÉ
Observations sur le recours à la convention-cadre en matière environnementale 249

Pierre-Yves GREBER
Pacte, convention, contrat et sécurité sociale 261

Heinrich HONSELL
Der Regress des Versicherers im schweizerischen Recht 279

Helmut KOZIOL
Zum Entfall der Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden 291

Dominique MANAÏ
Le contrat de soins entre l'éthique et le droit 301

Henry PETER
Ius sponsor(ing) in ottica comparatistica 317

Gilles PETITPIERRE
A propos des conventions exclusives de la responsabilité 347

Robert ROTH
La participation du condamné à l'exécution de sa sanction
Nouveau contrat social ou mercantilisation du droit? 359

Herbert SCHÖNLE
Die Deliktshaftung des Verkäufers wegen «Mängel der Kaufsache» 379

III. Romanité et ordre juridique européen

Eugen BUCHER
Mora früher und heute 407

Carlo Augusto CANNATA
Lo splendido autunno delle due scuole 433

Berthold KUPISCH
Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo (Dig. 4,2,1)
Restitution des biens à la suite des persécutions subies par
un groupe dans l'antiquité romaine et à l'époque actuelle 463

Theo MAYER-MALY
Nachdenkliches über *ius* 481

Liste des publications

Bruno SCHMIDLIN

1. Monographies, Commentaires

Das Rekuperatorenverfahren. Eine Studie zum römischen Prozess, Thèse de doctorat, Fribourg 1963, XV + 155 pp.

Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie, Thèse d'habilitation, Vienne/Cologne 1970, XII + 221 pp.

Die Einheit der Rechtsquellen und der Rechtsanwendung im Privatrecht. Gutachten (= Verhandlungen des Fünften Österreichischen Juristentages Wien 1973, Band I, 1. Teil A), Vienne 1973, 101 pp.

Droit privé romain, vol. I: Sources – Famille – Biens, 2e édition, Lausanne 1988, 262 pp.

Droit privé romain, vol. II: Obligations – Successions – Procédure, 2e édition, Lausanne 1991 (avec C. A. CANNATA), 318 pp.

Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Kommentar zu Art. 3-17 OR [Vertragsabschluss und Formvorschriften], Berne 1985/86, XV + 291 pp.

Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR [Irrtum, absichtliche Täuschung, Furchterregung und Vertragsanfechtung], Berne 1993/1995, XII + 384 pp.

2. Articles

«Zur Bedeutung des Besitzes in der Besitzrechtsklage», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 87, 1968 (I), p. 141-177.

«Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im Deutschen und Schweizerischen Recht», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 89, 1970 (I), p. 225-254.

«Si uter volet recuperatores dabo», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 81, 1964, p. 191-211.

«Zur Bedeutung der legis actio: Gesetzesklage oder Spruchklage», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 38, 1970, p. 367-387.

«Rechtsregel und Rechtsfall in der römischen Jurisprudenz», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 22, 1971, p. 311-326.

«Horoi, pithana und regulae. Zum Einfluss der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung», in: TEMPORINI/HAASE, *Aufstieg und Niedergang*

der römischen Welt, Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung II, Prinzipat, vol. 15, Berlin/New York 1975, p. 101-130.

«Sinn, Funktion und Herkunft der Testamentsregeln: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest – hereditas adimi non potest», *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 78, 1975, p. 71-91.

«Regula iuris: Standard, Norm oder Spruchregel? Zum hermeneutischen Problem des Regelverständnisses», in: MEDICUS/SEILER, *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, Munich 1976, p. 91-109.

«Das Problem des Gesetzeszweckes in der Auslegungslehre Savignys», in: SCHEUERMANN/WEILER/WINKLER, *Convivium utriusque iuris. Alexander Dordett zum 60. Geburtstag*, Vienne 1976, p. 79-90.

«Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum akademischen Unterricht. Eine Stellungnahme zu den Empfehlungen der vierten Europäischen Konferenz der Juristischen Fakultäten», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 18, 1977, p. 241-250.

«Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozess», in: HARDER/THIELMANN, *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin 1980, p. 359-371.

«Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller», in: SELB/HOFMEISTER, *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte*, Vienne/Graz/Cologne 1980, p. 192-209.

«L'éclectisme philosophique de Rossi dans sa conception d'une nouvelle étude du droit», in: *Des libertés et des peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi, organisé à Genève, les 23 et 24 novembre 1979*, Genève 1980, p. 65-73.

«Zum Gegensatz zwischen römischer und moderner Vertragsauffassung: Typengebundenheit und Gestaltungsfreiheit», in: SPRUIT, *Maior viginti quinque annis. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for legal history of the University of Utrecht*, Assen 1979, p. 278-296.

«La propriété et ses limites. Quelques considérations préliminaires à propos de la garantie de la propriété dans le projet d'une nouvelle Constitution», *studia philosophica* 41, 1982, p. 63-76.

«Eigentum und Teilungsvertrag. Zu Kants Begründung des Eigentumsrechts», *studia philosophica, Supplementum* 12/1983, p. 47-67.

«La fonction de la 'demonstratio' dans les actions de bonne foi», in: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo, vol. 5*, Milan 1984, p. 707-725.

«Les dessous de table. Les conséquences de l'inobservation des prescriptions de forme dans l'acquisition d'immeubles», *La Semaine Judiciaire* 111, 1989, p. 497-515.

«Der formungültige Grundstückskauf. Bemerkungen zur neueren Lehre und Rechtsprechung», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 109, 1990 (I), p. 223-260.

«L'humaniste Jacques Godefroy à la recherche des sources juridiques», in: SCHMIDLIN/DUFOUR, *Jacques Godefroy (1587-1652) et l'Humanisme juridique à Genève. Actes du colloque Jacques Godefroy*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 61-79.

«Le Mien, le Tien et le Nôtre. Quelques réflexions philosophiques sur les limites du droit fondamental de la propriété», in: *Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique. Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 137-151.

«Il trasferimento di proprietà nel contratto di vendita nel diritto svizzero», in: VACCA, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale, Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990, vol. I*, Milan 1991, p. 305-319.

«Les deux modèles de la formation du contrat en droit naturel et en droit pandectiste», in: *Incontro con Giovanni Pugliese. 18 aprile 1991*, Milan 1992, p. 33-41.

«La notion de faute dans le développement de la responsabilité aquilienne», in: GUILLOD, *Colloque: Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich 1991, p. 72-77.

«Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Fehldiagnose oder Fehlprognose», *Aktuelle Juristische Praxis* 1992, p. 1386-1393.

«Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts? Eine allgemeine Betrachtung 'über den Beruf unserer Zeit zu einer europäischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft'», in: SCHMIDLIN, *Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Heft 16, Bâle 1994, p. 33-56.

«La personne individuelle: Pierre angulaire du système du droit moderne», in: SCHMIDLIN, *Personne, société, nature. La titularité de droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, Fribourg 1996, p. 3-12.

«Pour un droit à mesure d'homme, pour une science humaniste du droit», in: *Campus. Magazine de l'Université de Genève*, N° 38, juillet-septembre 1997, p. 24-25.

«La causa del contratto nel codice civile francese. Qualche osservazione sul consenso unilaterale e la causa lecita nell'obbligazione secondo l'art. 1108 del codice civile», in: VACCA, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso internazionale ARISTEC, Palermo, 7-8 giugno 1995*, Torino 1997, p. 283-292.

«Interessenabwägung bei der Irrtumsanfechtung und Irrtum über künftige Sachverhalte (BGE 123 III 200-204)», *recht* 1997, p. 256-260 (avec Rudolf Meyer-Pritzl).

3. Comptes rendus

Franz Horak, Rationes decidendi, Aalen 1969, *Gnomon* 45, 1973, p. 468-474.

Karl Heinz Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, Munich 1971, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 91, 1974, p. 435-443.

Aldo Schiavone, Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana, Rome/Bari/Laterza 1976, *IURA* 27, 1976, p. 133-142.

Eltjo Johannes Hidde Schrage, Libertas est facultas naturalis. Menselijke vrijheid in een tekst van de Romeinse jurist Florentinus, Leyde 1975, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 46, 1978, p. 53-57.

Wilfried Stroh, Taxis und Taktik. Die advokatische Dispositionslunst in Ciceros Gerichtsreden, Stuttgart 1975, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 95, 1978, p. 421-432.

Mario Talamanca, Lo schema «genus-species» nelle sistematiche dei giuristi romani, Rome 1977, *IURA* 29, 1978, p. 175-187.

Martin Lipp, Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts, Berlin 1980, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 3, 1981, p. 89-92.

Willem Jans Zwalve, Proeve ener theorie der denegatio actionis. Een onderzoek naar de positie van de magistraat in het Romeinse burgerlijke procesrecht, Deventer 1981, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 52, 1984, p. 53-56.

4. Articles dans des encyclopédies

Godefroy, Denis, in: *Schweizer Lexikon in sechs Bänden, vol. 3: Gen-Kla*, Lucerne 1992, p. 140.

Godefroy, Jacques, in: *Schweizer Lexikon in sechs Bänden, vol. 3: Gen-Kla*, Lucerne 1992, p. 140.

5. Editions

Jacques Godefroy (1587-1652) et l'Humanisme juridique à Genève. Actes du colloque Jacques Godefroy, édités par Bruno Schmidlin et Alfred Dufour, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991.

Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 16, Bâle 1994.

Personne, société, nature. La titularité de droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne, Enseignement de 3^e cycle de droit 1994, publié sous la direction de Bruno Schmidlin, Fribourg 1996.

Liste des auteurs

Okko BEHRENDS	Professor an der Universität Göttingen
Andreas BUCHER	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
Eugen BUCHER	Professor emeritus der Universität Bern
Franz BYDLINSKI	Professor an der Universität Wien
Carlo Augusto CANNATA	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Ursula CASSANI	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
Christine CHAPPUIS	Chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève
Christian DOMINICÉ	Professeur honoraire de l'Université de Genève
Alfred DUFOUR	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
Pierre-Yves GREBER	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
Heinrich HONSELL	Professor an der Universität Zürich
Helmut KOZIOL	Professor an der Universität Wien
Berthold KUPISCH	Professor emeritus an der Universität Münster
Dominique MANAÏ	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
Theo MAYER-MALY	Professor an der Universität Salzburg
Rudolf MEYER-PRITZL	Maître-Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève
Henry PETER	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Gilles PETITPIERRE	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
Ivo RENS	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
Robert ROTH	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
Herbert SCHÖNLE	Professeur honoraire de l'Université de Genève
Letizia VACCA	Professoressa della Facultà di giurisprudenza dell'Università Roma Tre
Andreas WACKE	Professor an der Universität zu Köln
Bénédict WINIGER	Maître-Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Abréviations

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich, vom 1. Juni 1811
AbzG	Abzahlungsgesetz, vom 16. Mai 1894 (Deutschland)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen, seit 1818)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861)
AEG	Archives de l'Etat de Genève
AGB-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, vom 9. Dezember 1976 (Deutschland)
AHVG	Gesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, vom 20. Dezember 1946 (Schweiz)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Sankt-Gallen, seit 1992)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, vom 1. Juni 1794
ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (Berlin/ New York)
aOR, altOR	altes Obligationenrecht = Bundesgesetz über das Obligationenrecht, vom 14. Juni 1881, in Kraft vom 1. Januar 1883 bis zum 31. Januar 1911 (Schweiz)
AP, A Pal	Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo (Palermo, dal 1916)
AppG	Appellationsgericht
AS	Sammlung der eidgenössischen Gesetze; ab 1980 Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse (Lausanne, depuis 1876)
AVS	Assurance-Vieillesse et Survivants
BBl	Bundesblatt
BeKo	Berner Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18. August 1896, in Kraft seit dem 1. Januar 1900 (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne, seit 1876)

BGer	Bundesgericht (Lausanne)
BGH	Bundesgerichtshof (Karlsruhe, Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Deutschland, seit 1951)
BIDR	Bollettino dell'Istituto di diritto romano (Roma, dal 1940 Milano; Nuova Seria «Vittoria Scialoja» dal 1934 [vol. 42]; Terza Seria dal 1959 [vol. 62])
BIT	Bureau international du travail (Genève)
BIZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich, seit 1902)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel, seit 1954)
BO	Bulletin officiel
BPU	Bibliothèque publique et universitaire (Genève)
BR/DC	Baurecht/ Droit de la construction (Fribourg, depuis 1979)
BT	Besonderer Teil
Bull. de crimino.	Bulletin de criminologie (Lausanne, depuis 1975)
Bollettino	v. BIDR
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Karlsruhe, Deutschland)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Deutschland, seit 1954)
C.	Codex Iustinianus
CCF (CC)	Code civil français, du 21 mars 1804
CCS (CC)	Code civil suisse, du 10 décembre 1907
CE	Conseil des Etats (Suisse)
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950
CEE	Communauté économique européenne
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienne, 11 avril 1980)
CJ, Cod. Iust.	Codex Iustinianus
CJCE	Cour de Justice de la Communauté européenne (Luxembourg)
CL	Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 16 septembre 1988
CN	Conseil national (Suisse)
CO	Code des obligations suisse, du 30 mars 1911

Coll.	Collatio legum Mosaicarum et Romanarum
CPS (CP)	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937
Cst. féd.	Constitution fédérale, du 29 mai 1874 (Suisse)
c. Tanta	Constitutio «Tanta»
C. Theod.	Codex Theodosianus
D., Dig.	Digesta Iustiniani
DFJP	Département fédéral de justice et police (Suisse)
DRdA	Recht der Arbeit (München, seit 1948)
dVVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag, vom 30. Mai 1908 (Deutschland)
EAG	Einheitliches Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen, vom 17. Juli 1973
EdD (ED)	Enciclopedia del diritto
ed. prov.	Edictum provinciale
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, du 20 mars 1981
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen, vom 17. Juli 1973
EMEP	Programme concerté de surveillance et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Strassburg/ Kehl am Rhein, seit 1974)
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, vom 27. September 1968
FF	Feuille fédérale (Suisse)
Fr. Vat.	Fragmenta vaticana
FS	Festschrift
FSA	Fédération suisse des avocats
HGB	Handelsgesetzbuch, vom 10. Mai 1897 (Deutschland)
I., IJ, Inst. Just.	Institutiones Iustiniani
I.L.M.	International Legal Materials (Washington, since 1962)
Index	Index. Quaderni camerti di studi romanistici/ International Survey of Roman Law (Napoli, dal 1970)
IPR	Internationales Privatrecht

IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld, seit 1981)
IRAL	Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances (Lausanne)
Iura	Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico (Napoli, dal 1950)
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, vom 19. Juni 1959 (Schweiz)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (Berne, depuis 1927)
JBl	Juristische Blätter (Wien, seit 1872)
JdT, JT	Journal des Tribunaux (Lausanne, depuis 1853)
JOCE (JO)	Journal officiel des Communautés européennes
JR	Juristische Rundschau (Berlin, seit 1947)
JuS	Juristische Schulung (München, seit 1961)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen, seit 1951)
KantG	Kantonsgericht
KonsumentenschutzG	Konsumentenschutzgesetz, vom 8. März 1979 (Österreich)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung, vom 18. März 1994 (Schweiz)
Labeo	Labeo. Rassegna di diritto romano (Napoli, dal 1955)
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 13 juin 1911 (Suisse)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (Suisse)
Lando Principles	Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies, prepared by The Commission on European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Dordrecht/ Boston/ London 1995
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (Suisse)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (Suisse)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992 (Suisse)
N. CP. Fr.	Nouveau Code pénal français, du 1 mars 1994
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München und Frankfurt am Main, seit 1947)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report (München und Frankfurt am Main, seit 1986)

NssDI	Novissimo Digesto Italiano (Torino)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung (Wien, seit 1946)
OGH, österr. OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OIT	Organisation internationale du Travail (Genève)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht (= Bundesgesetz über das Obligationenrecht, vom 30. März 1911)
Paulys RE	Paulys Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaften, neue Bearbeitung von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, K. Ziegler (Stuttgart, seit 1893)
PGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (1853/55)
Phil.-Hist. Kl.	Philologisch-Historische Klasse
PKG	Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
Pra	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts (Basel, seit 1912)
PrHG	Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht, vom 18. Juni 1993 (Schweiz)
RC	Registre du Conseil
RDAT	Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese (Bellinzona, dal 1991)
RDS	Revue de droit suisse (Bâle, depuis 1882)
recht	recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern, seit 1983)
Rev. crit.	Revue critique de droit international privé (Paris, depuis 1905)
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Paris, depuis 1936)
RF	Règlement des fonctionnaires
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité (Bruxelles, depuis 1948)
RISG	Rivista italiana per le scienze giuridiche (Milano)
Riv. dir. comm.	Rivista di diritto commerciale (Milano, dal 1904)
Riv. dir. processuale	Rivista di diritto processuale (Padova, dal 1891)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Heidelberg, seit 1954)
RJB	Revue suisse des juristes bernois (Berne, depuis 1865)

RLG	Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger und gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe, vom 4. Oktober 1963 (Schweiz)
RO	Recueil officiel
Röm. Privatr., RP	Römisches Privatrecht
RPS	Revue pénale suisse (Berne, depuis 1888)
RS	Recueil systématique
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (Zurich, depuis 1990)
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen (Zurich, depuis 1991)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (Zurich, depuis 1904)
RSLG	Recueil systématique de la législation genevoise en vigueur
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris (Roma, dal 1935)
SEBES	Stratégies énergétiques biosphère et société
SemJud	La Semaine judiciaire (Genève, depuis 1879)
SHA	Scriptores Historiae Augustae
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich, seit 1904)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Schweiz)
SteD	v. SDHI
Sten.Bull.	Stenographisches Bulletin
StrGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch, vom 21. Dezember 1937
SVG	Bundesgesetz über den Strassenverkehr, vom 19. Dezember 1958 (Schweiz)
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift (Bern, seit 1933)
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (Weimar, seit 1880)
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen (Wien, seit 1919)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern, seit 1957)
TAS	Tribunale arbitrale dello sport
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TF	Tribunal fédéral (Lausanne)

TR, TRG	Tijdschrift voor Rechtgeschiedenis - Revue d'histoire de droit (Dordrecht/ Boston/ London et Antwerpen, depuis 1918)
UN	United Nations
Uncitral	United Nations Commission in International Trade Law
Unidroit	Institut international pour l'unification du droit privé (Rome)
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung, vom 20. März 1981 (Schweiz)
vat., Vat.	v. Fr. vat.
VE	Vorentwurf
VIR	Vocabularium Iurisprudentiae Romanae (Berlin)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, vom 2. April 1908 (Schweiz)
WKR	Wiener Kaufrecht (= Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf, vom 11. April 1980)
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (Wien, seit 1966)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (München, seit 1993)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge (Basel, seit 1882)
ZSS	v. SZ

I. Pacte, convention, contrat en droit romain classique et en droit moderne

Feste Regelungsstruktur oder auslegungsfähiges Pflichtenverhältnis

Exegesen zu den beiden Vertragsbildern des römischen Verkehrsrechts am Beispiel der bezifferten Gefahrübernahme für überlassene Sachen

Okko BEHRENDS

1. EINFÜHRUNG

Die Wiedergewinnung der inneren Geschichte des römischen Vertragsrechts[1] der klassischen und vorklassischen Epoche ist auch darstellungstechnisch keine einfache Aufgabe. Alle Fragen, die dieses Unternehmen aufwirft, hängen in ihrem juristischen Detail eng miteinander zusammen. Es ist stets schwierig, einen Komplex herauszuschneiden, der sich für eine selbständige Darstellung eignet. Andererseits sind Detailuntersuchungen notwendig. Eine Gesamtdarstellung der Geschichte des römischen Vertragsrechts, die zu früh erfolgte, liefe Gefahr zu vereinfachen und Informationen, die nur aus der Behandlung spezieller Themen gewonnen werden können, zu vernachlässigen. Mit diesem Beitrag, der einen Romanisten ehrt, der viel dazu beigetragen hat, dem römischen Recht seinen legitimen Platz in der europäischen Juristenausbildung zu behaupten, hoffe ich, etwas gefunden zu haben, das sich einigermassen begrenzen lässt. Es wird sich allerdings auch hier zeigen, dass es unmöglich ist, alle berührten Fragen in vollem Umfang aufzugreifen und in der Ausführlichkeit zu verfolgen, die sie verdienen.

Es geht in diesem Beitrag des Näheren um das Problem, wie das römische Recht darauf reagierte, wenn mit einer Gefahrübernahme in einem bestimmten Rechtsverhältnis eine Abrede getroffen wurde, die formal gesehen

---

[1] Vgl. zu diesem Thema zuletzt insbesondere meinen Beitrag «Die *bona fides* im *mandatum*. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrag», in: Martin Josef SCHERMAIER und Zoltán VÉGH (Hrsg.), *Ars boni et aequi, Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, S. 33 ff. und meine Bemerkungen zum Vertragsrecht und zum kaufrechtlichen Irrtum in dem Aufsatz «La nuova traduzione dei '*digesta*' e la critica interpolazionistica», *Index* 25 (1997), S. 22 ff.

die Voraussetzungen des Geldkaufes erfüllte. Zwei Antworten wurden gegeben. Entweder verselbständigte sich die Abrede zu einem selbständigen Kauf oder sie blieb eine unselbständige Nebenabrede über die Gefahrtragung in dem im übrigen unberührt fortgeltenden Mutterschuldverhältnis. Methodisch handelt es sich um den Gegensatz von flexibler Auslegung und formaler Subsumtion.

In die konkreten, uns überlieferten Fälle gefasst lauteten die Fragen folgendermassen: Hält es sich noch im Rahmen einer Leihe oder Miete, wenn vereinbart wird, dass der Entleiher oder Mieter für den Fall, dass die geliehene oder vermietete Sache ohne sein Verschulden untergeht oder beschädigt wird, sich bereit erklärt, eine ihren vertraglichen Wert darstellende Geldsumme zu zahlen? Oder liegt insoweit bereits notwendig ein – durch den Schadensfall bedingter – Kauf vor? Oder: Ist es noch eine Abrede über das der *actio rei uxoriae* zugrundeliegende Rechtsverhältnis in Gestalt einer blossen Gefahrübernahme, wenn der Ehemann einverstanden ist, dass bestimmte Sachen der bestellten Mitgift von ihm zu einem vereinbarten (der Ehefrau im Fall der Beendigung der Ehe zu zahlenden) Schätzwert in Geld übernommen werden, oder liegt dann ebenfalls schon mit Rechtsnotwendigkeit ein (in diesem Fall sogar unbedingter) Kauf vor?

Wir werden sehen, dass die klassische, auf den Cicerofreund Servius Sulpicius Rufus zurückgehende Richtung in solchen Fällen lehrte: Es ist unweigerlich ein Kauf. Die Parteien haben die wesentlichen Merkmale eines Kaufes vereinbart. Mit der Vereinbarung über den Austausch von Ware gegen Geld haben sie die Grenzen des ursprünglichen Rechtsverhältnisses verlassen und die Voraussetzungen des klassischen Geldkaufes erfüllt. Es gibt keine Möglichkeit, dieses Ergebnis zu vermeiden.

Die klassische Subsumtionstechnik konnte diesem Ergebnis in der Tat nicht ausweichen. Die Rechtslehre des Servius Sulpicius Rufus, die in den Jahren zwischen 82 und 63 v. Chr. für alle sichtbar mit Hilfe eines neu redigierten Edikts die vorklassische Jurisprudenz abgelöst[2] und in dem Edikt *De pactis* auch ihre neue regelhafte Vertragslehre durchgesetzt hatte, musste in dem Vereinbarten einen Kauf erkennen. Nach den neuen Grundsätzen hiess es: Wenn die *conventio* der Parteien als die natürliche Verständigung in der Laiensphäre die Merkmale des *nomen contractus* Kauf darbietet, ist für die

[2] Vgl. den Nachweis in meinem Beitrag, «Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie», in: Okko BEHRENDS und Wolfgang SELLERT (Hrsg.), *Nomos und Gesetz, Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Göttingen 1995, S. 233.

Rechtsordnung notwendig ein Kauf gegeben[3]. Die *ars iuris,* die entsprechend den von ihr anerkannten Begriffen erst abstrakt über die Geltung der Vertragsfiguren selbst und dann konkret über die einer solchen Vertragsfigur entsprechende Einordnung einer vorgelegten Vereinbarung entschied, bot, wenn alle Merkmale der Vertragsfigur gegeben waren, insofern keine Alternative[4].

Die vorklassische Jurisprudenz, die zunächst überwunden war, aber über die sabinianische Rechtsschule und auch über ältere Einflüsse weiterwirkte und die siegreiche klassische Jurisprudenz insbesondere seit der hochklassischen Zeit nach und nach nicht unerheblich milderte, sah dagegen kein Hindernis, die Gefahrübernahme in den genannten Fällen auf der Stufe einer Nebenabrede zu halten. Ihre *bonae fidei interpretatio*[5] war keine formale, an

---

[3] Vgl. Ulpian 4 ad edictum D 2,14,1; 5 und 7. Die Lehre stammt aus der philosophischen Rhetorik, in der Servius Sulpicius, der erste Kommentator des Edikts (Pomp lb sg enchiridii D 1,2,2,44; Cicero, de legibus I 5,17), gemeinsam mit Cicero gelernt hatte, bevor er beschloss, Jurist zu werden. Vgl. Fritz SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 50 f. Anm. 1 und S. 65. Daher liegt sie auch in den frühen, aus Servius Jugendzeit stammenden rhetorischen Schriften vor. Vgl. Cicero, de inventione II 13,67 f. und auctor ad Herennium II 13,20. Zum letzteren Gualterio CALBOLI, *Cornifici Rhetorica ad C. Herennium, Introduzione, testo critico, commento,* Bologna 1969, S. 32 ff. (34).

[4] Cicero, Brutus 41,152 zur *ars iuris* des Servius: *postremo habere regulam qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia* (am Ende eine Regel haben, kraft der über gültig und ungültig entschieden werden kann und über das, was dem vorgelegten Sachverhalt entspricht oder nicht). Diese formale Regel entscheidet nach diesen Worten sowohl darüber, ob eine Norm im Rechtssystem anerkannt ist, als auch darüber, ob ihre Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben sind. Vgl. die Anwendung dieser Denkweise in den Worten des Gaius III 142, wonach die konsensualen Geldverträge *emptio venditio* und *locatio conductio similibus regulis* zustandekommen. Die Bauvorschriften der Konsensualverträge finden sich in der klassischen Rechtsquellentheorie unter dem Gesichtspunkt des *ius gentium.* Vgl. Cicero, part. orat. 37,30 und dazu BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 1), S. 37 Anm. 9. Diese Vertragsfiguren gelten auf der Ebene des Systems und der *institutio aequitatis* (vgl. Cicero, Top. 23,90) kraft zivilisatorischer Übereinkunft, nämlich (so in den Partitiones oratoriae) *conventis hominum et quasi consensu* oder (so die Topica-Stelle) im Rahmen der *pars [institutionis] conveniens.* Es ist danach der vernünftige Konsens der zivilisierten Menschheit (vgl. Gaius I 1), der nach ursprünglicher klassischer Auffassung auf dem Gebiet des *ius gentium* die Vertragsfiguren zur Verfügung stellt, welche den konkreten Vereinbarungen der Parteien Regel und Form vorgeben.

[5] Der Ausdruck findet sich bei Aristo (Neraz 3 membranarum D 2,14,58: *bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio – die Auslegung nach Treu und Glauben, auf die sich all dieses [d.h. hier die Auslegung der Vertragsaufhebungsabrede] bezieht),* bezeichnenderweise im Zusammenhang mit einer materialen Auslegung einer Nebenabrede (es ging um die Anerkennung einer Vertragsaufhebung in einem Fall, in dem eine Vertragsleistung bereits erbracht und nur nachträglich rückgängig gemacht worden war) und meint in der Sache genau das, was die *societas-vitae*-Theorie des Mucius bei Cicero, de officiis III 17,69 ff. für alle Verhältnisse der *bona fides* lehrt, nämlich eine breite Befugnis zur letztlich richterrechtlich vermittelten Auslegung.

festumrissenen Rechtsfiguren ausgerichtete Subsumtion, sondern eine materiale Auslegung, die danach fragte, was für Pflichten übernommen worden waren. Der Geschworene konnte eine Abrede, in welcher der Rückgabe- oder Rückübereignungspflichtige über die Verschuldenshaftung hinaus auch die Gefahr der Sache übernahm, ohne weiteres als angemessene Konkretisierung eines solchen *negotium bona fide contractum* anerkennen. Diese vorklassische, an die gesellschaftliche Tatsache eines pflichtenbegründenden Verhältnisses anknüpfende Lehre machte für ihre spezifisch richterrechtliche Auslegung nicht einmal einen scharfen Unterschied zwischen Vertrag und anderen gesellschaftlich nützlichen Rechtsverhältnissen, in unseren Beispielen zwischen Verhältnissen wie der Miete, die nach klassischer Lehre einen *contractus* (Vertrag) bildeten, und Verhältnissen, wie der Mitgiftverwaltung, die nicht auf Vertrag beruhten[6]. In der klassischen zum Edikt *De pactis* überlieferten Vertragslehre war diese Unterscheidung dagegen in Schärfe enthalten. Erst in hochklassischer Zeit wurde dieser Gegensatz gemildert und Verhältnisse, die wie die *res uxoria* nicht eigentlich vertraglicher Art, aber doch von dem Prinzip der Fremdnützigkeit beherrscht waren, im Wege einer *media sententia* unter die Kategorie des Quasikontrakts gezogen und auf diese Weise dem Vertragsrecht wieder angenähert[7].

---

6 Es besteht kein Zweifel, dass das nur eingeschränkt durch *pacta dotalia* modifizierbare Verhältnis der *res uxoria* (vgl. den Digestentitel D 23,4) kein Vertrag im Sinne des klassischen Systems des Edikts *De pactis* und des daran anknüpfenden Institutionensystems war. Vgl. die systematische Äusserung Modestins unten Anm. 75. Die auffällige Tatsache, dass die *res uxoria* trotzdem im Verzeichnis der späteren Quasikontrakte, der nicht vertraglichen Geschäftsführungs- und Verwaltungsverhältnisse (vgl. Gaius 3 aur D 44,7,5 pr. – § 3 mit Inst. 3,27 und die folgende Anmerkung) fehlt, wird sich weniger daraus erklären, dass die *actio rei uxoriae* in der Kompilation getilgt wurde (denn diese Tilgung war in Wahrheit in der Regel nur eine stereotype Substitution des Wortes *res uxoria* durch das Wort *dos;* vgl. aber CJ 5,13,1 [a.530]), als eher deswegen, weil der nichtvertragliche Charakter eines Verhältnisses, das zwischen zwei geschäftsfähigen Personen aus Anlass einer ihrerseits vertraglichen Eheschliessung getroffen wurde, nicht leicht zu begründen war.

7 Die Lehre von den Quasi-Kontrakten, wie sie sich in Gaius' Schrift «Res cottidianae sive aurea» (in deren 3. Buch, D 44,7,5) findet, ist eine typische *media sententia.* Während auf der einen Seite Q. Mucius bei Cicero, de officiis III 17,70 Rechtsverhältnisse nichtvertraglicher Art wie die *tutela* mit eindeutigen Vertragsverhältnissen wie dem Kauf unter dem Gesichtspunkt der richterlichen *bonae fidei interpretatio* als Einheit erfasst (und Gaius IV 62 beweist, dass die *res uxoria* in diesen Kreis der *bona-fides*-Verhältnisse gehört) und auf der anderen Seite die Lehre des klassischen Edikts durch den Begriff der *conventio* und die Lehre von den *nomina contractus* eine spezifisch formale Vertragstheorie schafft, versucht die Theorie der Quasi-Kontrakte einen Mittelweg, der die Trennung zwar bewahrt, aber durch das «*Quasi*» wieder eine Art innere Verwandtschaft betont. Ein solches Vorgehen ist typisch für die postjulianische Schule der Sabinianer, der Gaius angehört. Vgl. insofern zu dem berühmtesten Fall einer

Die zu betrachtenden Fälle grenzen die rechtlichen Tatbestände auf einer schon recht komplexen Stufe ab, da es darum geht, ob eine zu einem Vertrag getroffene Nebenabrede verselbständigt und aus dem Rechtsverhältnis, in das sie lebensmässig hineingehört, herausgelöst werden muss, oder in ihm verbleiben darf. Durch diese komplexere Fragestellung werden diese Fälle aber auch noch aussagekräftiger als einfachere Abgrenzungsfälle. Dass z.B. die Grenze, die Schenkung und Leihe von Kauf und Miete oder den Auftrag vom Dienstvertrag trennt, durch Vereinbarung einer Gegenleistung überschritten wird, trifft sowohl für die formale Subsumtionstechnik der klassischen Jurisprudenz wie für die materiale Auslegung der vorklassischen Jurisprudenz zu. In diesen elementaren Abgrenzungsfällen zeigt sich der Stilunterschied der beiden Jurisprudenzen erst bei der Frage, ob die Parteien jenseits der Grenze bei einem gültigen Vertrag ankommen. Die vorklassische Auslegung erkennt im Rahmen der wechselseitigen Bedürfnisbefriedigung der *societas vitae* nach dem Massstab der *bona fides* grundsätzlich jedes Tauschverhältnis als klagbar an, während die klassische Jurisprudenz für die Austauschverträge das Geldprinzip vertritt und daher nur den Austausch gegen Geld als *emptio venditio* oder *locatio conductio* anerkennt[8]. Auch hier kommt es dann

Mittelmeinung zuletzt meinen Aufsatz «Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz», *SZ* 112 (1995), S. 195-223.

[8] Die klarste Quelle der Schulenkontroverse, die darüber geht, ob nur auf Geld lautende Austauschverträge oder Tauschverträge jeglicher Art anerkannt werden, ist Gaius III 139, 141 und 142, 144. Die allgemeine Tragweite dieser Schulenkontroverse zeigt sich besonders deutlich an der hochklassischen Mittelmeinung (vgl. unten Anm. 9). Dass die vorklassischen Juristen wie die Sabinianer dachten, bestätigt die Nachricht, dass sie noch nicht, was für die Theorie der Geldverträge kennzeichnend ist und als deren wichtigste Rechtfertigung angeführt wird (vgl. nur Paul 32 ed D 19,4,1 pr.), die Parteirollen unterschieden. Vgl. Gaius ad ed praet [urb] D 19,1,28; ad ed prov D 19,1,20. Die Entscheidung des Servius Sulpicius bei African 8 quaestionum D 19,2,35,1 bestätigt, dass die prokulianische Lehre von den Geldverträgen tatsächlich auf sein System zurückgeht: Eine Tauschabrede zwischen zwei Miteigentümern über eine alljährlich wechselnde Alleinnutzung ihres Grundstücks konstruiert Servius unter der betonten Voraussetzung *«certo pretio»* als zwei Mietverträge über die jeweilige Nutzungsbefugnis, so dass im Jahreswechsel jeder entweder seinen Nutzungsanteil verpachtet oder den Nutzungsanteil des anderen hinzupachtet. Die ausführliche Interpretation dieses nach Inhalt und Kontext ungewöhnlich lehrreichen Fragments, die ich am 4.11.1997 auf der Deutschen Richterakademie in Trier vorgetragen habe, hoffe ich demnächst zu veröffentlichen. Die Entscheidung entspricht mit ihrer Tendenz, ein Lebensverhältnis übermässig zu konstruieren (aus einer einfachen Nutzungsabrede zwischen zwei Gemeinschaftern kraft Miteigentums werden, weil der Nutzungswert beziffert wurde, zwei ausgewachsene Pachtverträge), stilistisch ganz der weiter unten im Text erörterten Gladiatorenentscheidung, in der aus einer schlichten Miete mit Gefahrübernahme das ineinandergreifende Gefüge von bedingtem Kauf und bedingter Miete wird.

bekanntlich in hochklassischer Zeit zu einer *media sententia*, die auf der einen Seite, was die rein konsensuale Vertragsgeltung betrifft, am Geldprinzip festhält, aber zugleich auf der anderen Seite das Tauschprinzip unter der einschränkenden Bedingung der Vorleistung wieder anerkennt[9].

In der bisherigen, von der Interpolationistik und ihren Ausläufern beherrschten Romanistik ist das hier angeschlagene Thema vor allem im Bereich der *res uxoria* behandelt und in der Regel, wie weiter unten gezeigt werden wird, mit den Mitteln der Textkritik gelöst worden. Wir wollen aber, bevor wir uns diesem Bereich zuwenden, das Thema zuvor anhand von Beispielen aus Miete und Leihe in Augenschein nehmen, da dort die Überlieferung so klar ist, dass sie sich als Einführung in das Thema anbietet.

---

[9] Das Synallagma des Aristo (Ulpian 4 ad edictum D 2,14,7,2), der später sogenannte Innominatrealkontrakt, ist der Tauschvertrag des hochklassischen *ius gentium*. Diese rechtsquellentheoretische Einordnung findet sich ausdrücklich bei Marcian 3 regularum D 19,5,25: *aliud dando, ut aliud reddatur, obligari iure gentium possumus*. Sie folgt unmittelbar aus dem klassischen Ediktsystem, da die durch die *media sententia* fortgeführte und gemilderte Lehre ihrerseits dem klassischen *ius gentium* angehört (Ulpian 4 ed D 2,15,7 pr.). Die Einschränkungen, welche in dieser Mittelmeinung dem Tauschprinzip mitgegeben sind, zeigen, dass es sich nicht um eine einfache Rückkehr zum vorklassischen (naturrechtlichen), nur nach *bona fides* urteilenden *ius gentium* handelt (Cicero, de off. III 17 69/70). Es wird grundsätzlich eine *datio rei* verlangt, und zwar nach Pedius die einer *sua res* (Paul 32 ed D 19,4,1,3); ferner gelten nach Aristo auch kaufrechtliche Gewährleistungen (Paul 5 ad Plaut D 19,4,2). Der Grund für das Erfordernis einer *datio rei* liegt offenbar in dem Umstand, dass Aristo seine Lehre aus der *datio ob causam* entwickelt hat (Ulpian 4 ad edictum D 2,14,7,2). Daher erklärt sich auch, dass das *do ut des* und das *do ut facias* der Mittelmeinung keine Schwierigkeiten machte, wohl aber das *facio ut des* und das *facio ut facias*. Vgl. Paul 5 quaest D 19,5,5,3 und 4. Darauf, dass die vorklassische *bonae fidei interpretatio* hier flexibler war, deutet die von Paulus erörterte Möglichkeit, das *facio ut facias* als zweiseitiges Mandat zu interpretieren. – Von der infolge der Mittelmeinung Aristos mit erheblichen Einschränkungen erfolgten Wiederkehr des vorklassischen Tauschprinzips ist zu trennen, dass seit Labeo atypische Rechtsgeschäfte angenommen werden, wenn die Vereinbarung nicht unter ein klassisches *nomen contractus* subsumiert werden kann, aber dennoch hinreichend materiale Argumente für die Annahme einer vertraglichen Haftung vorhanden sind (vgl. nur Ulpian 11 ad edictum D 18,1,50; 31 ad edictum D 19,5,19 pr.). Dies ist keine *media sententia*, sondern eine (modifizierte) Wiederaufnahme des vorklassischen Gedankens des verpflichtenden *negotium* mit dem Ziel, das klassische Vertragsrecht über die prätorischen Möglichkeiten hinaus zu ergänzen. Auf die interessanten dogmatischen Folgen dieser Lehre Labeos ist zurückzukommen.

2. DIE KLASSISCHE SUBSUMTIONSSTRENGE – AM BEISPIEL DER GLADIATORENMIETE

Der folgende Gaius-Text bewahrt uns die klassische Lehre in der Tat in besonderer Klarheit.

Gaius III 146

> *... si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit eorum qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione. iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint.*
>
> (Wenn ich dir Gladiatoren unter der Vertragsbestimmung übergebe, dass mir für jeden einzelnen, der unverletzt die Arena verlässt, «für den Kampfschweiss» 20 Denare gegeben werden, dagegen für jeden einzelnen, der getötet oder verstümmelt worden ist, 1000 Denare, fragt es sich, ob ein Kauf oder eine Miete zustandekommt. Und es hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass es sich bei denen, welche die Arena unverletzt verlassen, jeweils um eine Miete handelt, dagegen bei denen, die getötet oder verstümmelt werden, jeweils ein Kauf vorliegt. Und es wird aus dem, was dann jeweils eintritt, klar, dass gewissermassen für jeden Gladiator jeweils unter der [entsprechenden] Bedingung entweder ein Kauf oder eine Miete vorgenommen wurde. Man bezweifelt nämlich schon nicht mehr, dass Sachen unter Bedingung verkauft oder vermietet werden können.)

Man stelle sich zur Veranschaulichung einen Vertrag zwischen einem Eigentümer einer Gladiatorenschule und einem Munizipalmagistrat vor, der seine Heimatstadt mit Gladiatorenspielen erfreuen möchte und zu diesem Zwecke Kämpfer anmietet[10]. Was die von den Parteien getroffene Abrede bezweckt,

[10] Vgl. die umfassende, auch Rechtsfragen einschliessende Erörterung dieser fremdartigen und abstossenden (durch die Rechtlosigkeit der Sklaven, Kriegsgefangenen und zum Tode Verurteilten ermöglichten) Einrichtung Georges VILLE, *La Gladiature en occident des origines à la mort de Domitien*, Rom 1981. Der Autor nennt unsere Stelle (S. 274 Anm. 102), vermutet richtig, dass die von Gaius erläuterte Vertragsgestaltung in die Republik zurückgeht, nachdem er zuvor wahrscheinlich gemacht hat, dass sich auch Cicero einmal über Atticus an dem einträglichen Geschäft mit Gladiatoren beteiligt hat (S. 271). Cicero wies Atticus darauf hin, dass man die Gladiatoren, statt sie weiterzuverkaufen, wegen ihrer in einem Auftritt bewiesenen Qualität besser vermietet hätte, weil schon durch zwei Vermietungen der Kaufpreis wieder hereingekommen

ist nicht schwer zu begreifen: Es ist eine Miete mit einer besonderen Regelung für den Fall, dass die Gladiatoren durch den vertragsgemässen Einsatz sterben oder unbrauchbar werden. Daher soll der Unternehmer im ersten Fall, der zuerst genannt wird und offenbar – begütigend oder realistisch – als der Normalfall angesehen wurde, einen Mietzins bekommen, im zweiten Fall dagegen das Fünfzigfache, also offenbar eine Art Wertpauschale. Die erste Möglichkeit wurde von der erfolgreichen Meinung als – bedingte – Miete, die zweite Möglichkeit als – bedingter – Kauf gedeutet. Die beiden auf das gleiche Lebensverhältnis bezogenen Regelungen stören einander nicht, sondern bilden durch die jeweilige Bedingung klare Alternativen. Entweder kommt die eine oder die andere Vertragsgestaltung zum Zuge. Je nachdem wie die Bedingung ausgefallen ist, liegt hinsichtlich eines jeden einzelnen Gladiators entweder ein Kauf oder eine Miete vor. Miete ist gegeben, wenn der Gladiator unverletzt die Arena verlassen hat, Kauf, wenn er im Kampf verstümmelt oder tödlich verletzt wurde. Im zweiten Fall kommt der Kauf, der bei Bedingungseintritt eine in der Welt vorhandene Kaufsache und damit einen lebenden Sklaven fordert, im Todeszeitpunkt zustande und damit nach der auch sonst bezeugten Auffassung der klassischen Juristen (vgl. Anm. 11 am Ende) noch vor dem Eintritt des Todes. Diesem Verständnis entspricht auch der brutale Sinn des Ganzen. Der Unternehmer der Gladiatorenschule möchte mit dem verstümmelten und tödlich verletzten Gladiator nichts mehr zu tun haben. Um ihn mag sich sein Kunde kümmern. Das Ergebnis ist klar: Der Kunde soll in Höhe des vereinbarten Preises das Risiko von Tod und Verstümmelung tragen.

Gaius folgt bei dieser Konstruktion ersichtlich nicht der dem heutigen Denken naheliegenden Vorstellung, dass die beiden Verträge – mit ihren alternativen Bedingungen – als Regelungen von Anfang an nebeneinander stehen. Vielmehr sieht Gaius, wie das *aut* am Ende des Textes klar macht, es so, dass vor Bedingungseintritt unbekannt ist, welcher der beiden möglichen Verträge geschlossen ist. Erst nach Bedingungseintritt erweist es sich, welche der beiden Alternativen für den jeweiligen Gladiator gilt. In dieser nachträglichen Klärung, welche Vertragsform für das Rechtsgeschäft gilt, liegt, wie oft bemerkt worden ist, eine Art Rückwirkung[11].

---

wäre (Cicero, ad Att. 4,4a,2: *si locare voluisses, duobus his muneribus liberasses).* Vgl. auch Theo MAYER-MALY, *Locatio conductio,* Wien/München 1956, S. 72 ff. Anthony THOMAS, *Gaius and the Gladiators*, Homenaje Sánchez del Río y Peguero 1967, S. 151-156.

[11] Vgl. – nach einem ersten Hinweis bereits in *SZ* 42 (1922), S. 435 Anm. 2 – Gerhard BESELER, *SZ* 47 (1927), S. 357: «Zwei Verträge unter entgegengesetzten Bedingungen mit Bedingungsrückwirkung». Treffend veranschaulicht Beseler dort mit erdachten

Diese Ansicht entspricht, wie wir gleich noch etwas näher sehen werden, nicht mehr ganz der Art, in der diese Einordnung ursprünglich konzipiert worden ist. Sie ist bereits im Sinne einer *media sententia* gemildert. Es handelt sich schon um eine vermittelnde Meinung, wenn Gaius lehrt, dass die Einordnung des *negotium bona fide gestum* erst nachträglich durch eine von der klassischen Begrifflichkeit gesteuerte Auslegung geklärt wird. Die ungemilderte klassische Ansicht sah darin demgegenüber von Anfang an zwei bedingte Verträge.

Bevor wir aber darauf eingehen, muss uns zunächst der Gaius-Text noch etwas beschäftigen. Gaius macht mit der Wendung *magis placuit*, die eine unterlegene Gegenmeinung voraussetzt, deutlich, dass sich die Bedingungs-

---

Fällen, dass nach Gaius vor Bedingungseintritt nicht klar ist, ob die Gladiatoren gemietet oder gekauft sind. Ebenso Giuseppe GROSSO, *SteD* 9/19 (1943/1944), S. 290 f., der von «evidente retroattività» spricht, jedoch den wichtigen Passus *idque ex accidentibus apparet rell.*, obwohl er sich gedanklich anschliesse (è nella scia della retroattività), als Glossem anzuzweifeln wagt. Vgl. die zusammenfassende Erörterung bei Antonio MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano 1966, S. 151 ff. Siehe auch noch August BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. Teil 2*, Erlangen, Leipzig 1884, S. 408 und MAYER-MALY, *Locatio conductio* (Anm. 10), S. 72 ff. – Der Angriff, den Werner FLUME, «Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker», *SZ* 92 (1975), S. 69-129, S. 123 f. gegen die Auffassung einer rückwirkenden Klärung gerichtet hat, vermag nicht zu überzeugen, ebensowenig wie Flumes unhistorische Generalthese, dass die Römer den Rechtsakt als bedingt angesehen hätten. Diese letztere These überträgt die Lehre vom «aktionalen Formalismus», die Flumes Lehrer Fritz SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 28 ff. für die archaische römische Jurisprudenz entwickelt hat und die dort auch fruchtbar ist, auf deren wissenschaftliche Epoche. Das ist methodisch verfehlt. Der eigentlichen römischen Rechtswissenschaft, die mit dem Beginn der Rechtsliteratur einsetzt, ist in ihren verschiedenen Richtungen nur beizukommen, wenn man sich als Rechtshistoriker um die geistigen Voraussetzungen bemüht, von denen sie ausging. Das gilt nicht zuletzt für die Bedingungslehre. Vgl. dazu einstweilen meine Bemerkungen unten Anm. 14 und Anm. 28. Flumes Feststellungen, dass im Gladiatorenfall Gaius nicht die Sorge beschäftigt habe, welches materielle Rechtsverhältnis bestanden hat, dass es ihm vielmehr nur um die Klassifizierung und die vom Ausgang des Kampfes abhängige (!) Einordnung des Geschäfts gegangen sei, durch das Sklaven für den Gladiatorenkampf überlassen worden seien, treffen zu, reproduzieren aber auch nur das schon von Beseler hervorgehobene Verhältnis von offengelassener Anfangssituation und rückwirkender Klärung. Flumes Behauptung, dass im Falle der Tötung es sicher nicht die toten Sklaven waren, die Kaufgegenstand wurden, trifft ebenfalls zu, rechtfertigt aber seine Angriffe auf die Rückwirkung genauso wenig. Die Sklaven wurden vielmehr im Moment des Todes, d.h. als gerade noch Lebende, Kaufgegenstand. Nach der gleichen Auffassung erklärte das klassische Recht eine Stipulation für wirksam, wenn die Bedingung im Zeitpunkt des Todes des künftigen Schuldners oder Gläubigers eintreten sollte. Denn dann wurde die Stipulation noch unter Lebenden wirksam. War die Bedingung dagegen auf den Zeitpunkt nach dem Tode des künftigen Schuldners oder Gläubigers gestellt, war die Stipulation unwirksam. Vgl. einerseits Inst. 3,19,13, andererseits Inst. 3,19,15.

konstruktion in seinen Augen gegen eine abweichende Meinung durchsetzen musste. Eine solche Gegenmeinung ist in den Quellen auch erkennbar, nämlich als Ansicht des vorklassischen Juristen Q. Mucius Scaevola p.m. Er hat (vgl. den folgenden Abschnitt) die Gefahrübernahme in einem Leihvertrag, dem unentgeltlichen Gegenstück der Miete, einfach als eine bezifferte Gefahrübernahme eingeordnet, die den Haftungsmassstab erhöht. Der für die untergegangene Sache zu zahlende Geldbetrag war nach dieser Auffassung kein Kaufpreis, sondern schlicht eine Schadenspauschale. Grundlage dieser Ansicht war die Auslegungsfreiheit, welche die vorklassische Jurisprudenz im Bereich der *bona fides* hatte. Denn nach den Regeln der *bonae fidei interpretatio* konnte eine bezifferte Gefahrübernahme in ein *negotium bona fide contractum,* das eine Sachüberlassung enthielt, einfach als Nebenabrede aufgenommen werden.

Dass es sich bei der von Gaius vorausgesetzten Gegenansicht um diese vorklassische Auffassung handelt, wird vom Gaius-Text selbst beleuchtet, nämlich durch die Beschaffenheit der Zweifel, die es nach Gaius zu überwinden galt, um sich der Bedingungskonstruktion anschliessen zu können. Sie betrafen die Frage, ob Verträge wie die *emptio venditio* und die *locatio conductio* überhaupt bedingbar seien. Hinter diesen Zweifeln steht der allgemeine Satz, dass *bona-fides*-Verhältnisse überhaupt nicht durch Bedingungen beschränkt werden können. Seine Überwindung hat auch sonst deutliche Spuren hinterlassen, im Auftragsrecht und insbesondere im Gesellschaftsrecht, wo sich Justinian noch ausführlich über die entsprechende Kontroverse auslässt[12].

[12] Daher versichert Paulus 32 ad edictum D 17,1,1,3 zum Auftragsrecht *mandatum ... et sub condicione contrahi potest,* in voller Parallele zu entsprechenden Äusserungen zum Recht der Geldverträge (Paulus 34 ad edictum D 19,2,20 pr *sicut emptio ita et locatio sub condicione fieri potest*; Inst. 3,23,4 *emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest).* Nicht anders zum Gesellschaftsrecht: Paulus 32 ad edictum D 17,2,1 pr. *Societas coiri potest ... vel sub condicione.* Hier gibt es sogar eine Reformkonstitution, die sich – noch einmal nachdrücklich – für die in hochklassischer Zeit bereits herrschend gewordene Ansicht der Bedingbarkeit ausspricht, um das Wiederaufleben eines solchen Streits in der Zukunft zu verhindern: CJ 4,37,6 (a. 531) *De societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest: puta «si ille consul fieret» societatem esse contractam. sed ne simili modo apud posteritatem sicut apud antiquitatem huiusmodi causa ventiletur, sancimus societatem contrahi posse non solum pure, sed etiam sub condicione: voluntates etenim legitime contrahentium omnimodo conservandae sunt.* Es wäre ganz falsch, die Betonung, die Justinian dem Vertragswillen gibt, ihm zuzuschreiben. Sie ist als der durch Auslegung zu ermittelnde Vertragswille das Kernelement des hochklassischen, in entscheidendem Masse von Julian vorbereiteten Kompromisses, an den Justinian nur anknüpft.

In den Kategorien der vorklassischen Jurisprudenz ist jener allgemeine Satz verständlich und folgerichtig: Wer *bona fides* schuldet, schuldet sie unbedingt. Eine von der *bona fides* geprägte Schuld ist mit einer formellen Bedingung unverträglich, so sehr, dass ein bedingtes *bonam fidem praestare* ein Widerspruch in sich ist. Man kann nicht widerspruchsfrei sagen: Sie können sich auf mich verlassen und hinzufügen, aber nur, wenn ein bestimmtes, vertraglich festgelegtes, zukünftiges Ereignis eintritt. Denn mit einer solchen Äusserung sagt man in Wahrheit: Bevor das zukünftige ungewisse Ereignis eingetreten ist, können sie sich nicht auf mich verlassen. Es handelt sich, modern gesprochen, um einen performativen Widerspruch. Für das vorklassische Denken würde, wer so spricht, den Versuch machen, sich den Geboten des von der *bona fides* beherrschten *ius gentium* zu entziehen und sich auf das Gebiet *ius strictum* zu retten, das seinen Eigennutz und seine Freiheit schützt. Dies kann er jedoch nach vorklassischem Recht nur erreichen, wenn er sich der Formen des strikten bürgerlichen Rechts bedient. Sie werden in der vorklassischen Lehre als Zusätze zum ursprünglichen Naturrecht aufgefasst und haben als solche den Zweck, Freiheit und Eigennutz auch gegenüber Ansprüchen der sozialen Rücksichtnahme zu sichern[13]. Zugunsten dessen, der diese strikten Regeln beachtet, sind sie wirksam. Wer dagegen im Bereich der *bona fides* bleibt, kann sich den gesellschaftlichen Anforderungen nicht entziehen. Dies ist der dogmatische Grund, warum eine Bedingung im Bereich der *bona fides* für das vorklassische und altsabinianische Denken nicht möglich war[14]. Wenn im Bereich der *bona fides* Voraussetzungen und

---

[13] Vgl. die entsprechende Lehre der *maiores* einschliesslich Q. Mucius Scaevola bei Cicero, de officiis III 17,69 (siehe den Text unten Anm. 31) und zu der Lehre von den *prosthekai* Johannes VON ARNIM, *Stoicorum Veterum Fragmenta* III Nr. 323, S. 80.

[14] Das vorklassische Recht kannte die Bedingung nur als Regelung des stadtbürgerlichen *ius strictum*. Ihre Geschichte, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, ist gerade deshalb besonders lehrreich. Wir dürfen nämlich annehmen, dass das griechische Wort *prostheke* (das Hinzugefügte), mit dem bezeichnet wurde, was das stadtbürgerliche Recht dem Naturrecht hinzufügte (vgl. oben Anm. 13), in der vorklassischen Jurisprudenz durch das lateinische Wort *condicio* (das Hinzugesagte) wiedergegeben wurde. Da dem Naturrecht ein göttlich-pantheistischer Ursprung zugeschrieben wurde, war dadurch das strikte Recht als das spezifisch menschliche Recht gekennzeichnet. Es war das Recht, das die *condicio humana* der antiken Staatenwelt, deren Erfassung Ziel des vorklassischen Rechtssystems war, von dem goldenen Zeitalter des reinen Naturrechts schied. Vgl. dazu einstweilen meinen Beitrag «Gesetz und Sprache» (oben Anm. 2), S. 186 ff. und meine Untersuchung «Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit», in: Klaus LUIG und Detlef LIEBS (Hrsg.), *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*, Ebelsbach 1980, S. 41 ff. und S. 51 ff. Das klassische Recht wurde demgegenüber als reines *ius humanum* konzipiert (vgl. Cicero, Partitiones oratoriae 37,129). Folgerichtig entwickelte es daher auch eine einheitliche Bedingungslehre.

Umstände vereinbart wurden, unter denen die Leistung geschuldet sein sollte, dann wurden sie von der vorklassischen Methode nicht als verselbständigte formale Bedingungen gedeutet, sondern als Voraussetzungen der Leistungspflicht, die als solche unmittelbar von der *bonae fidei interpretatio* erfasst wurden.

Die siegreiche Meinung geht mit ihrem strengen Subsumtionsschema letztlich auf die Servius-Schule zurück. Dass Gaius sie als hochklassischer Sabinianer mitsamt der neuen Bedingungslehre als die nunmehr richtige mitteilt, hat seinen Grund darin, dass Julian, der zur Zeit des Gaius die sabinianische Schule leitete, dem Grundsatz nach die tatbestandliche Strenge der klassischen Vertragslehre des Servius in die sabinianische Schule rezipiert hat. Die Diskussion, die Julian im Zuge dieser Rezeption mit den Schriften des Servius geführt hat, ist in den Quellen auch noch an einigen Stellen erkennbar[15]. Zwar hatte Julian von der eigenen Schule die Theorie des *negotium gestum* als Grundlage allen Vertragsrechts bewahrt und sich dadurch eine grössere Auslegungsoffenheit bewahrt. Aber die verbindliche Frage, welche die Auslegung in der sabinianischen Rechtsschule beherrschte, war seit Julian, ob das *negotium gestum* eine der Vertragsformen erzeugte, die in der geschlossenen Zahl der vom Ediktssystem des Servius anerkannten Vertragsfiguren vorkamen[16]. Das augenfälligste Ergebnis dieser folgenreichen Rezeption waren die Gaius-Institutionen. Sie sind eine Frucht jener Wende, die Julian in der von ihm geleiteten Schule durchgesetzt hat. Daher steht dieses Lehrbuch bei den Austauschverträgen nicht mehr auf dem altsabinianischen Standpunkt, demzufolge kraft der verkehrsrechtlichen *bona fides* alle Tauschverträge klagbar sind, sondern fordert in Übereinstimmung mit der klassischen Figurenlehre eine Gegenleistung in Geld. (vgl. Gaius III 141: *pretium in numerata pecunia consistere debet*; Gaius III 142, 144).

---

[15] Besonders bezeichnend ist die Überlieferung, dass Julian auch die Entscheidung des Servius Sulpicius bei African 8 quaestionum D 19,2,35,1 kommentiert hat, in der Servius aus dem Tausch der Nutzungsteile zwischen Miteigentümern unter der Voraussetzung eines für beide Leistungen bestimmten *certum pretium* zwei Pachtverträge macht. Vgl. dazu bereits oben Anm. 8. Es gibt noch weitere solche Julian-Servius Diskussionen, die häufig in unmittelbaren oder modifizierten Rezeptionen enden. Vgl. z.B. Julian 44 dig D 41,5,2,2, African 7 quaest D 44,7,3, African 8 quaest D 19,2,35,1 und unten Anm. 40 zum Utilitätsprinzip. Gelegentlich steht aber an ihrem Ende auch ein nicht weniger lehrreicher Dissens. Vgl. z.B. Servius bei Marcellus 13 dig D 46,3,67 mit Julian 18 dig D 12,1,20.

[16] Vgl. näher dazu BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 1), S. 33 ff. Dass Julian, obwohl Sabinianer, vom Boden der (die einfachen Tauschverträge ablehnenden) Vertragstheorie des Edikts *De pactis* argumentiert, beweisen seine Stellungnahmen bei Ulpian 4 ad edictum D 2,14,7,2 und Julian 14 digestorum D 19,5,3.

Mit dieser Wendung der sabinianischen Rechtsschule war die klassische Subsumtionsstrenge – auch Max Kaser spricht in bezug auf das klassische Vertragssystem zutreffend von «juristischer Subsumtion»[17] – praktisch zur Alleinherrschaft gekommen. Hatten die Parteien sich über den Austausch von Waren und Preis geeinigt, dann war dieses einverständliche Handeln, dieses *id quod actum est*, wie Servius es nennt[18], oder dieses *negotium contractum*, wie Julian (und Gaius) in Fortsetzung der vorklassischen Tradition es in der Regel vorziehen zu sagen[19], eben ein Kauf. Diese Subsumtion des die entsprechenden Merkmale aufweisenden Sachverhalts unter die entsprechende Merkmale fordernde Regel, wie sie uns als Kennzeichen der Methode des Servius beschrieben wird (vgl. oben Anm. 4) hat etwas Unweigerliches. Man darf nur nicht vergessen, dass das bei Servius noch ganz deskriptiv gemeinte *id quod actum est* seit der hochklassischen Zeit in der Art einer naturrechtlich aufgeladenen Verkehrsbeziehung gedeutet wurde, mit der Folge, dass das festgehaltene klassische Verhältnis zwischen der tatsächlichen *conventio* der Parteisphäre und dem rechtssystematischen *nomen contractus* nicht mehr einfach als formale Subsumtion eines Falles unter eine Regel aufgefasst, sondern als durch Auslegung zu klärendes Verhältnis von verkehrsrechtlichem, pflichtenträchtigen Naturrechtstatbestand und individualistisch geprägter Rechtsfolge verstanden wurde. Daher rührt auch die berühmte Denkform des *ex contractu nascitur obligatio* (vgl. nur Gaius III 88). Ferner wurden durch diesen Vorgang alle prätorisch geschützten Verhältnisse, die später sogenannten *pacta praetoria*, in das *ius* rezipiert, so dass bei Ulpian selbst das *pactum conventum*, das nur eine Einrede erzeugt und dessen Faktizität Paulus noch mit klassischer Schärfe betont, ganz gegen die ursprüngliche klassische

---

17 KASER verwendet diesen Ausdruck (*Römisches Privatrecht I*[2], S. 581), wo er die Durchbrechung des klassischen Systems mit Hilfe der seit Labeo bezeugten *actio praescriptis verbis* in den Blick nimmt. Anerkennenswerte Ansprüche insbesondere aus Tauschverhältnissen mit einseitiger Vorleistung – dieser der im Grundsatz zutreffend erkannte Zweck der Klageart – sollten «nicht an Schwierigkeiten der juristischen Subsumtion scheitern». Vgl. zu der Frage auch oben Anm. 9.

18 Zur Herkunft dieser deskriptiven Formel aus der Schule des Servius vgl. Fritz PRINGSHEIM, «Id quod actum est», *SZ* 78 (1961), S. 1-91, (S. 18 ff., 43). Die Formel bezeichnet das, was die Parteien wirklich gemeint haben, und fordert dazu auf, die Parteivorstellungen danach auszulegen, was sie von der vertragsrelevanten Welt der Objekte und den Vereinbarungsstrukturen der Ebene der *conventio* in ihr Bewusstsein aufgenommen haben.

19 Vgl. etwa Gaius III 91 und Julian 39 dig D 12,6,33 Das *negotium gestum* oder *negotium contractum* dieser Tradition bildet die Grundlage einer verkehrsrechtlichen *bonae fidei interpretatio*, entweder unmittelbar oder kraft *exceptio;* dass dies in der vorklassischen Tradition steht, zeigt die mucianische *exceptio EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA* (Cicero, ad Att. 6,15).

Konzeption, die der prätorischen Regelbildung die Qualität *ius* vorenthielt, als dem *ius gentium* zugeordnet erscheint[20].

Der klassische Subsumtionsstil war damit trotz der Milderung im wesentlichen von der sabinianischen Rechtsschule rezipiert. Das zeigt sich nicht zuletzt an dem hier besprochenen Fall. Der Gedanke, die Übernahme einer Sachgefahr, bei welcher für die Sache ein Wert in Geld vereinbart worden ist, aus dem Mutterverhältnis der Miete herauszulösen und als selbständigen Geldkauf einzuordnen, folgt im Kern dem Muster regelhafter Subsumtion. Er ist damit Teil des Ergebnisses der bedeutenden geistigen Wende, die Julian in der für Gaius massgebenden Schule durchgesetzt hatte.

Auf sie bezogen gewinnt der für unser Thema so wichtige Gaius-Text III 146 seinen vollen Sinn. Umgekehrt kann nicht überraschen, dass die Worte: *iam enim non dubitatur, quin sub condicione res venire aut locari possit,* mit denen Gaius den neuen Standpunkt von dem älteren Recht der *bonae fidei interpretatio* absetzt, in der interpolationistischen Epoche sogar gelegentlich, weil man sie nicht einordnen konnte, kurzerhand für unecht erklärt wurden[21].

---

[20] Ulpian 4 ad edictum D 2,14,7 pr. *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones 1.2. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.* (Von den Vereinbarungen des [zivilisationsrechtlichen] Völkergemeinrechts erzeugen einige Klagen, einige Einreden. 1.2. Diejenigen, die Klagen erzeugen, bleiben nicht in ihrem [allgemeinen] begrifflichen Namen [Vereinbarung] stehen, sondern gehen in einen besonderen Vertragsnamen über, wie etwa Kauf, Miete, Pacht, Werk- und Dienstvertrag, Gesellschaft, Verwahrung und die übrigen ähnlichen Verträge.) Vgl. dagegen Paulus 3 ed D 2,14,27,2 *in pactis factum versatur.* Auf die subtilen Unterschiede, die sich seit der hochklassischen Zeit noch zwischen den beiden Schulen ausmachen lassen, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Für unseren Zusammenhang genügt die Klarstellung, dass das ursprünglich klassische Verfahren, das eine aus der Parteisphäre stammende Übereinkunft unter eine juristische Regel subsumierte, in der vermittelnden Lehre, nach welcher die Parteivereinbarung die Obligationen (und Einreden) erzeugt und insofern deren natürliche Quelle darstellt, nicht eigentlich aufgegeben ist. Es bleibt dabei, dass für eine solche Rechtsfolgenfeststellung die entsprechenden Merkmale von den Parteien gesetzt sein müssen, auch wenn die vermittelnde Lehre gegenüber der Quelle der zur blossen Rechtsfolge gewordenen Übereinkunft mehr interpretatorische Spielräume gewonnen hat.

[21] Vgl. KNIEP, *Gai Inst. III, 2,* Jena 1917, S. 31 Anm. 4 und nach ihm Siro SOLAZZI, *Bulletino* 49/50 (1948) S. 352. Solazzi erklärt den gesamten Passus *idque ... possint* für postgaianisch, und zwar vor allem deswegen, weil die Bedingungsfähigkeit der beiden von Gaius erwähnten Konsensualkontrakte doch von Anfang an anerkannt gewesen sei. Dem ist zu entgegnen, dass die *emptio venditio* und *locatio conductio* für die vorklassischen und altsabinianischen Juristen nicht als – bedingbare – konsensualvertragliche Schuldverhältnisse, sondern als – nicht bedingbare – *negotia bona fide contracta* aufgefasst wurden.

Die Quellen erlauben nun auch, die Hauptlinie, auf der in unserem Zusammenhang die klassische Subsumtionsstrenge von Servius über die Schule des Proculus in die von Julian reformierte Schule der Sabinianer gelangte, recht deutlich nachzuzeichnen, einerseits durch eine Entscheidung des Schulgründers Proculus, andererseits durch Überlieferung, wie die Servius-Schule die Bedingung im Kaufrecht behandelte.

Die für Proculus überlieferte einschlägige Entscheidung ordnet die in einem Pachtvertrag getroffene Abrede, derzufolge der Verpächter dem Pächter zuvor in Geld geschätztes Inventar überlässt, als Kauf ein.

Pomponius 9 ad Sabinum D 19,2,3

> *Cum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur.*
> (Wird ein Grundstück verpachtet und empfängt der Pächter das Inventar zu einem bestimmten Geldbetrag, dann ist, wie Proculus sagt, der Sache nach vereinbart, dass der Pächter das Inventar gekauft hat, so wie es geschieht, wenn ein Gegenstand zu einem Schätzbetrag als Mitgift bestellt wird.)

Die in der Vertragsvereinbarung gefundene Verknüpfung von Schätzbetrag und Inventar wird von Proculus als konsensualer Geldkauf erkannt, und zwar in regelgerechter Subsumtion des *id quod actum est*. Die Entscheidung ist schulgerecht. Proculus ist schliesslich derjenige, der durch seine Schulgründung die ediktale Vertragstheorie und die Theorie der Geld fordernden Austauschverträge gegen den von der vorklassischen Tradition inspirierten Angriff der Sabinianer verteidigt hat[22]. So erklärt sich auch die gegenüber der Laiensphäre selbständige Technizität der Entscheidung. Gewöhnliche Parteien, die nicht rechtlich informiert sind, werden gewiss nicht leicht darauf kommen, dass man eine Inventarüberlassung wegen der Aestimation in einen selbständigen Kauf verwandeln und aus der Pacht herauslösen kann.

Für die Bedingungslehre ist die Stelle freilich unergiebig, da Proculus die (am Ende der Pacht fällige) Zahlung der Ästimation nicht wie bei der Gladiatorenmiete vom Eintritt eines zukünftigen schädigenden Zufalls abhängig macht. Den Grund dieser einfacheren Konstruktion erfahren wir aus dem Recht der von Proculus zum Vergleich herangezogenen Ästimation der *res uxoria*. Er liegt, wie wir in dem Zusammenhang näher sehen werden, in

---

[22] Daher ist die Schule der Prokulianer auch etwas jünger als die der Sabinianer. Vgl. Detlef LIEBS, «Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat», in: Hildegard TEMPORINI (Hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II 15, Berlin/New York 1976, S. 215 f.

dem Interesse, die Wirkung der Ästimationsvereinbarung möglichst weit zu fassen und auch auf die gewöhnliche Abnutzung zu erstrecken.

Über den Umstand, dass die Servius-Schule und Proculus mit einem bedingten Kauf keine Schwierigkeiten hatten, werden wir auf andere Weise ins Bild gesetzt. Die entsprechenden Quellen finden sich im Zusammenhang der Streitfrage, ob es möglich ist, einen Kauf dadurch zu bedingen, dass der Preis von einem Dritten bestimmt werden müsse. Die Fronten in dieser Kontroverse sind typisch: Ofilius, ein unmittelbarer Servius-Schüler, hielt einen solchen Vertrag ohne weiteres für möglich. Proculus, der Gründer der Schule, die das klassische Recht gegen die von der sabinianischen Rechtsschule getragene Wiederkehr des vorklassischen Rechts verteidigte, folgte Ofilius erwartungsgemäss in dieser Meinung. Cassius, der Mitschulgründer der sabinianischen Schule war nicht weniger erwartungsgemäss gegenteiliger Meinung. Cassius konnte von seinen Prämissen aus eine solche Abrede nur gelten lassen, wenn sie nicht als eine freie Entscheidung des Dritten ausgestaltet, sondern, weil an einem *arbitrium boni viri* ausgerichtet, in gerichtlich überprüfbarer Weise bestimmt war. Denn nur in dem Fall lag eine Bindung in Form eines gerichtlich sanktionierten *negotium bona fide contractum* vor. War dagegen die Preisbestimmung in die freie Hand eines Dritten gelegt, dann hatte sich der Vertragspartner nach vorklassischer Ansicht noch nicht gebunden.

Gaius III 140

> *Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo*[23] *negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est.*
> (Der Preis aber muss bestimmt sein. Denn für den Fall, dass wir etwa untereinander vereinbaren, dass die Sache für den Preis gekauft sein soll, auf den Titius sie schätzen wird, hat Labeo gesagt, dass ein solches Geschäft keinerlei Geltung hat. Dessen Meinung billigt Cassius. Ofilius [ist dagegen der Meinung], dass auch das ein Kauf ist. Dessen Meinung folgt Proculus.)

---

[23] Die Tatsache, dass Labeo der Ansicht der vorklassisch denkenden Sabinianer zustimmte, obwohl doch Labeo sonst (als Sohn eines Servius-Schülers) ein wichtiger Mittler zwischen Servius und den Prokulianern ist, hängt mit seiner Rechtsgeschäftslehre zusammen, deren Darstellung einer anderen Gelegenheit vorbehalten bleiben muss. Labeo hatte die Rechtsgeschäftslehre auf ein individualistisches *negotium bona fide gestum* gestützt, das ebensowenig wie das soziale *negotium bona fide gestum* der Sabinianer eine Bedingung aushielt. Das zeigt Labeos Haltung in dem Fragment Ulpian 11 ed D 18,1,50.

Justinian entschied die Kontroverse zugunsten der klassischen, vom Servius-Schüler Ofilius und vom Schulgründer Proculus gelehrten Position und sprach bei der Gelegenheit auch aus, dass die Preisbestimmung durch eine dritte Person von dieser Lehre tatsächlich als Bedingung angesehen wurde[24]. Die Einordnung entspricht der Tatsache, dass auch der Verkauf einer künftigen Sache bedingungsrechtlich eingeordnet werden konnte[25]. Gewiss gab es in diesen beiden Fällen des noch zu bestimmenden Preises und der zukünftigen Sache eine Besonderheit. Sie liegt darin, dass dann, wenn Preis und Ware bei der Vertragsschliessung noch nicht bestimmt sind und erst durch ein künftiges ungewisses Ereignis, durch die Bestimmung des Preises oder Entstehung der Sache bestimmt werden, jeweils die beiden wesentlichen Konsensinhalte fehlen. Aber das stellte in den Kategorien des klassischen Rechts kein entscheidendes Hindernis dar: Es liess sich entgegnen, dass auch bei der gewöhnlichen Bedingung, mochte sie auch nicht die beiden *essentialia negotii* ins Spiel bringen, die gesamte Geschäftswirkung vom Eintritt der Bedingung abhängig gemacht wurde. Eine Jurisprudenz, die eine Regelung zuliess, die

[24] CJ 4,38,15 (a. 530) *Super rebus venumdandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esset, quanti Titus aestimaverit, magna dubitatio exorta multis antiquae prudentiae cultoribus. 1. Quam decidentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat «quanti ille aestimaverit», sub hac condicione* (!) *stare venditionem, ut, **si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit**, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire ... 2. Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto* (Fortsetzung Anm. 26). Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1952, S. 140 f. nimmt zu Unrecht an, dass die *condicio* «falls der im Vertrag bestimmte Dritte den Kaufpreis bestimmt» eine Erfindung Justinians ist. Diese Annahme verkennt, dass Justinian hier, wie in der Regel, nicht kreativ ist, sondern unter Alternativen seiner Quellen auswählt.

[25] Pomponius 9 ad Sabinum D 18,1,8 pr. *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur. sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.* Die Entscheidung spricht zwar nicht ausdrücklich von einer Bedingung, geht aber ganz wie Gaius III 146 im Gladiatorenfall von einer rückwirkenden Klärung aus: Die Entstehung der künftigen Sache bewirkt, dass der Vertrag schon von Anfang an geschlossen ist. Dass damit auch von Pomponius die für Julian erschlossene *media sententia* angewendet ist, entspricht der Schulzugehörigkeit des Pomponius, der wie Gaius selbst ein postjulianischer Sabinianer ist (vgl. sein *Gaius [Cassius] noster* in Pomponius 22 ad Quintum Mucium D 45,3,39). Die Regel, dass eine vereitelte Bedingung als eingetreten gilt, ist im übrigen typisch bedingungsrechtlich. Vgl. Julian 55 digestorum D 35,1,24 = Paulus 77 ad edictum D 50,17,161, wo die Anwendung des Grundsatzes (in vorklassischer Tradition) allein an Rechtsverhältnissen des strikten Rechts exemplifiziert wird, nämlich für Legate, Erbeinsetzungen und Stipulationen. Die Anwendung auf das Kaufrecht bei Ulpian 11 ad edictum D 18,1,50 beruht auf der klassischen Verallgemeinerung des Bedingungsrechts. Vgl. dazu bereits oben Anm. 14.

keine ausserhalb ihrer liegende Folgen entfaltete, wenn ein äusseres Ereignis nicht eintrat, konnte auch eine Regelung zulassen, die keine ausserhalb ihrer liegende Folgen entfaltete, wenn der Dritte den Preis nicht bestimmte oder eine künftige, nach ihren Entstehungsbedingungen definierte Sache nicht entstand.

Justinian hat sich gegenüber den beiden, die *cultores antiquae iurisprudentiae* trennenden Positionen bewusst für die klassische Ansicht entschieden. Die vorklassische Gegenansicht wird von ihm mit entsprechender Eindringlichkeit kritisiert: Der Kaiser wendet sich scharf gegen die Ansicht derer, welche die Abrede über die Preisbestimmung durch einen Dritten dem Massstab eines *arbitrium boni viri* unterwerfen und damit dem richterlichen Preisbestimmungsrecht Raum schaffen wollten[26]. Dieser Weg vor den nach *bona fides* urteilenden Richter, den Justinian kurzerhand verbot, bildete die typische mehrfach überlieferte Lösung, welche die *veteres* und die Sabinianer anwandten, um im Bereich der *bona fides,* der in ihrer Tradition formelle Bedingungen nicht zuliess, vereinbarte Voraussetzungen im Wege einfacher Auslegung zur Geltung zu bringen[27].

---

[26] CJ 4,38, 15 2 (Fortsetzung von Anm. 24) ... *nulla coniectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitirum respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huismodi sanctiones expellimus* (...wobei keinerlei Vermutungen oder besser Wahrsagereien über die Frage in Zukunft beibehalten werden dürfen, ob die Vertragsschliessenden mit Blick auf eine bestimmte Person oder mit Blick auf die Entscheidung eines redlichen Dritten zu solchen Abreden geschritten sind, weil wir das [d.h. solche Unterscheidungen] für völlig *unmöglich* [d.h. für ohne Willkür undurchführbar] halten und [daher] aus dem Recht ausweisen).

[27] Die folgenden Stellen zeigen, dass die vorklassischen Juristen, die Ulpian zitiert, eine Kaufabrede über die noch vom Verkäufer und bisherigen Sklaveneigentümer vorzunehmende Prüfung der Rechnung dem *boni viri arbitrium* unterstellten, und sich daraus eine von Ulpian ebenfalls im Sabinus-Kommentar mitgeteilte Regel bildete. Die *veteres*-Auslegung findet sich bei Ulpian 28 ad Sabinum; D 18,1,7 pr. *Haec venditio servi «si rationes domini computasset arbitrio» condicionalis est. condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio. sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni? nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti sic spondeat «si voluero, decem dabo»: neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus.* ***placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri quam in domini.*** *si igitur rationes potuit accipere nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta condicio emptionis est et ex empto venditor conveniri potest.* Die ein Prinzip bildende Verallgemeinerung gehört palingenetisch in den gleichen Zusammenhang: Ulpian 28 ad Sabinum D 50,17,22,1 *Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio,* ***pro boni viri arbitrio*** *hoc habendum esse.* Die Palingenesie lässt schliesslich auch noch erkennen, dass an der gleichen Stelle des

Die Servius-Schule hat demgegenüber eine Bedingungslehre entwickelt, die auch für die ehedem von dem Naturrechtsprinzip der *bona fides* beherrschten Gebiete galt. Für sie war folglich grundsätzlich jeder Vertrag bedingbar. Das entsprach der inneren Geschlossenheit ihres Vertragssystems. Jede vertragliche Regelung war nach den gleichen Prinzipien gestaltet. Sie baute auf dem natürlichen Begriff der *conventio* auf und wurde dann nach den eine geschlossene Zahl bildenden *nomina contractus* näher spezifiziert. Dass diese Vertragsfiguren ihrer Herkunft nach entweder dem *ius civile* oder dem *ius gentium* entstammten, bedeutete nicht mehr, dass in dem einen Fall strikter Formalismus, in dem anderen Fall der Massstab der *bona fides* über das Bestehen des Schuldverhältnisses entschied, sondern nur noch, dass der in beiden Fällen regelhafte Geltungstatbestand entweder vom *ius proprium* Roms oder von einer zivilisatorischen Vernunft geformt war, die als bei allen Menschen gleich angesehen wurde.

Wir dürfen daher auch annehmen, dass die Bedingungen, die den klassischen Vertragstatbeständen hinzugefügt wurden, ihrer Wirkung nach einheitlich definiert waren. Der bekannten Entscheidung des Servius Sulpicius zur novationsrechtlichen Wirkung der bedingten Stipulation dürfte daher eine allgemeine Bedeutung zukommen. Sie besagt, dass die Bedingung nicht die vertragliche Regelung als solche aufschiebt, sondern nur (als eine an die Regelung anknüpfende Rechtsfolge) die Klagbarkeit. Diese Differenzierung wird in der Entscheidung mit grosser Klarheit durchgeführt. Ihretwegen ersetzte eine bedingte Stipulation im Novationsrecht als gegenwärtige Regelung sofort die alte Stipulation, und zwar ohne Rücksicht auf die Frage, ob die Bedingung eintritt oder nicht. Trat die Bedingung nicht ein, hatte dies die harte Konsequenz, dass der Gläubiger das Klagrecht, das er kraft der alten Stipulation hatte, verlor, aber kein neues gewann. Gaius berichtet uns, dass diese Ansicht des Servius in der hochklassischen Zeit zum Novationsrecht nicht mehr vertreten wurde[28]. Gleichwohl steht diese Ansicht in unseren Quellen

Sabinus-Kommentars auch die Mitteilung nicht fehlte, dass das strikte Recht der Stipulation eine solche Auslegung nicht zuliess. Ulpian 28 Sabinum ad D 45,1,17 *Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata condicione*. Vgl. zu dem Zusammenhang der drei Fragmente Otto LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II, Sp. 1119, Ziff. 2712, der das letzte Fragment sogar in den Text von D 18,1,7 pr. einfügt. Die beiden letzten Fragmente Ulpians lassen den vorklassischen Gegensatz zwischen striktem und *bona-fides*-Recht deutlich durchscheinen. – Eine reiche Anschauung von dem Unterschied zwischen der – kraft *bonae fidei interpretatio* zur Geltung gebrachten – Voraussetzung des vorklassischen Rechts und der formalen Bedingung des klassischen Rechts geben für das Kaufrecht die drei alten Kaufabreden der *in diem addictio*, der *lex commissoria* und des *pactum displicentiae*.

[28] Vgl. Gaius III 179. Wie Gaius berichtet, lehrte Servius, dass eine Novation auch dann wirksam ist, wenn die novatorische Stipulation nicht zur Klagbarkeit führt, und dies

nicht isoliert da. So finden wir zum bedingten Kaufvertrag Entscheidungen von Prokulianern und postjulianischen Sabinianern, die jener Ansicht des Servius entsprechen und ebenfalls davon ausgehen, dass in einem solchen Fall trotz der noch nicht eingetretenen Klagbarkeit bereits eine Regelung vorliegt[29].

Die auf diese Weise erschlossene Auffassung des Servius, dass eine *condicio* nicht den Vertrag, sondern seine über ihn hinausweisenden Rechts-

---

nicht nur in dem Fall, in dem die novatorische Stipulation mit einem Sklaven abgeschlossen worden war, gegen den eine Klage überhaupt nicht möglich ist, sondern eben auch in dem Fall, in dem die novatorische Stipulation bedingt war und die Bedingung nicht eintrat. Nach Flume hätte Servius in beiden Fällen so entschieden, weil für ihn auch eine solche Stipulation ein Rechtsakt gewesen wäre. Gegenüber dieser archaisierenden Lehre (vgl. FLUME, Der bedingte Rechtsakt [Anm. 11], S. 73 ff.) ist jedoch daran zu erinnern, dass die Novation nach der klaren Systematik, wie sie Gaius bewahrt, nicht einen Rechtsakt durch einen Rechtsakt, sondern eine verbalvertragliche Regelung durch eine andere verbalvertragliche Regelung ersetzte. Nach Gaius' Worten (*alio iure utimur*) wurde diese rigorose Lehre, die insbesondere im Fall der novierenden Sklavenstipulation den unglücklich novierenden Gläubiger mit einer Unerbittlichkeit trifft, die an die Sanktion der *plus petitio* erinnert, in seiner Zeit allgemein abgelehnt. Im Fall der bedingten Novationsstipulation war immerhin das materielle Ergebnis in der Sache so sehr gerechtfertigt, dass der novierende Gläubiger später, als die Novationsfähigkeit der bedingten Stipulation verworfen worden war, wie Gaius a.a.O. mitteilt, durch eine *exceptio doli mali* und *pacti conventi* an seinem Vertragswillen festgehalten wurde, die Forderung nur im Fall des Eintritts der Bedingung geltend zu machen. Sehr klärend zu dem Ganzen Wolfgang WALDSTEIN, Konsequenz als Argument, *SZ* 92 (1975), S. 41 ff. Das Argument, mit dem die Ansicht des Servius zurückgedrängt wurde, war offenbar ein Obligationsbegriff, der die scharfe Trennung, die das System der Institutionen nach dem Vorgang von Servius zwischen *obligatio* und *actio* vornimmt, unter dem Gesichtspunkt des *obstringere* (wieder!) zurücknahm. Vgl. Paulus 2 inst D 44,7,3 pr. und Paulus 5 Plaut D 12,1,30. Dass dies eine Rückkehr war, zeigt das vorklassische Recht, nach dem die Bedingungsvereitelung nach dem Prinzip des *fraus distringit, non dissolvit* (Cicero, de off. III 32,113) die Obligation bestärkt. Vgl. die Stellen zum strikten Zivilrecht oben Anm. 25 am Ende und Paulus 75 ad edictum D 45,1,85,7 *Quicunque sub condicione obligatus curaverit, ne condicio exsisteret, nihilo minus obligatur.* Die interessante Frage bedarf einer selbständigen Erörterung. – Dass Gaius das Kaufrecht bei der Diskussion der Ansicht des Servius nicht berührt, ist nur natürlich, da ein Kauf nicht noviert und nach altsabinianischer (und überhaupt vorklassischer) Lehre als *bona-fides*-Geschäft auch nicht bedingbar war.

[29] Proculus und (der in seiner Schulzugehörigkeit unklare) Octavenus rechnen nach Bedingungseintritt die Gefahr, die sich vor Bedingungseintritt verwirklicht hat, dem Käufer zu (Paulus 33 ad edictum D 18,6,8); Ulpian erlaubt in einem bedingten Kauf die Abrede, dass den Käufer die Preisgefahr schon vor Bedingungseintritt trifft (Ulpian 8 disp D 18,6,10). Beide Ansichten behandeln den bedingten Kauf als eine bereits vorhandene Regelung. – Wenn der postjulianische Sabinianer Pomponius (oben Anm. 25) die Vererblichkeit der beiden Seiten des Schuldververhältnisses Kauf, falls dessen Bedingung erst nach dem Todesfall eingetreten ist, mit einer Rückwirkungslehre rechtfertigt *(quasi iam contracta emptione in praeteritum)*, dann entspricht das der Ansicht, der, wie wir sahen, auch Gaius im Gladiatorenfall folgte.

folgen, hier die Klagbarkeit, hinausschiebt, entspricht, wie noch kurz angedeutet sei, seinem Gesamtsystem. Die klare Unterscheidung zwischen der vertraglichen Regelung als solcher (die des näheren als rechtsbegriffliche Spezifizierung einer einheitlichen *conventio* gefasst war), und der davon unterschiedenen Klagbarkeit, entspricht mit ihrer Kontrastierung von *obligatio* (vertragliche Regelung) und *actio* (Klage) nicht nur der bekannten Systematik der Gaius-Institutionen, sondern auch der älteren Systematik des Ediktskommentars. Dessen Vertragslehre unterschied, vermutlich infolge des scharfen Blicks auf die vertragliche Regelung, wie Pedius bei Ulpian 4 ad edictum D 2,14,1,3 *(nullum esse contractum, nulla obligatione, quae non habet in se conventionem)* und Labeo bei Ulpian 11 ad edictum D 50,16,19 *(contractum autem ultro citroque obligationem)* bewahren, auch noch klarer als später Gaius das einseitig verpflichtende Schuldverhältnis *(obligatio)* vom zweiseitig verpflichtenden Schuldverhältnis *(contractus)* und wurde wegen des Grundbegriffs der *conventio* zum Edikt *De pactis* entwickelt. Dagegen wurden die Klagen, die diesen Obligationen zugeordnet waren, in den Ediktkommentaren an anderer Stelle, nämlich jeweils am Ort ihrer Proponierung, behandelt.

Damit können wir festhalten, dass die Ansicht, die die Gladiatorenmiete mit bezifferter Gefahrtragungsabrede als ein Nebeneinander von bedingter Miete und bedingtem Kauf konstruierte, aus der Schule des Servius stammt. Gaius konnte sie – mit gewissen Modifikationen – lehren, weil Julian die seit Servius im klassischen Ediktkommentar gelehrte Vertragslehre in seine Schule rezipiert und ihre Formen der in seiner Schule gehandhabten rechtsgeschäftlichen Auslegung als Muster vorgeschrieben hatte. Das vorklassische Recht hatte, wie wir jetzt noch etwas näher zeigen wollen, die Dinge viel einfacher gesehen.

3. VORKLASSISCHE AUSLEGUNGSFREIHEIT IM NEGOTIUM BONA FIDE CONTRACTUM LEIHE

Ulpian 28 ad edictum D 13,6,5,3

Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam, et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

(Die Leihe dient meist allein dem Nutzen dessen, dem geliehen wird, und daher ist die Ansicht des Q. Mucius richtiger, der meint, dass der Entleiher sowohl für fahrlässige wie für sorgfaltswidrige Schädigungen

einstehen muss, und dass, wenn etwa die Sache zu einem Schätzwert hingegeben worden ist, von dem, der sich verpflichtet hat[30], den Schätzwert zu leisten, für alle Gefahr eingestanden werden muss.)

Die Stelle erlaubt dank der engen Verwandtschaft zwischen Miete und Leihe einen vollständigen Vergleich mit dem im Vorstehenden erörterten Fall der Gladiatorenmiete. Man kann einen Gladiator ebenso gut verleihen wie vermieten. Zugleich ist die Absprache einer Gefahrübernahme in beiden Verträgen gleichermassen sinnvoll. Wir brauchen den zur Veranschaulichung der Gladiatorenmiete gebildeten Sachverhalt nur dahin abzuwandeln, dass der Inhaber einer Gladiatorenschule mit dem Magistrat, der die Spiele geben will, befreundet und daher bereit ist, seine Kämpfer unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, aber gleichwohl das Risiko, dass sie getötet oder dauernd kampfuntauglich werden, nicht tragen möchte. Er wird dann seinem Freunde die Gladiatoren gerne leihen, aber doch auf einer Risikoübernahme bestehen.

Bedenkt man dies und erkennt so die volle Parallelität beider Stellen, sieht man, dass man sich bei Mucius im Vergleich zu den Institutionen des Gaius dogmatisch in einer anderen Welt befindet. Von dem Gedanken, dass ein bedingter Austausch von Sache und Geld notwendig einen Kauf darstellt, ist keine Spur zu sehen. Die Übernahme der Gefahr ist nichts als eine einverständliche Konkretisierung der Leistungspflichten in einem *negotium contractum*.

Wieso Mucius so denkt, ist nicht schwer zu erklären, wenn man sich seiner Lehre einer von der *bona fides* «durchströmten», in ihren Rechtsverhältnissen von grossen Richtern geordneten *societas vitae* erinnert, in der alle Verträge (ausser denjenigen des strikten Rechts) ihren Platz finden[31]. Das

---

[30] *Qui ... recepit.* Wir haben hier einen wertvollen Beleg für das vorklassische *receptum*, die formlose Garantieübernahme in einem *bona-fides*-Verhältnis. Es bleibt zu untersuchen, ob die vom Prätor in selbständiger Regelbildung geschützten Garantieübernahmen des klassischen Edikts (*receptum nautarum, receptum arbitri, receptum argentarii*) in der vorklassischen Jurisprudenz nicht anders aufgefasst wurden, nämlich als formlose Verpflichtungsübernahmen im Rahmen entweder einer *locatio conductio* (in der Gestalt des Beherbergungsvertrags, der Stallmiete und des Beförderungsvertrags) oder eines Auftrags (der zwischen dem *arbiter ex compromisso* und den Streitparteien zustandekam) oder der darlehensrechtlichen Geschäftsbesorgung.

[31] Vgl. Cicero, de officiis III 17,69 *societas est ... latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, propior eorum qui eiusdem civitatis, itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt, quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet ... 70 ... Q. quidem Scaevola pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magis esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque*

commodatum erscheint später geradezu als ein Musterfall solcher Rechtsverhältnisse der von der *bona fides* beherrschten und auf wechselseitige Hilfe angelegten Menschheitsgesellschaft. Ein bekannter Text, den der Jurist Paulus zum *commodatum* geschrieben hat, macht das in sehr schöner Weise deutlich. Er führt aus, dass bei der Leihe wie bei anderen von ihm ausdrücklich in Parallele gesetzten unentgeltlichen Verhältnissen der *societas vitae* – er nennt die *negotiorum gestio* und das *mandatum* – niemand zu solcher naturrechtlichen Menschenhilfe verpflichtet ist, aber jeder ersatzpflichtig wird, der eine einmal begonnene Hilfe dieser Art nicht vollendet[32]. Ich habe an anderer Stelle gezeigt, dass das Insistieren auf dem Tätigwerden – im Unterschied zu dem konsensualen Einverständnis, das die klassische Obligation in Kraft setzt, die dann schon als solche zur Tätigkeit verpflichtet – der vorklassische Gesichtspunkt des *negotium bona fide contractum* ist[33] und als solcher letztlich der *societas-vitae*-Lehre des Mucius entstammt.

Für Mucius stellte sich daher allein die Frage, ob der *iudex*, der in einer von der *bona fides* beherrschten *actio commodati* zu entscheiden hatte, eine solche Abrede anerkennen könne oder nicht. Es versteht sich, dass es unter dieser Fragestellung keinen Grund geben konnte, eine solche Abrede nicht für zweckdienlich zu halten. Wer vertraglich den Nutzen einer Sache übernehmen will, sollte nach Treu und Glauben auch ihre Gefahr übernehmen können. Mit einer solchen Abrede wird jemandem ein Vorteil gewährt, der seinerseits einen Vorteil gewährt hat. Die Übernahme der Gefahr geht zwar über

---

essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret. Vgl. dazu auch den schönen Text Cicero, de officiis I 7,22 *ut placet Stoicis, quae in terris gignantur, ad usum hominum omnia creari, homines autem hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se aliis alii prodesse possent, in hoc naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium adferre, mutatione officiorum, dando accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter homines societatem.* Das Stichwort *beneficium* ist naturrechtlich. Vgl. im folgenden das Fragment des Paulus unten Anm. 32 und die Äusserung Papinians unten Anm. 62.

[32] Paulus 29 ad edictum D 13,6,17,3 *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter (dantem accipientemque) [F, dandum accipiendumque]. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actiones civiles. ut accidit in eo qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare.* Es folgen Beispiele. Die scharfen Grenzen zwischen den Verträgen sind in dieser naturrechtlichen Perspektive weniger wichtig als der gemeinsame Geist der *bona fides*.

[33] Vgl. dazu BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 1), S. 56 ff.

das aus dem vorklassischen Kaufrecht bekannte Naturrechtsprinzip des *cuius commodum eius et periculum* hinaus, da der Entleiher ja nicht die Früchte der geliehenen Sache bekommt[34]. Aber da der Entleiher die gegebene natürliche Besitzverteilung freiwillig ändert, wenn er einem anderen unentgeltlich den Nutzen seiner Sachen gewährt, ist kein Grund ersichtlich, warum der Entleiher das *beneficium* der gewährten Nutzung nicht durch das *beneficium* der Gefahrübernahme soll beantworten können. So etwa muss Mucius argumentiert haben.

Diese einfachen Zusammenhänge sind bisher dadurch verunklart worden, dass eine sehr verbreitete, von Arangio-Ruiz vergeblich scharf getadelte Lehre das *bonae fidei iudicium* für jünger erklärt als Mucius, ohne zu bedenken, dass Mucius uns als der grosse Verfechter eines durchgehenden *bona-fides*-Prinzips bezeugt ist und ohne zu veranschlagen, dass das Textstück, das ich zitiert habe und in dem Q. Mucius zitiert ist, aus der für die *actio commodati* gut beglaubigten *formula in ius concepta* mit *bona-fides*-Klausel[35]

---

[34] Für den Satz *emptione perfecta periculum et commodum rei venditae est emptoris* wird vorklassischer Ursprung bewiesen durch eine entsprechende *veteres*-Entscheidung zum Weinkauf (Ulpian 28 ad Sabinum D 18,6,1,4), aber auch durch das Vorhandensein einer abweichenden Lehre in der Servius-Schule. Denn nach der Lehre des Servius ging die Gefahr erst nach Übergabe oder im Fall des Annahmeverzuges des Käufers über. Vgl. Paulus 3 Alfeni epitomarum D 18,6,13 und 15 mit Julian 3 ad Urseium Ferocem D 18,6,14 (13) und African 8 quaestionum D 19,2,33. Auf diese Überlieferung, in der sich eine (aus der Auseinandersetzung mit Servius entstandende) *media sententia* Julians verbirgt, ist zurückzukommen.

[35] Zutreffend Otto LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3. Aufl., Leipzig 1927, S. 253, dessen Urteil um so mehr Gewicht hat, als es sich gegen (heute nicht mehr überzeugende) textkritische Zweifel behaupten musste. Insbesondere die Worte (Gaius IV 47): *similes etiam commodati formulae sunt* deuten, unbefangen gewürdigt, darauf, dass das *commodatum* wie das in Vergleich gestellte *depositum* eine Formel mit Klausel *ex fide bona* hatte. Dies wird bestätigt durch Paulus 6 ad Sabinum D 17,2,38 pr., wo das *commodatum* mit *mandatum* und *depositum* unter die *bonae fidei iudicia specialia* gezählt wird, d.h. unter solche, welche die *bona fides* im Phänotyp haben und nicht nur, wie die *actio rei uxoriae*, die Gaius IV 62 zu den *bonae fidei iudicia* stellt und die auf *aequius melius* lautet, dem Genotyp nach. Dazu meine Abhandlung «Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex», *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Phil.-Hist. Kl. 1.* Nr. 7 (1976), S. 285 ff. (S. 295 f.). Auch Ulpian 28 ad edictum D 13,6,3,2 (vgl. Lenels plausiblen Rekonstruktionsversuch a.a.O. S. 253 Anm. 2) ist ein Zeuge, da es der vorklassischen Tradition entspricht, wenn dort das *commodatum* zu den *bonae fidei iudicia* gestellt und dieser gesamten Gruppe die *stricti iuris iudicia* entgegengestellt werden. Dass Gaius IV 62 (im Gegensatz zum Katalog Inst. 4,6,28) die *actio commodati* nicht nennt, erklärt Lenel mit dem Alter des von Gaius benützten Katalogs. Da von den in das klassische Edikt zurückgekehrten *bona-fides*-Verhältnissen die *actio depositi* und die *actio negotiorum gestorum* genannt werden und der Vorgang im wesentlich einheitlich erfolgte (vgl. unten Anm. 37), erscheint es jedoch richtiger anzunehmen, dass der Katalog des Gaius einfach nur unvollkommen

stammt, und schliesslich auch ohne zu beachten, dass die *in factum* konzipierten Formeln erst mit dem neuen Edikt des Servius auftauchen.

Jene Lehre, von der Arangio-Ruiz gesagt hat, sie sei ein reines Phantasieprodukt[36], beruht denn auch auf einem, wie man heute sagen kann, recht naiven *post hoc propter hoc.* Weil in den Ediktkommentaren in den bekannten Dubletten die *formulae in factum conceptae* vor den auf *ex bona fide* lautenden *formulae in ius conceptae* stehen, sollen die faktischen Formeln die genetischen Vorläufer der zivilrechtlichen Formeln sein. Es sollte aber eigentlich klar sein, dass eine Reihenfolge in einem Normtext als solche keine genetische Abhängigkeit bekundet, sondern nur (wenn mit späteren Umstellungen nicht zu rechnen ist) die Reihenfolge wiedergibt, in der die Teile in den jeweiligen Text aufgenommen worden sind. Dies ist auch hier so. Im fraglichen Text, im klassischen Edikt und seiner Kommentierung, sind die an erster Stelle stehenden *in factum* konzipierten Formeln in der Tat die älteren. Sie sind aber historisch gesehen die jüngeren, nämlich nicht älter als dieser Text, das klassische Edikt selbst, das mit der Jurisprudenz des Aquilius Gallus und des Servius Sulpicius auftritt und damit erheblich jünger als die *bona-fides*-Formeln der vorklassischen Jurisprudenz ist.

Die *in factum* konzipierten Formeln waren das Hauptmittel, mit dem die neue Jurisprudenz, deren geistiges Zentrum das Edikt war, das vorklassische Naturrecht verdrängte. Der von ihnen gewährte Schutz, der nicht auf das *ius* gestützt war, war denn auch keineswegs naturwüchsig, sondern von einer anspruchsvollen Rechtsquellenlehre getragen. Hinter ihm stand die Vorstellung, dass das gerichtliche *imperium* als staatliche Befehlsgewalt befugt war, dem System des *ius* überall durch Ergänzung, Unterstützung und Berichtigung zu Hilfe zu kommen, wo dies im Dienst der *naturalis aequitas*, dem Leitwert des zivilisierten Zusammenlebens, erforderlich erschien.

Die Tatsache, dass die *bona-fides*-Formeln im Edikt an zweiter Stelle stehen, erklärt sich also keineswegs aus ihrem jüngeren Alter. Sie erklärt sich vielmehr daraus, dass sie dem klassischen Edikt ursprünglich fehlten und erst später in das Edikt zurückgekehrt sind. Sie nehmen im klassischen Edikt deswegen den zweiten Platz ein, weil der erste Platz bereits besetzt war. Die Tatsache, dass im kaiserzeitlichen Edikt in mehreren Fällen den Verheissungen (*IUDICIUM DABO*) der *in factum* konzipierten Klage ohne Verheissungsedikt die in das *ius* der *bona fides* konzipierten Formeln folgen, bekunden

aktualisiert worden ist. Daher darf er auch aus dem Katalog Inst. 4,6,28, soweit dieser klassische Tradition verwendet, ergänzt werden.

[36] *Il mandato in diritto romano* (1949) S. 46 : «è una mera fantasia che i giudizi di buona fede nascenti dai contratti consensuali siano stati storicamente preceduti da *formulae in factum conceptae.*»

daher eine gewisse – die ursprüngliche Reinheit des servianischen Edikts abmildernde – Koexistenz des klassischen und vorklassischen Rechts.

Der Jurist, der diese Rückkehr initiierte und diese Teilrezeption im Rahmen der neuen klassischen Jurisprudenz durchsetzte, war übrigens Labeo. Er hatte zwar als Sohn eines Servius-Schülers die Lehren dieser Schule so erfolgreich an die Prokulianer vermittelt, dass er (trotz des handgreiflichen Anachronismus) als eine Art Gründer dieser Schule gelten konnte (vgl. Pomponius lb sg enchiridii D 1,2,2, 44 und 47). Dieser Rechtsgelehrte, der nicht ohne Grund in seiner Zeit den Ruf grosser Selbständigkeit und Reformfreudigkeit genoss, hat aber zugleich in das vermittelte Recht mehrfach eingegriffen. Sein hier erörterter Eingriff, die Zurückführung der alten *bonae fidei formulae* in das klassische Edikt, ist für die Leihe, aber auch für andere entsprechende Verhältnisse, daran erkennbar, dass er in den entsprechenden Kommentaren als der älteste Kommentator der «prokulianischen» Tradition zitiert wird[37]. Die von Labeo bewirkte Rückkehr jener vorklassischen *bona-fides*-Verhältnisse in das Edikt war im übrigen keine unkonditionierte, sondern strebte eine Versöhnung mit dem klassischen Geist des Individualismus an: Die *bona fides* wurde bei Labeo – mit Folgen, die auch noch bei dem grosszügiger auslegenden Julian greifbar sind – von einem gesellschaftlichen Naturrechtsprinzip, das eine objektive Pflicht zur Rücksichtnahme auf fremde Interessen postulierte, zu einem individualistischen Verpflichtungsgrund, der an eine bewusste Verantwortungsübernahme anknüpfte[38].

Die Mässigung, welche die wiederaufgegriffenen *bona-fides*-Verhältnisse auf diese Weise am Ende in beiden Schulen erfuhren, zeigt sich auch in

[37] Vgl. Ulpian 28 ad edictum D 13,6,3,11 und 2, wo Labeo an eine vorklassische Fallbetrachtung des *bona-fides*-Verhältnisses Leihe anknüpft, mit Otto LENEL, *Palingenesia I*, Sp. 580 f. mit Anm. 6; siehe ferner die folgende Anmerkung. Wie LENELS *Palingenesie* (I, Sp. 505; II, S. 455 f.) zur *negotiorum gestio* zeigt, hat Labeo sowohl das klassische Verheissungsedikt der *formula in factum concepta* als auch (unter anderem in dem zitierten Fragment) die auf *ex bona fide* auslautende *formula in ius concepta* kommentiert.

[38] Dies zeigt sich sehr deutlich in der Debatte zur Eingriffsgeschäftsführung; Ulpian 10 ad edictum D 3,5,5,5 (3). Labeo kann hier wegen der auf ein eigenes, nicht auf ein fremdes Geschäft gerichteten Willensrichtung des Geschäftsführers eine *negotiorum gestio* nicht anerkennen. Ein Kritiker, vermutlich Julian, findet dagegen konsequent die vom Eingriffsgeschäftsführer betätigte, gezielt rechtsfeindliche, Gesinnung verpflichtender als die fremdnützige Gesinnung des echten Geschäftsführers *(immo magis!);* er steht damit zwar der vorklassischen, einen objektiven Wert darstellenden *bona fides* näher, gibt aber, da er Schädigungsvorsatz *(dolus)* fordert, das Prinzip einer individuellen Zurechnung bei näherer Betrachtung nicht preis. Zu Julians trotz aller Auslegungsfreiheit voluntaristisch und individualistisch bleibenden Haltung gegenüber der Frage, wann ein pflichtenbegründendes Rechtsgeschäft *(negotium)* vorliegt, vgl. zuletzt meine Bemerkungen *Index* 25 (1997), S. 37 ff.

unserer Stelle. Denn Ulpian stimmt Mucius von einer eigenen, selbständigen Warte zu. Der Grund, den er angibt, erweist sich schon durch die Art, wie er formuliert: *Die Leihe dient meist allein dem Nutzen dessen, dem geliehen wird, und daher ist die Ansicht des Q. Mucius richtiger* – nicht als derjenige, der für Mucius bestimmend war. Tatsächlich ist das von Ulpian angeführte Utilitätsprinzip, da es an den Eigennutz einen höheren Pflichtenstandard knüpft, seinem Wesen nach alles andere als naturrechtlich. Dem vorklassischen Naturrecht der *societas vitae* entsprach es, den höchsten Pflichtenstandard gerade in den altruistischen Verhältnissen der Menschenhilfe anzunehmen, ihn dagegen in den eigennützigen Verhältnissen des *ius strictum* herabzusetzen. Zum Mandat ist denn auch überliefert, dass die vorklassische Jurisprudenz volle Sorgfalt forderte, die klassische Jurisprudenz dagegen nur Fehlen von *dolus*[39]. Dagegen finden wir die älteste Fassung des Utilitätsprinzips beim Servius-Schüler Alfenus und in einer Entscheidung, die mit Recht in der Regel seinem Lehrer zugeschrieben wird. Sie legt kennzeichnenderweise die Vertragslehre des Ediktkommentars *De pactis* zugrunde und zeichnet die im gegenseitigen Interesse abgeschlossenen Verträge, die *emptio venditio* (den zur Besitzverschaffung verpflichtenden und Übereignung bezweckenden Geldkauf), die *locatio conductio* (die befristete Überlassung von Sachen oder Arbeit zur Nutzung oder von Sachen zur Bearbeitung für Geld) und die *societas* (Gesellschaft) dadurch aus, dass in ihr ein höherer Sorgfaltsstandard verlangt wird[40]. Dahinter steht allem Anschein nach die Vorstellung, dass diese

---

[39] Vgl. einerseits Ciceros aus seiner Lehrzeit bei vorklassischen Juristen stammende Äusserung pro S. Roscio Amerino 39,113 ... *etiam neglegentia in crimen mandati ... vocatur* (vgl. 40, 116 *Recte igitur maiores* ...) mit meinen Bemerkungen, Die *bona* fides im *mandatum* (Anm. 1), S. 57, andererseits Max KASER, *Das Römische Privatrecht I*, 2. Aufl., München 1971, S. 579 und S. 512. Die von Kaser genannten Ausnahmefälle, in denen der Mandatar auch in der Kaiserzeit für *culpa* haftete, beruhen auf vorklassischen Einflüssen. Sie widerlegen das Utilitätsprinzip schon deswegen nicht, weil es nicht induktiv gewonnen ist, sondern präskriptiv wirken will; es ist also nicht aus der Erfahrung gebildet, sondern will wirken als Lehrsatz eines neuen Systems.

[40] Alfenus 5 digestorum a Paulo epitomatorum D 19,2,31 *in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi* (in Vertragsverhältnissen, die um beider Parteien willen vereinbart werden, wird für Fahrlässigkeit eingestanden). Im Ergebnis übereinstimmend der Julian-Schüler African 5 quaestionum D 30,108, 12: *in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius, dolus malus tantum praestetur.* Julianisch ist hier nur die Kategorie der *bonae-fidei*-Kontrakte, welche das Kontrahieren selbst von einer konsensualen Einigung zu einem (Rechtsfolgen äussernden) Geschäft nach Treu und Glauben erhebt. Vgl. Ulpian lb sg regularum D 44,7,25,1: *ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris similibus* (eine Klage aus Vertrag steht zu, wenn jemand um seines Gewinnes willen mit einem anderen einen Vertrag schliesst. z.B. bei Kauf, bei Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag

Verträge als zentrale Institute des Marktes und der Wirtschaft besonders wichtig sind und daher eine besonders anspruchsvolle Ausstattung hinsichtlich des Pflichtenrahmens rechtfertigen. Die Fassung, die Ulpian hier und an einer anderen bekannten Stelle (Ulpian 29 ad Sabinum D 50,17,23) dem Utilitätsprinzip gibt, argumentiert dagegen mit der Interessiertheit des Einzelnen und verändert eine objektivierende Regel, die zweiseitige auf Gewinnerzielung gerichtete Vertragsinstrumente für so wichtig erklärt, dass in ihnen für *culpa* gehaftet werden muss, zu einer individuellen Regel, derzufolge derjenige, der aus Eigennutz an ein Geschäft herangeht, für *culpa* zu haften hat. Daher kann Ulpian das Prinzip auch an beiden Stellen auf den Entleiher anwenden. Bei der ursprünglichen Fassung des Utilitätsprinzips hätte dem nicht nur die fehlende Gegenseitigkeit, sondern auch die Tatsache entgegengestanden, dass das *commodatum* im reinen Ediktsystem nicht einmal als zivilrechtlicher Vertrag angesehen wurde, sondern nur durch das Edikt geschützt war[41].

Der Umstand, dass die von der *bona fides* geschützte Leihe zwar seit Labeo aus dem vorklassischen Recht in das Edikt zurückgekehrt und daher auch im System des Ediktkommentars *De pactis* als Realvertrag aufgenommen worden war, aber doch in ihm keinen angestammten Platz einnahm, könnte schliesslich auch erklären, warum es Ulpian leichtfiel, sich für die Einordnung der Gefahrübernahme im Fall der Leihe der schlichten interpretatorischen Lösung des Mucius anzuschliessen, obwohl er im Recht der Mitgiftbestellung den klassischen Satz, dass die Vereinbarung eines Austauschs einer Sache

---

und bei anderen ähnlichen Verträgen). Die Gesellschaft nennt Ulpian im Sabinuskommentar (23 ad Sabinum D 50,17,23) als Fall seines erweiterten Utilitätsprinzips, im Ediktkommentar (28 ed D 13,6,5,3) als Anwendungsfall der ursprünglichen Regel, also als Beispiel für einen Vertrag, *ubi utriusque utilitas vertitur*. Die Vermutung Kasers, dass das zuerst von Bernhard KÜBLER, in: *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto von Gierke zum Doktor-Jubiläum*, Bd. II, Breslau 1910, S. 245 ff., individualisierte Utilitätsprinzip auf eine «vielleicht erst nachklassische Schuldoktrin zurückgeht» (*Römisches Privatrecht I*[2], S. 512), übersieht auch hier, dass am Anfang der klassischen Entwicklung die Tat des Servius steht. So sehr sie auf die Praxis Einfluss nehmen wollte und genommen hat, so sehr war sie ihrem Wesen nach «Lehre», die «Schule» gemacht hat, und zwar in einem guten Sinn, so dass auch das leicht pejorative Wort «Schuldoktrin» nicht passt.

41 Der Grund für diese Zurücksetzung, welche die Leihe unter anderem mit der Verwahrung und der Geschäftsführung ohne Auftrag teilt, liegt offenbar darin, dass das neue System die Rechtsinstitute als Schöpfung objektiver zivilisatorischer Notwendigkeit einordnet. Nur solche Verhältnisse sind von der Zivilisationsgeschichte mit Vertragsformen ausgestattet worden, deren Notwendigkeit für eine auf Güteraustausch und Arbeitsteiligkeit angelegte Gesellschaft unzweifelhaft ist. Dazu gehört das *mandatum* trotz seiner Unentgeltlichkeit, weil es Ausdruck notwendiger sozialer Arbeitsteiligkeit war, nicht aber Fälle gelegentlicher Menschenhilfe wie Leihe, Verwahrung oder Geschäftsführung ohne Auftrag.

gegen einen Preis unweigerlich zu einem Kauf führt, durchaus kennt. Dies zeigt der meistdiskutierte Fall der kaufrechtlichen Konstruktion einer bezifferten Gefahrübernahme, dem wir uns jetzt zuwenden wollen.

4. DIE BEZIFFERTE GEFAHRÜBERNAHME FÜR SACHEN DER RES UXORIA ZWISCHEN KLASSISCHER KAUFRECHTSKONSTRUKTION UND VORKLASSISCHER HAFTUNGSÜBERNAHME

a) Die klassische Regelung

Die hoch- und spätklassischen Quellen werden von dem Satz beherrscht, dass Mitgiftsachen, die der Ehemann mit einem bezifferten Wert entgegennimmt, als von ihm gekauft anzusehen sind. Der Ehemann schuldet in diesem Fall am Ende der Ehe der Ehefrau nicht eine Sache, sondern einen Kaufpreis, der folgerichtig auch nicht mit der *actio rei uxoriae*, sondern mit der *actio venditi* geltend gemacht wird. Diese Klage wird jedoch nicht eher erhoben als die *actio rei uxoriae* und erfüllt wirtschaftlich die gleiche Funktion wie diese (vgl. C 3,33,6 a. 230 *soluto matrimonio restituenda ... aestimatio)*. Die Ehefrau konnte jedoch im Fall der *res aestimata* für den Fall der Beendigung der Ehe mit einem festen Kaufpreis rechnen.

In der Zeit der Interpolationistik war man sich nicht ganz einig, ob man diese im Mitgiftrecht auftauchende Kaufrechtsdogmatik für klassisch oder unklassisch zu halten habe. Die meisten haben sie, wie Beseler, durch Interpolationsbehauptungen den Byzantinern zugesprochen[42]. Volterra hat dagegen, wie es scheint, die Klassizität der Kaufrechtsdogmatik verteidigt[43].

[42] Vgl. Gerhard BESELER, «Miscellanea», *SZ* 45 (1925), S. 257 ff., der entsprechenden Interpolationsannahmen Haymanns folgt. Nach ihm etwa Arnold EHRHARDT, *Iusta causa traditionis*, Berlin/Leipzig 1930, S. 91 ff. (93), der das Eindringen byzantinischer Lehren diagnostiziert, und Emilio ALBERTARIO, «Interpolazioni in D 20,4,9,3 (Appunti sulla aestimatio dotis)», in: Studi di Diritto Romano I, Milano 1933, S. 401-406 mit der in der Interpolationistik häufig anzutreffenden Substituierung der vorklassischen durch die justinianische Jurisprudenz: Die in den Quellen mehrfach auftretende Vorstellung, dass die nach striktem Recht dem Ehemann zugeordnete *res uxoria* naturrechtlich der Ehefrau zusteht, wird demgemäss Justinian zugeschrieben.

[43] Edoardo VOLTERRA, In tema di «aestimatio dotis», Rendiconti Istituto Lombardo 66 (1933), S. 1014 ff., zitiert nach Burdese (unten Anm. 44), S. 167 Anm. 3 (der Beseler zu Unrecht als jemanden nennt, welcher der im Text wiedergegebenen Ansicht Volterras nahesteht).

Hans Julius Wolff und nach ihm insbesondere Burdese versuchten einen Mittelweg, erkannten klassische Ansätze an, schrieben aber Justinian die dogmatische Festigung und legislative Verallgemeinerung dieser Ansätze zu und knüpften an diese Annahme viele Interpolationsbehauptungen[44]. Kaser hat nach dem Abklingen der interpolationistischen Phase den Versuch unternommen, die Kaufrechtsdogmatik zu einer bloss Einzelfälle betreffenden Kasuistik herabzustufen[45], um diese Überlieferung mit seiner bekannten Überzeugung von dem wesentlich fallrechtlichen Charakter der römischen Entscheidungskunst in Einklang zu bringen. Diese aus der Freirechtsbewegung stammende Auffassung, die Kaser nicht selber begründet, aber seinem Werk zugrundegelegt hat, konnte systematische Begrifflichkeiten in den Entscheidungen der Klassiker nur als Teil eines topischen und beweglichen Systems anerkennen, nicht dagegen als ernstgemeinte Regelbildung.

Der Blick auf die Quellen ergibt demgegenüber das gleiche Bild wie der bei der Gladiatorenmiete. Es handelt sich, soweit die klassische Tradition ungemildert auftritt, um eine als unweigerlich angesehene Subsumtion: Da eine Vereinbarung, eine Sache gegen Geld einem anderen zum Zwecke der Übereignung zu übergeben, nun einmal ein Kauf ist, so ist, sofern nur die Ehe, für welche die res aestimata hingegeben worden ist, wirklich geschlossen wurde, wie Ulpian sagt, ein «wahrer Kauf» gegeben, und zwar aus Gründen, die wir im Vorgriff schon kurz erwähnt haben und gleich näher erläutern werden, ein Kauf, der nicht durch den Eintritt der Gefahr bedingt, sondern unbedingt ist. Der dotalrechtliche Zweck des «Kaufes» drückt sich nur darin aus, dass die Geltendmachung des Kaufpreises bis zum Zeitpunkt der Beendigung der Ehe aufgeschoben ist.

Ulpian 34 ad Sabinum D 23,3,10,4

Si ante matrimonium astimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub condicione est: namque hanc habet condicionem «si matrimonium

[44] Hans Julius WOLFF, «Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht», *SZ* 53 (1933), S. 331 ff.; Alberto BURDESE, «Aestimatio dotis», in: *Studi in onore di Emilio Betti*, Vol. II, Milano 1962, S. 167-207. Die Monographie Alfred SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln/Wien 1969, S. 133 berührt die Frage nur ganz kurz und ohne eigene Stellungnahme.

[45] KASER, *Römisches Privatrecht I*[2], S. 340: «Das Verhältnis wird in einzelnen Beziehungen, besonders beim Eigentumserwerb an den Dotalsachen und bei der Eviktionshaftung, mit dem Kauf verglichen, ohne dass doch ein solcher (soweit er nicht vorliegt) geradezu unterstellt worden wäre.» Dazu heisst es in der Fussnote 41: «*Causa traditionis*: Pomp. D 19,2,3; *causa usucapionis*: Paul. vat. 111; D 41,9,2; Eviktion: Paul. vat. 105; Ulp. D 23,3,16.» Der Versuch ist methodisch kennzeichnend: Eine klassische Formenlehre wird der Tendenz nach in Kasuistik aufgelöst, wenn auch in Kasuistik mittlerer Abstraktionsstufe. Jede Festlegung und Regelbildung ist damit vermieden.

> *fuerit secutum»; secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et fit vera venditio.*
> (Wenn vor der Ehe in Geld geschätzte Mitgiftgegenstände bestellt worden sind, dann steht das Schätzungsgeschäft gewissermassen unter einer Bedingung. Es hat nämlich folgende Bedingung: «Wenn die Ehe gefolgt sein wird». Ist daher die Ehe gefolgt, vollendet sich die Schätzung der Sachen **und es kommt zu einem wahren Kauf**.).

Die Aussage ist formell: Eine durch Eheschliessung perfekt gewordene *aestimatio rerum* ist ein Kauf. Das ist guter klassischer Stil und entspricht den klaren Regeln und der konsequente Regelanwendung fordernden Methode des Servius. Der «wahre Kauf» ist methodengerecht der regelrechte Kauf, nämlich bestimmt nach der (Cicero, Brutus 41,152) *«regulam qua vera et falsa iudicarentur»*. Wenn die interpolationistische Methode solche Einordnung einfach zu tilgen wagte[46], so folgte das freirechtlicher Voreingenommenheit, also dem Wunsch, verbindliche Begrifflichkeit dem Klassiker abzusprechen und der Schule, insbesondere der byzantinischen und nachklassischen Schule, zuzuschreiben. Solche Versuche haben heute, abgesehen davon, dass sie mit anregenden Beobachtungen verbunden sein können, nur noch historisches Interesse.

Die Parteien konnten selbstverständlich Abweichendes vereinbaren. Wurde z. B. trotz *aestimatio* vereinbart, dass die Sache selbst zurückgegeben werden könne, war, wie Papinian feststellt, kein Kauf gegeben[47]. Denn in diesem Fall bezweckte die vereinbarte *traditio* nicht die für den Kauf wesentliche Übereignung.

War die Ehe noch nicht geschlossen, war die mit der *venditio* gleichgesetzte *aestimatio* noch nicht perfekt, vielmehr, wie Ulpian in dem dem oben

[46] BURDESE, Aestimatio dotis (Anm. 44), tilgt nicht nur *et fit vera venditio*, sondern führt eine entsprechend entschlossene Operation auch am § 5 aus (vgl. seine Bemerkung S. 183: «non esiterei ... a ricostruire il brano genuino eliminando ogni accenno alla compravendita» und die Veranschaulichung der Durchführung dieses Vorsatzes Anm. 48).

[47] Papinian 4 responsorum D 23,3,69,7 *Cum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur.* (Wenn vereinbart wurde, dass die in Geld geschätzten und als Mitgift bestellten Sachen [selbst] nach Auflösung der Ehe zurückgegeben werden sollen, wird nur die [für die Gefahrabrede massgebende] Geldsumme bestimmt, aber kein Kauf zustandegebracht); vgl. Javolen und Labeo in Jav. 6 ex post Labeonis D 23,4,32 pr. und Scaevola 2 resp D 24,3,50; ferner CJ 5,12,21 (a. 294). Eine Sonderstellung nimmt die Vereinbarung der Rückgabe von *mancipia tantidem aestimata*, d.h. von anderen Sklaven gleichen Werts, für die Labeo in zwei Fragmenten zitiert wird (Javolen 6 ex post Labeo D 24,3,66,3; Pomponius 14 ad Sabinum D 23,3,18). Sie sind eine Art Tausch und können schon daher kein Geldkauf gewesen sein. BURDESE, Aestimatio dotis (Anm. 44) S. 170, spricht von *permutatio dotis* und folgert im übrigen S. 176 aus dieser Überlieferung mit Recht, dass Labeo die klassische Einordnung der *aestimatio dotis* grundsätzlich vertrat.

zitierten Fragment folgenden § 5 ausführt (vgl. dessen Text Anm. 48), ein bedingter Kauf. Ging daher die Sache vor Eheschliessung bei der Frau unter, traf sie die Preisgefahr, d.h. der Ehemann schuldete ihr nichts, auch wenn später die Ehe geschlossen wurde[48]. Diese Bedingung trägt dem Umstand Rechnung, dass der «Kauf» eine Gefahrtragungsregelung nur für die Ehe und daher von ihrem Zustandekommen abhängig war. Mit der Bedingung des Gladiatorenkaufes, derzufolge die Verwirklichung der Gefahr den Kauf bedingte, hat sie nichts zu tun.

Dass diese Bedingung bei dem «Kauf» der in Geld geschätzten Dotalsachen fehlte, erklärt sich aus dem *favor dotis*, der anriet, der Ehefrau nicht nur die Gefahr des zufälligen Unterganges, sondern auch die Nachteile der gewöhnlichen Abnutzung und Verschlechterung abzunehmen. Diese dem Ehemann nachteilige Auslegung der *aestimatio* bei Dotalsachen wird in den Quellen auch deutlich ausgesprochen. Ulpian stellt fest, dass eine solche Vereinbarung dem Interesse des Ehemannes nicht nur deswegen widerspricht, weil er haftet, wenn lebende Dotalgegenstände, Sklaven oder Tiere, ohne seine Verschulden sterben (das ist die gewöhnliche Gefahr), sondern auch dann, wenn Kleider abgenützt werden[49]. Es geht also, wie Hermogenian bestätigt,

---

[48] Ulpian 34 ad Sabinum D 23,3,10, 5 *Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint, an mulieris damnum sit, et [hoc consequens est dicere: nam cum sit condicionalis venditio, pendente autem condicione mors contingens exstinguat venditionem,] consequens est dicere mulieri perisse [quia nondum erat impleta venditio, quia aestimatio venditio est].* (Von daher kann man fragen, ob dann, wenn die mit Schätzbetrag als Mitgift bestellten Sklaven vor Eheschliessung untergehen, dies ein Schaden der Frau ist. Und es ist folgerichtig, dies so zu vertreten. Denn da der Kauf bedingt ist, ein während der Bedingungsschwebe eintretender zufälliger Tod aber den Kauf erlöschen lässt, ist es folgerichtig zu vertreten, dass die Sklaven zulasten der Frau untergehen, weil der Kauf noch nicht zustandegekommen ist, weil die Hingabe unter Schätzbetrag ein Kauf ist). Die eckigen Klammern signalisieren die (von mir nicht geteilten) Interpolationsannahmen Burdeses, der diese Textteile den Kompilatoren zuweisen wollte. Die stilistischen Auffälligkeiten des Textes, das zweimalige *consequens* und das zweimalige *quia,* deuten nicht auf inhaltliche Eingriffe, sondern sind Folgen der für die Bildung der Fragmente notwendigen Textkomprimierung. Die Annahme, dass die Kompilatoren mit solchen Interpolationen Justinian ehren wollten, der gesagt hat (C 5,13,1,9 c): *aestimatarum enim rerum maritus quasi emptor et commodum sentiat et stipendium subeat et periculum expectet* (hinsichtlich geschätzter Sachen ist der Ehemann gewissermassen ein Käufer und empfängt die Vorteile und trägt die Gefahr) (vgl. BURDESE, Aestimatio dotis [Anm. 44, S. 184 mit Anm. 83]) verkennt, dass Justinian mit einer solchen Feststellung nichts Neues schafft, sondern lediglich die von ihm übernommene Lehre des klassischen Rechts bekräftigt.

[49] Ulpian 34 ad Sabinum D 23,3,10 pr. *Plerumque interest viri res non esse aestimatas idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat, maxime si animalia in dotem acceperit vel vestem, qua mulier utitur; evenit enim, si aestimata sit et eam mulier adtrivit, ut nihilo minus maritus aestimationem eorum praestet. quotiens igitur non aestimatae res*

auch die gewöhnliche Abnutzung der Dotalsachen auf die «Gefahr» des Ehemannes[50]. Dass eine solche Regelung, soweit sie über die echte «Gefahrtragungsregelung», wie wir sie aus der Gladiatorenmiete kennen, hinausgeht, die Ehefrau begünstigt, ist evident. Durch die *aestimatio* sollte die Ehefrau generell vor der Gefahr geschützt werden, am Ende der Ehe – teilweise – ohne Mitgift dazustehen.

Der «wahre Kauf» hatte allerdings auch Vorteile für den Ehemann. So hielt das durch hoch- und spätklassische Milderung noch deutlich durchscheinende klassische Recht die Ehefrau, getreu dem für den klassischen Geldkauf geltenden Grundsatz *in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*[51], an einer ungünstigen Bewertung der Dotalsache fest, indem ihr wie jedem anderen für sich selbst verantwortlichen Menschen eine Informationspflicht aufgebürdet wurde. Die der Ehefrau gegenüber freundlicheren Grundsätze, die Ulpian in seinem Sabinus-Kommentar erörtert und die dem Ehemann, wenn der Mitgiftsklave noch lebt, nur die Wahl geben, der Ehefrau entweder den Sklaven selbst zurückzugeben oder ihr die *iusta* (!) *aestimatio* zu leisten, und die den Ehemann im Fall des Todes des Sklaven wenigstens wegen *dolus* haften lassen wollen, stellen demgegenüber typische Versuche dar, zwischen dem klassischen Recht und der vorklassischen *bonae fidei interpretatio* zu vermitteln[52]. Die klassische Ansicht

in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieri fiunt. (In den meisten Fällen ist der Ehemann daran interessiert, dass die Sachen nicht mit einem Schätzwert übergeben werden, damit die Gefahr der Sachen nicht ihn trifft, insbesondere wenn er Lebewesen als Mitgift entgegennimmt oder ein Kleidungsstück, das die Ehefrau trägt. Es kommt nämlich dazu, dass dann, wenn das Kleidungsstück zu einem Schätzwert hingegeben ist und die Ehefrau es abnützt, der Ehemann nichtsdestoweniger den Schätzwert solcher Sachen leisten muss. Wenn dagegen Sachen ohne Schätzwert hingegeben werden, dann werden sie zugunsten oder zulasten der Ehefrau besser oder schlechter).

[50] Hermogenian 2 iur epit D 24,3,51 *Aestimatae res usu etiam mulieris periculo mariti deteriores efficiuntur. (In Geld geschätzte Dotalsachen werden auch durch Gebrauch der Ehefrau auf Kosten des Ehemannes verschlechtert.)*

[51] Pomponius bei Ulpian 11 ad edictum D 4,4,16,4; bestätigend Paulus 34 ad edictum D 19,2,22,3. Der Kontext bei Ulpian sind die Wiedereinsetzung des Minderjährigen und des näheren die Gesichtspunkte, nach denen diese *in integrum restitutio* begrenzt werden muss. Tatsächlich wollte Marcellus, wie die folgende Anmerkung zeigt, auch die minderjährige Ehefrau, die auf diese natürlicherweise zulässige Weise durch eine Preisvereinbarung übervorteilt worden war, von der Restitution ausschliessen.

[52] Ulpian 34 ad Sabinum D 23,3,12,1 *Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse ... quod si decessit (sc. servus), Marcellus ait magis aestimationem praestandam, sed non iustam, sed eam quae facta est: quia boni consulere mulier debet, quod fuit aestimatus; ceterum, si simpliciter dedisset, procul dubio periculo eius moreretur, non mariti. idemque et in minore circumventa Marcellus probat. plane si emptorem habuit mulier iusti pretii, tunc dicendum iustam aestimationem praestandam idque dumtaxat uxori minori annis praestandum Marcellus scribit.* (Trägt die Ehefrau

konnte für ihre Lösung die Vertragsfreiheit anführen. Mehr als den vereinbarten Wert hatte der Ehemann der Ehefrau für den Fall der Beendigung der Ehe nicht in Aussicht gestellt.

Ging die Sache unter, bevor die Ehefrau sie dem Ehemann übergeben hatte, stellt sich kaufrechtlich eine Gefahrtragungsfrage. Die hierzu von Ulpian bewahrten Entscheidungen orientieren sich an dem in hochklassischer Zeit allgemein anerkannten Grundsatz *perfecta emptione periculum est emptoris*[53]. Der Verkäufer hatte nach diesem Grundsatz seinen Kaufpreis verdient, wenn er sich, obschon noch im Besitz der Sache, als treugemässer Verkäufer bewährt hatte. Daher verlor die Ehefrau den Kaufpreisanspruch, wenn die *res aestimata* unterging, während sie mit der Übergabe im (Schuldner-)Verzug war, sich also einer Pflichtverletzung schuldig gemacht hatte[54]. War die Ehe-

vor, dass sie, da getäuscht, die Sache zu niedrig bewertet habe, ... so sagt Marcellus, der Ehemann müsse, wenn der Sklave gestorben sei, richtigerweise den Schätzbetrag leisten, aber nicht den [vom Marktwert bestimmten] richtigen, sondern denjenigen, der durch die Vereinbarung bestimmt wurde, weil die Ehefrau mit dem Wert, der geschätzt wurde, zufrieden sein muss [vgl. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon* s.v. consulere 4]. Hat sie den Sklaven im übrigen ohne Schätzbetrag hingegeben, dann stirbt der Sklave ohne Zweifel auf ihre Gefahr, nicht auf die des Ehemannes. Und dies billigt Marcellus auch bei einer [hinsichtlich der Preisvereinbarung] übervorteilten Minderjährigen. Wenn freilich die Ehefrau einen Käufer zum marktgerechten Preis an der Hand hatte, dann müsse ihr der marktgerechte Schätzbetrag geleistet werden, und dies sei, wie Marcellus schreibt, nur einer minderjährigen Ehefrau zu gewähren.) Der Hochklassiker Marcellus will also die minderjährige Ehefrau nur schützen, wenn sie durch den Nachweis eines möglichen Käufers einen konkreten Vermögensschaden in Gestalt eines entgangenen Gewinnes nachweisen kann, nicht schon im Regelfall. Die Entscheidung des Marcellus ist gewiss streng, aber nicht etwa darum interpoliert (vgl aber BURDESE, Aestimatio dotis [Anm. 44], S. 199). Ulpian selbst spricht der Ehefrau in dem hier nicht wiedergegebenen Schlussteil des Textes unter Berufung auf Cervidius Scaevola, der anscheinend Marcellus kritisiert hatte, jedenfalls gegenüber dem (hinsichtlich des zu niedrigen Preises) dolosen Ehemann den angemessenen Preis zu. – Im ebenfalls hier weggelassenen Anfang des Textes unterschied Ulpian für den Fall, dass der Sklave noch lebte (also eine auf die Sache bezogene Abwicklung noch möglich war; – hier bestand aus Ulpians Sicht anscheinend weitgehend Einigkeit, da eine Kontroverse nicht mitgeteilt wird) danach, ob die Übervorteilung der Ehefrau nur zu einer nachteiligen Bewertung des Sklaven oder auch zur Hingabe gerade dieses Sklaven geführt hatte. Im zweiten Fall gewährte er eine Klage auf Rückgewähr des Sklaven selbst, im ersten gab er dem Ehemann ein Wahlrecht: Er konnte der Ehefrau entweder den Sklaven selbst zurückgeben oder musste ihr die *iusta aestimatio* leisten.

53 Vgl. oben Anm. 34.

54 Ulpian 34 ad Sabinum (Blume; F. ad edictum) D 23,3,14 *Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione in rerum natura esse desierit, actionem* (sc. *venditi*) *eam habere non puto.* (Hat eine Ehefrau eine in Geld geschätzte Sache als Mitgift bestellt und ist die Sache darauf untergegangen, während sie mit der Übergabe in Verzug war, dann meine ich, dass sie keine Klage hat.) Die Auslegung ist vernünftig, weil der ursprüngliche Grund des *periculum est emptoris* die Pflichterfül-

frau dagegen, als die Sache unterging, nicht im Verzug, hatte sie in Anwendung der allgemeinen Regel bei Beendigung der Ehe einen Kaufpreisanspruch, so wie wenn sie die Sache übergeben hätte und der Ehemann die Sache hätte nutzen können[55].

Auch im Fall der Rechtsmängel gilt vertrautes Kaufrecht. Wird die unter Schätzbetrag gegebene Mitgiftsache evinziert, kann der Ehemann von der Ehefrau das *duplum* verlangen. Allerdings muss er nach Ulpian, der insofern auf die *bona-fides*-Wertungen der *actio rei uxoriae* rekurriert, nach Ehescheidung das eingeklagte *duplum* zurückgeben. Es sei – so Ulpian mit einem ersichtlich vermittelnden Argument – eben kein einfacher Kauf, sondern ein Kauf um des Frauengutes willen[56]. Man kann sich vorstellen, dass ein die Rechtsform des Kaufs strenger handhabender Klassiker gesagt haben wird, dass der Ehemann nach wie vor nur den einfachen Preis schulde; das Strafduplum müsse ihm verbleiben, da es nicht als Mitgift, sondern als Busse für die Eviktion gezahlt sei. Ulpians Zeitgenosse Paulus lehrt die kaufrechtliche

---

lung durch den Verkäufer ist. Der Verkäufer im Verzug hat nicht alles getan, was die *bona fides* von ihm verlangt; daher kann er auch die Gegenleistung nicht verlangen. Ulpians vorsichtiges *puto* setzt aber voraus, dass einige Juristen anderer Ansicht waren, möglicherweise deswegen, weil der Satz *periculum est emptoris* typischerweise voraussetzt, dass der Käufer die Sache nicht sofort abnimmt, sich also selbst in einer Art Gläubigerverzug befindet. Für Labeo ist tatsächlich die Lehre überliefert, dass im Kauf Gläubigerverzug Schuldnerverzug ausschliesst. Vgl. das Zitat Pomponius 31 ad Quintum Mucium D 18,6,18 (17).

55 Pomponius 14 ad Sabinum D 23,3,15 *Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert ac si tradidisset, quia quod evenit* [Mommsen: *venit*] *emptoris periculo est.* (Wenn aber die unterlassene Übergabe nicht bei ihr lag, dann kann sie den Kaufpreis ebenso verlangen, wie wenn sie übergeben hätte, weil das, was geschehen ist [verkauft ist], auf Gefahr des Käufers geht.)

56 Ulpian 34 ad Sabinum D 23,3,16 *Quotiens res aestimata in dotem datur, evicta ea virum ex empto contra uxorem agere et quidquid eo nomine fuerit consecutus, [dotis] <rei uxoriae> actione soluto matrimonio ei praestare oportet. quare et si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur, quae sententia habet aequitatem, quia* ***non simplex venditio sit, sed [dotis] <rei uxoriae> causa****, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris: sufficit enim maritum indemnem praestari, non etiam lucrum sentire.* (Immer dann, wenn eine in Geld geschätzte Sache als Mitgift bestellt wird, muss nach Eviktion der Sache der Ehemann gegen die Ehefrau klagen und was immer er deswegen erlangt hat, nach Auflösung der Ehe aufgrund der Mitgiftklage zurückgeben. Auch wenn dadurch der Ehemann das Doppelte [des Kaufpreises] erlangt hat, wird auch das der Ehefrau gutgebracht. Diese Ansicht entspricht der Gerechtigkeit, weil es kein einfacher Kauf ist, sondern einer zu Mitgiftzwecken; und der Ehemann solle nicht aus dem Schaden der Ehefrau einen Gewinn ziehen. Es genügt nämlich, dass der Ehemann schadlos gestellt wird, er braucht nicht auch noch einen Gewinn zu machen.) Methodisch ist das eine typische *bonae fidei interpretatio*, welche zwischen zwei Klagtypen vermittelt und die Grenzen der Institute verfliessen lässt.

Einordnung mit nicht geringerer Klarheit und gewährt dem Ehemann bei Eviktion eine Kaufklage. Da er pointiert von der *quantitas, quae in aestimationem deducta est,* also dem «Kaufpreis» spricht, könnte es sein, dass Paulus zu denjenigen gehörte, die strenger als Ulpian dem Ehemann den Strafzuschlag des *duplum* belassen wollten[57].

Auch besitzrechtlich werden die kaufrechtlichen Konsequenzen gezogen. Paulus lehrt, dass die unter *aestimatio* hingegebenen Gegenstände gar keine Mitgiftgegenstände im Rechtssinne sind und daher, wenn sie dem Mitgiftbesteller nicht gehörten, erst dann, wenn mit Abschluss der Ehe der «Kauf» perfekt ist, *pro emptore* ersessen werden können[58].

Wir können daher festhalten: Das klassische Recht hat die kaufrechtliche Einordnung der dotalrechtlichen *aestimatio rerum* mit systematischer Konsequenz gehandhabt. Die Gleichung *aestimatio – vera venditio* ist eine Frucht der Rechtsreform des Servius Sulpicius. Sie folgt dem System, das erst den methodischen Massstab dafür liefert, was rechtlich generell gültig ist (hier der Geldkauf), und das dann gegenüber dem jeweils vorgelegten Fall zur entsprechenden Subsumtion auffordert. Der Geldkauf bildet in dieser Praxis, wie Cicero, Brutus 41,152 es formuliert (vgl. oben Anm. 4), die *regula qua vera iudicatur et quae quibus propositis est consequentia.* Noch in einer Konstitution Diokletians ist dieses Recht, das wie die Digestenüberlieferung bewahrt, von Labeo an die Kaiserzeit vermittelt (Anm. 47) und von Proculus

---

[57] Paul 7 responsorum Vat. 105 *Paulus respondit aestimatis rebus in dotem datis et manente matrimonio evictis, viro adversus uxorem ex empto competere actionem et ideo eius quantitatis, quae in aestimationem deducta est, sextas retineri posse.* (Paulus hat gutachtlich entschieden, dass dann, wenn Sachen zu einem Schätzbetrag als Mitgift bestellt worden sind und während der Ehe evinziert wurden, dem Ehemann gegen die Ehefrau eine Klage aus Kauf zustehe, und deswegen könne er von dem Geldbetrag, der für die Schätzung veranschlagt worden ist, [sc. nach Ehescheidung für ein Kind] ein Sechstel zurückbehalten.) Vgl. auch CJ 1,12,1,1 (a.201).

[58] Paul 8 responsorum Vat.111 *Quamvis enim Julianus et ante nuptias res dotis nomine traditas usucapi pro suo posse existimaverit et nos quoque idem probemus, tamen hoc tunc verum est, cum res dotales sunt. Cum vero aestimatae dantur, quoniam ex empto incipiunt possideri,* ***ante nuptias pendente venditione****, non prius usucapio sequi potest quam nuptiis secutis.* (Obgleich nämlich Julian meinte, dass Sachen, die vor der Ehe der Mitgift wegen übergeben worden sind, unter dem Titel des Eigenbesitzes ersessen werden können und wir eben diese Ansicht billigen, ist das gleichwohl nur dann wahr, wenn es sich um Mitgiftgegenstände handelt. Wenn sie dagegen zu einem Schätzbetrag gegeben worden sind, kann die Ersitzung, da die Sachen dann **aufgrund Kaufes besessen werden – wobei vor der Ehe der Kauf in der Schwebe ist** – nicht eher beginnen, als bis die Ehe gefolgt ist.)

in ihr erfolgreich verteidigt wurde (Anm. 22), in all seiner geistigen Differenziertheit gegenwärtig[59].

b) Die vorklassische Lösung

Vor Servius Sulpicius Rufus, also in der vorklassischen, mit Q. Mucius endenden Jurisprudenz, wurde dagegen die dotalrechtliche *aestimatio* als eine einfache Gefahrtragungsabrede im Rahmen der Pflichten des *arbitrium rei uxoriae* angesehen. Es gibt eine Vielzahl von Gründen, die zu dieser Annahme berechtigen.

Da ist zunächst die Parallele des *commodatum*. Wenn die vorklassische *bona fides* im Rahmen der Leihe eine solche Abrede gestattete, musste sie sie auch im Rahmen einer Mitgiftverwaltung zulassen. Da die Quellen eine solche Einordnung der mitgiftrechtlichen Gefahrtragung kennen und diese sich am einfachsten als Nachwirkung der vorklassischen Jurisprudenz erklärt, fehlt es dieser einfachen Schlussfolgerung auch nicht an einer Bestätigung. Auf

---

[59] CJ V 12,10 (a. 286) *Cum dotem aestimatam te accepisse profitearis, apparet iure communi per pactum quod doti insertum est formato contractu ex empto actionem esse.* (Wenn du angibst, eine in Geld geschätzte Mitgift empfangen zu haben, dann ergibt sich daraus, dass eine Klage aus Kauf gegeben ist, weil nach «gemeinem Recht» durch die Abrede, die der Mitgift beigegeben worden ist, ein Vertrag [d.h. ein Kaufvertrag] entstanden ist.) Die diokletianische Kanzlei folgt hier ganz der klassischen, über den Ediktkommentar und die Institutionenlehrbücher vermittelten Begrifflichkeit des Systems des Servius: Das «gemeine Recht» ist das Recht, dass das naturalistische *ius naturale* und das zivilisationsrechtliche *ius gentium* der klassischen Tradition verbindet und das als solches allen Menschen gemeinsam ist und dem jeweiligen *ius proprium civitatis* gegenübersteht (vgl. Ulpian 1 inst D 1,1,6 pr.). Das *pactum*, das den Stoff für die rechtliche Subsumtion unter ein *nomen contractus* liefert (vgl. Ulpian 11 ad edictum D 2,14,1 pr. – § 4; lex 7 pr. – § 1; vgl. die entsprechende Ausdrucksweise in der auf Servius zurückgehenden Entscheidung Paul 3 epit Alfeni digestorum D 17,2,71 *in pacto convento societatis*), gehört im Rahmen dieses *ius commune* auf die Seite des deskriptiven *ius naturale*, das sich in der Zivilisation über die rein soziobiologischen Instinktgebote hinaus um den natürlichen Trieb des Menschen erweitert, die Regeln der Rechtsordnung, in welcher er lebt, zu beachten (Cicero, Part.orat. 37,139: *ut nostros mores legesque tueamur, quodam modo naturali iure praescriptum est*) und den von ihm geschlossenen *pacta conventa* zu entsprechen (Ulpian 4 ad edictum D 2,14,1 pr. *Huius edicti* (sc. *de pactis*) *aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare*?) Die Denkweise des Reskripts, dass sich aus dem *pactum* ein vertragliches Schuldverhältnis gebildet hat, weil die Voraussetzungen seiner begrifflichen Struktur, seiner *forma*, gegeben sind, wurde in der interpolationistischen Epoche natürlich angegriffen (vgl. BURDESE, Aestimatio dotis [Anm. 44], S. 184), aber nur deswegen, weil man die Herkunft solcher Begrifflichkeit an der falschen Stelle suchte, nicht in der späten Republik, sondern bei den Byzantinern und Nachklassikern.

diese Einordnung wurde etwa zurückgegriffen, wenn die konkrete Vereinbarung eine Einordnung als Kauf ausschloss, so in dem schon von Papinian entschiedenen Fall (oben Anm. 47), dass die Ehefrau sich ein Wahlrecht vorbehalten hatte, ob sie nach Scheidung die Sache selbst oder den Schätzbetrag wolle.

Aus hochklassischer Sicht könnte man gegen die Argumentation, die eine Auslegung von der Leihe auf die *res uxoria* überträgt, einwenden, dass die von der bona fides anerkannte Leihe, nachdem sie in der Kaiserzeit wieder neben der im klassischen Edikt lediglich prätorisch geschützten Leihe anerkannt worden war, immerhin einen Realvertrag darstellt, der sich den Kategorien des Edikts *De pactis* einordnet. Wenn bei einem solchen echten Vertrag die Geltung eines den Vertragsinhalt modifizierenden *pactum* anerkannt wird, so besagt das nicht, dass dies auch bei einem Schuldverhältnis wie demjenigen der *res uxoria* geschehen müsse, das in der klassischen Tradition niemals als Vertrag angesehen worden ist. Was selbst auf einem Vertrag aufbaut, kann durch einen Vertrag geändert werden, nicht aber, was nicht selbst ein Vertrag ist. Es mag tatsächlich sein, dass wir hier den Grund dafür vor uns haben, weswegen Ulpian bei der Leihe die elegante vorklassische Einordnung des Mucius übernimmt, bei der *res uxoria* dagegen an der etwas sperrigen klassischen Einordnung als Kauf festhält. Für das vorklassische Recht gelten aber diese Bedenken gewiss nicht. Unter dem Gesichtspunkt einer von der *bona fides* beherrschten *societas vitae* ist, was die Beurteilung der Pflichten angeht, ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der Lage eines Entleihers, der eine fremde Sache gebrauchen darf, und der Lage eines Ehemannes, der eine ihm für die Dauer der Ehe zu treuen Händen übereignete Sache nutzen darf, nicht erkennbar. Dass der Ehemann Eigentümer der Mitgiftsachen wird, beruht wie bei der *fiducia* auf den Regeln des strikten Rechts, kraft deren der Ehemann wie der Treuhänder nach aussen berechtigt wird. Seine Pflichten im Innenverhältnis bleiben davon unberührt oder werden wegen der zusätzlichen Rechtsmacht nur noch strenger formuliert. Die Tatsache, dass eine Partei nach striktem Recht Eigentümer einer Sache wird, steht nach den Regeln der vorklassischen Jurisprudenz grundsätzlich nicht im Widerspruch zu einer der *bona fides* folgenden Bestimmung seiner Pflichten. Es bestand daher in der Logik des vorklassischen Rechts kein Hindernis, eine Gefahrtragungsabrede, die für eine Leihe anerkannt ist, auch im Rahmen der *res uxoria* anzuerkennen.

Im übrigen ist die verbindliche Geltung formloser pflichtenkonkretisierender Abreden ein wesentlicher Teil dessen, was die Rechtsverhältnisse der vorklassischen *bona fides* leisteten. Man denke nur zusätzlich noch an die Übernahme genau terminierter Zahlungspflichten in gegenseitigen Verträgen

oder an die Strenge, mit welcher in der vorklassischen Dogmatik der Mandatar an die Vertragsbestandteil gewordenen Weisungen des Mandanten gebunden war[60]. Cicero sagt daher nichts Falsches, wenn er im Hinblick auf die mit skeptischer Distanz betrachtete, aber doch als solche wahrgenommene vorklassische Verkehrsgesellschaft sagt, dass eine Grundlage der in ihr geltenden Gerechtigkeit die Treue sei, d.h. die dauerhafte Bewährung dessen, was gesagt oder vereinbart worden ist.[61] Wir haben daher schon oben (Anm. 30) die Vermutung geäussert, dass die im klassischen Edikt nachgeformte Möglichkeit verbindlicher *recepta*, von der die Gefahrtragungsübernahme ein Beispiel ist, sich in der vorklassischen Zeit aus der konkretisierenden Bestimmung der *bona-fides*-Pflichten entwickelt haben dürfte.

Die Übernahme der Sachgefahr durch den Ehemann steht auch nicht im Widerspruch zu den Gehalten des nach *bona fides* beurteilten Lebensverhältnisses. Zwar verwaltet der Ehemann die Mitgiftsachen schon nach vorklassischem Recht nach dem *culpa*-Prinzip (wir werden auf die entsprechenden Quellen gleich zu sprechen kommen), haftete also nicht für Zufall. Aber diese Grundregel erklärt nur, warum eine Gefahrübernahme nötig war. Übernahm er die Gefahr, so verletzte er keinen dieses mitmenschliche Verhältnis beherrschenden Grundsatz, sondern verhielt sich, indem er für das Wohl seiner Ehefrau nach der Ehe zusätzlich eine Last übernahm, durchaus in Einklang mit ihm. Die Bereitschaft, einem Nahestehenden ein normalerweise ihn treffendes Risiko abzunehmen, steht im Einklang mit dem Grundgedanken der gesellschaftlichen Solidarität, welche die von der *bona fides* beherrschte *societas vitae* der Menschen erfüllt. Eine solche Vereinbarung

---

60 Vgl. BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 1), S. 48 ff. und S. 54 ff.

61 Cicero, de officiis I 7,22 ... *ut placet Stoicis, quae in terris gignantur, ad usum hominum omnia creari, homines autem hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se aliis alii prodesse possent, in hoc naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium adferre, mutatione officiorum, dando accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter homines societatem. 23. fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuipiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem.* Cicero spricht hier zwar mit der Distanz seiner skeptischen Akademie, die ihn die Stoiker nur als Quellen behandeln lässt (vgl. a.a.O. I 2,6) und ihm einen eigenen kritischen Standpunkt gibt (vgl. a.a.O. III 4,20), und es ist auch unverkennbar, dass er nicht von der gesellschaftlichen *bona fides* der *societas vitae* des Mucius, sondern von einer individualethischen und formal definierten *fides* spricht. Dennoch bleibt wahr, dass auch die eigentliche *bona fides* die Pflicht umfasste, eine Zusage zu erfüllen; nur erschöpfte sie sich nicht in dem Formalismus des *id quod fit*, sondern verlangte Loyalität.

stellt ein mitmenschliches *beneficium* dar und verwirklicht damit ein zwischenmenschliches Verhalten, das dieser Soziallehre als vorbildlich gilt[62].

Das Ganze ist eine sehr naturrechtliche Argumentation. Aber für die vorklassischen Juristen war die *actio rei uxoriae* geradezu ein Muster ihres gesellschaftlichen Naturrechts. Der Geschworene sollte nach den Worten der Klage das Verhältnis nach der Vorgabe des *aequius melius* regeln, das heisst dem Massstab des *bonum et aequum* näher bringen. Der Komparativ bezieht sich dabei auf die gegebene, noch ungeordnete Rechtslage, so wie sie vor den Richter gebracht wird, hat aber eine zusätzliche Pointe im vorklassischen Gegensatz *ius civile – ius gentium*. Der Ehemann wird mit seinem gesamten, ihm teils nach Naturrecht, teils nach *ius civile* zugewiesenen Vermögen haftbar gemacht, wenn in dem Verhältnis, das von der Mitgiftbestellung über die Mitgiftverwaltung bis zur Mitgiftrückgabe reicht und in seiner Beziehung zur Ehefrau nur nach Naturrecht bestimmt ist, etwas nicht in Ordnung ist. Solange der Ehemann leistungsfähig ist (diese Begrenzung seiner Haftung ist ihrerseits naturrechtlich gerechtfertigt und aus den besonderen Rechten und Pflichten der Lebensgemeinschaft Ehe abgeleitet[63]), muss von ihm auf Kosten dessen, was ihm das Recht zuordnet, der seiner Ehefrau geschuldete naturrechtliche Zustand als das gerechtere und bessere restituiert werden. Diese vorklassische Betrachtungsweise ist noch in hochklassischer Zeit

---

[62] Vgl. zu der Verwandlung zwischenmenschlicher *beneficia* zu Rechtspflichten die Paulus-Stelle oben Anm. 32. Kennzeichnend auch Papinians Ausspruch (10 quaest D 18,7,7): *beneficio adfici hominem intersit hominis* (der Mensch hat ein rechtliches Interesse daran, einem anderen Menschen eine Wohltat zu erweisen). Auch der Kontext des Ausspruchs, die den Verkäufer schützenden Vorbehalte beim Sklavenverkauf, die teils strikt als Manusinjektionsvorbehalt, teils (wie in Papinians Fall) formlos vereinbart wurden, weist ihn der vorklassischen Tradition zu.

[63] Vgl. Joachim GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen 1986. Dass diese besondere Haftungsordnung, kraft welcher die Ehefrau als Gläubigerin ohne Rücksicht auf andere Gläubiger verlangen darf, aus den Aktiva des Ehemanns befriedigt zu werden, auf diese aber auch *officio iudicis* beschränkt ist (so dass ihr eine Verurteilung des Ehemanns und eine gegen ihn gerichtete Personalvollstreckung verschlossen ist), in ihrem Ursprung naturrechtlich begründet war (und erst später mit Hilfe ausdrücklicher Einreden positivrechtlich auf weitere Fälle erstreckt wurde), zeigt sich an mehreren Indizien. Sie wurde im Fall der *actio rei uxoriae* umittelbar aus dem *aequius melius* abgeleitet (h.M., GILDEMEISTER, S. 73 mit Anm. 4) und durch die *societas vitae* der Ehe gerechtfertigt (GILDEMEISTER, S. 5 und Anm. 74). Dieser Befund steht in voller Parallele zum ebenfalls alten Vorkommen dieser Haftungsordnung in der vom *ius fraternitatis* geprägten *societas* (GILDEMEISTER, S. 27 ff.), deren Formel denn auch nicht zufällig ein *aequius melius* enthält (vgl. das zu Unrecht gern verworfene Zeugnis Cicero, pro Rosc. Comoedo 4,11 f.). Im Hintergrund steht in beiden Fällen die Vorstellung einer engen naturrechtlichen Gemeinschaft. Sie lässt es besser und gerechter erscheinen, dass bei einer Auseinandersetzung mit dem Vorhandenen erst der jeweilige Partner befriedigt wird.

lebendig. Wir finden sie nicht zufällig in dem Sabinuskommentar des postjulianischen Sabinianers Pomponius. Der Klage wird dort ausdrücklich restitutorische Wirkung zugeschrieben, und zwar, wie es dem Prinzip des *iudicia contraria inesse* entspricht, das für die meisten *bona-fides*-Klagen gilt (Cicero, de off. III 17,70), nach beiden Richtungen.

Pomponius 14 ad Sabinum D 23,3,6,2

> *Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam maiori annis viginti quinque succurrendum est, quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum.*
> (Wenn bei der Mitgiftbestellung einer von beiden übervorteilt worden ist, dann ist auch einer Person über 25 Jahren zu Hilfe zu kommen, weil es dem Guten und Gerechten nicht entspricht, dass entweder der eine durch den Schaden des anderen einen Gewinn macht oder einen Schaden erleidet durch den Gewinn des anderen.)

Das hier für die *actio rei uxoriae* ausgesprochene Bereicherungsverbot begegnet in den Quellen als ein ausgesprochen naturrechtliches Prinzip[64]. Als solches ist es auch hier nicht justinianisch[65], wie man geglaubt hat, sondern vorklassisch und über die sabinianische Rechtsschule im hochklassischen Recht bewahrt.

Die Herkunft der *actio rei uxoriae*, mit welcher der Ehemann oder dessen Erbe nach Beendigung der Ehe auf Rückgabe der von ihm verwalteten Mitgift, des «Frauengutes», in Anspruch genommen wird, entspricht diesem naturrechtlichen Charakter. Sie gilt in der heutigen Romanistik als ungewiss[66]. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, dass sie in der uns in der Tradition vorlie-

---

[64] Vgl. die beiden berühmten Aussprüche Pomponius 21 ad Sabinum D 12,6,14 *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* und Pomponius 9 ex variis lectionibus D 50,17,206 *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.*

[65] BURDESE, Aestimatio dotis (Anm. 44), S. 199, findet dass im Schlusssatz: «i giustinianei affermano la loro preoccupazione che non si determinino squilibri patrimoniali tra le parti»; ebenso schon *Bullettino* 62 (1959), S. 167 mit Hinweis auf den Index interpolationum und auf ältere Arbeiten.

[66] KASER, *Römisches Privatrecht I*[2], S. 337, spricht von einem dunklen Ursprung und bezeichnet es als ungewiss, ob sie ursprünglich eine prätorische Klage war (S. 338 Anm. 11). Diese letzte Frage beruht wieder auf der irrigen Überzeugung, dass zu den Klagen der *bona fides* jeweils ältere *in factum* konzipierte Vorläufer gehören. Die eingehende Untersuchung Söllners zur Vorgeschichte und Funktion der *actio rei uxoriae* (oben Anm. 44) und die dazu erschienenen sorgfältigen Besprechungen von Hans Julius WOLFF, *Gnomon* 44 (1972), S. 47-54 und Antonio GUARINO, *Iura* 20 (1969), S. 688-692 machen deutlich, dass diese Dunkelheit vor allem darauf beruht, dass die vorklassische Jurisprudenz und ihre besonders naturrechtlich inspirierte Produktivität infolge Nichtbeachtung überhaupt nicht zur Erklärung herangezogen wurde.

genden Gestalt einer mit Schriftformel ausgestatteten Klage, die insbesondere zu Lasten des Ehemanns einen naturrechtlich definierten Zustand des Gerechteren und Besseren herzustellen gebietet, auf die zweite Phase der vorklassischen, das Recht nachdrücklich von einer naturrechtlichen Gesellschaftslehre her entwickelnden Jurisprudenz zurückgeht[67]. Da aber schon Plautus und Terenz eine scharf sanktionierte Rückgabepflicht der *dos* voraussetzen[68], muss damit gerechnet werden, dass ihr, wie im Fall der *actio fiduciae*, die mit ihr eng verwandt ist, in der Anfangsphase der vorklassischen Jurisprudenz eine naturrechtliche Spruchformel vorausgegangen ist[69]. Cicero nennt die *actio rei uxoriae* nicht ohne Grund neben der *actio fiduciae* als das hervorragendste Beispiel solcher Klagen, die, ohne dass sie – wie die Klagen der *bona fides* im engeren Sinne – in ihrer Schriftformel das Wort *bona fides* selbst führten, den Zweck haben, aus dem Leben alles arglistige Vortäuschen und Verschweigen zu vertreiben[70]. Sie gehörte damit zu den

---

67 Zu dieser Periodisierung der vorklassischen Jurisprudenz vgl. meinen Aufsatz «Tiberius Gracchus» (Anm. 14), S. 60 ff., 64 ff.

68 Plautus, Stichus, 200 ff. gibt als Gründe für eine Auktion zur Beschaffung von Barmitteln nicht nur Darlehensschulden und die Planung eines Grundstückskaufes an, sondern auch die Rückgabepflicht der Mitgift nach Ehescheidung: Der weltkundige Parasit weiss, dass man jemanden, der eine solche Versteigerung durchführt, gewöhnlich fragt: *alienum aes cogat an pararit praedium, / uxorin sit reddenda dos divortio.* Vgl. auch Terenz, Hecuba 501 f. Vgl. auch KASER, *Römisches Privatrecht I*[2], S. 338 Anm. 2; SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae* (Anm. 44), S. 6.

69 Cicero, de officiis III 17,70 nennt beide Klagformeln der *fiducia,* die orale wie die schriftliche, als vorzügliche Beispiele naturrechtlicher Wahrheit des Rechts der *maiores.* Damit beweist diese ältere orale *legis actio fiduciae,* dass in der Tripertita des Aelius Paetus Catus bereits naturrechtliche Legisaktionen enthalten waren und folglich der Begriff *lex* schon in dieser Inkunabel der römischen Rechtsliteratur auf die ungeschriebenen Normen des Naturrechts zurückgegriffen hatte (vgl. Pomponius lb sg enchiridii D 1,2,2,3).

70 Cicero, de officiis III 15,61. Neben der gesetzlichen *Dolus*-Bekämpfung, in deren Zuge die Zwölftafeln den Vormund mit der *legis actio rationibus distrahendis* und die Lex Plaetoria den Geschäftspartner eines Minderjährigen im Falle von dessen Übervorteilung haftbar machten, erfolgte nach den Worten Ciceros die Sanktionierung der Arglist auch ohne gesetzliche Grundlage, *sine lege iudiciis.* Diese *iudicia* ohne gesetzliche Grundlage zerfielen in solche *in quibus additur EX FIDE BONA* und solche mit anderen Worten: *reliquiorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae MELIUS AEQUIUS, in fiducia UT INTER BONOS BENE AGIER.* Auch diese Worte seien mit jeder Art von Betrug unvereinbar. Daher fährt Cicero fort.: *Quid ergo? aut in eo, QUOD MELIUS AEQUIUS, potest ulla pars inesse fraudis? aut cum dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolose aut malitiose potest?* Cicero schreibt hier in erster Linie als Schüler der beiden Mucii (augur und pontifex). Daher entspricht auch der Gegensatz von Gesetz und gesetzesfreiem Recht ganz dem vorklassischen Verhältnis von *ius civile* und *ius gentium* (De officiis III 17,69). Bemerkenswert ist, wie Cicero sich an dieser Stelle bemüht, die Unterschiede zur *dolus*-Bekämpfung durch die

Klagen, in denen, wie Cicero in seiner Topica (17,66) mitteilt, die mit materialen Prinzipien *(causae)* argumentierenden *veteres*-Juristen den Rhetoren viele wertvolle Gesichtspunkte zur Verfügung gestellt haben *(tradiderunt*!, d.h. einst, als ihre Jurisprudenz noch herrschte). Auch in dieser für die vorklassische Denkmethode wichtigen Stelle werden die *actio rei uxoriae* und die *actio fiduciae* als eminent naturrechtliche, wenn auch nicht mit *bona fides*-Klauseln ausgestattete Klagen gemeinsam genannt[71].

In der Tat verweist das in der Topica genannte, als eine materiale, auf die Verhältnisse einwirkende *causa* definierte Prinzip der *actio rei uxoriae* auf die (letztlich vom Richter zu aktualisierenden) naturrechtlichen Pflichten des gesellschaftlichen Zusammenlebens, die Mucius später in der – die *societas vitae* zusammenhaltenden – *summa vis* der *bona fides* zusammenfasste. Daher gehört die *actio rei uxoriae* in dem späteren, auf Mucius zurückgehenden (von der äusseren Formelgestalt absehenden und nur auf das materiale Prinzip blickenden) Katalog der *bonae fidei iudicia* selbstverständlich dazu. Dass sie in dem von Cicero nach Mucius zitierten Katalog der *bonae fidei iudicia* neben der *actio fiduciae* fehlt, ist entweder Zufall oder Folge der Tradition, die Trias *tutela, societas* und *fiducia* herauszuheben und zusammen zu

---

neue ediktale *actio de dolo* des Aquilius Gallus zu verwischen. Am Anfang sagt er de off. III 15,61 *Quod si Aquiliana definitio vera est,* ***ex omni vita*** *simulatio dissimulatioque* (!) *tollenda est,* erweckt also den Eindruck, als umfasse das Prinzip des Aquilius auch die Bekämpfung der Verheimlichung, weiss dann aber am Ende genau, dass dem nicht so ist und die neue *actio de dolo* im neuen liberalen System nur für aktive Vorspiegelung haftbar macht: *dolus autem malus in simulatione* (!), *ut ait Aquilius, continetur.*

71 Cicero, Topica 17,65 ... *ex earum (sc. causarum efficientium) differentia in magnis quidem causis vel oratorum vel philosophorum magna argumentorum suppetit copia; in vestris (sc. iurisconsultorum, Trebatii collegarum) autem si non uberior, at fortasse subtilior. Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. (66) In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus EX FIDE BONA est additum, ubi [vero] etiam UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET* ***in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est QUOD EIUS AEQUIUS MELIUS*** *parati esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequm bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret,* ***quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.*** Es ist wichtig, dass Cicero im Perfekt spricht *(tradiderunt;* sie haben überliefert); denn die *Iurisconsulti*, die in der geschilderten Weise mit materialen Prinzipien argumentierten und sie im sozialen Leben als Wirkursachen ansahen, waren die vorklassischen Juristen. Trebatius, der Adressat der Topica und spätere Lehrer des Labeo, gehörte dagegen schon in die Schülerschaft des Servius.

zitieren[72]. An ihrer Zugehörigkeit zum Kreis der vom materialen Prinzip der *bona fides* geprägten Klagen lassen die Quellen keinen Zweifel.

Es besteht daher nach allem aus inneren Gründen kein Zweifel, dass die vorklassische Jurisprudenz die bezifferte Gefahrübernahme im Rahmen der *actio rei uxoriae* als blosse risikoordnende Abrede bestimmte, genau wie dies für die bezifferte Gefahrübernahme bei der Leihe überliefert ist.

5. SCHLUSSBEMERKUNG

Zum Abschluss möchte ich für die auf den zurückliegenden Seiten mehrfach dargelegte Tatsache, dass es Servius Sulpicius Rufus war, der diese einfache vorklassische Lehre verdrängt hat und, geleitet durch das neue konsensuale Geldkaufmodell, die kaufrechtliche Konstruktion der Gefahrtragungsabrede durchgesetzt hat, ein letztes Indiz anführen, das zugleich Licht auf die Tendenz Justinians wirft, die in seinen Quellen vorgefundenen Gegensätze zu harmonisieren.

Dieses Indiz findet sich in einer Digestenstelle, in der es um die *culpa*-Haftung der *actio rei uxoriae* geht. Das Fragment erweckt den Eindruck, als hätten Servius und der Vater des Q. Mucius, die beide für diese Lehre angeführt werden, in diesem Punkt in schönster Übereinstimmung gestanden.

Javolen 6 ex posterioribus Labeonis D 24,3,66 pr.

In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. ea sententia Publii

[72] Für das letztere mit Quellennachweisen BEHRENDS, «Wissenschaftslehre» (Anm. 35), S. 33 ff. mit Anm. 127. Der Versuch von SÖLLNER (Anm. 44) S. 142, die letzten Worte der Stelle Cicero, de officiis III 17,79 *quibus vitae societas contineretur* auf die *actio rei uxoriae* zu beziehen (vgl. den vollständigen Text oben Anm. 31), ist nicht haltbar. Hier ist eindeutig die von den zuvor aufgezählten Klagen (ihnen gilt das Relativpronomen *«quibus»*) zusammengehaltene allgemeine menschliche Verkehrsgesellschaft gemeint. Das gleiche gilt entgegen Söllner (a.a.O., S. 143 Anm. 8 a.E.) natürlich auch für die Sprach- und Lebensgemeinschaft, zu der nach Cicero, de off. I 4,12 die Natur die Menschen kraft Vernunft verbindet. Dass die Ehe auch in juristischen und ausserjuristischen Quellen gerne *societas vitae* genannt wird, erklärt sich aus der Lehre von den verschiedenen Nähegraden menschlicher Gesellungsformen *(gradus societatis,* Cicero, de off. III 17, 53-58) und auch damit, dass nach vorklassischer, stoisch inspirierter Auffassung in der Lebensgemeinschaft der freien Ehen (wie in der brüderlichen *societas omnium bonorum)* der ursprüngliche Naturrechtszustand zwischen den Partnern wiederhergestellt erscheint.

> *Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit*[73]*, quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere.*
> (Bei den Sachen, die der Ehemann abgesehen von Bargeld als Mitgift hat, muss er, wie Servius sagt, für Vorsatz und Fahrlässigkeit einstehen. Dieser Ansicht ist Publius Mucius [der Vater des Q. Mucius]. Denn dieser hat im Fall der Licinnia, der Ehefrau des Gracchus eine Entscheidung getroffen. Was das anbetrifft, dass Mitgiftgegenstände in den Unruhen untergegangen sind, in deren Verlauf Gracchus erschlagen wurde, sagt er, seien sie der Licinnia zu ersetzen, weil es durch Verschulden des Gracchus zu diesen Unruhen gekommen sei.)

Es handelt sich zunächst um ein berühmtes, viel diskutiertes Beispiel vorklassischer Kasuistik. P. Mucius, Konsul des Jahres 133, hatte entschieden, dass in der *actio rei uxoriae*, welche die Witwe des Gaius Gracchus gegen die römische Republik anstrengte – durch die *publicatio bonorum* des Gaius war sie seine Rechtsnachfolgerin geworden – auch für die Mitgiftsachen, die infolge der von Gaius Gracchus ausgelösten Unruhen zerstört worden waren, Ersatz geschuldet werde, weil der Ehemann mit seiner revolutionären Politik insoweit gegen seine Pflicht verstossen habe, alles zu unterlassen, was die Mitgiftgegenstände gefährden könne. Das war eine extreme Pflichtenbestimmung. Sie läuft darauf hinaus, die gesamte Lebensführung des Ehemannes zugunsten der Ehefrau in Pflicht zu nehmen, auch dort, wo die Handlungen wie im Fall politischer Betätigung mit der spezifischen Mitgiftverwaltungspflicht nichts zu tun haben. Diese Entscheidung hat ihre nächste Verwandte in der Entscheidung aus der sabinianischen Rechtsschule, die sagt, dass ein Pächter dem Verpächter haftet, wenn jemand, den sich der Pächter einmal zum Feind gemacht hat, um ihm zu schaden, während des Nachts kommt und die Bäume des Pachtgrundstücks fällt[74]. Die haftungsbegründende

[73] *«Statuit»* ist nach den meisten Ausgaben zu tilgen. Man kann es aber auch, wie in der Übersetzung geschehen, bewahren und die verbleibende stilistische Härte der kompilatorischen Kürzung zuschreiben.

[74] Gaius 10 ad edictum provinciale D 19,2,25,4 *Culpae autem ipsius (sc. conductoris) et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit.* (Dem Verschulden des Pächters selbst ist auch zuzurechnen, wenn ein Nachbar aus Feindschaft die Bäume [des Pachtgrundstücks] fällt). Im klassischen Sinn handelt schuldhaft (und zwar im Sinne der *lex Aquilia*) nur der Nachbar, nicht der Pächter. Der für Gaius bestimmende Zurechnungsgedanke war wohl, dass darin, dass der Pächter den Verpächter durch den Abschluss des Pachtvertrages mit den Folgen der Feindschaft belastet hat, ein Verschulden im weiteren Sinne (vgl. das *adnumerare*) liegt. Gaius argumentiert auf diese Weise mit einer durch vorklassische Einflüsse erweiterten klassischen Kategorie. Stilistisch altsabininianisch und vorklassisch ist dagegen die etwas weniger weit gehende, aber von Paulus 22 ad edictum D 19,24,5 vom klassischen Standpunkt aus zu Recht abgelehnte Entscheidung, die den Vermieter für Diebstähle haftbar machen möchte,

Argumentation ist in beiden Fällen extrem: Der Ehemann schuldet Ersatz, weil er durch seine Unruhe auslösende Politik bewirkt hat, dass Dritte die ihm anvertrauten Mitgiftgegenstände beschädigen, der Pächter, weil er sich in seinem Privatleben einen Feind gemacht hat und daher Mitverantwortung dafür trägt, dass dieser Feind das ihm später anvertraute Pachtgrundstück verwüstet.

Es ist nun durchaus glaubwürdig, dass Servius den Ehemann nach dem culpa-Prinzip haften liess, da sich das von Servius für die zweiseitig interessierten Verträge gelehrte Utilitätsprinzip auf den – die Mitgift ja auch aus eigenem Interesse verwaltenden – Ehemann ohne Schwierigkeiten übertragen lässt[75]. Aber es ist gänzlich unglaubwürdig, ja mit Sicherheit auszuschliessen, dass Servius die uferlose Haftung gebilligt hätte, wie sie der Entscheidung des P. Mucius zugrundeliegt. Wir wissen mittlerweile zu viel von seinem Bemühen, die schuldrechtliche Haftung tunlichst auf eine Haftung für positives Handeln und dessen unmittelbare Wirkung zu beschränken, um das für möglich halten zu können. Mit diesem Bemühen hat er das klassische Recht zugleich so sehr geprägt, dass sicherlich nicht nur der von Javolen exzerpierte Labeo, sondern auch die meisten anderen von den Grundsätzen des klassischen Rechts erfassten Juristen anderer Ansicht waren. Das klassische Recht lehrt im wesentlichen auf den Spuren des Servius, dass grundsätzlich jeder nur für sein eigenes Handeln verantwortlich ist (und nicht für das freie Handeln Dritter) und Haftung daher nur an Handlungen anknüpfen darf, die von dem Inanspruchgenommenen ausgegangen sind und ihm als einem für sein

---

die der vermietete Sklave beim Mieter begangen hat: *quasi longe sit a bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxisti* (weil es sich weit vom Prinzip der bona fides entfernt, dass du durch eine Sache, die du mietest, einen Schaden davonträgst). Auch die Entscheidung des Pachtfalls wird ursprünglich (wie die Entscheidung über die Mitgift der Licinia) von dem Bestreben erzeugt worden sein, das Lebensverhältnis mit den Anforderungen der *bona fides* in Einklang zu bringen.

[75] Das Utilitätsprinzip, das in der Servius-Schule die gegenseitigen Verträge mit einer *culpa*-Haftung ausstattete (vgl. oben Anm. 40), liess sich *mutatis mutandis* auch auf die Mitgiftverwaltung übertragen. Denn auch sie steht im Interesse beider Beteiligter. Sie gewährt dem Ehemann einen Ausgleich für die *onera matrimonii*, der Ehefrau sichert sie ihr nacheheliches Interesse an einem für die erneute Verehelichung oder ihre Versorgung notwendigem Frauengut. Vgl. für die entsprechende Einordnung der *res uxoria* Ulpian 28 ad edictum D 13,6,5,2 und Modestin 2 diff. Coll. 10,2, 1-3. Interessant ist, dass Modestin erst das Vertragsrecht nach dem Utilitätsprinzip behandelt und dann sagt: *in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur*, um auf *fiducia* und *res uxoria* zu sprechen zu kommen. Das Denken in *partes iuris*, in selbständigen Rechtssegmenten, geht nämlich, wie die (mindestens fünf) *libri iuris partiti* des unmittelbaren Servius-Schülers Ofilius zeigen (Paul KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, 2. Aufl., München/Leipzig 1912, S. 69), auf die Schule des Servius zurück.

Handeln verantwortlichen Wesen zugerechnet werden können[76]. Justinian hat daher in der obigen Stelle in seinem typischen Bestreben, die inneren Spannungen der römischen Rechtswissenschaft zu beseitigen, durch ein drastisches Zusammenziehen des Textes den falschen Anschein der Harmonie erzeugt.

Dem Fragment lässt sich aber abgesehen davon, wie gesagt, noch ein bestätigender Hinweis auf die Haltung des Servius zur *res aestimata* entnehmen. Diese Sachen werden von ihm in dem erhaltenen Satz zwar gar nicht erwähnt, aber gerade das ist bezeichnend.

Von den Mitgiftsachen nimmt Servius nur das Bargeld aus der *culpa*-Haftung aus. Es unterliegt nicht dem Verschuldensgrundsatz, da es der Geldgattung nach geschuldet wird und daher gar kein körperliches Substrat überlässt, auf das sich eine *culpa*-Haftung beziehen könnte. Dennoch bleibt es Teil der *res uxoria*. Die Folge ist, dass die als Stücke übereigneten Mitgiftsachen nach der *culpa*-Haftung, die als Gattungssachen übereigneten Sachen nach den Grundsätzen der Vermögenshaftung geschuldet werden. Eine solche nach Sachkategorien innerhalb des gleichbleibenden Schuldverhältnisses gegliederte Haftung entspricht ganz dem Stil des Servius. Sie findet eine Entsprechung in einer anderen Servius-Entscheidung, die Alfenus uns bewahrt, nur dass sich dort – erörtert werden ein unregelmässiger Frachtvertrag, eine unregelmässige Verwahrung und ein Material spezifizierender Werkvertrag – der Unterschied der Sachkategorien auf den Gegensatz zwischen individuellem Stück und einer beschränkten Gattung (einem Vorrat) bezieht, wofür, da ein gattungsmässig bestimmter Vorrat (anders als eine echte Gattung) in Gestalt des vermischten Getreides, der vermischten Münzen und des zur Bearbeitung übereigneten Goldes und Silbers ein reales Substrat darbietet, eine

[76] Das deutlichste Beispiel eines solchen auf Servius zurückgehenden Lehrstücks ist die Beschränkung der gesamten Deliktshaftung, nicht nur derjenigen der *lex Aquilia*, auf unmittelbar körperlich bewirkte Schadenszufügungen. Vgl. zuletzt BEHRENDS, *Gesetz und Sprache* (Anm. 2), S. 225. Die auch im Vertragsrecht nachweisbare Tendenz des klassischen Rechts, die Haftung auf eine kommissive *culpa* zu beschränken, musste die (aus der vorklassischen Jurisprudenz zurückkehrende) ommissive *culpa*, die *culpa-diligentia*, in der Zeit der Interpolationistik als Fremdkörper erscheinen lassen. Das zeigt auch der Aufsatz von Wolfgang KUNKEL, «Diligentia», *SZ* 45 (1925), S. 266-351, ein Klassiker der interpolationistischen Richtung, der zwar auch die klassische römische Haftungsordnung durch einseitige Betonung der objektiven Haftungstatbestände archaisiert, aber die Verankerung der Diligenzlehre in einer für rechtserheblich erklärten Verkehrsmoral gut erkennt (S. 337 ff.) und nur eben daraus den unrichtigen Schluss zieht, dass eben dieser Charakterzug auf das Wirken einer nachklassischen (vorjustinianischen) Rechtswissenschaft zurückgehen müsse.

culpa-Haftung möglich bleibt[77]. Das für uns Lehrreiche liegt darin, dass sich die Unterscheidungen der Sachkategorien in beiden Fällen im gleichen Rechtsverhältnis bewegen: Der beschränkte Vorrat ist im Rahmen der Verwahrung, des Transport- und Werkvertrages genauso *in obligatione* und Gegenstand der *culpa*-Haftung wie das einzelne Stück. Das Bargeld wird als Gattungssache genauso im Rahmen der *actio rei uxoriae* geschuldet wie die körperlichen Sachen, auf welche die Verschuldensgrundsätze anwendbar sind.

Die *res aestimatae* werden dagegen von Servius Sulpicius in seiner Erläuterung der Haftung nach der *actio rei uxoriae* gar nicht erwähnt. Das ist folgerichtig. Denn sie fallen in seinem System als gekaufte Sachen überhaupt aus dem Mitgiftrecht heraus und werden nach Kaufrecht behandelt. Gewiss erlaubt der isolierte Satz des obigen Fragments keine Aussage darüber, wie sehr Servius in ihm selbst die Nichterwähnung der *res aestimatae* als pointierte Auslassung zu verstehen gab und in welchem Umfang dafür der Kontext entscheidend war. Das kann aber auch offenbleiben. Es genügt, dass der Satz uns berechtigte, noch einmal festzustellen, wie Servius zu diesem Punkt gedacht hat.

Justinian hat in seinem Gesetzbuch zwischen den beiden grossen, aus der Republik stammenden Richtungen der römischen Jurisprudenz Frieden herstellen wollen. Nach der Vorbereitung durch die kaiserzeitlichen Rechtsschulen, die diesen Richtungsstreit erst fortsetzten, dann aber zunehmend abmilderten, ist ihm dies, wie auch das hier besprochene Beispiel zeigt, weithin, aber doch nicht ganz gelungen. Nicht nur mit Hilfe der ausserjustinianischen Überlieferung, sondern auch mit Hilfe der in den Digesten bewahrten Texte ist es daher möglich, es als einen falschen Schein zu entlarven, wenn Justinian im obigen Fragment Servius mit dem Vater des Q. Mucius pontifex in friedlicher Harmonie auftreten lässt. Die historische Wahrheit treffen dagegen die Digestenfragmente, welche Servius Sulpicius als Antipoden des Q. Mucius p.m. erscheinen lassen, als Verfasser der Reprehensa Scaevolae capita[78] und

[77] Vgl. Alfenus 5 digestorum a Paulo epitomatorum D 19,2,31. Ein *in creditum ire* wird dort in der typisch dialektischen Unterscheidungskunst der neuen *ars* gelehrt für die offene Geldverwahrung, für die offene Getreidefracht und für die Hingabe von Gold und Silber zur Verarbeitung in Gefässe oder Ringe durch einen Goldschmied. In den genannten Fällen entstehen keine Gattungsschulden, da die Rückgabe aus der Sammelverwahrung, aus der Sammelfracht oder (in Gestalt der neuen Sachen) aus dem zu verarbeitenden Material geschehen soll. Die entsprechenden «Vorräte» bilden die greifbaren Sachen, auf die sich der Fahrlässigkeitsmassstab der *culpa*-Haftung beziehen kann. Bei einer reinen Geldschuld, wie sie Servius bei der *pecunia numerata* im Fall der Mitgift annimmt, fehlt ein solcher körperlicher Bezugspunkt.

[78] Vgl. die Stellen bei LENEL, *Palingenesia* II, Sp. 323. Die Digesten setzen das Werk mehrfach voraus, erwähnen es aber nur einmal ausdrücklich als *notata Mucii*; den eigentlichen Titel verdanken wir Gellius, Noctes Atticae 4,1,20.

als den Juristen, der sich erst auf die Scheltworte des Mucius hin von der Rhetorik zur Jurisprudenz gewandt habe (Pomponius lb sg enchirdii D 1,2,2,43). Der hier untersuchte Fall hat zudem gezeigt, wie treffend Cicero Brutus 41,152 f. die Leistung des Servius charakterisiert, wenn er sagt, dass er es war, der an die Stelle der von «fliessenden» Auslegungsprinzipien ausgehenden und daher *«confuse»* arbeitenden vorklassischen Methode eines Q. Mucius und seiner Vorgänger das Subsumtionsstrenge fordernde Regelwerk seiner *ars iuris* gesetzt hat. Durch eben diese Leistung ist Servius der eigentliche Begründer der klassischen Jurisprudenz geworden. Über seine Schriften, unter denen sein Ediktkommentar als Leitwerk herausragt, seine zahlreichen unmittelbaren Schüler und nicht zuletzt über spätere Leser, die sich wie Julian grundsätzlich zu seinen Idealen bekannten, aber sie doch auch wieder mässigten, wirkt sein Rechtsstil bis heute nach.

Pacte, convention, contrat – Les aléas et l'ambivalence politique de la théorie du «contrat social» dans les débats constitutionnels genevois de la première moitié du XVIII[e] siècle

Alfred DUFOUR

«Le Lieutenant ayant cité quelques autorités de Puffendorff au ch[apitre] du Gouvernement inférieur des Etats pour justifier que les attroupements du Peuple, ses associations par serment (...) sont des voyes illégitimes, le Sr. Fatio est sorti et est allé quérir chez lui Puffendorff et il a prétendu que ces mesmes autorités dont il a fait la lecture faisoient plustost contre les sentiments de Mr. le Lieutenant, mais la vérité est que ces passages de cet Auteur ne contenaient que des généralités dont l'application ne peut estre faite dans la conjoncture présente.»
(A. TRONCHIN, in: *Archives Tronchin*, vol. 281, p. 36).

«Rousseau a été l'Aristote du gouvernement politique inventé par ses concitoyens.»
(P. ROSSI, *Cours d'histoire de la Suisse*, Genève 1831-1832, BPU, Ms. cours univ. 412, Cahier n° 18, p. 659).

INTRODUCTION

Présentée par d'Alembert dans l'*Encyclopédie* comme une *République-modèle* – «le gouvernement de Genève a tous les avantages et aucun des inconvénients de la démocratie»[1] –, il s'en faut de beaucoup que la *Cité-Etat* réformée par Calvin au XVI[e] siècle offre au XVIII[e] siècle le tableau d'une vie politique harmonieuse et sereine. Tout au contraire, la plupart des historiens s'accordent à reconnaître dans le XVIII[e] siècle genevois «le Siècle de la Discorde», jalonné qu'il est de troubles, d'émeutes et de prises d'armes autant que de polémiques et de controverses. Portant sur les droits respectifs du

[1] Cf. *Encyclopédie*, t. VII (1755) Art. Genève, col. 578b.

peuple, rassemblé en *Conseil Général*, et du *gouvernement*, monopolisé par un nombre limité de familles se cooptant au sein des *Conseils restreints* de la République, ces polémiques et ces controverses vont avoir essentiellement pour enjeu l'exercice du pouvoir d'Etat, le *peuple* cherchant à obtenir le rétablissement de la pleine souveraineté du *Conseil Général*, assemblée de l'ensemble des Citoyens et Bourgeois, par la restitution de nombre de ses compétences perdues au XVI[e] siècle comme le droit de lever de nouveaux impôts, les *gouvernants* exerçant le pouvoir au sein des *Conseils restreints* opposant aux revendications populaires, présentées sous forme de «représentations», la fin de non-recevoir de leur «droit négatif» leur permettant d'ignorer les requêtes du «parti populaire».

Pareils affrontements, loin de se réduire, comme le voulait Voltaire, à «la lutte des perruques et des tignasses», prendront l'allure de véritables débats constitutionnels, dans lesquels Pufendorf et ses thèses contractualistes, sa doctrine du «double contrat» autant que sa conception du *contrat de sujétion*, tiendront régulièrement lieu d'autorité et d'argument à l'appui des revendications populaires autant qu'à celui des tenants de l'ordre établi[2], montrant bien à travers ses incidences *pratiques* la fondamentale *ambivalence politique* de la *théorie* pufendorfienne du «contrat social». C'est à l'exposé de quoi nous voudrions nous attacher dans la présente étude en hommage à tout ce que le professeur Bruno Schmidlin a apporté à la vie académique de sa Cité d'adoption.

LE RECOURS À LA FIGURE DU «CONTRAT SOCIAL» CHEZ LES TENANTS DU «PARTI POPULAIRE»

Figure de prédilection du «parti populaire» à Genève, que Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) avec son livre fameux finira par immortaliser en 1762 dans une perspective radicalement *démocratique*, le «contrat social» formera également un des arguments récurrents du «parti négatif» au pouvoir en faveur de la perpétuation du partage des droits de souveraineté établi au XVI[e] siècle au bénéfice des *Conseils restreints*[3].

---

2 Cf. A. TRONCHIN, in: Archives Tronchin, BPU, Genève, vol. 281, p. 36.

3 Cf. J. SAUTIER, *La Médiation de 1737-1738 – Contribution à l'étude des institutions politiques de Genève*, thèse droit Paris, dactyl. 1979, p. 196-252, ainsi que, plus sommaire, P. BARBEY, *Etat et Gouvernement – Les sources et les thèmes du discours politique du patriciat genevois entre 1700 et 1770*, thèse droit, Genève 1990, p. 233-249. Le sujet a été repris de façon plus approfondie par G. SILVESTRINI, *Alle radici del*

A cet égard, que l'idée de «contrat social» constitue un thème de référence privilégié chez les tenants du «parti populaire» du début du siècle, comme l'avocat Marc Revilliod (1654-1714) en 1704 ou son confrère Pierre Fatio (1662-1707) en 1707[4], n'a rien pour surprendre, puisqu'elle sous-tend, fût-ce sous une forme *négative*, la thèse de la *souveraineté du peuple* assemblé en *Conseil Général*. Ce qu'implique en toute rigueur, en effet, aussi bien un Marc Revilliod dans son *Mémoire au sujet du droit de chasse des citoyens et bourgeois de Genève* du 2 février 1704, niant la compétence du *Conseil des Deux Cents* d'accorder un droit de chasse aux Sieurs Turrettini[5], qu'un Pierre Fatio le 5 mai 1707 dans sa réplique au Discours du Syndic Jean-Robert Chouet (1642-1731) sur la nature du gouvernement genevois, contestant la délégation aux *Conseils restreints* de la quasi-totalité des droits de souveraineté[6], ce n'est pas seulement l'affirmation de la *souveraineté du peuple*, c'est-à-dire de la pleine et actuelle *souveraineté du Conseil Général*; c'est ni plus, ni moins que le défaut de tout *contrat de sujétion*, par lequel le peuple genevois aurait *consenti* à l'aliénation d'une part ou de la plupart de ses droits de souveraineté.

C'est ainsi qu'il faut entendre la contestation en 1704 par Marc Revilliod de la compétence du *Conseil des Deux Cents* d'octroyer un droit de chasse aux Sieurs Turrettini pour leur Seigneurie du Château des Bois comme la dénonciation d'une *usurpation* des droits du peuple souverain dans les termes mêmes des auteurs de l'Ecole du droit naturel moderne:

> «La liberté étant du droit naturel, un Peuple ne peut être censé s'en être dépouillé qu'il n'y ait été contraint par une force majeure ou par un consentement exprès. Par la Grâce de Dieu on ne peut pas dire que le Peuple de Genève ait été privé de la liberté par la première de ces causes et il n'est jamais intervenu aucun acte ni traité par lequel le Peuple ait transféré ses droits de souveraineté au M(agnifique) C(onsei)l des 200.»[7]

C'est dans le même sens qu'il convient de comprendre la réplique que donnera Pierre Fatio le 5 mai 1707 au discours historique du Syndic Jean-Robert Chouet distinguant artificieusement la *souveraineté de principe* du *Conseil*

---

pensiero di Rousseau – Istituzioni e dibatto politico a Ginevra nella prima metá del Settecento, Milan 1993, notamment p. 81-106 et p. 125-164.

4 Cf. G. SILVESTRINI, *op. cit.* (n. 3), p. 81-106.

5 Cf. copie BPU, Genève, Ms. suppl. 1, p. 73-104.

6 Cf. AEG, RC 1707, 207, 5 mai 1707, p. 357-365.

7 Cf. BPU, Genève Ms. suppl. 1, p. 74-75.

Général et son *exercice* effectif par les *Conseils restreints* de la République[8]. En des termes qui préfigurent Jean-Jacques Rousseau, Pierre Fatio montre que la *souveraineté* du *Conseil Général*, telle que la conçoit et l'explique le Syndic Chouet, est une *souveraineté chimérique*, un Souverain qui ne fait jamais acte de souveraineté étant un être imaginaire, et que jamais le *Conseil Général* n'a donné son *consentement* à pareille aliénation. Ainsi que le relate le *Registre du Conseil* à la date du 5 mai 1707 en rapportant son *Discours* au style indirect[9]:

> «Il ne suffisoit pas de convenir que le Conseil Général pouvoit délibérer de tout ce qu'il voudroit (...), il falloit qu'il en délibérât actuellement, (...) s'il ne le faisait pas, son droit, sa liberté et sa souveraineté seroient chimériques (...). Convenir du principe et soutenir qu'il ne lui convient pas d'exercer son droit, que l'exercice de la souveraineté par le Conseil Général n'est pas possible sur tout ce qui se peut traiter dans un Etat, c'était (...) aliéner, transmuer la Souveraineté. Ne lui bailler que la création des magistrats, c'est lui ravir, c'est lui usurper tout le reste. Cette conséquence renverse donc le principe que l'on reconnoit sinon dans l'intention, du moins par le fait (...). Si le Conseil Général a souffert au Conseil des Deux Cents de faire des lois, c'était un abus, c'était un démembrement de la souveraineté, auquel il n'a pas donné son *consentement.*»[10]

On ne s'étonnera pas non plus de retrouver la figure du «contrat social», entendue dans le même sens, mais cette fois-ci sous une forme *positive*, chez un des émules des chefs du «parti populaire» du début du siècle: l'ingénieur militaire et physicien réputé, d'origine patricienne, Jacques-Barthélemy Micheli du Crest (1690-1766)[11], tenant, en fonction de sa carrière tourmentée comme de ses démêlés avec les autorités genevoises, du caractère foncièrement *démocratique* du régime politique de la République de Genève[12]. C'est que

---

8 Cf. J. SAUTIER, *op. cit.*, t. 1, p. 201-207. Pour le texte même du discours de J.R. Chouet, voir sa publication in: W.A. LIEBESKIND, *Institutions politiques et traditions nationales*, Mém. Fac. Droit Genève, n° 38, éd. A. Dufour, Genève 1973, p. 188-196.

9 Cf. AEG, RC, 207, p. 357-365.

10 Cf. *op. cit.* (n. 9), *loc. cit.*, p. 357-359.

11 Sur J.B. Micheli du Crest, voir outre J.H. GRAF, *Das Leben und Wirken des Physikers und Geodäten J.B. Micheli du Crest*, Berne 1890, et C.J. BURCKHARDT, «J.B. Micheli du Crest» in:*Gestalten und Mächte*, Zurich 1941, p. 99-131, D. MICHELI, *La pensée politique de J.B. Micheli du Crest d'après les «Maximes d'un Républicain»*, BHG VIII, 1945, p. 165-176, ainsi que les *Actes du Colloque* tenu à Genève en 1995, *Jacques Barthélemy Micheli du Crest 1690-1766, Homme des Lumières*, Genève 1995.

12 Voir l'affirmation très nette de l'accoutumance du peuple à Genève «depuis un temps immémorial à la Démocratie» in: J. B. MICHELI DU CREST, *Discours en forme de lettres*

pour le patricien déchu, rallié aux thèses du «parti populaire», l'ordre constitutionnel genevois – l'*Edit* – mis en place au XVI[e] siècle est de nature *contractuelle*, procédant soit d'un *contrat* entre «trois parties contractantes, savoir le Petit Conseil, le Grand Conseil et le Peuple»[13], soit d'une «Convention entre tous les Membres de la République»[14] et qu'il établit la *souveraineté* effective du *Conseil Général*:

> «Si l'on considère la loy telle quelle est effectivement parmi nous une Convention entre tous les membres de la République, laquelle y sert de règle à leur société (...) la promesse que font les Sindics de la maintenir, sa garde et sa Deffense déposée par Serment entre mains d'un Chacun du Peuple, on découvrira par plusieurs Endroits que chaque bourgeois ayant part à un tel contract a cette promesse et a cette garde et le plus grand nombre *a fortiori* a par conséquent droit de la faire observer et pour cet effet dans les cas de contravention d'en admettre l'appel au Conseil Général.
> Car 1° toute convention donne droit à chacun des contractants de faire exécuter ce dont on est convenu; 11° toute promesse fournit une action pour contraindre le promettant d'observer ce qu'il a promis: et enfin un serment par lequel on s'engage de garder des Loix et de ne point souffrir aucune entreprise ny machination contre ces mêmes loix attribue un titre aux Gardiateurs et Les contraints même de corriger les contraventions de ces mêmes loix.»[15]

La *souveraineté* effective du *Conseil Général* que Micheli du Crest tient pour constitutive de la *démocratie genevoise*, il importe à son sens, comme pour les chefs du «parti populaire» de 1707, pour la sauvegarder contre toute entreprise de l'aristocratie comme pour la fortifier, de l'entretenir par la réunion d'*Assemblées périodiques*:

> «Ainsi cette Entreprise se trouvant sujette à de très grandes difficultés et étant exposée par la Suite à des catastrophes, d'ailleurs n'étant nullement convenable à la situation de cette République, toutes sortes de raison doivent engager tous ses Citoiens et Bourgeois sans aucune exception de maintenir l'observation de leurs Loix fondamentales en entretenant le frein de ceux qui gouvernent et pour cet effet dès aujourd'hui tenir des conseils généraux (...)
> (...) il est d'une nécessité absolue pour le bien de la République d'entretenir

---

sur le Gouvernement de Genève, Paris 1735, Troisième Lettre, BPU Genève, Ms. fr. 849, p. 91-92.

13 Cf. *op. cit.* (n. 12), Deuxième Lettre, p. 34.

14 Cf. *op. cit.* (n. 12), Deuxième Lettre, p. 29.

15 Cf. *op. cit.* (n. 12), Deuxième Lettre, p. 29-30.

tous les citoiens dans l'usage de leurs fonctions, afin que les plus agez n'en oublient pas les idées et que les jeunes gens les apprennent.»[16]

L'INTERPRÉTATION DE LA FIGURE DU «CONTRAT SOCIAL» ET SON APPLICATION À L'HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE GENEVOISE PAR LES PORTE-PAROLE DU GOUVERNEMENT

S'il n'est pas étonnant de constater ainsi la récurrence de la figure du «contrat social» dans le discours politique des tenants du «parti populaire» de la première moitié du XVIII[e] siècle[17] genevois, il est en revanche pour le moins assez surprenant, mais à la réflexion extrêmement significatif, de voir les porte-parole et les interprètes officiels du gouvernement recourir pendant la même période à la *même figure* dans un sens diamétralement *opposé*. De Jacob de Chapeaurouge (1669-1744), membre du Deux Cents dès 1698 et Syndic à trois reprises (1724, 1728 et 1732), l'auteur de la *Réponse*[18] aux *Lettres anonymes de 1718*[19], à la très officielle *Commission* des Conseils restreints chargée de répondre aux représentations des Citoyens et Bourgeois de mars 1734[20], dans laquelle siégeront, outre Chapeaurouge et son gendre, Jean-Jacques Burlamaqui, David Sartoris (1659-1735), secrétaire d'Etat, puis Syndic à cinq reprises (de 1717 à 1733), et surtout Pierre Mussard (1690-1767), prédécesseur de Burlamaqui dans l'enseignement du droit naturel à l'Auditoire de Droit dès 1719, puis Conseiller et Syndic à trois reprises (1750, 1754 et 1758), enfin grand diplomate et négociateur du Traité de Turin avec la Sardaigne en 1754, ces deux derniers également auteurs avec Chapeaurouge de *Mémoires* en 1734 portant soit sur «le gouvernement de la Ville de Genève» (Chapeaurouge)[21], soit sur «l'Etat et le Gouvernement genevois»

---

16 Cf. *op. cit.* (n. 12), Troisième Lettre, p. 125.

17 Sur «la constance des principes de la bourgeoisie dans cette première moitié du siècle» et sur ses conquêtes successives sur le plan institutionnel, voir les excellents développements de J. SAUTIER, *op. cit.* (n. 3), p. 196-197 d'une part et p. 185-189 d'autre part.

18 Cf. BPU Genève, Ms. Cramer 47, p. 43-106.

19 Cf. BPU Genève, Ms. fr. 839, édité par A. GÜR, «Les Lettres 'séditieuses' anonymes – Etude et texte», *BSHAG* 1981, t. XVII/2, Genève 1982, Etude p. 129-176 et Texte, p. 177-205.

20 *Rapport des Commissaires nommés par les Conseils de Genève pour examiner les Représentations et donner leur avis sur ce dont il y est question*, Genève 1735.

21 Genève 1734. Nous ne nous arrêterons pas à ce *Mémoire* de J. de Chapeaurouge, puisqu'il constitue avant tout «une reprise de sa réponse aux *Lettres anonymes* de 1718» (P. BARBEY, *op. cit.* (n. 3), p. 122).

(D. Sartoris)[22], soit sur «la question des impôts» (P. Mussard)[23] – tous reprennent, en effet, de l'Ecole du droit naturel moderne, et singulièrement de Pufendorf[24] comme de Barbeyrac[25] et de Burlamaqui[26], la doctrine du «double contrat» pour l'appliquer à la réalité constitutionnelle genevoise et en inférer la *nécessité* et le *caractère irrévocable* du partage des droits de souveraineté convenu au XVI[e] siècle entre le *Peuple* et les *Conseils restreints*.

«Véritable héraut du patriciat» (J. Sautier)[27], Jacob de Chapeaurouge apparaît dans cette perspective à notre sens comme l'un des premiers à reprendre de Pufendorf la doctrine du «double contrat» et à l'appliquer au régime politique genevois pour établir à la fois la *nécessité* et l'*irrévocabilité* de l'ordre établi. Dans sa *Réponse à la Lettre Anonyme concernant les impôts* de 1718[28] en forme de réplique aux *Lettres séditieuses anonymes* parues la même année[29], il commence ainsi par rendre raison en ces termes de la fondation comme de la nécessité de toute société politique en évoquant successivement le *contrat d'association* au fondement de l'état de société et le *décret* arrêtant la *forme de gouvernement*:

> «On ne saurait s'empêcher de reconnaître que l'Etat de pure nature est un Etat déplorable, il a fallu donc que la crainte des hommes intervint, & que pour que chacun jouit en sûreté de ce qu'il lui appartient, les hommes épars et nullement liés les uns avec les autres par des conventions qui tendissent à leur avantage commun, fissent de tel traités. En un mot, il a été nécessaire, qu'il se formât entr'eux des Sociétés, à l'abri desquelles

---

22 Cf. D. Sartoris, *Mémoire en forme de lettre*, AEG, RC 1734, encarté fol. 167-168, 2e pièce.

23 Cf. P. Mussard, *Mémoire sur la question des impôts*, BPU Genève, Ms. Cramer 59, 4e pièce.

24 Cf. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium* (Lund 1672), 1688, éd. reprod. photogr., Oxford-Londres 1934, VII/II/§§ 7-8 et *De Officio Hominis et Civis*, (Lund 1673), éd. I. Weber, Francfort/Main, 1706, II/VI/§.7. Pour un aperçu de la pensée politique pufendorfienne, voir nos contributions à la *Cambridge History of Modern Political Thought*, éd. J.H. Burns, Cambridge 1994, p. 561-598, ainsi qu'aux *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 11, 1987, *Des théories du droit naturel*, «Jusnaturalisme et conscience historique – la pensée politique de Pufendorf», p. 101-125. Voir également les pages que nous avons consacrées à cette pensée dans notre volume *Droits de l'Homme, Droit naturel et Histoire*, Paris 1991, p. 69-89.

25 Cf. les notes des traductions de J. Barbeyrac aux passages cités de Pufendorf, *Droit de la Nature et des Gens*, Ad VII/II/§.8, éd. 17061 et 17506.

26 Cf. J.J. Burlamaqui, *Principes du Droit politique* (Amsterdam 1751), éd. reprod. photogr. Caen 1984, I/IV/§§ IV-VII et XV.

27 Cf. *op. cit.* (n. 3), p. 200.

28 Cf. BPU Genève, Ms. Cramer 47.

29 Cf. *op. cit.* (n. 19).

> chacun pût vivre tranquillement, surement; en un mot d'une manière plus heureuse que dans l'Etat de pure nature.
> Quoi que toutes les sociétés soient censées tendre au plus grand bien de tous les membres qui les composent, et que le bonheur commun soit le grand but qu'elles ont en vue, cependant leur forme peut être différente; delà vient qu'il y a aujourd'huy dans le Monde diverses sortes de Gouvernements, le Monarchique, l'Aristocratique, le Démocratique, et ceux qui peuvent dans des proportions diverses participer des uns et des autres; mais quelle que soit la nature des différents Gouvernemens, ils ont cela de commun, que dans les uns et dans les autres, il a fallu fixer les différentes fonctions des divers Membres qui composent l'Etat, afin que chacun sçût sur quel pied, sous quelles Loix il vivoit, au lieu que dans l'Etat de pure nature il n'y avait d'autre Loy que le caprice, la passion, la bizarrerie de chaque particulier; dans l'Etat de pure nature il n'y avoit rien d'assuré, rien de déterminé, rien sur quoy l'on pût compter, la Liberté ou plutôt la Licence s'étendoit à l'infini. Tout cela a été réprimé, tout cela a dû être renfermé dans de certaines bornes dans l'Etat de société.»[30]

Passant ensuite à l'évocation du *contrat de sujétion*, il en rend compte de la manière suivante:

> «Cette Liberté est donc une Liberté limitée; mais quelles seront ces bornes? Je réponds que le bien de l'Etat ou le Bien Commun les réglera, que chaque Membre de la Société, soit qu'il en soit un Membre plus ou moins important, plus ou moins considérable, aura le degré de Liberté qui convient au bien de l'Etat, au bien commun qu'il est.
> Ce bien de l'Etat, ce bien commun, sera la règle sous laquelle tous les Membres de l'Etat devront vivre, et le détail de cette Règle ne sera autre chose que les Loix de ce même Etat, ou que les différents articles dont cette Règle est composée.
> Cela posé, il est clair que quelque nom qu'on donne aux différents Membres de l'Etat, que l'un soit appellé *Souverain*, les autres *sujets*, les uns Magistrats, les autres Peuples, il n'est pas possible qu'aucun d'eux possède cette Liberté infinie dont on a parlé d'abord. Chacun ne peut jouir que d'une Liberté temperée et dont le degré a été fixé par les Loix ou par les conventions que les différents Membres de la Société ont fait entr'eux.»[31]

Faisant alors l'application de la *théorie* à l'évolution de la *pratique* constitutionnelle genevoise depuis le XVI[e] siècle, il poursuit, opposant à l'*imperfection* originelle du gouvernement de Genève au lendemain de la Réforme protestante sa plus grande *perfection* au XVIII[e] siècle:

---

[30] Cf. *Réponse cit.* (n. 28) BPU Genève, Ms. Cramer 47, p. 46-47.
[31] Cf. *op. cit.* (n. 28), p. 48-49.

«...en général je crois que toute Personne dégagée des préjugés conviendra sans peine que le Gouvernement d'une République naissante, où il y a tous les jours des nouvelles Loix,de nouveaux Règlements à faire, est moins parfait que celui d'un Etat où tout est réglé où les fonctions de chaque corps sont fixées de sorte que chacun sait sur quel pied il vit. Or le Gouvernement de la Ville de Genève depuis l'an 1535 jusques en 1570 étoit celuy d'une République naissante, puisque tout cet espace de tems fût employé à faire les Loix et les Règlements qu'il étoit nécessaire d'établir pour le bien de l'Etat; on ne pût pas les faire en moins de tems à cause d'une infinité d'autres affaires importantes que la République avoit soit au dedans, soit au dehors (...)»

Les Conseils sont persuadés que la forme de Gouvernement établie par nos Loix & nos Edits est une forme de Gouvernement qui nous convient; il est faux qu'ils n'estiment de Gouvernement parfait que celui où ils auroient toute l'autorité en main, soit celle qui leur est attribuée par les Edits, soit celle que les Edits ont réservée au Peuple. Ils ne veulent autre chose si ce n'est que les Droits de chaque corps de l'Etat leur soyent conservés puisque sans cela l'harmonie et la bonne intelligence entre tous les Membres de la République sans lesquelles Elle ne peut subsister seroient rompues; ils ne cherchent sinon à remplir les engagements où ils sont, de procurer le plus grand Bien Public, et d'observer et maintenir les Edits qu'ils jurent toutes les années.

Il n'y a qu'à comparer le Gouvernement comme il est aujourd'huy avec le Gouvernement tel qu'il a été d'abord après qu'il fût fixé par les Edits de 1568 et celui de 1570 pour être convaincu qu'ils n'ont usurpé quoi que ce soit, & qu'ils ont conservé Religieusement à chaque Conseil, à chaque corps de l'Etat ses prérogatives (...) Les Conseils peuvent exercer une partie de la Souveraineté sans que le Peuple cesse d'être Libre, savoir celle dont l'exercice leur a été confié par les Edits. C'est le cas où se rencontre la République de Genève; au lieu donc de répondre à la question comme fait l'Auteur (*des Lettres séditieuses*), il n'y a qu'à dire, que le Gouvernement le plus parfait est celuy où les Conseils exercent une partie de la Souveraineté et le Peuple l'autre, selon la Tablature que les Edits ont prescrites.»[32]

Et c'est pour conclure tout à la fois quant au *fondement contractuel* et quant au *caractère irrévocable* de l'ordre politique genevois:

«Concluons donc que dès que le Gouvernement a été réglé par des Loix établies d'un consentement unanime, nul ne le peut changer, que ces Loix lient tous les membres de l'Etat de la façon la plus étroite, que pendant que chaque corps use du pouvoir qui lui a été conféré d'une

[32] Cf. *op. cit.* (n. 28), *ms. cit.*, p. 74-76 et 78.

> manière raisonnable & pour le plus grand bien de l'Etat, il ne peut pas être privé de ce Pouvoir sans injustice.»[33]

C'est le même type de démarche qui se fait jour dix-sept ans plus tard dans le *Rapport des Commissaires nommés par les Conseils de Genève pour examiner les Représentations et donner leur avis sur ce dont il y est question*[34]. Première formulation officielle de la position du gouvernement genevois dans l'*Affaire des impôts* des années 1730 (1734-1738), élaborée par une Commission constituée de quelques magistrats éminents, parmi lesquels figurent un Jacob de Chapeaurouge, un Jean-Jacques Burlamaqui, un David Sartoris et un Pierre Mussard[35], ce *Rapport* ne consacre pas seulement les théories *contractualistes* de Pufendorf et de Burlamaqui sur les fondements de toute société politique; il en fait littéralement l'application à la réalité constitutionnelle genevoise[36] pour souligner le caractère «réciproquement obligatoire» du *contrat* que forment les *Edits et Statuts fondamentaux* de la République remontant aux deux derniers tiers du XVI[e] siècle.

A cet égard, s'en tenant d'abord au plan *théorique*, les Commissaires résument en quelques paragraphes les *principes contractualistes* de l'Ecole du droit naturel moderne en ces termes quasi programmatiques:

> «Chacun sçait quels sont les premiers principes du Gouvernement en général; qu'il n'y a point de véritable liberté s'il n'y a point d'ordre & de gouvernement.
> L'expérience ayant fait comprendre aux hommes qu'ils ne pouvoient faire un plus noble usage de leur liberté qu'en établissant entr'eux un ordre, un gouvernement auquel ils s'engagerent tous de se soumettre pour le maintien même & par intérêt de leur liberté, que le gouvernement doit être stable, autrement on retomberoit dans le péril qu'on a voulu éviter en l'établissant.
> Que pour le rendre stable on n'a pû faire autre chose qu'établir un ordre fixe par *des Loix ou des Edits*, qui en règlent la forme et la manière, qui par cette raison sont appellés *les Statuts fondamentaux du Gouvernement*, & forment en chaque différent païs ce qu'on appelle *la Constitution de l'Etat*, à quoi l'on joint *les us & coûtumes* observés d'ancienneté dans la forme du Gouvernement.
> Que ces Edits & Statuts fondamentaux sont de leur nature, & dans l'intention des Législateurs & Fondateurs des Républiques *perpétuels*,

---

[33] Cf. *op. cit.* (n. 28), p. 80.

[34] Cf. *op. cit.* (n. 20).

[35] Cf. J. SAUTIER, *op. cit.* (n. 3), t. 1, p. 227ss et P. BARBEY, *op. cit.*,(n.3), p. 111ss.

[36] Voir dans ce sens avec une formule moins heureuse J. SAUTIER, *op. cit.* (n. 3), t. 1, p. 242: «Il tente de forcer les institutions genevoises dans le moule proposé par Pufendorf».

& forment *un contrat réciproquement obligatoire* entre ceux qui gouvernent & ceux qui sont gouvernés.
Que cette Constitution fondamentale de l'Etat ne peut être rompue ni par ceux qui gouvernent d'une part, ni par ceux qui sont gouvernés d'autre part. On ne peut la rompre, on n'y peut toucher que d'un commun accord par le consentement des deux parties.
Voilà des principes fort simples, fort connus, que personne ne contestera, du moins entre ceux qui sont tant soit peu versés dans la connaissance de l'établissement des sociétés et du droit public.»[37]

Puis ils font à la lettre l'application de ces *principes théoriques* à l'histoire constitutionnelle de Genève sous le couvert d'un simple passage du *général* au *particulier*, qui recouvre en fait une conception *historique* tout à fait singulière du *droit naturel*:

«A ces principes de gouvernement en général il faut joindre les principes fondamentaux de celui de notre Republique en particulier, on verra qu'ils y ont le rapport ordinaire de l'espèce au genre.
Au commencement de l'établissement de la Rep(ublique) dont on peut fixer l'époque en l'année 1535 qu'arriva notre bienheureuse Réformation, nous voyons en fait qu'après la retraite de Pierre de la Baume notre dernier Evêque, les droits de la Ville réünis avec la Souveraineté du Prince, la Souveraineté entière parvint au corps entier de la Rep(ublique) & il en revint à chacun des ordres de l'Etat un surcroît de pouvoir relatif & analogue à celui dont il étoit déjà en possession; ainsi ce fut dès lors que le Conseil Général eut le droit législatif, électif & confoederatif, & en général la décision des autres affaires qui pourroient lui être portées par les Sindics, Petit & Grand Conseil.
D'un autre côté le droit de faire grâce, celui de battre monnoye, l'administration souveraine de la Justice & tous les droits du Fisc furent entre les mains des Sindics, P(etit) & G(rand) Conseil, outre le droit d'élire à toutes les charges, excepté celles qui sont réservées au Conseil Général.
Tel fut l'état du Gouvernement & des droits qui en dépendent. Pour fixer d'autant mieux cet établissement, on fit un corps d'Edits en 1543 qui fut mis en meilleur ordre & approuvé en 1568 qu'on fit la compilation générale de nos Edits, dont le préambule nous indique quelle est la forme du Gouvernement. «Pource que le Gouvernement & Etat de cette Ville consiste par 4 Sindics, le Conseil des XXV, des LX, des CC & du Général & un Lieutenant en la Justice ordinaire avec autres Offices, selon que bonne police le requiert, tant pour l'administration du bien public que de la Justice, nous avons recueilli l'ordre qui jusqu'ici a été observé avec

[37] Cf. *Rapport cit.* (n. 20), Genève 1735, p. 46.

> quelques déclarations, afin qu'il soit gardé à l'avenir tant en l'élection qu'en l'exercice de chacun Office.»[38]

Et c'est pour conclure:

> «Cet Edit autrefois compilé, convenu & autorisé par tous les ordres de l'Etat assemblé en C(onseil) G(énéral) fait notre Loi fondamentale réciproquement obligatoire, consacre nos us & coûtumes, & nous indique d'une manière fixe l'ordre, l'office & l'exercice du pouvoir qui compete à chacun des corps & des Conseils de la Rep(ublique). Il fait la règle commune, tant de ceux qui gouvernent que de ceux qui sont gouvernés.»[39]

On ne sera pas surpris outre mesure enfin de rencontrer, à quelques nuances près, le même type d'argumentation et la même utilisation des *thèses contractualistes* pufendorfiennes aux mêmes fins partisanes de sauvegarde de l'ordre établi dans les *Mémoires* que rédigent à titre particulier deux des *Commissaires* de 1734, avant même la publication du *Rapport* officiel qui en systématisera en quelque sorte les thèses: le *Mémoire sur la question des impôts* de Pierre Mussard[40] et le *Mémoire en forme de lettre* de David Sartoris[41], tous les deux de 1734[42].

Tout à la fois *classique* et *didactique*, le *Mémoire* de Pierre Mussard, qui s'articule autour de trois questions – 1° le Conseil des Deux Cents a-t-il «*usurpé* le pouvoir qu'il s'attribue» de «mettre de nouveaux impôts» ? 2° A-t-il *abusé* de ce pouvoir? 3° Faut-il lui *ôter* ce pouvoir[43]? – ne se borne pas à répondre aux questions posées par la *négative* en réfutant les thèses des représentations populaires en la matière par une argumentation tout à la fois *historique* et *juridique*; il entend également fonder son argumentation sur les *principes contractualistes* de l'Ecole du droit naturel moderne en en renversant la portée en faveur du maintien de l'ordre établi.

C'est ainsi que l'on retrouvera dans les *Maximes générales* qu'il est amené à formuler à ce propos les *principales thèses* déjà exposées sur les fondements de tout ordre politique – de l'*état de société* aux différentes *formes de gouvernement*:

> «La Ire Maxime dont il faut convenir, *c'est qu'il n'y a point de Liberté, s'il n'y a point d'ordre & de Gouvernement.* C'est ce que la raison excitée

---

38 Cf. *op. cit.* (n. 20), p. 47.

39 *Ibid.*

40 Cf. *Mémoire sur la question des impôts*, BPU Genève, Ms. Cramer 59.

41 Cf. AEG, RC 1734, 234, Ms. intercalé p. 167-168.

42 Cf. *Mémoire cit.* (n. 40).

43 Cf. *Mémoire cit.* (n. 40), *ms. cit.*, p. 3 ms.

par l'expérience fit bientôt comprendre aux hommes, que l'indépendance absoluë de la Liberté naturelle les mettoit véritablement dans la dépendance de toutes la plus cruelle. Indépendant de tout le monde, tout le monde l'étoit de moi, & c'est par là même que je dépendois du premier que je rencontrois (...). Pour se mettre à l'abri de cette dépendance, pour se tirer de cette véritable servitude, les hommes estimèrent ne pouvoir pas faire un plus noble usage de leur Liberté, qu'en établissant entr'eux un ordre, un Gouvernement, auquel ils s'engagèrent tous de se Soumettre pour le maintien même et l'intérêt de leur Liberté. C'est là un premier principe certain.
La IIe Maxime est, *que le Gouvernement doit être stable.* Autrement on retomberoit dans le péril qu'on a voulu éviter en l'établissant.
La IIIe Maxime, c'est *que pour le rendre stable, on n'a pu faire autre chose, qu'établir un Ordre fixe par des Loix ou des Edits*, qui en règle la forme & la manière, qui par cela même sont apellés les *Statuts fondamentaux* du Gouvernement, & forment, en chaque différent pays, ce qu'on apelle *la Constitution fondamentale de l'Etat.*
La IVe Maxime qui suit des premières, c'est que *ces Edits, ces Statuts fondamentaux sont de leur nature & dans l'intention des Législateurs perpétuels & irrévocables*, & forment un Contract obligatoire réciproquement entre ceux qui gouvernent et ceux qui sont gouvernez.»[44]

Après avoir montré de la sorte l'articulation du *contrat de sujétion* sur le *contrat d'association* par le truchement tout pufendorfien d'un *décret* portant sur la *forme de gouvernement*, Pierre Mussard en fait également l'application à l'ordre politique genevois qu'il caractérise par la subordination du *Conseil Général* aux *Conseils restreints*:

«Mais comment les Citoiens & Bourgeois assemblés en un Conseil général, qui réunit toutes les parties du Pouvoir Souverain, ont-ils pû se gêner, s'assujettir de cette façon? Ils l'ont fait par les raisons les plus fortes & les plus sages; ils l'ont fait par les mêmes motifs qui déterminerent les hommes à renoncer à l'indépendance de la Liberté naturelle, & à se soumettre à un juste Gouvernement pour se procurer, pour s'assurer la véritable Liberté; ils l'ont fait pour se préserver contre les démangeaisons de nouveautés, contre la pente aux Changements, qui est la maladie ordinaire des peuples, & surtout dans les Etats qui approchent du populaire. Ils ont pris toutes les précautions pour s'en garantir, & c'est dans cette vüe qu'outre le Serment d'Etat, dont nous venons de parler, ils ont encore établi cette autre barrière qui fait la Sureté & la tranquillité publique que le Conseil Général ne puisse jamais s'assembler, que par l'autorité du Gouvernement et selon sa prudence. Tant on étoit en garde, du tems de nos Pères, pour empêcher que le

[44] Cf. *op. cit.* (n. 40), *ms. cit.*, p. 41-42 ms.

> Gouvernement ne tombât en Démagogie. Tant on apréhendoit les périls de l'anarchie & des confusions populaires. Telle étant donc la constitution de nôtre République pour me décider sur la Question proposée comme sur tout autre différent qui pourroit Survenir entre le Gouvernement & le Peuple, je n'ai besoin que de recourir au Contract original, à la Loy, à l'Edit, qui est le Supérieur & le Juge commun des uns & des autres. L'Edit donne au CC le pouvoir de mettre des Impôts, quand les nécessités publiques le requièrent. D'où je conclus que la Proposition de lui ôter ce Droit est injuste.»[45]

Et Pierre Mussard en tire alors pour conclusion, tout à l'encontre des *représentations* du «parti populaire», *l'irrévocabilité* du *Contrat original* constitutif de l'*ordre politique genevois* qu'il formule en ces termes:

> «Telle étant nôtre Constitution, voilà qui nous fait sentir que ce Principe, *Nous avons fait l'Edit, nous sommes les maîtres de le changer*, est aussi faux en lui-même que dangereux par ses conséquences. Il est totalement contraire au Contract original, obligatoire réciproquement entre le Gouvernement et le Peuple, qui ne peut être rompu que d'un commun accord par le consentement des deux parties. Nous voulons prendre à nous le droit de mettre des Impôts. Le CC qui l'a eu jusqu'ici veut le retenir. Qui sera le maître? Ce ne sera ni l'une ni l'autre des parties. A la Loy & au témoignage. Le Contract original fait le véritable Supérieur, la Loy commune, tant à ceux qui gouvernent qu'à ceux qui sont gouvernez. C'est la Constitution. C'est la Loy de l'Etat qui est nôtre maître commun. C'est elle qui décide souverainement entre le Gouvernement & le Peuple, toutes les fois qu'il y aura quelques cas entr'eux. C'est elle qui règle les fonctions et les droits des uns & des autres, dont il n'est permis ni aux uns, ni aux autres de s'écarter. Aussi voions-nous que cela ne nous est pas particulier.»[46]

Ainsi que l'a bien relevé J. Sautier, c'est là toute la nouveauté du *Mémoire* de P. Mussard: «Mussard nie, en effet, que la souveraineté soit une volonté et pour lui le Souverain, une fois ce contrat conclu, ne peut plus changer les Edits fondamentaux de la République, de la même façon que le Roi de France ne peut plus toucher à la Loi salique»[47].

Pour apparaître moins *philosophique* et plus *pragmatique*, parce que ciblé sur un petit peuple d'artisans et de négociants, le *Mémoire* de David Sartoris n'en recourt pas moins à la même démarche et à la même thématique contractualiste, mais en la situant dans un contexte *privatiste*, voire

---

[45] Cf. *op. cit.* (n. 40), *ms. cit.*, p. 45.
[46] Cf. *op. cit.* (n. 40), *ms. cit.*, p. 50.
[47] Cf. *op. cit.* (n. 3), t. 1, p. 232-233.

commercialiste. Si David Sartoris présente l'Edit de 1568 comme le «Contrat primitif, qui règle et établit tous les Droits de chaque ordre de la République»[48], il l'analyse surtout comme «une scripte de compagnie»[49], qui ne saurait être changée par la volonté d'une seule des parties. Le seul à interpréter le «contrat social» en termes de droit des obligations, David Sartoris développe ainsi toute une théorie originale du «contrat primitif» d'association que constituent les *Edits* de la fin du XVI[e] siècle.

Affirmant le caractère *perpétuel* et *irrévocable* de l'Edit de 1570 conférant au *Conseil des Deux Cents* le droit de lever de nouveaux impôts, il commente:

> «Pour en être convaincu, il n'y a qu'a faire cette considération incontestable en droit et en pratique. Il est de l'essence et de la nature de tous les Contracts d'être perpétuels et irrévocables; Loix perpétuelles et irrévocables jusqu'à ce que le Législateur les ait changé. Contracts perpétuels et irrévocables jusques à ce que les contractants d'un commun consentement, et non l'un sans la volonté de l'autre, les aient changés, révoqués ou annulés. Ainsi l'Edit de 1570 doit avoir et a tout autant d'autorité que si les termes perpétuel et irrévocable y estoient exprimés comme en d'autres Edits, il suffit qu'il soit une Loi et un Contract authentique pour être par sa nature perpétuel et irrévocable, comme il a été dit ci-dessus.»[50]

Mais c'est surtout à propos de l'*Edit* de 1568 formant «la loy fondamentale de l'Etat» que David Sartoris expose sa théorie quasi commercialiste du «contrat social»:

> «N'oubliez pas, M., que je ne vous ai pas seulement dit que l'Edit de 1568 étoit la loy fondamentale de l'Etat, je vous ai aussi dit que c'était le Contract primitif, je vous ai parlé d'association, il a tous ces caractères, je le répète, c'est une scripte de compagnie faite entre tous les ordres, tous les membres de la Ville de Genève, pour en faire une société régulière, une République. Elle assigne à chaque particulier ses droits et ses fonctions, et un but principal, la conservation de la société et son union. Que diriés vous si vos trois associés vous disoient, la scripte de notre compagnie porte que nous nous associons pour faire telle et telle chose. Nous voulons changer, votre opposition ne doit pas changer notre dessein, nous sommes trois contre un. Y auroit-il quelque fondement dans ce raisonnement, ne seroit-ce pas contrevenir aux conditions de la société, la détruire, lui faire changer de face?

---

[48] Cf. *Mémoire cit.* (n. 41), AEG, RC 1734, 234, intercalé p. 167-168, p. 2.
[49] Cf. *op. cit.* (n. 41), *ms. cit.*, p. 23.
[50] Cf. *op. cit.* (n. 41), *ms. cit.*, p. 12.

L'application au cas présent est toute naturelle. Il y a eu association entre tous les Bourgeois de la Ville de Genève après la retraite de l'Evêque; ils ont fait les fonds de cette société de tous les droits qu'ils avaient et de tous ceux de l'Evêque. Ils se sont assignés diverses fonctions, ils ont essayé pendant 35 ans diverses manières de gouverner leur société; enfin au bout de ce terme, ils se sont partagés tous ces droits, ils ont unanimement convenu d'une règle perpétuelle qu'ils ont fixée et jugée. Ils l'ont suivi pendant 160 ans au bout desquels la moitié, les 3/4 d'entre eux disent, nous sommes libres, maîtres de faire ce qu'il nous plaît, nous voulons changer les lois que nous nous sommes prescrites, les interpréter; nous souhaitons de remettre tous nos droits dans un mas et faire un nouveau partage. On a préfigé à chaque corps ce qu'il doit faire, cela gène sa liberté, tout est important, il faut tout faire en commun et prendre l'avis de chacun de nous sur chaque question. Peut-on, M., plus visiblement rompre le traité primitif? Quel Etat dans le monde ne sera pas détruit, Monarchie, Aristocratie, Démocratie, Républiques simples, mixtes, si semblables maximes ont lieu?»[51]

CONCLUSION

Irrévocabilité des lois constitutives de la République, *perpétuité* et *authenticité* de l'Edit 1570, *réciprocité des engagements* pris lors du *contrat primitif* – ce seront ces arguments développés en 1734-1735 par Pierre Mussard, David Sartoris et les autres Commissaires chargés de réfuter alors les thèses des représentations du «parti populaire» qui seront un peu plus d'un quart de siècle plus tard au coeur des réquisitions du Procureur Général Jean-Robert Tronchin (1710-1792) contre le «*Contrat Social*» de Jean-Jacques Rousseau à la mi-juin 1762:

«Dans le *Contrat Social* l'autheur après avoir fait dériver l'autorité des gouvernements des sources les plus pures, après avoir heureusement développé les avantages immenses de l'Etat Civil sur l'Etat de Nature, ramène bientôt tous les désordres de cet Etat Primitif; *Les Lois constitutives de tous les Gouvernements lui paraissent toujours révocables. Il n'aperçoit aucun engagement réciproque entre ceux qui gouvernent et ceux qui sont gouvernés. Les premiers ne lui paroissent que des instruments que les Peuples peuvent toujours changer ou briser à leur gré. Il suppose dans les volontés générales des Peuples la même instabilité que dans les volontés particulières des individus.*» [52]

[51] Cf. *op. cit.* (n. 41), *ms. cit.*, p. 23-24.

[52] Cf. *Conclusions du Procureur Général J. Robert Tronchin sur le Contrat Social et l'Emile de Rousseau*, 18 et 19 juin 1762, AEG, PH 4861, p. 2.

N'était-ce pas que Rousseau, en radicalisant dans son «*Contrat Social*» les thèses défendues dès le début du siècle par les porte-parole du «parti populaire», avait formulé la *duplique* qui convenait à la *réplique* officielle élaborée par les «hérauts du patriciat» entre 1718 et 1735, illustrant par là même, de façon emblématique, dans son brillant essai de droit public l'incontournable *ambivalence politique* de la figure du «contrat social» ?

Mais il y a plus encore. En interprétant les institutions genevoises à la lumière des théories *jusnaturalistes*, les thèses développées par les porte-parole autorisés du régime ne dévoilaient pas seulement, comme celles de leurs adversaires du «parti populaire», l'*ambivalence politique* de la figure du «contrat social»; elles révélaient du même coup l'*ambivalence des rapports* entre la pensée du *droit naturel moderne* et l'*histoire*, les thèses jusnaturalistes servant aussi bien de *points de référence critiques* pour *remettre en cause* les institutions consacrées par l'histoire que de *catégories conceptuelles* pour «canoniser» les mêmes institutions en les *soustrayant* à toute critique.

Pactum, conventio, contractus
Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht

Rudolf MEYER-PRITZL

Das besondere wissenschaftliche Interesse Bruno Schmidlins gilt dem *«Ius Commune Europaeum* dont la syntaxe a été inventée par les jurisconsultes romains»[1]. Der vielfältige Gebrauch der aus dem römischen Recht stammenden Ausdrücke *pactum*, *conventio* und *contractus* in den verschiedensten modernen Rechtsordnungen und Rechtsgebieten, wie ihn auch die Beiträge zu dieser Festschrift dokumentieren, bestätigt, dass «in der ganzen Welt ... die Begriffe des Römischen Rechtes als einer Art begrifflicher Gemeinsprache der Völker vorausgesetzt» werden[2]. Daher ist es erforderlich, sich immer wieder von neuem der ursprünglichen Bedeutung der Schlüsselbegriffe dieser *lingua franca* und der Metamorphosen, die sie in den unterschiedlichen Schichten der europäischen Privatrechtsgeschichte erfahren haben, zu vergewissern. Dies gilt für *pactum*, *conventio* und *contractus* in besonderer Weise, da die Antinomie von Willens- und Erklärungstheorie den Blick für eine von modernen Rechtsbegriffen ungetrübte Würdigung des römischen Konsens- und Vertragsverständnisses lange Zeit verstellt hat. Ziel der folgenden Skizze[3] ist

---

1 Bruno SCHMIDLIN, «Préface», in: Bruno SCHMIDLIN (Hrsg.), *Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Basel 1994, S. 6.

2 Josef PARTSCH, *Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität*, Bonn 1920, S. 22.

3 Der nachfolgende Beitrag basiert auf Untersuchungen, die ich im Rahmen meiner Habilitationsschrift «Der Substanzirrtum im europäischen Vertragsrecht. Eine dogmengeschichtliche und rechtsvergleichende Analyse» (Arbeitstitel), die von Professor Okko Behrends (Göttingen) betreut wird, durchgeführt habe.
Dem hier verfügbaren Raum entsprechend sind die Literaturangaben auf ein Minimum beschränkt. Ausführliche Hinweise finden sich beispielsweise bei Carlo Augusto CANNATA, «Contratto e causa nel diritto romano», in: Letizia VACCA (Hrsg.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC 1995*, Turin 1997, S. 35 ff. (59-61); DERS., «Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno», *Digesto* XII (1995), S. 407-409; Mario TALAMANCA, «Contratto e patto nel diritto romano», *Digesto* IV (1989), S. 58-61; Raimondo SANTORO, «Il contratto nel pensiero di Labeone», *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 37 (1983), S. 5 ff. (188 ff. zu D. 2,14,1 und 208 f. zu D. 2,14,7 pr.-2).

es, das Zusammenwirken subjektiver und objektiver Elemente beim Vertragsschluss[4] sowie die aus einer *conventio* und einem bestimmten Vertragstyp zusammengesetzte Vertragsfigur des klassischen römischen Rechts genauer zu untersuchen.

1. *PACTUM, CONVENTIO* UND *CONTRACTUS* IN ULPIANS EDIKTKOMMENTAR

Das Vertragsrecht der klassischen Zeit[5] tritt besonders klar in dem berühmten, aus der Einleitung von Ulpians Kommentierung des Ediktstitels *de pactis et conventionibus*[6] stammenden Digestenfragment D. 2,14,1 pr.-4 hervor, das Bruno Schmidlin immer wieder in seinen Lehrveranstaltungen und Publikationen erörtert hat[7]:

---

4 Dazu bereits Theo MAYER-MALY, «Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre», in: *Mélanges Philippe Meylan I*, Lausanne 1963, S. 241 ff. (252); siehe auch: Okko BEHRENDS, «Die *bona fides* im *mandatum*. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrages Auftrag», in: Martin SCHERMAIER/Zoltán VÉGH (Hrsg.), *Ars Boni et Aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart 1993, S. 34 ff. (37).

5 Zum Wandel der Vertragslehre von der vorklassischen zur klassischen Zeit und zu den Auswirkungen auf die beiden Rechtsschulen der Kaiserzeit: BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 4), S. 36 ff.; DERS., «Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine», *Revue historique de droit français et étranger* 68 (1990), S. 337 ff. (350 ff.); DERS., «Feste Regelungsstruktur oder auslegungsfähiges Pflichtenverhältnis» (in diesem Band, S. 31 ff.).

6 Die genaue Rubrik lässt sich nicht mit Sicherheit bestimmen, vgl. André MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris 1958, S. 26 mit Fn. 89; Rolf KNÜTEL, *Contrarius consensus*, Köln/Graz 1968, S. 61; Hans-Peter BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, S. 13. – Ausführlich zu D. 2,14,1 pr.-4 und D. 2,14,7 pr.-4: Aldo SCHIAVONE, «La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum», in: Nicla BELLOCCI (Hrsg.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Neapel 1991, S. 125-161.

7 Bruno SCHMIDLIN/Carlo Augusto CANNATA, *Droit privé romain II*, 2e éd., Lausanne 1991, S. 107 ff.; Bruno SCHMIDLIN, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 23-27 OR*, Bern 1993, N 12 und 181 der Vorbemerkungen zu Art. 23-27 OR; DERS., *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 3-10 OR*, Bern 1985, N 1 und 7 der Vorbemerkungen zu Art. 3-10 OR; DERS., «Zum Gegensatz zwischen römischer und moderner Vertragsauffassung: Typengebundenheit und Gestaltungsfreiheit», in: Johannes E. SPRUIT (Hrsg.), *Maior viginti quinque annis. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht*, Assen 1979, S. 111 ff. (113).

D. 2,14,1 pr. - 4 Ulpianus libro quarto ad edictum
Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare? (1) Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) (2) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. (3) Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. (4) Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.

Ausgangspunkt der Ausführungen Ulpians sind die Prinzipien der *aequitas naturalis* und der *fides humana*[8], deren Bedeutung für das Vertragsrecht sich den durch die interpolationistische Sichtweise geprägten Studien nicht erschliessen konnte[9]. Der *fides*, die als allgemeiner und übergeordneter Wert sowohl im ausserrechtlichen Bereich als auch innerhalb der Rechtsordnung Geltung beansprucht, entspricht es, Vereinbarungen einzuhalten[10]. Damit stellt sich die Frage, wann eine der *fides* unterworfene Übereinkunft vorliegt und wann die *fides* eine derartige Intensität erlangt, dass eine Abmachung den Schutz der Rechtsordnung geniesst und mit ihrer Hilfe durchsetzbar ist. Zu diesem Zweck skizziert Ulpian kurz die unterschiedlichen Bedeutungsfelder der Begriffe *pactum*, *conventio* und *contractus*[11].

---

[8] Siehe auch für das *edictum de pecunia constituta*: D. 13,5,1 pr. Ulpianus libro vicensimo septimo ad edictum: *Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.*

[9] Für interpoliert hält diesen Satz: Fritz PRINGSHEIM, *Gesammelte Abhandlungen I*, Heidelberg 1961, S. 138. Zu den wissenschaftshistorischen Hintergründen der interpolationistischen Methode, gerade im Bereich des Vertragsrechts, und zu ihrer Überwindung: Okko BEHRENDS, «Das Werk Otto Lenels und die Kontinuität der romanistischen Fragestellungen. Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Überwindung der interpolationistischen Methode», *Index* 19 (1991), S. 169 ff. (182 ff.).

[10] Zur Bedeutung der *fides* für das römische Vertragsrecht: BEHRENDS, Lenel (Anm. 9), S. 192; DERS., Anthropologie juridique (Anm. 5), S. 350. Allgemein zur *fides*: Franz WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. Erster Abschnitt*, München 1988, S. 506; Max KASER, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt*, 2. Aufl., München 1971, S. 200.

[11] Okko BEHRENDS/Rolf KNÜTEL/Berthold KUPISCH/Hans Hermann SEILER (Krampe), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung II: Digesten 1-10*, Heidelberg 1995, S. 224 f., wiederholen jeweils die lateinische Vokabel und übersetzen *conventio* mit der Trias

Er bezeichnet *conventio* als *verbum* bzw. *nomen generale*[12]. Ein allgemeiner Begriff ist *conventio* zum einen, weil er alles aufnimmt, worüber die Parteien beim Abschluss eines Vertrages einen Konsens erzielt haben (subjektives Element), zum anderen, weil es keinen Vertragstyp *(contractus* – objektives Element) gibt, der nicht eine *conventio* in sich enthält[13].

2. *CONVENTIO* ALS SUBJEKTIVES ELEMENT DES RÖMISCHEN VERTRAGSVERSTÄNDNISSES

Den Weg, der zu einer *conventio* führt, schildert Ulpian als einen Konvergenzprozess, der *ex diversis animi motibus* seinen Ausgang nimmt und in einen Konsens einmündet *(in unum consentire, in unam sententiam decurrere)*. Grundlage dieser Vorstellung ist die Differenzierung zwischen den *diversi animi*, die nicht in die *conventio* eingehen, und dem Konsens, der jeder *conventio* immanent ist[14]. Ein Konsens ist in dem Zeitpunkt erzielt, in

«Übereinkommen, Einigung, Vertrag», *contractus* mit «Vertrag», *pactum* mit «formlose Vereinbarung» und *obligatio* mit «Schuldverhältnis». Damit verdeutlichen sie, dass jede dieser Bezeichnungen unterschiedliche Facetten hervorhebt: *conventio* das Moment der Einigung und *contractus* den Vertragstyp im Unterschied zur formlosen Übereinkunft des *pactum*.

[12] Wieacker nennt das Ulpianfragment ein Beispiel für «wahrhaft produktive Generalisierungen im Wortsinn, die im Geist von Celsus' *ars aequi et boni* die innersten Zusammenhänge der *obligatio* erfassten» (Franz WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte I* (Anm. 10), S. 637 f. Fn. 100; siehe auch schon DERS., *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar 1936, S. 275 ff.).

[13] Ulpian bezieht den Begriff *conventio* nicht allein auf das Privatrecht, sondern auch auf öffentlich-rechtliche Vereinbarungen: *Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur* (D. 2,14,5 Ulpianus libro quarto ad edictum). – Zu Vermutungen, dass ein Zusammenhang zwischen *conventio* und dem *iuris consensus* der antiken Staatsentstehungslehre besteht: Okko BEHRENDS, «Die Grundbegriffe der Romanistik. Zugleich eine Warnung vor dem l'art pour l'art», *Index* 24 (1996), S. 1 ff. (18 f.); BEHRENDS/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER, *Corpus Iuris Civilis II* (Anm. 11), S. 224 Fn. 1; dazu die Rezension von Theo MAYER-MALY, *SZ* 113, 1996, S. 451 ff. (453); vorher schon zu diesem Thema: Filippo CANCELLI, «*Iuris consensu* nella definizione ciceroniana di *res publica*», in: *Studi in memoria di Guido Donatuti I*, Mailand 1973, S. 211-235; Theo MAYER-MALY, «Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschichtlicher Sicht», in: Günther JAKOBS (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, Berlin 1976, S. 91 ff. (93); Gaetano MANCUSO, «Potere e consenso nell'esperienza costituzionale repubblicana», *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 41 (1991), S. 209-222.

[14] Zu dieser Differenzierung: BEHRENDS, Anthropologie juridique (Anm. 5), S. 351; BEHRENDS, Lenel (Anm. 9), S. 192. Die Auffassung, die strikt zwischen den Motiven

dem die Parteien den Bereich der *animi* verlassen und die Grenze zu einer *sententia* überschreiten; von diesem Moment an entfaltet der übergeordnete Wert der *fides* seine Wirkung. Die Konsensbildung lässt sich demnach in drei Phasen einteilen: Auf der ersten Entwicklungsstufe bestehen die Einzelwillen nebeneinander, in der zweiten nähern sie sich gegenseitig an und in der dritten verschmelzen sie zum Konsens.

Die *diversi animi* umfassen die jeweiligen Motivationen, Erwartungen und individuellen Einzelwillen der künftigen Vertragspartner[15]. In diesem Stadium sind die Willensbildungen der beiden Parteien in Bewegung und haben noch nicht den Grad an Stabilität und Verbindlichkeit erreicht, der notwendig ist, um sie der *fides* zu unterstellen.

Die Konsensbildung setzt vielmehr voraus, dass sich die Individualwillen aufeinanderzuentwickeln, bis sie sich in einem bestimmten Punkt decken und so eine feste Einheit bilden. Zur Begründung *(nam)* der Konzentration der *conventio* auf den Konsens führt Ulpian ein etymologisches Argument an, nämlich die konkrete Wortbedeutung von *convenire*. Er parallelisiert das tatsächliche Zusammenkommen von verschiedenen Plätzen her an einem einzigen Ort mit der Annäherung der Individualwillen, bis sie in einem Punkt übereinstimmen. Der Hinweis auf die Etymologie, ein geläufiger Topos in römischen Rechtstexten[16], hat hier nicht nur eine illustrierende Funktion, sondern trägt Wesentliches zum Verständnis des Konsenses bei. *Convenire* und *consentire* werden nämlich als Bewegungsabläufe aufgefasst, die auf das Eingehen einer Verbindung abzielen und bei denen allein das erreichte Ergebnis, das Einnehmen eines gemeinsamen Standpunktes, interessiert[17].

Die dritte Stufe des Konvergierens ist erreicht, sobald sich die Individualwillen treffen. Soweit die beiden Individualwillen kongruent sind,

---

und dem rechtlich allein relevanten Rechtsakt unterscheidet, klingt heute noch in der französischen Rechtssprache im Ausdruck «mobile d'un acte» an: «mobile» steht für die in Bewegung vorgestellte Motivationslage; «acte» für den im Ergebnis erzielten Rechtsakt.

15 Zum *animus*-Begriff: KASER, *Römisches Privatrecht I* (Anm. 10), S. 236 f. («die auf einen bestimmten Rechtszweck gerichtete Absicht des Handelnden»); BEHRENDS, Lenel (Anm. 9), S. 192 (die «individuellen und eigennützigen Willensregungen» des Menschen; «Motive der Parteien»); MAYER-MALY, Konsensstörung (Anm. 4), S. 250.

16 CICERO, *Topica* VIII, 35-37. Zur Etymologie im römischen Recht: WIEACKER, *Römische Rechtsgeschiche I* (Anm. 10), S. 654 f.; Bruno SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln/Wien 1970, S. 194 ff., der zutreffend hervorhebt, dass nicht selten die juristische Stringenz grösser sei als die philologische («Das juristische Denken lenkt die Etymologie», S. 197).

17 Vgl. BEHRENDS, Anthropologie juridique (Anm. 5), S. 351: «On est alors passé ... du stade agité des *motus animi* à une opinion commune et stable sur l'existence d'un contrat».

entsteht ein Bereich der Willensübereinstimmung. Mit der Bildung des Konsenses geben die beiden Partner ihre Individualwillen nicht auf, sondern bringen sie in den gemeinsamen Willen ein, um sie nun in diesem Rahmen zu realisieren. Der Konsens stellt damit die Schnittmenge dar, die die Punkte umfasst, über die die Parteien eine Einigung erzielt haben. Ulpian differenziert zwischen der rechtsunerheblichen Phase der Verhandlungen und dem Zustand des Einigseins *(consentiunt)*[18]. *Consentire* bezeichnet, ebenso wie das einleitende, signifikanterweise im Perfekt gebrauchte *placuere*, nicht die Entstehung des Konsenses, sondern das Resultat der erreichten Willensübereinstimmung. Dass die Perfektion der Einigung die massgebliche Grundlage des Konsenses darstellt, bestätigt die Verwendung des Infinitiv Perfekt *(consensisse)* durch Gaius in seinen Institutionen[19]:

> Gaius, Institutiones III, 136
> *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.*

Zwar waren auch für den Abschluss von Konsensualverträgen bestimmte Formeln üblich; bei der *emptio venditio* beispielsweise die Frage *emptus mihi esto fundus Cornelianus tot milibus?* und die Antwort *esto*[20]. Doch hatte dieser Austausch von Frage und Antwort keinerlei konstitutive Wirkung, sondern lediglich eine deklaratorische[21]. Für die Konsensualkontrakte hebt Paulus hervor, dass sie nicht durch Wortformen, sondern durch die erzielte Willensübereinstimmung zustandekommen:

> D. 45,1,35,2 Paulus libro duodecim ad Sabinum
> *Si in locando conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet*

---

[18] SCHMIDLIN, *Berner Kommentar* (Anm. 7), N 5 der Vorbemerkungen zu Art. 3-10 OR; Bruno SCHMIDLIN, «Les deux modèles de la formation du contrat en droit naturel et en droit pandectiste», in: *Incontro Giovanni Pugliese*, Mailand 1991, S. 33; Andreas WACKE, «*Errantis voluntas nulla est.* Grenzen der Konkludenz stillschweigender Willenserklärungen», *Index* 22 (1994), S. 267 ff. (286: Die Klassiker werden «*consensus* ... als ‹Einigsein› verstanden haben»).

[19] In den Institutionen Justinians ist die besondere Akzentuierung der Perfektion der Einigung verlorengegangen: ... *sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire* (IJ 3,22,1).

[20] Zur Form des Kaufabschlusses: Joseph Georg WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln/Graz 1961, S. 35 ff.

[21] SCHMIDLIN/CANNATA, *Droit privé romain II* (Anm. 7), S. 110; SCHMIDLIN, Les deux modèles (Anm. 18), S. 33 f.

quod actum est, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur.

Als Bezugspunkt des Konsenses nennt Paulus *id quod actum est*. Wie die von Pringsheim zusammengestellten Texte zeigen[22], konnte sich *quod actum* ebenso auf den Parteiwillen wie auf den objektiv-typischen Vertragsinhalt beziehen[23]. Mit *id quod actum est* wird das bezeichnet, was der beiderseitigen Parteiabsicht entsprach, so wie sie in den Konsens Eingang gefunden hat[24]. Bereits Mayer-Maly und Behrends haben unter Hinweis auf D. 44,7,3,1 die Verbindung zwischen *id quod actum est* und der Willenseinigung der Parteien aufgezeigt[25]. Ergänzend sei eine weitere Stelle aus Ulpians Ediktkommentar genannt, die den Zusammenhang zwischen *id quod actum est* und dem in der *conventio* enthaltenen Konsens verdeutlicht:

D. 19,1,11,1 Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum
Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.

Id quod inter contrahentes actum est bezieht sich auf das, worüber die Parteien in der *conventio* übereingekommen sind *(quod praestari convenit)*, d.h.

---

22 Fritz PRINGSHEIM, «Id quod actum est», *SZ* 78, 1961, S. 1 ff.

23 Sven Erik WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln/Graz 1964, S. 180; Heinrich HONSELL/Theo MAYER-MALY/Walter SELB, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo 1987, S. 89; KASER, *Römisches Privatrecht I* (Anm. 10), S. 236.

24 WUNNER, *Contractus* (Anm. 23), S. 181 («... die Bemühung, den rechtlichen Gehalt der vertraglichen Abmachung vom Willen der Parteien her zu verstehen»); BEHRENDS, Anthropologie juridique (Anm. 5), S. 355; BEHRENDS, «Feste Regelungsstruktur oder auslegungsfähiges Pflichtenverhältnis» (in diesem Band, S. 43 Anm. 18: «was die Parteien wirklich gemeint haben»); WACKE, Errantis voluntas nulla est (Anm. 18), S. 286.

25 D. 44,7,3,1 Paulus libro secundo institutionum: *Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obliabor ei, quia non hoc inter nos actum est.* Dazu: MAYER-MALY, Konsensstörung (Anm. 4), S. 250 f.; BEHRENDS, Anthropologie juridique (Anm. 5), S. 355 (Fn. 71: «dans ce fragment ... l'*animus*, le consentement sur la cause et l'*id quod actum* sont traités comme des synonymes»); PRINGSHEIM, Id quod actum est (Anm. 22), S. 79.

worüber sie einen Konsens erzielt haben[26]. Der Konsens und *id quod actum est* haben in diesem Kontext die gleiche Bedeutung. Es fällt auf, dass bei der Beschreibung des Konsenses immer wieder die Präposition *inter* gebraucht wird: In D. 19,1,11,1 heisst es *inter contrahentes actum est* und in D. 2,14,1 pr. *inter eos placuerunt*. Diese wiederholte Verwendung von *inter contrahentes*, die sich in zahlreichen weiteren Quellen nachweisen lässt[27], zeigt ebenso wie die Präpositionen *ex ... in* in D. 2,14,1,4, dass der Konsens nicht auf dem Austausch der Individualwillen von einem Vertragspartner zum anderen basiert, sondern auf der zwischen den Parteien erzielten Einigung. In dem Brennpunkt, der zwischen beiden Seiten entsteht, werden die Individualwillen, soweit sie kongruieren, gebündelt und fixiert. Entscheidendes Merkmal des Konsenses ist die von den Pareien erkannte und ihnen damit bewusste Willensübereinstimmung. Die Einigung bezieht sich demzufolge nicht auf die äusseren Verlautbarungsakte[28], sondern auf die inneren Willen der Vertragspartner[29]. Einen derartigen Konsens, der die Treuebindung der *fides* auslöst, bezeichnet Ulpian als *conventio*[30].

---

[26] Zu diesem Fragment: PRINGSHEIM, Id quod actum est (Anm. 26), S. 62 f., der den *cum*-Satz für nachklassisch hält.

[27] Weitere Beispiele: D. 2,14,40,3 (Papinianus libro primo responsorum: ... *cum inter contrahentes id actum sit ...);* D. 2,14,58 (Neratius libro tertio membranarum: ... *inter nos constituantur ...);* D. 8,5,20,1 (Scaevola libro quarto digestorum: ... *quod actum inter contrahentes esset ...);* D. 17,1,38 pr. (Marcellus libro singulari responsorum: ... *quod inter contrahentes actum esset ...);* D. 18,5,5 pr. (Iulianus libro quinto decimo digestorum: ... *si convenisset inter eos ...);* D. 20,4,12,4 (Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: ... *quid inter eos actum sit ...);* D. 44, 7,3,1 (Paulus libro secundo institutionum: ... *quia non hoc inter nos actum sit ...);* D. 45,1,41 pr. (Ulpianus libro quinquagensimo ad Sabinum: ... *quid inter nos actum est ...);* D. 45,2,8 (Ulpianus libro primo responsorum: ... *quid inter contrahentes actum sit ...).*

[28] So aber WIEACKER, *Societas* (Anm. 12), S. 90; Gerhard DULCKEIT, «Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht», in: *Festschrift Fritz Schulz I*, Weimar 1951, S. 148 ff. (153 ff.); Julius Christian VAN OVEN, «D. 2,14,1,3: Quid dixit, quid sensit Pedius?», *IURA* 4, 1953, S. 114 ff.; Silvio PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano II*, 2. Aufl., Rom 1928, S. 30 ff.

[29] Ebenso: KASER, *Römisches Privatrecht I* (Anm. 10), S. 237; WUNNER, *Contractus* (Anm. 23), S. 134 ff., 181 und passim; MAYER-MALY, Konsensstörung (Anm. 4), S. 251; SCHMIDLIN/CANNATA, *Droit privé romain II* (Anm. 7), S. 107 ff.; BEHRENDS, Anthropologie juridique (Anm. 5), S. 350 f.; Martin SCHERMAIER, *Materia*, Wien/Köln/Weimar 1992, S. 127 (mit scharfer Polemik gegen Fritz Sturm).
Dass der Konsens auf dem inneren Willen basiert, ergibt sich auch daraus, dass die Quellen regelmässig von *putare, sentire, credere* oder *existimare* sprechen, während das objektiv Erklärte unerwähnt bleibt, so dass es den Juristen auf die Willensäusserung offenbar nicht ankam; vgl. WUNNER, *Contractus* (Anm. 23), S. 145; WACKE, Errantis voluntas nulla est (Anm. 18), S. 286.

[30] D. 2,14,1,3 Ulpianus libro quarto ad edictum: *ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt;* D. 50,12,3 pr. Ulpianus libro quarto

3. DER ÜBERGANG EINER *CONVENTIO IN PROPRIUM NOMEN CONTRACTUS*

Ulpian[31] charakterisiert in D. 2,14,1,3 *conventio* auch deshalb als *nomen generale*[32], weil es keinen *contractus* und keine *obligatio*[33] gibt, die nicht eine *conventio* enthalten: Jeder *contractus* trägt *in se* eine *conventio*, d.h. jedem *contractus* ist der Allgemeinbegriff *conventio* immanent[34]. Die *conventio* als *nomen generale* kann in ein *proprium nomen contractus* eingehen[35]:

---

disputationum: *pactum est duorum consensus atque conventio.* Nach Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town/Wetton/Johannesburg 1990, S. 563, *«conventio* ... appears more or less to be a synonym for *consensus»*; ebenso SANTORO, Il contratto (Anm. 1), S. 194. Anders Talamanca, demzufolge «nella classificazione di Ulpiano ... la *conventio* non assume il carattere di una figura generale, identificata con l'accordo ...», Mario TALAMANCA, «Conventio e stipulatio», in: Nicla BELLOCCI (Hrsg.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Neapel 1991, S. 163 ff. (214).

31 Wie das *eleganter* signalisiert, folgte Ulpian der Ansicht von Pedius; vgl. MAYER-MALY, Konsensstörung (Anm. 4), S. 249; Klaus-Peter NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985, S. 8; siehe auch Carlo Augusto CANNATA, «Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit», in: Robert FEENSTRA/Arthur S. HARTKAMP/Johannes E. SPRUIT/Pieter J. SIJPENSTEIJN/Laurens C. WINKEL (Hrsg.), *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*, Amsterdam 1995, S. 59 ff. (66), der für eine Differenzierung zwischen den Argumentationen von Ulpian und Pedius plädiert.

32 WIEACKER, *Societas* (Anm. 12), S. 275, gibt *nomen generale* mit «genereller Formbegriff», BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 4), S. 37, mit «das begriffliche Schema dieses Vertrages» wieder.

33 Wie sich aus dem Kontext ergibt, versteht Pedius unter *obligatio* lediglich die *obligationes ex contractu.* Die *obligatio*-Begriffe von Pedius und Gaius unterscheiden sich also: Gaius differenziert zwischen *obligatio ex contractu* und *obligatio ex delicto* (Gaius III, 88). Ebenso WIEACKER, Rezension zu Wunner, *TR* 35 (1967), S. 133 Fn. 20; WUNNER, *Contractus* (Anm. 23), S. 49. Zur Differenzierung zwischen *contractus* als zweiseitigem und *obligatio* als einseitigem Vertrag: BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 4), S. 36 Fn. 7.

34 WIEACKER, *Societas* (Anm. 12), S. 276 («die Immanenz des Allgemeinsbegriffs der *conventio* in den Einzelverträgen») mit Überlegungen zu den philosophischen Ursprüngen dieser Vorstellung; siehe auch CANNATA, Vertrag (Anm. 31), S. 66; SCHMIDLIN/CANNATA, *Droit privé romain II* (Anm. 7), S. 114.

35 Zum Begriff *nomen contractus* siehe auch D. 19,5,1 pr. Papinianus libro octavo quaestionum: ... *cum proprium nomen invenire non possumus ...;* D. 19,4,1,2 Paulus libro trigesimo secundo ad edictum: ... *alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato;* D. 19,3,1 pr. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: ... *quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari ...;* D. 19.5.3 Iulianus libro quarto

D. 2,14,7,1 Ulpianus libro quarto ad edictum
[Conventiones] quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.

D. 2,14,1,4 Ulpianus libro quarto ad edictum
Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.

Eine *conventio* als *nomen generale* vermag noch keinen Vertrag mit klagbaren Pflichten zu tragen. Die blosse *conventio* bedeutet nur, dass die Parteien – entweder im ausserrechtlichen oder im rechtlichen Bereich – eine Einigung erzielt haben. Ist der Konsens von der Art, dass er sich auf Punkte bezieht, die in dem von der Rechtsordnung bereitgestellten Koordinantensystem einen bestimmten Vertragstyp markieren, liegt ein *nomen contractus* vor. Erst die Kongruenz der *conventio* als subjektivem Vertragselement mit dem objektiven Element eines *nomen contractus* führt zu einem Vertrag, aus dem geklagt werden kann[36]. Dann handelt es sich nämlich um eine qualifizierte Treuebeziehung, die nicht nur moralisch verpflichtet, sondern auch rechtlich durchsetzbar ist[37]. Als Beispiele spezifischer *nomina contractus* nennt Ulpian die Vertragstypen *re (commodatum, depositum, pignus), verbis (stipulatio)* und *consensu (emptio venditio, locatio conductio, societas)*[38]. Der in der allge-

decimo digestorum: ... *quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.* – Zur Bedeutung des Begriffs *nomen contractus*: BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 4), S. 37. – In anderen Textstellen ist von *genus contractus* die Rede: D. 18,1,80,3 Labeo libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum; D. 12,4,16 Celsus libro tertio digestorum; D. 5,1,65 Ulpianus libro quarto ad edictum; dazu: Werner MACHEINER, «Zu den Anfängen des Kontraktssystems», in: Franz HORAK/Wolfgang WALDSTEIN (Hrsg.), *Festgabe für Arnold Herdlitczka*, München/Salzburg 1972, S. 167 ff. (175 ff.).

36 Filippo GALLO, «Eredità di giuristi romani in materia contrattuale», in: Nicla BELLOCCI (Hrsg.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Neapel 1991, S. 3 ff. (53 ff.) nimmt zutreffend an, dass sich Ulpian bei der Formulierung dieses Gedankens vom *genus-species*-Schema leiten liess; WIEACKER, *Societas* (Anm. 12), S. 275 f. («Diese Hypostase heisst *transire, transformatio* ..., aber auch *descendere* ...»); BEHRENDS, Die bona fides im mandatum (Anm. 4), S. 10 Fn. 37.

37 BEHRENDS, Anthropologie juridique (Anm. 5), S. 350 f.; SCHMIDLIN, Typengebundenheit und Gestaltungsfreiheit (Anm. 7), S. 124.

38 Zum Typenzwang im römischen Vertragsrecht: Mario TALAMANCA, Conventio e stipulatio (Anm. 30), S. 163 ff.; SCHMIDLIN, Typengebundenheit und Gestaltungsfreiheit (Anm. 7), S. 111 ff., insbes. S. 113, 120, 124; Theo MAYER-MALY, «Vertrag und Einigung», in: *Festschrift für Hans Carl Nipperdey I*, München/Berlin 1965, S. 510, der den Typenzwang als «Voraussetzung dieser dogmengeschichtlich ersten Konfrontation von Vertrag und Einigung» bezeichnet.

meinen *conventio* formulierte Konsens konkretisiert sich in einem bestimmten *nomen contractus*[39]. Damit ist es der Konsens in Gestalt der *conventio*, der die Einheit in der Vielfalt der *nomina contractus* repräsentiert. Diesem Verständnis, das sich den Vertrag aus *conventio* und Vertragstyp zusammengesetzt vorstellt, entspricht die Wortbedeutung von *contrahere*, nämlich «zusammenziehen», «zustandebringen», «herstellen»[40]. Gerade die Funktion des «Zusammenziehens» des subjektiven Konsenses und des objektiven Elements der Vertragsform kommt in der Wortbedeutung von *contrahere* zum Ausdruck[41]. Der Vertrag wird als eine Einheit begriffen[42], dessen Nukleus der Konsens bildet.

Ein klagbarer Vertrag setzt damit eine doppelte Kongruenz voraus: zum einen die allein von den Rechtssubjekten selbst geschaffene Struktur der erzielten Einigung *(conventio)*, zum anderen die Entsprechung zwischen dieser *conventio* und der vorgegebenen Form eines von der Rechtsordnung anerkannten Vertragstypes *(contractus)*.

Da grundsätzlich nur ein Konsens, der sich auf einen Vertragstyp bezieht, Anerkennung findet, muss die Übereinstimmung der Parteien die typi-

---

Demgegenüber wird die Dichotomie zwischen dem Typenzwang des römischen Rechts und der Gestaltungsfreiheit im modernen Recht von György DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest 1981, S. 68 ff. bestritten; dazu mit Recht kritisch die Rezension von Theo MAYER-MALY, *SZ* 99 (1982), S. 440 f.

39 SCHIAVONE, La scrittura di Ulpiano (Anm. 6), S. 139 spricht von einer «metamorfosi» der *conventio*.

40 KASER, *Römisches Privatrecht. Erster Abschnitt*, München 1955, S. 435: «*Contrahere* ist ‹zusammenziehen›, ...»; anders in der 2. Aufl. (Anm. 10), S. 523: «*Contrahere* ist wortgeschichtlich insoweit vermutlich das ‹sich Zuziehen› einer Haftung, ...». – WUNNER, *Contractus* (Anm. 23), S. 20 («*contrahere* = zusammenziehen zu etwas, d.h. zustandebringen, hervorrufen, begehen»), 26, 28, 42, u.a.; ähnlich: DIÓSDI, *Contract* (Anm. 38), S. 101. – MACHEINER, Kontraktssystem (Anm. 35), S. 173 («ein beiderseitiges Zusammenwirken in irgendeiner Form») (zu D. 50,16,19 Ulpianus libro undecimo ad edictum). – Generoso MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, Neapel 1994, S. 125 ff.
Nach Wieacker ist es «ein gewisser Begriffsrealismus, in den modernen Sprachen ein genaues Äquivalent für den Bedeutungsgehalt von *contrahere* zu suchen; strenggenommen können die Bedeutungsfelder nur mit den Mitteln unserer Sprachen *beschrieben* werden.» (Franz WIEACKER, Rezension zu Wunner, *TR* 35 (1967), S. 130 Fn. 6a).

41 Zu an D. 50,16,19 anknüpfende Vermutungen, dass *contractus* als *contra-actus* verstanden worden sei: WUNNER, *Contractus* (Anm. 23), S. 41; BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 4), S. 36 Fn. 7; CANNATA, Obbligazioni (Anm. 1), *Digesto* XII (1995), S. 446. Ablehnend: Franz WIEACKER, Rezension zu Wunner, *TR* 35 (1967), S. 132; Giuseppe GROSSO, Rezension zu Wunner, *BIDR* 68 (1965), S. 347 (350).

42 KASER, *Das römische Privatrecht I* (Anm. 10), S. 229; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* (Anm. 30), S. 563 f. Fn. 118; siehe auch Franz WIEACKER, «Irrtum, Dissens oder gegenstandslose Leistungsbestimmung?», in: *Mélanges Philippe Meylan I*, Lausanne 1963, S. 383 ff. (386).

schen Merkmale des jeweiligen Vertrages, beispielweise bei einem Kaufvertrag den Gegenstand und den Preis, umfassen. Wählen die Vertragspartner für die Vereinigung ihrer Individualwillen bewusst eine Form, die nach der Rechtsordnung als einer der anerkannten Vertragstypen qualifiziert wird, liegt ein *contractus* vor. Inhalt des Konsenses ist damit das Bewusstsein, eine innere Willensübereinstimmung erzielt zu haben, für die die Rechtsordnung eine bestimmte Form zur Verfügung stellt[43]. Dabei setzt der Konsens nicht voraus, dass die Parteien ihr Verhalten zutreffend der jeweiligen juristischen Kategorie zuordnen, sondern dass sie erkennen, eine Einigung erzielt zu haben, die nach der Rechtsordnung als Vertragstyp behandelt wird[44]. Setzt eine Einigung somit das Bewusstsein einer gewählten Vertragsform voraus, trifft die Charakterisierung des Konsensbegriffes als willenstheoretisch nicht zu[45]. Voluntaristischer Natur sind lediglich die *motus animi,* die jedoch vom Vertragskonsens gerade strikt geschieden werden[46].

Diese Vorstellung von Vertrag und Konsens wird bestätigt durch das Irrtumsrecht, das sich «geradezu als Reflex der Vertragslehre» erweist[47]. Bei Konsensualverträgen und Stipulationen gilt gleichermassen, dass ein Irrtum den erforderlichen Konsens und damit den Vertragsschluss verhindert[48]. So wie der Vertrag aus Konsens und den von ihm erfassten wesentlichen Elementen des jeweiligen Vertragstyps zusammengesetzt ist, so führt ein Irrtum, der eines dieser Tatbestandsmerkmale des Vertrages erfasst, zum Konsensausfall. Die Anhänger der sog. Identifikationstheorie[49], die sich auf weitreichende Interpolationsvermutungen stützen und die vom Konsens handelnden

---

43 BEHRENDS, Anthropologie juridique (Anm. 5), S. 31 («consentement intellectuel»); BEHRENDS, Lenel (Anm. 9), S. 192 («Bewusstsein der Übereinstimmung»).

44 BEHRENDS, «Feste Regelungsstruktur oder auslegungsfähiges Pflichtenverhältnis» (in diesem Band, S. 32: «natürliche Verständigung in der Laiensphäre»).

45 Eine willenstheoretische Sichtweise liegt etwa den Ausführungen Wunners zugrunde: WUNNER, *Contractus* (Anm. 23), S. 134, 192, 220 ff. (differenzierend auf S. 190 f.); dazu die kritische Rezension von Franz WIEACKER, *TR* 35 (1967), S. 129 ff. (139: «extreme Willenstheorie»).

46 BEHRENDS, Lenel (Anm. 9), S. 192 («die Verständigung in der *conventio* und im *consensus* ist nicht voluntaristisch, sondern intellektualistisch»); BEHRENDS, Anthropologie juridique (Anm. 5), S. 350 f.

47 MAYER-MALY, Konsensstörung (Anm. 4), S. 248.

48 D. 18,1,9 Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum: *In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est ... quia in corpore dissensimus* (pr.); *... quia in corpus consensum est ...* (§ 2); D. 45,1,83,1 Paulus libro septuagensimo secundo ad edictum: *nam stipulatio ex utriusque consensu valet ...;* D. 45,1,137,1 Venuleius libro primo stipulationum: *... nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur.*

49 Der Ausdruck geht auf Wieacker zurück: WIEACKER, Irrtum (Anm. 42), S. 393; kritisch zu dieser Begrifflichkeit: WUNNER, *Contractus* (Anm. 23), S. 157 Fn. 70.

Textstellen aus ihrer Analyse ausblenden[50], vertreten hingegen die Aufassung, dass der Irrtum keine Konsensstörung sei, sondern zu einer fehlerhaften Bestimmung des Leistungsgegenstandes führe[51]. Sofern sich der Irrtum auf das Objekt bezieht, geht mit dem fehlenden Konsens stets auch eine unzureichende Bestimmung des Gegenstandes einher. Jedoch ist es nicht der insoweit von der sog. Identifikationstheorie zutreffend herausgearbeitete Gesichtspunkt der fehlenden objektiven Bestimmbarkeit des Leistungsobjektes, der den Vertragsschluss verhindert, sondern der irrtumsbedingte Konsensausfall[52].

4. DIE VERBINDUNG EINER *CONVENTIO* MIT EINER *CAUSA*

Grundsätzlich bedarf jeder *contractus* zu seiner Wirksamkeit einer *conventio*. Andererseits gibt es Fälle, in denen die *conventio* trotz Vorliegens einer zweckgerichteten Abrede nicht in einen *contractus* übergeht, etwa beim Tausch, der nicht zu den anerkannten Vertragstypen zählt. Nach Aristo, Maurician und Ulpian kann jedoch auch aus der Verbindung einer *conventio* mit einer *causa* eine *actio civilis* resultieren.

D. 2,14,7,2 Ulpianus libro quarto ad edictum
Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.

---

50 Zum wissenschaftsgeschichtlichen Kontext der Identifikationstheorie: BEHRENDS, Lenel (Anm. 9), S. 186 f.

51 WOLF, *Error* (Anm. 20), S. 46, 166 ff. und passim; Ugo ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Mailand 1961, S. 77 ff. und passim; WIEACKER, Irrtum (Anm. 42), S. 393 f.

52 So bereits: MAYER-MALY, Konsensstörung (Anm. 4), S. 251; ähnlich: SCHERMAIER, *Materia* (Anm. 29), S. 115 f. (mit scharfer Kritik an der Vorgehensweise von Wolf und Zilletti: «Doch zu offensichtlich korrigieren Wolf und Zilletti die Texte ganz im Sinne ihrer vorgefassten Meinung von der römischen Irrtumslehre ...»), S. 123 ff.; KASER, *Römisches Privatrecht I* (Anm. 10), S. 237 f.; SCHMIDLIN/CANNATA, *Droit privé romain II* (Anm. 7), S. 111 ff.; Okko BEHRENDS, «La nuova traduzione tedesca dei *Digesta* e la critica interpolazionistica», *Index* 25 (1997), S. 13 ff. (23).

Existiert ein spezifisches *nomen*, geht die *conventio* in dieses *nomen contractus* über. Steht hingegen für eine *conventio* kein *nomen contractus* zur Verfügung[53], liegt aber eine *causa* vor, bejaht Aristo eine *obligatio*, während Celsus offenbar die gegenteilige Auffassung vertritt[54]. In den beiden von Aristo als *συναλλαγμα*[55] bezeichneten Fällen des *dedi ut dares* und *dedi ut facias* hat *ego* seine Leistung bereits erbracht. Auch in dem zweiten von Ulpian erwähnten Beispiel, dem eine Kontroverse zwischen Julian und Maurician zugrundeliegt, ist die Leistung schon erfolgt: *Ego* hat seinem Vertragspartner *(tu)* den Sklaven Stichus gegeben, damit *tu* den Sklaven Pamphilus freilässt, was auch geschehen ist. Stichus ist evinziert worden. Bei diesem Sachverhalt gewährt Julian eine *actio in factum*[56]; Maurician nimmt hingegen aufgrund des bestehenden Synallagmas *(dedi tibi rem ut aliquid facias)* einen *contractus* an und gelangt daher zu einer *actio civilis incerti*.

Auch die von Aristo als Synallagma bezeichnete Verbindung einer *conventio* mit einer *causa* kann demnach zu einem klagbaren *contractus* führen. Unter *causa* ist die konkrete, einseitig bereits erfüllte, im Hinblick auf die vereinbarte Gegenleistung erbrachte Leistung zu verstehen[57]. Diesen

---

[53] Dass es eine grössere Zahl von *conventiones* als von *nomina* gab, brachte Ulpian mit den Worten *natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula* (D. 19,5,4 Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum) zum Ausdruck. Siehe ausserdem: D. 19,5,1 pr. Papinianus libro octavo quaestionum: *cum proprium nomen invenire non possumus* und D. 19,5,3 Iulianus libro quarto decimo digestorum: *quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civilis proditae sunt.*

[54] Auch wenn die Einzelheiten der Auseinandersetzung zwischen Aristo und Celsus sich nicht mit letzter Sicherheit rekonstruieren lassen, spricht viel für die bereits von Partsch vorgetragene Ansicht, dass Celsus in den Fällen *dedi ut dares* oder *dedi ut facias* lediglich eine Rückforderung durch *condictio* zuliess, während Aristo eine *actio civilis* aufgrund der bestehenden, auf dem *συναλλαγμα* basierenden *obligatio* bejahte (Josef PARTSCH, «Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte», in: *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin 1931, S. 3 ff. (15 f.). Siehe ausserdem MAGDELAIN, *consensualisme* (Anm. 6), S. 36 ff.; BENÖHR, *Synallagma* (Anm. 6), S. 14 f.; CANNATA, Vertrag (Anm. 31), S. 67.

[55] Zum Begriff *συναλλαγμα* in D. 2,14,7,2: BENÖHR, *Synallagma* (Anm. 6), S. 13 ff.; SANTORO, Il contratto (Anm. 1), S. 35 ff., 277 ff.; MELILLO, *Contrahere* (Anm. 40), S. 211 ff.

[56] Siehe auch die Wiedergabe des Falles in D. 19,5,5,2 Paulus libro quinto quaestionum.

[57] KASER, *Römisches Privatrecht I* (Anm. 10), S. 580 und 526 Fn. 36; André-Edmond GIFFARD, «L'actio civilis incerti et le synallagma (D. 2,14,7)», *Revue historique de droit français et étranger* 35 (1957), S. 337 ff. (341); MAGDELAIN, *consensualisme* (Anm. 6), S. 32; abwägend: BENÖHR, *Synallagma* (Anm. 6), S. 14 f. Anders CANNATA, Vertrag (Anm. 31), S. 68 («wenn jede Partei ein Interesse am Geschäftsabschluss hat», «die wirtschaftliche Bedeutung des geführten Geschäfts»). MELILLO, *Contrahere* (Anm. 40), S. 213 Fn. 514 («la specificazione di un valore ... sostanzialmente riferito all'equilibrio economico nel negozio»); SANTORO, Il contratto (Anm. 1), S. 254 («momento obbligante»).

Bedeutungsgehalt von *causa* gibt die moderne, zielsprachenorientierte Übersetzung der Digesten ins Deutsche mit «zweckbestimmte Leistung» sehr treffend wieder[58]. Nach Maurician reichen die vorhandenen Klagemöglichkeiten aus, um *tu* eine Klage gegen *ego* zu gewähren[59]. Es bedarf nicht einer *actio in factum;* vielmehr findet eine *actio civilis incerti* Anwendung. Dies begründet er damit, dass das auf einer *causa* beruhende Synallagma als *contractus* angesehen werden könne. Ebenso wie die in einen *contractus* übergehende *conventio* kann nach dieser Auffassung auch die Verbindung einer *conventio* mit einer konkreten zweckbestimmten Leistung zu einem *contractus* und damit zu einer *actio civilis* führen.

Entscheidend ist damit, dass die subjektive *conventio* eine Verbindung mit einem objektiven Element eingeht, wobei dies im Regelfall die von der Rechtsordnung anerkannte Form eines bestimmten Vertragstypes ist. Ausnahmsweise wird jedoch das reale Element einer konkreten zweckbestimmten Leistung als eine dem Vertragstyp äquivalente objektive Komponente angesehen. Als Grund für dieses erweiternde Vertragsverständnis wird man den Einfluss der *fides* als grundlegendem Prinzip vermuten dürfen: War es regelmässig der typusbildende Vertragszweck, der die Vereinbarung klagbar machte, so erschien die konkrete zweckbestimmte Leistung als eine dem typusbildenden Vertragszweck gleichwertige Treuebeziehung, der die Rechtsordnung die klageweise Durchsetzbarkeit nicht versagen konnte. Allerdings wichen die von den römischen Juristen gewählten Lösungswege, die zur Klagbarkeit führten, voneinander ab, wie Julians Gegenmeinung belegt. Während Aristo und Maurician durch ein erweiterndes Verständnis des *contractus*-Begriffs zu einer Klagbarkeit der Fälle der *datio ob rem* gelangten, also einen materiellrechtlichen Weg wählten, gab Julian dem prozessualen Weg einer grosszügigeren Gewährung einer *actio in factum* den Vorzug[60].

---

[58] BEHRENDS/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER, *Corpus Iuris Civilis II* (Anm. 11), S. 226; dazu Rolf KNÜTEL, «La *causa* nella dottrina dei patti», in: Letizia VACCA (Hrsg.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Turin 1997, S. 131 ff. (144) mit Stellungnahme zu MAYER-MALY, *SZ* 113 (1996), S. 453 («Allzuviel Interpretation steckt in der Übersetzung von *causa* mit zweckbestimmter Leistung ...»). Mayer-Maly übersetzt *causa* mit «einsichtigem Grund zur Verpflichtung» (Theo MAYER-MALY, *Römisches Privatrecht*, Wien/New York 1991, S. 87).

[59] Zur Wortbedeutung von *sufficere* ausführlich: CANNATA, Vertrag (Anm. 31), S. 69; Ingo REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln/Weimar/Wien 1993, S. 64.

[60] Während Aristo und Maurician auf das συναλλαγμα abstellen, um die Verbindung einer *conventio* mit einer *causa* von einer einfachen, nicht klagbaren *conventio* abzugrenzen, setzt Labeo συναλλαγμα und *contractus* gleich: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur: et*

Lag hingegen keine zweckbestimmte Abrede vor, konnte aus der blossen *conventio* kein klagbarer Vertrag entstehen:

> D. 2,14,7,4 Ulpianus libro quarto ad edictum
> *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

Die *causa*-lose *conventio* erzeugte keinen *contractus* und auch keine *actio*, sondern lediglich eine *exceptio*. Eine derartige *conventio* bezeichnet Ulpian als *pactum*.

5. DIE ABGRENZUNG ZWISCHEN *CONTRACTUS* UND *PACTA*

Aus *pacta*, die im römischen Recht eine weit zurückreichende Tradition hatten[61], kann nicht geklagt werden. Ebenso wie die *conventiones* basieren auch die *pacta* auf einem *consensus* der Parteien[62]. Bei der Entwicklung des konsensualen Elements der *pacta* stützt sich Ulpian in D. 2,14,1,1 und 2 wiederum auf ein etymologisches Argument: *pactum a pactione dicitur*. Durch

---

actum quidem generale verbum esse sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam. (D. 50,16,19 Ulpianus libro undecimo ad edictum). – Dazu: SANTORO, Il contratto (Anm. 1), S. 5 ff.; BENÖHR, *Synallagma* (Anm. 6), S. 10 ff.; WUNNER, *Contractus* (Anm. 23), S. 33 ff.; MACHEINER, Kontraktssystem (Anm. 35), S. 173; Huguette JONES, «*ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* et consensualisme dans le droit romain des contrats», in: *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst I*, Brüssel 1986, S. 397 ff.; KASER, *Römisches Privatrecht I* (Anm. 10), S. 523; PARTSCH, Synallagma (Anm. 54), S. 9 ff.; CANNATA, Vertrag (Anm. 31), S. 62 ff.; BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 4), S. 36 Fn. 7. – Die zahlreichen schwierigen Fragen, die dieses Fragment aufwirft (ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* (Anm. 30), S. 562: «difficult to understand and possibly spurious»), können im Rahmen dieses, auf D. 2,14,1 pr.-4 konzentrierten Beitrages nicht erörtert werden.

61 Bereits im Zwölftafelgesetz lässt sich der Begriff *pacisci* nachweisen, und zwar im Zusammenhang mit der Einleitung der *legisactio* (tab. I, 6 und 7), im Vollstreckungsrecht (tab. III, 5) und im Deliktsrecht (tab. VIII, 2); dazu: Okko BEHRENDS, *Der Zwölftafelprozess*, Göttingen 1974, S. 77 ff.; KASER, *Römisches Privatrecht* I (Anm. 10), S. 171 und 527; SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* (Anm. 16), S. 100.

62 D. 2,14,1,1 und 2 (Text siehe oben, S. 101); D. 50,12,3 pr. Ulpianus libro quarto disputationum: *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum.*

den Hinweis auf die Sprachverwandtschaft zu *pactio* und *pax* gewinnt er die Formel *duorum pluriumve in idem placitum et consensus* zur näheren Bestimmung von *pactum*. Diese Definition lässt den Konsens geradezu als das Kernstück eines *pactum* erscheinen[63].

Die Nähe zwischen *pacta* und *conventiones* führte dazu, dass in den Texten in vielen Fällen auf eine Differenzierung verzichtet und von *pacta conventa* gesprochen wurde[64]. Der Unterschied besteht darin, dass *conventio* der Allgemeinbegriff für das subjektive Vertragselement ist, sei es, dass es sich um eine *conventio sine nomine* oder um eine *conventio quae transeat in proprium nomen* handelt. Demgegenüber bezeichnet *pactum* die grundsätzlich nicht klagbare, unselbständige Übereinkunft und Nebenabrede. Wiederholt betonten die römischen Juristen den Grundsatz *ex nudo pacto actio non nascitur*[65].

Die Bedeutung dieser Maxime wird vor dem Hintergrund der von der Rechtsordnung anerkannten Vertragstypen deutlich. Es bestand nämlich die Gefahr, dass die Parteien durch Nebenabreden in *pacta* zu einer Aufweichung der Vertragstypen gelangten und damit das strukturelle Gleichgewicht aus dem subjektiven Element des Konsenses und den objektiven Elementen der jeweiligen Vertragstypen, das das klassische römische Vertragsverständnis auszeichnete, gestört hätten. Damit stellte sich der Jurisprudenz ein schwieriges Abgrenzungsproblem zwischen Nebenabreden, die dem Vertragstyp noch immanent waren, und solchen, aus denen keine *actio* entstehen konnte.

Ulpian löst diese Schwierigkeit, indem er im Bereich der *bonae fidei iudicia* zwischen *pacta (conventa) ex continenti* und *pacta (conventa) ex intervallo* unterscheidet:

> D. 2,14,7,5 Ulpianus libro quarto ad edictum
> *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc*

---

[63] So auch: NANZ, *Vertragsbegriff* (Anm. 31), S. 10; ähnlich: JONES, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ (Anm. 60), S. 405.

[64] Zu der Kategorie der *pacta conventa:* Filippo GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto I*, Turin 1992, S. 56 ff. («categoria anteriore alla formazione del contratto, comprensiva di figure tipiche, ma aperta alla libertà negoziale»).

[65] D. 2,14,7,4 und 5 Ulpianus libro quarto ad edictum: *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem ... nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur ..., ... hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur .... propter eandem regulam ne ex pacto actio nascatur.* – Pauli Sententiae 2,14,1: *Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti: ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur.* – Zur Parömie *ex nudo pacto actio non nascitur:* SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* (Anm. 16), S. 97 ff. mit weiteren Quellennachweisen in Fn. 52; KNÜTEL, *Contrarius consensus* (Anm. 6), S. 61 ff.

sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. ... ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur[66]*. quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

Allein in den *bonae fidei iudicia* sind *pacta conventa* als mitenthalten anzusehen, aber nur sofern sie *ex continenti*, also in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, vereinbart worden sind. Wird ein *pactum in ingressu*, bei der Eingehung des Vertrages, abgeschlossen, geht es als Nebenbestimmung *(lex)* in den Vertrag ein, so dass daraus geklagt werden kann. Werden die *pacta (conventa)* hingegen erst nachträglich verabredet *(ex intervallo)*, finden sie in einer Klage keine Berücksichtigung mehr[67].

Die Differenzierung zwischen *pacta ex continenti* und *pacta ex intervallo* zeigt, dass der Vertragskonsens von einem Zeitmoment abhängig ist: Der Konsens ist das Bewusstein eines punktuellen Einigseins. Der Hauptvertrag entfaltet seine obligierende Kraft insoweit, als auch in unmittelbarem Kontext abgeschlossene *pacta* integriert werden. Die Vorstellung des Vertrages als einer Einheit lässt es nicht zu, den Tatbestand über einen längeren Zeitraum zu erstrecken. Später nachfolgende, neue *pacta* müssen ihrerseits ebenfalls die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale eines Vertrages

---

[66] Höchstwahrscheinlich bezieht sich Ulpian auf das in D. 18,1,72 pr. (Papinianus libro decimo quaestionum) überlieferte *responsum* Papinians; so auch: Rolf KNÜTEL, Die Inhärenz der *exceptio pacti* im *bonae fidei iudicium*, *SZ* 84 (1967), S. 133 ff. (144); Theo MAYER-MALY, «Natura contractus», in: Robert FEENSTRA/Arthur S. HARTKAMP/Johannes E. SPRUIT/Pieter J. SIJPENSTEIJN/Laurens C. WINKEL (Hrsg.), *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*, Amsterdam 1995, S. 291 ff. (294).

[67] Rudolf von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zweiter Teil, Zweite Abteilung*, Leipzig 1875, S. 155, diskutiert die Problematik der Nachträge zu einem Vertrag unter dem Gesichtspunkt der «Einheit der Handlung» und führt als Argument für die Nichtberücksichtigung der *pacta ex intervallo* praktische Bedenken der römischen Juristen gegen eine derartige Zersplitterung an. – Zur Problematik siehe: MAYER-MALY, Natura contractus (Anm. 66), S. 294 f.; KNÜTEL, *Contrarius consensus* (Anm. 6), S. 61 ff.; SCHMIDLIN/ CANNATA, *Droit privé romain II* (Anm. 7), S. 109; MELILLO, *Contrahere* (Anm. 40), S. 253 f.

erfüllen, da andernfalls der Grundsatz der Nichtklagbarkeit der *pacta* umgangen werden könnte.

Nur bei den *pacta ex continenti* verschwimmen die darin getroffenen Abreden und der den Vertragstyp konstituierende Konsens miteinander, da diese in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertragsschluss verabredeten *pacta* mit der Vorstellung des an einem bewussten Einigsein orientierten Konsenses vereinbar sind. Die *pacta ex continenti* sind Teil der aus den beiden Individualwillen erzeugten Schnittmenge, die den Konsens bildet *(inesse)*, und sind daher für beide Vertragspartner in gleicher Weise bindend. Daher resultiert aus ihnen nicht nur eine *exceptio* zugunsten des Beklagten, sondern auch der Kläger kann sich auf sie berufen.

Von dem Grundsatz, dass *pacta ex intervallo* einem *contractus* nicht immanent sind, wich Papinian, dessen *responsum* Ulpian erwähnt, ab, indem er nur noch Vereinbarungen *extra naturam contractus* die Klagbarkeit versagte[68]. Zwar konnten die *pacta* eine Vielzahl von Einzelabreden enthalten, sie mussten aber stets mit der *natura contractus*, d.h. mit den feststehenden Voraussetzungen der einzelnen Vertragstypen, vereinbar sein[69]. Dann ist das *pactum* so eng mit dem *contractus* verbunden, dass sie als Einheit aufgefasst werden können und gegen eine Klagbarkeit keine Bedenken bestehen. Fehlt es an dieser Integration in die Vertragsform des *contractus*, gilt der Grundsatz *ex nudo pacto actio non nascitur;* das *pactum* kann lediglich eine *exceptio* hervorbringen und so auf der Beklagtenseite Berücksichtigung finden.

Nicht nur das Kriterium *extra naturam contractus* spiegelt das Bemühen wider, eine klare Grenzlinie zwischen den Bereichen der *pacta* und der Vertragstypen zu ziehen. Dieser Gedanke lässt sich auch aus dem Grundsatz *contra iuris civilis regulas pacta conventa non habentur*[70] und aus dem Argument *pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam* ableiten[71]. *Pacta* können die unterschiedlichsten Abreden enthal-

---

[68] Dazu: MAYER-MALY, Natura contractus (Anm. 66), S. 294.

[69] Zur *natura contractus* in D. 2,14,7,5 und Papinians *responsum* in D. 18,1,72 pr.: MAYER-MALY, Natura contractus (Anm. 66), S. 291-297. Anders als MAYER-MALY, S. 294, hält KNÜTEL, *Contrarius consensus* (Anm. 6), S. 66, den Hinweis *extra naturam contractus* in D. 2,14,7,5 für byzantinisch.

[70] D. 2,14,28 Gaius libro primo ad edictum provinciale. Dazu: SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* (Anm. 16), S. 29, 47 ff., 102 f.

[71] D. 2,14,7,15 Ulpianus libro quarto ad edictum. Das Fragment behandelt die Frage, welche Regelungsinhalte *pacta* im Zusammenhang mit einem *depositum* haben können. Der Verzicht auf die *actio depositi* ist demnach ebenso zulässig wie die Ausdehnung der Haftung des Verwahrers auf jede Gefahr. Zu diesem Text: SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* (Anm. 16), S. 49 ff.

ten, sie dürfen aber nicht gegen die zwingenden Wesensmerkmale eines Vertragstypes, gegen seine *forma iuris*, verstossen.

Welche Bedeutung die römischen Juristen der Grenzziehung zwischen den *nomen contractus* der Vertragstypen und den nicht klagbaren *pacta* beimassen, zeigt sich auch in den Fällen der Aufhebung eines Auflösungspaktums, in denen die Maxime *ex nudo pacto actio non nascitur* wiederum strikt beachtet wurde:

> D. 2,14,27,2 Paulus libro tertio ad edictum
> *Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur. ... idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. ...*

Wird bei *bonae fidei*-Kontrakten die gesamte *obligatio*, beispielsweise ein Kauf, durch ein *pactum conventum* aufgehoben, erlischt sie. Ein Konträrpaktum lässt den ursprünglichen *contractus* nicht wieder entstehen[72]. Doch kann das zweite *pactum* in den Abschluss eines neuen *contractus* umgedeutet werden.

Diese Auslegung bestätigt, wie streng die römischen Juristen zwischen *pactum* und *contractus* differenzierten: Ein blosses *pactum* konnte nicht einen einmal erloschenen *contractus* wieder aufleben lassen. Auch genügte ein *pactum* als solches nicht den Anforderungen, die an einen Neuabschluss eines *contractus* zu stellen waren; vielmehr bedurfte es einer dogmatisch konsequenten Umdeutung des *pactum* in einen *contractus*[73]. Nur aus dem *contractus* konnte ein klagebewehrter Anspruch resultieren, während aus einem *pactum* keine *actio* entstand.

Erneut zeigt sich, dass eine blosse *conventio* oder ein *pactum* nicht ausreichen, einen klagbaren Vertrag abzuschliessen. Nur wenn sich das subjektive Element des Konsenses mit der objektiven Vertragsform und ihren jeweils typischen Merkmalen verbindet, entsteht ein *contractus*, aus dem geklagt werden kann[74].

---

72 Ausführlich zu dieser Problematik: KNÜTEL, *Contrarius consensus* (Anm. 6), S. 112 ff.

73 Dazu: KNÜTEL, *Contrarius consensus* (Anm. 6), S. 115; DERS., Inhärenz (Anm. 66), S. 151.

74 Daher ist es auch nicht möglich, durch eine auf Aufhebung eines bestehenden Vertrages gerichtete einfache *conventio* neue *obligationes* zu begründen. Ein *pactum* oder

6. *PACTUM, CONVENTIO* UND *CONTRACTUS* ALS GRUNDBEGRIFFE IN DER ENTWICKLUNG DES EUROPÄISCHEN VERTRAGSRECHTS

Die skizzierte Vertragsauffassung der klassischen Zeit relativiert Einschätzungen, denen zufolge das römische Vertragsrecht keine Ansätze einer System- oder Theoriebildung aufwies[75]. Die Quellen enthalten dogmatische Zusammenhänge, die allerdings nicht sichtbar werden, wenn man sie aus der Perspektive moderner Kategorien betrachtet[76]. Der heutige Vertragsbegriff ist Ergebnis einer Entwicklung, die beim römischen Recht ihren Anfang nahm und vor allem im Naturrecht sowie im 19. Jahrhundert prägende Umformungen erfuhr. Erst die unvoreingenommene Würdigung des römischen Vertragsverständnisses ermöglicht es, die Unterschiede zu den im Naturrecht und im 19. Jahrhundert von Savigny entwickelten Vertragsbegriffen zu erkennen[77].

---

eine *conventio* kann zwar die Aufhebung eines Vertrages zum Gegenstand haben, allerdings nicht dann, wenn die Parteien eigentlich das Ziel verfolgen, bestimmte neue Verbindlichkeiten zu vereinbaren (D. 2,14,58 Neratius libro tertio membranarum: ... *illud plane conventione, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur).* Zu diesem Text: KNÜTEL, *Contrarius consensus* (Anm. 6), S. 47 ff., 116.

75 KASER, *Römisches Privatrecht I* (Anm. 10), S. 229 («weder einen technischen Namen noch eine Theorie»); ZIMMERMANN, *Obligations* (Anm. 30), S. 561 («The Roman lawyers did not think in terms of abstract propositions; they developed their law in casuistic fashion»); JONES, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ (Anm. 60), S. 397 und 403; andererseits: MACHEINER, Kontraktssystem (Anm. 35), S. 168 («Ansätze zu einem Kontraktssystem»); BEHRENDS, Die *bona fides* im *mandatum* (Anm. 4), S. 36 f. («Vertragssystem», «Vertragstheorie»).

76 Vor der Verdrängung der in den Quellen enthaltenen Dogmatik durch moderne Kategorien warnt MAYER-MALY, Natura contractus (Anm. 66), S. 293. Robert FEENSTRA, «The Dutch Kantharos Case and the History of *error in substantia*», *Tulane Law Review* 48 (1974), S. 846 ff. (849) hebt hervor, wie sehr die Interpretation der römischen Texte zum Irrtumsrecht unter dem Einfluss moderner Lehren standen und stehen («In theory this should not happen ... in practice this appears to be impossible»).

77 Zur Entwicklung des Vertragsbegriffs in Europa: NANZ, *Vertragsbegriff* (Anm. 31), S. 5 ff.; James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford 1991; SCHMIDLIN, Les deux modèles (Anm. 18), S. 33-41; DERS., «Il trasferimento di proprietà nel contratto di vendita nel diritto svizzero», in: *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990, Tomo primo*, Mailand 1991, S. 305-319. – Zum naturrechtlichen Vertragsbegriff: Franz WIEACKER, «Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts», in: *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin/New York 1974, S. 7-22.

Mit Grotius' Versprechenslehre rückt die aus der Scholastik stammende Theorie der *promissio* in das Zentrum der Betrachtungen[78]. Die obligierende Kraft des Vertrages beruht nicht – wie im römischen Recht – auf der bewussten inneren Willensübereinstimmung der beiden Vertragspartner, sondern auf dem einseitigen Willensakt des Versprechenden. Der Vertrag wird als ein der Sachübereignung nachgebildeter Übertragungsakt verstanden: Der Schuldner übergibt dem Gläubiger eine *promissio,* die als ein Stück seiner Freiheit *(particula cuiusdam nostrae libertatis*[79]*)* aufgefasst wird. Demgegenüber versteht Savigny unter einem Vertrag «die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden»[80]. An die Stelle der Lehre von *promissio* und *acceptatio* tritt der Begriff der Willenserklärung und die «Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen, ungetheilten Willen»[81]. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung ergibt sich, dass die romanistischen Grundfiguren *pactum, conventio, contractus* und *consensus* einerseits «als gemeinsame Verständigungsgrundlage und gemeinsame Sprache gedient» haben[82], andererseits im jeweiligen historischen Kontext wesentliche Bedeutungswandel erfuhren.

---

78 Zur Versprechenslehre: Hugo GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, II, 11, §§ 1-4.

79 GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, II, 11, § 4.

80 Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 3, Berlin 1840, S. 309.

81 SAVIGNY, *System* (Anm. 80), S. 309.

82 SCHMIDLIN, Typengebundenheit und Gestaltungsfreiheit (Anm. 7), S. 124.

Profili della «risoluzione» nella *emptio venditio* e nella *locatio conductio rei*

Letizia VACCA

1. Alcune recenti ricerche sull'evoluzione dell'ambito di applicazione dell'*actio empti*[1] mi hanno portato a ritenere che la giurisprudenza classica, mediante la determinazione concreta dei criteri del *bonum et aequum*, che reggono la vendita consensuale sinallagmatica e il relativo *iudicium*, sia giunta alla individuazione dei principi che regolano le conseguenze dell'inadempimento, non solo sotto il profilo della responsabilità soggettiva del venditore, ma anche sotto un profilo riconducibile alla problematica della ripartizione del rischio e all'attuazione oggettiva delle implicazioni della sinallagmaticità, con riferimento sia al momento genetico sia al momento funzionale del rapporto, con una costruzione dommatica molto più ampia e più significativa di quanto la dottrina tradizionale ritenga[2].

---

[1] V. VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, in *Scintillae iuris, Studi in memoria di G.Gorla*, II, Milano 1991, 1135 ss.; ID., *Sulla responsabilità «ex empto» del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo classica*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 7, 1995, 297 ss.; ID., *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'«actio empti» in età classica*, in corso di stampa in *Iura*, 45, 1994. Questi studi sono stati ripubblicati in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. VACCA, Torino 1997, rispettivamente 266 ss., 193 ss. e 221 ss. I richiami che seguono nella indicazione delle relative pagine fanno peraltro riferimento alla prima citazione.

[2] Si deve soprattutto all'ampio respiro scientifico di Bruno Schmidlin e alla sua sensibilità insieme di storico e di giurista l'iniziativa e l'organizzazione scientifica di un recente Congresso dell'Aristec, (Associazione per la ricerca storico-comparatistica) sul tema *«Le contrat inexécuté – réalité et tradition du droit contractuel européen»* – Genève 24-27. 9. 1997 (gli Atti sono in corso di stampa per i tipi dell'editore Giappichelli). Nella relazione tenuta in quella sede su *«Risoluzione e sinallagma contrattuale nella prospettiva della giurisprudenza classica»* ho concentrato le mie osservazioni soprattutto sui problemi connessi all'inadempimento del venditore, in quanto la compravendita rappresenta indubbiamente il paradigma più complesso e ancora oggi più discusso nella dottrina romanistica dal punto di vista delle implicazioni della interdipendenza delle obbligazioni non solo nel momento genetico, ma anche nel momento della esecuzione del contratto. Le conclusioni allora raggiunte in materia di rilevanza del principio sinallagmatico nella tutela processuale della *emptio venditio* che qui richiamo brevemente in quanto necessarie a chiarire il quadro di riferimento

Come è noto, il principio consolidato agli inizi dell'età classica vuole che non si configuri responsabilità del debitore, nel senso che l'azione non può essere utilmente esperita, laddove la sopravvenuta impossibilità dell'adempimento non sia «dipesa da lui». Questo principio era stato elaborato nell'ambito delle le obbligazioni unilaterali di dare[3], e viene inizialmente utilizzato anche nell'ambito delle obbligazioni bilaterali che comportino l'obbligo di «*dare facere praestare*». L'estinzione di una obbligazione per l'impossibilità incolpevole della prestazione, con il conseguente venir meno della tutelabilità della pretesa del creditore, secondo la soluzione più antica non può infatti incidere sulla vita dell'obbligazione corrispettiva, che è tutelata da azione autonoma.

Peraltro nel corso dell'età classica il rigore di questo principio venne in molti casi attenuato[4]. Soprattutto a partire dalla giurisprudenza adrianea e in

delle osservazioni che seguono – mi inducono ad estendere ora l'indagine alla *locatio conductio*, limitandomi per il momento alla problematica riconducibile allo schema della *locatio conductio rei*, che costituisce peraltro il contratto in rapporto al quale, secondo la stessa dottrina romanistica, i giuristi avrebbero individuato con maggiore chiarezza le implicazioni del cd. sinallagma funzionale.

3 Su questa linea evolutiva v. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano, Iura,* 43, 1992 (ma 1996), 1 ss. e *Iura* 44, 1993 (ma 1997), 1 ss.

4 Gradualmente, e con riferimento a casi particolari, emergono infatti delle ipotesi in cui il *bonum et aequum*, quale criterio tecnico che impone la tutela dell'equilibrio delle obbligazioni contrattuali negli *iudicia bonae fidei*, determina, secondo l'*interpretatio* giurisprudenziale, la necessità di salvaguardare il principio della corrispettività delle prestazioni anche laddove la prestazione del debitore sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile: così, per esempio, in materia di compravendita, Celso (Pomp. D.21,2,29 su cui VACCA, *Sulla responsabilità* cit., 302) con una motivazione che si ricollega esplicitamente al carattere di buona fede dell'*iudicium empti,* corregge la precedente soluzione più rigida di Nerva, secondo il quale, in caso di *concursus causarum,* avendo il compratore acquistato l'*habere licere* del bene, sia pure *ex alia causa,* il venditore avrebbe potuto conseguire con l'*actio venditi* il pagamento del prezzo; probabilmente si deve invece a Giuliano, che anche in questo caso motiva la sua soluzione con la particolare natura di buona fede del *iudicium empti*, l'enunciazione del principio che permette al compratore, che abbia acquistato il bene *ex alia causa*, non solo di essere assolto nell'*actio venditi*, ma anche, nel caso il prezzo sia stato pagato precedentemente, di recuperarlo con l'*actio empti* (Iul. D.30, 84, 5 su cui VACCA, *Sulla responsabilità* cit., 299 ss.) In questo caso, peraltro, l'*actio empti* viene concessa espressamente solo per l'ammontare corrispondente al prezzo pagato, analogamente a quanto avverrebbe, dice ancora Giuliano, nel caso il compratore avesse subito evizione. Nell'ambito della compravendita, a partire dalla giurisprudenza adrianea, appare quindi chiaramente delineato, almeno in relazione ad alcuni casi particolari, il principio del sinallagma funzionale, che vuole che, ove la prestazione del venditore sia divenuta impossibile, senza sua colpa, per evizione o per acquisto *ex alia causa,* non solo egli non possa esperire utilmente l'azione contrattuale diretta ad ottenere la prestazione corrispettiva, ma, nel caso questa sia stata già eseguita, il compratore possa utilizzare l'azione contrattuale al fine di ottenere la condanna del venditore ad una somma di

particolare grazie alle articolate soluzioni di Giuliano, nell'ambito dell'*interpretatio prudentium* emerge una sensibile rilevanza della causa sinallagmatica del contratto di compravendita e delle sue implicazioni nel momento della esecuzione del contratto. Sul piano sostanziale, questa rilevanza viene ad incidere non sulla validità del contratto, ma sui suoi effetti, per il riflesso del modificarsi del contenuto dell'azione contrattuale, che si evolve sia nel senso di non poter essere utilmente esperita – in determinati casi individuati casisticamente – per la controprestazione (ovvero, nel caso questa sia stata già eseguita, poter essere utilizzata per la sua ripetizione) ove la prestazione del creditore risulti a sua volta inadempiuta (o adempiuta con modalità che incidono in modo essenziale sul soddisfacimento dell'interesse della controparte rilevante a livello della causa contrattuale tipica) sia, infine, nel senso di poter essere esperita per «risolvere» il contratto già eseguito da entrambe le parti, ripristinando la situazione economica antecedente al contratto[5].

---

denaro equivalente al prezzo pagato, in altri termini alla restituzione del prezzo, ripristinando l'equilibrio patrimoniale fra le parti in conformità alla buona fede, il che equivale a dire eliminando gli effetti del contratto. Queste soluzioni non sono peraltro circoscritte ai soli casi di *concursus causarum* e di evizione: da alcuni testi giurisprudenziali (su cui in part. v. VACCA, *Ancora sull'estensione* cit.) risulta infatti che l'*actio empti* viene concessa anche in relazione ad altre fattispecie, in cui, analogamente ai casi precedentemente considerati, non configurandosi un inadempimento imputabile al venditore sulla base dei criteri di responsabilità soggettiva, acquista autonomo rilievo l'esigenza di tutela del compratore ove si configuri la lesione oggettiva del sinallagma contrattuale. V. ancora *infra*.

5 E'affermazione comune nella dottrina romanistica (v. da ult. TALAMANCA, v. *Vendita in generale: a) Diritto romano* in *EdD,* 46, 1993, in part. 393 ss. e lett. ivi cit.) che, pur essendo emerso in alcune soluzioni giurisprudenziali il paradigma della risoluzione sia per impossibilità sopravvenuta, sia per inadempimento, in cui si evidenzia il legame di sinallagmaticità funzionale presente nelle prestazioni relative ad alcuni contratti bilaterali, ciò non implichi una utilizzazione consapevole e generalizzata di questi schemi concettuali. La dottrina dominante sembra infatti orientata a ritenere che l'emersione di questi principi sia rimasta in età classica circoscritta al campo della *locatio conductio rei*, mentre sia nella *locatio operis* ed *operarum* sia nella *emptio venditio* i giuristi classici non sarebbero giunti ad individuare una vera interdipendenza delle prestazioni: così, per esempio, il CERAMI, v. *Risoluzione, II, Risoluzione del contratto: a) Diritto Romano,* in *EdD,* 40, 1989, 1293 ss., rileva che nella compravendita classica la pura e semplice bilateralità contrattuale non legittima la risoluzione per inadempimento. Le prove sarebbero: a) il *principio periculum rei venditae*; b) il frequente ricorso alla *lex commissoria*; c) la risalente indipendenza delle obbligazioni del venditore e del compratore; d) il fatto che ancora in età dioclezianea l'*actio venditi* e l'*actio empti* (cfr. C.4,38,8; C.4,44,12; C.4,49,6; C.4,64,12) possono essere esperite in caso di inadempimento della controparte solo per ottenere la controprestazione e non per ottenere la risoluzione del contratto. Devo preliminarmente rilevare – al fine di chiarire il mio angolo visuale – che l'elemento riferito sopra sub d), che costituisce il cardine dell'idea che i giuristi romani abbiano costruito i problemi dell'inadempimento

Indubbiamente, rispetto alla prospettiva dei giuristi romani può risultare del tutto sovrastrutturato e in qualche misura fuorviante il tentativo di tracciare un netto confine fra le soluzioni giustificate dalla individuazione di una responsabilità soggettiva del convenuto, ovvero giustificate da principi ispirati a particolari regole di ripartizione del rischio contrattuale, ovvero ancora giustificate da criteri analoghi a quelli che nelle legislazioni moderne regolano la risoluzione del contratto[6]. Ho infatti avuto modo di rilevare[7] come la circostanza che la tutela del creditore in determinati casi in cui l'inadempimento non è imputabile al debitore emerga nella prospettiva dell'ambito di applicazione dell'azione contrattuale[8] porta indubbiamente i giuristi romani a costruire i problemi relativi all'aspetto oggettivo della mancata realizzazione della causa sinallagmatica pur sempre come problemi concernenti la rispondenza processuale del debitore nell'ambito dell'azione per l'inadempimento[9];

esclusivamente nella prospettiva della responsabilità soggettiva e non in quella delle conseguenze dell'inadempimento sul rapporto contrattuale sinallagmatico, mi sembra risenta di un equivoco, dovuto ad un'impostazione in termini più vicini alla normativa e alla dommatica moderna – che distinguono nettamente l'azione volta ad ottenere l'adempimento dall'azione volta ad ottenere la risoluzione del contratto – che alla problematica concretamente posta dalle fonti giurisprudenziali classiche e agli strumenti concettuali di cui i giuristi si servono per pervenire alle soluzioni. V. ancora *infra*.

6 Su cui v. le importanti risultanze del Congresso di Ginevra cit. *supra*, nt. 2; per quanto riguarda in particolare le soluzioni normative del Codice Civile italiano v. *infra*, § 6.

7 V. VACCA, *Sulla responsabilità* cit., 297 ss.; ID., *Ancora sull'estensione cit. passim.*

8 E'utile sottolineare che, come è peraltro ben noto, la prospettiva dei giuristi romani è una prospettiva prevalentemente processuale, nel senso che la rappresentazione del contenuto e della vita delle obbligazioni nell'età classica non può che essere indotta dal giurista moderno dalle soluzioni proposte dai giuristi in termini di ambito applicazione delle relative azioni e di determinazione del loro contenuto. Va anche considerato che il giurista classico, a partire dall'età adrianea, opera in un sistema di «tipicita» delle azioni contrattuali, per cui di norma, a fronte dell'emersione di nuove e più evolute esigenze di tutela, non può ricorrere alla creazione di una nuova azione, ma deve via via individuare i casi che possono rientrare nella sfera di applicazione di quelle esistenti nell'Editto, coerentemente al tenore della relativa formula.

9 Nelle fonti del periodo classico non mi sembra peraltro affiorare nelle soluzioni giurisprudenziali una consapevole differente costruzione dommatica in relazione ai casi in cui il debitore è tenuto con l'azione contrattuale per l'inadempimento di una prestazione ancora possibile (tutela di un rapporto di debito) e in relazione ai casi in cui, pur essendo divenuto impossibile l'adempimento, il debitore viene considerato tuttavia esposto all'azione (tutela di rapporto di responsabilità): in entrambi i casi, la questione posta è se, nel momento in cui viene esperita l'azione, risulta l'esistenza di un'obbligazione a carico del convenuto, permane cioè il dovere della prestazione; se risulta, il convenuto dovrà essere condannato al *quidquid dare facere praestare oportet ex fide bona*. L'azione è in entrambi i casi un'azione volta a far valere la responsabilità per l'inadempimento, responsabilità che intesa in senso processuale non significa altro che

nei differenti casi di impossibilità della prestazione il problema che si pone è quello di stabilire non solo se, ma anche in quale misura la pretesa dell'attore sia tutelabile con l'azione contrattuale in relazione al contenuto tipico dell'obbligazione del convenuto e alle circostanze che hanno determinato il mancato adempimento[10]; in questo ambito viene introdotta la distinzione fra i casi in cui l'impossibilità è determinata da un contegno doloso o colposo del debitore, al momento della conclusione del contratto o al momento della sua esecuzione ed i casi in cui l'impossibilità non dipende da una condotta «riprovevole» del debitore. In relazione a questa seconda ipotesi si tratta di distinguere i casi in cui comunque la particolare struttura del rapporto obbligatorio richiede che il debitore inadempiente debba considerarsi «tenuto» con l'azione contrattuale a rispondere del detrimento patrimoniale subito dal creditore insoddisfatto, ed in rapporto a quali parametri vada valutato tale detrimento[11],

---

riconoscimento della tutelabilità della pretesa dell'attore in relazione al contenuto dell'obbligazione del convenuto e ascrivibilità del mancato adempimento al debitore. V., in senso differente, CANNATA, *op. cit.*, 120.

[10] Va sottolineato che, mentre, almeno in generale, l'*actio venditi* non può che essere esperita per il pagamento del prezzo, considerando che la obbligazione del compratore è sempre quella di dare una somma di denaro, e che tale obbligazione sembrerebbe non potersi estinguere per impossibilità sopravvenuta (ma v. Lab. D.19,1,50 su cui VACCA, *Estensione* cit., 241, e da ult. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio in Lab.4 post.a Iav.epit. D.19,1,50,* in *Nozione formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, Napoli 1997, 353 ss. con ampia letteratura), è altresì vero che l'*actio empti*, considerato il carattere sempre pecuniario della condanna formulare, non è mai esperita per ottenere la controprestazione, ma necessariamente per chiedere la condanna del venditore alla somma di denaro che costituisce la *aestimatio* pecuniaria del detrimento subito compratore per la mancata prestazione, secondo i criteri del *bonum et aequum*. Nell'ambito di questa *aestimatio* il giudice può anche ritenere di dover condannare il debitore solo alla somma corrispondente a quanto ricevuto come corrispettivo della prestazione, attribuendo così all'*actio empti* una funzione assimilabile a quella di un'azione di risoluzione. Le ipotesi in relazione alle quali emerge questa nuova funzione dell'*actio empti* concernono in particolare i casi prima tutelati esclusivamente mediante le azioni derivanti dall'assunzione di specifiche obbligazioni, o mediante stipulazioni accessorie volte a garantire i casi di evizione o di vizi della cosa, ovvero, nel caso delle garanzie per i vizi redibitori degli animali e degli schiavi, da specifiche norme edittali.

[11] Nella giurisprudenza adrianea trova infatti ampia applicazione la soluzione secondo la quale il giudice, nella quantificazione del *quidquid dare facere praestare oportet ex fide bona*, deve tener conto della differenza fra i casi in cui l'inadempimento è riconducibile ad una condotta riprovevole del debitore (il che si individua o nell'essere dipeso dal convenuto il non adempiere – o il non adempiere correttamente – una prestazione possibile, ovvero nell'essere dipesa dal convenuto la sopravvenuta impossibilità dell'adempimento o dell'esatto adempimento) e i casi in cui l'azione può essere utilmente esperita in quanto l'ordinamento o l'accordo fra le parti pongono comunque a carico di una parte l'avvenuto inadempimento, indipendentemente dalla «riprovevolezza» della

dai casi in cui l'impossibilità della prestazione estingue ogni obbligazione del debitore. In questa prospettiva si intreccia l'aspetto «sostanziale» relativo all'individuazione del contenuto delle obbligazioni che devono ritenersi derivanti «tipicamente» da un certo contratto, in relazione alla sua causa (in quanto dalla soluzione positiva circa la tutelabilità della pretesa attrice si induce che la causa tipica del contratto comporta che il convenuto deve considerarsi obbligato ad «assicurare» una determinata prestazione), e l'analisi degli aspetti collegati alla definizione dei doveri di condotta dell'obbligato nell'adempiere. In questa fase di elaborazione appare quindi ancora molto difficile percepire una diversa costruzione giuridica in rapporto ai casi in cui nei contratti a prestazione corrispettiva l'inadempimento viene ascritto al debitore – nel senso che si concede tutela al creditore insoddisfatto – in considerazione della oggettiva lesione della causa sinallagmatica del contratto e in rapporto ai casi in cui la tutela viene concessa in considerazione della difformità della condotta concretamente posta in essere nell'adempiere dal modello di condotta richiesto dall'ordinamento.

L'analisi dei testi classici porta tuttavia a ritenere che i giuristi servendosi degli strumenti offerti dalla flessibilità del *iudicium bonae fidei* per la soluzione dei delicati problemi di tutela degli equilibri di interessi delle parti contrattuali, problemi che, prima di essere dommatici, sono ovviamente pratici e concreti riescano non solo ad individuare criteri decisionali che, pur essendo differenziati in relazione alla diversità delle situazioni, si compongono in un sistema internamente logico e coerente, ma anche a formulare, come esplicazioni della tutela della buona fede contrattuale, i princìpi portanti in materia di interdipendenza delle obbligazioni e di equilibrio delle prestazioni che ancora oggi regolano questa materia.

E'indubbio che la concreta articolazione casistica delle soluzioni giurisprudenziali rende estremamente complesso il percepire il processo di elaborazione dommatica, che pure indubbiamente vi sottende. Mi sembra tuttavia si possa indurre che questa evoluzione si sviluppa guidata soprattutto da criteri «equitativi», da criteri cioè di equilibrio fra gli interessi delle parti, tecnicamente valutati. Questi criteri gradualmente si impongono e prevalgono nella valutazione delle differenti situazioni, estendendo il loro ambito di

sua condotta (v. meglio *infra*). Che la interdipendenza delle prestazioni fosse stata dai giuristi elaborata mediante la determinazione dell'implicazione della natura di buona fede del *iudicium* emerge chiaramente per esempio dal principio enunciato da Giuliano: Ulp. D.19,1,11,18...*neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret*, in materia di garanzia per evizione, e da Celso in materia di acquisto *ex alia causa:* Pomp. 11. *ad Sab:...quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem.*

applicazione nel confronto analogico fra casi già risolti e tutelati secondo una determinata *ratio decidendi* e casi nuovi che presentano elementi qualificanti comuni. Ciò non significa, come si è accennato, che queste soluzioni non siano sorrette da coerenti categorie concettuali (anche se tali categorie possono risultare differenti – ma forse meno di quanto possa risultare a prima vista – da quelle oggi elaborate per la soluzione degli stessi problemi), in quanto una «valutazione tecnica» non può che essere effettuata mediante l'utilizzazione di precisi criteri dommatici[12].

---

[12] La storia dell'evoluzione del campo di applicazione dell'azione contrattuale si identifica, come è ovvio, con la storia dell'evoluzione concettuale che porta da una concezione della compravendita consensuale come contratto bilaterale, che generava da un lato l'obbligazione del venditore solo a compiere l'atto di trasferimento reale (obbligazione che perciò doveva essere affiancata da obbligazioni di garanzia, autonomamente azionabili) e dall'altro, l'obbligazione a trasferire la proprietà del prezzo, indipendente sul piano della sua azionabilità da quella del venditore, ad una concezione del contratto sinallagmatico in cui la buona fede tecnicamente intesa comporta che non solo nel momento genetico, ma anche nel momento del «funzionamento» del contratto la prestazione di una delle parti costituisca la causa giustificatrice della controprestazione, e ne condizioni l'esigibilità. Ciò comportava necessariamente, sul piano sostanziale, anche l'approfondimento del contenuto dell'obbligazione del venditore, la cui prestazione, sinallagmatica rispetto al trasferimento del prezzo, non poteva individuarsi solo nel trasferimento materiale del bene, indipendentemente dall'efficacia di tale trasferimento e dalla idoneità della cosa. Come ho già avuto modo di rilevare, e come ora può forse essere inteso più compiutamente, il punto di sintesi di questa evoluzione si trova felicemente espresso in un famosissimo testo di Ulpiano, che mi sembra opportuno rileggere: D.19,1,11 pr. (Ulp., 32 *ad ed.*): *Ex empto actione is qui emit utitur. 1. Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huis iudicii potestate. 2. Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur. 3. Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus.* Il contenuto dell'obbligazione del venditore, individuato dal giurista in rapporto all'ambito di applicazione dell'*iudicium empti*, e al suo carattere di buona fede, comporta che egli deve *«rem praestare»*, non solo nel senso che deve compiere l'atto reale idoneo al trasferimento, ma anche che nell'ambito dello stesso *iudicium* trova tutela qualsiasi tipo di condotta del venditore che si traduca nel mancato conseguimento da parte del compratore dell'*habere licere* della cosa, ovvero nella mancanza di qualità pattuite della cosa stessa; il venditore è cioè «responsabile» nell'ambito dell'azione contrattuale in ogni caso in cui ciò non si verifichi, compresi i casi di evizione e di vizi redibitori. Questa «responsabilità» del venditore è condizionata dall'avvenuto pagamento del prezzo ovvero dalla prestazione delle corrispondenti garanzie. V. VACCA, *Sulla responsabilità* cit., 317 ss.

Questa elaborazione giurisprudenziale si incentra, come si è accennato, in particolare sulla esigenza di differenziare le conseguenze processuali dell'inadempimento divenuto impossibile per un fatto imputabile al debitore[13], da quelle collegate alla impossibilità della prestazione per fatto non imputabile. L'istituto della risoluzione, e cioè della eliminazione degli effetti del contratto con la ripetizione delle prestazioni già effettuate viene costruito in rapporto alla impossibilità della prestazione per fatto non imputabile, come strumento imposto dalla «buona fede» che regola il rapporto, che non «sopporta» che una parte di un contratto sinallagmatico sia tenuta ad eseguire una prestazione non giustificata da una «controprestazione», o che la parte che non esegue la sua prestazione possa conseguire arricchimento ingiusto dalla controprestazione[14].

2. Nelle osservazioni che seguono vorrei in particolare verificare se le soluzioni in materia di *actio empti*, dalla cui analisi ho indotto le considerazioni sopra sintetizzate, siano rapportabili agli stessi principi che reggono le soluzioni della giurisprudenza classica in materia di esperibilità dell'azione contrattuale e della relativa *aestimatio litis* nel contratto di *locatio conductio rei*[15].

---

[13] La dottrina romanistica ha peraltro già evidenziato la circostanza che uno degli apporti più rilevanti e significativi della giurisprudenza romana è rappresentato dalla elaborazione di criteri dommaticamente coerenti per la soluzione dei problemi collegati all'inadempimento e alla responsabilità nei contratti a prestazioni corrispettive, da un lato mediante l'analisi del contenuto delle obbligazioni di *facere* (v. in part. CANNATA, *op. cit., passim*) – che rappresentano il caso più frequente di prestazione dovuta da almeno una delle due parti nei contratti consensuali a prestazioni corrispettive – nella prospettiva della loro azionabilità, dall'altro mediante l'utilizzazione della duttilità del *iudicium bonae fidei* (CANNATA, *op. cit.*, 121 ss., KUPISCH, *Conceptions de restitution en droit romain classique,* relazione tenuta al Congresso di Ginevra cit. *supra* nt. 2, in corso di stampa), che permette un ampio potere discrezionale del giudice sia nel determinare se la prestazione richiesta è dovuta, sia nel determinare l'ammontare della condanna.

[14] Questo mi sembra il fondamento «oggettivo» della risoluzione, «ovvio» nelle soluzioni della giurisprudenza romana com'è tutto sommato ovvio nell'attuale disciplina di alcune codificazioni moderne. V. *infra*, § 6.

[15] Si tratta anche di verificare l'assunto, diffuso in dottrina, secondo il quale il nesso di interdipendenza delle obbligazioni nei contratti bilaterali, che sarebbe stato individuato dai giuristi nell'ambito della *locatio conductio rei,* sarebbe emerso «nella prospettiva della attribuzione di rischio» al locatore per i casi di impossibilità sopravvenuta nella fruizione da parte del conduttore del bene locato, in ragione di una particolare esigenza di tutela del conduttore per motivi di equità e sia rimasto quindi pressocché circoscritto a questo caso: v. in part. BETTI, *«Periculum». Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo,* in Studi in onore di P. De Francisci, I, Milano 1956, 192 ss. Così, per es. anche secondo il PROVERA, «Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano», in: *Studi in onore di E. Betti,* III, Milano 1962, 691 ss., l'interdipendenza delle prestazioni nel momento dello svolgimento del contratto, e la valutazione del nesso sostanziale fra le due prestazioni avrebbe sicuramente

Nell'analisi di questo problema si presenta ancora una volta fondamentale un famoso testo di Africano[16] peraltro molto noto e molto discusso[17] in cui le soluzioni in materia di *locatio conductio* si raccordano a quelle in materia di *emptio venditio* mediante una complessa argomentazione casistica: Africano riferisce che Giuliano affermava che nel caso il fondo locato fosse espropriato, il locatore era tenuto con l'azione contrattuale, nonostante

suggerito ai giuristi romani le soluzioni che in materia di *locatio conductio rei* addossano il rischio inerente all'impossibilità sopravvenuta della prestazione al debitore stesso, in quanto cessando di essere dovuta una delle due prestazioni cessava di essere dovuta anche l'altra, ma sarebbe tutt'altro che certo che tale valutazione abbia consentito di giungere alla formulazione di un principio generale valido per tutti i contratti di scambio. V. ancora *infra*.

16 D.19,2,33 (Afr. 8 *quaest.*): *Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit teneri te actione ex conducto ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere aut reddere debebis*; D.19,2,35 (Afr. 8 *quaest.*) *Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est: quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere an locator fundi cogatur ferre iniuriam eius, quem prohibere non possit? Intellegendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.*

17 V., in part., sotto diversi angoli visuali, BETTI, *Periculum* cit., 131 ss (= *Ius*, V (1954) 333 ss.); KASER, *Periculum locatoris*, *ZSS*, 74, 1957, 194 ss.; NICOSIA, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, in *RISG*, 1957-58, 92 S.III, 9, 403 ss. PROVERA, *Sul problema* cit., 691 ss.; PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, *BIDR* LXVIII, 1965, 275 ss.; ANKUM, *Remissio mercedis*, in *RIDA*, XIX (1972) 223:; MASI, *Il problema della remissione della mercede nella locazione di fondi rustici alla luce di una testimonianza di Columella*, in *Studi in onore di G. D'Amelio*, I, (1978) 273 ss.; SITZIA, *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis*, ivi, 331 ss.; TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, *BIDR* LXXX (1977), 250 ss.; ANKUM, *African D.19,2,33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachten oder verkauften Grundstucks*, in *ZSS*, Ra, XCVII (1980), 157 ss.; WACKE D.19.2.33 *Afrikans Verhaltnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in *ANRW*, II, 15, 456 ss.; ID., *Die verschuldete Eviktion* cit., 154; TALAMANCA, v. *vendita* cit., 455 ss.; *Considerazioni* cit. 270 ss., con ampia letteratura e analisi critica della stessa; v. anche CANNATA, *Sul Problema* cit., 89 ss.

l'inadempimento non dipendesse da lui, analogamente al caso in cui, essendo stata data in appalto la costruzione di un edificio su un determinato suolo, il terreno fosse franato. A sostegno di questa soluzione si ricorda altresì che anche ove il fondo fosse stato venduto, e l'espropriazione fosse intervenuta prima della *traditio*, il venditore sarebbe stato tenuto con l'*actio ex empto*. Sino a questo punto il testo enuncia chiaramente soluzioni di Giuliano[18], ritenute ormai pacifiche. Il punto problematico, che viene risolto da Africano per l'*actio ex conducto* in analogia con la soluzione consolidata in materia di *actio empti*, concerne invece la determinazione della *condemnatio*: è vero, sottolinea il giurista, che nel caso venga espropriato il fondo viene concessa l'*actio empti*, ma è altresì vero che in questo caso l'azione è concessa per la restituzione del prezzo, non per il risarcimento del danno valutato in rapporto all'interesse del creditore ad avere l'*habere licere*. La stessa soluzione deve essere quindi adottata nel caso della *locatio conductio*: l'*actio ex conducto* può essere esperita solo per la restituzione della mercede corrispettiva relativamente al periodo in cui non è stato possibile il godimento del fondo, e il locatore in questo caso non può essere tenuto a niente di più. Se invece è dipeso dal locatore che al colono si sia impedito il godimento del fondo, egli sarà tenuto ad una somma corrispondente all'interesse anche positivo al godimento; ma nel caso il godimento sia stato impedito da una persona cui il locatore non poteva opporsi o per forza maggiore o a causa della sua posizione sociale, il locatore sarà tenuto solo alla remissione o restituzione del canone.

Questa distinzione, prosegue il giurista, concorda anche con il principio introdotto da Servio e pressocché unanimemente accettato, che in caso di

[18] Come ho tentato di dimostrare in altra sede (*Sulla responsabilità* cit., 299 ss.), si deve probabilmente a Giuliano l'elaborazione della soluzione secondo cui, nel caso il compratore non abbia conseguito l'*habere licere* della cosa a seguito di una circostanza indipendente dal contegno contrattuale del venditore, o l'abbia conseguito *ex alia causa*, l'*actio empti* possa essere utilmente esperita, ma solo per la restituzione del prezzo e non per *l'id quod interest*: cfr. in part. Iul. D.30, 84, 5. Può peraltro essere significativo ricordare che si deve ancora a Giuliano la distinzione, ai fini della *condemnatio ex empto*, fra il venditore di buona fede ed il venditore *sciens*, nel senso che solo il secondo risponde per *l'id quod interest*: cfr. D.19,1,13 su cui *infra*, § 5. In particolare, nel caso di specie richiamato nel testo di Africano, la *publicatio* del fondo, intervenuta dopo il contratto ma prima della *traditio*, concerne evidentemente un caso in cui il venditore ignorava la circostanza che avrebbe reso impossibile il trasferimento del bene, il che lo esonerava dal risarcire il danno del compratore, ma non lo esonerava dall'obbligo di restituire il prezzo; ciò in applicazione dello stesso principio che aveva indotto Giuliano ad affermare che la buona fede che reggeva il contratto impediva la validità anche di una convenzione espressa che escludesse, in caso di evizione, l'obbligo del venditore di rispondere: *«pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, et emptor rem amitteret et pretium venditor retineret.»* (Ulp. D.19,1, 11,18).

demolizione da parte del locatore di un edificio per effettuare delle riparazioni, con la conseguenza dell'impossibilità per il conduttore di fruirne, distingueva se tale distruzione era resa o meno necessaria a causa della situazione di vetustà dell'edificio: non vi è infatti differenza fra i due casi in quanto in entrambi i casi il debitore non poteva impedire l'evento che ha determinato l'impossibilità della prestazione. Nota infine il giurista che questa distinzione può trovare applicazione solo nel caso in cui il locatore abbia contratto il negozio in buona fede, non nel caso in cui egli, avendo consapevolmente locato un fondo altrui, non possa poi impedire al proprietario di proibire al colono di fruirne.

Come si è detto, il testo è stato discusso dalla dottrina sotto diversi profili[19] ed è stato già da me analizzato in altra sede soprattutto per le implicazioni che da esso si traggono in materia di applicazione dell'*actio empti*[20] per

---

[19] Uno dei punti più controversi concerne indubbiamente il passaggio in cui, senza tener conto alcuno del principio *periculum est emptoris*, si attribuisce il rischio della *publicatio* al venditore. Non è ovviamente possibile in questa sede approfondire il problema dell'uniforme applicazione, da parte dei giuristi classici, del principio del *periculum emptoris*, principio che, come è noto, è uno dei più complessi e controversi nella dottrina anche recente, per la struttura estremamente variegata delle soluzioni prospettate dai giuristi classici, e per un non improbabile tentativo di introdurre una disciplina uniforme del regime della ripartizione del rischio per il perimento della cosa venduta da parte dei commissari giustinianei. La materia è stata di recente sottoposta a completa revisione dal TALAMANCA, *Considerazioni sul «periculum rei venditae»*, cit., 217 ss., cui rinvio per la citazione delle fonti più significative e per l'analisi critica delle varie ipotesi ricostruttive nella dottrina; l'A., approfondendo, ma non senza innovazioni, le osservazioni svolte nella v. *Vendita* cit., 450 ss., (in cui già sottolineava la necessità di «andare a ritrovare le attestazioni o le tracce di una valutazione comunque differenziata, il che è fra l'altro, omogeneo al metodo casistico dei giuristi e al *ius controversum*, e tiene, sotto un diverso profilo, in conto l'estendersi delle nostre fonti su un lungo arco di secoli, nonché l'indubbia valenza casistica della *bona fides* che rende in sé verisimile un trattamento differenziato, secondo le caratteristiche delle singole fattispecie.» [ivi, 451]), individua nelle fonti una linea evolutiva che si dispiega da una concezione tardo repubblicana, che affiora già in Alfeno, nel senso del *periculum venditoris*, concezione che si sarebbe mantenuta prevalente nell'ambito della scuola sabiniana sino al II sec. d.C., e che si inquadrerebbe facilmente in un sistema in cui fosse particolarmente forte il principio del sinallagma condizionale, anche se «per quanto concerne la giurisprudenza tardo repubblicana è discutibile fin dove se ne possa accertare una più o meno consapevole operatività» (*Considerazioni* cit., 292 ss.); a questa concezione si affiancano, a partire da Labeone, soluzioni che utilizzano il principio del *periculum emptoris* per il caso specifico della morte dello schiavo venduto. Queste soluzioni sarebbero poi state generalizzate in particolare nell'ambito della scuola proculiana, portando, con un processo di cui è peraltro difficile ricostruire i passaggi e le motivazioni, nonché l'esatta cronologia, all'affermazione definitiva del *periculum emptoris*.

[20] V. *supra*, nt. 17-18.

la restituzione del prezzo; soffermiamoci ora in particolare sulle soluzioni in materia di *locatio*.

La soluzione iniziale, che prevede la rispondenza del locatore per il caso di impossibilità della prestazione dovuta a *publicatio* del fondo locato, secondo il dettato del testo era stata motivata da Giuliano in analogia con quella adottata per l'impossibilità della prestazione derivante da causa naturale in un caso di *locatio operis*. Lungi dall'apparire contraddittoria[21], questa analogia dimostra che anche secondo Giuliano la conseguenza che il locatore avrebbe dovuto sopportare era solo quella della restituzione della mercede e non quella del risarcimento del danno.

Come ho già rilevato in altra sede, non mi sembra che le soluzioni casistiche di Giuliano riproposte da Africano tendano ad evidenziare i casi in cui la mancata utilizzazione del bene locato o venduto deve essere posta a carico del locatore o del venditore secondo regole predeterminate di attribuzione del rischio in senso tecnico[22]; tali regole, ove già pienamente elaborate,

---

[21] La dottrina meno recente ha infatti messo in discussione la classicità dell'ipotesi relativa alla frana nel caso di locatio operis: v. letteratura citata da PALAZZOLO, *Evizione* cit., 295 nt. 55. La classicità è stata tuttavia dimostrata in modo del tutto convincente dal KASER, *Periculum locatoris*, 179 ss. e trova conferma in numerosi testi giurisprudenziali. V. per es. Iav. D.19,2,59; D.19,2,37 su cui KASER, *op. cit.* 191 ss.

[22] V. per es. anche PALAZZOLO, *Evizione* cit., 298 ss., che pur interpretando correttamente la logica unitaria che sottende l'articolazione casistica di Africano, accetta la distinzione del BETTI, *loc. cit.*, secondo il quale la responsabilità contrattuale si concreta necessariamente in un obbligo di risarcimento del danno da parte del debitore inadempiente, mentre se all'inadempimento è collegata solo la risoluzione del contratto e la liberazione del creditore dall'obbligo corrispettivo, si è in presenza non di responsabilità ma di rischio contrattuale. Secondo il CANNATA, *Sul problema* cit., 89 ss. «..l'impostazione di un problema dell'esistenza a carico di una parte, di un dovere di risarcimento del danno verso l'altra potrà normalmente in astratto, venire impostato tanto come problema di responsabilità quanto come problema di rischio: se il rischio si riferisce ad una prestazione dovuta dalla parte A, l'attribuzione (pattizia o no) del rischio allo stesso A estenderà la sua responsabilità, cioè amplierà l'oggetto del suo *praestare*; invece, l'attribuzione del rischio a B limiterà la responsabilità di A» (*op. cit.* 93). Così, nel testo di Africano l'impostazione del discorso è unica, riferendosi sempre alla determinazione delle obbligazioni del *locator*, sia ove il problema è di rischio (laddove si mettono a suo carico circostanze da lui incontrollabili, come la *publicatio* ecc.), sia ove il problema è di responsabilità (con la conseguenza che egli deve risarcire il danno al *conductor*, come nel caso di fatto dello stesso *conductor* o di fatto comunque da lui evitabile). A me sembra esatto il rilievo per cui l'ottica unitaria è quella della determinazione dell'obbligazione del *locator*, nel senso che il porre a suo carico il danno, derivante anche da circostanze da lui non evitabili, comporta ovviamente l'estensione dei casi in cui si configura il suo inadempimento processualmente tutelabile, dandosi l'azione nei suoi confronti perché egli continua a risponderne, ma mi sembra in un certo senso sovrastrutturata, rispetto alla prospettiva dei giuristi romani, la distinzione fra problemi di rischio e problemi di responsabilità in questo ambito unitario: infatti, se si dice

avrebbero portato alla condanna del locatore inadempiente, indipendentemente da qualsiasi valutazione circa l'evitabilità della circostanza che avesse deter-

---

che il problema è quello della determinazione dell'estensione dell'obbligazione del debitore non si dice cosa diversa dal dire che il problema che il giurista si pone è quello della estensione della responsabilità per inadempimento del debitore. Porre a carico del debitore un determinato caso di inadempimento significa ritenerlo responsabile per quel caso anche laddove l'inadempimento non sarebbe stato da lui evitabile; è proprio questa la difficoltà da cui muove il discorso di Africano, che ritiene che collegare le stesse conseguenze al caso in cui l'inadempimento derivi da una condotta «colpevole» del debitore e al caso in cui l'inadempimento è invece dipeso da un evento non evitabile dal debitore stesso sia contrario al *bonum et aequum* che regge i rapporti contrattuali e trova tutela nella struttura del relativo *iudicium*. In senso diverso TALAMANCA, V. *Vendita* cit., 455-6, e *Considerazioni* cit., in part. 274 ss., che legge nel testo un'esplicita applicazione del *periculum venditoris* da parte del giurista Africano. E'vero che, come si è detto (*supra*, nt. 15) le soluzioni enunciate in questi testi possono essere lette anche nel senso che il rischio dell'evizione o dei casi ad essa equiparati è a carico del venditore o del locatore perché per queste ipotesi essi devono prestare garanzia, obbligazione accessoria che nell'avanzata età classica discende naturalmente dal contratto. Tuttavia questa costruzione non sembra rispondere esattamente al pensiero dei giuristi classici, proprio a causa della distinzione posta casisticamente fra ipotesi di inadempimento o impossibilità per fatto colpevole e per fatto incolpevole. E'probabile che la costruzione in termini di *periculum*, cioè di attribuzione oggettiva del rischio per il perimento del bene, concernesse originariamente solo i casi di perimento per cause naturali del bene venduto, comportando l'estinzione dell'obbligazione del venditore, ma non venendo ad incidere sull'obbligazione del compratore. Questa costruzione non ha ovviamente niente a che vedere con il regime delle garanzie. Differente problema si pone invece nel momento in cui l'*actio empti* viene utilizzata a tutela di ipotesi di inadempimento (evizione) o di adempimento non perfetto (vizi), prima coperte da specifiche stipulazioni di garanzia. Una volta che si ammette che la buona fede che regge il rapporto contrattuale ed ha riscontro nella struttura del *iudicium* implichi che non solo il venditore debba adempiere alla sua obbligazione principale di trasferire la cosa ma debba, quale corrispettivo del prezzo, rispondere di determinate situazioni che determinano il mancato pieno godimento del bene da parte del compratore, l'obbligazione del venditore di *praestare rem* viene in un certo senso a configurarsi quale obbligazione di risultato, con la conseguenza che la sua responsabilità è esclusa solo dalle cause di forza maggiore. Si direbbe anzi che il ragionamento di Africano, attraverso il richiamo analogico al regime dell'*actio empti*, tenda ad escludere per il caso di specie la regola del *periculum locatoris*, nel senso che il principio di attuazione del contratto secondo buona fede, che regge l'esecuzione del contratto non può permettere di equiparare il caso di inadempimento «colpevole» al caso di inadempimento impossibile. Accolta la soluzione di Africano, nel caso di specie non si potrebbe parlare più di *periculum locatoris* in senso proprio, in quanto l'impossibilità di fruire dipendente da fatto non imputabile darebbe al conduttore solo un'azione per la restituzione della sua prestazione, e non un'azione per l'*id quod interest* (ma neanche in questo caso non si potrebbe parlare di rischio in senso tecnico, problema che si pone solo nel caso in cui il creditore della prestazione divenuta impossibile deve tuttavia eseguire la sua prestazione, come nel caso del *periculum emptoris* per la distruzione della cosa: v. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova 1934, 24 ss., cit. da PROVERA, *Sul problema,* cit., 698 nt.17).

minato l'inadempimento. L'articolazione delle soluzioni si dispiega invece nella distinzione, evidenziata da Africano, fra i casi in cui il debitore – posto che nei casi descritti egli è considerato inadempiente in quanto non si è oggettivamente realizzato il risultato utile caratterizzante tipicamente il contratto, e viene altresì considerato «responsabile» di tale inadempimento nel senso che il particolare tipo di rapporto tutelato comporta, secondo una soluzione consolidata, che egli sia comunque esposto all'azione contrattuale – può essere tenuto nei confronti del creditore solo alla restituzione del corrispettivo pecuniario già percepito, ovvero anche al risarcimento del danno; debba cioè essere tenuto solo a ristabilire l'equilibrio delle prestazioni, ovvero debba essere tenuto anche a ristorare la perdita derivante dal mancato soddisfacimento dell'interesse all'adempimento. Questa distinzione non è posta dal giurista come distinzione concettuale fra responsabilità e attribuzione di rischio[23], o, tantomeno, come distinzione fra le conseguenze di un'azione per la responsabilità derivante da inadempimento e di un'azione per la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, ma è posta esclusivamente al fine di individuare i criteri da utilizzare per la determinazione del *quidquid dare facere praestare oportet ex fide bona*, differenziando la *aestimatio* del danno in rapporto alla causa che ha determinato l'inadempimento nei diversi casi. Posto cioè che la natura sinallagmatica delle obbligazioni collegate al contratto comporta l'interdipendenza di esse, nel senso che in determinati casi l'impossibilità di una delle prestazioni non estingue l'obbligo del debitore, che continua a essere tenuto («*Si fundum quem mihi locaveris publicatus sit teneri te actione ex conducto ut mihi frui liceat*»), anche se l'adempimento non è nel caso di specie dipendente dalla sua condotta (*quamvis per te non stet, quo minus id praestes*), le conseguenze pecuniarie dell'azione per l'inadempimento possono (debbono) essere diversamente determinate a se-

[23] Sembra quindi fuorviante, rispetto alla prospettiva di questo passo di Africano, enunciare in termini di attribuzione del rischio al debitore il caso in cui egli è tenuto a restituire il corrispettivo pur non avendo potuto impedire l'evento che ha determinato l'impossibilità della prestazione. I principi che vengono utilizzati da Giul.-Afr. sono semmai rapportabili alla moderna distinzione nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive fra la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per inadempimento imputabile a fatto del debitore. Come si è detto, questi principi emergono nell'ambito della determinazione del contenuto patrimoniale della condanna secondo i criteri della buona fede. In altri termini: il principio che vuole che nel caso di impossibilità sopravvenuta la *aestimatio* della condanna debba essere differenziata tenendo conto della imputabilità o meno del fatto che ha determinato la impossibilità, apre la strada alla emersione delle regole della risoluzione del contratto, che vogliono la riduzione in pristino della situazione nel caso di impossibilità sopravvenuta, salva l'obbligazione di risarcire il danno nel caso il fatto che ha determinato l'impossibilità sia imputabile al debitore.

conda che tale impossibilità sia o meno derivata da un evento che il debitore avrebbe potuto impedire se la sua condotta fosse stata conforme al modello richiesto per l'adempimento di quel particolare tipo di obbligazione.

Ciò significa anche che il principio che regge queste soluzioni corrisponde a quello del sinallagma cd. condizionale, nel senso che sia nel caso dell'*actio conducti,* sia nel caso dell'*actio empti* l'affermazione del principio che vuole l'esperibilità utile dell'azione per la restituzione del corrispettivo ove l'inadempimento non sia imputabile, si traduce nella operatività del principio dell'interdipendenza oggettiva delle prestazioni tipicamente rapportabili alla causa del contratto[24].

3. Non vi è dubbio peraltro che risalga già a Servio la soluzione che, per la *locatio rei*, permetteva di differenziare la *aestimatio litis* in rapporto alla valutazione delle circostanze che avevano determinato l'inadempimento del locatore:

D.19.2.30 pr. (Alf. 3 *dig. a Paulo epit.):*
Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita locavit[25]*, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia*

---

[24] Parzialmente differente è invece la *ratio* che regge la soluzione di Servio in Ulp. 32 *ad ed.*, D.19,2,15,2 : *Servius omnen vim cui resisti non potest, dominum colono praestare debet...* e che concerne specificamente il rischio del locatore nel caso di locazione di fondi rustici, e di Paul. D.19,2,54,1. Va notato che, come giustamente ha evidenziato ALZON, *Les risques dans la «locatio conductio»*, in Labeo, 12, 1966, 314 ss., i giuristi giungono a configurare diversamente il contenuto tipico dell'obbligazione del *locator fundi*, che, quale corrispettivo della mercede deve fornire al conduttore non solo il godimento del fondo in sé, ma anche quello dei frutti (il fondo è infatti locato *ut frui possit* o *ut frui liceat* : D.19,2,15,1; D.19,2,15,2; D.19,2, 24,4; D.19,2,24,5; D.19,2,15,8; D.19,2,9 pr.; D.19,2,33; D.19,2, 35 pr., e non *ut uti liceat*, come invece la locazione di una *domus* o di una nave: D.19,2,61,1). Così il conduttore di fondi rustici può chiedere la restituzione totale o parziale della mercede a seconda che sia divenuto totalmente impossibile utilizzare il fondo o percepirne per un certo periodo i frutti, mentre il conduttore delle *res* quali una *domus* o una nave non può chiedere la restituzione o la riduzione del corrispettivo che nel caso di impossibilità totale o parziale di utilizzazione della cosa; si tratta in altri termini di una risoluzione totale o parziale del contratto (cfr. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris 1924, 175), che obbedisce alle stesse regole per la *locatio fundi* o per la *locatio rei*, ma che viene rapportata alla differente struttura tipica delle obbligazioni del locatore. E'evidente peraltro che la casistica in materia di *remissio mercedis* è retta dalla particolare *ratio* a tutela del locatore di fondi rustici e del suo interesse, considerato rilevante a livello della causa contrattuale, alla percezione dei frutti e che quindi si presenta meno facilmente assimilabile a quella in materia di *emptio venditio*, in cui l'interesse tutelato come tipicamente rilevante a livello della causa sinallagmatica è quello della definitiva e pacifica disponibilità della cosa.

[25] Così Dig.esto Mil. Bas e Sc.; F, mentre Mommsen. accetta erroneamente la lettura *conduxit*: v. KASER, *Periculum locatoris*, *ZSS*, 74, 1957, 157, n. 5.

(plur.?) vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

Il testo è di una semplicità cristallina, e nella soluzione di un caso peraltro specifico è facile individuare il punto di partenza di una riflessione più generale sulla necessità di differenziare l'*aestimatio litis* in relazione alla evitabilità, secondo un modello di condotta imposta dalla buona fede contrattuale, dell'evento che ha determinato l'inadempimento della obbligazione. Va notato ancora una volta che nella prospettiva del giurista, la soluzione non è giustificata da regole già determinate di ripartizione del rischio contrattuale[26]; la

[26] E'vero, come si è rilevato più volte (v. in part. *supra*, nt. 22 e 23), e come giustamente sottolinea il TALAMANCA, *Considerazioni* cit., 271 nt. 193, che la questione di responsabilità in senso stretto può porsi, secondo la dommatica moderna, solo ove l'azione sia per *l'id quod interest*, e non nel caso in cui l'azione contrattuale venga concessa per la restituzione del prezzo in quanto pagato, o comunque per la restituzione della prestazione, corrispettiva rispetto a quella inadempiuta, in quanto in questo caso non di responsabilità si parla ma di «attribuzione del rischio»; ma è proprio questa distinzione che emerge solo faticosamente e non senza oscillazioni nelle soluzioni concrete dei giuristi, nell'ambito della distinzione fra i casi in cui l'azione contrattuale tende a risarcire il danno per l'inadempimento «colpevole» e i casi in cui l'azione contrattuale deve essere considerata comunque esperibile al fine di ristabilire l'equilibrio patrimoniale fra le parti, quale discende dalle obbligazioni sinallagmatiche e quale quindi deve essere tutelato nell'ambito della determinazione concreta della buona fede. Diversa, e più consapevole in termini di *periculum* mi appare invece la prospettiva che emerge in Ulp. D.19,2,15,2, ove, in base ad una distinzione pure risalente a Servio, si pone a carico del locatore di fondi rustici *omnis vis cui resisti non potest,* mentre per il caso di *vitia quae ex ipsa re oriuntur* si afferma viceversa che *haec damno coloni sunt*: la lettera del testo non permette peraltro di stabilire né quali siano i vizi per i quali è escluso il *periculum locatoris,* né se *l'aliquid* che il locatore *praestare debet* consista semplicemente nell'esonerare il conduttore dall'obbligo di pagare la mercede, ovvero si estenda all'*id quod interest.* I testi in materia (in part. Ulp. D.19,2,19,1 e Ulp. D.19,2,15,3-7) sembrano presentare soluzioni contrastanti con conseguenti dubbi interpretativi che sono stati variamente risolti. Il KASER, *Periculum* cit., 176 ss., sembrerebbe peraltro aver dimostrato esaurientemente che la conseguenza stabilita a carico del locatore per i casi in cui *periculum est locatoris* era costituita dalla perdita della sua pretesa al pagamento della mercede, mentre un ulteriore obbligo di rivalere il conduttore nella misura del suo interesse positivo sussisteva solo in dipendenza di una sua assunzione di garanzia, espressa o tacita. Le accurate esegesi del NICOSIA, *La responsabilità* cit., 416 ss., mi sembra rendano tuttavia del tutto attendibili le sue conclusioni per cui «mentre per il caso di *vitia* che importino assoluta inidoneità della cosa all'uso per cui è stata locata è chiara-

quaestio da cui muove la distinzione di Servio concerne esplicitamente la *aestimatio litis* nell'ambito dell'azione contrattuale, ed è in relazione a questa *aestimatio* che si propone la rilevanza della differenza fra una condotta del debitore dovuta a necessità e quindi non evitabile, e una condotta in cui è ravvisabile una violazione degli obblighi contrattualmente assunti.

Si può anzi supporre, sulla scorta del rilievo che Africano attribuisce alla soluzione serviana, che i giuristi classici siano pervenuti a formulare queste soluzioni utilizzando ed ampliando per via di interpretazione analogica la *ratio* che in materia di *locatio rei* aveva indotto il giurista Servio a distinguere, ai fini della *aestimatio litis*, fra il caso in cui la demolizione di un edificio effettuata dal locatore, con la conseguente impossibilità per il conduttore di goderne, fosse stata dettata da motivi di necessità o meno: nel primo caso il locatore avrebbe dovuto solo restituire il corrispettivo corrispondente alla porzione e al tempo per cui si era reso impossibile il godimento, nel secondo avrebbe anche dovuto risarcire il danno subito dal conduttore[27].

4. Lo stesso principio, che impone che il locatore sia tenuto a restituire il corrispettivo laddove il mancato godimento della *res* derivi da circostanza a lui non imputabile, risulta utilizzato da Ulpiano, sulla scorta di una soluzione di Mela, per il caso di forza maggiore, con una motivazione che si ricollega espressamente alla lesione della causa contrattuale:

D.19,2,19,6 (Ulp. 32 ad ed.)
Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret. aliter

mente affermata la regola che il conduttore è liberato dall'obbligo di prestare la mercede, per il caso invece di vizi che soltanto diminuiscano l'idoneità della cosa locata, lo stato delle fonti non permetta una soluzione tranquillante del dubbio se il conduttore avesse o meno diritto ad una riduzione della mercede.».

27 Cfr. Alf. D.19,2,30,1: *Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret.*; Ulp. D.19,2,15,7: *Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitur sed mercedis exonerationem pro rata....;* V. anche Alf. 39,2,43,1 e Ulp. D.19,2,9,4. Il principio secondo cui se il *locator rei,* si trova, senza sua colpa, nell'impossibilità di fornire *la res* locata, il conduttore non è tenuto a pagare la mercede se non per la misura in cui ha effettivamente goduto della cosa locata, è peraltro affermato in numerosi testi giurisprudenziali e la sua classicità non è discussa: Ulp. D.19,2,9,1: *«...ex locato teneatur conductor ut pro rata temporis quo fruitus est pensionem praestet...».* V. ancora *infra.*

atque si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit: hic enim si per errorem solvit, dum putat se quindecim conduxisse, actionen ex conducto non habebit, sed solam condictionem. nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum qui pensionem integram prorogavit, multum interest.

Il testo ulpianeo è di particolare rilevanza in quanto motiva esplicitamente la concessione dell'azione contrattuale per la ripetizione con la rilevanza della causa sinallagmatica, intesa quale fondamento della giustificazione del trasferimento di ricchezza in esecuzione della prestazione di un contratto ad obbligazioni corrispettive. La distinzione con cui Mela motivava la soluzione circa l'esperibilità dell'azione contrattuale e non della *condictio indebiti* per la ripetizione del corrispettivo relativo al periodo del mancato godimento del bene locato a causa di impedimento di forza maggiore è di grande rilievo dommatico. In questo caso, a differenza del caso in cui si sia avuta per errore una *solutio* eccedente il corrispettivo pattuito, il difetto di causa non investe la validità del debito in sé, considerato in rapporto al momento genetico dell'obbligazione, ma investe il momento dello svolgimento del contratto ed i suoi effetti. La ripetizione del corrispettivo è fondata sulla mancata realizzazione della causa che ne giustificava il pagamento: «*ut sibi in causam conductionis proficeret.*». La causa tipica che sorregge il rapporto comporta la sinallagmaticità delle prestazioni nel senso che ciascuna di esse è giuridicamente giustificata dall'interesse alla controprestazione, e ove questa venga meno, la prestazione già eseguita, pur non essendo stata effettutata in assenza di causa, risulta ripetibile, nel senso che il debitore risultato oggettivamente inadempiente sarà tenuto con l'azione contrattuale a pagare una somma di denaro equivalente a quanto percepito quale corrispettivo della mancata prestazione.

5. Abbiamo altresì visto in materia di compravendita come la tutela dell'interesse considerato tipicamente rilevante quale causa della controprestazione si estende oltre le ipotesi di impossibilità della prestazione, anche ai casi in cui la *res* presenti vizi tali da renderla inidonea al normale uso .

Ancora una volta troviamo nei testi una casistica in cui le soluzioni in materia di *emptio venditio* vengono rapportate analogicamente a quelle in materia di *locatio conductio rei.*

D.19,1,6,4 (Pomp. 9 ad Sab.)
Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id

actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum. quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert[28].

La prima parte del testo non presenta particolari problemi: se il venditore ha venduto un vaso dichiarandone determinate caratteristiche o la perfetta integrità, in caso di difformità della cosa dalle caratteristiche dichiarate, egli con l'azione contrattuale sarà chiamato a rispondere anche per i danni che il compratore abbia subito[29]. La questione discussa fra i giuristi riguardava invece l'ipotesi in cui non vi fosse stata da parte del venditore alcuna espressa dichiarazione circa l'integrità della cosa. Secondo un'opinione rimasta poi minoritaria, in questo caso il venditore avrebbe dovuto rispondere solo per il caso in cui vi fosse stata da parte sua un preciso dolo. Labeone al contrario aveva introdotto il principio per cui il venditore, a meno che non vi fosse stata un'espressa pattuizione contraria, avrebbe comunque dovuto rispondere per i vizi della cosa, che di norma doveva fornire integra. Questa soluzione, condivisa da Pomponio, era stata adottata, secondo quanto riferisce Minicio, anche da Sabino per la locazione di otri.

D.19,2,19,1 Ulp. 32 ad ed.
Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo mala herba nascebaur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit.

Ulpiano, accettando la soluzione di Cassio, afferma che se il locatore, ignaro, ha dato in locazione degli otri viziati, e il vino ne è uscito, egli sarà comunque tenuto al risarcimento del danno. Nel caso invece di locazione di pascoli, in cui crescevano delle erbacce velenose, la responsabilità per il risarcimento del danno si avrà solo nel caso di consapevolezza del vizio[30]. Se

---

[28] V. KASER, *Periculum locatoris* cit., 164 ss. e lett. cit. ivi nt. 35

[29] Questa condotta viene infatti presa in considerazione nell'ambito del *iudicium* in quanto rapportata al *dolus in contrahendo*: cfr. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom.)*, cit. 438 ss. e in part. 445 e ivi, nt. 445.

[30] Cfr. Ulp. D.19, 2,15,2 su cui CANNATA, *Il problema cit.*; secondo ALZON, *Les risques* cit., 315 nel caso delle male erbe che arrecano danno al conduttore del fondo, il locatore non risponde in quanto la diligenza del conduttore avrebbe potuto evitare il danno.

invece il locatore era ignaro, non potrà chiedere il corrispettivo. Questa soluzione era stata condivisa da Servio, Labeone e Sabino[31].

Anche in questo caso il problema è posto dai giuristi come problema di responsabilità del convenuto, nel senso che si tratta di determinare la tutelabilità della pretesa attrice nell'ambito dell'azione contrattuale per l'inadempimento[32], ma la risposta positiva anche per il caso di impossibilità dell'adempimento non colpevole, limitatamente alla possibilità di chiedere la restituzione del prezzo, si giustifica nel caso della *locatio* e nel caso della vendita con la stessa *ratio* di esigenza di tutela obiettiva del rapporto sinallagmatico che regge le obbligazioni a prestazioni reciproche[33].

Gli schemi concettuali utilizzati per le diverse soluzioni in tema di *locatio* risultano in conclusione perfettamente in linea con quelli utilizzati per le soluzioni che ho precedentemente analizzato, e qui richiamato, in tema di compravendita, per i quali nell'*actio empti* la *aestimatio litis* veniva determinata nell'*id quod interest,* ove fosse configurabile un contegno del venditore non conforme alla buona fede contrattuale, ovvero per la restituzione del prezzo nel caso di venditore «di buona fede».

Il regime della *locatio rei* costituisce quindi una importante conferma dell'idea che la giurisprudenza classica ha utilizzato la flessibilità della *aestimatio litis* nei *iudicia bonae fidei* per introdurre nel regime della «responsabilità per inadempimento» la distinzione fra le conseguenze dell'inadempimento colpevole e dell'impossibilità dell'adempimento per fatto non imputabile, lavorando nella prospettiva della qualificazione di una certa circostanza come «imputabile» o meno, e quindi distinguendo i casi in cui, data la particolare struttura del rapporto contrattuale, determinate ipotesi di oggettiva impossibilità di soddisfacimento della pretesa di una delle par-

---

31 Il passo è stato chiaramente rimaneggiato ed amputato di una più articolata argomentazione sulle differenti soluzioni dei *prudentes*: cfr. TALAMANCA, *loc. ult. cit.*

32 Si intende cioè per responsabilità il criterio atto ad individuare il soggetto che processualmente è tenuto a sopportare le conseguenze del danno (detrimento patrimoniale) derivante dall'inadempimento, in quanto queste gli devono essere imputate in considerazione del particolare rapporto obbligatorio di cui si tratta, in considerazione cioè dell'«interna logica dell'obbligazione». Cfr. BETTI, *Periculum*, 134.

33 Cfr. CERAMI, V. *Risoluzione* cit.: «La ragion d'essere di tale interdipendenza non è costituita affatto dal puro e semplice *alter alteri obligari*, sibbene dall'emersione, nel corso dell'esecuzione del contratto (che si concreta in un rapporto di durata), in una carenza di causa a danno esclusivo di una delle parti.» Si spiega così, in particolare la facoltà di chiedere con *l'actio locati* la risoluzione del rapporto, qualora il conduttore *bienni continui pensionem non solveret* : D.19,2,54,1; D.19,2,56. C.4,65,3 ovvero *male versari in re locata* c.4,65,3 e la facoltà del conduttore di chiedere con l'*actio conducti* la cessazione del rapporto: D.19,2,25,2; D.19,2,24,4 e D.19,2,30 pr.

ti giustificavano l'esperibilità dell'azione contrattuale limitatamente alla restituzione della prestazione corrispettiva già effettuata, ovvero comportavano l'inesigibilità della stessa mediante l'azione contrattuale esperita dalla parte rimasta inadempiente.

6. Come si è detto, i principi che reggono le soluzioni in tema di *emptio venditio* e di *locatio conductio rei* appaiono in conclusione perfettamente omogenei ed ispirati ad una comune *ratio* di tutela della corrispettività delle prestazioni, con particolare attenzione al contraente più debole (il compratore o il conduttore). E'risultato altresì evidente che nell'articolazione casistica delle soluzioni giurisprudenziali la stessa natura del bene oggetto del contratto può condizionare la determinazione della responsabilità del debitore (in quanto condiziona la natura della prestazione cui egli deve ritenersi tipicamente tenuto) e la misura della *aestimatio litis*. Così, per esempio, mentre nel caso di locazione o di vendita di vasi o di otri, la stessa destinazione economica del bene impone che il venditore o il locatore debbano rispondere della idoneità della cosa a soddisfare l'interesse tipico dell'altro contraente, con la conseguenza che l'azione è sempre anche per il risarcimento del danno, indipendentemente dalla *scientia* del vizio e quindi dalla responsabilità soggettiva del convenuto, nella locazione di pascoli trova spazio la distinzione fra azione per il risarcimento nel caso di *scientia* e azione per la ripetizione, ovvero inesigibilità della controprestazione nel caso di ignoranza del vizio.

Dalle considerazioni che precedono assume altresì evidenza la circostanza che la problematica riconducibile alla elaborazione della risoluzione quale strumento volto ad eliminare le conseguenze «ingiuste» della mancata prestazione di una delle parti di un contratto che comporta prestazioni corrispettive, si pone nella giurisprudenza romana non in rapporto all'esigenza di dare attuazione alla (implicita) volontà negoziale delle parti (attribuendo alla parte insoddisfatta il potere di «risolvere» il vincolo in virtù di una condizione espressa o tacita), ma in relazione alla valutazione delle conseguenze – secondo i criteri del «*bonum et aequum*» – della impossibilità definitiva della prestazione, nella stessa prospettiva cioè che viene in considerazione nella determinazione della «responsabilità» del debitore inadempiente. Infatti, se è vero che nel periodo classico non appare individuata dai giuristi una specifica azione volta ad ottenere la risoluzione del contratto inadempiuto, in quanto la formula dell'azione contrattuale è costruita come rivolta a far valere la «responsabilità» per inadempimento, è altresì vero che nell'ambito degli *iudicia bonae fidei* che tutelano i contratti a prestazioni corrispettive, solo con riferimento al momento della *aestimatio litis* da parte del giudice si determina se applicando i criteri del *bonum et aequum* il convenuto debba essere condannato

all'equivalente pecuniario della mancata prestazione, ovvero a risarcire il danno subito dalla controparte, ovvero solo alla restituzione dell'equivalente della prestazione corrispettiva già eseguita.

Se si rapportano queste soluzioni ai principi che reggono la disciplina della risoluzione del contratto in alcune codificazioni moderne[34],è facile vederne il fondamento comune nella tutela della cd. sinallagmaticità funzionale[35]. Ciò non è discusso, mentre, come si è accennato, molto discusso è stato ed è il cd. «fondamento» dell'istituto[36]. Ciascuna delle fattispecie disciplinate nel Codice Civile italiano presenta tuttavia elementi costitutivi differenziati, e secondo alcuni Autori può risultare talvolta difficile, se non fuorviante, ragionare su di esse in termini omogenei[37]. Nelle tre ipotesi generali di risolu-

---

[34] Per es., il sintagma risoluzione del contratto denota nel CC italiano tre distinte ipotesi di cessazione degli effetti del contratto con prestazioni corrispettive: a) inadempimento della controparte: art. 1453. «Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo in ogni caso, il risarcimento del danno. (art. 1176 e 1218)»; b) impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto non imputabile al debitore: art. 1463. «Nei contratti con prestazione corrispettiva, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta (art. 1256) non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito.(art. 2033)»; v. anche 1464); c) sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione nei contratti ad esecuzione continuata o periodica: art. 1467. «Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458». Va altresì rilevato che se gli art. 1453 e ss. e 1463 ss. offrono un modello generale, normative particolari si rinvengono poi per i singoli tipi contrattuali : per es., in materia di compravendita, l'art. 1490 e 1492 (garanzia per i vizi della cosa venduta) e l'art. 1497 (mancanza di qualità); in materia di locazione l'art. 1578 (vizi della cosa locata). Per questi problemi nelle altre codificazioni moderne e in una prospettiva comparatistica v. gli Atti del Congresso di Ginevra cit. *supra*, nt. 2.

[35] Questi rimedi vengono infatti anche detti rimedi sinallagmatici in quanto «volti a garantire la correlazione fra il sacrificio di ogni parte e il buon esito della sua aspettativa» (SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Trattato di diritto privato,* diretto da RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti,* X, t.2, Torino 1982, 509; ID., *Il contratto*, Torino 1975, 931 ss.).

[36] Per le diverse teorie avanzate in proposito v. SCALFI, v. *Risoluzione del contratto: I) Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani.* SACCO, *Il contratto* cit., 935, osserva peraltro che le diverse teorie che sono state avanzate in dottrina sul «fondamento» della risoluzione appaiono scarsamente «redditizie» in quanto la soluzione del rimedio risolutorio, proprio perché ovvia, scoraggia ricerche troppo raffinate sul suo fondamento.

[37] Un problema tuttora dibattuto dalla dottrina italiana concerne infatti l'interpretazione dell'art. 1453, ed il suo rapporto con gli artt. 1463 ss. Secondo alcuni autori (v. in part. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento, EdD,* XX, 1316 ss.) la lettera dell'art. 1453

zione essa opera del resto in modo differente, in quanto, mentre la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione opera in modo automatico per effetto della liberazione del contraente obbligato, nella risoluzione per inadempimento essa è rimessa al potere del contraente insoddisfatto[38].

Va rilevato in particolare che nell'attuale quadro normativo si inserisce necessariamente male la fattispecie della risoluzione per fatto imputabile, che per la sua struttura, collegata all'obbligo di risarcimento del danno, attiene alla problematica della responsabilità soggettiva per inadempimento più che all'aspetto oggettivo del rapporto sinallagmatico.

La sua attuale configurazione, quale strumento alternativo rispetto all'azione per l'adempimento, ha infatti creato non pochi problemi di coerenza dommatica agli interpreti che per un verso hanno voluto rapportare questo strumento, affidato all'autonomia del soggetto leso dall'inadempimento, allo stesso fondamento oggettivo della risoluzione automatica per l'impossibilità sopravvenuta, per altro verso si sono trovati di fronte al difficile compito di coordinare questo istituto sia con il criterio di responsabilità per l'inadempimento fissato dall'art. 1218,che fissa il limite nel fatto non imputabile, sia con i doveri di condotta nell'adempimento fissati nell'art. 1176, sia, infine, con il concetto di «causa non imputabile» richiamato dall'art. 1256 come elemento della estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta.

La mia impressione è che in realtà la norma sulla risoluzione per inadempimento sia una norma che trova un fondamento diverso da quello che giustifica la risoluzione per impossibilità sopravvenuta; questo fondamento riposa sulla recezione della concezione tradizionale di matrice francese sulla cd. condizione tacita, sviluppata prevalentemente in rapporto alla teoria assorbente della rilevanza della volontà negoziale, ma questa tradizione si fonda su una costruzione giuridica affatto differente da quella romanistica che

suggerisce di elevare l'imputabilità dell'inadempimento al debitore ad elemento costitutivo della fattispecie ivi disciplinata, mentre nel caso di impossibilià totale o parziale della prestazione per causa non imputabile al debitore troverebbe applicazione esclusivamente il sistema previsto dagli artt. 1463-65; altri autori (v. per es. SACCO, *Il contratto* cit., 948 s.) ritengono invece che il «non adempimento» di cui all'art. 1453 1 c., si estenda a tutta l'area in cui l'adempimento manca, e sia perciò comprensivo anche del mancato adempimento incolpevole.

[38] Va notato peraltro che solo con il codice civile del 1942 tali fattispecie sono state unificate nell'istituto della «risoluzione», che in precedenza legislatori ed interpreti avevano trattato promisquamente non solo alla rescissione ma anche alla nullità e all'annullamento. Ancora il codice napoleonico (art. 1184 comma 1) trattava dell'inadempimento sotto la specie della condizione risolutiva tacita, ed è stato questo articolo ad influenzare la gran parte dei codici italiani preunitari. Su ciò v. PETRONIO, voce *Risoluzione (dir. intermedio)*, *EdD,* XX, Milano 1970, 1293 ss.).

introduce il principio della risoluzione per impossibilità della prestazione come principio derivante dal rilievo oggettivo del sinallagma contrattuale. Le osservazioni che precedono trovano conferma se si riflette sulla struttura della risoluzione della vendita nel caso di vizi che rendano la cosa «inidonea all'uso a cui è destinata. o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore» (art. 1490-1492 CC). Anche questa obbligazione, come quella che concerne l'evizione, è costruita dal nostro legislatore come obbligazione di garanzia (art. 1476 c.4)[39], sulla scia di una pretesa tradizione romanistica, nella quale peraltro ha un peso determinante, io credo, un fraintendimento delle soluzioni dei giuristi romani, o almeno un appiattimento di queste soluzioni in un sistema che ne tradisce la logica.

Si è detto dalla dottrina civilistica italiana che «il sistema legislativo risente in modo evidente del peso della tradizione»[40] e di un'economia ormai da lungo tempo superata, e che la rigidità di queste norme deriva dalla struttura delle azioni edilizie romane, mentre sarebbe oggi auspicabile una elaborazione organica dei rimedi generale per l'inadempimento.

Dall'analisi delle fonti romane mi sembra sia invece emersa una riflessione giurisprudenziale che, superato il regime delle specifiche garanzie, utilizza la duttilità del giudizio di buona fede per concedere tutela differenziata, ma sempre riconducibile alla tutela per l'inadempimento nell'ambito di una medesima azione contrattuale, alle ipotesi in cui la mancanza di qualità incida in modo «essenziale» sull'interesse del creditore alla prestazione, rispetto alle ipotesi in cui il «vizio» incida solo sul valore della cosa, e distinguendo ulteriormente fra il caso del debitore «in buona fede», che darà luogo solo al riequilibrio patrimoniale fra le prestazioni, ed il caso del debitore la cui condotta sia riprovevole rispetto al modello richiesto dallo specifico «tipo» contrattuale, obbligandolo a risarcire il danno. Gli effetti «risolutivi» dell'azione con cui si ottiene la restituzione totale o parziale della prestazione già effettuata non incidono ovviamente sulla validità del contratto e delle obbligazioni che ne sono derivate, ma incidono esclusivamente sulla esigibilità o ripetibilità della prestazione corrispettiva, che viene così ad essere collegata – in consi-

---

[39] La dottrina civilistica italiana ha giustamente posto in discussione la costruzione di questa obbligazione come obbligazione esclusivamente di garanzia, in quanto nel trasferimento di cosa «difforme» si configura indubbiamente un inadempimento inesatto e peraltro le conseguenze previste dal legislatore sono quelle proprie dell'inadempimento, ai fini della risoluzione e del risarcimento del danno nel caso in cui il venditore non provi di aver ignorato senza colpa i vizi. V. per es. GIORGIANNI, v. *Inadempimento (diritto privato)*, in *EdD*, XX, 863 ss.; GALGANO, v. *Vendita (diritto privato)*, in *EdD*, XLVI, 492 ss.

[40] GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, 865.

derazione della causa tipica del contratto – con un vincolo di sinallagmaticità funzionale alla prestazione risultata inadempiuta.

I principi utilizzati in queste soluzioni dei giuristi classici risultano forse più «semplici», ma in definitiva più coerenti, più «moderni», e soprattutto più duttili per la valutazione della «gravità» dell'inadempimento nei singoli casi e per la determinazione delle conseguenze di esso in base alla «riprovevolezza» della condotta del debitore, delle norme di alcuni Codici moderni.

Proculus Dig. 2,14,36:
Ein *pactum* zur Grundstücksherausgabe an einen Dritten
Verantwortungsbereich und Partei-Interesse als Auslegungskriterien

Andreas WACKE

I. Der problematische Text

Formlose *pacta* erzeugen nach römischem Recht bekanntlich keine Klagen, wohl aber Einreden. *Pacta* zugunsten Dritter waren überdies nach klassischem Recht noch weniger einklagbar als Stipulationen. *Alteri cavere nemo potest*[1]. Dennoch verabredete zuweilen ein Eigentümer mit dem Besitzer, die Sache einem Dritten herauszugeben. Auf welche Weise das beschränkte juristische Instrumentar diesem praktischen Bedürfnis gerecht zu werden vermochte, ergibt sich aus einem kurzen, jedoch nicht leicht zu verstehenden Fragment des Frühklassikers Proculus.[2]

---

1 Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter (1949) behandelt unter dem *pactum de non petendo* S. 66ff. unseren Text nicht. Rein defensiv wirken für Dritte nur mitbegünstigend *in rem* konzipierte *pacta*, welche außer dem Schuldner auch seinen Bürgen und Erben schützen; D. 2,14,21,5: Kaser, Das römische Privatrecht [künftig RP] I (2. Aufl. 1971) 642 A. 10, 658 A. 24, 664 A. 42; Mannino, L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale (1992). Die Unterscheidung vom *pactum in personam* ist eine Auslegungsfrage; genannt wurde eine Person oft nur *demonstrationis causa*: D. 2,14,7,8. Die *exceptio doli* ergänzte zuweilen ein wörtlich zu eng konzipiertes *pactum* zugunsten weiterer Personen; s. Wacke, SZ 90 (1973) 234-249. Einem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall nähert sich in der wirtschaftlichen Funktion (aber nicht in der juristischen Konstruktion) das *fideicommissum a debitore relictum*; dazu Wacke, TRG 39 (1971) 257ff.

2 Den Text stellte ich im Wintersemester 1972/73 in Tübingen einem Promovenden als Aufgabe zur schriftlichen Bearbeitung. Im Sommersemester 1997 diskutierte ich im Rahmen einer Digesten-Übung die Probleme mit den Kolleginnen Marita Giménez Candela (Gastprofessorin aus Palma de Mallorca), Francesca Lamberti (Humboldt-Stipendiatin), sowie mit meinem Wissenschaftlichen Mitarbeiter Assessor Richard Böhr. - Bruno Schmidlin, dem Freunde und Kollegen, widme ich den nachstehenden Beitrag mit allen guten Wünschen in aufrichtiger Verehrung.

D. 2,14,36 (*Proculus libro 5. epistularum*):
Si cum fundum meum possides, convenisset mihi tecum, ut eius possessionem Attio traderes. vindicantem eum fundum a te non aliter me conventionis exceptione excludi debere, quam (*a*) si aut iam tradidisses, aut (*b*) si tua causa id inter nos convenisset et per te non staret quo minus traderes.

Der Text ist beispielhaft für den Abstand, der zwischen Verstehen der Wörter und Begreifen des Inhalts bestehen kann. Übersetzt hat man die einfachen Sätze ziemlich schnell; - die Fragen nach dem Warum sind aber viel schwieriger zu beantworten, sie verlangen gründliches Nachdenken.

(*Proculus* im 5. Buch seiner Briefe):
Als du mein Grundstück im Besitz hattest, kam ich mit dir überein, daß du den Besitz daran auf Attius überträgst. Wenn ich dieses Grundstück von dir vindiziere, dürfe ich nur dann aufgrund der Einrede der formlosen Übereinkunft zurückgewiesen werden, (a) wenn entweder du den Besitz schon übergeben hast, oder (*b*) wenn die Abrede zwischen uns[3] deinetwegen getroffen wurde und es nicht an dir lag, daß du den Besitz (noch) nicht übergeben hast.

Die rechtssatzförmig kompakte Aussage enthält keine Begründung und wirkt mangels konkreter Fakten merkwürdig abstrakt, inhaltsarm und gewissermaßen blutleer. Man erfährt nicht, welche praktischen Fälle Proculus im Auge gehabt haben kann. Eine genauere Sachschilderung dürfte irgendwann weggefallen sein,[4] sei es schon bei der Abfassung des Berichts über sein Gutachten (in indirekter Rede), sei es anläßlich einer späteren kürzenden Bearbeitung.

Die Parteien eines Vindikationsprozesses waren übereingekommen, daß die Streitsache - ein Grundstück - einem Dritten[5] herausgegeben werde. Die *exceptio conventionis* (oder *pacti*)[6] soll den Beklagten nach der ersten Vari-

---

3 Das in der von Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler herausgegebenen Übersetzung vor 'deinetwegen' eingefügte 'nur' findet keine Entsprechung im lateinischen Original und ist zu streichen. Sinngerecht erscheint aber die Ergänzung 'noch' vor 'nicht übergeben hast'.

4 Vgl. Hugo Krüger, Beiträge zur Lehre von der exceptio doli (I, 1892) 99 A. 11, 100f.

5 '*Attius*', von Kaser, Labeo 18 (1972) 360 und SZ 98 (1981) 112 A. 121 verändert in *Atticus*. Als Blankettname begegnet *Attius* jedoch in den Digesten über 20mal. Ein Präfekt Atticus wird namentlich erst in Subskriptionen spätantiker Kaiserkonstitutionen Ende des 4. Jh. öfters erwähnt. In der einzigen Digestenstelle D. 50,16,234,2 (*Ofilius ad Atticum ait*) ist der bekannte gemeinsame Freund Ciceros gemeint.

6 Nach Sargenti, Svolgimento dell'idea di contratto etc., Iura 39 (1988) 47 ist dies der früheste Beleg für den Ausdruck *conventio*. Eine *exceptio conventionis* begegnet noch bei Labeo D. 2,14,2 und Celsus D. 2,14,33 = Pomp. D. 23,4,10; Celsus-Ulpian D. 2,14,51

ante schützen, wenn er dem Dritten den Besitz bereits übergab. Nach Besitzübergabe an Attius wäre der Beklagte zur *rei vindicatio* aber gar nicht mehr passiv legitimiert. Er besitzt nicht mehr. In der mit dem Vindikationskläger abgestimmten Herausgabe an Attius liegt auch keine dolose Preisgabe des Besitzes. Da der Kläger einwilligte (*volenti non fit iniuria*), greift die Regel *dolus pro possessione est*[7] nicht ein. Mangels Passivlegitimation des Beklagten wäre die gegen ihn erhobene Vindikation schon von Rechts wegen abzuweisen. Es fragt sich, wozu er des Einredeschutzes überhaupt bedarf.[8] Der Kläger müßte sein Herausgabepetitum gegen Attius richten. Vor allem deshalb herrscht ziemliche Ratlosigkeit unter den meisten Interpreten. Denkbar wäre allerdings der Fall, daß *tu* dem Attius den Besitz einräumte, daß *ego* aber bestreitet, dazu seine Einwilligung erteilt zu haben und dem *tu* ein *dolo desinere possidere* vorwirft[9]. Hätten die Prozeßparteien ferner ihr Übereinkommen erst während des Verfahrens *apud iudicem* geschlossen, dann hätte eine *exceptio pacti* nachträglich nur mittels einer *in integrum restitutio* in die Klageformel eingeschaltet werden können.[10] Leichter zu erklären ist der Text

---

und 39,1,1,10: H. Krüger 134f. Man hält sie für identisch mit der später üblicherweise sogenannten *exceptio pacti conventi*.

7 D. 50,17,131; 6,1,22; Wimmer (u. A. 19) 14f.

8 So schon die Glosse zu *a te*: qualiter habet locum exceptio, cum ipso iure non teneatur: nec enim possidet, vel dolo, vel culpa desit possidere? Ähnliche Zweifel bei H. Krüger (wie A. 4); Honoré, TRG 40 (1972) 565 (Rez. Krampe, u. A. 36); ausführlich Kaser, Labeo 18 (1972) 360 (Rez. Schipani); ebenso Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vind. (1907) 12, der den Text deshalb verdächtigt. Gegen ihn alle neueren Interpreten: Krampe (u. A. 36) 51 m. weit. Nachw.; Schipani, Responsabilità per la cosa oggetto di azione reale (1971) 100ff., 105f.: Kein Zusammenhang mit dem *ante litem contestatam dolo desinere possidere* bzw. *liti se offerre*; anders Kaser, Restituere als Prozeßgegenstand (2. Aufl. 1968) 226.

9 Dies ein origineller Einfall von Horak, SZ 90 (1973) 407 (Rez. zu Krampe, u. A. 36). Die Passivlegitimation des Beklagten richtet sich allein nach den Tatsachenbehauptungen des Klägers. Dem *iudex* obliegt die Überprüfung des Zustandekommens der Vereinbarung, ihrer Gültigkeit und der Erfüllung der Bedingung. Sibers Textverdächtigung (vom Kläger gebilligte Herausgabe an Attius sei niemals dolose Besitzentäußerung) nimmt vom Standpunkt eines allwissenden Betrachters aus das erst vom *iudex* zu prüfende Ergebnis vorweg, ist darum allzu scharfsinnig. Horaks Vorschlag werden wir im folgenden jedoch nicht weiter verfolgen. Das Schwergewicht der Argumentation des Prokulus liegt auf der Auslegung des Paktums bezüglich seiner Reichweite (seines Schutzumfangs), wenn sich unvorhergesehen ein Traditionshindernis herausstellt. Die Auslegung ist eine Rechtsfrage, keine Beweisfrage (für die sich die *iuris consulti* weniger zuständig fühlten).

10 Aus erst nach der *litis contestatio* eintretenden Umständen kann der *actio* keine neue *exceptio* entgegengehalten werden: Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht (2. Aufl. 1996) 298 m. Lit. (abweichend Justinian: S. 585). Entsteht nach einem *apud iudicem* geschlossenen Vergleich (Lit. bei Kaser/Hackl 298 A. 20) nachträglich Streit über des-

bei Annahme einer vorprozessualen Einigung[11] über die Herausgabe an den Dritten, vor (oder spätestens bei, s. u. A. 37) der *litis contestatio*.

II. Die zweite Variante (*b*)

Mit der zweiten Variante beginnend, versuchen wir uns im folgenden dem Sinn des Fragments zu nähern, weil der letzte Halbsatz etwas genauere Angaben enthält.

Die Abrede wurde im Interesse des Beklagten (*tua causa*) geschlossen. Zu denken ist an ein Haftungsinteresse: Möglicherweise schuldete er dem Dritten das Grundstück unter einer Vertragsstrafe.[12] Vielleicht hatte er es ihm *bona fide* verkauft; noch vor der Übergabe stellte sich seine Nichtberechtigung heraus. Zwecks Vermeidung der ihm drohenden, auf das *duplum* gerichteten Eviktionshaftung verspricht *tu* dem Eigentümer *ego*, ihn mit dem von Attius geschuldeten Kaufpreis abzufinden,[13] und *ego* willigt in die Übergabe an Attius ein.

Attius übernimmt dann aber nicht den Besitz, gleichviel aus welchen Gründen. Möglicherweise fürchtet er trotz des Abkommens zwischen *ego* und *tu* nach der Besitzübernahme eine Räumungsklage des *ego* auf sich zukommen (er erhebt also zu Unrecht die später sogenannte *exceptio evictionis*

---

sen (Wirksamkeit oder) Erfüllung (z.B. durch Herausgabe an Attius), dann kann das Verfahren demnach nicht (wie nach heutiger Praxis) vor demselben Richter an dem Punkte fortgesetzt werden, wo es durch den Vergleich geendet hatte. Unter Einschaltung einer *exceptio* (*pacti* oder *transactionis*) gewährt der Prätor ein neues *iudicium* über das alte Prozeßprogramm. Auch die in D. 12,6,23,3 genannte (aufgrund einer *in integrum restitutio* gewährte) *exceptio doli post secuti* kommt in Betracht. Ist der Vergleich nach der Beurteilung des *iudex* gültig und erfüllt, weist er die Klage ab.

[11] So letztens auch Kaser, Labeo 18 (1972) 360 (Rez. Schipani); ders., Nochmals über Besitz und Verschulden bei dinglichen Klagen, SZ 98 (1981) 111f. A. 121: Einigung vor *litis contestatio*, Herausgabe danach. Der Besitzer bei *litis contestatio* war nach Proculus passiv legitimiert: D. 5,3,40 pr.; Kaser, RP I2 433 A. 15; Wimmer (u. A. 19) 68ff. Besitzeinräumung an Attius während des zweiten Verfahrensabschnitts war eine zulässige innerprozessuale Bedingung. Ihre Erfüllung war vom *iudex* ebenso überprüfbar wie die Grundfrage, ob der Vindikationsbeklagte einem gewöhnlichen Restitutionsbefehl nachgekommen war.

[12] So ebenfalls bereits die Glosse loc. cit. : „ut quia alii eundem fundum sub poena dare promiseras". Der Besitzer schuldet dem Dritten jedenfalls die Herausgabe, möglicherweise darüber hinaus die Übereignung oder das *habere licere*.

[13] Auch eine vorprozessuale Entschädigung durch Barabfindung des Eigentümers wäre kein *litis aestimationem sufferre* aufgrund eines *iussum de restituendo*. Von der Vindikation wäre der Beklagte darum auch dann nicht *ipso iure* freizusprechen.

imminentis)[14]. Oder er kann krankheitshalber oder wegen Teilnahme an einem Feldzug den Besitz derzeit nicht übernehmen, auch schickt er (trotz Benachrichtigung) keinen seiner Gewalt unterstehenden Haussohn oder Sklaven, welche für ihn den Besitz ergreifen könnten.[15] Attius befindet sich deshalb vermutlich in Annahmeverzug (*mora accipiendi*).[16] Die Einzelheiten beiseite lassend, ist allein entscheidend, daß die bisher unterbliebene Übergabe dem Besitzer nicht zur Last fällt, von ihm nicht zu verantworten ist (*per te non staret*), nicht in seiner Sphäre liegt (sondern in der Sphäre des Dritten)[17].

Die Herausgabe an Attius stellt sich damit (zumindest zeitweilig) als undurchführbar heraus. Dieser von den Paktierenden vermutlich nicht vorhergesehene Umstand macht das *pactum* nach Prokulus jedoch nicht etwa hinfällig, wenn die Abrede zugunsten des Besitzers getroffen war.[18] Müßte er das Grundstück für die Zwischenzeit dem Kläger herausgeben, hätte er nämlich keine Handhabe, um zu erreichen, daß der siegreiche Kläger seinerseits dem Attius nach dem Wegfall des Hindernisses den Besitz einräumt; eine Verpflichtung des Klägers hierzu sieht die Parteiabsprache nicht vor. Wegen der rein defensiven Wirkung von *pacta* und des prinzipiell unzulässigen Paktierens zugunsten Dritter könnte *tu* den *ego* zur Herausgabe an Attius nicht zwingen. Da *tu* andererseits (wie wir annahmen) dem Attius unter Konventionalstrafe die Herausgabe schuldet, ist ihm eine zwischenzeitliche Besitzeinräumung an den Kläger nicht zumutbar. Der dem Dritten gegenüber ge-

---

[14] Pap. vat. 12; Kaser, RP I 2 56 A. 30; Ginesta Amargos, BIDR 31-32 (1989-90) 311-323; Wacke, Festschrift Niederländer (1991) 148 A. 29, 174; G. Klingenberg, Vestiga iuris romani, Festschr. Wesener (1992) 242f.

[15] Vgl. den anschaulichen Fall zum Vollzug einer Grundstücksschenkung durch Übergabe an einen Empfangsboten des Beschenkten bei Papinian D. 41,2,48; Wacke, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat (1974) 13.

[16] So Gradenwitz, SZ 34 (1913) 268. Der Beklagte befindet sich jedenfalls mit der Herausgabe an ihn nicht im Verzug: Haymann, SZ 41 (1920) 146. Auch bei sachenrechtlichen Herausgabepflichten kann man von Verzug reden; keine „eigentliche Mora" sah darin Fr. Mommsen (u.A. 24).

[17] Zum Begriff *per eum* (*non*) *stare quo minus solvat* als Voraussetzung für Schuldner- oder Gläubigerverzug: Kaser, RP I2 515, 517; Vigneron, Offere aut deponere (1979) 52ff. Weitere Beispiele für Nichterfüllung einer Bedingung (Unwetter, Krankheit) in D. 12,4,5 pr., s. u. A. 34; zu *morbus* (*sonticus*) und *valetudo* bes. Lanza, BIDR 90 (1987) 472ff., 491.

[18] Scheitert der Vollzug einer testamentarischen Potestativbedingung an mangelnder Mitwirkung eines Dritten, dann gilt mit der bloßen Bemühung des Beschwerten die Bedingung mutmaßlich als erfüllt, D. 36,2,5,5: *Si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quominus impleatur, ...pro impleta habetur*; Masi, Studi sulla condizione (1966) 250ff. Auf Rechtsgeschäfte *inter vivos* ist diese Regel nicht ohne weiteres übertragbar, s. Windscheid, Pandekten I (9. Aufl. 1906) § 92 m. A. 6-9 m. weit. Nachw.

bundene Beklagte kann nicht ohne eigenen Nachteil den Besitz dem Kläger restituieren.[19] Dem *tu* muß die Möglichkeit erhalten bleiben, dem Attius nach dem Wegfall des Hindernisses den Besitz einzuräumen. Solange *tu* sich dem Attius gegenüber in Leistungsbereitschaft halten muß, bleibt er dem Eigentümer zum Besitz berechtigt. Der Wortlaut des auf Herausgabe an Attius gerichteten Paktums erweist sich als zu eng, falls das Hindernis der (sofortigen) Herausgabe in dessen Sphäre liegt. Der Jurist ergänzt den Wortlaut nach dem mutmaßlichen Parteiwillen unter Beachtung der Folgen einer etwaigen gegenteiligen Entscheidung. Das Interesse des Besitzers am Abschluß des Paktums und an der Herausgabe an den Dritten rechtfertigt seinen fortdauernden Besitz, solange mit der Besitzeinräumung an Attius als Möglichkeit zu rechnen ist. So lange (oder bis zum Interessefortfall bei *tu*) hat die *exceptio pacti* demnach aufschiebende Wirkung.[20]

Das zwischen Eigentümer und Besitzer abgeschlossene *pactum de non petendo* hängt von der Bedingung ab, daß der Besitzer das Grundstück dem Dritten herausgibt.[21] Die *exceptio* lautete vermutlich '*si non inter Aulum Agerium et Numerium Negidium convenit, ut Numerius Negidius eum fundum Attio traderet*'. Unterbleibt die Besitzeinräumung an den Dritten aus einem vom Besitzer nicht zu vertretenden Grunde, dann bleibt er dem Eigentümer gegenüber trotz des zu engen Wortlauts der Abrede zum Besitz berechtigt, falls die Vereinbarung in seinem (des Besitzers) Interesse getroffen wurde. Demzufolge gebühren dem Eigentümer auch nicht die zwischenzeitlich gezogenen Nutzungen.

III. Die erste Variante (*a*)

War das *pactum* nicht im Interesse des Beklagten geschlossen, dann offenbar im Interesse des Klägers.[22] Wünscht der Eigentümer die Besitzherausgabe an einen Dritten anstatt an sich selber, dann ist dies eine der Delegation vergleichbare Zusammenfassung zweier Übergaben zu einer (vgl. D. 24,1,3,12): Die *traditio* an Attius soll der *traditio* an *ego* gleichstehen. Der Eigentümer

[19] Zutr. Wimmer, Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten (1995) 30.

[20] Anders, für Abweisung der Vindikation, hingegen Wimmer 31.

[21] H. Krüger (o. A. 4) 99. *Non aliter* wird von VIR I 364 gleichgesetzt mit *non alia condicione.*

[22] Bei fehlendem Interesse beider Parteien zugunsten Attius hätten sie das *pactum* nicht geschlossen. Den Fall von gleich starkem Interesse beider Parteien können wir vernachlässigen (gegeneinander prozessieren würden sie in solchem Falle seltener).

willigte in die Herausgabe an den Dritten ein und ermächtigte den Besitzer dazu durch sein *iussum*.[23] Der Eigentümer übergibt damit den Besitz zugleich dem Dritten mittels Anweisung an den Besitzer als seiner Geheißperson. Bei beweglichen Sachen sprechen wir in solchem Falle heute von „Durchlieferung". Konkret könnte man sich demnach vorstellen, daß *ego* das Grundstück (für den Fall, daß er den Prozeß gegen *tu* gewinnt) bereits dem Attius verkauft oder zumindest verpachtet hat.

Stellte sich bei solcher Konstellation die Herausgabe infolge eines nicht in der Sphäre des Besitzers, sondern des Dritten liegenden Grundes als undurchführbar heraus, dann entspricht es dem mutmaßlichen Parteiwillen, daß der Besitz dem Kläger restituiert werde: Will oder kann der Dritte den Besitz nicht übernehmen, dann soll hilfsweise der Eigentümer zum Empfang zuständig bleiben. Eine Besitzfortdauer beim Beklagten als bloßer Geheißperson des Klägers läßt sich mangels eigenen Interesses nicht länger rechtfertigen (im Unterschied zur Variante sub *b*: o. bei A. 19).

Die Herausgabe an den Dritten bildet für den Besitzer eine *facultas alternativa*.[24] Attius erlangte gewissermaßen die Position eines *solutionis causa adiectus*:[25] Klagebefugt ist er nicht, aber die Herausgabe an ihn befreit den Besitzer zugleich gegenüber dem Eigentümer. Erzwingen kann der Eigentümer die Herausgabe an Attius nur mittelbar, indem er auf Herausgabe an sich selber klagt;[26] dementsprechend erläßt der *iudex* auch sein übliches *iussum de restituendo*. Gemäß dem vom typischen Fall abweichenden Parteiwillen schützt den Beklagten aber die *exceptio pacti*, wenn er von seiner *facultas alternativa* Gebrauch machend dem Attius den Besitz einräumt. Passiv legitimiert wäre *tu* demnach als Vindikationsbeklagter, wenn er noch zur Zeit der Klageerhebung (*litis contestatio*) das Grundstück besitzt; restituieren aber kann er es im Laufe des anschließenden Rechtsstreits gemäß der Einwilligung des Klägers aus Vereinfachungsgründen sogleich dem Dritten (vgl. o. A. 11).

---

[23] Von einem *mandatum* ist hier keine Rede: Schipani (o. A. 8) 100 A. 1.

[24] Fr. Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht III: Die Lehre von der Mora (1855) 264f. A. 14 sprach von alternativer Befugnis. Heute verstehen wir unter dem unrömischen Begriff die Befugnis des Schuldners, anstelle der geschuldeten Leistung eine andere an den Gläubiger zu erbringen (Ersetzungsbefugnis): Kaser, RP I2 495.

[25] Der Begriff (*solvere*) beschränkt sich allerdings auf Obligationen, namentlich aus Stipulation: Kaser 637. Die (nicht übliche) Bezeichnung *restitutionis causa adiectus* träfe den Sachverhalt genau. Gesamtgläubiger sind *ego* und Attius nicht.

[26] Klageanträge zugunsten Dritter ließ man im Formularprozeß vermutlich nicht zu. Ein bloßes *pactum* kann keine Klage auf Herausgabe an einen Dritten erzeugen: Pothier (u. A. 40) A. 4. Heute muß der Kläger z.B. nach einer Veräußerung der streitbefangenen Sache seinen Antrag zugunsten des Erwerbers umstellen (so die herrschende Auslegung zu § 265 ZPO).

Als weiteres Beispiel zur Lösung des eingangs angesprochenen Problems, wieso *tu* trotz Herausgabe an Attius dennoch zur *rei vindicatio* des *ego* passiv legitimiert sein könnte, ließe sich denken, daß *tu* das dem Attius tradierte Grundstück als dessen Detentor innehat: Nach Ablauf der zunächst mit *tu* vereinbarten Pachtzeit veräußert *ego* das Grundstück an Attius. *Tu* übergibt es, wie mit *ego* vereingart, dem Attius, pachtet es aber sogleich wieder von ihm zurück. Oder die Herausgabe an Attius wird dadurch ersetzt, daß *tu* mit Attius gleich einen neuen Pachtvertrag abschließt (ein *constitutum possessorium*: vgl. D. 6,1,77; o. A. 14). Eine *mancipatio* oder *in iure cessio* zwischen dem Verkäufer *ego* und dem Käufer Attius unterblieb; *ego* ist noch quiritischer Eigentümer, Attius aber kann das Grundstück durch seinen Pächter *tu* als Besitzmittler bereits ersitzen. Das *iussum* des *ego* zur Restitution des Grundstücks an Attius bildet somit einen Ersatz für das nach römischem Recht nicht allgemein anerkannte Übergabesurrogat der Vindikationszession (im Sinne von § 931 BGB).[27] Eine Klagerhebung des nach *ius civile* noch berechtigten *ego* gegen *tu* zwecks Erzwingung der Herausgabe an Attius setzt allerdings voraus, daß *tu* als Detentor (sei es des *ego* nach Ablauf der Pachtzeit, sei es des Attius als dessen neuer Pächter) zur Vindikation passiv legitimiert ist. Ulpian plädierte für einen weiten Anwendungsbereich der *rei vindicatio* und bejahte die Passivlegitimation jedes Inhabers, der die *facultas restituendi* hat,[28] also ein *iussum de restituendo* erfüllen kann. Zugunsten des klagenden Eigentümers darf der Restitutionsbefehl wegen der modifizierenden, vom typischen Modell der *formula* abweichenden Parteiabrede aber nicht ergehen[29]. Den Beklagten schützt deshalb die *exceptio pacti*, falls er nachweislich den Besitz auf Attius übertrug (*si iam tradidisses*).

---

[27] Wie bei jeder Zession könnte der Veräußerer allerdings auch den Erwerber zur Erhebung der Vindikation als *procurator* (*in rem suam*) ermächtigen.

[28] Abweichend von der auf Interdiktenbesitzer beschränkten Passivlegitimation nach Ansicht des Pegasus soll es auf die *causa, ex qua possideat* nach Ulpian D. 6,1,9 nicht ankommen. Für Fremdbesitzer ist die *facultas restituendi* zumindest zu bejahen, falls sie mit der Herausgabe an den Eigentümer nicht vertragsbrüchig gegenüber dem mittelbaren Besitzer werden. Ein Verwahrer paktierte z.B. nach Diocl. C. 3,42,8 (293) ausdrücklich mit dem Hinterleger die Herausgabe an den Eigentümer. Zur Frage siehe Marrone, Studi Scherillo I (1972) 341, 354ff.; überblicksweise Marrone, Istituzioni di dir. rom. (2. ed. 1994) 345f.; Kaser, RP I2 433; auch Wubbe, Res aliena pignori data (1960) 152ff.

[29] Bei unbefugter Besitzüberlassung an einen Dritten kann der Eigentümer nach § 986 Abs. 1 S. 2 BGB primär die Rückgewähr an den mittelbaren Besitzer, hilfsweise an sich selbst nur verlangen, wenn der mittelbare Besitzer zur Rücknahme außerstande oder nicht gewillt ist.

IV. Würdigung und Ergebnis

1. Beherrschungsvermögen und Partei-Interesse bilden die über den Wortlaut hinausgehenden Elemente der Argumentation des Prokulus bei der Auslegung unserer atypischen Abrede.[30] Vorweg war zu prüfen, ob die Bedingung des Paktums schon dem Wortlaut nach erfüllt war, ob also der Besitzer ihr bereits nachgekommen, das Grundstück schon dem Dritten übergeben hatte. Die Herausgabeklage des Eigentümers war alsdann, sofern die Passivlegitimation des ehemaligen Inhabers überhaupt noch zu bejahen war (o. I aE), jedenfalls nach prätorischem Amtsrecht unbegründet; den Beklagten schützte die *exceptio pacti*. War noch nicht übergeben, mußte der *iudex* prüfen, weshalb: Lag das Unterbleiben in der Sphäre des Besitzers, war er trotz der Abrede zu verurteilen.[31] Hatte hingegen der Dritte die unterbliebene Abnahme zu verantworten, so war in einem dritten Schritt zu prüfen, in wessen Interesse man sich über die Herausgabe an ihn geeinigt hatte: Lag das ausschlaggebende Interesse beim Besitzer, weil er (*tu*) dem Dritten verpflichtet war (Fall *b*), dann rechtfertigte dieses Interesse die Fortdauer seines Besitzes bis zum Wegfall des Hindernisses. Hatte hingegen der Eigentümer das Hauptinteresse an der Herausgabe an den Dritten, weil er (*ego*) ihm dazu verpflichtet war (Fall *a*), dann gebührte ihm auch der Zwischenbesitz bis zum Wegfall des Hindernisses (einschließlich der anfallenden Nutzungen), und der Restitutionsbefehl war zu seinen Gunsten zu erteilen.

Der Schutz des Beklagten durch die Einrede reicht im Falle *b* demnach weiter als im Falle *a*, dies in Übereinstimmung mit dem ausschlaggebenden Parteiinteresse. Im Falle *b* wurde die Abrede auch vermutlich durch größere Zugeständnisse oder Gegenleistungen des Beklagten erkauft als im Falle *a*. Prokulus urteilt zu Gunsten des Hauptinteressierten, nicht etwa zu dessen Nachteil (wozu die später von Celsus formulierte Unklarheitenregel eine

---

[30] In diesem Sinne der knappe Kommentar von Seidl zu dieser „besonders schönen *distinctio*": Seidl, Römische Rechtsgeschichte etc. (3. Aufl. 1971) S. 75 Randnr. 159. Nur wenig ausführlicher Seidl, Moderne zivilrechtliche Lehren als Erkenntnismittel der Rechtsgeschichte, Festschrift H. Lehmann I (1956) 107 (vgl. S. 106: Parallelen zu *tua causa*). Das Beherrschungsvermögen fand Seidl ausgedrückt in der Wendung *per te non staret quo minus*: Proculus als Schüler Labeos, in Studi Donatuti III (1973) 1234.

[31] Selbst dann, wenn die Abrede in seinem Interesse lag: Hielt er sich nicht daran, war die Bedingung für den Klageverzicht nicht erfüllt und der Beklagte *contumax*. - Zur gewöhnlichen Verantwortlichkeit des Vindikationsbeklagten für Verzug und Sachverlust etwa D. 6,1,17,1; 21: G. Klingenberg (o. A. 14) 246ff. Der Einfluß etwaiger *mora accipiendi* des Klägers gegenüber dem restitutionswilligen Beklagten im normalen Vindikationsrechtsstreit wird aus den Quellen nicht deutlich; vgl. Kaser, Restituere 117ff.

Handhabe geboten hätte).[32] Der Wortlaut der Abrede (Herausgabe an den Dritten) bildet für Prokulus nicht die Grenze der Auslegung:[33] Die Hintergründe, weshalb Attius den Besitz bekommen soll, der Zweck der Vereinbarung war mit in Betracht zu ziehen und damit das *quod actum est*. Daß der Beklagte den Besitz, statt ihn herauszugeben, unter gewissen Voraussetzungen behalten soll, ist im Wortlaut der Abrede nicht vorgesehen. Da die Herausgabe an den Dritten jedoch nicht direkt erzwingbar ist, kann sie nur derjenige erfüllen, der zuvor selber besitzt. Das Interesse der einen oder der anderen Partei an der Drittbegünstigung entfaltet infolge dessen - wie Proculus fein erkannte - schon vor dem Vollzug der Übergabe Vorwirkungen für die Zuerkennung des einstweiligen Zwischenbesitzes. Die Unterscheidung erweist sich als sinnreich und funktionsgerecht.

Erweist sich bei einer *datio ob rem* der Zweck aus vom Empfänger nicht zu vertretenden Gründen als undurchführbar, dann beurteilt Ulpian die Frage der Rückforderbarkeit in ähnlicher Weise nach dessen Interesse an der Abrede.[34] Erwin Seidl charakterisierte diese Interpretationsmethode zutreffend als „Integrieren mit dem Interesse".[35] Bei der Bestimmung des Haftungsmaßstabs für die Erfüllung vertraglicher Pflichten ist uns diese Methode vertraut unter dem Namen Utilitätsprinzip.

2. Hinsichtlich der Werkgattung der Briefe des Prokulus bestätigt sich schließlich ihre von Krampe vermutete Einordnung als „Lehr-Episteln".[36]

---

[32] *Ambiguitas contra stipulatorem* oder *locatorem*: von den Klassikern ohnehin nicht schematisch-streng gehandhabt; s. Troje, SDHI 27 (1961) 93ff.; Krampe, Die Unklarheitenregel (1983).

[33] Förderlich H. Krüger (o. A. 4) 99f.; unberechtigt kritisiert von Koschaker, Festschrift Hanausek (1925) 140.

[34] D. 12,4,5 pr.: Geldhingabe für eine Reise nach Capua, welche der dazu bereite Empfänger wegen schlechten Wetters oder Krankheit nicht antreten kann. Die Rückforderung verneint Ulpian bei überwiegendem Interesse des Empfängers an der Reise, der dafür womöglich schon erhebliche Unkosten aufwandte. Dazu Flume, Festschr. Niedermeier (1953) 13 = Flume, Gesammelte Schriften I (1988) 254ff.; Wollschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre (1970) 55; dazu Rez. Kaufmann, SZ 88 (1971) 520; Choe, Culpa in contrahendo bei Jhering (1988) 116; dazu Rez. Bürge, SZ 108 (1991) 573.

[35] Seidl, Prolegomena zu einer Methodenlehre der Römer, Gedächtnisschrift Rudolf Schmidt (1966) 359ff.

[36] Krampe, Proculi Epistulae: Eine frühklassische Juristenschrift (1970), zusammenfassend 97ff. Er behandelt unseren Text S. 51 kurz als Beispiel für „Lehrepisteln" (S. 47ff.). Daß ursprünglich jeweils ein praktischer Fall zugrunde lag, ist nicht auszuschließen. Unter den Rezensenten zu Krampe vgl. vorsichtig abwägend Horak, SZ (1973) 403, 408ff.; Mayer-Maly, Iura 21 (1970) 298ff.; Krampe eher zustimmend Honoré (o. A. 8); weitere Angaben in der Diss. meines Assistenten Chr. Baldus, Vertragsauslegung nach Parteirollen (1998) § 10 C III 2 a (nach Fn. 223ff.).

Die rechtssatzförmig stilisierte Aussage unseres knappen Fragments bildet das Produkt intensiver Gedankenarbeit, bei der diverse Fallvarianten durchgespielt wurden. Ausgegangen war die Fragestellung vermutlich von dem Fall, daß das Eigentum des Vindikationsklägers anfänglich vom Besitzer bestritten wurde. Abweichend von der regulären Formelkonzeption kamen die Prozeßparteien überein, daß der Beklagte im Falle seines Unterliegens den Besitz einem Dritten restituieren solle.[37] Das zu untersuchende Problem bestand darin, in welcher Weise sich eine derartige Modalität, wenn das Eigentum des Klägers zu bejahen war, auf den vom *iudex* zu erlassenden Restitutionsbefehl auswirkt. Prokulus betrachtet die Abrede als bedingtes *pactum de non petendo*. Zwecks Berücksichtigung dieses Umstandes bedurfte es einer Erweiterung des richterlichen *officium* mittels Einfügung einer *exceptio* in die *formula*. Restituierte der Beklagte dem Dritten, war die Bedingung erfüllt und der Schutz durch die *exceptio pacti* griff ein.[38] Bei noch nicht vollzogener Besitzeinräumung an den Dritten war der Beklagte nicht in allen Fällen zu verurteilen. Prokulus differenzierte subjektiv nach der Sphäre des Übergabehindernisses. Hatte der Beklagte es zu verantworten, befand er sich insbesondere im Verzug mit der Räumung, zog er sich durch seine Halsstarrigkeit die Verurteilung zu. Hatte der Beklagte hingegen das Übergabehindernis nicht zu verantworten, lag es insbesondere in der Sphäre des Dritten, dann stand dies nicht in allen Fällen einer erfüllten Bedingung gleich.[39] Das *per possessorem non stare quominus traderet* genügte für sich allein nicht zur Versagung des Restitutionsbefehls zugunsten des Klägers. Weiter zu differenzieren war je nach dem ausschlaggebenden Interesse der Kläger- oder der Beklagtenseite an der Begünstigung des Dritten. Beim Zustandekommen der Abrede auf Initiative des Klägers war diesem (anstelle des Dritten) der Besitz

---

[37] Wenn Prokulus diesen Fall im Auge hatte (was ich für am wahrscheinlichsten halte, vgl. o. I a.E.), ist ihm allerdings vorzuwerfen, daß er sich - ungenau und mißverständlich - zur Fallschilderung einer materiellrechtlichen Terminologie bediente statt einer prozessualen.

[38] (*Actorem*) *excludi debere* sagt Proculus, übereinstimmend mit Ulpians allgemeiner Definition der Einrede, D. 44,1,2: *exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni... solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.*

[39] Vgl. o. A. 18. Anders Fuchs, AcP 34 (1851) 119: Die nicht verschuldete Unmöglichkeit habe Prokulus der wirklichen Erfüllung der Übereinkunft als gleichwirkend zur Seite gestellt. Das Interesse (*tua causa*) werde bloß hervorgehoben, weil ohne solches das *pactum* ungültig sei. Wie hier H. Krüger (o. A. 4) 99f.: Für einen Freispruch des Beklagten muß beides erwiesen sein: Sowohl daß das *pactum* zu seinen Gunsten abgeschlossen als auch daß er an der Nichtübertragung schuldlos ist.

zu restituieren.[40] Beim vorherrschenden Interesse des Beklagten an der Drittbegünstigung durfte er hingegen die Fortdauer seines Besitzes bis zur Beseitigung des Hindernisses mit der Einrede verteidigen.

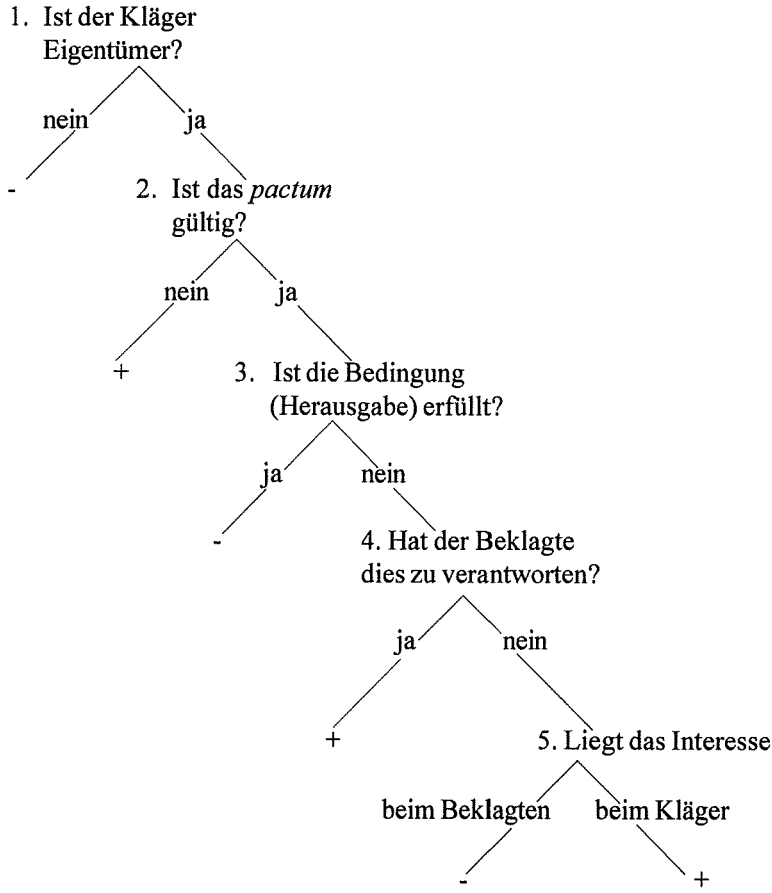
Eine schlichte Besitzaufgabe durch *tu*, ohne daß entweder der Kläger oder aber der zeitweilig im Annahmeverzug befindliche Attius den Besitz übernimmt, wird von Proculus als Möglichkeit nicht erwogen. Daß ein Grundstück besitzlos wird, ist kein wünschenswertes Ergebnis.

Ein zwar seltenes, jedoch praktisch wie theoretisch nicht uninteressantes Problem bewältigte damit Prokulus durch feine Differenzierungen in einer von der Sachlogik gebotenen Weise. Die logische Struktur seines Entscheidungsgerüstes läßt sich graphisch darstellen durch folgenden Baum mit fünf dichotomischen Verzweigungen (Knoten oder Schaltstellen):[41]

---

[40] Gleichsinnig der kurze Kommentar von Cujaz zu 'Si tua causa': „Si mea causa, etiam si paratus sis tradere, non dabitur exceptio pacti. Ut enim actiones, ita exceptiones non dantur, nisi his quorum interest": Cujacii Commentarius ad Tit. De pactis, in dessen Opera VI (1838) 363. Etwas ausführlicher Pothier, Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae I (Napoli 1823) p. 102, tit. De pactis D. 2,14 Sectio IV § XXV: Falls nicht *tua causa*, sei die *conventio* '*inutilis*' (wohl: wirkungslos), weil „nec in conventionem deduci potest, nisi quod paciscentis intersit". Ähnlich bereits die Glosse *quam si*: Falls nicht im Interesse des Beklagten paktiert, könne der Kläger, ehe dem Attius übergeben wurde, von der Vereinbarung wieder abgehen (sie widerrufen) und vindizieren (licebit poenitere ac vindicare).

[41] Es bedeuten: + Verurteilung, - Freispruch des Beklagten. Graphische Veranschaulichungen solcher Art dienen der Orientierung durch Aufzeigen der relevanten Gedankenstränge und „Verortung" des jeweiligen konkreten Falles, zumal in einem kasuistischen System wie dem römischen. Zu einem parallelen Phänomen (praktische Handhabung des Darlehensgewährungsverbots an Hauskinder nach S.C. Macedonianum, mit 9 Verzweigungen) s. Wacke, SZ 112 (1995) 290f.; spanische Kurzfassung in Wacke; Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas (1996) 201. Dem Frühklassiker Proculus waren logische Disjunktionen nicht fremd, wie J. Miquel an Hand von D. 50,16,124 aufzeigte: Stoische Logik und röm. Jurisprudenz, SZ 87 (1970) 85, 90ff. Zu weiteren Distinktionen im Werk des Proculus Krampe (o. A. 36) 61ff.; dazu Rez. Horak, SZ 90, 407f. Vgl. auch das Schema zur Unmöglichkeitslehre bei Wollschläger (o. A. 34) 70.


1. Ist der Kläger Eigentümer?
nein
ja
-
2. Ist das *pactum* gültig?
nein
ja
+
3. Ist die Bedingung (Herausgabe) erfüllt?
ja
nein
-
4. Hat der Beklagte dies zu verantworten?
ja
nein
+
5. Liegt das Interesse
beim Beklagten
beim Kläger
-
+

Les effets de la responsabilité contractuelle et délictuelle: une histoire ambiguë

Bénédict WINIGER

Depuis 1988, une commission d'étude travaille à la révision totale du droit de la responsabilité civile du Code des Obligations suisse. L'art. 2 de l'avant-projet propose indubitablement des modifications majeures du régime en place. Il fixe comme règle que les dispositions de la responsabilité délictuelle s'appliquent aussi aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle[1]. En même temps, il réserve un régime spécifique notamment aux cas d'inexécution et d'exécution tardive. D'où vient cette norme hétérogène qui, si un jour elle devait entrer en vigueur, éjecterait du CO du moins partiellement le principe fondamental de la séparation des effets des deux formes de responsabilité[2]?

Dans son rapport de 1991 au chef du département fédéral de justice et police[3], la commission d'étude se référait notamment à un article de Peter Jäggi qui remettait en question le bien-fondé de la distinction que la doctrine fait entre responsabilité contractuelle et extra-contractuelle[4]. Les ambiguïtés dénoncées par Jäggi ont des racines historiques profondes qui remontent, comme nous essayerons de le montrer en quelques traits, au droit romain et nourriront encore le droit civil européen et certaines codifications nationales.

---

1 B. Champ d'application, I. Responsabilité entre cocontractants
Art. 2 *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aussi aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle; sont réservées les dispositions qui régissent la responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise, ainsi que les dispositions spécifiques à certaines espèces de contrats instituant un régime de responsabilité plus favorable à la personne lésée.*

2 Notons bien que déjà l'art. 99 al. 3 du CO actuel renvoie, pour les effets de la faute contractuelle, par analogie à la responsabilité pour actes illicites.

3 *Rapport de la commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile*, août 1991, 74ss.

4 Peter JÄGGI, «Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung», in: *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger*, Fribourg 1968, 181-197, 183; plus récemment concernant la réforme du droit de la responsabilité civile, Revue de Droit Suisse 116,I,4, 1997, où les professeurs Pierre TERCIER, Gilles PETITPIERRE, Heinrich HONSELL, Peter GAUCH et Franz WERRO analysent des aspects particuliers de l'avant-projet.

En droit romain, la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle découle en principe de la technique juridique même. Celui qui est lié par un contrat, par exemple une *emptio/venditio*, dispose d'une *actio empti* ou *venditi* pour faire valoir ses prétentions. En revanche, celui qui a subi un dommage en absence de tout contrat est au bénéfice d'une action spéciale. Par exemple, celui dont on a blessé un esclave ou détérioré tout autre bien peut intenter une *actio legis Aquiliae*[5].

Cependant, dans la jurisprudence romaine, ce principe souffre d'exceptions. L'artisan qui, par inexpérience, a brisé un calice qu'il aurait dû transformer pour un client répond malgré le rapport contractuel aussi de l'a° *legis Aquiliae*[6]. De même, une sage-femme qui administre à une esclave un médicament mortel peut être poursuivie avec une a° *legis Aquiliae*[7]. Ou encore, le locataire dont les esclaves ont incendié l'objet loué répond envers le bailleur soit *ex locato*, soit de *lege Aquilia*[8].

En d'autres termes, si le droit romain attribue aux différents types de contrats[9] et aux différents dommages extra-contractuels[10] des actions spéciales, la jurisprudence a abandonné, dans certains cas, ce principe simple et a accordé notamment des moyens juridiques extra-contractuels pour sanctionner des manquements à l'exécution d'un contrat.

En droit continental, cette extension des sanctions délictuelles au domaine contractuel connaîtra une réception nuancée qui variera selon les périodes historiques et les auteurs. Nous savons que, notamment, les juristes de l'*usus modernus* appliquaient l'a° *legis Aquiliae* à toute forme de dommage infligé fautivement, sans se soucier d'éventuels rapports contractuels entre les parties[11].

Une étape importante dans la formulation de la responsabilité moderne a été marquée par Hugo Grotius[12] qui reprit, modifia et clarifia les taxinomies

---

5 Cf. Bénédict WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine*, Bâle 1997, 151ss.

6 Ulp. D. 9,2,27,29; par contre aussi Ulp. D. 19,2,13,5.

7 Lab./Ulp. D. 9,2,9pr; cf. pour une a° *ad exemplum Aquiliae* contre un médecin qui a soigné avec négligence un patient, Ulp. Coll. 12,7,7.

8 Proc./Ulp. D. 9,2,27,11.

9 Les a° *locati* ou *conducti* en cas de *locatio/conductio*, les a° *mandati* et *mandati contraria* pour les contrats de mandat, etc.

10 P. ex. l'a° *iniuriarum* en cas d'atteinte à l'honneur, etc.

11 Cf. Horst KAUFMANN, *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae*, Köln etc. 1958, 110ss; aussi Reinhard ZIMMERMANN, *The law of Obligations*, München 1993, 1024.

12 Cf. Robert FEENSTRA, «Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadenersatz bei Tötung und Körperverletzung», in: Robert FEENSTRA/Reinhard ZIMMERMANN (éd.), *Das römisch-holländische Recht*, Berlin 1992, 429-454.

romaines des obligations. Selon Gaius, toute obligation naît d'un contrat ou d'un délit[13]. Justinien, qui développe les catégories gaiennes, les divise en quatre groupes: *ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio* et *quasi ex maleficio*[14]. Grotius complète les deux catégories principales par une troisième, la loi, et distinguera entre obligations contractuelles et délictuelles: «(...) *ce qui nous est dû soit en vertu d'un pacte, soit par un méfait; soit par la loi* (...)»[15]. Cette distinction nette apparaît également au début du chap. 17 du livre 2, où Grotius reprend brièvement sa taxinomie en *pactio*, *maleficium* et *lex*: «*Les pactes ont été assez traités. Venons-en maintenant à ce qui est naturellement dû par un méfait*»[16]. En d'autres termes, il traite séparément et dans des chapitres différents des rapports contractuels et délictuels et de leurs conséquences respectives.

Son analyse des contrats, consacrée largement au principe général de l'égalité des prestations[17], n'approfondit pas la problématique de l'inexécution du contrat et des moyens juridiques qui en découlent pour le lésé. En revanche, c'est davantage sa discussion de la responsabilité extra-contractuelle qui retient notre attention. C'est elle qui jette les bases pour la responsabilité délictuelle moderne. Le titre du chap. 17, «*Du dommage infligé sans droit, et de l'obligation qui en naît*»[18], renvoie d'emblée au *damnum iniuria datum* qui formait déjà le noyau conceptuel de la responsabilité aquilienne romaine. Grotius reprend du moins partiellement la terminologie antique, mais la complète notamment par la notion de *maleficium*, à laquelle il confère une fonction centrale qu'elle n'occupe pas dans la *lex Aquilia*. Mais surtout, il dispose les termes dans un nouvel ordre:

> «*Nous appelons méfait toute faute commise soit par un acte, soit par une abstention, et qui se trouve en conflit avec ce que les hommes doivent faire de manière générale ou en raison de certaines qualités. D'une telle faute naît naturellement une obligation de réparer le dommage qu'on a infligé.*»[19]

---

[13] Gai. 3,88.

[14] Inst. 3,13. Pour les obligations *quasi ex delicto*, voir Reiner HOCHSTEIN, *Obligationes quasi ex delicto*, Stuttgart etc. 1971.

[15] «*id quod nobis debetur sive ex pactione, sive ex maleficio; sive ex lege, ...*», Hugo GROTIUS, *De jure belli ac pacis* 2,1,2,1.

[16] «*De pactionibus satis tractatum. Veniamus ad id, quod ex maleficio naturaliter debetur*», GROTIUS, *De jure belli* (n. 15), 2,17,1.

[17] GROTIUS, *De jure belli* (n. 15), 2,12,8ss.

[18] «*De damno per iniuriam dato, et obligatione quae inde oritur.*»

[19] «*Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis*

Premièrement, Grotius construit ici une hiérarchie normative. Le *maleficium* naît de la violation d'un devoir: *quod* (...) *homines* (...) *facere debent*. A son tour, le devoir de l'homme découle d'un ordre naturel: *obligatio naturaliter oritur*. L'unique sanction est le rachat du tort infligé: *ut id resarciatur*.

Deuxièmement, la base légale diffère ici fondamentalement de celle du droit romain. Avec le terme *iniuria*, la *lex Aquilia* s'appuyait sur un ordre général de droit positif. En remplaçant ce fondement par un principe de droit naturel, Grotius fait du dommage infligé sans droit une atteinte à l'ordre naturel et, en dernier lieu, une violation de l'ordre divin, traitée, *nota bene*, comme une infraction *sui generis*. Ainsi, la responsabilité délictuelle suivra ses propres règles, différentes de celles de la responsabilité contractuelle.

Remarquons toutefois que la norme proposée par Grotius, bien que réservée en principe aux dommages extra-contractuels, est formulée de manière si générale que, prise à la lettre, elle pourrait s'appliquer sans difficultés aux dommages contractuels. Sur ce point, elle s'apparente au *damnum iniuria datum* romain dont la teneur large préfigure une clause générale de responsabilité, sans distinguer entre délit et contrat.

La solution de Grotius s'inscrit à la fois dans la continuité et marque une rupture avec le droit romain. Si elle renforce la distinction entre les conséquences juridiques pour dommages contractuels et délictuels, elle donne au dédommagement pour *maleficium* un nouveau fondement qui génère un *devoir* et, de ce fait, ouvrira la responsabilité à des arguments d'ordre philosophique et théologique.

Ce sont surtout Pufendorf et Wolff qui prolongent et étendent ces fondements philosophiques, mais en modifient les structures. Dans son *De Jure Naturae et Gentium*, Pufendorf fonde la responsabilité non pas sur le *suum cuique tribuere* auquel Grotius fait allusion[20], mais sur le *neminem laedere*: «*Que personne ne lèse autrui et, s'il lui inflige un dommage, qu'il le répare*»[21], et précise que toute forme de dommage y est soumise: «*si une lésion a été faite à quelqu'un, et si un dommage a été infligé d'une quelconque manière*»[22]. Il subordonne même explicitement les dommages contractuels *et*

facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id resarciatur», GROTIUS, *De jure belli* (n. 15), 2,17,1. FEENSTRA, Deliktsrecht, (n. 12) voit dans ce passage la première clause générale de responsabilité délictuelle, 428s.

20 Notamment GROTIUS, *De jure belli* (n. 15), 2,17,2.

21 «*Ut ne quis alterum laedat, utque, si quod damnum alteri dederit, id reparet*», Samuel PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, 3,1,1.

22 «*si cui abs aliquo laesio sit illata, damnumque datum ullo modo, ...*», PUFENDORF, *De Jure Naturae* (n. 21), 3,1,2.

délictuels au *neminem laedere*: «(...) *toute lésion, altération, diminution* (...); (...) *soit aussi une omission ou altération d'une quelconque prestation, à laquelle un autre est tenu envers nous par une obligation parfaite*»[23].

Dans son interprétation, Pufendorf donne au *neminem laedere* une large portée philosophique. Il en fait un principe général qui dépasse le cadre strict du droit pour s'appliquer à tout acte de l'homme. En même temps et alors qu'elle est toujours mentionnée, la distinction entre atteintes contractuelles ou délictuelles est reléguée sur un arrière-plan. Même leur sanction est unifiée – par le principe de dédommagement –, puisque l'auteur du dommage est dans tous les cas tenu de réparer le tort infligé.

Dans *De officio Hominis et Civis*, Pufendorf reproduit la même structure. Le premier et le plus général des devoirs des hommes entre eux est le *nequis alterum laedat*[24]. A nouveau, ce principe s'applique aussi bien au domaine généralement extra-contractuel de la vie, du corps et de la liberté de l'autre qu'aux obligations conventionnelles: «*Ce devoir ne protège pas seulement ce qui revient à quelqu'un par la nature, comme la vie, le corps, les membre, la pudeur et la liberté; mais aussi ce qui est réclamé par quelque disposition et convention humaine*»[25]. Quant à la sanction du dommage infligé, Pufendorf reprend textuellement la formulation du *De Jure Naturae*[26] qui, nous l'avons vu, prévoit une disposition unifiée de dédommagement.

Aussi pour la définition du dommage, il traite de la même manière les domaines contractuel et délictuel. En effet, à côté des torts typiquement délictuels comme *laesio*, il énumère *corruptio* et *diminutio*, mais aussi les dommages qui découlent d'un rapport contractuel par «*omission et dénégation d'une quelconque prestation qu'un autre est tenu de nous faire sur la base d'une obligation*»[27].

Comme Pufendorf, Wolff saisit la responsabilité juridique surtout sous un angle philosophique. Procédant systématiquement par définitions et déductions, il conçoit d'abord la *laesio* comme une atteinte à la perfection d'une

---

[23] «(...) *omnem laesionem, corruptionem, diminutionem* (...) ; (...) *sive denique omissionem aut denegationem alicujus praestationis, quam nobis alter ex obligatione perfecta exhibere tenebatur*», PUFENDORF, *De Jure Naturae* (n. 21), 3,1,3.

[24] Samuel PUFENDORF, *De Officio Hominis & Civis juxta Legem Naturalem*, 1,6,2.

[25] «*Hoc ipso autem officio velut muniuntur non illa tantum, quae per ipsam naturam alicui adsunt; uti est vita, corpus, membra, pudicitia, libertas; sed & quaecunque instituto aliquo atque conventione humana sunt quaesita*», PUFENDORF, *De Officio* (n. 24), 1,6,3.

[26] PUFENDORF, *De Jure Naturae* (n. 21), 3,1,2.

[27] «*omissionem ac denegationem alicujus praestationis, quam nobis alter ex obligatione perfecta exhibere tenebatur*», PUFENDORF, *De Jure Naturae* (n. 21), 3,1,3.

personne ou de ses biens[28]. Il en déduit successivement l'obligation de ne pas léser autrui: *obligatio alterum non laedendi perfecta est*[29]et stipule une *obligatio tribuendi unicuique jus suum*[30]. De cette dernière, Wolff fait une conséquence négative de la première. Violer le droit d'autrui serait une *laesio*, d'où l'obligation de concéder à chacun son droit.

A son tour, l'*obligatio alterum non laedendi* est transformée en un *devoir*: *Nemo alteri damnum dare debet*[31]. Le fait de causer un dommage étant une *laesio*[32] et, par définition, une atteinte à la perfection, nul ne doit causer un dommage à autrui. Finalement, il définit pour toute forme de dommage une conséquence juridique unique qui, depuis le droit romain déjà, était la réparation du dommage: «*Tout dommage infligé dolosivement ou par faute doit être réparé*»[33].

A l'instar de Pufendorf, Wolff a changé de perspective pour aborder le problème de la responsabilité. Toute sa démarche néglige ou rend même superflue la distinction des sanctions selon l'origine contractuelle ou délictuelle du dommage. Au centre de sa préoccupation se trouve la perfection de la création. Pour la sauvegarder, l'homme doit éviter de porter atteinte à l'ordre naturel et, le cas échéant, il sera contraint de réparer le mal infligé. Dans cette perspective surtout philosophique, la nature juridique du dommage importe peu. Wolff le souligne du reste avec le *damnum omne* (...) *resarciendum*[34] dont le *omne* vise toute forme de dommage, sans distinction juridique de ses origines.

La perfection comme but ultime détermine aussi l'autre grande ligne tracée par Wolff. Dans le chapitre *De Obligationibus & Juribus ex dominio oriundis*[35], il analyse aussi bien les droits du propriétaire, que les obligations qui en découlent pour les tiers. Les deux n'étant que les deux faces de la même médaille, la responsabilité devient avant tout un moyen de protection de la propriété.

Avec ces deux éléments, protection de la propriété et perfection, il définit le rapport entre droit et métaphysique et relie les deux ordres indissociablement.

---

28 Christian WOLFF, *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum*, Halae Magdeburgicae 1740-1748, 1, §§ 669, 670.

29 WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 1, § 915.

30 WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 1, § 922.

31 WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 2, § 533.

32 WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 2, § 532.

33 «*Damnum omne dolo vel culpa datum est resarciendum*», WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 2, § 580; cf. aussi § 618.

34 WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 2, § 580.

35 WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 2, chap. 3.

Les catégories juridiques du contractuel et extra-contractuel s'effacent, peut-être à défaut d'un critère de distinction par rapport à l'objectif poursuivi.

L'héritage de Grotius ne se distribue pas seulement du côté des philosophes-juristes. Une autre ligne, plus juridique, se dégage notamment dans la tradition française. Domat surtout reprend la séparation entre la responsabilité contractuelle et délictuelle et la raffine. Il distingue clairement entre *Des Engagements volontaires & mutuels par les Conventions*[36] et les *Engagements qui se forment sans convention*[37], traités successivement et séparément dans les deux premiers livres de ses *Loix civiles*.

Si Grotius était le premier à formuler une clause générale de responsabilité délictuelle[38], Domat a le mérite de formuler une clause générale de responsabilité contractuelle:

> «*En toutes conventions, c'est le second effet des engagements, que celuy qui manque à ceux où il est entré, ou qui est en demeure, soit qu'il ne le puisse, ou qu'il ne le veüille, sera tenu des dommages & intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, la qualité de l'inexécution, ou du retardement, & les circonstances. Et s'il y a lieu de résoudre la convention, elle sera résoluë avec les peines qui en devront suivre contre celuy qui aura manqué d'exécuter son engagement.*»[39]

Evidemment, il justifie ici sa position par différents passages du Digeste[40], mais en extrait une norme générale, selon laquelle toute convention[41] renferme, outre les droits et obligations stipulés par les parties, le droit de chacune de se faire dédommager en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution.

La norme générale est complétée par des dispositions particulières, propres aux différents types de contrats. La demeure en cas d'un contrat de vente, par exemple, est réglée dans une disposition spéciale:

> «*Si le vendeur est en demeure de délivrer la chose venduë au jour & au lieu où la délivrance devait être faite; il sera tenu des dommages & intérêts de l'acheteur, selon les règles qui suivent.*»[42]

---

[36] Jean DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, part. 1, liv. 1.

[37] DOMAT, *Loix civiles* (n. 36), part. 1, liv. 2.

[38] Cf. FEENSTRA, Das Deliktsrecht, n. 12.

[39] DOMAT, Loix civiles (n. 36), liv. 1, tit. 1, sect. 3, 4.

[40] Paul. D. 19,5,5,1; Ulp. D. 21,1,29,2, etc.

[41] Pour la signification du terme «convention» selon Domat: «*Ce mot de convention est un nom général, qui comprend toute sorte de contrats, traitez, & pactes de toute nature.*» DOMAT, Loix civiles (n. 36), liv. 1, tit. 1, sect. 1,1.

[42] DOMAT, Loix civiles (n. 36), liv. 1, tit. 2, sect. 2,16.

Aussi la responsabilité délictuelle reçoit une structure qui tend déjà vers les codifications à venir. Séparée explicitement de la responsabilité contractuelle[43], elle est abordée en quatre sections, consacrées successivement (I) aux dommages par défenestration ou par d'autres objets tombant d'une maison, (II) aux dommages causés par des animaux, (III) aux périls et dommages provenant de maisons et (IV) aux autres espèces de dommages causés par des fautes. Dans chacune des quatre sections, Domat règle en détail, et souvent sous forme de normes générales, l'étendue de la responsabilité et les sanctions civiles ou pénales qui menacent le responsable.

Cependant, même s'il prétend à une séparation claire entre responsabilité contractuelle et délictuelle, Domat ne s'y tient pas rigoureusement. Dans la section IV, consacrée aux *autres espèces de dommages causés par des fautes* (responsabilité délictuelle), il aborde, par exemple, les conséquences de l'inexécution du contrat, au cas où la chose est endommagée ou détruite, alors qu'elle se trouvait encore entre les mains du vendeur en demeure. Comme déjà les juristes romains, il subordonne parfois des cas de responsabilité contractuelle aux critères de responsabilité délictuelle, et cela malgré un système qui, en principe, sépare les deux domaines.

Pothier, autre grand représentant de la tradition française, reprend et combine surtout des éléments de Justinien et de Grotius: «*Les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits; quelquefois la loi ou l'équité seule.*»[44]

De Justinien, il emprunte les quatre catégories de contrats et délits et de Grotius la loi comme source des obligations, tout en distinguant entre loi positive et naturelle. Dans le passage cité, l'expression *quelquefois la loi ou l'équité seule* se réfère probablement au *droit positif* qui peut, apparemment à titre supplétif, générer ponctuellement une obligation. Dans la suite du texte, le droit positif est explicitement subordonné au droit naturel: «*La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations: car si les contrats, délits ou quasi-délits produisent des obligations, c'est primitivement, parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, et qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute*»[45].

---

[43] Domat distingue trois sortes de fautes: celles qui résultent 1. d'un crime ou délit, 2. d'un manquement à une obligation contractuelle et 3. celles sans rapport avec une convention. Dans ce chapitre, il dit traiter seulement du dernier groupe, cf. DOMAT, *Loix civiles* (n. 36), liv. 2, tit. 8.

[44] Robert-Joseph POTHIER, *Traité des Obligations*, 1,1, Paris 1761.

[45] POTHIER, Traité (n. 44), 1,1,2,§ 3.

Conformément à la hiérarchie normative mise en place par les jusnaturalistes, il fonde le droit naturel sur des principes généraux, en l'occurrence les principes romains *honeste vivere* et *neminem laedere*, et lui subordonne l'ensemble de l'ordre juridique positif.

Unifiée, la conséquence juridique pour violations contractuelles et délictuelles est toujours le dédommagement. Pothier y consacre un chapitre à part, intitulé *Des dommages et intérêts résultants, soit de l'inexécution des obligations, soit du rapport apporté à leur exécution*[46], où il traite de toutes les formes d'obligations, sans distinguer entre leurs origines contractuelles ou délictuelles. Toutefois, les cas concrets abordés relèvent du contrat.

A son tour, Pothier modifie les catégories juridiques léguées par la tradition:

> «*Dans les contrats, c'est le consentement des contractants qui produit l'obligation; dans les quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement, et c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte. C'est pour cela que ces faits sont appelés quasi-contrats; parce que, sans être des contrats, ni encore moins des délits, ils produisent des obligations comme en produisent les contrats.*»[47].

La distinction entre obligations consensuelles et non-consensuelles découle directement de sa théorie du contrat. Classifié comme une espèce de convention ou pacte, le contrat est défini par «*le consentement de deux ou plusieurs personnes*»[48]. Notion centrale du contrat, le consentement distingue le contrat de toute autre forme d'obligations qui peuvent découler, notamment, du droit positif ou même des règles générales de droit naturel.

En choisissant le critère du *consentement*, Pothier isole les contrats et range les quasi-contrats, ensemble avec les délits et quasi-délits, du côté des «*autres causes des obligations*»[49]. Dès lors, la ligne de séparation ne passe plus entre contrats et délits, mais entre les actes consensuels et les autres actes générateurs d'obligations. De ce fait, le domaine contractuel reçoit une acception restrictive, limitée selon les causes juridiques qui produisent l'obligation[50].

---

[46] Des dommages et intérêts résultant soit de l'inexécution des obligations, soit du rapport apporté à leur exécution, POTHIER, Traité (n. 44), 1,2,3.

[47] POTHIER, Traité (n. 44), 1,1,2,§1.

[48] POTHIER, Traité (n. 44), 1,1,1,§1.

[49] POTHIER, Traité (n. 44), 1,1,2.

[50] Jusqu'à nos jours, la doctrine maintient une séparation conceptuelle stricte entre, d'une part, contrats et, d'autre part, quasi-contrats, délits et quasi-délits. Les premiers naissent de la volonté des parties, alors que les seconds sont imposés par le législateur; cf. Henri MAZEAUD/Léon MAZEAUD/André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, Paris 1965, 111ss.

Les codificateurs du Code Civil Français (CCF) reprendront la quadruple division en contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits, mais les agenceront différemment. Si les contrats[51] restent séparés des quasi-contrats[52], les délits et quasi-délits sont réunis dans le même chapitre[53]. A la différence de la clause générale de responsabilité contractuelle de Domat[54] qui vise toute forme de manquement aux obligations contractuelles, les art. 1146ss CCF sont formulés de manière plus restreinte et envisagent des cas de figure plus ponctuels. En revanche, pour la responsabilité délictuelle, l'art. 1382[55] formule une clause générale, dont nous avons déjà rencontré une ébauche chez Grotius[56].

En d'autres termes, le CCF revient à une séparation plus claire des responsabilités contractuelle et délictuelle. Les art. 1146-1154 règlent la responsabilité contractuelle, les art. 1371-1381 celle des quasi-contrats et les art. 1382-1386 celle des délits et quasi-délits. Cette tripartition, évidemment inspirée des catégories de Justinien[57], en simplifie l'articulation et regroupe les délits et quasi-délits sous les mêmes dispositions[58].

Mais, ce n'est pas seulement la tradition française qui marquera les codifications. L'autre tradition, celle des philosophes Pufendorf et Wolff, se prolonge dans le § 1295,1 de l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) autrichien:

> «*Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu forden; der Schade mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.*»

Ici, le critère juridique déterminant n'est pas l'origine du dommage. Une fois de plus, la distinction contrat/délit cède devant d'autres catégories. L'ABGB met sur le premier plan le principe de *dédommagement* qu'il fait dépendre de

---

51 Code Civil Français (CCF), art. 1146-1155.

52 CCF, art. 1371-1381.

53 CCF, art. 1382-1386.

54 *Supra.*

55 CCF, Art. 1382 *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

56 Cf. *supra.*

57 Cf. *supra.*

58 La distinction marquée entre responsabilité contractuelle et délictuelle se trouve toutefois atténuée par la doctrine française: Notamment MAZEAUD et TUNC, Traité (n. 50), 103, admettent qu'il n'y a pas de différences fondamentales, mais seulement accessoires, entre la responsabilité contractuelle et délictuelle.

la *faute* de l'auteur et soumet les responsabilités contractuelle et délictuelle aux mêmes règles.

Bien sûr, la teneur de l'art. 1295 ne s'est pas imposée d'emblée. Le projet (dit Ur-Entwurf) avait prévu des dispositions distinctes pour la responsabilité contractuelle et délictuelle. Selon l'art. 442[59], imprégné encore du style à la fois normatif et explicatif des premiers travaux préparatoires aux codifications, le contractant doit l'assiduité commandée par l'engagement pris. Celui qui viole «par mégarde» un devoir contractuel répond de son acte. Le paragraphe suivant, § 443 du projet[60], est consacré aux dommages délictuels. Le législateur y protège en plus le lésé qui n'est pas au bénéfice d'un contrat, si l'auteur a agi intentionnellement ou par inadvertance. Lors de la première lecture, le rapporteur de la commission observa que différents paragraphes du projet, dont les §§ 442 et 443, stipulent le même principe de la responsabilité pour faute. Pour éviter d'inutiles répétitions, il proposa, en substance, un seul article général qui règle la question de la faute en cas de dommage, complété de simples renvois dans les différentes matières concernées, dont notamment le droit contractuel[61]. Le texte modifié qu'il soumit est déjà très proche de l'actuel § 1295 ABGB et consacre le principe d'une sanction unifiée pour des dommages contractuels et délictuels:

> «*Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens zu fordern, welchen er ihm aus Verschulden zugefügt hat; der Schade mag aus Uebertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag widerrechtlich verursacht worden sein.*»[62]

Dans un seul point, la commission n'a pas suivi la proposition du rapporteur et a introduit une modification qui, par rapport à la tradition aquilienne, représente un changement important. Pour éviter une autre répétition, elle dé-

---

[59] § 442 «*Bei allen gleich anfangs zweiseitig verbindlichen Verträgen will keiner der contrahierenden Theile etwas verschenken. Sie erwarten gleiche Vortheile voneinander, und sind dazu berechtigt. Jeder verpflichtet sich zum gehörigen Fleisse: Wer diese Pflicht nicht erfüllt, begeht ein Versehen, und verantwortet es.*», in: Julius OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* I, Wien 1889, reprint Glashütten 1976, p. CXXX.

[60] § 443 «*Auch für Verletzungen, welche ohne Beziehung auf einen Vertrag vorsätzlich oder aus Versehen zugefügt werden, gebührt dem Verletzten ein angemessener Ersatz, und zwar ohne Rücksicht, ob der Verletzer dießfalls noch bestrafet werde oder nicht.*», in: OFNER, Ur-Entwurf (n. 59) I, p. CXXXs.

[61] OFNER, Ur-Entwurf (n. 59) II, § 3, pp. 185s.

[62] OFNER, Ur-Entwurf (n. 59) II, § 3, pp. 185.

cida de biffer le terme «*widerrechtlich*»[63] et se dissocia entièrement de la tradition de la responsabilité objective du *damnum iniuria datum*, pour verser, comme le CCF, dans la responsabilité subjective pure du *damnum culpa datum*.

Le projet du Code des Obligations suisse de 1877, ainsi que l'ancien Code des Obligations (aCO) de 1883 et le Code des Obligations suisse (CO) de 1911 ont subi l'influence à la fois du CCF et de l'ABGB. Du CCF, l'art. 84,1 du projet, l'art. 50 aCO et l'art. 41,1 CO reprennent surtout la concision et le style rédactionnel, mais aussi des éléments constitutifs comme le dommage, la causalité et le principe de réparation qui, nous l'avons vu, caractérisent également l'ABGB. Ce dernier a pu exercer une influence – indirecte selon Bucher[64] – à travers le Civilgesetzbuch für die Stadt und Republik Bern (CGBB) de 1826-1831.

Cependant, ni le CGBB, ni le CO ne reprennent de la législation autrichienne la clause qui soumet la responsabilité contractuelle aux règles de la responsabilité délictuelle. Tout au contraire, un projet de 1871 prévoit, à son art. 90,2, que l'inexécution d'un contrat ne tombe pas sous la responsabilité délictuelle[65]. Toutefois, par la suite on laissera tomber cette disposition. Dans son message, le Conseil fédéral soulignera d'ailleurs l'influence française sur le projet soumis à l'Assemblée Fédérale[66].

---

[63] OFNER, Ur-Entwurf (n. 59) II, § 3, pp. 186.

[64] Eugen BUCHER, «Der Einfluss des französischen Code civil auf das Obligationenrecht», in: Pio CARONI (éd.), *Das Obligationenrecht. 1883-1983*, Bern etc. 1984, 139-176, 162s.; pour l'histoire des codifications cantonales, seulement Ferdinand ELSENER, «Geschichtliche Grundlegung, Rechtsschulen und kantonale Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch», in: Max GUTZWILLER et al. (éd.), *Schweizerisches Privatrecht* I, *Geschichte und Geltungsbereich*, Basel etc. 1969, 1-237.

[65] «*Die widerrechtliche Nichterfüllung eines Vertrages gehört nicht zu den unerlaubten Handlungen dieses Titels*», «Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf», art. 90,2, Dossier *Von Wyss I, Entwurf zum Obligationenrecht (Münz.) 1871*, (Bibliothèque du Tribunal Fédéral).

[66] *Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée Fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial*, du 27 novembre 1879, p. 24. Notons en marge que les influences, au 19e siècle, sur la genèse des futurs art. 41ss CO ne concernaient pas seulement la séparation des responsabilités contractuelle et délictuelle, mais surtout les notions d'illicéité et de faute. A la grande différence du CCF mais aussi du CGBB, les différents projets [notamment les projets datant de: 1871 («Münz.»), art. 90 (cf. n. 65); 1875, art. 84; 1877, art. 81,1; 1879, art. 56 et sa nouvelle rédaction française de 1879, art. 56] et les art. 50 aCO et 41,1 CO ne mentionnent pas la faute. A la place de cette dernière, ils mettent la notion d'illicéité, à l'instar notamment de l'art. 211 du Dresdener Entwurf de 1866. C'est seulement dans les articles suivants que l'illicéité est complétée par des dispositions sur la faute. Une forme intermédiaire qui fait le lien entre les deux vagues de codifications se trouve dans le

L'évolution brièvement esquissée du droit romain aux CCF et ABGB montre, à partir d'un modèle de base qui est le *damnum iniuria datum*, un grand nombre de variantes de responsabilité civile, composées d'une multitude d'aspects singuliers, sans cesse recomposés et enrichis à travers les différentes époques successives. Comme déjà le législateur suisse du CO de 1911, la commission de révision instituée en 1989 a, consciemment ou non, combiné un certain nombre d'éléments déjà présents dans les différentes traditions juridiques, tout en introduisant des éléments novateurs.

L'art. 2 de l'avant-projet suisse de 1989, qui unifie les dispositions pour la responsabilité contractuelle et délictuelle, trouve, nous l'avons vu, un précurseur dans l'art. 1295 ABGB. La genèse de cet article a montré que le législateur autrichien a en réalité agi de manière cohérente. Il constatait que le modèle de faute appliqué dans les domaines contractuel et délictuel était toujours le même. D'où la conséquence logique de formuler une seule norme générale de responsabilité pour faute, applicable indifféremment aux dommages liés à un contrat ou un délit. Dans ce sens, la proposition de l'avant-projet suisse d'appliquer les mêmes dispositions aux contrats et délits peut être logiquement consistante et, en même temps, compatible avec une des variantes de la tradition européenne de la responsabilité civile. Ce n'est pas ici l'endroit pour analyser si, d'un point de vue systématique, l'unification est exécutée de manière satisfaisante dans l'ensemble de l'avant-projet[67].

L'autre point saillant de l'art. 2, la scission entre, d'une part, la responsabilité contractuelle/délictuelle en général et, d'autre part, la responsabilité pour inexécution et exécution tardive, trouve un lointain et vague parallèle dans le CCF qui sépare responsabilité contractuelle et quasi contractuelle, et, plus loin encore, chez Pothier qui en avait fourni le modèle. Cependant, l'art. 2 de l'avant-projet innove par la manière d'opérer cette séparation. Le critère de distinction utilisé ne relève plus des grandes catégories juridiques comme

Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich de 1855. Johann Caspar Bluntschli y maintient la notion de la faute des CCF et ABGB, mais la complète, dans le § 1834, par celle d'illicéité [«*Wer einem Andern, zwar nicht in doloser Absicht (§ 1832), aber in widerrechtlicher Weise und durch Verschulden Schaden an seinem Körper oder an seinen Sachen zufügt, wird zum Ersatze verpflichtet.*»]. Cette solution se rapproche de la tradition pandectiste, inspirée, elle, surtout du modèle romain initial du *damnum iniuria datum*. Conceptuellement, ce sera surtout le projet du BGB, rédigé en première lecture en 1888, qui ressemblera au CO et qui, à la différence du BGB de 1900, stipule aussi une clause générale de responsabilité, typique pour la tradition pré-pandectiste.

67 A ce propos cf. Peter GAUCH, «Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung», *Revue de Droit Suisse* (n. 4), 315-341.

contrat/délit, consentement, etc., mais de notions juridiques subordonnées traitant de quelques formes particulières d'inexécution du contrat.

D'un point de vue systématique, la distinction entre les différentes formes de manquement à l'exécution d'un contrat n'est bien sûre pas nouvelle. Dans le régime actuel, le législateur et la jurisprudence en règlent déjà certains cas de figures[68]. Mais la loi actuelle les traite, de manière cohérente, comme diverses formes d'inexécution, sans donner des dimensions catégorielles à des distinctions certes nécessaires, mais de rang inférieur.

D'un point de vue historique, les deux régimes distincts, dans l'art. 2, introduisent un nouveau clivage à l'intérieur de la responsabilité contractuelle même[69]. Evidemment, les catégories historiquement fondées n'ont pas de valeur en soi et le législateur est libre de les respecter ou de les abolir. Cependant, ce sont elles qui relient le nouveau droit à l'ancien et qui facilitent la transition de l'un à l'autre. Par ailleurs, les disloquer risquerait aussi d'isoler le nouveau droit sur le plan international.

En conclusion, l'avant-projet est fortement ancré dans la tradition juridique du *damnum iniuria datum* et du *damnum culpa datum* et renforce même, contrairement à l'air du temps, la distinction entre responsabilité objective et subjective. La première partie de l'art. 2 s'insère dans une tradition juridique claire qui respecte les grandes lignes de la responsabilité civile traditionnelle. En revanche, la seconde partie de l'art. 2 se trouve en porte-à-faux avec la logique d'unification des deux formes de responsabilité. Si le principe de soumettre la responsabilité contractuelle et délictuelle au même régime constitue un des traits majeurs – et historiquement fondés – de l'architecture de l'avant-projet, les exceptions prévues pour l'inexécution et l'exécution tardive en brisent les perspectives et rompent en même temps avec la tradition juridique européenne.

---

[68] Cf. notamment art. 97, 102s. CO.

[69] Cf. aussi GAUCH, Vereinheitlichung (n. 67), 338.

II. Pacte, convention, contrat dans l'ordre juridique contemporain

Les conventions d'élection de for
Questions en marge de la loi

Andreas BUCHER

La finalité des exigences de forme va plus loin que l'apparence extérieure de l'accord des parties, étant donné qu'elle reflète la nature particulière du contrat et qu'elle tend à assurer la certitude de sa conclusion[1]. Il paraît intéressant d'en faire l'expérience à propos des conventions d'élection de for, pour lesquelles le législateur, national ou international, se borne en général à régler expressément les conditions de forme de l'accord. Ainsi, l'art. 5 al. 1 LDIP[2] contient une règle matérielle sur la validité quant à la forme de l'élection de for. Une telle convention «peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte». Dans les relations avec les Etats parties à la Convention de Lugano (CL)[3], l'article 17 de celle-ci préconise un régime plus élaboré des conditions de forme, étant donné qu'outre la forme écrite (al. 1 lit. a) cette disposition admet également la convention conclue «sous une forme conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles» (al. 1 lit. b), ainsi que toute forme observée dans une branche déterminée du commerce international et conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance (al. 1 lit. c).

Les règles qui viennent d'être citées définissent les conditions de forme des conventions attributives de juridiction. L'on doit se demander tout d'abord si et dans quelle mesure ces dispositions ont trait, en outre, aux conditions de validité quant au fond de tels accords. La question est importante, étant donné qu'une réponse négative entraînerait l'application d'une loi nationale, de l'Etat du for ou désignée par lui, qui pourrait poser des exigences relatives au consentement des parties se révélant incompatibles avec l'objectif des règles précitées. Il conviendra de répondre, ensuite, à certaines autres questions laissées sans réponse tant à l'art. 5 LDIP qu'à l'art. 17 CL.

---

1 Cf. Bruno SCHMIDLIN, *Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu art. 1-18 OR, Commentaire bernois,* Berne 1986, n° 8-16 ad art. 11.

2 Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291).

3 Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (RS 0.275.11).

I. LA FORME ET LE FOND

La forme est le mode d'expression de la volonté. Les conditions de forme relatives aux clauses d'élection de for ont pour but d'attirer l'attention des parties sur la nature de leur engagement, de s'assurer de l'effectivité de leur consentement et d'en établir la preuve. L'acte valable quant à la forme établit l'échange effectif des déclarations de volonté de l'offrant et de l'acceptant, attestant ainsi la validité quant au fond de la convention, sous réserve d'éventuels vices du consentement. Ainsi que le précise l'art. 5 al. 1 LDIP, le texte établit la preuve de la convention. La Cour de justice des Communautés européennes a rappelé dans plusieurs arrêts que les exigences prévues par l'art. 17 al. 1 de la Convention de Bruxelles (sur ce point identique à la Convention de Lugano) ont pour fonction d'assurer que le consentement des parties est effectivement établi et qu'il se manifeste d'une manière claire et précise[4]. Ces deux dispositions régissent en conséquence toutes les conditions de validité dont la réalisation se manifeste par la forme de l'accord, et ce de manière exhaustive, à l'exclusion de toute autre source de droit.

Ainsi, l'on ne saurait appliquer des conditions de fond, relatives à la déclaration de volonté des parties, qui impliquent un mode particulier d'expression de la volonté non requis par ces dispositions, tel l'emploi d'une langue ou d'un libellé déterminé[5]. L'assouplissement intervenu dans la lettre c de l'art. 17 CL ne concerne pas uniquement les conditions de forme, mais également l'accord de volonté des parties contractantes[6]. Des règles de droit commun sur la formation des contrats ne peuvent altérer le régime de l'art. 17 al. 1 CL. En revanche, cette disposition s'en remet au droit du tribunal saisi lorsqu'une partie fait valoir qu'elle avait ignoré ou méconnu une clause d'élec-

---

4 Cf., notamment, CJCE 11.11.1986, Iveco Fiat, *Rec.* 1986, p. 3337, n° 6, *Rev. crit.* 1987, p. 420, *Clunet* 1987, p. 472, *IPRax* 1989, p. 383; 11.7.1985, Berghoefer, *Rec.* 1985, p. 2699, n° 13, *Rev. crit.* 1986, p. 335, *Clunet* 1986, p. 453, *RIW* 1985, p. 736; 20.2.1997, Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG), *Rec.* 1997 I, p. 911, n° 15, *Rev. crit.* 1997, p. 563, *Clunet* 1997, p. 625, *RIW* 1997, p. 415.

5 Cf. CJCE, 24.6.1981, Elefanten-Schuh, *Rec.* 1981 I, p. 1671, Disp., *Rev. crit.* 1982, p. 143, *Clunet* 1981, p. 903, *IPRax* 1982, p. 234.

6 Cf. l'arrêt MSG (n. 4), n° 17-19; Jan KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 5e éd. Heidelberg 1996, n° 25 ad art. 17. La décision du Handelsgericht de Zurich, du 9 janvier 1996, est à cet égard particulièrement intéressante, notamment lorsqu'elle constate que l'art. 17 al. 1 CL «das vom IPR berufene nationale Recht auch dort verdrängt, wo aufgrund der einheitlichen Sachregelung des Übereinkommens Formerfordernisse und Einigungsvoraussetzungen als unlösbare Einheit erscheinen» (*BIZR* 1996 n° 96, p. 289 ss, 294, *RSDIE* 1997, p. 373 ss, 377 s.).

tion de for au motif qu'elle n'était pas en mesure de comprendre la langue ou la rédaction utilisée.

De manière analogue, l'art. 5 al. 1 LDIP ne laisse aucune place à des exigences de droit de fond ou de procédure se traduisant par des conditions de forme plus strictes. L'affirmation selon laquelle cette disposition contiendrait uniquement des prescriptions de forme est dès lors trop étroite[7]. En particulier, la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral au sujet de l'art. 59 Cst. féd., exigeant que l'attention du cocontractant soit spécialement attirée sur une clause de prorogation contenue dans des conditions générales, est sans pertinence dans le cadre de l'alinéa 1er de l'art. 5 LDIP[8]. Selon cette jurisprudence, la clause de prorogation de for doit, dans de tels cas, être mise en évidence et placée à un endroit bien visible, en prenant en considération, eu égard au principe de la confiance, la situation personnelle de la partie qui a renoncé au for ordinaire[9]. En revanche, dans la mesure où les exigences découlant de cette jurisprudence concernent la formation de la volonté concordante des parties, indépendamment de la forme de l'expression de cette volonté, il s'agit d'une question de fond non régie par l'art. 5 al. 1[10].

Ni l'art. 5 LDIP ni l'art. 17 CL n'offrent cependant de réponses à certaines questions de fond, indépendantes de la forme, liées notamment aux vices du consentement[11]. De telles questions se posent rarement, en raison de l'effet préventif des conditions de forme requises. La loi qui leur est applicable est déterminée par le droit international privé de l'Etat du for.

La question de la loi applicable à de telles conditions de fond est controversée, ce qui a conduit le Tribunal fédéral à constater récemment que l'application pure et simple de la loi interne du tribunal saisi n'était pas arbitraire[12]. La suggestion de retenir, à titre alternatif, le droit choisi par les parties, le droit régissant l'objet du litige et encore le droit suisse, à l'instar de l'art. 178 al. 1 LDIP en matière d'arbitrage[13], se heurte au fait que le législateur ne l'a pas reprise pour l'élection de for, alors qu'il avait pris soin d'harmoniser

---

7 Cf., cependant, ATF 122 III 439 ss, 442, M.R.

8 *Contra:* Kantonsgericht des Grisons, *PKG* 1990 n° 57, p. 193; Markus HESS, in: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht,* éd. par Heinrich HONSELL et al., Bâle etc. 1996, n° 68-70, 86 s. ad art. 5. Dans des cas abusifs, l'alinéa 2 prévoit cependant que la prorogation de for est inefficace si elle prive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse.

9 Cf. ATF 118 Ia 294 ss, A. SA.

10 Cf., par exemple, ATF 122 III 446.

11 Cf., pour la LDIP, ATF 122 III 442.

12 ATF 122 III 442 s.

13 Cf., Hans REISER, *Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz, Zugleich ein Beitrag zur Schiedsabrede*, Zurich 1989, p. 66-70; HESS (n. 8), n° 77-79 ad art. 5.

dans les deux domaines les conditions de forme[14]. Il n'y a pas lieu de retenir la loi du for dont la compétence est écartée, étant donné qu'une telle solution pourrait aboutir, indirectement, à rendre ce for impératif et qu'elle est impraticable dans l'hypothèse où les parties ont dérogé à la compétence de plusieurs tribunaux.

Le choix entre la loi du for élu et la loi applicable au fond du rapport litigieux peut en revanche donner lieu à des hésitations. Le souci d'aboutir aux mêmes règles que celles régissant les conditions de fond de la clause d'élection de droit[15] et du contrat lui-même milite, en matière contractuelle, en faveur de la seconde solution. Dans les domaines non contractuels, cependant, cet argument perd de sa force. L'application de la loi du for élu se justifie par le fait qu'il s'agit de déterminer la compétence des tribunaux, ce qui intéresse en premier chef l'ordre juridique du for choisi, comme le démontrent d'ailleurs les règles régissant la forme. Cette dernière considération ne s'oppose pas, toutefois, à ce que le tribunal élu applique ses règles de conflit et non, directement, son droit interne[16]. Autrefois qualifiée de contrat de procédure[17], l'élection de for constitue un contrat *sui generis*[18] auquel s'appliquent, en matière internationale, les règles de conflit de la LDIP. Lorsqu'il s'agit d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat, il n'y a pas de raison, en règle générale, de dissocier la loi applicable aux questions de formation (non régies par l'art. 5) de celle gouvernant la formation du contrat principal[19]. La clause d'élection de for constitue, cependant, une convention en principe indépendante. Cela se manifeste en particulier lorsqu'elle porte sur une matière patrimoniale non contractuelle; dans une telle hypothèse, l'application de la loi régissant le rapport litigieux (telle la loi délictuelle) n'est souvent pas appropriée.

Pour déterminer la loi applicable à la convention attributive de juridiction, il convient donc de se reporter à la loi choisie par les parties (art. 116) et, à défaut, à la loi du lien le plus étroit (art. 117); celle-ci sera, le plus souvent, soit la loi du contrat principal, soit la loi du tribunal élu, mais ce en tenant compte de la réserve en faveur d'une partie qui n'a pas répondu à l'offre

---

14 Cf. art. 5 al. 1 et 178 al. 1 LDIP.

15 Art. 116 al. 2 LDIP.

16 Contrairement à l'avis du Kantonsgericht des Grisons, *PKG* 1990 n° 57, p. 193.

17 Comme le font encore REISER (n. 13), p. 47-63; HESS (n. 8), n° 62 ad art. 5.

18 ATF 119 II 391 ss, 394, Galerie X. De même le Message du Conseil fédéral à l'appui du projet de la LDIP, FF 1983 I p. 291.

19 Cf. la décision du Tribunal cantonal vaudois, JdT 1994 III p. 83.

(art. 123) ou de dispositions similaires[20]. Dans la mesure où il n'y a pas de motifs suffisants pour s'écarter en cette matière du principe selon lequel le tribunal saisi applique son propre droit international privé, le tribunal saisi au mépris de la clause d'élection de for appliquera ses propres règles de conflit.

La solution préconisée correspond à celle généralement admise au sujet de certaines autres questions affectant la validité quant au fond des clauses d'élection de for. Il y a lieu de soumettre en effet à leur loi propre, désignée par les règles de conflit du for, la question de la capacité et celle de la représentation[21]. Cela concerne également les pouvoirs du représentant légal de souscrire au nom du mineur à un accord d'élection de for.

Une seule condition de fond est mentionnée expressément, en des termes identiques, tant à l'art. 5 al. 1 LDIP qu'à l'art. 17 al. 1 de la Convention de Lugano. En effet, pour être valable, la convention attributive de juridiction doit porter sur un ou plusieurs différends nés ou à naître à l'occasion d'un «rapport de droit déterminé». La portée de l'engagement des parties doit être clairement délimitée. Une simple référence à un rapport de droit liant les parties suffit. La convention couvre alors toutes les conséquences juridiques d'une situation de fait découlant d'un tel rapport[22]. En revanche, une élection de for qui vise une catégorie de rapports juridiques déterminés uniquement par leur genre (un certain type de relations d'affaires, une certaine activité des parties) n'est pas valable. Une clause attributive de juridiction figurant dans les statuts d'une société est suffisamment déterminée si elle porte sur les rapports entre la société et ses actionnaires, ceux-ci étant pris en cette qualité et non en tant que fournisseurs ou clients de la société, par exemple[23]. En se référant à un rapport de droit déterminé, les parties peuvent cependant limiter la portée de leur engagement à certains aspects de ce rapport.

En revanche, il n'est pas nécessaire que le rapport de droit visé par la clause soit valable pour que le tribunal élu puisse se reconnaître compétent.

---

[20] Cf. Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle 1980, p. 12-72; Ivo SCHWANDER, «Gerichtszuständigkeiten im Lugano-Übereinkommen», in: *Das Lugano-Übereinkommen*, St-Gall 1990, p. 61-109 (97); Béatrice BRANDENBERG BRANDL, *Direkte Zuständigkeit der Schweiz im internationalen Schuldrecht*, St-Gall 1991, p. 400; Matthias STAEHELIN, *Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr Europas: Form und Willenseinigung nach art. 17 EuGVÜ/LugÜ*, Bâle etc. 1994, p. 178-186.

[21] Cf. REISER (n. 13), p. 73-82; SCHWANDER (n. 20), p. 97; et les décisions du Handelsgericht de Zurich, *BlZR* 1996 n° 16, p. 52 ss, 54, n° 96, p. 289 ss, 294.

[22] ATF in *Sem. jud.* 1995, p. 179.

[23] Cf. CJCE 10.3.1992, Powell Duffryn, *Rec.* 1992 I, p. 1745, n° 30-34, *RSDIE* 1993, p. 370, *Rev. crit.* 1992, p. 528, *Clunet* 1993, p. 474, *IPRax* 1993, p. 32.

La nullité du contrat n'entraîne pas, en soi, celle de la clause de prorogation de for insérée dans le contrat. Il convient d'admettre en effet que la convention attributive de juridiction est autonome par rapport au contrat principal, comme l'est la clause compromissoire (art. 178 al. 3 LDIP). Ainsi, le contrat nul selon la loi du tribunal saisi, en raison de l'emploi d'une langue non autorisée, n'empêche pas la clause de prorogation de for d'être valable au regard de l'art. 17 CL, dont les conditions se suffisent à elles-mêmes[24]. La sécurité juridique serait compromise si une partie avait la faculté de déjouer une prorogation par la seule allégation de la nullité de l'ensemble du contrat pour des raisons tirées du droit matériel applicable[25]. Dans le contexte de l'art. 5 LDIP, une telle clause s'applique également, même si l'une ou l'autre des parties n'est pas liée par le contrat principal, ce qui permet de vider les litiges relatifs à la validité dudit contrat[26], respectivement de régler les contestations ayant trait à la liquidation de relations contractuelles qui n'ont pas été valablement établies ou qui se sont éteintes[27].

II. LES EFFETS

La clause d'élection de for ne peut produire des effets que si elle contient la désignation d'un tribunal. Celui-ci ne doit pas être nommé; l'indication du lieu ou d'un arrondissement, voire d'un pays, suffit pour le déterminer ou pour le rendre déterminable. Il en va de même lorsque les parties ont voulu conserver une option entre plusieurs tribunaux.

L'effet de prorogation de l'élection de for est accompagné en général par celui de la dérogation à toute compétence fondée sur les règles ordinaires. Aux termes de l'art. 5, al. 1, 3e phrase, de la LDIP, «sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive». L'art. 17 al. 1 CL consacre la même solution. Les parties peuvent convenir de diverses manières de renoncer à l'exclusivité du for prorogé. Celui-ci peut être choisi simplement en tant que for additionnel, en sus des fors ordinaires. On rencontre plus fréquemment des clauses conservant le for au domicile du défendeur, à côté du for élu, mais excluant par ailleurs tout autre for; un tel accord ne saurait toutefois être

---

[24] Cf. l'arrêt Elefanten-Schuh, cité n. 5.

[25] Cf. CJCE 3.7.1997, Benincasa, n° 29, *RIW* 1997, p. 775.

[26] Cf. ATF 121 III 495 ss, 499, société G.; 62 I 230 ss, 233-235, Wittmer; 59 I 223 ss, 225, Brütsch.

[27] ATF in *Sem. jud.* 1995, p. 179; cf., par ailleurs, ATF 87 I 73 ss, 77 s., Hagen; 64 I 39 ss, 44, E.S.

présumé[28]. L'avantage de disposer d'un for alternatif, notamment au domicile du défendeur, peut n'être stipulé qu'en faveur de l'une des parties, non de l'autre (pour laquelle la prorogation est alors exclusive).

L'art. 17 al. 4 CL précise à cet égard que si une clause attributive de juridiction n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la Convention. La partie qui profite seule du privilège de saisir le for élu peut ainsi y renoncer et agir au for normalement compétent. Il faut cependant que la volonté de consentir un tel avantage exclusif ressorte clairement des termes de la clause ou de l'intention manifestée par les parties[29]. Elle ne découle pas d'une stipulation qui se borne à attribuer la compétence au tribunal du domicile de l'une des parties[30]; pareille clause est, en règle générale, conclue dans l'intérêt des deux parties et sans donner à l'une d'elles l'avantage supplémentaire de lui permettre d'agir aux fors ordinaires. Le seul fait qu'une telle convention favorise une partie davantage que l'autre n'est pas suffisant pour rendre l'attribution de compétence facultative pour celle-là et exclusive pour celle-ci[31]. On notera que l'art. 5 LDIP ne contient pas une règle comme l'alinéa 4 de l'art. 17 CL; la question d'interprétation soulevée par cette disposition est ainsi tranchée clairement par un renvoi aux stipulations des parties. Pour certains contrats, des règles particulières préconisent expressément la validité des clauses d'élection de for qui ne privent pas l'une des parties de la possibilité d'agir à l'un des fors normalement compétents[32].

La compétence du for prorogé porte également sur une action reconventionnelle, dans la mesure où celle-ci est fondée sur le même rapport juridique et comprise dans la même attribution de juridiction. Si l'action est cependant simplement connexe à la demande principale, la compétence pour statuer est

---

28 ATF 119 II 177 ss, 181 s.; 123 III 35 ss, 47, Z. AG.

29 Handelsgericht de St-Gall, GVP-SG 1996 n° 86 p. 202.

30 Contrairement à l'avis du Handelsgericht de Zurich, *SJZ* 1994 n° 44, p. 332, critiqué par P. VOLKEN, *RSDIE* 1995, p. 38; HESS (n. 8), n° 94 ad art. 5.

31 Cf. CJCE 24.6.1986, Anterist, *Rec.* 1986, p. 1951, *Rev. crit.* 1987, p. 136, *Clunet* 1987. p. 474, *IPRax* 1987, p. 105; KROPHOLLER (n. 6), n° 101-103 ad art. 17; KOHLER, obs. in: *IPRax* 1986, p. 340-345; Alfred E. VON OVERBECK, «Les élections de for selon la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987», in: *Festschrift für Max Keller*, Zurich 1989, p. 609-626 (619 s.); Yong Jin KIM, *Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen*, Francfort-sur-le-Main 1995, p. 177-179; Silvio PIERI, «La disciplina della proroga della competenza della Convenzione di Bruxelles nella giurisprudenza della corte di giustizia della C.E.E.», in: *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale*, Studi in memoria di Mario Giuliano, Padoue 1989, p. 731-766 (760-764).

32 Cf. les art. 12 ch. 2 et 15 ch. 2 CL en matière d'assurance et de consommation, ainsi que l'art. 114 al. 2 LDIP protégeant le consommateur et l'art. 151 al. 3 LDIP relatif à l'action en responsabilité intentée pour cause d'émission de titres de participation et d'emprunts.

dérivée de celle relative à cette demande[33]. Lorsque, en revanche, l'action reconventionnelle est soumise à un for prorogé différent de celui de la demande originaire (en cas de répartition distributive des fors élus), ou que celle-ci ne fait l'objet d'aucune élection de for, tandis que l'action reconventionnelle est fondée sur un rapport juridique connexe qui contient une telle clause, la question se pose de savoir si le for de la demande principale est accessible à l'action reconventionnelle malgré l'effet de dérogation attribué en principe à la clause d'élection de for régissant l'action reconventionnelle. Or, l'art. 6 ch. 3 CL n'est pas une règle impérative à laquelle une convention attributive de juridiction ne pourrait pas déroger, ce que confirme par ailleurs l'art. 17 al. 3 CL. La réponse n'est pas différente en ce qui concerne l'art. 8 LDIP[34]. Conformément au principe de l'exclusivité de l'élection de for, la volonté des parties l'emporte en conséquence sur l'objectif de la concentration des litiges, poursuivi par ces dispositions, sauf dans l'hypothèse où il est démontré que les parties n'avaient pas l'intention de faire produire un tel effet à leur convention attributive de juridiction. Il en va de même d'ailleurs d'autres chefs de compétence dérivée, consacrés à l'art. 6 CL ou dans la LDIP.

Sur un plan voisin, mais néanmoins distinct, on doit se demander si le défendeur à la demande initiale peut, sans formuler une demande reconventionnelle, soulever l'objection de la compensation avec une créance résultant d'un rapport qui n'est pas visé par l'élection de for concernant cette demande, voire non connexe à celle-ci, ou qui contient lui-même une clause attributive de juridiction désignant un tribunal différent de celui choisi pour statuer sur l'action du demandeur (ou dont la compétence est fondée sur une règle ordinaire). La compensation constitue un moyen de défense par lequel le débiteur nie l'existence de la créance invoquée, s'opposant directement, quant au fond, aux prétentions du demandeur, pour aboutir à leur rejet total ou partiel; s'il ne pouvait pas s'en prévaloir, le défendeur se verrait obligé le cas échéant à payer une dette régie par une loi qui en admet l'extinction du fait de la compensation. Sauf indication d'une volonté différente des parties, une clause attributive de juridiction ne doit pas produire l'effet d'empêcher le défendeur de soulever ce moyen de fond.

Il règne cependant une incertitude sur la réponse appropriée à donner de façon générale. La Cour de justice a admis la possibilité pour le juge élu de prendre en considération une compensation connexe au rapport de droit litigieux[35]. Cette conclusion pourrait suggérer que la clause attributive de juri-

[33] Art. 6 ch. 3 CL, art. 8 LDIP.

[34] ATF 123 III 47 s.

[35] CJCE 9.11.1978, Meeth, *Rec.* 1978, p. 2133, *Rev. crit.* 1981, p. 127, *Clunet* 1979, p. 663, *RIW* 1978, p. 814.

diction laisse plutôt présumer une volonté des parties de ne pas attirer devant le même for des créances sans lien de connexité avec le rapport de droit qui fait l'objet de la clause. La Cour a retenu dans un autre arrêt la compétence d'un tribunal, qui n'était pas celui choisi par les parties, pour se prononcer sur la créance invoquée en guise de compensation, malgré l'absence d'un lien de connexité avec l'action principale, au motif que cette compétence avait été acceptée par le demandeur conformément à l'art. 18[36]. Plus récemment, la Cour a statué que la possibilité pour le défendeur d'invoquer l'existence d'une créance ayant l'effet d'éteindre la créance du demandeur, sans en faire une demande distincte (au sens de l'art. 6 ch. 3), relève des règles du droit national, comme tout autre moyen de défense[37]. La question du rôle d'une clause d'élection de for n'est cependant pas évoquée dans cet arrêt, qui ne mentionne pas non plus le cas de l'art. 16 ch. 5, hostile à ce que la compensation soit demandée devant les tribunaux de l'Etat contractant du lieu d'exécution[38]. La maxime «le juge de l'action est le juge de l'exception» n'a donc pas une portée absolue et cède le pas devant une volonté différente que les parties auraient manifestée dans leur convention attributive de juridiction. La pratique suisse n'admet que très restrictivement des exceptions à ladite maxime, sans que l'on dispose cependant d'une jurisprudence fournie[39].

Tandis qu'une clause attributive de juridiction valable en vertu de l'art. 17 CL lie les tribunaux de tous les Etats contractants, l'élection d'un for étranger, convenue conformément à l'art. 5 LDIP, n'entraîne pas, en soi, la compétence du for prorogé. Même s'il a été valablement dérogé à la compétence des tribunaux suisses, la validité de l'attribution de compétence au tribunal étranger dépend du droit applicable devant celui-ci[40]. L'art. 5 LDIP n'a cependant pas le sens de confronter les parties à un conflit négatif de compétence. En conséquence, lorsque le juge étranger n'accepte pas de statuer (ni en vertu de l'élection de for ni pour un autre motif), la convention des parties est inopérante et l'effet de dérogation au for normalement compétent en Suisse ne se produit pas. La situation est comparable à celle de l'impossibilité de mettre en oeuvre une convention d'arbitrage (art. 7 LDIP).

---

36 CJCE 7.3.1985, Spitzley, *Rec.* 1985, p. 787, *Rev. crit.* 1985, p. 682, *Clunet* 1986, p. 458, *IPRax* 1986, p. 27.

37 CJCE 13.7.1995, Danvaern, *Rec.* 1995 I, p. 2053, *RSDIE* 1996, p. 141, *Rev. crit.* 1996, p. 143, *Clunet* 1996, p. 559, *IPRax* 1997, p. 114.

38 CJCE 4.7.1985, AS-Autoteile, *Rec.* 1985, p. 2267, *Rev. crit.* 1986, p. 142, *Clunet* 1986, p. 449, *IPrax* 1986, p. 232.

39 Cf. ATF 85 II 103 ss, 106-111, Frizzi; 116 Ia 154 ss, 160, Commissariat à l'énergie atomique; Jean-François POUDRET, «Compensation et arbitrage», in: *Le droit en action*, Recueil de travaux ... Congrès 1996, Lausanne 1996, p. 361-383.

40 ATF 122 III 439 ss, 442, M.R.

Il n'est pas indispensable de produire une décision du juge élu; il suffit de démontrer que selon les règles applicables, celui-ci devra décliner sa compétence[41]. Si le juge étranger dispose de la faculté d'accepter ou non sa compétence (en vertu d'un régime comparable à celui de l'art. 5 al. 3 LDIP) ou s'il existe une autre incertitude, il convient tout d'abord de requérir une décision du juge élu. Le défendeur peut évidemment accepter la compétence du juge suisse, mettant ainsi fin à la convention attributive de juridiction (art. 6 LDIP). Il est par ailleurs admis que l'effet de dérogation à un for ordinaire suisse ne peut pas se produire s'il est établi que le jugement rendu à l'étranger au for élu ne pourra pas être reconnu en Suisse[42].

Des questions délicates peuvent se poser lorsque le for prorogé est en principe accessible, mais qu'en raison de bouleversements politiques survenus depuis la conclusion de l'accord, le fonctionnement des tribunaux a subi des changements profonds, très éloignés de l'attente initiale des parties. La difficulté réside surtout au niveau de la preuve et de l'appréciation de la situation dans le pays du tribunal élu. Sur le plan juridique, on pourra soit invoquer le motif de l'erreur essentielle ou, plus souvent, celui de l'impossibilité d'appliquer la clause de prorogation conformément à la volonté des parties, soit faire valoir, sur le plan procédural, un déni de justice[43]. Il en résulterait la compétence du for dérogé ou, le cas échéant, un for de nécessité.

Dans l'hypothèse inverse de l'élection d'un for suisse en dérogation à des fors ordinaires à l'étranger, un conflit positif de compétence peut se produire si le juge élu est compétent en vertu de l'art. 5 LDIP, alors que l'effet de dérogation n'est pas accepté à l'étranger par un tribunal compétent selon ses règles ordinaires. Lorsque ce dernier ne se dessaisit pas en faveur du tribunal suisse, sa décision ne pourra pas être reconnue en Suisse. L'impossibilité de faire valoir la dérogation de compétence à l'étranger ou d'y obtenir l'exécution d'un jugement rendu au for élu en Suisse ne sont pas, en soi, des motifs suffisants pour soutenir l'invalidité de la clause attributive de juridiction.

On pourrait également être confronté à un conflit négatif, dans l'hypothèse où la prorogation d'un for suisse est, soit non conforme à l'art. 5 al. 1, soit non acceptée par le juge élu en vertu de l'art. 5 al. 3 LDIP, tandis que les tribunaux normalement compétents à l'étranger considèrent qu'il a été valablement dérogé à leur compétence. Si les tribunaux étrangers n'admettent pas que l'élection de for soit devenue inopérante du fait du refus de la prorogation

---

41 Cf. VON OVERBECK (n. 31), p. 618.

42 ATF 118 II 188 ss, 190, société A.

43 Cf. Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, «Compétence internationale et bouleversements politiques», in: *Festschrift für Frank Vischer*, Zurich 1983, p. 161-174.

de for en Suisse, le demandeur risque d'être exposé à un déni de justice lui permettant d'invoquer l'art. 3 LDIP sur le for de nécessité.

La convention attributive de juridiction lie sans doute les parties, mais, malgré le silence des textes, ses effets peuvent, dans certains cas, s'étendre à des tiers qui n'ont pas participé à sa conclusion. Cela concerne surtout le successeur singulier ou universel d'une partie.

En effet, la prorogation de for contenue dans un contrat engage également le cessionnaire de droits contractuels, sauf si un tel transfert a été exclu par les parties ou s'il est incompatible avec la nature du contrat[44]. Il en va de même en cas de subrogation légale. La clause d'élection de for insérée dans un papier-valeur est transmise à la personne à laquelle le titre est remis; ainsi, le porteur succède au chargeur qui lui a valablement transféré les droits et obligations découlant du connaissement, y compris la clause relative au for[45]. En revanche, le porteur du chèque n'est pas lié par une règle sur le for contenue dans le contrat de chèque entre le tireur du chèque et la banque tirée, car le chèque n'est qu'un moyen de paiement et sa remise au créancier ne crée pas un lien contractuel entre celui-ci et la banque mandatée par le débiteur[46]. L'héritier d'une partie est saisi des droits et obligations ayant appartenu à celle-ci, si la loi successorale le prévoit, ce y compris les conventions d'élection de for. Dans ces situations, il convient d'admettre que le transfert du droit de fond obéit à sa loi propre (*lex causae*), tandis que l'effet en résultant quant à la clause attributive de juridiction relève de l'interprétation autonome de la Convention de Lugano ou, à défaut, ainsi que dans le cas de l'art. 5 LDIP, de la loi du for. Dans l'hypothèse de la reprise, par une entreprise d'Etat profitant d'une mesure de nationalisation, des droits et obligations découlant d'un contrat d'une société commerciale, le transfert de la clause attributive de juridiction peut se révéler non valable au regard de la loi suisse du for, s'il ne correspond pas à l'attente des parties originaires[47]. Dans certains cas, on pourrait songer à la conclusion d'une nouvelle convention avec le tiers qui reprend les droits d'une partie, sur le fondement d'un usage observé dans le commerce international, au sens de l'art. 17 al. 1 lit. c CL, notamment en matière de connaissement.

Par ailleurs, une convention attributive de juridiction n'est pas hostile à une stipulation pour autrui. La Convention de Lugano l'accepte clairement

---

[44] Cf., avant la LDIP, ATF 103 II 75 ss, Müller.

[45] Cf. CJCE 19.6.1984, Tilly Russ, *Rec.* 1984, p. 2417, *Rev. crit.* 1985, p. 385, *Clunet* 1985, p. 159, *IPRax* 1985, p. 152; KROPHOLLER (n. 6), n° 57 et 92 ad art. 17. Décision du Tribunal cantonal vaudois, *RSDIE* 1997, p. 364.

[46] Cf. l'arrêt de la Cour de justice de Genève, *Sem. jud.* 1989, p. 549.

[47] Cf. ATF 76 II 247 ss, 251, Trevisani; ATF in *ASDI* 1962, p. 248 ss, 257.

dans le cas d'un contrat d'assurance conclu entre un assureur et un preneur d'assurance, stipulant des droits en faveur d'un assuré ou d'un bénéficiaire qui ne sont pas, par hypothèse, parties au contrat et qui peuvent se prévaloir d'une clause de prorogation de compétence se référant à des litiges susceptibles d'être soulevés par eux[48]. Cette solution est d'une portée générale, également applicable dans le cadre de l'art. 5 LDIP, étant précisé que le tiers désigné par une stipulation pour autrui acquiert le droit d'invoquer la clause d'élection en sa faveur, mais ne peut recevoir une obligation de s'y soumettre[49]. La situation est différente dans le cas des relations au sein d'un trust. La clause attributive de juridiction contenue dans l'acte constitutif d'un trust lie tant le fondateur que le trustee ou le bénéficiaire du trust (art. 17 al. 2 CL). Un tel acte peut être une convention ou un acte unilatéral (cf. art. 17 al. 3 CL), qui doit être écrit ou, dans le cas d'une convention verbale, confirmée par écrit (cf. art. 5 ch. 6 CL). Hors du champ d'application de la Convention de Lugano, cette solution devrait être acceptée en Suisse, dans la mesure où la forme écrite prévue à l'art. 5 al. 1 LDIP est respectée et le trust reconnu.

[48] Art. 12 ch. 2 CL; cf. CJCE 14.7.1983, Gerling, *Rec.* 1983, p. 2503, *Rev. crit.* 1984, p. 141, *Clunet* 1983, p. 843, *IPRax* 1984, p. 259.

[49] Cf. Hélène GAUDEMET-TALON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2e éd. Paris 1996, p. 99.

Eine Skizze über bewegliches Systemdenken im Vertragsrecht

Franz BYDLINSKI

I.

Die neuere Entwicklung in der Gesetzgebung, aber auch in der Judikatur und in der rechtswissenschaftlichen Literatur, scheint in vielen Rechtsordnungen und erst recht im punktuell ansetzenden Europarecht dadurch gekennzeichnet zu sein, dass vertieftes systematisches Streben weithin aus der Mode gekommen ist. Darunter verstehe ich den nachhaltigen Versuch einer äusserlich gut orientierenden und vor allem inhaltlich von einheitlichen Grundwertungen und Leitzwecken beherrschten Ordnung des Rechtsstoffes, der dadurch auch in den Einzelheiten zugänglich und verständlich wird. Das stärkste gesetzestechnische Mittel solchen systematischen Strebens ist die Kodifikation. Heute herrschen dagegen weithin kasuistische Regelungen vom Typ des Sondergesetzes. Wo immer in der Öffentlichkeit einflussreiche Kräfte, die mehr oder weniger sachkundig sind, einen Mangel in der Rechtslage oder in ihren Auswirkungen wahrzunehmen glauben, wozu ein aufgebauschter Einzelfall ausreicht, dessen Lösung in irgendeiner Richtung von einer veröffentlichten Meinung als unbefriedigend empfunden wird, tritt man dem vermeintlichen Missstand sogleich mit einer neuen Spezialregelung entgegen. Diese ist oft ungeheuer kompliziert und in ihrer Anwendung kostspielig. Überall dort, wo der Mangel – etwa die Notwendigkeit, wirtschaftliche Entscheidungen unter erheblicher Unsicherheit treffen zu müssen – grundsätzlich unvermeidlich ist, werden bestenfalls bescheidene Verbesserungen beim unmittelbar anvisierten Sachproblem herbeigeführt, die die Komplikationen und den Mehraufwand für die Beteiligten schwerlich lohnen.

Zugrunde liegt eine nur scheinbar pragmatische politische Haltung, die die sachlichen und wertungsmässigen Zusammenhänge der Neuregelungen untereinander und mit dem weiterbestehenden übrigen Rechtssystem weithin vernachlässigt. Dadurch entstehen unnötige Komplikationen, Unklarheiten und Wertungswidersprüche im Recht und steigert sich die vielbeklagte «Gesetzesflut» immer mehr.

Eine gewisse, bescheidene Gegenwirkung zu solchen chaotischen Tendenzen der Rechtsentwicklung kann nur von der praktischen und theoretischen Jurisprudenz erwartet werden, wenn diese, ihrer Daueraufgabe gemäss, die möglichst konsistente, voraussehbare und mit (in der gesamten Rechtsordnung und im allgemeinen Rechtsbewusstsein) wohletablierten Rechtsprinzipien vereinbare Entscheidungen der Einzelfälle anstrebt. Dafür ist umfassendes systematisches Denken notwendig, das jede erwogene Neuregelung und jede Beurteilung eines Einzelfalles oder Einzelproblems auch in den Zusammenhang des Rechtssystems, also der Prinzipien, Strukturen, Zwecke und Regeln des ganzen geltenden Rechts, einzuordnen sucht.

Eine der Schwierigkeiten, die der Wahrnehmung dieser Aufgabe durch die Jurisprudenz entgegenstehen, liegt darin, dass das systematische Denken bei der Bewältigung konkreter Sachfragen in der Jurisprudenz selbst weithin unüblich geworden ist; und zwar keineswegs ohne Grund: Es hat sich in seinen zeitweise vorherrschenden Erscheinungsformen selbst diskreditiert. Begriffsjuristische Vorstellungen von einem perfekten rechtlichen Begriffssystem, das axiomatisch-deduktiv aufgebaut ist und das eine rein logische Entscheidung jeder Rechtsfrage durch ihre Einordnung in eine bestimmte Stufe dieses Systems ermöglichen sollte, bedürfen heute gewiss keiner Widerlegung mehr. Das ist aber, entgegen verbreiteten unkritischen Meinungen, kein Argument gegen andere Systemvorstellungen, die der «Sache Recht» und der Daueraufgabe der Jurisprudenz in der Sozietät, rationale Rechtsgestaltung und Rechtsanwendung zu fördern, besser angepasst sind. Einen solchen Systemansatz, die Lehre vom beweglichen System, möchte ich in Exemplifizierung am Vertragsrecht heute vorführen. Er bildet einen wichtigen Teil der Vorstellungen vom («äusseren» und «inneren») Rechtssystem, denen ich kürzlich ein umfangreiches Buch gewidmet habe.

II.

Meine heutigen Überlegungen zum Thema gliedern sich in drei Teile: Zuerst möchte ich in aller Kürze die originelle und weiterführende, in ihren Möglichkeiten bei weitem noch nicht ausgeschöpfte Lehre Walter Wilburgs vom «Beweglichen System» im Privatrecht nachzeichnen. Dann sind die grundlegenden Elemente eines solchen Systems für das Vertragsrecht herauszuarbeiten, und schliesslich werde ich drittens zur Veranschaulichung auf der gewonnenen Grundlage einige Bemerkungen zum viel erörterten und immer konturenloseren sogenannten «Verbraucherschutz» machen, soweit er das Vertrags-

recht betrifft. Der Rahmen eines Vortrags zwingt selbstverständlich überall zur Reduktion auf das Wichtigste und zum Verzicht auf alle Einzelheiten, in denen bekanntlich erst die meisten Schwierigkeiten stecken. Was ich anstreben kann, ist somit nur eine generelle Information über ein interessantes Theoriegebäude und die darin enthaltenen Möglichkeiten rechtlicher Orientierung.

Wilburgs Vorstellungen vom «Beweglichen System», die er besonders in der umfassenden Auseinandersetzung mit den grossen Privatrechtsmaterien des Schadenersatzrechts und des Bereicherungsrechts entwickelt hat, beruhen vor allem auf zwei Grundlagen: Er erkennt und anerkennt erstens mit Nachdruck die *Pluralität* der voneinander unabhängigen fundamentalen Wertungen und Zwecke, die in grossen Rechtsmaterien wirken, sodass diese nicht von *einem* zentralen Grundgedanken her verstanden, angewendet und ausgelegt werden können. Das darf anderseits nicht zur Billigkeitsjurisprudenz zahlloser unvorhersehbarer ad-hoc-Gesichtspunkte führen, die nach Belieben bei jedem isoliert betrachteten Sachproblem herangezogen oder auch vernachlässigt werden. Erforderlich ist vielmehr sorgfältige Beachtung der in ihrer vollen Zahl zu benennenden grundlegenden Richtlinien, die in dem betreffenden Rechtsgebiet wirken, in ihrem konkreten Zusammenspiel, wie es sich bei dem jeweils zu beurteilenden Fall oder Falltyp, also bei einem genereller formulierten Problem, zeigt. Wilburg nennt die tragenden, voneinander unabhängigen Grundwertungen des jeweils untersuchten Rechtsgebietes in naturwissenschaftlicher Terminologie «Elemente» oder «Kräfte». In mehr juristischer Sprache und in Übereinstimmung mit einer breiten Diskussion in der heutigen Rechtstheorie kann man sie als – systemkonstitutive – Prinzipien bezeichnen.

Wilburg gewinnt seine Prinzipien, ohne darüber näher zu sprechen, induktiv aus dem geltenden Recht verschiedener Rechtsordnungen, die er rechtsvergleichend verwertet, wobei auch die Rechtsprechung und Literatur in ihren zentralen Aussagen und Tendenzen mitberücksichtigt sind. Zugleich verfolgt er das Streben nach gerechten, also der Gleichbehandlung des Gleichartigen entsprechenden Lösungen. Diese bieten daher auch häufig die rechtspolitisch und rechtsvergleichend vorzugswürdigen, nicht unbedingt die mit einer bestimmten Rechtsordnung am besten übereinstimmenden Entscheidungen. Doch ist es selbstverständlich bei Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung ohne weiteres möglich, das Gewicht stärker auf deren eigenständigen normativen Gehalt zu legen.

Die Pluralität und das jeweilige selbständige Eigengewicht seiner Prinzipien hebt Wilburgs Lehre deutlich ab von allen Versuchen, grössere Rechtsgebiete systematisch von einem einzigen Grundgedanken her zu verstehen

und anzuwenden. Das ist stets nur durch fiktive Überdehnung der hervorgehobenen und durch theoretische Herabstufung anderer, im Recht sehr wohl selbständig wirkender grundlegender Wertungen und Zwecke möglich. Wilburg bekämpft daher z.B. alle Versuche, das Schadenersatzrecht ausschliesslich oder doch ganz vorrangig vom Verschuldensprinzip, von der Gefährdungs- oder Verursachershaftung, von der ökonomischen Tragfähigkeit (einschliesslich Versicherbarkeit) als Billigkeitsmaxime oder in ähnlicher Weise monokausal zu erklären. Ebenso wendet er sich gegen einheitliche Bereicherungsformeln als normative Grundlagen des Bereicherungsrechts. Er führt vielmehr die Schadenersatzpflicht als Rechtsfolge auf die folgenden vier Haftungsgründe zurück: 1. Ein Mangel in der Sphäre des Haftenden. 2. Die Inanspruchnahme fremden Rechtsgutes durch Gefährdung oder sogar durch bewussten Eingriff. 3. Die Verursachung des Schadens in der Sphäre des Haftenden je nach der Nähe (schadensbegünstigenden Kraft) des Kausalzusammenhanges. 4. Hilfsweise wirkt sich die Abwägung der Vermögenslage der Beteiligten aus. Alle diese Schadenstragungsgründe können auch auf der Seite des Geschädigten auftreten und sprechen dann dafür, dass er seinen Schaden proportional selbst trägt.

Im Bereicherungsrecht hat Wilburg die Unterscheidung zwischen dem allgemeinen Bereicherungsanspruch und der Leistungskondiktion prinzipiell begründet: Beim ersteren beruht die entscheidende Voraussetzung, ungerechtfertigt zu sein, auf einer Verletzung des Zuweisungszwecks, der einer rechtlich geschützten Position hinsichtlich ihres Vermögenswertes und Nutzungspotentials zugrundeliegt. Dieser Zweck kommt in einem entsprechenden subjektiven Recht, insbesondere dem Eigentum, des «Entreicherten» besonders deutlich zum Ausdruck, kann aber auch in einem Schutzgesetz mit entsprechender Zweckrichtung erkennbar werden. Die Leistungskondiktion beruht dagegen auf einem Mangel der Verfügungsentscheidung des Leistenden, z.B. Irrtum, der analog zu den rechtsgeschäftlichen Mängeln zu bestimmen ist und der dazu führt, dass die Leistung den mit ihr verfolgten Zweck nicht erreicht.

Wie die Beispiele zeigen, sind die systemtragenden «Elemente» Wilburgs Prinzipien, die voneinander unabhängig, aber «gleichgerichtet» sind; die also dieselbe Rechtsfolge (Schadenersatz; Bereicherungsausgleich) rechtfertigen. Vor allem in der späteren Lehre Wilburgs werden aber auch «Gegenkräfte», also kollidierende, gegen die fragliche Rechtsfolge wirkende Prinzipien, die zunächst etwas vernachlässigt worden waren, voll mitberücksichtigt; z.B. die bindende Kraft des Vertrages gegenüber dem Bereicherungsanspruch. Damit ist weitgehende Übereinstimmung zur heutigen rechtstheoretischen Prinzipienlehre hergestellt: Nach beiden Lehren müssen auch kollidierende und daher in

Optimierungsabsicht abzuwägende Prinzipien mitberücksichtigt werden. In ihrem Streben nach systematischer Durcharbeitung ganzer Rechtsmaterien geht aber die Lehre vom beweglichen System über die Prinzipientheorie hinaus, die sich auf die Klärung der strukturellen Besonderheiten der Prinzipien als Normtyp beschränkt, der von den gewöhnlichen Regeln zu unterscheiden ist.

Neben der Pluralität der Prinzipienschicht der jeweiligen Systemteile steht im beweglichen Systemdenken zweitens die Vorstellung von der *Abstufbarkeit*, also vom «komparativen» Charakter der «Elemente». Diese inhaltliche Struktur ergibt sich klar aus ihrer oftmaligen Beschreibung, dass sie die im Einzelfall massgebende Rechtsfolge je nach ihren Stärkegraden im konkreten Fall (und nach ihrem Zusammenspiel, wovon noch die Rede sein muss) bestimmen. Das setzt mit Selbstverständlichkeit einen abstufbaren, je nach zusätzlichen Intensitätsmerkmalen schwächeren oder stärkeren normativen Gehalt voraus. Diese Eigenschaft wird von Wilburg bei der genaueren Darstellung seiner Elemente des Schadensrechts besonders anschaulich gemacht: Beim Mangel in der Sphäre des Haftenden reicht die Skala vom eigenen, seinerseits ganz unterschiedlich intensiven Verschulden (vom Vorsatz bis zur leichten Fahrlässigkeit) über das Gehilfenverschulden bis zu objektiven Fehlern von sphärenzugehörigen Sachen, etwa bis zu versagenden Funktionen eines Kraftfahrzeugs. Bei der Inanspruchnahme fremden Rechtsgutes durch Eingriff, also sicher voraussehbare Verletzung, oder Gefährdung aller Wahrscheinlichkeitsgrade und bei der Verursachung im Sinne einer wahrscheinlichen kausalen Nahebeziehung zum Schaden ergibt sich der graduelle Charakter dieser Haftungsgründe ohne weiteres aus der Abstufbarkeit der Begriffe, die sie beschreiben. Auch die hilfsweise eingreifende Vermögensabwägung nach Tragfähigkeit kann offenkundig je nach der konkreten Vermögenslage der Beteiligten sehr unterschiedlich für oder gegen die Ersatzpflicht ins Gewicht fallen.

Die Elemente weisen also in sich eine klare, vielfach diffenziert beschriebene Mehr-oder-weniger-Struktur auf, die das zentrale Ergebnis auch der aktuellen rechtstheoretischen Kennzeichnung der Prinzipienbeschaffenheit ist, ohne dass aber dort die graduellen Abstufungen schon abstrakt dargestellt zu werden pflegen.

Je nach der Abwägung der zusammen- und gegeneinanderwirkenden Grundsätze in ihrer konkreten Stärke ergibt sich für das bewegliche Systemdenken die in Frage stehende Rechtsfolge um so mehr, wenn sie – wie die Schadenersatzpflicht – abstufbar ist, oder umso eher, wenn sie – wie z.B. die Vertragsnichtigkeit – nicht abstufbar ist. Das entspricht ganz der heutigen Prinzipienlehre in der Rechtstheorie, die auf die Mehr-oder-weniger-Struktur

von Prinzipien als entscheidendes Unterscheidungsmerkmal zu den gewöhnlichen Regeln abstellt, die auf einfache, volle Anwendung ihrer Tatbestände angelegt sind. Bei den Prinzipien ist dagegen das in ihnen ausgedrückte «Sollen» von vornherein relativiert; es gilt nur mehr oder weniger, und zwar soweit wie ihre Realisierung nach den realen Gegebenheiten und aufgrund etwa widerstreitender anderer Prinzipien möglich ist.

Im Fall der Prinzipienkollision ist ein kompromisshafter Ausgleich durch tatbestandliche Abgrenzung nötig, die die «Vorrangrelationen» zwischen den kollidierenden Prinzipien festlegt. Ist das Abwägungsergebnis im Gesetz selbst als konkrete Regelung bereits festgelegt, ist die Rekonstruktion der beteiligten Prinzipien und ihrer sachverhaltsbezogenen Abwägung für die Auslegung des Gesetzes und für seine analoge Anwendung auf ähnliche, aber nicht unmittelbar erfasste Interessenlagen geboten. Bei Fehlen analogiefähiger Regelungen kann die gesetzliche Verdichtung von Abwägungsergebnissen in festen Tatbeständen, die Wilburg für den «Durchschnittsfall» vorsieht, immerhin als «Basiswertung» (Schilcher) dienen, mit deren Hilfe die gerade anstehenden Problemsituationen tunlichst proportional zur gesetzlichen Abwägung und Interessenwertung zu beurteilen sind.

Wilburg hat sein bewegliches Systemdenken nicht auf die von ihm primär herausgearbeiteten Elemente und «Gegenkräfte» beschränkt, also auf die Prinzipien, die ganzen Systemteilen oder Rechtsinstituten als begründende Wertungen oder Leitzwecke zugrunde liegen. Er wollte vielmehr die beweglichen Kriterien bewusst auch in die gewöhnlichen Rechtsvorschriften und in ihre Tatbestände verlegen. Er fand diesen Gedanken schon verwirklicht in gesetzlichen Regeln, die etwa das Ausmass der Schadenersatzpflicht von der Abwägung des Verschuldens auf Schädiger- und des Mitverschuldens auf Geschädigtenseite abhängig machen. Auch der Wuchertatbestand gehört hierher, weil die – allerdings einheitliche – Rechtsfolge der Vertragsnichtigkeit vom Zusammenspiel mehrerer, je für sich abstufbarer Merkmale abhängt, nämlich vom auffallenden Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, von einer (kurz gesagt) Hilflosigkeitssituation des Bewucherten und von ihrer unlauteren «Ausbeutung» durch den Wucherer. Ist eines dieser Merkmale so schwach ausgeprägt, dass seine Bejahung im konkreten Fall geradezu zweifelhaft ist, sind aber die anderen stark wirksam, so wird dies zusammenfassend für die Bejahung des Wuchertatbestandes sprechen. In den Grenz- und damit Zweifelsbereichen der gesetzlichen Tatbestandsbegriffe können auf solche Weise auch Regeln, die nicht unbedingt als «beweglich» gedacht sind, in zusammenfassender Würdigung beweglich angewendet werden.

Die bewegliche Formulierung und Anwendung gewöhnlicher Rechtsvorschriften könnte eine technische Alternative zum aktuellen Gesetzesstil bil-

den, der bürokratische Strenge und Starrheit in vielen Einzelheiten mit weitgehenden Ermessensklauseln in zentralen Fragen zu verbinden pflegt. In der Folge soll aber das Gewicht auf die systemtragenden Prinzipien gelegt werden, die nicht nur durch ihre «Mehr-oder-weniger-Struktur» einen eigenen, den Regeln gegenüberstehenden Normtyp darstellen, sondern in ihrer Pluralität eine begründende und damit orientierunggebende Rolle auch beim konsistenten Aufbau und Verständnis ganzer Rechtsinstitute oder Rechtsgebiete spielen. Das soll am Beispiel des Vertragsrechts veranschaulicht werden.

Zuvor aber ist noch festzuhalten, dass die Grundgedanken des beweglichen Systemdenkens in der Jurisprudenz bereits vielfach diskutiert, weitergeführt und vor allem praktisch angewendet und erprobt wurden; letzteres durchwegs in besonders schwierigen Problemlagen. Auch der österreischische Oberste Gerichtshof hat sie wiederholt zur Bewältigung besonders schwieriger Fälle rezipiert. Es ist also keineswegs eine bloss theoretische, in der praktischen Arbeit am konkreten Rechtsproblem nicht bewährte Idee, von der wir heute sprechen.

III.

Die Entwicklung des beweglichen Systemdenkens durch Wilburg legte den Versuch nahe, diese Methode auch für das Rechtsgeschäfts-, insbesondere für das Vertragsrecht nutzbar zu machen. Es bot nämlich einen neuen Ansatz, mit dem man hoffen durfte, Jahrhunderte alte überscharfe Theorienstreitigkeiten wie neuere Aufspaltungen zu überwinden, die der konsistenten und sachgerechten Anwendung dieses Rechtsgebietes nicht förderlich, sondern vielmehr deutlich nachteilig sind. Das gilt vom *verba-voluntas*-Problem in der moderneren Form des Streites zwischen Willens- und Erklärungstheorie über zahlreiche einseitige oder zu scharf trennende theoretische Erklärungsversuche bis zum krassen Selbstwiderspruch eines angeblichen «faktischen Vertrages».

Zunehmend und mit gutem Grund beachtet wurde in der neueren Rechtsentwicklung aber auch die häufig unterschiedliche Verhandlungsstärke der Kontrahenten, die ihre Interessendurchsetzungschance sehr massgebend mitbestimmt. Darin liegt eine grosse Herausforderung für die Jurisprudenz. Eine realitätsferne, aber einfache und daher einflussreiche Tendenz in der Diskussion unterstellte dabei freilich, dass es möglich sei, konkrete Verhandlungsstärke rechtlich deutlich zu messen und daher auch durch rechtliche Massnahmen ein wünschenswertes volles Gleichgewicht herzustellen. Im Extremfall

wurde sogar gelehrt, dass reale Handlungs- und Entscheidungsalternativen auf beiden Seiten Gültigkeitsvoraussetzungen für jedes Rechtsgeschäft seien. Das müsste konsequenterweise aber dazu führen, dass niemand seine besonders dringenden Interessen, bei denen er praktisch «keine Wahl» hat, durch rechtsgeschäftliche Vorgänge befriedigen könnte.

Eine «kombinatorische» Theorie des Rechtsgeschäfts- bzw. des Vertragsrechts, die auf der Lehre vom beweglichen System beruht, bietet nun einen geeigneten Ansatz, der viel von der angedeuteten Verwirrung im Grundlagenbereich und von ihren manchmal sehr bedenklichen praktischen Folgen vermeiden könnte. Die in der Diskussion herausgearbeiteten zahlreichen normativen Gesichtspunkte lassen sich von diesem Ansatz aus als blosse Teilwahrheiten erkennen und zu einem beweglichen System der leitenden Grundsätze des Vertragsrechts vereinigen. Die konsistente Deutung und Anwendung des Vertragsrechts lässt sich dadurch vorantreiben. Mein erster diesbezüglicher Versuch wurde vor 30 Jahren in einer Monographie gemacht. Kürzlich habe ich ihn in einer Schrift über System und Prinzipien des Privatrechts wieder aufgenommen und in manchem modifiziert.

Danach lässt sich das Rechtsgeschäfts- bzw. Vertragsrecht systematisch in seinen wichtigsten Zügen aus dem Zusammen- und Gegeneinanderwirken von vier Prinzipien erklären: 1. *Privatautonomie,* also vom eigenen Willen getragene Selbstbestimmung der einzelnen Beteiligten bezüglich der Rechtsfolgen; im Regelfall auf beiden Seiten, was zum «Konsens» und zu dessen – beschränkter – «Richtigkeitsgewähr» führt, weil sich eine Einigung nur bei Ausgleich gegensätzlicher Interessen ergibt.

Die Wirkungsstärke dieses Prinzips ist je nach den gegebenen Umständen unterschiedlich, also abstufbar. Im Idealfall der bewusst und über alle relevanten Fakten, die man wissen kann, voll informiert getroffenen und korrekt erklärten Entscheidungen zwischen möglichen zumutbaren Alternativen ist die rechtsfolgenbegründende Wirkung am stärksten. Bei bewussten Willensakten, die auf falschen Tatsachenvorstellungen, also auf Irrtum, beruhen, steht der «eigentliche», irrtumsfreie Wille dem tatsächlich gebildeten entgegen, was die Begründungseignung des letzteren für bestimmte Rechtsfolgen reduziert. Ähnliches gilt für einen – im Verhältnis zum tatsächlichen Willensinhalt – falsch erklärten Willen. Endlich kann die Bedeutung des ohne rechtliche Notwendigkeit und ohne nötigenden Zwang eines Gegenbeteiligten gebildeten und erklärten, also «formal» freien Willens dadurch beeinträchtigt sein, dass (einseitig) keine zumutbaren Wahlmöglichkeiten bestehen.

In allen diesen Fällen ist das Begründungsgewicht der Privatautonomie reduziert und die Gültigkeit des Geschäftes von der Abwägung mit den in der Folge zu nennenden weiteren Grundsätzen abhängig.

Dasselbe gilt bei blosser «Privatautonomie im weiteren Sinn»: Hier fehlt es überhaupt an einer bewussten rechtsgeschäftlichen Willensbildung, tritt aber dennoch eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des einen Beteiligten dem anderen in dessen Sicht entgegen, was für den unbewusst Erklärenden immerhin vermeidbar, also willentlich beeinflussbar, war. Diese Vermeidung wäre – eine Abgrenzung zur sonstigen, nicht rechtsgeschäftlichen Verantwortlichkeit für bestimmtes Verhalten! – bereits durch eine Aufklärung des Gegenbeteiligten über den fehlenden oder anders lautenden Willen des bloss objektiv Erklärenden möglich gewesen. Der Zusammenhang mit dem Willen des unbewusst Erklärenden ist also ein weiter und negativer: Er besteht in der Möglichkeit der willentlichen Vermeidung der (nur objektiv vorliegenden) Willenserklärung (mindestens auch) durch deutliche gegenteilige Äusserung.

2. *Verkehrsschutz,* insbesondere Schutz begründeten (auf Sorgfalt beruhenden) *Vertrauens* beim anderen Beteiligten ist das zweite massgebende Prinzip, dessen Bedeutung ersichtlich umso mehr wächst, je «dünner» die Anknüpfung an den rechtsgeschäftlichen Willen des Erklärenden ist. Je nach den konkreten rechtlichen Anforderungen an die Sorgfalt des Vertrauenden, die umgekehrt proportional zu den insgesamt drohenden Verkehrsstörungen ist, kann auch dieses Prinzip eine gestufte Rechtfertigungskraft aufweisen. Bei besonders intensiven Verkehrsinteressen oder bei besonders unzweckmässigen Nachforschungen nach der konkreten Vertrauenslage, etwa bei kleinen Geschäften des Alltags, kann der Vertrauensschutz ohne nähere Prüfung generell bejaht, also zum abstrakten «Verkehrsschutz» werden; etwa bei öffentlicher Registrierung von unternehmerisch begründeten Vollmachten für zahlreiche Geschäfte.

3. Noch zureichende inhaltliche Äquivalenz, also ein Minimum an Vertragsgerechtigkeit, der vertraglichen Leistungen und der für die vertragliche Risikoverteilung massgebenden Rechtspositionen, genauer das *Fehlen deutlicher Inäquivalenz,* ist das dritte Prinzip, das bei geringer Rechtfertigungskraft der Privatautonomie, insbesondere in Irrtumsfällen, in Zwangslagen und unter geänderten Verhältnissen korrigierend zu beachten ist.

4. Das Prinzip der *Selbstverantwortung* fordert endlich das Einstehenmüssen für abgegebene Versprechen (Vertragstreue) und – mit schwächerer Kraft – für unbewusste, aber zurechenbar herbeigeführte Willenserklärungstatbestände; also für solche, die durch gehörige Sorgfalt vermeidbar waren

bzw. die stark adäquat durch selbst geschaffene unverkennbare Risken veranlasst wurden.

Eine wichtige Pointe der dargestellten Sicht, die besonders unterstrichen werden muss, ist das differenzierte, weil abstufbare Verständnis der Privatautonomie: Das Freiheitselement in diesem Grundsatz ist generell-begrifflich «formal», als Fehlen vorausgehender rechtlicher Bindung und gezielten Zwanges durch einen Gegenbeteiligten (der über die allfällige Verweigerung seines Konsenses hinausgeht) zu verstehen. Das ist entgegen verfehlten Meinungen schon deshalb notwendig, weil auch Verträge, die auf unzureichender Information basieren oder die einer alternativenlosen Zwangslage abhelfen sollen, dennoch unbedenklich und sogar zur Befriedigung besonders dringender Bedürfnisse notwendig sein können. Eine generelle Verwerfung als ungültig wäre also ganz verfehlt. Die Abstufbarkeit des Begründungsgewichtes der Privatautonomie ermöglicht aber zugleich eine dosierte und dadurch praktisch handhabbare Annäherung an das Idealziel einer «materiellen» Vertragsfreiheit, in der die massgebenden Entscheidungen frei von Fehlvorstellungen, also wohlinformiert, und in beiderseitigen echten Wahlsituationen, also ohne einseitige «Zwangslage», sondern vielmehr als Wahl zwischen zumutbaren Alternativen zustande kommen: So unmöglich es ist, mit rechtlichen Mitteln (oder überhaupt) gleiche Verhandlungsstärke zu messen und im Bedarfsfall durch rechtliche Massnahmen genau diese herzustellen, so unverkennbar sind häufig Situationen eines starken konkreten oder typischen (und daher im Einzelfall vermutlich zutreffenden) Gefälles an Information bzw. Verhandlungsmacht. (Das letztere wird genau durch Vorliegen oder Fehlen zumutbarer Entscheidungsalternativen, nicht durch abstrakte «Kapitalausstattung» oder durch «ökonomische Rollen» konstituiert.)

Bei gegebenem Defizit an Irrtumsfreiheit (Wohlinformiertheit) oder auch an materieller Vertragsfreiheit ist der dennoch zustandegekommene Vertrag keineswegs notwendig ungültig. Seine Gültigkeit hängt aber von der Abwägung auch mit den anderen genannten Prinzipien des Vertragsrechts, allenfalls auch mit allgemeineren, das Vertragsrecht nur unter anderem erfassenden Rechtsgrundsätzen ab.

Defizite an Irrtumsfreiheit und einseitige Zwangslagen sind m.E. vor allem in Verbindung mit drei Kontrollmaximen geeignet, zur Ungültigkeit des Geschäftes oder doch betroffener Vertragsteile zu führen: Einmal, wenn im Ergebnis deutliche Inäquivalenzen hinsichtlich des Wertes der Vertragsleistungen bzw. hinsichtlich der risikoverteilenden Rechtspositionen zustande gekommen sind (Wucher, *laesio enormis,* viele Irrtums- und Gewährleistungsfälle; regelmässig die Fälle des Wegfalles der Geschäftsgrundlage). Weiter, wenn der Vertrag aufgrund der besprochenen Defizite unverhältnismässig ge-

gen allgemeine Anforderungen des Persönlichkeitsschutzes, insbesondere gegen anerkannte Persönlichkeitsrechte, verstösst; z.B. zu lebens- oder gesundheitsgefährdenden, unsittlichen, die Gewissens- oder Meinungsfreiheit etc. eines Vertragsteiles im Übermass beschränkenden Leistungen verpflichtet. Endlich ist an den Fall zu denken, in dem das Prinzip der Maximierung gleicher Freiheit selbst, das der Privatautonomie zugrundeliegt, auch in seinem grundsätzlich notwendigen «formalen» Verständnis bestimmten Vertragsarten entgegensteht, weil diese unnötig oder unverhältnismässig zuviel an künftiger «formaler» Vertragsfreiheit konsumieren, ohne dass dies bloss die Folgeerscheinung der Verpflichtung zur gewöhnlichen Leistung von Waren, Diensten etc. wäre. Solche «primär freiheitsbeschränkende Verträge» sind vielmehr in erster Linie auf die Unterlassung bestimmter wirtschaftlicher Aktivitäten gerichtet, ohne unmittelbar eine Verschiebung wirtschaftlicher Ressourcen dorthin, wo sie gebraucht werden, anzustreben. Beispiele sind Kartellverträge, «Knebelungsverträge», Wettbewerbsverbote, Veräusserungs- und Belastungsverbote etc. Zu beachten ist dabei, dass (nur) besonders krasse Verstösse gegen Persönlichkeitsschutz oder Freiheitsmaximierung auch für sich allein, also ohne Verbindung mit den genannten Defiziten der Privatautonomie, zur Ungültigkeit eines Vertrages führen können.

IV.

Die skizzierte kombinatorische Theorie der pluralistischen Grundlagen des Rechtsgeschäfts ist auch in der Lage, wertvolle Ergebnisse der seit langem so aktuellen Diskussion um den «Verbraucherschutz» aufzunehmen, ohne die in dieser Diskussion häufig vertretenen bedenklichen Aufspaltungstendenzen bezüglich des Rechtssystems mitzumachen, die zu krassen Wertungswidersprüchen im Recht führen müssen und geführt haben. Weithin verantwortlich dafür ist ein starres dogmatisch-politisches Denken, das sich «Verbraucherschutz» nur als autonomes Ziel für besondere rechtliche Massnahmen vorstellen kann, die in scharfem Gegensatz zum sonstigen Rechtssystem stehen. Dass in den getrennten Rechtsgebieten ohne Abstimmung aufeinander unterschiedliche, ja scharf gegensätzliche rechtliche Grundwertungen und Richtlinien herrschen, erscheint in einer solchen Sicht gar nicht als Problem, sondern eher als Selbstverständlichkeit. Verkannt wird dabei, dass starkes Informationsgefälle oder krass unterschiedliche Verhandlungspositionen wegen einseitiger Zwangslagen und damit die Unzulänglichkeit einer *bloss* «formal» verstandenen Vertragsfreiheit keineswegs allein beim Verbraucher zu

beobachten sind, der einem Unternehmer gegenübersteht, sondern auch zwischen Verbrauchern oder zwischen Unternehmern auftreten können und dass umgekehrt die genannten Ungleichgewichte im Verhältnis zwischen Verbrauchern und Unternehmern zwar häufig, aber keineswegs durchgehend gegeben sind.

«Verbraucherschutz» als Fetisch, der alle Abwägungsnotwendigkeiten überspielt, kann zu den seltsamsten und widersprüchlichsten Konsequenzen führen. Auffällig ist schon, dass Verbraucherschutzgesetze ganz entgegen dem Anspruch auf systematische Einheit und Selbständigkeit, der von einflussreichen Stimmen für sie erhoben wird, in Wahrheit höchst unterschiedliche, vom einheitlichen ökonomischen Verbraucherbegriff durchaus abweichende Verbraucherbegriffe zugrundelegen. Nach einer sorgfältigen Untersuchung zum deutschen Recht werden von unterschiedlichen Verbraucherschutzregelungen manchmal nur Vollkaufleute ausgenommen, manchmal auch Minderkaufleute mit gewissen Gegenausnahmen für Kaufleute überhaupt, manchmal – mit einer auch europarechtlich beliebten Abgrenzung – alle Personen im Rahmen ihrer geschäftlichen selbständigen oder einer selbständigen beruflichen Tätigkeit, manchmal diese Personen nur unter der weiteren Voraussetzung, dass im Vertragsinhalt der Zweckzusammenhang des Vertrages mit dieser Tätigkeit ausdrücklich hervorgehoben wird. Nach den Vorschriften der europäischen Pauschalreiserichtlinie und solchen innerstaatlichen Bestimmungen, die darauf beruhen, wird sogar der als solcher eine Pauschalreise unternehmende Vollkaufmann als «Verbraucher» geschützt, manchmal sogar ebenso ausdrücklich wie begriffswidrig als solcher bezeichnet (vgl. §§ 31 b ff. des österreichisches Konsumentenschutzgesetzes bzw. Art. 2 Ziff. 4 der Pauschalreiserichtlinie).

Nach dem österreichischen Konsumentenschutzgesetz wird zwar ein einheitlicher ökonomischer Verbraucherbegriff zugrundegelegt und bloss negativ dadurch definiert, dass es sich um keinen Unternehmer handelt (§ 1 Abs. 1 Ziff. 2). Dem Gesetzgeber war aber klar, dass er damit den Anwendungsbereich der anschliessend aufgestellten besonderen Schutzvorschriften zu weit und zu eng zugleich bestimmt, sodass er selbst in den Erläuternden Bemerkungen zum Konsumentenschutzgesetz sehr zutreffend analoge Ausdehnung und auch teleologische Reduktion der Vorschriften dieses Gesetzes angeregt hat. Deutlicher lässt sich die Untauglichkeit des Verbraucherbegriffes als systematischer Grundbegriff schwerlich anerkennen. Rational unerklärlich bleibt aber, warum der Gesetzgeber dann nicht sogleich selbst die eigentlich gemeinten Schutzkriterien statt des Verbraucherbegriffes für massgebend erklärt hat, statt die Aufgabe sach- und zweckgerechter Ausdehnung und Einschränkung der Gesetzesvorschriften voll auf die Rechtsanwendung

abzuwälzen. Die Problematik verschärft sich aber weiter. In der jüngsten Novelle zum österreichischen Konsumentenschutzgesetz wurden besondere Seltsamkeiten zustandegebracht: Nunmehr ist die vertragliche Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden ausgeschlossen (§ 6 Abs. 1 Ziff. 9), was ich an sich begrüsse, aber: Das gilt nur zugunsten von Verbrauchern! Gegenüber Unternehmern und – was offenbar überhaupt nicht bedacht wurde! – gegenüber Mitarbeitern von Unternehmern ist also weiter der Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit auch für Personenschäden zulässig. Leben und Gesundheit von Verbrauchern werden also offenbar als wertvoller und schutzwürdiger gewertet als dieselben Rechtsgüter bei Unternehmern und deren Arbeitnehmern. Der Fetisch «Verbraucherschutz» hat hier entweder eine offenbar gerechtigkeits- und gleichheitswidrige Diskriminierung oder mindestens die Notwendigkeit hervorgebracht, sie mit grossem juristischem Begründungsaufwand und mit für manche wohl dennoch zweifelhaftem Ergebnis in der Rechtsanwendung zu vermeiden.

Ähnlich merkwürdig, wenn auch nicht geradezu menschenrechtswidrig, ist die neue Regel, dass Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern unwirksam sind, wenn sie unklar oder unverständlich sind (§ 6 Abs. 3). Man hat fälschlich geglaubt, diese Regel in Befolgung der europarechtlichen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (vgl. aber deren Art. 5, insbes. Satz 2) aufnehmen zu müssen, obwohl unverständliche Vertragsregelungen nach österreichischem Recht ganz allgemein unwirksam sind (§ 869 ABGB) und obwohl für unklare Verträge oder Vertragsbestimmungen seit altersher generell die *«interpretatio contra proferentem»* besteht, also die Auslegung zum Nachteil dessen, der die unklare Formulierung in den Vertrag eingeführt hat (§ 915 ABGB). Nunmehr gilt also im Übereifer des Verbraucherschutzes für Verbraucherverträge statt der für den Verbraucher günstigsten Auslegung (entgegen Art. 5 Satz 2 der Richtlinie!) die unklare Vertragsbestimmung überhaupt nicht, auch wenn dies für den Verbraucher eine besonders schlechte Lösung ist. (Man denke nur an unklare Garantiezusagen.) Auch diese verfehlte Regelung ist vielleicht im Wege der Interpretation durch Annahme einer bloss «relativen» Ungültigkeit einigermassen zu entschärfen; allerdings nicht mehr, wenn ein besonders ungeschickter Verbraucher ohne zureichende Belehrung die Ungültigkeit einmal geltend gemacht hat, weil er die Möglichkeit einer für ihn günstigen Auslegung übersehen hat.

Auch von solchen besonderen Fehlentwicklungen abgesehen, stellt sich in den verschiedensten Situationen die unbeantwortbare Frage, warum denn etwa ein völlig auf einen Grossabnehmer angewiesener Kleinunternehmer keinen oder geringeren besonderen Schutz etwa vor krass einseitigen Vertrags-

bedingungen haben soll, ein einkommensstarker Grossverbraucher etwa gegenüber seinem kleinen Maler oder Installateur aber sehr wohl den vollen; warum die überlegene Sachkenntnis eines Unternehmers auf seinem eigenen Fachgebiet nur gegenüber einem – vielleicht sogar in derselben Branche berufstätigen und daher ebenfalls sachkundigen – Verbraucher beachtet wird, nicht aber gegenüber einem Unternehmer aus einem ganz anderen Gebiet, usw.

Die Bedenken gegen ein systematisch selbständiges «Verbraucherrecht» und gegen die damit verbundenen Inkonsistenzen und Widersprüche in der Rechtsordnung lassen sich, vereinfacht und auf abstrakterer Argumentationsebene, wie folgt zusammenfassen: «Verbraucher» in einem greifbaren ökonomischen Sinn, also von beliebigen und willkürlichen besonderen Definitionen abgesehen, ist in einer seiner ökonomischen Rollen jedermann. Rechtliche Regelungen, die den Bedürfnissen und Interessen von Verbrauchern zentrale Aufmerksamkeit schenken, müssen daher konsequenterweise allgemeines, für jedermann geltendes Zivilrecht sein, nicht aber ein hermetisch abgeschottetes Sondergebiet konstituieren.

Die konkreten Fallerfahrungen eines starken Gefälles an Information und Verhandlungsstärke, die dem Verbraucherschutzpostulat trotz seiner unkontrollierbaren Vagheit die rechtspolitische Durchschlagskraft geben, obwohl diese Erfahrungen in Wahrheit nur teilweise dem Verbraucherbereich entstammen, dürfen freilich durch das negative systematische Ergebnis keineswegs verdrängt werden. Vielmehr stellt sich die Aufgabe, ganz im Sinne eines beweglichen, kombinatorischen Systemdenkens diese Erfahrungen und Diskussionen auf höherer Allgemeinheitsstufe, also für das Privatrecht insgesamt, nicht für die Privilegierung oder Diskriminierung irgendwie abstrakt abgegrenzter Personengruppen, nutzbar zu machen; und zwar zunächst durch eine Ergänzung in seiner Prinzipienschicht, die die neueste Rechtsentwicklung reflektiert, zugleich aber an alten Rechtsbestand anschliessen kann. Die konkreten Regelungen können sich daran orientieren.

Vorrangig ist m.E. ein «*Informationsprinzip*» erkennbar geworden, wonach der nach Lage der Dinge besser informierte oder mit geringerer Mühe zur Information fähige Geschäftspartner gehalten ist, im Rahmen des Zumutbaren (also ohne sich damit selbst aus dem Geschäftsverkehr zu drängen und ohne unverhältnismässigen Aufwand) den anderen Teil über die für diesen relevanten Umstände zu informieren. Anwendungsfelder sind zum Teil schon die älteren Regelungen über List und Irrtum, jedenfalls aber die auf allgemeiner zivilrechtlicher Grundlage (Vertragsauslegung, *culpa in contrahendo)* anerkannten umfassenden vertraglichen und vorvertraglichen Aufklärungs-, Mitteilungs-, Hinweis- und Warnungspflichten. Aus dem Gebot der Sorgfalt

gegenüber fremden Rechtsgütern wurden auch im deliktischen Bereich ähnliche, der Intensität nach aber schwächere Verpflichtungen abgeleitet. Dazu kommen heute die in zahlreichen neueren Spezialgesetzen vorgesehenen, teilweise ungeheuer kasuistischen und speziellen Informations- und Hinweispflichten, etwa im Bereich des Verbraucherkredits, wobei aber gesetzliche Beschränkung auf – wie immer abgegrenzte – «Verbraucher» fragwürdig ist, weil die wünschenswerte Information, wenn sie relativ leicht erlangt werden kann, jedermann bei seinen geschäftlichen Kreditentscheidungen zur Verfügung stehen sollte.

Ein Übermass an formalen Informationspflichten, die zu einer Papierflut führen und den Angesprochenen ohne positiven Effekt bloss überfordern, aber infolge ihrer Kostspieligkeit die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen des Informationsverpflichteten verteuern, ist dabei freilich zu vermeiden. Das erfordert pragmatische, nicht aber ideologisch bestimmte Begrenzung einschlägiger gesetzlicher Verpflichtungen.

Das zweite Prinzip, das als vorläufiger Ertrag der aktuellen Schutztendenzen, aber auch im Anschluss an alte Rechtsinstitute wie Wucherverbot, *laesio enormis,* Geschäftsgrundlage und Zwang als Willensmangel erkannt werden kann, lässt sich im Anschluss an eine üblich gewordene Terminologie als Prinzip der *Inhaltskontrolle* bezeichnen. Es bildet eine gehaltvollere Teilkonkretisierung des umfassenden, aber eher formalen Prinzips der Erlaubtheit der Rechtsgeschäfte, das gesetz- und sittenwidrige Verträge verwirft, schon um einen Selbstwiderspruch der Rechtsordnung zu vermeiden. In Anknüpfung an die schon oben erörterten möglichen Defizite der bloss formalen Vertragsfreiheit ist ein – primär an den unverhältnismässig besser informierten oder verhandlungsstärkeren Partner gerichtetes – Verbot anzunehmen, vertragliche Regelungen zu treffen, die zum Nachteil des Schwächeren inhaltlich deutlich inäquivalent sind, wichtige Persönlichkeitsgüter verletzen oder «primär freiheitsbeschränkenden» Charakter im oben erörterten Sinn haben.

Äusserlich gut umschreibbare Situationen, die typischerweise ein klares Informationsgefälle oder eine einseitige Zwangslage repräsentieren, wie die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder – europarechtlich neuerdings – überhaupt von einseitig vorformulierten Vertragsbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln), oder die undurchsichtige Vertragsspaltung beim «drittfinanzierten Kauf» können als Ansatzpunkt für konkreter gefasste Verbote verwendet werden. Sogar das allgemeine Verbot, das schon im Prinzip der Inhaltskontrolle zum Ausdruck kommt, ist aber im Vergleich zu uralten Vorschriften, etwa gegen die Verletzung

der guten Sitten oder gegen Abweichungen von Treu und Glauben, weniger vage.

Die jetzt noch ausständige Schlussbemerkung kann sehr kurz sein: Ich bin mir natürlich bewusst, dass ich in der Kürze der Zeit nur eine sehr grobe Skizze bieten konnte. Doch ist hoffentlich sichtbar geworden, dass es eine attraktivere Möglichkeit zwischen kasuistischen, unübersichtlichen und systematisch unkontrollierten gesetzlichen Sonderbildungen eines Verbraucherschutzes, die zu willkürlichen Widersprüchen in der Rechtslage führen können, einerseits und der Abschiebung aller wesentlichen Entscheidungsfragen in das Ermessen eines Gerichtes oder womöglich einer Verwaltungsbehörde anderseits gibt: Es ist die Lehre vom beweglichen System in Anwendung auf das Vertragsrecht.

Literatur

WILBURGS einschlägige Arbeiten sind vor allem: *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht,* 1950; *Elemente des Schadenrechts,* 1941; *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung,* 1934; «Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts», *AcP* 163 (1964), S. 346. Aus der theoretischen Diskussion der Lehre vom beweglichen System vergleiche etwa LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft6* (1991), S. 469, 478; CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz2* (1983), S. 74 ff.; SCHILCHER, *Theorie der sozialen Schadensverteilung,* 1977, S. 184 ff., 214 ff.; P. KOLLER, «Möglichkeiten und Grenzen eines beweglichen Systemdenkens», in: *Assistentenfestschrift,* Wilburg 1975, S. 1 ff.; OTTE, «Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems», *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* II (1972), S. 302 ff.; VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz5* (1974), S. 72 ff.; WESTERHOFF, *Die Elemente des beweglichen Systems,* 1991; BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff2* (1991), S. 529 ff.; HASSO HOFMANN, *Neuere Entwicklungen der Rechtsphilosophie,* 1996, S. 13 f.; ENDERLEIN, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht,* 1996, S. 289 ff.; MICHAEL, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme. Methodenrechtliche Analyse und Fortentwicklung der Theorie der beweglichen Systeme,* Wilburg 1997; ferner (durchgängig kritisch, aber für schwierige Probleme alternativenlos) PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen2* (1991), Rz 230 ff.; TOMANDL, *Rechtsstaat Österreich,* 1997, S. 173 ff. – Praktische Anwendung des beweglichen Systemdenkens auf schwierige rechtliche Problemlagen insbesondere in den 19 Beiträgen in: BYDLINSKI/KREJCI/SCHILCHER/STEININGER, *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht,* 1986, und in vielen

dort nachgewiesenen Arbeiten; seither etwa SCHMOLLER, *Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom beweglichen System*, 1988 – Strafrecht; BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*, 1989, S. 61 ff.; HILL, «Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht», *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer 47* (1988), S. 180 ff. – öffentliches Recht; GÖPFERT, «Bewegliche Systeme zur Bewältigung von Ähnlichkeiten am Beispiel der Bürgschaftsfälle des BGH», *JuS* 1993, S. 655 ff.; ADAMOVIC, «Methodisches zur Mässigung nach dem DHG sowie zur Anwendung des beweglichen Systems», *ÖJZ* 1996, S. 695. Der österreichische OGH hat die Methode des beweglichen Systems mehrfach in besonders schwierigen Fällen angewendet; vgl. insbesondere *JBl* 1994, S. 424 – Wucher; *SZ* 61/S. 207 – Kondiktion in Zwangslagen; *JBl* 1997, S. 473 – Grenzen der dem Arbeitgeber vorbehaltenen Änderungen des Provisionssystems. – Zum kombinatiorischen Konzept im Vertragsrecht vergleiche insbesondere BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, 1967, DENS., *System und Prinzipien des Privatrechts* (1997), S. 147 f., dort Anm. 148 auch Belege für die Abhandlungen, die dieses Konzept für bestimmte Teilprobleme weiterführen. Zur Diskussion dieses Ansatzes vergleiche etwa die Belege in: Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Anm. 29. – Zur im Text vertretenen Sicht auf den «Verbraucherschutz» näher und mit weiteren Belegen BYDLINSKI, *System*, S. 718 ff. – Ich widme mit allen guten Wünschen diese deutsche Fassung eines Vortrages in Israel dem auch als frühere Wiener Fakultätskollege sehr geschätzten Jubilar, dessen methodologische und vertragsrechtliche Publikationen mich auf sein Interesse am Thema hoffen lassen.

La corruption de fonctionnaire: répression pénale d'un pacte[1]

Ursula CASSANI

I. L'INTÉRÊT PUBLIC ASSERVI À L'INTÉRÊT PRIVÉ

La corruption est le pacte conclu entre deux personnes, aux termes duquel l'une, assumant une fonction publique ou privée, se voit accorder, directement ou indirectement, un avantage qui ne lui est pas dû, pour contrevenir aux devoirs qui lui incombent[2].

Le cas de figure classique est celui de l'agent de l'Etat qui, en violation de ses devoirs de fonction, commet ou omet un certain acte, parce qu'il s'est vu accorder ou promettre un avantage. Dans une optique plus large, la corruption peut être définie comme la trahison par un représentant des intérêts qui lui sont confiés; peu importe, sous cet angle, que le représenté soit une entité publique ou privée. A l'hypothèse de la corruption de fonctionnaire s'ajoute alors celle du pot-de-vin accordé à un représentant d'une entité économique non étatique, dans le but d'inciter celui-ci à violer les devoirs qui lui incombent vis-à-vis du représenté[3]. Nous limiterons toutefois notre examen

---

[1] Notre gratitude va à Madame Carole-Anne KAST et à Monsieur Yann WERMEILLE, assistants à la Faculté de droit, pour leur aide compétente dans la mise au point de cet article, ainsi qu'aux étudiants du séminaire de recherche en droit pénal 1997/1998, consacré aux délits de fonction.

[2] Cette définition large, qui inclut également la corruption privée, s'inspire de celle adoptée par le Parlement européen dans sa Résolution sur la lutte contre la corruption en Europe, du 15 décembre 1995, JOCE n° C 17/443 du 22.1.96.

[3] *De lege lata*, ce cas de figure est régi, sur le plan pénal, par les art. 4 lit. b et 23 LCD, ainsi que par l'art. 158 CP réprimant la gestion déloyale et l'abus d'un pouvoir de représentation (Anne HÉRITIER, *Les pots-de-vin*, Genève 1981, pp. 89 ss, 94 ss; Anne HÉRITIER LACHAT, «La corruption, le droit civil, le droit de la concurrence et le droit fiscal», *Plaidoyer* 3/97, pp. 49 ss, p. 52; Christof MÜLLER, *Die Bestechung gemäss Art. 4 lit. b UWG*, thèse, St-Gall 1997, *in toto*). Tout comme la corruption publique, la corruption privée entraîne en outre les sanctions prévues par le droit des contrats (HÉRITIER, Pots-de-vin, pp. 104-126 et pp. 143-173; HÉRITIER LACHAT, Corruption, pp. 49 ss).

au premier cas de figure, soit à celui de la corruption publique réprimée par les art. 288, 315 et 316 CP.

La corruption des agents de l'Etat vise à pervertir le processus de décision au sein de l'administration, afin d'asservir l'intérêt public à des fins personnelles[4]. Lorsqu'elle a pour but l'obtention d'un marché ou d'un contrat, la corruption fausse le jeu de la concurrence, ou plutôt en déplace l'objet, puisque le contrat ne sera pas adjugé au concurrent dont l'offre est la meilleure du point de vue des intérêts de la collectivité, mais à celui qui sait se montrer le plus persuasif par les avantages accordés à un fonctionnaire infidèle. Le coût social de cet infléchissement des lois de la concurrence est alors double: d'une part, le corrupteur tentera de répercuter l'avantage accordé au corrompu sur le prix payé par la collectivité pour sa prestation; d'autre part, dans un marché où les entreprises luttent pour leur survie, la corruption favorise une sélection fondée non sur des facteurs tels que la solidité de l'entreprise et la qualité du travail fourni, mais sur des critères extrinsèques, conduisant à un abaissement global du niveau des prestations.

II. LA CORRUPTION, UN THÈME ÉMERGENT DE LA POLITIQUE CRIMINELLE SUISSE

En Suisse comme ailleurs, l'émergence de la corruption en tant qu'objet d'étude et de politique criminelle est récente.

A. Représentations sociales et réalités: la Suisse, une île d'intégrité?

Aujourd'hui encore, l'image dominante en Suisse est celle d'un pays où règnent la transparence et l'intégrité, doté d'une classe politique honnête et de fonctionnaires servant fidèlement les intérêts de la collectivité. Cette image est confortée par le fait que la corruption a fort peu occupé les tribunaux suisses jusqu'à présent, puisque ceux-ci n'ont rendu guère plus d'une dizaine de condamnations par année en application des dispositions réprimant la corruption active (art. 288 CP) et passive (art. 315 CP), ainsi que l'acceptation

[4] Marco BALMELLI, *Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Berne 1996, p. 6.

d'un avantage (art. 316 CP)[5]. S'ajoute à cette faible présence des affaires de corruption dans la pratique judiciaire suisse la conviction, probablement fondée, que notre pays constitue un terrain peu fertile pour la corruption politique de haut niveau, du fait de sa culture politique peu encline au «césarisme»[6], du caractère multi-focal du pouvoir politique dû au fédéralisme et à l'existence des instruments de la démocratie directe qui peuvent à tout moment faire voler en éclats un arrangement conclu avec un agent public bénéficiant d'un pouvoir de décision.

Cela dit, les expériences de nos voisins démontrent que les apparences peuvent être trompeuses. Si la corruption fut généralement perçue en Italie, avant même le grand ménage politico-judiciaire appelé *mani pulite*, comme une donnée de base de la vie économique et politique, nos voisins français[7] et allemands croyaient «*vivre dans une île d'innocents non corrompus*»[8] jusqu'au jour où l'actualité judiciaire leur imposa l'abandon de cette illusion[9]. Or, certains auteurs opposent d'ores et déjà à l'image rassurante d'une Suisse préservée de la gangrène celle d'un pays dans lequel la corruption s'installe progressivement comme un système généralisé reposant sur l'exploitation de dépendances et de réseaux de relations[10].

---

5 Condamnations pénales définitives prononcées par les tribunaux suisses (renseignements de l'Office fédéral de la statistique):

	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
art. 288	15	11	5	5	7	7	7	10	13	9
art. 315	1	0	0	2	2	0	2	1	1	1
art. 316	3	2	0	1	1	1	0	0	1	0

6 Expression employée par LAMO DE ESPINOSA pour décrire la situation espagnole (E. LAMO DE ESPINOSA, «Corruption politique et éthique économique en Espagne», *Déviance et Société* 1996 (20/3), pp. 261 ss, p. 265.

7 Philippe ROBERT, «La justice française et les affaires de corruption», *Déviance et Société* 1996 (20/3), pp. 239 ss, p. 239.

8 Werner RÜGEMER, «La justice allemande et la corruption», *Déviance et Société* 1996 (20/3), pp. 275 ss, p. 275.

9 Alors que la police allemande avait en moyenne connaissance de 167 cas de corruption pendant les années 1963-70 (pour l'Allemagne de l'Ouest seulement), ce chiffre se monte à 3253 pour l'année 1994 (pour toute l'Allemagne); cf. Dieter DÖLLING, «Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?», in: Gutachten C., *Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Munich 1996, vol. I, p. C 13. Nonobstant cette évolution, DÖLLING estime que le chiffre noir reste important (p. C 16 ss).

10 «*...ein flächendeckendes, auf die Ausnützung von Abhängigkeit und Beziehungen beruhendes System*», BALMELLI, Bestechungstatbestände (n. 4), p. 2; également Mark PIETH, «Die Bestechung schweizerischer und ausländischer Beamter», in: *Strafrecht und Öffentlichkeit*, Zurich 1996, pp. 233 ss, p. 235; à l'opposé, le groupe de travail «Sicherheits-

En l'absence de données fondées sur des recherches empiriques, l'ampleur réelle des pratiques dans le domaine des paiements illicites est encore inconnue. Une certitude existe cependant: l'on ne saurait se fonder sur le nombre très faible des condamnations prononcées par les tribunaux suisses pour en déduire que la corruption est un phénomène marginal dans les pratiques sociales effectives. Dans ce domaine comme dans tout autre, la production du système de justice pénale est entièrement tributaire de ceux qui l'alimentent par la dénonciation d'infractions[11]. Or, plusieurs facteurs contribuent à préserver les corrupteurs d'un renvoi à la justice pénale. Les deux principaux intéressés, soit le corrupteur et le corrompu, ont un intérêt convergent à la sauvegarde du secret qui entoure leur transaction, du moins aussi longtemps que se poursuivent leurs relations mutuellement profitables. Ce souci de discrétion peut d'ailleurs être partagé par l'administration dont l'agent est corrompu, qui préfère régler l'affaire sur le plan interne plutôt que de la porter sur la place publique. Restent ceux qui subissent un préjudice immédiat ou médiat du fait de la corruption, soit non seulement les tiers écartés – concurrents malheureux dans l'adjudication d'un contrat ou partie condamnée par un juge indélicat à payer des sommes qui ne sont pas dues – mais également le contribuable. Ces victimes ultimes de la corruption auraient certes un intérêt économique évident à porter l'affaire sur la place publique, mais elles n'ont en général pas connaissance du marché secret dont elles ont fait les frais.

Ces facteurs nous conduisent à formuler l'hypothèse que le chiffre noir est relativement élevé et qu'une proportion importante des cas de corruption ne parviennent pas à la connaissance du système de justice pénale. Le taux de dénonciation pourrait cependant évoluer en fonction de l'acuité avec laquelle le phénomène de la corruption est perçu, notamment au sein de l'administration elle-même. Il faut donc s'attendre à ce que l'attention croissante suscitée dans les médias par quelques affaires récentes à haute visibilité sociale, à l'instar du procès Huber[12], entraîne un effet de boule de neige[13].

---

prüfung und Korruption» du DFJP dresse un état des lieux très rassurant dans son rapport final rendu en octobre 1996 (pour une appréciation critique, cf. Marco BALMELLI/ Christof SCHWYZER, «Der Korruptionsbericht – ein Beruhigungsmittel?», *NZZ* du 28 janvier 1997).

11 ROBERT, Justice française (n. 7), p. 240.

12 Raphael Huber, à l'époque chef du service des autorisations de commerce à Zurich, avait octroyé des autorisations et patentes en échange d'avantages plus ou moins subtilement déguisés (prêts sans intérêts ou partiellement remboursables; vente à un prix surfait de toiles peintes par son père, etc.). L'affaire a eu un retentissement particulier en raison de l'identité des personnes impliquées du côté actif, bien établies à Zurich.

B. L'émergence d'une problématique

Nonobstant le faible nombre des affaires portées devant les tribunaux, la lutte contre la corruption s'impose progressivement comme un thème majeur de la politique criminelle suisse. Elle retient l'intérêt soutenu de la doctrine depuis quelques années[14]. Les premières recherches empiriques sur le sujet ont été lancées en 1995 dans le cadre du programme national de recherche *Violence au quotidien et crime organisé* du Fonds national suisse de la recherche scien-

---

Condamné par contumace pour abus d'autorité, corruption passive et acceptation d'un avantage par le Bezirksgericht de Zurich (*RSJ* 1996, p. 13), Huber a fait appel.

13 Constat fait par ROBERT à propos de la situation française (Justice française [n. 7], p. 240); pour l'Allemagne, SCHAEFER parle du déferlement d'une vague déclenchée par une affaire découverte par hasard à Francfort en 1987 (Hans Christoph SCHAEFER, «Referat», in: *Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Munich 1996, vol. II/1, pp. L 9 ss, p. L 10); cf. également Hans Rudolf CLAUSSEN, *Korruption im öffentlichen Dienst*, Cologne (etc.) 1995, p. 7 s.; Werner VAHLENKAMP/Ina KNAUSS, *Korruption – hinnehmen oder handeln*, Wiesbaden 1995, p. 19.

14 On citera notamment les Actes du IXe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg, 3-5 février 1994, Marco BORGHI/Patrice MEYER-BISCH (éd.), *La corruption, l'envers des droits de l'homme*, Fribourg 1995, ainsi que les articles et ouvrages de doctrine récents: BALMELLI, Bestechungstatbestände (n. 4); Paolo BERNASCONI, «Die Bestechung von ausländischen Beamten nach schweizerischem Straf- und Rechtshilferecht zwischen EG-Recht und neuen Antikorruptions-Staatsverträgen», *RPS* 1992, pp. 383 ss; *id.*, «La corruzione di pubblici ufficiali stranieri», *Rivista trimestriale di diritto penale dell'economia* 1993, pp. 1 ss; *id.*, «Internationale Anti-Korruptions Konvention – Entwurf und Kommentar», in: *Aspekte des Wirtschaftsrechts*, Zurich 1994, pp. 423 ss; *id.*, «Nature et contenu juridique d'une convention internationale contre la corruption», *Riv. di Studi politici internazionali* 1995, LXII, 2, pp. 280 ss; *id.*, «Présentation d'un projet de convention internationale contre la corruption», in: BORGHI/MEYER-BISCH, *op. cit.*, pp. 209 ss; Marco BORGHI/Nicolas QUELOZ, «Lücken und beschränkte Wirksamkeit des schweizerischen Rechts gegenüber Korruption: Die Voraussetzungen für eine interdisziplinäre Untersuchung», *recht* 15 (1997), pp. 16 ss; Ursula CASSANI, «Le droit pénal suisse face à la corruption de fonctionnaires», *Plädoyer* 3/97, pp. 44 ss; Maurice HARARI, «Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse?», *RPS* 1998, pp. 1 ss; HÉRITIER, Pots-de-vin (n. 3); HÉRITIER LACHAT, Corruption (n. 3); PIETH, Bestechung (n. 10); *id.*, «Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität», *ZStW* 1997, pp. 757 ss; *id.*, «Korruption – ein Thema?», in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, *Baurechtstagung 1997*, vol. II, Fribourg 1997, pp. 31 ss; *id.*, «Strafrechtsvereinheitlichung durch 'Soft Law' am Beispiel der Korruptionsbekämpfung», in: *Recht, Macht und Gesellschaft*, Zurich 1995, pp. 107 ss; *id.*, «Die verjährungsrechtliche Einheit gemäss Art. 71 Abs. 2 StGB bei Bestechungsdelikten», *BJM* 1996, pp. 57 ss; Nicolas QUELOZ, «Crise de valeurs et processus de corruption: au-delà de la stratégie pénale», *Revue internationale de criminologie et de police technique* 1996/3, pp. 330 ss; *id.*, «Le problème de la corruption en droit pénal suisse, en particulier dans le domaine de la construction», *RPS* 1997, pp. 409 ss.

tifique[15]. Le Département Fédéral de Justice et Police a chargé un groupe de travail d'évaluer la situation en Suisse, ainsi que les possibilités d'action future. Le rapport final de ce groupe, rendu en octobre 1996[16], a été suivi par l'élaboration d'un projet de loi révisant les infractions en matière de corruption par le professeur Mark PIETH, mandaté comme expert[17].

Sans doute la cause première de cet intérêt nouveau réside-t-elle dans la perméabilité de notre politique criminelle à celle de nos pays voisins, ainsi qu'aux efforts de sensibilisation entrepris sur le plan international[18]. S'ajoute à cela que les procédures conduites dans le cadre des enquêtes menées en Italie, en France et ailleurs, ont eu de nombreuses retombées en Suisse, sous la forme de requêtes d'entraide internationale en matière pénale, et que les magistrats instructeurs des cantons abritant une place financière forte ont été confrontés au thème de la corruption par ce biais.

III. LA RÉPRESSION PÉNALE DE LA CORRUPTION EN DROIT SUISSE

A. Le dispositif légal mis en place par le Code pénal suisse

La loi suisse consacre deux dispositions au serviteur de l'Etat qui accepte un avantage indu dans le cadre de ses fonctions, soit la corruption passive (art. 315 CP) et l'acceptation d'un avantage (art. 316 CP). La première de ces infractions est commise par les «*membres d'une autorité, les fonctionnaires, les personnes appelées à rendre la justice, les arbitres, les experts, traducteurs ou interprètes commis par l'autorité qui, pour faire un acte impliquant une violation des devoirs de leur charge, auront d'avance sollicité, accepté ou se seront fait promettre un don ou quelque autre avantage auquel ils n'avaient pas droit*». La seconde infraction (art. 316 CP) réprime l'avantage sollicité ou accepté par les agents publics «*pour procéder à un acte non contraire à leurs devoirs et rentrant dans leurs fonctions*». Le par-

[15] L'un des projets est présenté par l'un de ses auteurs dans QUELOZ, Crise de valeurs (n. 14), pp. 332 ss.

[16] *Schlussbericht der Arbeitsgruppe «Sicherheitsprüfungen und Korruption»*, anonymisierte Ausgabe, Berne, ronéo, octobre 1996.

[17] Le projet, remis au chef du DFJP à la fin de l'année 1997, n'a pas encore été rendu public à la date où nous finalisons le manuscrit.

[18] PIETH, Soft Law (n. 14), p. 108 ss; cf. sect. IV ci-dessous. Il est à noter que la Suisse, par l'intermédiaire du professeur Mark PIETH, a été non seulement partie prenante, mais extrêmement active, dans le cadre des travaux récents de l'OCDE.

ticulier, quant à lui, tombe sous le coup de l'art. 288 CP réprimant la corruption active, lorsqu'il accorde un avantage au fonctionnaire dans le but d'obtenir de lui un acte contraire aux devoirs découlant de sa charge.

L'art. 288 CP réprimant la corruption active fait partie des infractions contre l'autorité publique, tandis que les art. 315 et 316 CP sont rangés parmi les infractions contre les devoirs de fonction. Nonobstant leur position systématique différente dans le Code pénal, les versants actif et passif de la corruption portent atteinte ou mettent en danger le même bien juridique, à savoir le caractère régulier et impartial du processus de décision au sein de l'administration[19]. Le but ultime et commun de ces dispositions est la sauvegarde de l'égalité des citoyens devant l'acte public ou administratif[20].

La sanction varie selon l'incrimination considérée. Le particulier qui se rend coupable de corruption active commet un délit passible de l'emprisonnement pour trois ans au plus et de l'amende, alors que la corruption passive constitue un crime passible de la réclusion pour trois ans au plus ou de l'emprisonnement. La peine-menace applicable au fonctionnaire passe à la réclusion pour cinq ans, avec un seuil minimum d'un mois d'emprisonnement, s'il viole effectivement les devoirs de sa charge. Enfin, l'infraction à l'art. 316 CP est un délit passible de l'emprisonnement pour six mois au plus et de l'amende. Le fonctionnaire indélicat peut, en outre, être déclaré indigne de revêtir la charge ou la fonction officielle en application de l'art. 51 CP.

Les valeurs patrimoniales qui sont le résultat de l'infraction, ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, sont sujettes à la confiscation (art. 59 ch. 1 CP); si elles ne sont plus dans le patrimoine de l'auteur, le juge ordonnera une créance compensatrice (art. 59 ch. 2 CP). La confiscation portera non seulement sur les avantages matériels obtenus par le corrompu, mais également sur tout avantage matériel contraire au droit retiré par le corrupteur du pacte conclu, par exemple les gains réalisés par l'exécution d'un contrat obtenu grâce à la corruption[21],

---

19 Dans un sens comparable, BALMELLI, Bestechungstatbestände (n. 4), p. 88.

20 Dans ce sens, QUELOZ, Problème de la corruption (n. 14), p. 412; Marco BORGHI, «Les droits de l'homme: fondement universel pour une loi anti-corruption; le cas de la Suisse», in: BORGHI/MEYER-BISCH (éd.), La corruption (n. 14), p. 7; également BORGHI/QUELOZ, Lücken (n. 14), p. 22.

21 La question de l'étendue de la confiscation – valeur brute ou valeur nette, sous déduction des frais liés à l'obtention de la valeur patrimoniale – reste controversée. Jurisprudence et doctrine reconnaissent une certaine validité à chacune des deux théories (Stefan TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2e éd., Zurich 1997, n. 12 ad art. 59; Niklaus SCHMID, «Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff.», *RPS* 1995, p. 321, p. 338, se prononce «tendanciellement» pour le principe de la valeur nette; le Tribunal fédéral exprime une préférence marquée pour la théorie brute, ATF

voire les dépenses évitées[22] grâce à la complaisance d'un fonctionnaire qui «ferme un oeil» et ne perçoit pas une somme due, ne constate pas un défaut de la chose livrée ou omet de relever un état de fait qui obligerait le corrupteur à prendre des mesures coûteuses, en particulier en matière de protection de l'environnement, de la santé ou de la sécurité d'autrui, etc.

L'art. 315 CP étant un crime, les actes entravant la confiscation des valeurs patrimoniales qui en sont issues relèvent du blanchiment d'argent (art. 305bis CP); contrairement à l'opinion de TRECHSEL[23], le blanchiment peut également porter sur les gains réalisés par le corrupteur, puisque ceux-ci peuvent être considérés non seulement comme le produit du délit réprimé à l'art. 288 CP, mais également du crime commis par le fonctionnaire.

B. Le contenu du pacte de corruption: un échange «*do ut des*»

La corruption est le pacte qui vise à l'échange de deux prestations réciproques: le corrupteur offre, accorde ou promet un avantage au fonctionnaire corrompu, en échange d'un acte futur de la part de ce dernier. Telle qu'elle est définie actuellement en droit suisse, de même d'ailleurs qu'en droit français[24], la corruption suppose un lien de réciprocité (*Äquivalenzverhältnis*) entre les prestations fournies ou au moins offertes, promises ou attendues de part et d'autre; toutefois, aussi bien l'art. 288 CP que l'art. 315 CP font intervenir la sanction pénale en amont de la conclusion effective de l'accord, puisque l'offre du particulier qui n'est pas acceptée (art. 288 CP) et la sollicitation par le fonctionnaire qui n'est pas suivie d'effets (art. 315 et 316 CP) sont déjà constitutives de l'infraction consommée.

---

123 IV 70; 103 IV 142). En matière de corruption, il serait éthiquement insoutenable de soustraire de l'avantage économique réalisé par le corrupteur l'«investissement» que représente le montant payé au corrompu, sauf lorsque le corrupteur est dans une situation de détresse particulière. A l'inverse, la prise en compte des coûts ordinaires encourus de manière licite dans l'exécution du contrat obtenu grâce à la corruption, tels que les frais de production, paraît à la fois économiquement justifiée et acceptable sous l'angle éthique.

22 ATF 119 IV 10, 16; TRECHSEL, Kurzkommentar (n. 21), n. 1 ad art. 59.

23 TRECHSEL, Kurzkommentar (n. 21), n. 6a ad art. 288. L'opinion concurrente exprimée par PIETH (Bestechung [n. 10], p. 248) se limite à l'hypothèse de la corruption d'un fonctionnaire étranger *de lege ferenda*; la corruption passive n'entre alors pas en considération, comme acte préalable au blanchiment, en raison des vues en matière de double punissabilité défendues par cet auteur (cf. Sect. III, A ci-dessous).

24 Art. 432-11 ch. 1 et 433-1 ch. 1 N.C.P. Fr.; la doctrine française qualifie ce lien de «lien de causalité» (André VITU, «Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique», *Juris-Classeur 1993*, p. 17 s.).

Pour que les art. 288, 315 et 316 CP puissent s'appliquer, il faut et il suffit que le lien de connexité entre l'avantage consenti et l'acte futur du fonctionnaire soit réalisé subjectivement, dans l'esprit des parties en présence. En l'absence d'une détermination explicite et précise de la prestation attendue de la part du corrompu, la jurisprudence exige «*au moins un lien suffisant entre l'avantage et un ou plusieurs actes futurs du fonctionnaire, déterminables de manière générique*» (ATF 118 IV 316). En dépit de cette conception large, les dispositions pénales actuelles sont inaptes à saisir deux types d'avantages, même lorsqu'ils dépassent des valeurs modiques: d'une part, ceux qui sont destinés à récompenser le fonctionnaire pour son comportement passé et, d'autre part, ceux qui sont fournis sans contrepartie déterminable. C'est ainsi, pour prendre un exemple tiré de la jurisprudence soleuroise, que l'action pénale en raison de l'infraction à l'art. 316 CP s'est soldée par un acquittement dans le cas du «voyage d'étude» en Espagne offert par la Kernkraftwerk Gösgen-Däniken A.G. à soixante-dix fonctionnaires et particuliers, dont le Conseil d'Etat du canton de Soleure *in corpore*. Le tribunal semble avoir fondé sa décision sur la considération qu'aucun acte de la part du gouvernement soleurois en relation avec la centrale nucléaire n'était prévisible au moment où le voyage fut entrepris[25].

Certains auteurs[26], dont l'expert Mark PIETH[27], considèrent que l'exigence du lien de réciprocité constitue un obstacle indésirable à la répression, dans la mesure où elle rend le droit pénal inapte à saisir la corruption comme processus évolutif. Les études récentes de cas de corruption en Allemagne ont démontré que l'instauration du lien entre les parties débute souvent par une phase d'approche (*Anfütterungsphase*), dans laquelle le corrupteur «apprivoise» sa proie en lui accordant de menus avantages, anodins en apparence et sans lien évident avec une contreprestation future[28]. Dans certains cas, ces cadeaux sont distribués de manière large, selon le principe de l'arrosoir, dans le but d'identifier les fonctionnaires particulièrement enclins à faire preuve de gratitude.

Pour saisir également les avantages remis pendant cette phase d'approche, de même que les récompenses pour services déjà rendus, BALMELLI et PIETH proposent de créer une infraction de base, applicable à titre subsidiaire,

---

[25] Résumé par Peter HAENNI, *Rechte und Pflichten im öffentlichen Dienstrecht*, Fribourg, 1993, p. 6 s.

[26] BALMELLI, Bestechungstatbestände (n. 4), p. 14, p. 282; BORGHI/QUELOZ, Lücken (n. 14), p. 21.

[27] PIETH, Bestechung (n. 10), p. 243; *id.*, Korruption (n. 14), p. 47 s.

[28] CLAUSSEN, Korruption (n. 13), p. 13; VAHLENKAMP/KNAUSS, Korruption (n. 13), p. 298.

visant tout avantage octroyé au fonctionnaire en relation avec sa position[29]. Quant au groupe de travail *Sicherheitsprüfungen und Korruption,* il propose deux solutions alternatives, l'abandon de l'*Äquivalenzverhältnis* ou la renonciation à l'exigence que l'acte pour lequel l'avantage est octroyé soit postérieur à l'accord, la promesse ou la sollicitation[30]. La proposition de créer une incrimination de portée générale réprimant l'octroi de tout avantage accordé en relation avec la fonction avait également été envisagée en Allemagne[31], à l'occasion de la révision des infractions en matière de corruption par une loi adoptée le 13 août 1997 (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, KBG*[32]); elle a été écartée en faveur d'une voie médiane consistant en un simple assouplissement de l'*Äquivalenzprinzip* par l'exigence d'un lien entre l'avantage octroyé et l'exercice de la charge officielle («*für die Dienstausübung*»)[33].

Une incrimination réprimant toute libéralité en relation avec la position officielle du fonctionnaire élargirait de manière très considérable la répression en matière de corruption, puisqu'elle constituerait un délit obstacle visant des comportements de mise en danger abstrait, qui sont propres à créer l'apparence de la vénalité, mais non à influencer concrètement l'activité de

---

29 BALMELLI, Bestechungstatbestände (n. 4), pp. 91, 280 ss; PIETH, Bestechung (n. 10), p. 243.

30 Schlussbericht (n. 16), p. 81.

31 Le Land de Berlin avait fait une proposition de loi exigeant un simple lien entre l'avantage accordé et la fonction occupée par le bénéficiaire («*im Zusammenhang mit seinem Amt*»; Gesetzesantrag des Landes Berlin vom 24. 5. 1995, BR-Drs 298/95); cette proposition a été reprise par le Bundesrat (Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 3.11. 1995, BR-Drs 298/95). Sur les projets de loi, cf. Wolfgang SCHAUPENSTEINER, «Das Korruptionsbekämpfungsgesetz, eine scharfe Waffe gegen ein verbreitetes Übel?», *Kriminalistik* 1996, pp. 237 ss; Bernd-Rüdeger SONNEN, «Eindämmung der Korruption», *Neue Kriminalpolitik* 3/1996, pp. 6 ss).

32 BGBl 1997 I p. 2038, entrée en vigueur le 20 août 1997.

33 § 331 et 333 CP allemand révisés, réprimant l'octroi et l'acceptation d'avantages; la solution retenue a été fortement influencée par les travaux des juristes allemands, réunis lors de leur 61e Congrès annuel, qui s'étaient ralliés à la proposition du rapporteur DÖLLING (Gutachten C [n. 9], p. C 65), exigeant un lien avec l'activité, et non seulement avec la position, du fonctionnaire (Verhandlungen [n. 13], p. L 57). La notion d'avantage en relation avec l'exercice de la charge incombant au fonctionnaire n'emporte pas renonciation à l'existence d'un pacte unissant les parties. La révision a simplement modifié le contenu de ce dernier, dans le sens que la volonté concordante des parties ne porte plus sur l'échange entre l'avantage octroyé et un acte précis du fonctionnaire, mais sur le lien entre cet avantage et l'activité concrètement exercée par ce dernier (cf. Wolfgang SCHAUPENSTEINER, «Das Korruptionsbekämpfungsgesetz, Erstes Etappenziel erreicht», *Kriminalistik* 1997, pp. 699 s.; Matthias KORTE, «Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts», *NStZ* 1997, pp. 513 ss, p. 514).

l'administration. Le danger qui est ainsi créé est bien plus abstrait et éloigné encore que celui qui est actuellement visé par l'art. 316 CP, qui se contente pourtant d'avantages dont le but est l'obtention de la part du fonctionnaire d'un acte parfaitement conforme à ses devoirs. L'incrimination proposée assortirait ainsi d'une sanction pénale un comportement que le législateur a sciemment abandonné au seul droit disciplinaire[34]. Ce dernier interdit au fonctionnaire, de manière générale, «*de solliciter, d'accepter ou de se faire promettre pour lui ou pour autrui, en raison de sa situation officielle, des dons ou autres avantages*» (art. 26 al. 1 StF[35]), sous réserve des «*gratifications modiques ayant le caractère de pourboires usuels et d'attentions*»[36].

Des arguments sérieux s'opposent à la création d'un délit obstacle réprimant les avantages accordés à un fonctionnaire sans aucun lien avec une contre-prestation de sa part. En premier lieu, une telle norme porterait en elle le danger d'un renversement du fardeau de la preuve[37], puisque toute personne offrant un avantage quelconque à un fonctionnaire serait, de fait, présumée le faire en raison de la position de ce dernier. Il incomberait donc à celui-ci d'établir les éléments qui font apparaître ce cadeau comme totalement étranger à la charge qu'il exerce, compte tenu, par exemple, des liens privés qui l'unissent au donateur. En second lieu, l'incrimination de tout avantage accordé à un fonctionnaire en relation avec sa position aurait pour conséquence fâcheuse de lui interdire l'acceptation de prestations qui sont également dans l'intérêt du service, par exemple un repas d'affaires dans lequel est discutée l'exécution d'un contrat déjà attribué ou un cours de formation offert gratuitement par des particuliers. Tomberait également sous le coup de la loi le soutien financier accordé par les sponsors aux activités récréatives collectives de fonctionnaires, telles que la course de ski annuelle des maîtres d'école ou le match amical opposant deux clubs de football de la police.

---

[34] Le dispositif mis en place dans le Code pénal de 1937 repose sur la subsidiarité du droit pénal vis-à-vis du droit disciplinaire; Emil ZÜRCHER, *Exposé des motifs de l'avant-projet de Code pénal suisse d'avril 1908*, trad. Gautier 1914, p. 405.

[35] Statut des fonctionnaires (StF), RO 172.221.10 du 30 juin 1972, révisé par la LF du 19 décembre 1986; la loi genevoise emploie des termes semblables (art. 22 Règlement d'application genevois de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale du 7 décembre 1987; RSLG B 5 05.01).

[36] Art. 20 al. 2 Règlement des fonctionnaires 1, du 10 novembre 1959, RS 172.221.101; art. 24 RF 2, applicable aux agents des PTT et des CFF (RS 172.221.102); lorsque la nature du service ou l'indépendance du fonctionnaire l'exige, l'acceptation de telles prestations peut cependant également être interdite par l'autorité compétente. L'art. 32 al. 2 RF 3 (172.221.102.103) règle le cas particulier des avantages divers liés aux fonctions exercées par le personnel diplomatique.

[37] Klaus VOLK, «Referat», in: Verhandlungen (n. 13), pp. L 35 ss, p. L 41.

Enfin, l'incrimination générale de tout avantage accordé à un fonctionnaire en relation avec sa position serait contraire aux usages qui existent dans certaines professions; on songe à l'exemple souvent cité du pourboire qu'il est usuel dans certaines régions de donner au facteur, aux pompiers ou aux éboueurs au moment des Fêtes, ou encore aux cadeaux publicitaires que certaines entreprises distribuent aux employés de leurs clients potentiels. L'incrimination des avantages accordés sans contre-prestation serait donc inconcevable en l'absence de critères clairs permettant l'identification des libéralités de peu d'importance correspondant aux usages (*sozialadäquat*)[38]. Or, dans la mesure où les règlements de service des fonctionnaires énoncent certains principes en la matière[39], ces derniers sont peu précis et appellent des concrétisations. Le groupe de travail institué par le Département Fédéral de Justice et Police recommande à cet égard d'exempter de la répression pénale les cadeaux de politesse ne dépassant pas Frs. 100.–, à condition qu'ils soient annoncés par le fonctionnaire[40]. Le critère proposé est donc double: il faut à la fois que la valeur économique ne dépasse pas la limite fixée et que l'avantage ne soit pas confidentiel.

C. Corruption active et passive: inégalité de traitement entre deux actes complémentaires

La corruption active est un délit commun qui ne suppose aucune qualité particulière de la part de l'auteur. A l'inverse, les infractions aux art. 315 et 316 CP constituent des délits propres purs qui ne peuvent être commis que par les personnes expressément visées par la loi. Il s'agit des fonctionnaires au sens de l'art. 110 ch. 4 CP et des membres d'une autorité, y compris les personnes appelées à rendre la justice, ainsi que des arbitres et des personnes qui assistent l'autorité en tant qu'experts, traducteurs ou interprètes. Selon la jurisprudence et la doctrine dominante, la qualité de fonctionnaire s'apprécie selon des critères matériels: il suffit, dès lors, que l'auteur exerce une fonction pour le compte de l'administration, dans laquelle il accomplit des tâches in-

[38] Dans ce sens également PIETH, Bestechung (n. 10), p. 249.
[39] Cf. n. 36 ci-dessus.
[40] Schlussbericht (n. 16), pp. 79 et 80.

combant, de par leur nature, à la collectivité publique[41]. Cette interprétation très souple va cependant au-delà de la définition légale énoncée à l'art. 110 ch. 4 CP, qui déclare que le «*terme fonctionnaire s'applique au fonctionnaire et à l'employé d'une administration publique ou de la justice*», y compris les personnes occupant une fonction ou un emploi à titre provisoire ou temporaire, posant ainsi l'exigence d'un lien juridique dans lequel l'auteur est subordonné à la collectivité et rémunéré par elle.

En dissociant le versant actif du versant passif de la corruption, la loi suisse fait bénéficier le corrupteur d'un régime juridique privilégié vis-à-vis de celui qu'elle réserve au fonctionnaire corrompu. D'une part, la corruption passive au sens de l'art. 315 CP constitue un crime, alors que la corruption active réprimée à l'art. 288 CP ne constitue qu'un simple délit. D'autre part, l'art. 316 CP réprimant l'acceptation d'un avantage en vue de commettre un acte non contraire aux devoirs incombant au fonctionnaire ne connaît pas de contrepartie active. Or, la doctrine dominante, à l'instar de la jurisprudence, considère que l'art. 288 CP règle exhaustivement la punissabilité du corrupteur et ne laisse aucune place aux dispositions ordinaires gouvernant la participation[42]. Il en découle que l'absence de pendant du côté actif à l'infraction réprimée à l'art. 316 CP constitue un silence qualifié de la loi.

Le motif invoqué pour justifier ce traitement inégal des deux parties au pacte est que le fonctionnaire viole le devoir de fidélité qui le lie à la collectivité, ce qui n'est pas le cas du simple citoyen qui le corrompt[43]. La création

---

41 ATF 121 IV 220; Jörg REHBERG, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2e éd., Zurich 1996, p. 405; PIETH, Korruption (n. 14), p. 46; TRECHSEL, Kurzkommentar (n. 21), n. 11 ad art. 110. De manière plus nuancée, BALMELLI (Bestechungstatbestände [n. 4], p. 109 ss, p. 127) retient que lorsque le critère formel de l'existence d'un statut de fonctionnaire ou d'employé en vertu du droit public est réalisé, cette circonstance est toujours déterminante. S'agissant des employés des établissements de droit privé dominés par l'Etat, BALMELLI admet que leurs employés sont des fonctionnaires au sens large, alors que, dans le cas des établissements de droit privé jouissant d'une large autonomie, seules les personnes exerçant des tâches relevant de la souveraineté étatique possèdent cette qualité.

42 BALMELLI, Bestechungstatbestände (n. 4) p. 225; Rudolf GERBER, «Zur Annahme von Geschenken durch Beamte des Bundes», *RPS* 1979, p. 248; REHBERG, Strafrecht IV (n. 41), p. 410; TRECHSEL, Kurzkommentar (n. 21), n. 8 ad art. 288, n. 10 ad art. 315; Günter STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, BT II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 4e éd., Berne 1995, § 57 n. 13. La doctrine plus ancienne appliquait les règles ordinaires en matière de participation (Ernst HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht, BT II*, Zurich 1943, pp. 756 et 761; Paul LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale II (art. 213 à 332)*, Neuchâtel/Paris 1956, n. prél. 4 ad art. 312, n. 7 ad art. 316; Philipp THORMANN/Alfred VON OVERBECK, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, II, BT, Einführung und Anwendung*, Zurich 1941, n. 5 ad art. 316).

43 TRECHSEL, Kurzkommentar (n. 21), n. 6a ad art. 288.

d'une infraction spéciale de moindre gravité visant la participation d'un particulier à un délit de fonction constitue toutefois une exception dans le Code pénal. L'application des règles générales gouvernant la participation aux délits propres purs conduirait à infliger à l'*extraneus* qui se rend coupable d'instigation la même peine qu'à l'auteur principal (art. 24 CP), alors que le complice bénéficierait d'une atténuation facultative de la peine (art. 25 CP).

Du point de vue de l'intérêt social lésé par la corruption, soit l'égalité des citoyens devant l'administration, la différence de traitement entre les deux parties au pacte de corruption ne se justifie pas[44]. Le serviteur de l'Etat est peut-être le dépositaire des règles garantissant l'égalité des chances des citoyens, mais c'est le corrupteur qui tire profit de l'infléchissement de ces mêmes règles en sa faveur et en défaveur des tiers éliminés[45]. Quant au rôle tenu par les parties respectives dans la perpétration de l'infraction, toutes les constellations sont imaginables: l'initiative du pacte peut certes émaner du fonctionnaire qui peut user de pressions allant jusqu'à l'extorsion, mais elle peut également être le fait du particulier, qui soumet le fonctionnaire à sa volonté par une stratégie subtile, mêlant flatterie, générosité et chantage.

Enfin, sur le plan de l'action pénale, la peine-menace plus clémente qui frappe le corrupteur se traduit par un délai de prescription plus bref, soit de cinq ans au lieu de dix (art. 70 CP). Il se peut donc que le fonctionnaire soit seul jugé pour une infraction dont le versant actif est prescrit. Cette circonstance peut faciliter l'enquête à certains égards, étant entendu que les corrupteurs, qui ne risquent plus la condamnation pénale, coopéreront d'autant plus librement avec les autorités; elle n'en reste pas moins contraire à l'équité.

De lege ferenda, il se justiferait, par conséquent, d'ériger la corruption active en crime et de créer une incrimination visant la contrepartie active de l'art. 316 CP[46].

---

[44] Dans ce sens, BORGHI/QUELOZ, Lücken (n. 14), p. 21.

[45] L'objection de TRECHSEL, qui estime que le corrupteur ne retire qu'un bénéfice de moindre importance de la corruption (Kurzkommentar [n. 21], n. 6a ad art. 288), ne tient pas compte des bénéfices énormes qui peuvent être réalisés grâce à l'obtention d'un marché. L'on ne saurait, par ailleurs, se rallier à l'argument de TRECHSEL (*loc. cit.*) en vertu duquel les actes constitutifs de l'art. 288 seraient plus largement définis que ceux de l'art. 315 CP. L'art. 288 CP réprime certes, au titre de l'infraction consommée, la simple offre; en contrepartie, l'art. 315 CP vise la sollicitation par le fonctionnaire, soit un comportement qui est également en amont du pacte.

[46] Il s'agit là également des propositions du groupe de travail *Sicherheitsprüfungen und Korruption* (Schlussbericht, n. 16, p. 81).

III. LA DIMENSION INTERNATIONALE

A. *De lege lata:* la corruption d'un fonctionnaire étranger, un acte pénalement indifférent

Comme toute infraction pénale, la corruption peut avoir une dimension internationale. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une compagnie suisse désireuse d'obtenir un contrat à l'étranger fait un paiement illicite à un fonctionnaire haut placé du pays concerné, ou encore lorsque le corrupteur et le corrompu, tous deux étrangers, conviennent d'un avantage accordé au fonctionnaire par l'intermédiaire du système bancaire suisse.

Le droit pénal suisse ne réprime pas la corruption de fonctionnaires étrangers. Cette limitation n'est pas posée par la lettre de la loi, puisque ni la définition légale de la notion de fonctionnaire à l'art. 110 ch. 4 CP ni la formulation des incriminations contenues aux art. 288, 315 et 316 CP n'exigent expressément que la personne corrompue soit un agent d'une autorité administrative suisse. Elle découle du but des infractions contre l'autorité publique (dont l'art. 288 CP) et contre les devoirs de fonction (dont les art. 315 et 316 CP) qui consiste à protéger des intérêts juridiques nationaux.

Notre ordre juridique détourne ainsi son regard des paiements effectués par des ressortissants suisses à l'étranger, considérant que les intérêts commerciaux des entreprises helvétiques sur les marchés étrangers ne peuvent être sauvegardés que si celles-ci sont en mesure de se plier aux «usages locaux» et préserver ainsi leur égalité de chances avec leurs concurrents. Le droit suisse n'est d'ailleurs pas le seul à adhérer à cette conception égoïstement étriquée de la lutte contre la corruption, suivie jusqu'il y a peu par la communauté internationale dans son ensemble, à l'exception des Etats-Unis d'Amérique, qui répriment la corruption par leurs ressortissants de fonctionnaires étrangers depuis l'adoption du *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* du 19 décembre 1977, amendé en 1988[47].

De lege lata, les tribunaux pénaux suisses ne sauraient donc réprimer la corruption de fonctionnaires étrangers. Il s'agit là d'une limitation qui découle de la définition des incriminations et non de la délimitation de la juridiction territoriale du juge suisse en vertu des art. 3 à 7 CP. Elle interdit une

[47] La comparaison des différentes législations nationales effectuée en 1997 par le Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg démontre que le choix consistant à limiter la répression de la corruption aux fonctionnaires nationaux est très largement partagé (Albin ESER/Michael ÜBERHOFEN/Barbara HUBER, *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, Freiburg 1997, pp. 780 ss).

condamnation en Suisse, même si l'infraction a été perpétrée sur le territoire national, à l'occasion d'un déplacement du fonctionnaire étranger, ou si le corrupteur est de nationalité suisse. En outre, la jurisprudence et la doctrine dominante appliquent les mêmes principes en matière de confiscation de valeurs patrimoniales issues de l'infraction (art. 59 CP). Le juge suisse ne saurait donc confisquer, au titre du produit de la corruption, l'avantage perçu par le fonctionnaire étranger, quand bien même il aurait été versé sur un compte en Suisse[48]. Cette interprétation restrictive est rejetée par SCHMID, qui reconnaît au juge suisse le droit de prononcer la confiscation des avoirs dans une procédure nationale, sans égard à la punissabilité concrète de l'infraction en vertu du droit suisse et même lorsqu'il n'existe aucun for pour l'action pénale[49]. Le juge suisse aurait ainsi pour mission de confisquer, peut-être même contre la volonté de l'Etat dont les intérêts ont été lésés, le produit de la corruption d'un fonctionnaire étranger, commise à l'étranger par des ressortissants étrangers. Cette opinion ne saurait être suivie, car le principe de la légalité interdit au juge pénal suisse de prononcer des peines ou des mesures en l'absence de la perpétration d'un acte déclaré punissable par notre ordre juridique[50].

Nonobstant ces limitations, le droit suisse ne se désintéresse pas entièrement de la corruption de fonctionnaires étrangers, puisque l'entraide internationale en matière pénale peut être accordée, la condition de la double incrimination à laquelle celle-ci est soumise étant interprétée de manière abstraite. Lorsque le juge suisse de l'entraide est saisi d'une requête basée sur la corruption d'un fonctionnaire, il doit «*raisonner comme si non seulement le corrupteur présumé avait agi en Suisse, mais que le fonctionnaire corrompu appartenait à une administration suisse*» (*SJ* 1994, p. 109)[51]. L'entraide

---

[48] *SJ* 1994, p. 110; ATF 115 Ib 553; Paolo BERNASCONI, «Bankbeziehungen und internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Neuere Entwicklungen», *RSDA* 1995, p. 66.

[49] SCHMID estime que le juge suisse est en droit de confisquer les avoirs provenant de toute infraction, même non soumise à sa juridiction (Einziehungsrecht [n. 21], p. 332); HARARI semble suivre cet avis, tout en exprimant certaines hésitations (Corruption à l'étranger [n. 14], pp. 5 s., 12 s.). La doctrine dominante est de l'avis contraire (cf., pour un résumé des opinions exprimées, Ursula CASSANI, «Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte [Art. 3-7 StGB]», *RPS* 1996, pp. 237 ss, p. 259 s., en particulier note 104). Le Tribunal fédéral a renoncé à trancher la question dans l'ATF 122 IV 93.

[50] Cette question ne se confond pas avec celle – expressément résolue par le texte légal de l'art. 58 CP, mais non de l'art. 59 CP – de savoir si des avoirs peuvent être confisqués alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable pour l'infraction dont ils sont issus.

[51] Dans le même sens, ATF 117 Ib 89; 118 Ib 546.

sera donc accordée s'agissant de la corruption d'un fonctionnaire appartenant à l'administration de l'Etat requérant mais non lorsque la requête émane d'un Etat tiers (*SJ* 1994, p. 110). Dans ce contexte, l'assistance fournie relèvera cependant essentiellement de la «petite entraide», y compris la remise des valeurs patrimoniales à l'étranger aux fins de confiscation en vertu de l'art. 74a EIMP[52]. Quant à l'extradition, elle représentera un cas de figure très exceptionnel, puisque le fonctionnaire étranger corrompu ne se trouvera selon toute vraisemblance pas dans notre pays et que le corrupteur ne peut être extradé sans son consentement s'il est de nationalité suisse (art. 7 EIMP).

Le produit issu de l'infraction est en outre susceptible de faire l'objet de blanchiment d'argent sur sol suisse. L'art. 305bis ch. 3 CP déclare expressément punissables les actes de blanchiment portant sur des valeurs patrimoniales obtenues par une infraction commise à l'étranger, à condition que l'acte constitue un crime au regard du droit suisse. Tel est bien le cas en l'espèce, puisque la corruption passive réprimée à l'art. 315 CP est un crime et qu'il convient, à notre sens, d'interpréter l'exigence de double incrimination de manière abstraite, comme c'est le cas en matière d'entraide[53]. L'application par analogie des principes développés en matière d'entraide permet de retenir le blanchiment d'argent portant sur les avoirs provenant de la corruption d'un fonctionnaire du lieu où se déroule l'infraction. Les tribunaux suisses sont ainsi en mesure de réprimer non pas l'infraction initiale mais les actes visant à dissimuler les valeurs patrimoniales qui en sont issues, dans la mesure tout au moins où la compétence territoriale de la Suisse en raison des actes de blanchiment est donnée. De la même manière, la confiscation pourra s'exercer sur ces valeurs, non pas au titre de la corruption, mais à celui du blanchiment.

---

52 HARARI, Corruption à l'étranger (n. 14), pp. 9 et 23.

53 Dans le même sens, Bernard BERTOSSA, «Corruption et entraide internationale: rôle de la Suisse», *Déviance et Société* 1996 (20/3), pp. 291 ss, p. 294. Ce point de vue est contesté par SCHMID qui estime que la condition de la double punissabilité doit être interprétée de manière concrète dans le contexte de l'art. 305bis ch. 3 CP (Niklaus SCHMID, «Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen Geldwäscherei, vor allem StrGB Art. 305bis», in: *Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, FSA* vol. 8, p. 113); sur ces questions, cf. Ursula CASSANI, *Commentaire du droit pénal suisse*, vol. 9, *Crimes ou délits contre l'administration de la justice (art. 303-311 CP)*, Berne 1996, n. 17 ad art. 305bis CP.

B. *De lege ferenda*: solidarité de la communauté internationale

La conception étroitement nationaliste du bien juridique lésé par la corruption apparaît de plus en plus insatisfaisante, en Suisse comme dans les pays qui nous sont proches. D'une part, elle ne se justifie que sur la base d'une prise en compte très partielle des intérêts sociaux lésés par la corruption, dans laquelle l'atteinte à l'«autorité» en tant qu'expression de la souveraineté nationale occulte les autres intérêts sociaux en présence, en particulier les intérêts économiques des tiers écartés. Or, à mesure que les grandes entreprises sont de plus en plus actives sur les marchés étrangers, la concurrence acquiert une dimension mondiale qui mérite la protection sans égard aux frontières nationales.

S'ajoute à cela la conscience croissante des responsabilités incombant aux pays économiquement forts vis-à-vis des pays du tiers monde. De plus en plus, la position libérale et relativiste, qui consistait à considérer la corruption comme une maladie de l'enfance et un passage obligé de l'économie en développement, cède le pas à une vision plus normative, percevant la corruption comme un phénomène universel, violant l'intérêt public et, en fin de compte, les droits de l'homme[54]. L'impunité de la corruption de fonctionnaires étrangers est combattue par diverses organisations supranationales et non gouvernementales; l'OCDE s'y emploie depuis 1976[55]. En date du 21 novembre 1997, ces efforts ont abouti à une Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Il s'agit là d'une victoire d'étape qui doit être confirmée par la ratification par un nombre significatif de pays industrialisés et la transposition des principes découlant de la Convention dans les législations nationales, puis – et ce sera l'aune à laquelle on mesurera la volonté réelle de combattre la corruption internationale – par la prise de sanctions contre les contrevenants[56].

---

[54] Riccardo LUCCHINI, «Entre relativisme et universalisme. Réflexions sociologiques sur la corruption», *Déviance et Société* (19/3) 1995, p. 219 ss, p. 220; cf. également PIETH, Internationale Harmonisierung (n. 14), p. 773 s.

[55] Cf. la *Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales* (du 21 juin 1976), Annexe I, Principes généraux, ch. 7 et 8, ainsi que la *Recommandation sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales*, adoptée par le Conseil lors de sa 829e session, le 27 mai 1994 et révisée le 23 mai 1997; PIETH, Soft Law (n. 14), p. 110; *id.*, Internationale Harmonisierung (n. 14), pp. 759, 769 s.

[56] Cette convention a été précédée de quelques mois par une convention applicable sur le plan de l'Union européenne (Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du Traité de l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, du 26 mai 1997, JOCE n° C 195/2 du 25.6.97; PIETH, Internationale Harmonisierung (n. 14), p. 768.

IV. CONCLUSION: LA SANCTION PÉNALE, UNE PIERRE DE L'ÉDIFICE

Le droit pénal n'est pas le seul, ni même le premier, instrument du contrôle social en matière de paiements illicites dans le secteur public. Conformément au principe de la subsidiarité qui régit son utilisation, il convient d'épuiser les possibilités offertes par les autres branches du droit, avant d'avoir recours à la sanction pénale. Or, la corruption de fonctionnaire intéresse, au tout premier chef, le droit administratif, qui définit les droits et devoirs des serviteurs de l'Etat, met en place l'organisation des administrations et fixe leur mode de fonctionnement, établit les règles gouvernant les marchés publics, le financement des partis politiques et le traitement des paiements illicites en droit fiscal.

Compte tenu des multiples facettes de la problématique, la lutte contre la corruption ne saurait être menée par la seule révision des dispositions pénales; elle exige une stratégie globale qui tienne compte de tous les instruments du contrôle social à disposition. Dans ce domaine comme dans tant d'autres, on se souviendra du conseil de BECCARIA: «*Le législateur doit être un architecte habile, qui sache en même temps employer toutes les forces qui peuvent contribuer à la solidité de l'édifice, et amortir toutes celles qui pourraient le ruiner*»[57].

A la différence de la France[58], la Suisse ne connaît pas de législation générale sur la corruption[59]. L'approche est ponctuelle et procède par touches. C'est ainsi que les règles fiscales permettant la déductibilité, au titre des dépenses justifiées par l'usage commercial, des pots-de-vin payés à des particuliers ou à des fonctionnaires, ont fait l'objet d'attaques successives qui remettent en cause la perspective autonome et amorale de cette discipline[60].

---

[57] Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris 1979, § XXIII, p. 113.

[58] La *Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* (JO 30 janvier 1993 p. 1588) a mis en place un Service central de prévention de la corruption et prévu un dispositif préventif destiné à améliorer la transparence dans des domaines tels que le financement des partis et campagnes politiques, les marchés publics et l'urbanisme commercial; cf. Guy DROUOT, «La loi no 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques», *Actualité législative Dalloz*, 1993, 15e cahier, pp. 153 ss; Christophe GUETTIER, *La loi anti-corruption*, Paris, 1993.

[59] BORGHI/QUELOZ, Lücken (n. 14), p. 17.

[60] La déductibilité fiscale des pots-de-vin découle d'une circulaire administrative («Kreisschreiben der eidgenössischen Steuerverwaltung vom 8. November 1946, Steuerrechtliche Behandlung der Schmiergelder», *Archives* 15 (1946/1947), p. 141).

Quant aux règles gouvernant les marchés publics, elles ont certes été entièrement repensées dans le cadre de l'adoption de la nouvelle législation fédérale et d'un accord intercantonal[61], avec pour but déclaré la création de conditions garantissant la transparence, mais ce but n'a été que partiellement atteint[62].

Enfin, le financement des partis politiques échappe encore à toute tentative de maîtrise et constitue une inconnue que BORGI et QUELOZ ont qualifié à juste titre de «*noyau dur*» et de «*tabou*» dans le débat sur la corruption en Suisse[63]. Dans ce domaine, les réticences manifestes du pouvoir politique s'opposent à la création des conditions de transparence indispensables à la lutte contre la corruption. Ce constat nous conduit à emprunter à notre dédicataire les paroles de KANT qui concluent sa contribution aux mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève[64]: «*Le droit ne doit jamais s'assujettir à la politique, c'est la politique qui doit être soumise au droit*»[65].

L'initiative parlementaire déposée le 16 juin 1993 par le conseiller national Carobbio, intitulée *Pots-de-vin. Non reconnaissance des déductions fiscales*, vise à déclarer non déductibles les pots-de-vin versés en Suisse et à l'étranger. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national a élaboré un projet de loi prévoyant la non-déductibilité des paiements occultes à des agents publics suisses et, selon l'avis de la majorité, étrangers (Initiative parlementaire, Pots-de-vin. Non-reconnaissance des déductions fiscales [Carobbio], Rapport du 29 janvier 1997, FF 1997 II 929 ss et avis du Conseil fédéral du 22 octobre 1997, FF 1997 IV 1195). Le projet sera envoyé prochainement en procédure de consultation.

61 Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1); Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (RS 943.02); Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (RS 172.056.4).

62 Peter GAUCH, «Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes», *RDS* 1995 I, pp. 3113 ss, p. 326; BORGHI/QUELOZ, Lücken, p. 18.

63 BORGHI/QUELOZ, Lücken (n. 14), p. 18; cf. également le rapport final du groupe de travail institué par le DFJP (n. 16), p. 43 s.

64 Bruno SCHMIDLIN, «Le Mien, le Tien et le Nôtre. Quelques réflexions philosophiques sur les limites du droit fondamental de la propriété», in: *Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, pp. 137 ss, p. 151.

65 Immanuel KANT, *Die Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 4e éd., Francfort 1982, VIII 642: «*Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.*»

Les règles de la bonne foi entre contrat et délit

Christine CHAPPUIS*

Entre le contrat, source d'obligations par excellence, et le délit, s'étend un *no man's land* dont la *culpa in contrahendo* s'était fort bien accommodée au fil des années. Ce *no man's land* a été élargi par le Tribunal fédéral avec les arrêts Swissair et Grossen devenus célèbres[1] et confirmés depuis lors[2]. Ces arrêts admettent tous deux une prétention en dommages-intérêts en l'absence de tout fondement contractuel ou délictuel, sur la base d'un chef de responsabilité autonome: la «responsabilité fondée sur la confiance»[3].

I. UN DÉVELOPPEMENT JURISPRUDENTIEL INTÉRESSANT

Afin de faciliter la compréhension de ce qui va suivre, un mot sera dit de l'état de fait des deux arrêts. Dans l'arrêt Swissair, le Tribunal fédéral admet

* La responsabilité pour confiance créée, thème principal de la présente contribution, fait l'objet d'un diplôme d'études supérieures en préparation à la Faculté de droit de Genève. Que son auteur, Madame Ariane MORIN soit remerciée de toutes les discussions, parfois contradictoires, qui ont enrichi ma réflexion. Mes remerciements s'adressent également au professeur Gilles PETITPIERRE, toujours disponible pour aider à évaluer un raisonnement ou approfondir une idée.

1 ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359; ATF 121/1996 III 350, SJ 1996 197, Pr. 1996 613 n° 168. Cf. les commentaires mentionnés par CHAPPUIS Christine, «La responsabilité fondée sur la confiance», *La Semaine Judiciaire* 1997, pp. 165 ss, n. 4, auxquels il faut ajouter: WIEGAND Wolfgang, «Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995», *Revue suisse des juristes bernois* 133/1997, pp. 111 ss, 114 ss; «Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts», Teil I, *recht* 1997, pp. 85 ss; SCHNYDER Bernhard, «Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995», *Revue suisse des juristes bernois* 133/1997, pp. 30 ss, 32 s.

2 Par l'ATF 123/1996 III 220, 230 s., JT 1997 I 242, 246 (rés.), qui élargit théoriquement le champ d'application de la responsabilité fondée sur la confiance tout en la déclarant inapplicable dans le cas soumis au Tribunal fédéral. Par ailleurs, un arrêt antérieur de quelques mois à l'arrêt Swissair développe la même idée sans toutefois que le Tribunal fédéral s'y réfère ultérieurement: ATF 120/1994 II 155, 171. Enfin, l'ATF 123/1996 III 35,42, JT 1997 I 322, 329 (traduction imprécise) mentionne la «*Vertrauenshaftung*», toutefois sans référence aux arrêts Swissair et Grossen.

3 ATF 123/1995 III 350, 335; «*Vertrauenshaftung*» selon l'ATF 120/1994 II 331, 337.

la responsabilité de principe d'une société mère (Swissair) en raison de la confiance créée chez la demanderesse (Wibru) par des déclarations de type publicitaire. Wibru s'était fiée à ces déclarations, qui faisaient état de l'appartenance de IGR au groupe Swissair, et avait perdu son investissement dans la faillite de IGR[4]. Quant au second arrêt, il reconnaît à un sportif, Grossen, une action en dommages-intérêts contre une association sportive faîtière (Fédération Suisse de Lutte Amateur, ci-après: la Fédération) dont ce dernier n'est pas membre. La Fédération avait imposé à Grossen une épreuve supplémentaire non prévue pour la participation aux Championnats du monde, alors que Grossen, pour satisfaire aux critères de sélection précédemment fixés, avait pris des congés non payés. Vaincu lors de l'épreuve supplémentaire, Grossen n'avait pas pu participer aux Championnats. Les conditions auxquelles sont soumis ces cas de responsabilité, et le Tribunal fédéral insiste sur ce point, «sont strictes: il faut que par son comportement, la société mère ait provoqué, puis déçu de manière contraire à la bonne foi, des attentes déterminées quant à son rôle et à sa responsabilité dans le groupe»[5]. «La responsabilité de la société mère suppose, entre le lésé et le responsable, une relation particulière («*Sonderverbindung*»), soit un rapport spécial de confiance et de fidélité»[6].

En ce qui concerne le fondement théorique de ce raisonnement, le Tribunal fédéral, dans le premier arrêt, examine soigneusement la question sous l'angle contractuel[7] avant de balayer en une phrase le fondement délictuel. Dans le second arrêt, c'est l'aspect contractuel qui est rapidement écarté alors

---

4 IGR Holding Golf and Country AG (ci-après IGR) était une société fondée en 1987 par Swissair Beteiligungen AG. IGR offrait à ses clients des résidences luxueuses à proximité de terrains de golf. La documentation publicitaire faisait état de l'appartenance de IGR au groupe Swissair et mentionnait par exemple que «partout où se trouve International Golf and Country Residences, elle bénéficie de l'appui de Swissair. IGR est une entreprise autonome de Swissair, mais elle travaille selon les mêmes principes que sa société mère» (ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 362 (cons. 3 b). Pour devenir «membre», il fallait payer d'avance un montant de 30 000 à 90 000 fr. Les membres avaient le droit de jouir chaque année de leurs résidences pendant une durée de 40 ans. Wibru Holding AG (ci-après: Wibru) acquit la qualité de «membre» en décembre 1988. En mai 1989, IGR devint une filiale à 100% de Euroactividade AG. Elle fut ultérieurement déclarée en faillite. Wibru, n'ayant pas obtenu le remboursement de la somme qu'elle avait versée en décembre 1988, s'adressa à Swissair Beteiligungen AG.

5 ATF 121/1995 III 350, 355-356, Pr. 1996 613, 617.

6 ATF 121/1995 III 350, 356, Pr. 1996 613, 617.

7 L'ATF 120/1994 II 331, 333-335, JT 1995 I 359, 361-363 examine, pour les rejeter, la possibilité d'une déclaration de patronage (cons. 2) et d'une promesse de porte-fort (cons. 3).

que quelques considérations intéressantes tirées de l'opinion de KELLER[8] sont consacrées au fondement délictuel, également rejeté. L'absence de fondement délictuel et contractuel n'empêche pas le Tribunal fédéral de retenir l'existence d'un chef de responsabilité dans les deux cas. Dans l'aventure, le *no man's land* évoqué plus haut a gagné un nom et changé de taille. Il se nomme désormais «*Vertrauenshaftung*» en allemand et «responsabilité fondée sur la confiance» en français[9]. Comprenant initialement la seule *culpa in contrahendo*, ce domaine du droit de la responsabilité a été enrichi par la jurisprudence, de la responsabilité pour renseignements inexacts, de la responsabilité d'une société mère envers les partenaires contractuels d'une filiale en raison de la confiance suscitée dans le comportement de la société mère, de celle d'une association sportive faîtière envers un non-membre[10] et, en dernier lieu, d'une possible responsabilité d'une filiale envers les partenaires contractuels de la société mère en raison de la confiance suscitée dans le comportement de la filiale[11].

Pour éviter le danger d'avalanche que pourraient laisser craindre ces arrêts[12], il devient urgent de donner une assise théorique à ce développement nouveau. La lutte contre le spectre de l'insécurité juridique, qui ne manque pas de surgir devant la brèche grandissante ouverte dans le droit de la responsabilité, est à ce prix. Il ne paraît en effet pas souhaitable, au contraire de ce qui résulte de la jurisprudence, de laisser ces situations toujours plus nombreuses en suspens dans les limbes de ce qui n'est ni réellement un contrat, ni tout à fait un acte illicite. La présente contribution se propose de démontrer que les art. 41 al. 1 et 97 al. 1 CO forment un système cohérent et propre à appréhender tous les cas de responsabilité décrits, pour autant que l'on reconnaisse aux règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) une portée autonome.

---

8 KELLER Max/GABI Sonja, *Das Schweizerische Schuldrecht*, vol. 2, *Haftpflichtrecht*, 2e éd., Bâle 1988, pp. 40 ss; KELLER Max, «Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?», *recht* 1987, pp. 136 s. Cf. *infra*, II.a.

9 Expression à laquelle on pourrait préférer celle de responsabilité «pour confiance créée», afin d'éviter de porter trop loin l'imputation du dommage à un tiers et d'insister sur le comportement tout à fait particulier que suppose une telle responsabilité.

10 Pour ces trois cas, cf. ATF 121 III 350, 354 et 355, Pr. 1996 613, 616 et 617; ATF 120/1994 II 330, JT 1995 I 359.

11 ATF 123/1996 III 220, 230 s., JT 1997 I 242, 246, cité *supra* n. 2.

12 DRUEY Jean Nicolas, «Droit des groupes de société» (commentaire de l'arrêt Swissair), *Revue suisse de droit des affaires* 1995, pp. 93 ss, 96; BÄR Rolf, «Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994», *Revue suisse des juristes bernois* 132/1996, pp. 447 ss, 454, 456.

II. PORTÉE DES RÈGLES DE LA BONNE FOI

Déterminer la portée des règles de la bonne foi suppose que l'on examine si et à quelle condition l'art. 2 al. 1 CC est susceptible de trouver application en dehors d'un rapport juridique préexistant et si cette disposition peut être une source de devoirs dont la violation pourrait entraîner l'obligation de réparer le dommage, soit sur la base de l'art. 41 al. 1 CO, soit sur celle de l'art. 97 al. 1 CO.

a) Dans le cadre des art. 41 al. 1 et 97 al. 1 CO

Dans l'arrêt Grossen, le Tribunal fédéral, d'une part, affirme que, faute d'engagement contractuel, une responsabilité fondée sur l'art. 97 al. 1 CO n'entre pas en considération, d'autre part, admet que la condition de l'illicéité n'est pas réalisée[13]. Sur le premier point, on pourrait effectivement être tenté de retenir que, faute d'engagement contractuel, l'art. 97 CO ne trouve pas application. Ce serait toutefois rétrécir singulièrement le champ d'application de cette disposition qui ne suppose nullement la conclusion d'un contrat. Sa condition première est la violation d'une obligation dont la source peut se trouver tant dans un contrat que dans la loi[14]. C'est à tort que la responsabilité fondée sur l'art. 97 CO est nommée «responsabilité contractuelle»; il s'agit plus exactement d'une responsabilité pour inexécution d'une obligation en général[15]. L'absence de contrat ne suffit par conséquent pas à exclure l'application de l'art. 97 CO qui suppose simplement l'existence d'une obligation, c'est-à-dire d'un devoir particulier. Si l'on admet qu'une telle obligation peut trouver son fondement à l'art. 2 al. 1 CC, la violation de celle-ci sera directement réglée par l'art. 97 al. 1 CO.

En ce qui concerne le second point, un comportement est illicite, selon la définition objective de l'illicéité retenue par la jurisprudence, s'il viole un

---

13 ATF 121/1995 III 350, 354, cons. 6 a) et b), Pr. 1996 613, 616.

14 WIEGAND Wolfgang, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, n. 3 *ad* art. 97 CO; GAUCH Peter/SCHLUEP Walter, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, vol. II, 6e éd., Zurich 1995, n° 2567; v. TUHR Andreas/ESCHER Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, vol. 2, 3e éd., Zurich 1974, § 68, p. 94 n. 2a.

15 ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd., Berne 1997, p. 704; YUNG Walter, «Devoirs généraux et obligations» (1968), in: *Etudes et articles*, Genève 1971, pp. 111 ss, 115.

devoir légal général, soit qu'il lèse un droit absolu du lésé («*Erfolgsunrecht*»), soit qu'il provoque une atteinte de nature purement économique en violation d'une norme protectrice («*Verhaltensunrecht*»)[16]. Le problème est de déterminer si l'art. 2 CC constitue une source autonome de devoirs légaux dont la violation constituerait un acte illicite, comme le soutient KELLER[17]. Or, le Tribunal fédéral refuse «sauf cas tout à fait exceptionnels, de considérer l'art. 2 CC comme une norme de protection fondamentale dont la violation est propre à entraîner une responsabilité basée sur l'art. 41 CO; l'art. 2 CC ne fonde en effet pas une obligation indépendante, mais s'applique en rapport avec des droits et obligations déjà existants»[18]. Cette opinion, qui relève d'une interprétation littérale de l'art. 2 al. 1 CC, correspond à celle d'une partie de la doctrine[19].

---

[16] ATF 123/1997 III 306, 312; 122/1996 III 176, 192; 119/1993 II 127, JT 1994 I 298, 300, se référant à l'ATF 108/1982 II 305, 311, JT 1983 I 609, 610 (rés.). Cette définition correspond à celle de la doctrine dominante: GAUCH Peter, «Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts», *recht* 1996, pp. 225 ss, 232; ENGEL, Traité (n. 15), pp. 448 ss; BREHM Roland, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Berner Kommentar,* ad art. 41-60 CO, Berne 1990, n. 35 ss ad art. 41 CO; REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zurich 1995, n° 670 ss; DESCHENAUX Henri/ TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2e éd., Berne 1982, § 6 n° 8 ss, pp. 70 ss. Approche plus restrictive: WERRO Franz, in: TERCIER Pierre/WERRO Franz, «Les grandes notions de la RC: quoi de neuf?», in: *Journées du droit de la circulation routière* 1996, Fribourg 1996, pp. 24 ss, 24-25.

[17] KELLER/GABI, Haftpflichtrecht (n. 8), pp. 40 s.; KELLER, Treu und Glauben (n. 8), p. 137. Dans le même sens: PETITPIERRE Gilles, «Les fondements de la responsabilité civile», *Revue de droit suisse* 116/1997 I, pp. 273 ss, 279; ENGEL, Traité (n. 15), p. 450; KUHN Moritz, «Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung», *Revue Suisse de Jurisprudence* 1986/82, pp. 345 ss, 353; OFTINGER Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. I, 4e éd., Zurich 1975, § 130, p. 130; OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, *Das Obligationenrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (art. 1-183 CO),* 2e éd., Zurich 1929, n. 9 ad art. 41 CO. MERZ Hans, in: *Berner Kommentar, Einleitung* (art. 1-10 CC), Berne 1996, n. 84 ad art. 2 CC, semble considérer les règles de la bonne foi comme une concrétisation de la notion d'illicéité, ce qui devrait entraîner l'illicéité d'un comportement contraire aux règles de la bonne foi.

[18] ATF 123/1995 III 350, 354, Pr. 1996 613, 616.

[19] Cf. en particulier, STARK Emil W., in: OFTINGER Karl/STARK Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. 2, *Besonderer Teil*, 1re partie, 4e éd., Zurich 1987, § 16, n° 108 ss, pp. 39 ss [opinion contraire à celle exprimée par OFTINGER (n. 17) en 1975]; BREHM, BeKo (n. 16), n. 53 ad art. 41 CO; REY, Haftpflichtrecht (n. 16), p. 142 n° 718. Nuancé: SCHNYDER Bernhard, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, n. 36 ad art. 41 CO.

L'idée que l'art. 2 al. 1 CC est une norme d'application du droit (*Rechtsanwendungsnorm*)[20] supposant un rapport juridique préexistant peut être remise en cause à trois égards. Cette idée est contredite, en premier lieu, par la reconnaissance, dans les deux arrêts, de devoirs de comportement incombant à Swissair comme à la Fédération et qui trouvent leur fondement dans les règles de la bonne foi[21], alors que, précisément, l'art. 2 al. 1 CC ne devrait pas être applicable faute d'un rapport juridique préexistant. Ainsi, le Tribunal fédéral, tout en refusant de voir dans la violation de l'art. 2 al. 1 CC un acte illicite, donc un cas de responsabilité extracontractuelle, admet que la violation de devoirs fondés sur la même disposition engendre une responsabilité pour confiance créée. La crainte d'un dérapage du droit de la responsabilité délictuelle, qui explique le refus de considérer la violation de l'art. 2 al. 1 CC comme un acte illicite, n'est pas moins présente devant la reconnaissance d'une telle responsabilité en dehors des fondements juridiques existants. En second lieu, ce refus du Tribunal fédéral est contraire à la reconnaissance toute générale de la *culpa in contrahendo*. Les pourparlers précontractuels ne constituent pas encore un rapport juridique, ce rapport ne naissant qu'avec la conclusion du contrat. L'art. 2 CC ne serait par conséquent pas applicable avant la conclusion du contrat. Pourtant, il est généralement admis que des devoirs fondés sur l'art. 2 CC résultent du rapport de pourparlers[22]. En ma-

---

20 STARK, *Haftpflichtrecht*, (n. 19), § 16 n° 114, p. 140; MERZ, BeKo (n. 17), n. 30 ad art. 2 CC.

21 ATF 120/1994 II 331, 337 (passage non traduit au JT 1995 I 359, 364): «Daraus ergeben sich Art und Umfang der **auf Treu und Glauben beruhenden Verhaltenspflichten**, deren Verletzung eine Vertrauenshaftung auslöst» (caractère gras ajouté). Dans l'arrêt Grossen, on peut lire que «cette attitude contraire aux règles de la bonne foi était propre à engager la responsabilité de la défenderesse pour le dommage causé au demandeur» (ATF 121/1995 III 350, 357, Pr. 1996 613, 619), ce qui laisserait entendre que la responsabilité fondée sur la confiance trouverait directement sa source à l'art. 2 al. 1 CC et constituerait encore une étape supplémentaire par rapport à la simple admission de l'application autonome de l'art. 2 CC. Cf. par ailleurs, SCHNYDER, *RJB* 1997 (n. 1), p. 32.

22 ATF 116/1990 II 695, JT 1991 I 625, 629; ATF 105/1979 II 75, 79 s., JT 1980 I 66, 70; ATF 77/1951 II 135, 136. Pour la doctrine, cf. GAUCH/SCHLUEP, Obligationenrecht I (n. 14), n° 948; TERCIER Pierre, «La culpa in contrahendo», in: *Premières journées juridiques yougoslavo-suisses*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne 1984, pp. 225 ss, 227; SPIRO Karl, «Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen», *Revue de droit suisse* 105/1986 I, pp. 619 ss, 622; GUHL Theo/KOLLER Alfred/DRUEY Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8e éd., Zurich 1991, p. 98; GONZENBACH Rainer, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, Berne 1987, p. 7, 92 s.; SCHÖNLE Herbert, «La bonne foi dans les relations entre particuliers» (1994), in: *Droit des obligations et droit bancaire, Etudes*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995, pp. 29 ss, 31; BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationen-*

tière de *culpa in contrahendo*, et quelle que soit la qualification adoptée, l'art. 2 CC est bien une source de devoirs juridiques, autonome et indépendante d'un rapport juridique encore inexistant[23]. Si, dans ce domaine, l'art. 2 CC n'a pas la portée restreinte d'une norme d'application du droit, on ne voit pas pourquoi cette disposition ne serait jamais une source autonome de devoirs dont la violation serait, le cas échéant, illicite. Il faut signaler en troisième lieu un arrêt, postérieur à celui cité[24] dans l'affaire Grossen, qui admet expressément que la violation des règles de la bonne foi peut constituer un acte illicite[25]. Il est intéressant de noter pour terminer que l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile va dans le même sens, puisque son art. 13 al. 2 prévoit qu'un fait dommageable est illicite notamment s'il est contraire au principe de la bonne foi[26].

Etant donné que l'absence de rapport juridique préexistant n'empêche pas le Tribunal fédéral d'appliquer l'art. 2 al. 1 CC, on ne peut pas en rester à une interprétation purement littérale de cette disposition et lui refuser toute portée autonome. Cela étant, le problème est de déterminer à quelles conditions l'art. 2 al. 1 CC est applicable en dehors d'un rapport juridique préexistant et s'il engendre des devoirs particuliers ou des devoirs généraux, voire les deux.

---

recht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2e éd., Zurich 1988, § 17, p. 286; KRAMER Ernst A., in: KRAMER Ernst A./SCHMIDLIN Bruno, *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Berne 1986, Allg. Einl. n. 134.

23 «L'ouverture des pourparlers crée déjà une relation juridique entre elles [les parties] et leur impose des devoirs réciproques»: ATF 123/1995 III 350, 354, Pr. 1996 613, 616; cf. également ATF 77/1951 II 135, 136. Cf. en outre, YUNG, Devoirs (n. 15), p. 118. La question ne paraît pas controversée en droit allemand: MEDICUS Dieter, «Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt», in: *Festschrift für Max Keller*, Zurich 1989, pp. 205 ss, 208.

24 Cf. *supra*, n. 18 et ATF 108/1982 II 305, 311, JT 1983 I 609, 610 (rés.).

25 ATF 116/1990 Ia 162, 169, JT 1992 IV 52, 55: «*Im weiteren gelten als Verhaltensnormen das Verbot des Handelns wider Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) sowie das Verbot des rechtsmissbräuchlichen Handelns (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Jeder Verstoss gegen derartige Verhaltensnormen wird als widerrechtlich erfasst*».

26 Une version, bilingue et consolidée au 4 avril 1996, de l'avant-projet est publiée dans la *Revue de droit suisse* 116/1997 I, pp. 407 ss.

b) Condition d'application de l'art. 2 al. 1 CC: le rapport particulier de confiance et de fidélité

La thèse de KELLER[27], rejetée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Grossen, représente un bon point de départ dans cette réflexion. Partant de l'arrêt dans lequel le Tribunal fédéral, tout en refusant à l'art. 2 al. 1 CC le caractère d'une norme fondamentale de protection, a réservé des «cas tout à fait exceptionnels»[28], KELLER établit une liste[29] de situations types à partir de la jurisprudence, susceptibles de constituer des exceptions à cette règle posée par le Tribunal fédéral. Le point commun des situations énumérées résiderait dans le rapport particulier de confiance et de fidélité («*besonderes Vertrauens- und Treueverhältnis*») qui lie les parties. Celui-ci constituerait le rapport juridique particulier («*rechtliche Sonderverbindung*») posé par la doctrine comme condition de l'obligation de respecter les règles de la bonne foi au sens de l'art. 2 al. 1 CC[30]. L'illicéité reposerait donc sur une violation des règles de la bonne foi à la condition qu'il existe entre le lésant et le lésé un rapport particulier de confiance et de fidélité. La thèse de KELLER implique la transformation en rapport de droit d'un rapport qui, même particulier, même de confiance et de fidélité, n'est qu'un rapport de fait[31]. Ce passage du fait au droit, susceptible de justifier l'application de l'art. 2 al. 1 CC, mérite un détour.

---

27 Cf. *supra* n. 8 et 17.

28 ATF 108/1982 II 305, 311, JT 1983 I 609, 610 (rés.).

29 Sont mentionnées l'illicéité pour violation des règles de la bonne foi sur la base d'un rapport procédural ou d'un rapport de pourparlers [KELLER/GABI, Haftpflichtrecht (n. 8), p. 41, se réfèrent à l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de *culpa in contrahendo*: ATF 80/1954 II 37 ss], l'illicéité pour violation des règles de la bonne foi résultant d'un renseignement ou conseil inexact en dehors d'un contrat ou de la mise en circulation de titres ou d'autres écrits. Une démarche du même ordre est suivie par CHAUDET François, «L'obligation de diligence du banquier suisse, *Revue de droit suisse* 113/1994 II, pp. 1 ss, 32 ss, et LÄNZLINGER Andreas, *Die Haftung des Kreditgebers*, thèse, Zurich 1991, pp. 114 ss. Ces auteurs admettent une exception au principe selon lequel l'art. 2 CC n'a pas de portée autonome. Cette exception est désignée par les termes de «responsabilité fondée sur la confiance» (l'expression semble être de CHAUDET, p. 33) qui recouvrirait trois situations: la responsabilité pour faux renseignements (CHAUDET, p. 34; LÄNZLINGER, pp. 118 ss), la création d'un état de fait fictif (CHAUDET, pp. 34 s.; LÄNZLINGER, pp. 121 ss) et le devoir de renseigner (CHAUDET, p. 35; LÄNZLINGER, pp. 127 s.). Telles sont les situations exceptionnelles dans lesquelles une violation des règles de la bonne foi pourrait constituer un acte illicite (CHAUDET, p. 33; LÄNZLINGER, pp. 117 s.).

30 KELLER/GABI, Haftpflichtrecht (n. 8), p. 41; KELLER, Treu und Glauben (n. 8), p. 137.

31 Ce que YUNG, Devoirs (n. 15), p. 118, appelait une «relation de fait caractérisée».

REY[32], poursuivant sur la lancée de KELLER, considère que c'est l'art. 2 al. 1 CC qui transforme un simple rapport particulier («*Sonderverbindung*») en un rapport juridique particulier («'*rechtliche' Sonderverbindung*»). L'art. 2 al. 1 CC trouverait ainsi application et ferait naître certains devoirs dont la violation constituerait un acte illicite. On voit bien la contradiction: l'art. 2 al. 1 CC intervient une première fois pour qualifier un rapport de fait de rapport juridique, puis une seconde fois pour créer des devoirs entre les parties. Pour YUNG[33], un rapport de fait caractéristique tel qu'il se noue entre les parties à des pourparlers contractuels «mérite, dans le silence de la loi, d'être converti en rapport de droit véritable». Voilà qui est honnête, mais conduit à se demander si ce silence doit être assimilé à une lacune de la loi. C'est ce que semblent admettre GAUCH/SCHLUEP[34] lorsqu'ils considèrent que la *culpa in contrahendo* ne peut être introduite dans notre système juridique que par le biais du comblement d'une lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC). Pourtant, leur raisonnement souffre également d'une contradiction. Ils admettent d'emblée que le rapport de pourparlers est un rapport juridique auquel l'art. 2 CC est applicable[35]. Si tel est le cas, non seulement l'étape de la lacune est déjà dépassée, mais on ne voit pas quel serait l'obstacle à une application directe, soit de l'art. 41 al. 1 CO si les devoirs fondés sur l'art. 2 CC sont qualifiés de devoirs généraux, soit de l'art. 97 al. 1 CO si ces devoirs sont considérés comme des devoirs particuliers. Sans entrer plus avant dans un débat théorique qui dépasserait le cadre restreint de la présente contribution, on proposera le raisonnement suivant. Dans la mesure où l'art. 2 al. 1 CC exprime un principe très général dont l'application déborde largement du cadre restreint du code civil et des obligations, cette disposition doit être précisée avant d'être appliquée à une situation concrète[36]. Cette opération de concrétisation devrait permettre de spécifier le genre de rapports auxquels l'art. 2 al. 1 CC est applicable, de telle sorte à y inclure certains rapports caractéristiques, même non juridiques.

---

32 REY Heinz, «Rechtliche Sonderverbindung und Rechtsfortbildung» in: *Mélanges Keller*, Zurich 1989, pp. 231 ss, 234-235.

33 YUNG, Devoirs (n. 15), p. 119.

34 GAUCH/SCHLUEP, Obligationenrecht I (n. 14), n° 982.

35 GAUCH/SCHLUEP, Obligationenrecht I (n. 14), n° 948: «*Dementsprechend ist das Verhandlungsverhältnis ein Rechtsverhältnis, in dem sich die allgemeine Verpflichtung zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (ZGB 2) konkretisiert*».

36 Cf. ZELLER Ernst, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchverbot*, Zurich 1981, § 20 p. 278; DESCHENAUX Henri, *Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit civil suisse*, t. 2, Fribourg 1969, pp. 140 ss, 142; MERZ, BeKo (n. 17), n. 29 ad art. 2 CC.

Cela étant, on retiendra avec la jurisprudence que la condition nécessaire à l'application de l'art. 2 al. 1 CC est l'existence d'une «relation particulière («*Sonderverbindung*»), soit [d']un rapport spécial de confiance et de fidélité»[37]. La question est de déterminer quels sont les rapports particuliers de fait qui méritent d'être assimilés à un rapport de droit, afin de justifier leur soumission aux règles de la bonne foi. La doctrine enseigne que ce rapport particulier est une relation humaine[38] qui peut naître d'un contact soit direct, soit indirect entre deux personnes[39]. L'exemple type du contact personnel direct et immédiat est celui des pourparlers contractuels. D'autres exemples figurant dans l'énumération de KELLER[40] peuvent être mentionnés ici: ainsi le rapport naissant entre la personne qui demande un renseignement et celle qui accepte, en dehors d'un contrat, de le fournir ou le rapport entre les parties à une procédure. Le contact est indirect ou médiat[41] lorsque le rapport particulier entre le lésant et le lésé résulte d'un contrat liant le lésant à un tiers et qui produirait effet pour le lésé[42].

Il faut relever ici que les situations de fait à la base des arrêts Swissair et Grossen ne correspondent pas aux catégories décrites par la doctrine. Il n'y a aucun contact direct entre Swissair et Wibru, le client de la filiale de Swissair, ni entre la Fédération et Grossen. Par ailleurs, il n'aurait pas suffi pour admettre un rapport indirect entre Swissair et Wibru, que le contrat conclu entre Wibru et IGR, la filiale de Swissair, déploie un effet protecteur pour un tiers, il aurait fallu admettre l'effet inverse, soit la participation d'un tiers (Swissair) à ce contrat avec effet protecteur pour une partie[43]. De même, il paraissait

---

37 ATF 121/1995 III 350, 356, Pr. 1996 613, 617.

38 WALTER Hans Peter, «Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages», *Revue suisse des juristes bernois* 132/1996, pp. 273 ss, 282.

39 REY, Sonderverbindung (n. 32), pp. 234 ss, 236 ss. Dans le même sens, WALTER, RJB (n. 38), p. 295. Cf. également, KRAMER, BeKo (n. 22), Allg. Einl. n. 141; GONZENBACH, Culpa in contrahendo (n. 22), p. 35 ss.

40 Cf. *supra* n. 18.

41 REY, Sonderverbindung (n. 32), pp. 236 ss.

42 Cela donnerait, selon certains auteurs, un appui à la théorie allemande du contrat avec effet protecteur pour les tiers: REY, Sonderverbindung (n. 32), pp. 236 ss; WALTER, RJB (n. 38), pp. 281 s., 290. WIEGAND, RJB (n. 1), p. 127, considère que la reconnaissance d'un effet protecteur pour les tiers découle de manière inévitable des arrêts Swissair et Grossen. Contre cette théorie: PIOTET Paul, *Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?*, Berne 1994, et «Une théorie juridique allemande en Suisse: la responsabilité contractuelle quant au dommage subi par un tiers, in: *Recueil de travaux*, Lausanne 1982, pp. 337 ss.

43 GONZENBACH Rainer, «Senkrechtstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus 'Konzernvertrauen'», *recht* 1995, pp. 117, 124. La théorie du contrat avec effet protecteur n'étant pas reçue par la jurisprudence [cf. ATF 117/1991 II 315, 320

difficile de construire un rapport indirect entre la Fédération et Grossen, un membre de l'association de base qui est elle-même membre d'une association, cette dernière étant membre de la Fédération[44]. Ce nonobstant, le Tribunal fédéral admet dans les deux cas l'existence d'un rapport particulier de confiance et de fidélité.

Dans l'arrêt Grossen, ce lien est déduit de la position monopolistique d'une fédération à l'égard d'un sportif individuel. Le sportif a des devoirs, notamment de fidélité, à l'égard de la Fédération, de même que cette dernière a des devoirs, notamment celui de la fidélité aux actes, à l'égard du sportif[45]. Il s'agit d'un rapport de fait, ni direct, ni indirect, mais qui est qualifié par l'existence de devoirs réciproques de nature associative ou sportive. Dans ces circonstances, lorsque la Fédération fixe les critères de sélection pour les Championnats, elle éveille chez le sportif certaines attentes. Si elle revient ensuite sur cette procédure en ajoutant une épreuve supplémentaire, elle déçoit l'attente du sportif, ce qui constitue une violation du devoir fondé sur l'art. 2 al. 1 CC. Cet arrêt permet de vérifier clairement les conditions «strictes» posées par la jurisprudence.

En revanche, cette vérification est plus délicate dans l'affaire Swissair. Cela tient au fait que les deux arrêts sont équivoques sur le rapport existant entre les conditions dites strictes d'attentes provoquées puis déçues et l'exigence du rapport spécial de confiance et de fidélité. A lire l'arrêt Grossen[46], on peut comprendre que ces conditions sont cumulatives. C'est le fait de provoquer certaines attentes alors qu'il existe déjà un rapport spécial entre les parties, qui ferait naître un devoir fondé sur l'art. 2 al. 1 CC. Mais rien de comparable au lien entre le sportif de base et sa Fédération dans l'arrêt Swissair. Il existe entre la société mère et sa filiale une relation de groupe qui, s'agissant de deux personnes morales distinctes, n'a rien de juridique (sous réserve d'éventuels accords entre elles). En revanche, il n'y a aucun lien quelconque

(fr.); question non réexaminée in: ATF 120/1994 II 112, 116, JT 1995 I 202, 206 s. et ATF 121/1995 III 310 315, et 317, JT 1996 I 359, 364 et 366], celle de la participation d'un tiers avec effet protecteur pour une partie paraîtrait encore moins soutenable. Par ailleurs, la simple relation antérieure de groupe entre Wibru et Swissair n'est pas suffisante, à elle seule, pour admettre un contact indirect entre Swissair et les clients de ses filiales.

44 L'arrêt ne contient aucun renseignement précis sur la manière dont les critères de sélection sont parvenus à la connaissance de Grossen. Selon la méthode adoptée par la Fédération, un contact direct n'est pas exclu.

45 ATF 121/1995 III 350, 356 (cons. 6 d), Pr. 1996 613, 617-618.

46 ATF 121/1995 III 350, 356 (fin du cons. 6 c) et 356-357 (cons. 6 d), Pr. 1996 613, 617 et 617-618. L'idée que ces conditions sont cumulatives est exprimée dans un précédent article sur le sujet: CHAPPUIS, Responsabilité (n. 1), pp. 170 s.

entre une société mère et les clients de sa filiale, pas même un lien de fait. Le rapport particulier ne prend dès lors naissance qu'avec les déclarations publicitaires de la société mère[47] qui éveillent des attentes déterminées chez les futurs clients de la filiale. Il faut en déduire que les attentes déterminées suscitées chez autrui sont propres soit à qualifier un rapport de fait préexistant (arrêt Grossen), soit à faire naître un certain rapport (arrêt Swissair), deux situations correspondant à l'exigence du rapport spécial de confiance et de fidélité. Ainsi dans l'arrêt Swissair, le rapport particulier est créé par les attentes suscitées chez le lésé. Il s'agit d'un lien fort ténu, n'impliquant aucun contact direct, ni indirect au sens où l'entend la doctrine, entre la société mère et le client de sa filiale, raison pour laquelle la jurisprudence du Tribunal fédéral a été vivement critiquée sur ce point[48]. Il faut bien admettre que si le rattachement se fait sur la base d'un simple comportement propre à faire naître des attentes en dehors de toute relation préexistante, le fondement juridique de l'obligation de réparer le dommage paraît bien peu solide. En revanche, lorsque les attentes sont suscitées dans le cadre d'un rapport préexistant, comme dans l'arrêt Grossen, ce raisonnement ne choque pas.

Il faut retenir de cette analyse de la jurisprudence qu'un rapport spécial de confiance et de fidélité naît lorsque des attentes déterminées sont provoquées chez autrui, du fait du comportement ou des déclarations d'une personne, aussi bien s'il existe préalablement un rapport de fait entre cette personne et le lésé, qu'en l'absence d'un tel rapport préexistant. Telle est la condition nécessaire à l'application de l'art. 2 al. 1 CC en dehors d'un rapport juridique préexistant.

c) Devoir général, devoir particulier

La portée autonome de l'art. 2 al. 1 CC ayant été admise dans l'hypothèse d'un rapport spécial de confiance et de fidélité, il faut se demander si cette disposition fonde des devoirs généraux dont la violation est illicite au sens de

---

[47] On ne peut s'empêcher de relever avec quelle facilité le Tribunal fédéral attribue à la société mère les déclarations publicitaires émanant de la filiale, alors que la première, au mieux, ne devait pas les ignorer. Cf. AMSTUTZ Marc/WATTER Rolf, «Droit des sociétés (Konzernhaftung)», *Pratique Juridique Actuelle* 1995, pp. 502 ss, 506 s.; WICK Markus, «Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht», *Pratique Juridique Actuelle* 1995, pp. 1270 ss, 1279 n. 80.

[48] WICK, PJA (n. 47), pp. 1278 ss; GONZENBACH, *recht* (n. 43), pp. 124 ss.

l'art. 41 al. 1 CO ou des devoirs particuliers, soit des obligations, dont la violation est sanctionnée par l'art. 97 al. 1 CO[49].

Le devoir («*Pflicht*») est une injonction donnée par l'ordre juridique à l'individu et que celui-ci doit observer[50]. Le devoir général existe à charge de, ou envers, un nombre indéterminé de personnes et prend sa source dans le droit objectif. Le cercle des personnes protégées découle de l'interprétation de la règle prescrivant le devoir[51]. En revanche, le devoir incombant à une personne déterminée envers une autre est un devoir particulier (ou obligation). Contrairement au devoir général, le devoir particulier trouve sa source soit dans le droit objectif, soit dans un acte juridique[52]. YUNG[53] relève qu'une seule et même règle est susceptible d'engendrer à la fois des devoirs généraux et des obligations. Tel est en particulier le cas des principes généraux nécessitant une concrétisation en vue de leur application à un cas particulier. Selon cet auteur, l'art. 2 al. 1 CC est une telle règle, source possible de devoirs généraux, comme d'obligations. Cette disposition engendre des devoirs généraux lorsqu'un individu s'adresse à une pluralité indéterminée de personnes, ainsi en cas d'offre au public ou de promesse publique de récompense. En revanche, lorsqu'une personne entre en contact avec une autre, par exemple en vue de conclure un contrat, il se noue entre elles un rapport de fait caractéristique, converti en un rapport de droit, qui engendre une véritable obligation[54]. On ne peut qu'adhérer à cette interprétation de l'art. 2 al. 1 CC.

Pour le cas qui nous occupe, la clé est dans la détermination d'«autrui», de la ou des personnes chez qui une attente a été éveillée. Si cette attente est éveillée chez un nombre indéterminé de personnes, ou un certain cercle de personnes indéterminées, le devoir fondé sur l'art. 2 al. 1 CC de respecter cette attente est un devoir général. Si l'attente n'est éveillée que chez une ou des personnes déterminées ou déterminables, il s'agit d'un devoir particulier.

---

[49] Sur les conséquences de la violation d'un devoir absolu, resp. particulier, cf. TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, Zurich 1996, § 23, n° 889-891; YUNG, Devoirs (n. 15), p. 111-112.

[50] TANDOGAN Haluk, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Genève 1972, p. 26; V. TUHR Andreas/PETER Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, vol. I, 3e éd., Zurich 1979, § 2, p. 12; YUNG, Devoirs (n. 15), p. 111.

[51] Yung, Devoirs (n .15), p. 111-113; TANDOGAN, Notions préliminaires (n. 50), p. 27.

[52] YUNG, Devoirs (n. 15), p. 113.

[53] YUNG, Devoirs (n. 15), p. 118.

[54] YUNG, Devoirs (n. 15), p. 119. SCHÖNLE, Bonne foi (n. 22), p. 47, admet également que les règles de la bonne foi soient créatrices de véritables obligations dans le cadre d'un rapport précontractuel.

Sur ce point, l'opinion ici développée, qui prend appui sur celle de KELLER[55], s'en écarte dans la mesure où l'art. 2 al. 1 CC est considéré comme source non seulement de devoirs généraux, mais également d'obligations.

Dans l'arrêt Swissair, c'est la publicité, se référant à l'existence du groupe, faite par la filiale et imputée à la maison mère qui suscite certaines attentes. Cette publicité est susceptible d'atteindre un nombre indéterminé de personnes qui ne sont pas d'avance connues. Le lien particulier existera à l'égard de chaque personne convaincue par cette publicité à prendre une part auprès de IGR. L'art. 2 al. 1 CC fonde dès lors un devoir général envers toutes ces personnes de ne pas tromper les attentes éveillées. Pour ce qui est de Grossen, un lien particulier est déduit de la position monopolistique de la Fédération faîtière, ainsi que des attentes suscitées par la Fédération. Ces attentes résultent de l'énoncé des critères de sélection pour les Championnats du monde. Selon ces critères, pouvait participer aux Championnats du monde le lutteur classé dans les quatre premiers rangs des Championnats suisses 1989 qui remporterait un tournoi de qualification spécial; il lui fallait ensuite prendre part à un tournoi à l'étranger et suivre un camp d'entraînement spécifique. Au moment de la communication de ces critères, seules quatre personnes déterminables, soit celles figurant aux quatre premiers rangs des Championnats suisses 1989, étaient concernées. Dès l'issue du tournoi de qualification spécial, la personne visée était définitivement déterminée. La Fédération était liée à cette personne-là, c'est-à-dire Grossen, par un lien particulier engendrant un devoir particulier fondé sur l'art. 2 al. 1 CC. En conclusion, dans l'optique ici préconisée, alors qu'il existe un devoir général de Swissair envers Wibru, c'est un devoir particulier que la Fédération assume envers Grossen.

III. CONSÉQUENCES DE LA THÉORIE DÉVELOPPÉE

a) Relativement à la culpa in contrahendo et aux autres cas de responsabilité pour confiance créée

Une fois établie l'existence d'un rapport particulier de confiance naît un devoir soit général, soit particulier, de ne pas décevoir les attentes suscitées, c'est-à-dire un devoir de respecter une injonction générale ou un devoir de respecter une obligation, l'un et l'autre fondés sur l'art. 2 al. 1 CC. Dans la

[55] Cf. *supra*, n. 8 et 17.

première hypothèse, le non-respect des attentes suscitées peut constituer une violation de l'art. 2 al. 1 CC remplissant la condition d'illicéité, dans la seconde, c'est l'obligation fondée sur l'art. 2 al. 1 CO d'agir conformément aux attentes suscitées qui n'est pas respectée, ce qui permet de vérifier la réalisation de la condition de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation. Cela signifie que la violation du devoir général de ne pas décevoir les attentes suscitées est régie par l'art. 41 al. 1 CO, celle du devoir particulier de même contenu par l'art. 97 al. 1 CO.

Le lien créé par des pourparlers contractuels est fondé sur un contact direct entre deux personnes. Chaque partie à ce rapport crée, chez l'autre, l'attente qu'elle se comportera loyalement. L'art. 2 al. 1 CC, applicable à ce lien, crée des devoirs particuliers d'une partie envers l'autre, et non des devoirs généraux envers tout un chacun[56]. Dans cette optique, la responsabilité pour ***culpa in contrahendo*** trouve naturellement son fondement à l'art. 97 al. 1 CO applicable directement à la violation d'une obligation fondée sur l'art. 2 al. 1 CC. Ce raisonnement ne correspond pas à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la *culpa in contrahendo*, inspirée de JÄGGI[57], qui en fait un chef de responsabilité autonome[58] auquel est applicable la prescription délictuelle d'un an (art. 60 CO) et la responsabilité pour auxiliaires de l'art. 101 CO. Ces principes jurisprudentiels restent probablement valables malgré le reclassement de la *culpa in contrahendo* comme un cas de responsabilité fondée sur la confiance. L'avantage de l'optique contractuelle

---

[56] Faute de place, la controverse relative à la question de savoir si les règles de la bonne foi applicables à la relation précontractuelle engendrent des devoirs généraux ou particuliers ne sera pas abordée. Cf. par exemple, ENGEL, Traité (n. 15), pp. 749 ss; BUCHER Eugen, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, n. 92 ad art. 1 CO; KOLLER Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht: allgemeiner Teil*, Berne 1996, § 28 n° 1766 ss; GAUCH/SCHLUEP, Obligationenrecht I (n. 14), n° 975 ss; SCHMIDLIN Bruno, Berner Kommentar, *Mängel des Vertragsabschlusses*, (art. 23-31 CO), Berne 1995, n. 142 ss *ad* art. 31 CO; MERZ Hans, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2e éd., Fribourg 1992, pp. 82 ss.

[57] In: SCHÖNENBERGER Wilhelm/JÄGGI Peter, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht* (art. 1-17 CO), 3e éd., Zurich 1973, n. 591 ss ad art. 1 CO.

[58] Le caractère véritablement autonome de la *culpa in contrahendo* est mentionné par le Tribunal fédéral pour la première fois dans l'arrêt Swissair (ATF 120/1994 II 330, 336, JT 1995 I 359, 363). Toutefois, dans l'arrêt Grossen, le Tribunal fédéral, résumant sa propre jurisprudence, indique qu'il «n'a pas tranché la question de savoir si cette responsabilité est de nature délictuelle ou contractuelle», avant d'affirmer que « 'la *culpa in contrahendo*' constitue un cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance» (ATF 121/1995 III 350, 354 et 355). Sur la prescription, cf. ATF 101/1975 II 266, 269, et 104/1978 II 94, 95, et sur la responsabilité pour auxiliaires, cf. ATF 108/1982 II 419, JT 1983 I 204, 206.

ici préconisée est que la responsabilité pour *culpa in contrahendo* reçoit un fondement légal clair (art. 97 ss CO). Il est vrai qu'elle se prescrirait par dix ans contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

En ce qui concerne la responsabilité pour **renseignements inexacts**, un rapport particulier de confiance, né d'un contact direct, s'établit entre deux personnes déterminées, le demandeur et le fournisseur de renseignements. L'art. 2 al. 1 CC fait naître un devoir particulier du second envers le premier, soit une obligation de renseigner correctement dont la violation est soumise à l'art. 97 al. 1 CO. Dans cette optique, la responsabilité pour renseignements inexacts sort du domaine extracontractuel[59] auquel elle appartenait avant les arrêts Swissair et Grossen, pour intégrer celui de la responsabilité pour inexécution d'une obligation. Un raisonnement similaire peut être tenu en cas de comportement procédural blâmable de l'une des parties à une **procédure** envers l'autre[60].

Quant à l'arrêt **Swissair**, il a été admis que les devoirs fondés sur l'art. 2 al. 1 CC sont des devoirs généraux dont la violation, qui correspond au non-respect de l'attente créée, constitue un acte illicite[61]. Le dommage en lien de causalité adéquate avec la déception des attentes doit, en cas de faute intentionnelle ou par négligence du lésant, être réparé sur la base de l'art. 41 al. 1 CO (et art. 55 al. 2 CC)[62]. Dans cette optique, la prescription serait d'un an (art. 60 al. 1 CO). En revanche, c'est un devoir particulier de la Fédération envers **Grossen** qui est tiré de l'art. 2 al. 1 CC. Sa violation, soit la déception des attentes suscitées (modification des critères de sélection fixés), entraîne l'obligation de réparer le dommage aux conditions de l'art. 97 al. 1 CO (et 55 al. 2 CC). La faute de la Fédération serait donc présumée et la prescription régie par l'art. 127 CO.

---

[59] ATF 111/1985 II 471, JT 1986 I 485, 486 s.; ATF 57/1931 II 81, JT 1931 I 557, 561 s. A noter l'ATF 80/1954 III 41, 54, qui lie l'illicéité à la violation des règles de la bonne foi.

[60] Cf. KELLER/GABI, Haftpflichtrecht (n. 8), pp. 41 et 40. Sur l'illicéité d'un comportement procédural, cf. ATF 116/1990 Ia 162, JT 1992 IV 52, 55; ATF 112/1986 I 32, 35 (fr.).

[61] Cf. *supra* II.c). Ce résultat ne correspond pas à la doctrine dominante qui soit se contente du statut *sui generis* de la responsabilité pour confiance créée [DRUEY, RSDA (n. 12), pp. 96, 97; FELLMANN Walter, «Haftung für Werbung – ein erster Schritt zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung?», in: *Medialex* 1995, pp. 94 ss, 101; AMSTUTZ/WATTER, PJA (n. 47), pp. 505 s.], soit règle le problème par le biais des règles contractuelles [WIEGAND, recht (n. 1), p. 93; WALTER, RJB (n. 38), p. 281; GONZENBACH, *recht* (n. 43), p. 130].

[62] Même si la publicité est le fait de la filiale de Swissair, certaines attentes sont éveillées dans le comportement de la société mère et c'est elle, soit pour elle ses organes, qui déçoit ces attentes en n'informant pas loyalement les partenaires de sa filiale. Il s'agit donc d'une responsabilité pour comportement propre et non pour comportement d'autrui.

b) Encore une théorie juridique allemande en Suisse[63]: «das einheitliche gesetzliche Schutzverhältnis»

Un mot doit être dit de la théorie du «*einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis*» dont WIEGAND[64] voudrait lire la réception par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Swissair. Cette théorie, que l'on pourrait nommer en français «rapport légal unique de protection», a été initialement développée en droit allemand[65]. KRAMER[66] en a proposé l'introduction en droit suisse, en particulier pour justifier qu'un contrat puisse déployer des effets protecteurs envers des tiers. Partant de la constatation que les devoirs accessoires ou de comportement qui incombent aux parties à un contrat ne reposent en réalité pas sur l'accord des volontés et doivent par conséquent en être détachés, WIEGAND cherche leur fondement dans un rapport légal de protection unique qui naîtrait avec la prise de contact en vue de la conclusion du contrat et dont la fin coïnciderait avec celle de ce contact juridique. Ce rapport légal couvrant les pourparlers contractuels, l'exécution du contrat et les devoirs survivant à la fin du contrat, il permettrait d'expliquer la *culpa in contrahendo*, la violation positive du contrat, ainsi que le problème de l'effet du contrat pour les tiers[67].

Selon l'arrêt Swissair qui se réfère à KRAMER, le rapport de pourparlers à la base de la responsabilité pour *culpa in contrahendo* doit être compris

---

63 Pour reprendre une idée de PIOTET, «Une théorie juridique allemande en Suisse: La responsabilité contractuelle quant au dommage subi par un tiers» (n. 42), qui réfute avec force l'utilité en droit suisse d'une théorie, rendue nécessaire en Allemagne par l'absence d'une disposition correspondant à l'art. 401 CO (pp. 340 et 353).

64 WIEGAND, RJB (n. 1), pp. 322 s., *recht* (n. 1), p. 85, 87 [WIEGAND utilise l'expression «*das einheitliche gesetzliche Schuldverhältnis*» (*recht*, p. 86) et considère que cette expression est synonyme de celle utilisée par LARENZ «*gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*» (RJB, p. 322)]. Dans le même sens GONZENBACH, *recht* (n. 43), p. 124.

65 Voir les explications sur ce développement en droit allemand de WIEGAND, recht (n. 1), pp. 87 ss.

66 Avec la parution en 1980 de la première livraison du commentaire bernois ad art. 1 et 2 CO: KRAMER, BeKo (n. 22), Allg. Einl. n. 142 ss, 145. Cette théorie n'est pas incontestée en Allemagne: cf. par exemple, MEDICUS Dieter, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 5e éd., Munich 1990, § 35 I, p. 189, § 14 II, pp. 55 s. En Suisse, KRAMER est suivi surtout par WIEGAND, *recht* (n. 1), p. 89, et OR-WIEGAND (n. 14), Einl. ad art. 97-107 CO, n. 4 ss, 13; cf. également WALTER, RJB (n. 38), pp. 282 s. Avec des nuances, KAISER Urs, *Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten*, thèse, Berne 1987, pp. 187 ss.

67 WIEGAND, *recht* (n. 1), pp. 88, 89 ss; OR-WIEGAND (n. 14), Einl., n. 5, 13, n. 35 ad art. 97 CO. Selon KRAMER, Beko (n. 22), Allg. Einl. n. 147, cette théorie résoudrait également la question de la responsabilité pour renseignements inexacts et pour certificat de travail incomplet; il cite l'ATF 101/1975 II 69.

comme la manifestation d'une figure juridique plus générale[68]. Le passage de l'ouvrage de KRAMER auquel renvoie l'arrêt est intitulé «*Das 'einheitliche', gesetzliche Schutzverhältnis*». C'est de ce renvoi, ainsi que des notions utilisées, spécialement celle de rapport juridique particulier («*rechtliche Sonderverbindung*»), que WIEGAND conclut à la réception par le Tribunal fédéral de cette théorie allemande. Or, le Tribunal fédéral n'a pas discuté des mérites de cette théorie, ni même utilisé l'expression «*Das 'einheitliche', gesetzliche Schutzverhältnis*». Par ailleurs, les mots de «*rechtliche Sonderverbindung*» ne sont pas propres aux seuls auteurs préconisant l'application de cette théorie[69]. En réalité, la théorie du rapport légal unique de protection n'est pas la «figure juridique plus générale» à laquelle le Tribunal fédéral fait allusion dans le même passage. Si ladite théorie est plus générale que la seule *culpa in contrahendo*, parce qu'elle comprend d'autres notions comme celle de violation positive du contrat, elle ne représente cependant pas cette figure juridique plus générale. Par cette dernière, il faut bien plutôt entendre la responsabilité fondée sur la confiance, ce que confirme l'arrêt Grossen: «dans cette optique, la '*culpa in contrahendo*' constitue un cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance (KRAMER/SCHMIDLIN, *op. cit.*, n. 151 ad Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR)»[70]. KRAMER, à la note citée, indique effectivement que la responsabilité fondée sur la confiance («*Vertrauenshaftung*») est la catégorie supérieure («*Oberbegriff*») englobant à la fois la *culpa in contrahendo* (respectivement la responsabilité résultant d'un rapport légal) et d'autres états de fait engendrant une responsabilité pour confiance créée. Autant de raisons pour refuser l'idée que le Tribunal fédéral aurait désormais adopté la théorie du rapport légal de protection unique.

Il y a plus. Cette théorie, outre qu'elle n'est pas de nature à expliquer les arrêts Swissair et Grossen, est parfaitement inutile en droit suisse. En effet, selon les explications données par WIEGAND[71] à ce sujet, le point de départ de la théorie du rapport légal unique de protection est un contact pris par des parties en vue de la conclusion d'un contrat, peu importe d'ailleurs que ce

---

[68] «*Ist als Erscheinungsform einer allgemeineren Rechtsfigur aufzufassen (BK-KRAMER, a.a.O., N. 142 ff*»: ATF 120/1994 II 330, 336, passage mal traduit au JT 1995 I 359, 363.

[69] Cf. par exemple, MERZ, BeKo (n. 17), n. 34 ad art. 2 CC et JÄGGI Peter, «Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung», in: *Mélanges Schönenberger*, Fribourg 1968, pp. 181 ss, 185, qui utilise l'expression de «*Sonderverhältnis*» dans le même sens que celle de «*Sonderverbindung*» (cf. n. 10).

[70] ATF 121/1995 III 350, 355, Pr. 1996 613, 617.

[71] WIEGAND, *recht* (n. 1), p. 89, 90.

contrat arrive à chef ou non, qu'il soit valable ou non. Or, Swissair n'est jamais entrée en contact avec Wibru en vue de la conclusion de quelque accord que ce soit, pas plus que la Fédération sportive n'est entrée en contact avec le sportif, Grossen. Il s'agit de situations qui ne ressortissent pas du tout au domaine contractuel. Le rapport légal unique de protection n'aurait par conséquent pas permis de résoudre le problème posé. C'est bien la raison pour laquelle le Tribunal fédéral situe son raisonnement à un niveau supérieur, celui de la responsabilité pour confiance créée.

En outre, la théorie du rapport légal unique de protection, qui peut s'expliquer en Allemagne par le besoin de combler les insuffisances du droit de la responsabilité délictuelle[72] et de la responsabilité contractuelle, n'a pas la même justification en droit suisse. Le droit suisse, pour ce qui est de la responsabilité délictuelle, a choisi le système de la formule générale, laissant au juge le soin de définir l'illicéité. Une bonne marge de liberté est reconnue à ce dernier, puisqu'il peut inférer la norme dont la violation est illicite de l'ordre juridique dans son ensemble, notamment du droit non écrit et des principes généraux du droit[73]. Le Bundesgesetzbuch (BGB) allemand, en revanche, procède par une énumération des biens dont la violation constitue un acte illicite (§ 823 I BGB)[74]. L'alinéa II du même paragraphe ajoute à cette énumération la violation d'une disposition légale ayant pour but la protection d'autrui[75]. Le § 823 BGB semble ainsi plus limitatif que l'art. 41 CO du simple fait qu'il procède par énumération et ne permet notamment pas la prise en compte des principes généraux du droit[76]. Quant à l'art. 97 al. 1 CO,

72 Cf. REY, Sonderverbindung (n. 32), p. 242.

73 ATF 116/1990 Ia 162, 169, JT 1992 IV 52, 55; ATF 101/1975 Ib 252, 255 (fr.); 90/1964 II 274, 280, JT 1965 I 234, 238; ATF 88/1962 II 276, 281, JT 1963 I 140, 144. Cf. également, PETITPIERRE, Fondements (n. 17), pp. 278 s. et réf. cit.; REY, Haftpflichtrecht (n. 16), n° 697; ENGEL, Traité (n. 15), p. 449. L'ancienne jurisprudence relative à la responsabilité pour renseignements inexacts en est une démonstration (ATF 111/1985 II 471, 473-474, JT 1986 I 485, 487). De même, les célèbres cas de rupture de câbles [ATF 102/1976 II 85, 88 (fr.); 101/1975 Ib 252, 255-256 (fr.)].

74 STARK, Haftpflichtrecht (n. 19), § 16 IV, n° 43 n. 63, considère que la différence principale entre les systèmes suisse et allemand a été éliminée par l'élargissement jurisprudentiel de cette énumération aux droits de la personnalité.

75 Selon LARENZ Karl/CANARIS Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II/2, *Besonderer Teil*, 13e éd., Munich 1994, § 75 I, p. 355, il s'agit de deux «petites» clauses générales demandant à être concrétisées par la jurisprudence.

76 YUNG Walter, «Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse» (1968), in: *Etudes et articles*, Genève 1971, pp. 413 ss, 420. La différence entre les deux droits a cependant été atténuée du fait de l'élargissement du droit de la responsabilité délictuelle par la jurisprudence (cf. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 705-853 BGB)*, 3e éd., Munich 1997 – MERTENS, § 823 BGB n. 467-471).

il peut se comparer aux §§ 280 et 325 BGB qui visent les conséquences de l'impossibilité d'exécution d'une obligation, en général et dans le cas de contrats synallagmatiques. La sanction de la violation d'une obligation autre que l'impossibilité totale ou partielle d'exécution n'est pas prévue par ces dispositions[77]. On comprend dès lors les difficultés posées par la violation positive du contrat, qui ont favorisé des tentatives théoriques, comme celle du rapport légal unique de protection, élaborées pour expliquer ce que le BGB a laissé sans solution[78]. Or, l'art. 97 al. 1 CO ne vise pas la seule hypothèse de l'impossibilité («Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution»), mais également celle de l'exécution imparfaite de l'obligation («ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement»). En droit suisse, nul besoin de construire une théorie relative à la violation positive du contrat[79] ou aux obligations fondées sur la loi[80]. L'art. 97 al. 1 CO s'applique directement aux deux hypothèses. La seule question qui se pose dans un cas concret est celle de savoir si le devoir violé est un devoir général ou un devoir particulier. Et cette question n'est pas résolue par la théorie du rapport légal de protection unique[81], ce qui achève de démontrer que non seulement elle n'est pas utile en droit suisse, mais qu'au contraire elle est nuisible si elle doit conduire à laisser dans le brouillard de l'entre-contrat-délit des pans entiers du droit de la responsabilité.

---

77 La réglementation de la demeure du débiteur étant réservée (§ 284 ss, 326 BGB). LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14e éd., Munich 1987, § 24 I, p. 366. La question d'une lacune du BGB sur ce point semble aujourd'hui controversée: MEDICUS, Schuldrecht I (n. 66), § 35 I, pp. 187 s.; STAUDINGER/SCHMIDT Jürgen, *Einleitung zu §§ 241 ff; §§ 241-243 BGB*, 13e éd., Berlin 1995, § 242 n. 909.

78 Cf. *Münchener Kommentar (§§ 241-432 BGB)*, 3 éd., Munich 1994 – KRAMER Ernst A., Einleitung zu §§ 241 ss, n. 72 ss, 75.

79 Il est admis que l'art. 97 CO s'applique directement à la violation positive du contrat: cf. par exemple, OR-WIEGAND (n. 14), n. 2 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP, Obligationenrecht II (n. 14), n° 2615. Dans le même sens malgré une certaine réticence: BUCHER, Obligationenrecht (n. 22), p. 335 s.; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil (n. 14), § 68 IV, p. 107. Le fait que ces obligations soient fondées sur l'art. 2 al. 1 CC et non sur la volonté des parties ne pose pas de problème particulier. La volonté des parties s'exprime dans le cadre d'un ordre juridique qui attache des effets juridiques à cette volonté. Certains de ces effets sont voulus, d'autres ne le sont pas. A titre d'exemple, l'invalidation du contrat par la partie dans l'erreur est prévue par la loi, mais n'est certainement pas voulue par l'autre partie à qui les art. 23 ss CO sont, ce nonobstant, opposables.

80 Cf. n. 14 et 15.

81 KRAMER, BeKo (n. 22), Allg. Einl. n. 148.

IV. CONCLUSION

Au terme de cette analyse, il apparaît premièrement que, dans l'hypothèse d'un rapport particulier de confiance et de fidélité, l'art. 2 al. 1 CC est la source non seulement de devoirs généraux dont la violation est soumise à l'art. 41 al. 1 CO, mais également d'obligations dont la violation est sanctionnée par l'art. 97 al. 1 CO. En second lieu et par voie de conséquence, la responsabilité pour confiance créée est réglée par l'art. 41 al. 1 CO lorsque des attentes ont été éveillées à l'égard d'un nombre indéterminé de personnes (arrêt Swissair). Elle est soumise à l'art. 97 al. 1 CO dans l'hypothèse où les attentes d'une ou de plusieurs personnes déterminées ou déterminables ont été suscitées (arrêt Grossen). En troisième lieu, la théorie allemande du rapport juridique de protection unique n'a pas sa place en droit suisse.

Ce raisonnement doit-il faire craindre une extension à l'infini du champ d'application des art. 41 al. 1 et 97 al. 1 CO? Tel n'est pas mon sentiment. On l'a vu, l'art. 2 al. 1 CC est au centre de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Autant le reconnaître et développer sur cette base les principes qui permettront de prévoir l'issue d'un litige, en réglant les conséquences d'une violation de l'art. 2 al. 1 CC par le biais des art. 41 al. 1 et 97 al. 1 CO. Du point de vue de la sécurité juridique, ce résultat paraît préférable à la situation actuelle qui laisse sans fondement légal la responsabilité pour confiance créée. Il faut cependant veiller à établir certains garde-fou tant dans l'examen de la condition du rapport particulier de confiance et de fidélité que dans celle de la légitimité des attentes provoquées[82].

On ne peut ainsi s'empêcher d'éprouver quelques doutes sur la manière dont la première condition a été élaborée, puis tenue pour réalisée dans l'arrêt Swissair. Etait-il réellement légitime de se contenter d'attentes suscitées en dehors de tout lien préalable quelconque entre les parties pour admettre l'existence d'un rapport particulier de confiance et de fidélité? Peut-être le problème provient-il du manque d'informations concrètes figurant dans la version publiée de l'arrêt Swissair. Quoi qu'il en soit, sur ce point, la rigueur paraît de mise à l'avenir. Par ailleurs, une appréciation stricte de la légitimité des attentes créées devrait permettre d'exclure de la protection de la loi la partie qui néglige les précautions élémentaires de prudence et cherche à rejeter sur autrui la responsabilité d'un désavantage financier qui lui est imputable à elle-même. Une fois ces conditions spécifiques remplies, la question se

[82] Faute de place, ces conditions, qui auraient mérité un développement, ne seront pas approfondies ici.

résout, selon le raisonnement présenté ici, par une application classique, sinon dénuée de difficultés, soit de l'art. 41 al. 1 CO, soit de l'art. 97 al. 1 CO, avec notamment pour conséquence la prescription courte pour des affaires du type Swissair (art. 60 al. 1 CO) et longue pour celles du type Grossen (art. 127 CO). Puisse cette relecture de la frontière entre contrat et délit ne pas heurter l'éminent romaniste à qui elle est respectueusement dédiée.

Observations sur le recours à la convention-cadre en matière environnementale

Christian DOMINICÉ

A. UN NOUVEAU TYPE D'INSTRUMENT CONVENTIONNEL

1. L'heureux choix du thème général retenu pour ce recueil d'études en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin donne à un internationaliste la possibilité et le privilège de s'associer à l'hommage rendu à son collègue.

La notion même de l'accord obligatoire, le phénomène conventionnel, faut-il le rappeler, est au coeur de tout ordre juridique, et singulièrement de l'ordre juridique international, car celui-ci, fondé sur la juxtaposition d'Etats souverains, ne connaît pas l'acte unilatéral de caractère législatif, ou du moins très exceptionnellement, et dans des communautés conventionnelles nettement circonscrites.

Ainsi, dans ce contexte du droit «horizontal» nettement prédominant, on va sans doute reconnaître au droit non écrit, règles coutumières et principes généraux, un rôle important, mais c'est évidemment l'instrument conventionnel qui va occuper une place privilégiée pour assurer l'adaptation, le développement, de la régulation des rapports internationaux[1].

2. Traditionnellement, la convention institue entre les parties un faisceau d'obligations réciproques, étant mis à part, cependant, le cas particulier des instruments constitutifs d'organisations internationales. On rencontre sans doute divers types d'accords[2], mais le trait commun qu'ils présentent est bien d'instituer des obligations – et des droits – impliquant de la part des Etats des comportements spécifiques.

---

[1] C'est ainsi que le droit des gens est essentiellement un droit «relationnel», où cependant, depuis peu, l'on voit se développer le droit «institutionnel», cf. à ce sujet R.J. DUPUY, «Communauté internationale et disparité de développement», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 165, (1979-IV), p. 1.

[2] Ainsi, par exemple, on a tenté d'établir une distinction entre les *traités-lois* et les *traités-contrats*, cf. P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, 2e éd., Paris 1985, p. 30.

Or, on voit apparaître, à une époque récente, et particulièrement dans l'important domaine de la protection du milieu naturel, un type nouveau de conventions, *les conventions-cadres*. Certes, les Etats qu'elles lient assument de ce fait diverses obligations, mais qui présentent, si l'on peut dire, un caractère marginal ou auxiliaire par rapport à l'objectif de la convention. Il s'agit principalement de l'information mutuelle, de la recherche, de la communication de renseignements, alors que le but poursuivi est de parvenir à éliminer, ou tout au moins à réduire fortement des émissions ou activités néfastes pour le milieu naturel. Cependant, pour diverses raisons qui peuvent être identifiées de cas en cas, les Etats ne sont pas en mesure de prendre des engagements stricts et précis, sinon par étapes successives. Ces obligations quantifiées ne sont généralement pas fixées dans la convention de base. Elles résultent de décisions ultérieures, prises fréquemment sous la forme de protocoles additionnels. Ainsi, la convention crée-t-elle un cadre, qui assure une certaine continuité à la poursuite de l'effort entrepris et fournit une base pour l'adoption de mesures concrètes arrêtées ultérieurement et par étapes.

3. Nous nous proposons d'évoquer ici trois conventions de ce type, qui intéressent la pollution atmosphérique transfrontière, la protection de la couche d'ozone, et le climat.

Sans entrer dans les détails, nous examinerons les traits généraux de ces conventions, puis les actions subséquentes entreprises dans le prolongement de ces accords de base. Quelques observations permettront de conclure.

B. TROIS CONVENTIONS-CADRES

4. La *Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance*[3] a été adoptée en 1979 au sein de la Commission économique pour l'Europe[4]. Elle réunit les Etats européens, le Canada et les Etats-Unis[5]. Son objectif est de limiter, de réduire graduellement et de prévenir la pollution atmosphérique, génératrice, même à longue distance, d'effets dommageables, comme par exemple les pluies acides. Les polluants atmosphériques qui sont visés – les protocoles additionnels conclus ultérieurement l'illustreront parti-

---

[3] Le texte français est publié, notamment, in: L. BOISSON DE CHAZOURNES/R. DESGAGNÉ/C. ROMANO, *Protection internationale de l'environnement, Recueil d'instruments juridiques*, Paris/Pedone, 1998, (ci-après *Recueil d'instruments*), p. 541.

[4] Convention de Genève du 13 novembre 1979, entrée en vigueur le 16 mars 1983.

[5] Elle a pour Parties 42 Etats et la CEE.

culièrement – sont au premier chef le dioxyde de soufre, ainsi que l'oxyde d'azote et les composés organiques volatils[6].

Elle est l'exemple par excellence de la convention-cadre. En effet, si elle consacre l'accord des Etats contractants quant aux objectifs à atteindre, elle n'institue d'obligations qu'en termes généraux, tel le devoir d'élaborer «des politiques et stratégies qui leur serviront à combattre les rejets de polluants atmosphériques ...» (art. 3), ou sur des aspects auxiliaires: échange d'informations (art. 4 et 8), consultations (art. 5), recherche et développement (art. 7), développement d'un programme concerté de surveillance continue (art. 9)[7].

En revanche, cette convention ne contient aucune obligation de réduction quantifiable.

Quant aux dispositions institutionnelles, elles ont pour objet la création d'un *Organe exécutif*, qui n'est autre que la réunion des représentants des Parties contractantes (art. 10), ainsi qu'un *Secrétariat*, soit un appareil léger, qui permet néanmoins d'assurer la continuité de l'effort, au plan de l'analyse, de la recherche, de l'information.

Aucune indication n'est donnée quant à d'éventuels protocoles additionnels, seule l'adoption d'amendements à la convention elle-même étant prévue (art. 12)[8].

5. La *Convention pour la protection de la couche d'ozone*, de 1985[9], quand bien même, au moment de sa conclusion, des divergences d'opinions subsistaient au sujet de certains aspects scientifiques du problème[10], a consacré un accord sur l'objectif poursuivi, à savoir «protéger la santé humaine et l'environnement contre les effets néfastes résultant ou susceptibles de résulter des activités humaines qui modifient ou sont susceptibles de modifier la couche d'ozone» (art. 2)[11].

---

6 La littérature est abondante. Pour une vue d'ensemble, voir particulièrement la présentation générale figurant dans le *Recueil d'instruments*, p. 533, et PH. SANDS, *Principles of international environmental law I*, Manchester 1995, p. 248.

7 Il s'agit du «Programme concerté de surveillance et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe» (EMEP), établi à l'origine en 1977 sous les auspices de la CEE/ONU, en coopération avec l'Organisation météorologique mondiale et le Programme des Nations Unies pour l'environnement.

8 Cf. S. PANNATIER, «La protection de l'air», in: *Le droit international face à l'éthique et à la politique de l'environnement, Stratégies énergétiques biosphère et société (SEBES)*, Genève 1996, p. 37.

9 Convention de Vienne du 22 mars 1985, entrée en vigueur le 22 septembre 1988, *Recueil d'instruments*, p. 586. Elle réunit 171 Etats et la CEE (au 30.10.1997).

10 Il est tout de même généralement admis que l'appauvrissement de la couche d'ozone a pour conséquence une exposition excessive de la surface terrestre aux rayons ultraviolets, et que cet appauvrissement s'est poursuivi au cours des dernières décennies.

11 Cf. SANDS, *op.cit.* (n. 6), p. 259.

Les substances qui peuvent influer sur la couche d'ozone ne sont pas désignées expressément dans la Convention. Elles le seront ultérieurement dans le Protocole de Montréal (examiné ci-après): il s'agit des chlorofluorocarbones (CFC) et des halons.

C'est dire qu'aucun engagement spécifique n'est imposé par la Convention quant à la réduction de la production ou de l'utilisation des substances néfastes. On retrouve ici aussi les traits caractéristiques de la convention-cadre.

Les dispositions conventionnelles consacrent l'obligation générale pour les Parties de «prendre des mesures appropriées» (art. 2), et les obligations plus concrètes de coopérer entre elles pour mieux comprendre les effets sur la santé humaine de la modification de la couche d'ozone (art. 2), de se livrer à des recherches et à des observations systématiques (art. 3), de communiquer des renseignements (art. 5), obligations qui sont précisées dans deux annexes.

Le cadre institutionnel mis sur pied comprend une *Conférence des Parties* (art. 6) et un *Secrétariat* (art. 7), alors que des dispositions relativement détaillées concernent l'adoption de protocoles (art. 8) et la procédure d'adoption d'amendements à la Convention et aux protocoles (art. 9). A défaut de consensus, une majorité qualifiée est requise pour l'adoption de ces textes, mais il importe de souligner que les Etats ne sont pas liés par ces nouveaux textes avant de les avoir ratifiés, approuvés ou acceptés. Il en va différemment pour les annexes, qui deviennent obligatoires passé un certain délai pour toute Partie qui n'a pas présenté une déclaration écrite en sens contraire.

6. La *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, de 1992[12], s'inscrit, comme son nom l'indique, dans la même perspective que les deux instruments précédents. Sans doute peut-on trouver dans son texte, nous allons l'indiquer, ce qui peut être considéré comme un engagement programmatoire chiffré, mais ce n'est vraiment pas le type d'obligation spécifique quantifiée susceptible de conduire les Etats parties sur la voie de l'objectif fixé.

Celui-ci, que la Convention présente comme «l'objectif ultime», «est de stabiliser ... les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique» (art. 2). Cette disposition traduit bien les incertitudes, réelles ou alléguées, ainsi que les importantes divergences de vues qui subsistent quant

[12] Convention de New York du 9 mai 1992, l'un des résultats du Sommet de la Terre (Conférence de Rio de 1992), entrée en vigueur le 21 mars 1994, *Recueil d'instruments*, p. 616. Elle réunit 174 Etats et la CEE.

à l'incidence exacte des activités humaines sur les changements climatiques et quant aux conséquences que ceux-ci peuvent engendrer[13]. A tout le moins les Etats les plus réticents ont-ils eux-mêmes convenu qu'un problème était posé[14].

Les gaz à effet de serre sont au premier chef le dioxyde de carbone (CO^2) et le méthane, et personne ne nie que les émissions anthropiques de ces gaz ont considérablement augmenté au cours des dernières décennies, principalement dans les pays développés.

Les incertitudes et controverses qui entourent la question des changements climatiques expliquent que les engagements stipulés selon les termes de la Convention de 1992 soient axés principalement sur la recherche d'une meilleure connaissance du phénomène, sur la coopération, la communication d'informations, la recherche scientifique, ces devoirs faisant l'objet de dispositions complexes et détaillées, qui, à maints égards, constituent davantage un inventaire des questions posées qu'un programme d'action.

Cependant, dans le long article consacré aux engagements des Parties (art. 4), on rencontre l'énoncé de certaines obligations qui ne concernent pas tous les Etats, mais seulement les pays développés, et les pays en transition vers l'économie de marché. C'est une application du principe de la *responsabilité commune mais différenciée*. C'est dans cette disposition qu'est énoncée l'obligation de ces Etats de soumettre des informations détaillées sur diverses mesures prises dans le cadre de leurs politiques nationales «... dans le but de ramener individuellement ou conjointement à leurs niveaux de 1990 les émissions anthropiques de dioxyde de carbone et d'autres gaz à effet de serre non réglementés par le Protocole de Montréal». Si des doutes ont été exprimés sur la nature juridique de ce texte, il faut reconnaître que de toute manière une stabilisation aux niveaux de 1990 est loin de suffire pour réaliser l'objectif de la Convention. Celle-ci est bien une convention-cadre qui laisse à des décisions ultérieures le soin de poursuivre la tâche dont seuls les premiers linéaments sont énoncés.

C'est l'affaire de la *Conférence des Parties* (art. 7) et de ses organes subsidiaires[15], ainsi que du *Secrétariat* (art. 8) d'assurer le suivi.

---

[13] Cf. SANDS, *op.cit.* (n. 6), p. 271.

[14] Cf. particulièrement D. BODANSKY, «The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary», 18 *Yale Law Journal* (1993), p. 451.

[15] Sans préjudice des organes subsidiaires susceptibles d'être créés par la Conférence des Parties, la Convention institue l'*Organe subsidiaire de conseil scientifique et technologique* (art. 9) et l'*Organe subsidiaire de mise en oeuvre* (art. 10).

7. A ce stade, quelques traits communs méritent d'être mis en lumière. Dans les trois cas, les Etats sont conscients, à des degrés divers, d'un danger, d'une menace, à laquelle seule une action concertée peut faire face, mais dans les trois cas les mesures d'interdiction, qu'il faudrait prendre, quant à des activités ou des substances, ne recueillent pas l'assentiment requis.

La prise de conscience est toutefois suffisamment forte pour conduire à l'adoption d'un instrument conventionnel fixant un objectif, stipulant diverses obligations en matière de recherche, de développement de technologies de substitution, d'échanges d'informations et de coopération, et assurant, par la création d'une structure permanente, la continuité du travail d'investigation et de la recherche de solutions.

Dès lors, le succès de l'entreprise dépend des développement subséquents.

C. UN PROCESSUS NORMATIF CONTINU

8. L'évaluation d'ensemble exigerait, pour chaque convention-cadre, une analyse attentive non pas seulement des textes complémentaires adoptés après son entrée en vigueur, mais encore, notamment, des résultats qui ont pu être obtenus grâce à la recherche scientifique, à l'analyse des inventaires nationaux, au développement des technologies. De plus, il y a lieu de tenir compte, pour les comprendre, des affrontements qui se manifestent lors des réunions des parties, portant sur des questions scientifiques et révélant des conflits d'intérêts parfois particulièrement puissants.

Cette analyse ne saurait être entreprise dans cette modeste contribution, où il faut se borner à signaler, de manière sommaire, les principaux développements conventionnels qui sont intervenus, dans la mesure où ils marquent un pas en direction du but énoncé par la convention-cadre dont ils constituent le complément.

9. En matière de *pollution atmosphérique transfrontière*, on observe que cinq protocoles ont été conclus[16]. L'un d'eux concerne le financement de l'un des principaux piliers du système de coopération et de surveillance[17], alors que les quatre autres ont pour objectif principal de fixer des normes de réduction des émissions de substances nocives.

---

[16] Voir SANDS, *op.cit.* (n. 6), p. 250 ; PANNATIER, *loc.cit.* (n. 8), p. 41.

[17] Il s'agit du *Programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe* (EMEP, *supra* n. 7). Le Protocole de Genève du 28 septembre 1984, en vigueur depuis le 28 janvier 1988, en assure le financement, 27 *International Legal Materials* (*I.L.M.*) 701 (1988).

Les deux protocoles d'Helsinki (1985)[18] et d'Oslo (1994)[19] concernent les émissions de soufre, le premier imposant principalement une réduction de celles-ci, jusqu'en 1993, de 30% par rapport aux niveaux de 1980, et le deuxième établissant des normes par pays fondées sur la notion de charge critique[20].

La réduction des émissions d'oxyde d'azote fait l'objet du Protocole de Sofia (1988)[21], qui oblige les Parties à réaliser à fin 1994 une diminution qui ramène ces émissions à leur niveau de 1987. Il est envisagé de procéder ultérieurement à une nouvelle étape en prenant pour base la «charge critique».

Enfin, ce sont les composés organiques volatils (COV) qui sont visés par le Protocole de Genève (1991)[22], qui engage principalement les Parties contractantes à réduire leurs émissions annuelles d'au moins 30% d'ici 1999, en retenant comme base les niveaux de 1988, en principe car la réglementation est plus nuancée.

Ces indications très sommaires permettent de constater que l'on n'a pas encore progressé d'une manière vraiment convaincante, dès lors que la réduction conduit généralement à une stabilisation à des niveaux antérieurs qui ne sont eux-mêmes pas satisfaisants. C'est un pas modeste dans la bonne direction.

Pour notre propos, on peut néanmoins observer que le système conventionnel mis en place a fonctionné, avec les difficultés inhérentes à la matière, selon des modalités qui correspondent à l'esprit d'une convention-cadre.

10. En ce qui concerne *la protection de la couche d'ozone*, c'est peu après la conclusion de la Convention de 1985 qu'il a été possible d'adopter le *Protocole de Montréal de 1987*[23]. Il a été lui-même l'objet des Ajustements et

---

[18] Protocole d'Helsinki du 8 juillet 1985, en vigueur dès le 2 septembre 1987, 27 *I.L.M.* 707 (1988).

[19] Protocole d'Oslo du 14 juin 1994, non encore en vigueur, *Recueil d'instruments*, p. 550.

[20] La notion de «charge critique» s'applique à une estimation quantitative d'un polluant au-dessous de laquelle, selon les connaissances du moment, il n'y a pas d'effets nocifs appréciables pour des éléments sensibles déterminés de l'environnement. Cf. Protocole d'Oslo (1994), art. 1,8, et PANNATIER, *loc.cit.* (n. 8), p. 44.

[21] Protocole de Sofia du 31 octobre 1988, en vigueur dès le 14 février 1991, 28 *I.L.M.* 212 (1989).

[22] Protocole de Genève du 18 novembre 1991, en vigueur dès le 29 septembre 1997, 31 *I.L.M.* 573 (1992).

[23] Protocole de Montréal du 16 septembre 1987 relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone, en vigueur dès le 1er janvier 1989, *Recueil d'instruments*, p. 586. Il a été ratifié par 162 Etats et la CEE. Cf. W. LANG/CH. MANAHL, «L'avenir de la couche d'ozone: le rôle du Protocole de Montréal de 1987», in: *SEBES* (*supra* n. 8), p. 93.

Amendements de Londres (1990), Copenhague (1992) et Vienne (1995)[24], qui ont, entre autres, élargi la liste des substances contrôlées, et surtout modifié les échéanciers afin d'accélérer le rythme de réalisation de l'objectif final, qui est la suppression de la production et de l'utilisation de substances ayant pour effet d'appauvrir la couche d'ozone.

Ces développements ont sans doute été dus à l'inquiétude croissante suscitée par les observations faites au sujet de la couche d'ozone – notamment en ce qui concerne le «trou» de l'Antarctique – et ils ont été rendus possibles par les progrès réalisés dans la mise au point de produits de substitution.

D'importantes mesures de mise en oeuvre ont également été améliorées, particulièrement en ce qui concerne les mécanismes financiers et le système de sanctions[25].

Il est probablement encore trop tôt pour dire si le phénomène d'appauvrissement de la couche d'ozone va être jugulé, mais à tout le moins doit-on souligner le processus évolutif mis en action par la Convention de 1985.

11. Les très grandes difficultés qui se présentent en matière de *changements climatiques* apparaissent en plein jour dans les efforts de mise en oeuvre de la Convention de New York de 1992.

Son entrée en vigueur en 1994 a été suivie de trois réunions de la Conférence des Parties, et c'est, tout récemment, à Kyoto, le 10 décembre 1997, qu'à l'issue de sa troisième réunion cette Conférence a été en mesure d'adopter un protocole[26], qui entrera en vigueur lorsque cinquante-cinq Etats parties à la Convention l'auront ratifié[27].

Cela peut paraître maigre, et ce d'autant plus que le Protocole de Kyoto ne parvient pas à établir des limitations et réductions quantifiées des émissions de gaz à effet de serre qui soient bien importantes.

Il ne faudrait pas, cependant, mesurer les progrès accomplis à la seule aune des développements normatifs, car le mouvement amorcé par la Convention en matière d'informations, de communications, de recherches,

---

[24] Le texte publié in *Recueil d'instruments*, p. 586, tient compte des Ajustements et Amendements adoptés successivement.

[25] Il est évident que le système conventionnel perd de son efficacité si de nombreux Etats n'y adhèrent pas. On a dès lors imaginé de restreindre, voire interdire, dans les relations entre les Etats parties et les Etats non parties, le commerce des substances néfastes, cf. SANDS, *op.cit.* (n. 6), p. 267.

[26] Document FCCC/CP/1997/L.7/Add.1.

[27] Voir l'article 24, qui précise que ces 55 Parties doivent comprendre des Etats de l'Annexe I (Etats développés et Etats en transition vers l'économie de marché) comptant pour au moins 55% des émissions de dioxyde de carbone selon l'état de 1990.

etc. est de nature à améliorer la qualité et l'efficacité des politiques nationales.

Toujours est-il qu'en ce qui concerne les obligations quantifiées, l'on en est resté, à Kyoto, à l'objectif énoncé dans l'article 4,2,b) de la Convention, concrétisé dans l'obligation pour les Etats développés et Etats en transition vers l'économie de marché de respecter des normes de limitation ou de réduction fixées pour chacun d'eux dans une annexe, de manière à parvenir à une réduction globale des émissions des gaz à effet de serre de l'ordre de 5% par référence aux niveaux de 1990, et cela au cours de la période 2008 à 2012. On peut voir ici la modestie de l'engagement et la lenteur du rythme.

En outre, le Protocole, dont le texte est à vrai dire relativement long et complexe, contient une série de dispositions relatives aux procédures d'information, à la coopération, à l'élaboration des programmes nationaux visant la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Le problème des mécanismes financiers destinés à aider les pays en développement dans l'élaboration et la réalisation de leurs politiques est également pris en compte.

En bref, si, faute de pouvoir faire davantage, on se concentre plus sur des modalités procédurales et de coopération que sur des obligations substantielles, il faut néanmoins penser que la mise au point et le développement des moyens auxiliaires des politiques nationales sont de nature à favoriser une amélioration de celles-ci.

D. QUELQUES OBSERVATIONS

12. Les trois conventions évoquées ici sont particulièrement illustratives de cette forme spéciale d'instruments conventionnels que sont les conventions-cadres.

L'une d'elles – la plus ancienne – a été élaborée et produit ses effets dans un cadre régional, les deux autres ont, du fait même de leur objet, une portée universelle, et elles manqueraient leur but si elles ne parvenaient à réunir l'ensemble des Etats de la planète.

Ce ne sont pourtant pas les seuls cas pour lesquels il y a eu recours à la méthode de la convention-cadre. Sans entrer dans les détails, on peut signaler, par exemple, que de nombreuses mesures ont été prises sur le plan régional pour tenter d'assurer la protection du milieu marin contre la pollution: Méditerranée, Caraïbes, Mer Rouge et Golfe d'Aden, Pacifique Sud, etc.

[28] Cf. SANDS, *op.cit.* (n. 6), p. 296.

Une convention de base, du type convention-cadre, est conclue, complétée ultérieurement par les protocoles additionnels[28].

Il s'agit donc d'une méthode jugée utile, et qui l'est effectivement.

13. Les motifs qui sont à l'origine du développement de cette méthode ont déjà été indiqués. Lorsque l'objectif final est l'interdiction de la fabrication ou de l'utilisation de certains produits, il est impossible, bien souvent, de procéder d'un seul coup. On ne peut brutalement interrompre l'activité des usines productrices de substances polluantes, interdire la circulation automobile au motif qu'elle est à l'origine d'émissions excessives de CO^2, etc.

Il faut procéder par paliers, et l'on sait qu'il sera d'autant moins difficile de progresser dans la bonne direction que des techniques nouvelles seront mises au point pour réduire les émissions nocives, ou que des produits nouveaux seront susceptibles d'être substitués à ceux qui ont des effets néfastes.

Les analyses, la recherche scientifique, la coopération en ces matières, vont dès lors tenir un rôle important, d'autant plus que ces travaux vont également permettre de lever les incertitudes qui subsistent, et qui fréquemment font peser un lourd handicap sur les réunions des Parties et la négociation de protocoles additionnels: ainsi, il est aujourd'hui encore mis en doute par certains milieux que l'effet de serre soit à l'origine de modifications du climat.

C'est souligner que les résultats positifs concrets issus d'une convention-cadre ne peuvent être mesurés au seul critère de l'adoption de protocoles additionnels et au rythme des réductions. Parfois, les politiques nationales inspirées par les travaux poursuivis sous l'empire de la convention progressent à un meilleur rythme.

Néanmoins, la convention-cadre n'est qu'un premier pas, qui vaut s'il est suivi par d'autres.

14. Il n'est pas sans intérêt d'observer aussi que la méthode des protocoles additionnels successifs permet une certaine souplesse dans l'évolution progressive de la réglementation. On a vu que le principe de la *responsabilité commune mais différenciée* peut être pris en compte, s'il y a lieu, lors de chaque étape, qu'il s'agisse des normes de réduction ou des mécanismes financiers. Une forme de discrimination entre les Etats qui ne serait pas acceptable dans la durée, mais qui est justifiée et souhaitable dans un stade initial, est ainsi rendue possible. Il est évident que les pays développés ont contribué plus que les autres à la dégradation du milieu naturel, et disposent des moyens permettant de financer de meilleures politiques.

15. Il ne faut pas méconnaître, d'autre part, les difficultés inhérentes à la méthode des conventions-cadres. Elles impliquent des développements normatifs complémentaires, mais ne créent pas des compétences particulières à cette fin. Autrement dit, aucun organe n'est habilité à édicter des normes nouvelles. Il faut s'en remettre pour chaque développement nouveau intervenant sous la forme d'un protocole additionnel au processus conventionnel traditionnel.

Il en résulte tout d'abord qu'à chaque étape des intérêts divergents peuvent se manifester, rendant les négociations difficiles, les affrontements étant susceptibles d'être sévères comme c'est le cas entre les producteurs de pétrole et les militants hostiles à l'effet de serre et surtout les petits Etats insulaires.

Un autre inconvénient du système tient au fait que, même si la convention de base est largement ratifiée, le succès est aléatoire si de nombreux Etats restent à l'écart des protocoles additionnels. Le régime conventionnel n'est pas uniforme lorsque l'état des ratifications de ceux-ci présente d'importantes différences.

En l'état actuel des choses, il n'est probablement pas possible d'apporter des modifications substantielles à ce système. Il faut alors compter avec un certain effet d'entraînement, voire quelques pressions, pour assurer une large adoption des protocoles.

16. Une autre observation, d'une nature tout à fait différente, est suggérée par l'examen du système de la convention-cadre. On doit se demander si dans d'autres domaines où l'on souhaiterait discipliner progressivement les comportements des Etats il n'y aurait pas lieu de suivre l'exemple des conventions-cadres en matière environnementale. Sans pouvoir faire davantage que simplement évoquer cette question, on pourrait ici penser à la réduction progressive des moyens militaires ou de certains types d'armes, au contrôle des maladies contagieuses ou à la lutte contre la malnutrition.

Quoi qu'il en soit, la méthode ne manque pas d'intérêt et mérite d'être connue.

Pacte, convention, contrat et sécurité sociale

Pierre-Yves GREBER

1. INTRODUCTION

1. Le thème général des Mélanges réalisés en l'honneur du professeur Bruno SCHMIDLIN est donc «Pacte, convention, contrat». Travaillant dans le domaine de la sécurité sociale, je vais essayer – sans prétention systématique – d'examiner dans quelle mesure ces termes interpellent ma discipline. Cela permet un éclairage de quelques points de droit international, de droit communautaire et de droit suisse. Le pacte est un intitulé qui nous ramène à un fondement du droit international émanant des Nations Unies. Le mot convention peut être relié également au droit international, notamment selon l'orientation de l'harmonisation des systèmes nationaux et celle de la coordination de ces derniers, visant à régler les questions transfrontières. Le contrat enfin peut remplir plusieurs fonctions en droit interne, dont celle de support des protections complémentaires aux régimes légaux.

2. PACTE ET SÉCURITÉ SOCIALE

2. L'association des mots pacte et sécurité sociale fait immédiatement penser au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966. Le quatrième considérant de cet instrument le situe. «Par ce nouveau pas en avant, les Nations Unies poursuivent leur but de stimuler le respect universel et l'application des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langage ni de religion, suivant la proclamation par l'Assemblée générale, le 10 décembre 1948, de la Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations.» L'art. 9 du Pacte dispose que: «Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales».

3. Pour le droit international de la sécurité sociale, l'art. 9 du Pacte constitue une disposition essentielle. D'une part, il est inclus dans un texte de principe, c'est-à-dire qu'il figure parmi les fondements de la discipline comme l'a si bien montré Guy PERRIN[1], d'autre part, il représente le terme d'une longue évolution historique. En effet, le préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, adoptée en 1919[2], relie la protection sociale au statut de travailleur («Attendu qu'il existe des conditions de travail...»). La Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail, de 1944 et incluse en 1946 dans la Constitution de l'OIT, va au-delà dudit statut et commence à s'ouvrir à l'universalité[3]. Et ce sont les Nations Unies qui ont mené l'évolution à son terme: tout d'abord par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 22, 23 et 25) (1948), ensuite par le Pacte (1966). Ces deux instruments votés par l'Assemblée générale des Nations Unies sont fondés sur l'universalité, c'est-à-dire sur la reconnaissance à toute personne (indépendamment d'un statut professionnel), sans aucune discrimination, du droit à la sécurité sociale. Il est clair qu'il s'agit encore largement d'un but à atteindre: très lointain pour les Etats en développement, presque réalisé dans la partie occidentale de notre continent (encore que la persistance, plus encore la résurgence de la pauvreté montrent le chemin qui reste à faire). Le mérite des textes des Nations Unies est d'avoir tranché le débat universalité/généralisation/sélectivité sur le plan théorique[4]. Le droit international montre ainsi l'évolution inachevée des textes de principes européens – Charte sociale européenne (1961), Charte sociale européenne révisée (1996), du Conseil de l'Europe; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (1989), Déclaration des libertés et droits fondamentaux adoptée par le Parlement européen (1989), pour l'Union

---

1 Guy PERRIN, «Les fondements du droit international de la sécurité sociale», *Droit social* 1974, pp. 479 ss.

2 Guy PERRIN, *Histoire du droit international de la sécurité sociale*, tome V de: *La Sécurité sociale, son histoire à travers les textes*, Paris 1993, pp. 109 ss. – Nicolas VALTICOS/ Geraldo VON POTOBSKY, *International Labour Law*, 2e éd., Deventer/Boston 1995, pp. 18-19.

3 Eddy LEE, «La Déclaration de Philadelphie: rétrospective et prospective», *Revue internationale du Travail*, vol. 133, 1994, N° 4, pp. 513 ss. – Nicolas VALTICOS, *Droit international du travail*, 2e éd., Paris 1983, N° 102. – Guy PERRIN, Les fondements (n. 1), pp. 480-481.

4 Jean-Jacques DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, 12e éd., Dalloz, Paris 1993, pp. 79 ss.

européenne – qui s'approchent de l'universalité sans oser la consacrer pleinement[5]. Il met en évidence les lacunes des systèmes nationaux.

4. Mais ne s'agit-il pas d'une reconnaissance purement théorique, dont l'utilité est discutable? Sur le plan du droit international, une concrétisation par étapes est guidée par les instruments normatifs de l'Organisation internationale du Travail et du Conseil de l'Europe[6,7]. De cette manière, le but est indiqué, soit l'universalité, et les Etats, selon leurs possibilités, sont invités à s'en rapprocher progressivement. La conjugaison de textes de principes et de textes normatifs est cohérente. Mais qu'en penser dans le contexte actuel, caractérisé par l'instabilité économique, le chômage, le retrait du politique et du social par rapport aux règles du marché, par le vieillissement des populations?[8] Quelle utilité alors que le courant néo-libéral conteste fortement le concept même de sécurité sociale, sous l'angle de sa légitimité et de sa capacité à répondre aux besoins, alléguant que l'universalité tendrait à transformer chacun en un assisté en puissance, attendant tout de l'Etat?[9] C'est justement dans une période de mutations profondes qu'un grand texte de principes peut fournir des repères, marquer des limites, à l'image du phare qui signale

---

5 Guy PERRIN, «La reconnaissance du droit à la protection sociale comme droit de l'homme», in: *Actes du 108e Congrès national des sociétés savantes*, Paris 1983, pp. 153 ss (p. 163).

6 Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, 8e éd., Paris 1993, pp. 133 ss. – S. Günter NAGEL/Christian THALAMY, *Le droit international de la sécurité sociale*, Paris 1994, pp. 14 ss. – Guy PERRIN, Histoire (n. 2), pp. 495 ss.

7 Question évoquée ci-après, voir le N° 14.

8 ASSOCIATION INTERNATIONALE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AISS), «Développements et tendances de la sécurité sociale, 1993-1995», *Revue internationale de sécurité sociale*, 2/1996, pp. 5 ss. – AISS, *La sécurité sociale demain: permanence et changements*, Etudes et recherches, N° 36, Genève 1995. – *Rapport mondial sur le développement humain 1997*, Publié pour le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) par Economica, Paris 1997. – *La sécurité sociale en Europe à l'aube du XXIe siècle. Mutations, nouvelles voies, réformes du financement*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996.

9 Un rapport, qui a été sous les feux de l'actualité, se rattache à ce courant: – *Averting the Old Age Crisis. Policies to Protect the Old and promote Growth. A World Bank Policy Research Report*, New York 1994 (La crise du vieillissement. Mesures destinées à protéger les personnes âgées et à promouvoir la croissance. Résumé, Banque mondiale, Washington 1994). – Cf. Roger BEATTIE/Warren MCGILLIVRAY, «Une stratégie risquée: réflexions sur le rapport de la Banque mondiale La crise du vieillissement», *Revue internationale de sécurité sociale*, 3-4/1995, pp. 5 ss. – Et pour une optique plus large, voir Ivo RENS, «Le néo-libéralisme, panacée ou imposture? Réflexions en marge du décès de Friedrich von Hayek», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, N° 9-1992, pp. 7 ss.

les récifs. C'est justement dans une période révélatrice de fragilités (des familles, de l'emploi) et d'inégalités qu'une protection sociale montre son importance et sa nécessité, pour répondre aux besoins, préserver la cohésion et la paix sociale[10]. La reconnaissance à chaque être humain d'un droit à la sécurité sociale écarte aussi le recours à la seule sélectivité (ou ciblage de la protection), c'est-à-dire à une concentration des prestations sur les plus défavorisés[11], comme principe de protection. La sélectivité peut certes être utilisée dans un système de sécurité sociale, nonobstant les difficultés qu'elle présente, mais elle ne doit pas remplacer l'universalité, indiquée par le Pacte des Nations Unies comme le but. Le débat, les enjeux sont bien loin d'être seulement théoriques![12]

5. Il convient de rappeler que la Suisse est liée par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966). L'instrument d'adhésion a été déposé le 18 juin 1992 et le Pacte est entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RO 1993 724, 725). Dans son Message du 30 janvier 1991[13], le Conseil fédéral a notamment relevé que:

- Le Pacte contient un catalogue de droits que chaque Etat partie s'engage à instituer progressivement, en fonction notamment des ressources disponibles;
- l'ensemble des droits a un caractère de programme;

---

[10] Jos BERGHMAN, «The new social risks: a synthetic view», in: J. VAN LANGENDONCK (Ed.), *The New Social Risks/Les nouveaux risques sociaux*, EISS Yearbook 1996/Annuaire IESS 1996, London/Den Haag/Boston 1997, pp. 251 ss. – Jos BERGHMAN, «La résurgence de la pauvreté et la lutte contre l'exclusion: un nouveau défi pour la sécurité sociale?», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1/1997, pp. 3 ss. – Alain EUZEBY, «Sécurité sociale: une solidarité indispensable», *Revue internationale de sécurité sociale*, 3/1997, pp. 3 ss.

[11] Les autres parties de la population étant renvoyées aux protections privées et à l'épargne.

[12] Helen BOLDERSON/Deborah MABBETT, «Maîtrise des coûts des régimes complexes de sécurité sociale: les limites du ciblage», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1/1996, pp. 3 ss. – Neil GILBERT/Neung-Hoo PARK, «Privatisation, prestations et ciblage: tendances et implications politiques pour la sécurité sociale aux Etats-Unis», *Revue internationale de sécurité sociale* 1/1996, pp. 21 ss. – Bea CANTILLON, «Les transformations des modèles du travail et de la famille et leurs implications sur la sécurité sociale», in: J.-P. FRAGNIÈRE (éd.), *Repenser la sécurité sociale*, Lausanne 1995, pp. 115 ss (pp. 135 ss). – James SCHULZ, «Le débat continue, sélectivité, oui, mais jusqu'où?», in: AISS, La sécurité sociale demain (n. 8), pp. 45 ss.

[13] Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 30 janvier 1991, FF 1991 I, pp. 1129 ss. – Rappelons que le deuxième instrument est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, également ratifié par la Suisse (RO 1993 747, 750).

- l'instrument va moins loin que les textes correspondants du Conseil de l'Europe, l'adhésion de la Suisse représente dès lors un objectif important de politique étrangère sur le plan universel;
- «Le Pacte I et la Charte sociale européenne se différencient par le fait que les droits contenus dans le Pacte I ont souvent un énoncé très général, qui s'apparente dans la plupart des cas à de simples déclarations de principe. Ils impliquent des exigences en règle générale beaucoup moins élevées et précises que les droits semblables de la Charte. Ainsi l'article 9 du Pacte I, selon lequel les Etats parties reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, est réalisé en Suisse, alors que l'article 12 de la Charte, qui pose des exigences détaillées et élevées dans le même domaine, n'était pas acceptable pour la Suisse (cf. message du 13 juin 1983, FF 1983 II 1324 ss, ch. 224)»;
- «Il découle du texte clair du Pacte I (...) que celui-ci a été conçu dans l'ensemble comme un instrument fixant des objectifs de politique des droits de l'homme dans le domaine social, qui impose aux Etats des obligations de droit international à caractère programmatoire, que les Etats s'engagent à réaliser progressivement (...) il en résulte sans équivoque que les dispositions du Pacte I ne s'adressent en principe pas aux particuliers, mais aux législateurs des parties contractantes, qui doivent dès lors considérer ces dispositions comme des lignes directrices pour leur activité législative. Par conséquent, conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les dispositions du Pacte I ne créent en principe pas de droits subjectifs et justiciables, sauf d'éventuelles rares exceptions (cf. art. 8, par. 1, let. a: droit de former un syndicat); elles ne peuvent dès lors (pas) être directement invoquées par les particuliers devant les autorités administratives ou judiciaires suisses; tout au plus le juge pourrait-il s'inspirer, le cas échéant, de l'une de ces dispositions pour interpréter une loi»[14, 15].

6. Le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de traiter la question de l'application du Pacte I à propos d'un cas d'assurance-invalidité, dans lequel un ressortissant non suisse ne remplissant pas la condition d'assurance (art. 6, al. 2, LAI) invoquait notamment cet instrument (art. 2 al. 2 et 9 du Pacte I) (TFA, 20 juillet 1995, cause T. ATF 121 [1995] V 246). Le Tribunal fédéral des assurances relève que: «A la différence des garanties découlant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RO 1993 750; RS

[14] Messages Pactes droits de l'homme (n. 13), pp. 1133, 1135, 1137, 1142 (citation).

[15] Au contraire de ce qui vaut pour le Pacte II, l'adhésion de la Suisse au Pacte I n'inclut aucune réserve.

0.103.2), dont l'applicabilité directe est généralement reconnue, les dispositions du Pacte (I) se bornent à prescrire aux Etats, sous la forme d'idées directrices, des objectifs à atteindre dans les divers domaines considérés. Elles leur laissent la plus grande latitude quant aux moyens à mettre en oeuvre pour réaliser ces objectifs. On doit donc admettre, conformément d'ailleurs à la jurisprudence et à l'opinion de la doctrine, qu'elles ne revêtent pas, sous réserve peut-être de quelques exceptions, le caractère de normes directement applicables (...)». Le Tribunal ajoute que l'art. 9 «a une portée très générale et (qu'il) ne saurait, pour cette raison, fonder concrètement le droit à une prestation d'assurance donnée. Quant à l'art. 2 al. 2, il n'a pas de portée autonome»[16]. Sous réserve d'exceptions, les dispositions du Pacte I, à caractère de programme, ne garantissent à l'individu aucun droit subjectif qui pourrait être invoqué devant l'administration et les tribunaux suisses (TF, 9 juillet 1997, cause H. ATF 123 [1997] II 472, consid. 4d). Il y a donc pleine concordance entre le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral.

7. Bettina KAHIL-WOLFF souligne ainsi, à juste titre, que «quand bien même les instruments internationaux consacrés aux droits de l'homme tendent à instaurer un standard de protection censé être indépendant du droit national, ils dépendent de la coopération qu'apporte le droit national à leur bonne mise en oeuvre»[17].

8. Dans le cas jugé par le Tribunal fédéral des assurances (cf. ci-dessus le N° 6), le requérant s'était vu refuser une rente d'invalidité AI parce qu'il ne remplissait pas, lors de la survenance de l'invalidité, la condition de dix années entières de cotisations ou de quinze années ininterrompues de domicile (ancien droit, modifié par la 10e révision AVS depuis le 1er janvier 1997) exigée des ressortissants non suisses. Le Tribunal a donc nié l'application directe de l'art. 9 du Pacte I (droit à la sécurité sociale) et jugé, ce qui est conforme à son texte, que l'art. 2 al. 2 (interdiction des discriminations) n'a pas de portée autonome mais concerne les droits garantis par le Pacte I.

9. Que penser de la position helvétique, telle que formulée par le gouvernement avant la ratification du Pacte et par la juridiction suprême? D'une manière générale, elle paraît adéquate. Il est cependant difficile de soutenir que les droits contenus dans l'instrument s'apparentent dans la plupart des cas «à de simples déclarations de principe»[18]. L'Etat qui ratifie doit, selon l'art. 2,

---

[16] TFA, 20 juillet 1995, cause T. ATF 121 (1995) V 246, consid. 2c et 2d.

[17] Bettina KAHIL-WOLFF, «L'individu en tant que sujet de droit international public», *Revue de droit suisse*, NF, Band 116, 1997, I, Heft 2, pp. 121 ss (pp. 137-138).

[18] Conseil fédéral, voir le N° 5, 4e tiret.

§ 1 du Pacte, s'engager «à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives». Il vaudrait mieux parler d'engagements de principes: le Pacte entend déclencher ou soutenir une attitude dynamique face aux besoins sociaux; ceux-ci, en évoluant, peuvent «interpeller» toute législation, même développée. L'art. 9 du Pacte est-il «réalisé en Suisse»?[19] D'une manière générale, oui, mais pour l'éventualité maternité, les indemnités de maladie (perte de gain)? La relation avec l'art. 12 de la Charte sociale européenne mériterait d'être affinée; p. ex. le Pacte opte pour l'universalité alors que le texte du Conseil de l'Europe s'arrête à la généralisation aux travailleurs et à leurs ayants droit. Il faudrait aussi, me semble-t-il, que la négation de toute applicabilité directe, d'un droit subjectif[20], ne vide pas le Pacte de toute sa substance. Tel n'est pas le cas, au regard de l'art. 9 du Pacte, dans la mesure où le Tribunal fédéral reconnaît que la Constitution fédérale contient un droit non-écrit à des conditions minimales d'existence (ATF 121 [1995] I 367 consid. 2, 370 ss, 112 [1996] I 101)[21, 22].

3. CONVENTION ET SÉCURITÉ SOCIALE

10. En droit international de la sécurité sociale, les conventions jouent un rôle important, au titre des fondements, de l'harmonisation et de la coordination. Evoquons brièvement la question des fondements dans sa partie des textes de principes[23]. Sur le plan universel, parallèlement à la reconnaissance à chaque être humain du droit à la sécurité sociale[24], les Nations Unies luttent contre les discriminations. L'Assemblée générale a ainsi adopté la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination

---

19 Conseil fédéral, voir le N° 5, *idem*.

20 Tribunal fédéral, voir le N° 6.

21 Andreas AUER, «Le droit à des conditions minimales d'existence: un nouveau droit social?», in: *Problèmes actuels de droit économique. Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, pp. 27 ss.

22 Pour continuer, voir: Walter KÄLIN/Giorgio MALINVERNI/Manfred NOWAK, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte/La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2e éd., Bâle/Bruxelles 1997.

23 Guy PERRIN, Les fondements (n. 1), pp. 479 ss.

24 Voir la deuxième subdivision de cette étude.

raciale le 21 décembre 1965. Les Etats parties, selon son art. 5, «s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique» dans la jouissance notamment d'une série de droits énumérés par la Convention. Parmi ceux-ci, figure le «droit à la santé, aux soins médicaux, à la sécurité sociale et aux services sociaux» (art. 5, lit. e, iv). La Suisse a ratifié la Convention le 29 novembre 1994, qui est entrée en vigueur pour notre pays le 29 décembre 1994 (RO 1995 1163, 1164; RS 0.104). Dans son Message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention, le Conseil fédéral relève que ce texte complète, dans un domaine important, les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme[25]. A propos de l'art. 5, en général, le gouvernement précise que: «Bien que le texte ne le dise pas expressément, il ressort de l'article 2, paragraphe 1, lettre c, que cette disposition doit s'appliquer non seulement à la législation (égalité dans la loi) mais aussi à l'application du droit (égalité devant la loi)»[26]. Le Conseil fédéral remarque que: «Dans les domaines de la santé publique, des soins médicaux, de la sécurité sociale et des services sociaux, on ne relève aucune réglementation fondée sur une discrimination raciale»[27]. Il n'y a, en matière de droit de la sécurité sociale, effectivement pas de problème d'égalité dans la loi et il ne semble pas non plus que des problèmes d'égalité devant la loi se soient posés[28].

11. Dans le même esprit, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes le 18 décembre 1979. Les Etats parties, selon son art. 11, «s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier: (...) e) Le droit à la sécurité sociale, notamment aux prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse ou pour toute autre perte de capacité de travail (...)». L'art. 12 se réfère à l'accès non discriminatoire aux soins de santé et l'art. 13 au bénéfice des allocations familiales.

---

25 Message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, du 2 mars 1992, FF 1992 III, pp. 265 ss (p. 266).

26 *Idem*, p. 278.

27 *Idem*, p. 289.

28 Pour un domaine voisin, celui du travail (transformation de l'autorisation saisonnière en une autorisation à l'année), voir ATF 123 (1997) II 472, consid. 4e.

12. Le dispositif fondamental onusien consacré aux droits de l'être humain, outre la Déclaration universelle, les deux Pactes de 1966, les deux Conventions sur l'élimination des discriminations, déjà évoqués, comprend la Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989. Son art. 26, § 1, dispose que les «Etats parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale». D'autres dispositions de la Convention traitent plus particulièrement des enfants handicapés (art. 23), de l'accès aux soins de santé (art. 24), du droit à un niveau de vie suffisant (art. 27).

13. Au titre des fondements, d'autres textes conventionnels doivent être mentionnés, tout d'abord la Convention européenne des droits de l'homme, du Conseil de l'Europe, ratifiée par la Suisse (RO 1974 2148, 2151; RS 0.101). C'est un instrument consacré aux droits civils et politiques. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme applique l'art. 6 § 1 CEDH, relatif au droit à un procès équitable, au contentieux des assurances sociales. Celui-ci relève, selon la Cour, des contestations à caractère civil au sens de la Convention et est soumis, en principe, à la publicité des débats (affaire Schuler-Zgraggen c/ Suisse, 24 juin 1993, série A, vol. 263)[29]. En passant, il peut être utile de rappeler que l'art. F, § 2, du Traité sur l'Union européenne dispose que l'Union respecte les droits fondamentaux garantis par la CEDH; la Cour de justice des Communautés européennes se réfère à la CEDH. Mais, comme relevé, cela ne concerne que peu la sécurité sociale[30]. La Charte sociale européenne (1961) et l'instrument révisé (1996), du Conseil de l'Europe, sont également des fondements du droit international de la sécurité sociale, à caractère conventionnel. Ils portent sur la protection sociale au sens large et sur le droit à la sécurité sociale[31]. La Charte révisée contient des éléments nouveaux sur l'égalité de traitement entre femmes et hommes, le droit (universel) des personnes âgées à une protection, les prestations en cas d'insolvabilité de l'employeur, le droit (universel) à une protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale.

---

[29] Jean-Maurice FRESARD, «L'applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH au contentieux de l'assurance sociale et ses conséquences sous l'angle du principe de la publicité des débats», *Revue Suisse d'Assurances*, 1994, N° 7/8, pp. 191 ss. – Ulrich MEYER-BLASER, «Die Bedeutung von Art. 4 der Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht», *Revue de droit suisse*, NF 111, 1992, II, pp. 299 ss (pp. 453 ss).

[30] Bettina KAHIL, *Europäisches Sozialrecht und Subsidiarität*, Baden-Baden 1996, pp. 233-234. – Joël RIDEAU, *Le droit des Communautés européennes*, Paris 1995, pp. 68 ss.

[31] Bettina KAHIL, Europäisches Sozialrecht (n. 30), p. 234.

14. Les conventions constituent, en droit international de la sécurité sociale, un instrument important d'harmonisation des systèmes nationaux. L'Organisation internationale du Travail (OIT) et le Conseil de l'Europe ont adopté des constructions normatives à plusieurs étages, que les Etats sont invités à ratifier au fur et à mesure de leurs développements et de leurs possibilités. L'instrument de base demeure la Convention OIT N° 102 concernant la norme minimum de sécurité sociale, qui tend à garantir un premier socle de protection pour les neuf éventualités classiques. Elle est partiellement ratifiée par la Suisse (RO 1978 1491, 1626; RS 0.831.102). La norme minimum fait l'objet d'élévations, par conventions et par recommandations, qu'il n'est malheureusement pas possible d'exposer ici en raison des limites imparties à cette étude[32]. En synthétisant, l'apport des conventions de l'OIT et du Conseil de l'Europe consacrées à l'harmonisation est le suivant:

- l'idée de base est de rapprocher les droits nationaux sur des points essentiels et dans le sens d'une amélioration progressive de la protection. Le processus n'est pas assimilable à de l'unification;
- les instruments apportent ainsi une première définition des éventualités (vieillesse, invalidité, chômage, etc.), que les législateurs nationaux affinent;
- ils prévoient des normes relatives au champ d'application personnel (personnes protégées), qui doivent être au moins atteintes, et qui sont exprimées en fonction des salariés, de la population économiquement active ou des résidents, afin de pouvoir s'adapter à la diversité des régimes de sécurité sociale;
- ils prévoient des normes relatives aux sortes de prestations et surtout au niveau que celles-ci doivent au moins atteindre. Afin de garantir une protection réelle, les instruments expriment le montant des prestations (de maladie, de vieillesse, etc.) en fonction des gains obtenus dans l'Etat qui ratifie, soit selon les gains antérieurs (avec possibilité de fixer un plafond) des intéressés, soit en fonction d'un salaire de manoeuvre (prestations à taux fixe) soit, dans certains cas, en tenant compte des ressources du bénéficiaire et de sa famille;
- ils prévoient d'autres normes à caractère général sur la responsabilité de l'Etat, la participation, le financement, les recours.

---

32 Alexandre BERENSTEIN, «Le droit international de la sécurité sociale», *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle* 1989, pp. 121 ss. – S. Günter NAGEL/Christian THALAMY, Le droit international (n. 6), pp. 14 ss. – Guy PERRIN, Histoire (n. 2), pp. 495 ss.

15. Ces conventions relatives à l'harmonisation des systèmes de sécurité sociale ont joué un grand rôle lors de l'émergence du concept de sécurité sociale et elles ont inspiré, guidé les législateurs quant au développement de leurs systèmes. Elles ont aussi leurs limites: l'égalité entre femmes et hommes n'est apparue que dans les instruments les plus récents, les missions essentielles gagneraient à être mieux exprimées dans le contexte actuel, les Etats ne trouvent guère d'idées pour faire face aux problèmes de financement actuels des systèmes.

16. Il convient de mentionner l'absence de conflit avec le droit communautaire de la sécurité sociale. En effet, la Communauté travaille dans ce domaine d'une autre manière, qui s'avère complémentaire:

- l'harmonisation est effectuée par la voie de directives et a été essentiellement consacrée à la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes;
- une stratégie dite de convergence des objectifs et des politiques de protection sociale constitue un deuxième volet, de nature non contraignante;
- l'instrument utilisé est la recommandation – mais qui peut inspirer judicieusement les Etats membres de l'Union (face à leurs problèmes communs: coût de la santé, vieillissement, pauvreté, etc.), et continuer de donner un sens à un «modèle social européen»[33].

17. Les conventions jouent également un rôle important dans le domaine de la coordination des systèmes de sécurité sociale. Il s'agit ici, d'une part, d'éliminer les dispositions qui peuvent être discriminatoires à l'égard des nonnationaux[34] et, d'autre part, de résoudre la question des situations transfrontières (les systèmes de sécurité sociale sont conçus et pilotés à l'éche-

---

[33] Yves CHASSARD/Odile QUINTIN, «La protection sociale dans la Communauté européenne: Vers la convergence des politiques», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1-2/1992, pp. 105 ss. – Yves CHASSARD, «La protection sociale dans l'Union européenne: Tendances récentes et perspectives», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, N°18-1997, pp. 7 ss. – «Convergence des objectifs et politiques de protection sociale», *Revue belge de sécurité sociale*, 1994, N° 4, pp. 1115 ss, sous la direction de Michel DISPERSYN. – Bettina KAHIL, «L'égalité entre hommes et femmes», in: J.-L. DUC (éd.), *L'espace social européen*, IRAL N° 10, Lausanne 1993, pp. 119 ss. – Bettina KAHIL, «L'influence du droit communautaire sur le développement de la sécurité sociale: vers une union sociale européenne?», in: *La sécurité sociale en Europe à l'aube du XXIe siècle* (n. 8), pp. 89 ss. – Michel VOIRIN, «Sécurité sociale et marché intérieur européen: Quelles mesures communautaires pour faire face à l'échéance de 1993?», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1-2/1991, pp. 49 ss.

[34] BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Introduction à la sécurité sociale*, 3e éd., Genève 1986, pp. 151-152. – BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *La sécurité sociale des travailleurs migrants*, Genève 1974, pp. 31 ss.

lon national, alors que les individus sont susceptibles de passer d'un Etat à un autre, pour des raisons professionnelles ou privées). Un droit interne peut déjà contenir des normes de coordination, mais il n'a pas la faculté de régler unilatéralement l'ensemble des situations transfrontières, par exemple, d'éviter les conflits de lois positifs ou négatifs[35]. Ainsi, les conventions internationales, bi- ou multilatérales, jouent un rôle fort utile dans la coordination et ceci de longue date. Guy PERRIN cite, au titre des premières, une Convention entre la France et le Duché de Parme réglant le service des pensions, qui remonte à 1827[36]; l'OIT a adopté en 1925 la Convention N° 19 concernant l'égalité de traitement des travailleurs étrangers et nationaux en matière de réparation des accidents du travail[37], un instrument ratifié par la Suisse (RO 14; RS 0.832.27).

18. Alors que les conventions bilatérales sont négociées d'Etat à Etat, les conventions multilatérales, plus complexes, sont généralement conçues dans le cadre d'une Organisation internationale. Les premières sont choisies pour leur simplicité: choix de l'Etat avec lequel un pays souhaite entrer en négociation, adaptation de l'accord à deux systèmes de sécurité sociale puis à leur évolution, choix des dossiers, réalisation plus ou moins approfondie des principes de la coordination. La simplicité a aussi son revers: une coordination restreinte aux mouvements entre deux pays (sous réserve de l'exportation des prestations qui peut, elle, être illimitée), ne concernant, sauf exceptions, que les ressortissants des deux Etats contractants, avec des principes partiellement garantis. Et la simplicité peut être toute relative (cf. les relations de la Suisse avec l'Allemagne, l'Autriche ou l'Italie, qui conjuguent convention originaire et accords complémentaires, se modifiant entre eux partiellement)[38].

---

[35] Eberhard EICHENHOFER, *Internationales Sozialrecht*, München 1994, p. 8.

[36] Guy PERRIN, Histoire (n. 2), p. 16.

[37] *Idem*, pp. 170-171.

[38] Alexandre BERENSTEIN, «Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances», in: *Mélanges pour le 75e anniversaire du Tribunal fédéral des assurances*, Bern 1992, pp. 3 ss. – Verena BROMBACHER, «Internationales Sozialversicherungsrecht als Parallelentwicklung zur europäischen Integration», *idem*, pp. 53 ss. – Jean MEYER, *Le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990. – Christoforo MOTTA, «Die Schweiz und die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit», *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung* 1977, pp. 133 ss. – Charles VILLARS, *La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse*, Genève 1975. – Une source très utile pour le praticien: Ueli KIESER, *Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung*, Zürich 1996 (voir Anhang 1. Entscheide zu Staatsverträgen, pp. 319 ss).

La voie bilatérale est celle traditionnellement choisie par la Suisse[39]. Les conventions multilatérales sont plus complexes: elles doivent pouvoir être ratifiées par un grand nombre d'Etats, aux législations différentes, qui de plus évoluent constamment. En revanche, elles présentent l'avantage de relier plusieurs Etats et sont dès lors susceptibles de mieux prendre en compte les déplacements et les migrations. Elles jouent également un rôle de modèle. L'Organisation internationale du Travail et le Conseil de l'Europe ont élaboré une série d'instruments de coordination, qui ne peuvent qu'être (partiellement) cités ici: Convention OIT N° 19 (déjà mentionnée), Convention OIT N° 118 concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale, Convention OIT N° 157 concernant l'établissement d'un système international de conservation des droits en matière de sécurité sociale (complétée par la Recommandation OIT N° 167)[40]; Accords intérimaires européens de sécurité sociale, Convention européenne de sécurité sociale[41].

19. La Communauté européenne fonde sa coordination sur des règlements communautaires: le Règlement (CEE) N° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et le Règlement (CEE) N° 574/72 fixant les modalités d'application du premier. Ces instruments ne sont pas de nature conventionnelle, mais ils s'apparentent à de véritables lois, européennes (cf. art. 189 TCE)[42]. Les deux règlements cités ont succédé au Règlement N° 3 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants et au N° 4 fixant les modalités d'application du premier. Or, ces derniers trouvent leur origine historique dans une convention élaborée dans le cadre de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). La Haute autorité avait préparé, avec la coopération technique du BIT, une Convention européenne concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants. Signée le 9 décembre 1957, cette convention était destinée à se substituer aux accords bi- et multilatéraux en vigueur entre les

---

[39] La Suisse est liée avec une vingtaine d'Etats par des conventions bilatérales de sécurité sociale (superposées par une convention quadripartite Suisse-Allemagne-Autriche-Liechtenstein). Voir la table des matières du recueil systématique du droit fédéral (RS) (0.83) (et le RO pour la mise à jour depuis sa parution).

[40] La Convention OIT N° 157 révise la Convention OIT N° 48.

[41] Alexandre BERENSTEIN, Le droit international (n. 32), pp. 132 ss. – S. Günter NAGEL/ Christian THALAMY, Le droit international (n. 6), pp. 66 ss. – Guy PERRIN, Histoire (n. 2), pp. 357 ss.

[42] Guy ISAAC, *Droit communautaire général*, 5e éd., Paris 1996, pp. 126-127.

Etats membres. L'adoption du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne a rendu possible une étape supplémentaire sur la base des art. 49 et 51 TCE. PANAYOTOPOULOS relève ainsi que les pouvoirs alors conférés par le nouveau traité «ont permis l'adoption du règlement N° 3. A cette fin, le Conseil n'a pas établi un texte spécial mais il a pris la convention européenne de sécurité sociale de 1957, élaborée dans le cadre de la CECA, et a transformé sa nature juridique en règlement du Conseil des ministres qui est directement applicable dans l'ordre juridique interne des Etats membres de la Communauté. Cette procédure a permis l'application directe du contenu de la Convention européenne de 1957 car, si elle avait conservé sa forme initiale de convention internationale, il aurait fallu attendre les ratifications des Etats signataires»[43]. Inutile de souligner que la possibilité de ce passage d'une convention à un règlement européen est tout à fait spécifique à l'ordre juridique communautaire.

20. Le Règlement (CEE) N° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté[44] se substitue dans le cadre de son champ d'application personnel et matériel, à toute convention de sécurité sociale qui lie deux ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne (en vertu de son art. 6)[45]. Quid s'il résulte une perte d'avantages de sécurité sociale de la non-application d'une telle convention? La Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'une telle situation devait être examinée au regard des art. 48 à 51 TCE: la substitution du Règlement à une convention[46], lorsqu'elle conduit à placer un travailleur dans une situation moins favorable, est-elle compatible avec le principe de la libre circulation des travailleurs? Après avoir souligné que le règlement doit être interprété à la lumière dudit principe, la Cour a répondu par la négative: le Traité s'oppose à ce que l'inapplicabilité, par suite de l'entrée en vigueur du Règlement 1408/71, d'une convention conclue entre deux ou plusieurs Etats membres aboutisse à la perte d'avantages de sécurité sociale (CJCE, aff. C-

---

43 Marios PANAYOTOPOULOS, «La sécurité sociale des travailleurs migrants», *Centre d'études juridiques européennes*, Genève 1973, pp. 8-9.

44 Nicole CATALA/René BONNET, *Droit social européen*, Paris 1991, pp. 247 ss. – Bettina KAHIL, *Sécurité sociale et libre circulation des personnes en droit communautaire*, IRAL N° 8, Lausanne 1992. – Pierre GUIBENTIF, *La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale*, thèse de Genève, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997. – Ph. GOSSERIES, «Sécurité sociale des travailleurs migrants, Ses principes fondamentaux», *Journal des tribunaux du travail* 1988, pp. 169 ss.

45 Sous réserve des art. 7, 8, 46 § 4 du Règlement 1408/71.

46 Dans le cas jugé, il s'agissait d'une convention conclue entre l'Allemagne et le Danemark.

227/89, 7 février 1991, Rönfeldt)[47]. Une telle solution est évidemment favorable aux personnes qui se déplacent à l'intérieur de l'Union. En revanche, la juxtaposition d'un règlement communautaire et de conventions bilatérales rend plus difficile la compréhension du droit de la coordination – qui souffre déjà de trop de complexité – et ne facilite guère la tâche des institutions de sécurité sociale: comment apprécier la situation, quand est-elle plus favorable (faut-il trancher globalement, par article)?

21. Pour terminer cette subdivision rappelons, sans pouvoir les traiter, que la coordination repose sur une série de principes: égalité de traitement, maintien des droits en cours d'acquisition, maintien des droits acquis, détermination de la législation applicable, coopération administrative[48].

4. CONTRAT ET SÉCURITÉ SOCIALE

22. Les limites imparties à cette étude ayant été franchies, ce point n'est mentionné ici que pour mémoire. Les systèmes de sécurité sociale reposent avant tout sur des régimes publics et obligatoires, qui garantissent l'égalité de traitement[49] et qui sont fondés sur le principe de la légalité. Cependant, ils n'ont généralement pas – et de moins en moins sous la pression des coûts – la prétention de couvrir l'ensemble des besoins de protection. Déjà BEVERIDGE, dans son célèbre plan «Social Insurance and Allied Services» (1942), réservait une place à l'assurance facultative pour compléter le premier socle de protection[50]. Un intérêt existe depuis longtemps quant aux protections professionnelles ou individuelles, complémentaires en matière de sécurité sociale[51]. C'est l'objet de débats politiques intenses: quel poids donner, à l'ave-

---

47 Raymond SPIRA, «La mise en oeuvre du droit social européen: point de vue d'un magistrat», in: *L'Espace social européen*, IRAL N° 10, Lausanne 1993, pp. 217 ss (pp. 224-225).

48 Voir les références indiquées à la note 44 de même que: Guy PERRIN, «Introduction au droit international de la sécurité sociale. Coordination des législations nationales», *Revue belge de sécurité sociale* 1991, janvier-février, pp. 3 ss.

49 Que l'on soit considéré comme un «bon» ou «mauvais» risque.

50 William BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services. His Majesty's Stationery Office*, London/New York 1942. – AISS, «Le Rapport Beveridge, 50 ans après», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1-2/1992. – EISS/IESS, *Yearbook/Annuaire* 1992, Acco, Leuven/Amersfoort 1993.

51 EISS/IESS, *Yearbook/Annuaire* 1990, Leuven/Amersfoort 1991. – Jacques-André SCHNEIDER, *Les régimes complémentaires de retraite en Europe: libre circulation et participation*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994.

nir, à la sécurité sociale, à la solidarité, à la privatisation, à la responsabilité individuelle?[52]

23. Les protections complémentaires aux régimes publics de sécurité sociale reposent sur des contrats, conclus à titre individuel ou par un employeur en faveur de son personnel. La liberté contractuelle peut être plus ou moins grande. Prenons un exemple suisse. Sous l'ancien régime d'assurance-maladie (LAMA 1911), des contrats pouvaient être conclus avec les caisses-maladie pour garantir une protection supralégale. Cette dernière était toujours considérée comme appartenant à l'assurance-maladie sociale. Ainsi, les grands principes de droit public – proportionnalité notamment – étaient appliqués par le Tribunal fédéral des assurances à cet étage complémentaire, de même que des raisonnements par analogie à but social (dans le domaine des réserves d'assurance). Tel n'est plus le cas sous l'empire du nouveau régime (LAMal 1994)[53]: des contrats peuvent être conclus avec les caisses-maladie et les institutions d'assurances privées pour garantir des prestations supplémentaires, mais celles-ci ne relèvent plus de l'assurance-maladie sociale (art. 1, al. 1 LAMal). Elles sont régies par le droit privé et ne bénéficient plus du contentieux des assurances sociales. Le domaine a été privatisé. Intentionnellement, le législateur – ayant développé l'assurance-maladie/soins de santé – a opté en faveur de la liberté contractuelle pour les protections améliorées[54, 55]. L'expérience ne tardera pas à montrer s'il s'agit d'une liberté réelle ou illusoire.

BRÈVE CONCLUSION

24. L'objet de cette petite étude a été de montrer quel sens les termes de pacte, convention et contrat peuvent avoir en droit de la sécurité sociale. Le chemin suivi a permis de croiser un grand texte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, des

---

[52] AISS, «Développements et tendances de la sécurité sociale», *Revue internationale de sécurité sociale*, 2/1996, pp. 5 ss. – Niels PLOUG/Jon KVIST, *Social Security in Europe: Development or Dismantlement?* Kluwer, Den Haag/London/Boston 1996.

[53] Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), du 18 mars 1994, RS 832.10.

[54] Message concernant la révision de l'assurance-maladie, du 6 novembre 1991, FF 1992 I, pp. 77 ss (pp. 122-123).

[55] Voir les études de Bernard VIRET, Alfred MAURER et Vincent BRULHART, in: *LAMal-KVG*, IRAL N° 17, Lausanne 1997, pp. 663 ss. – Voir les études de Jean-Louis DUC et Bettina KAHIL, in: *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, N° 15-1995.

conventions de cette même Organisation qui revêtent également un caractère de textes de principes, des conventions dont le but est l'harmonisation des systèmes de sécurité sociale, d'autres vouées à la coordination (protection des personnes en déplacement), avec un petit «crochet» vers l'Union européenne, pour terminer en deux mots sur les compléments de type contractuel. Peut-être ce parcours a-t-il pu montrer le vaste domaine couvert tant par le titre de ce volume en l'honneur du professeur Bruno SCHMIDLIN que par la sécurité sociale.

Der Regress des Versicherers im schweizerischen Recht

Heinrich HONSELL

I. DAS PROBLEM

Regressprobleme sind auch im Versicherungsrecht genuin zivilrechtliche Fragen, so dass ich hoffen darf, dass dieser bescheidene Beitrag das Interesse von Bruno SCHMIDLIN findet, der sich nicht nur um das droit privé romain, sondern auch um das schweizerische Obligationenrecht bleibende Verdienste erworben hat.

Hat der Versicherer bei einer Schadensversicherung (z.B. Hausrats-, Autokasko- oder Krankenversicherung) den Sach- oder Personenschaden des Versicherten ersetzt, so kann dies einen evtl. vorhandenen Schädiger nicht entlasten. Da es andererseits dem Bereicherungsverbot widerspräche, wenn der Geschädigte neben der Versicherungssumme noch Schadenersatz von dem Dritten erhielte, bestimmt Art. 72 VVG, dass Ansprüche gegen Dritte aus unerlaubter Handlung kraft Gesetzes auf den Versicherer übergehen, soweit er Entschädigung geleistet hat.

Ausgeschlossen ist der Regress nach Art. 72 Abs. 3 VVG gegen leicht fahrlässig handelnde Hausgenossen oder Hilfspersonen. Bei Strassenverkehrsunfällen richtet sich der Regress nach Art. 65 Abs. 3 SVG[1].

Typische Anwendungsbeispiele der Norm sind folgende Fälle:

Die Hausratsversicherung bezahlt den Schaden aus einem Einbruchsdiebstahl. Der Anspruch des Versicherten gegen den Dieb geht auf den Hausratsversicherer über.

Ein Wagen wird aus Verschulden eines anderen Autofahrers beschädigt. Die Kaskoversicherung des Geschädigten ersetzt den Schaden. Sie nimmt Regress beim Haftpflichtversicherer des Schädigers.

Ratio legis dieser Legalzession oder Subrogation ist zunächst das Bereicherungsverbot: Der Schuldner soll neben der Versicherungsleistung nicht

[1] Vgl. dazu auch BGE 119 II 289.

auch noch Schadenersatz erhalten, sonst würde der Schadensfall zum Glücksfall. Ein zweiter Aspekt ist die Überlegung, dass es den Schädiger nicht entlasten soll, wenn der Geschädigte durch Abschluss einer Schadensversicherung Vorsorge getroffen hat. Auch kann und soll der Versicherer bei der Prämienkalkulation das Regressrecht gegen schuldhafte Schadensverursacher berücksichtigen, das heisst, die Prämien entsprechend niedriger ansetzen; was allerdings *in praxi* nicht oder nicht im notwendigen Umfang geschieht.

II. ABGRENZUNG

Art. 72 VVG gilt nur für die Schadensversicherung. Bei der Summenversicherung gibt es nach Art. 96 VVG keine Legalzession.

Diese Vorschrift ist insofern verfehlt, als sie statt von Summenversicherung von Personenversicherung spricht. Der Ausschluss des Regresses passt nur bei der Summenversicherung. Obwohl die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur die Personenversicherung betrifft, ist anerkannt, dass Art. 72 VVG sowohl für Sach- als auch für Personenschäden gilt und ebenso, dass der Regressausschluss nach Art. 96 VVG und eine daraus möglicherweise resultierende Kumulation nur bei der Summenversicherung zulässig sind, etwa bei einer Lebens- oder Krankenhaustagegeld-Versicherung. Wenn eine Lebens- oder Unfallversicherung für das versicherte Ereignis eine bestimmte Summe auszahlt, so tritt der Gedanke des Schadensausgleichs in den Hintergrund. Bei der Summenversicherung leistet der Versicherer bei Eintritt des versicherten Risikos eine bestimmte Summe, unabhängig vom tatsächlich eingetretenen Schaden. Der Versicherer hat gemäss Art. 96 VVG keinen Regress, so dass in diesem Bereich Versicherungs- und Haftpflichtleistung kumuliert werden können. Nähme man Art. 96 VVG jedoch wörtlich, so würden Leistungen (z.B. Ersatz von Heilungskosten oder Erwerbsausfall) aus einer privaten Kranken- oder Unfallversicherung mit dem vom Schädiger zu leistenden Schadenersatz zugunsten des Geschädigten kumuliert, ohne dass dem Versicherer ein Regress zustünde. Dies würde gegen das Bereicherungsverbot verstossen.

In Wahrheit ist die gesetzliche Unterscheidung zwischen Schadensversicherung (Art. 48 ff. VVG) und Personenversicherung (Art. 73 ff. VVG) schief. Sie ist vorab nicht zu verwechseln mit der Distinktion Sach- und Personenschaden. Die richtige Distinktion lautet Schadens- und Summenversicherung. So ist es in der h.L. anerkannt, dass der Ersatz von Heilungskosten,

Verdienstausfall usw. unter die Schadensversicherung fällt[2]. Dagegen ist eine Lebensversicherung oder eine Tagegeldversicherung, welche unabhängig von der Höhe des entstandenen Schadens auf eine bestimmte Summe lautet (z.B. eine Lebensversicherung von Fr. 100 000.–), nicht als Schadenersatz aufzufassen und kann deshalb mit diesem kumuliert werden. Soll dagegen eine Tagegeldversicherung den Verdienstausfall ausgleichen, so handelt es sich um eine Schadensversicherung[3]. Die im Fall des Ablebens eines Menschen zu erbringende Leistung ist in der Regel Summenversicherung[4]. Die ältere Judikatur hat systemwidrig und unter Verstoss gegen das Bereicherungsverbot eine Kumulation nach Art. 96 VVG häufig zugelassen: so etwa bei Ansprüchen eines verletzten Mitfahrers gegen die Insassenunfallversicherung und gegen die Motorhaftpflichtversicherung[5]. Als Begründung hat man angeführt[6], der Wert eines Menschen könne nicht in Geld geschätzt werden (sic!), das ist der alte römische Satz: *liberum corpus nullam recipit aestimationem*[7]. Eine Änderung der Rsp. hat BGE 104 II 44[8] gebracht: Nur soweit die effektiven Kosten für Heilung, Verdienstausfall usw. ersetzt würden, handle es sich um die Versicherung eines wirtschaftlichen Interesses, das unter die Schadensversicherung und damit unter Art. 72 VVG falle. Nur die Summenversicherung wird also nach Art. 96 VVG beurteilt[9].

III. DIE ANWENDUNG VON ART. 51 ABS. 2 OR DURCH DIE H.L.

H.L. und Rsp. wenden neben Art. 72 VVG auch Art. 51 Abs. 2 OR an, beziehen also auch den Versicherer in den Regress der Gesamtschuldner ein[10].

---

2 Vgl. z.B. VIRET, *Privatversicherungsrecht*, 3. Aufl., Zürich 1991, S. 182.

3 BGE 104 II 44.

4 BGE 119 II 361, 367.

5 Vgl. BGE 94 II 186 = Pra 58 Nr. 43; BGE 97 II 259 E. IV = Pra 61 Nr. 32.

6 BGE 100 II 458; 94 II 188.

7 Gaius Dig. 9,1,3 und 9,3,7. Der Kontext ist dort freilich ein ganz anderer: Der Satz besagt, dass man bei einer Körperverletzung den Körper eines freien Menschen (bzw. die Beeinträchtigung) nicht schätzen kann. Für die Römer war dies nicht selbstverständlich, denn der Körper des Sklaven wurde natürlich nach seinem Marktwert geschätzt.

8 S. auch BGE 119 II 361 E. 4.

9 Vgl. auch BGE 119 II 361 = Pra 83 Nr. 163.

10 Vgl. z.B. KELLER/GABI, *Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., Basel 1988, S. 156; KOENIG, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3. Aufl., Bern 1967, S. 289 f.; MAURER, *Schweize-*

Gegen die h.L. ist zunächst einzuwenden, dass der Versicherer aus Vertrag nicht Schadenersatz wegen Vertragsverletzung schuldet, sondern Risikodeckung. Der Versicherer ist nicht Haftpflichtschuldner, weshalb Art. 51 OR auf ihn allenfalls analog angewandt werden könnte. Dies setzt aber eine Lücke voraus. Eine solche besteht aber nicht bzw. ist, wie noch zu zeigen sein wird, durch eine weite Auslegung von Art. 72 VVG zu schliessen.

Art. 51 Abs. 2 OR gibt eine Rangfolge für den Regress vor: deliktisches Verschulden, Vertrag, Haftung ohne Verschulden aufgrund des Gesetzes. Die Weisheit dieser auf Eugen HUBER zurückgehenden «Regresskaskade» ist nicht unbestritten. Gilt den einen die Regel als «wohlabgewogenes ethisch fundiertes Prinzip»[11] sprechen die anderen von «fehlerhafter Wertungsanleitung»[12].

Bei verschiedenartigen Rechtsgründen gilt die gesetzliche Regressordnung, von welcher der Richter allerdings nach Ermessen abweichen kann. Eine schematische Handhabung ist jedenfalls nicht am Platz. Der Grundgedanke ist der, dass die zuletzt in Betracht kommende Gruppe der aus Gesetz Haftenden gegen die beiden anderen (Vertrag und Delikt) vollen Regress nehmen kann. Konkurrieren nur Vertrag und Delikt, so trägt im Innenverhältnis der deliktisch Haftende den Schaden allein. Sind nur Haftpflichtige aus ein und derselben Haftung vorhanden, so greift beim Fehlen besonderer Umstände grundsätzlich eine *pro rata*-Haftung ein.

An erster Stelle steht, wer aus eigenem Verschulden (Delikt nach Art. 41 ff. OR) haftet.

Die zweite Stelle nehmen die aus Vertrag Haftenden ein. Das betrifft v.a. Schadenersatzansprüche aus (positiver) Vertragsverletzung nach Art. 97 ff., 208, 259e, 368 OR usw., die allerdings meist mit Delikt konkurrieren; ferner die Fälle einer vertraglichen Garantie (Art. 111 OR). Als Vertragshaftung gilt auch die Ersatzpflicht des Geschäftsherrn aufgrund von Art. 101 OR. Vor allem aber gilt nach der abzulehnenden h.L. als aus Vertrag Haftender auch

---

risches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 417 ff.; OFTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* I, 5. Aufl., Zürich 1995, S. 546 ff.; OSWALD, *SZS* 1972, S. 29; REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht,* 1995, N 1574; THUT, *Der Regress des Versicherers,* Diss., Zürich 1924, S. 71 ff.; SCHMITT, *Das Regressrecht des Versicherers,* Diss., Zürich 1941, S. 12 ff.; Roland BREHM, *(Berner) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband,* N 61 ff. zu Art. 51 OR; OR-SCHNYDER Art. 51 N 22; ROELLI/JAEGER, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag,* 1932, N 5 zu Art. 72; BGE 45 II 638; 47 II 408; 80 II 251 E. 5 = Pra 44 Nr. 18; BGE 120 II 63.

11 OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* I, 4. Aufl., Zürich 1975, S. 352.

12 SCHAER, *Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichsystemen,* 1984, N 842; kritisch auch WIDMER, in: *FS Assista,* 1979, S. 269 ff. und SCHAER, *recht* 1991, S. 12 ff.

der Versicherer[13]. Der aus Vertrag Ersatzpflichtige kann Regress nehmen beim Deliktsschädiger; ist kein solcher vorhanden, so bei anderen aus Vertrag Haftenden, nicht aber beim Kausalhaftpflichtigen.

An dritter Stelle steht, wer unmittelbar aus Gesetz haftet. Hierher gehören namentlich die Fälle der Kausal- und Gefährdungshaftung. Zur Kausalhaftung zählt nach der Judikatur auch die Haftung aus Art. 55 OR[14] sowie aus Art. 56 OR und Art. 333 ZGB, also diejenigen Tatbestände, in denen dem Verantwortlichen ein Entlastungsbeweis offensteht; ebenso der Kausalhaftungstatbestand von Art. 58 OR. Die Schwierigkeiten bestehen vor allem darin, dass die Fälle zu verschiedenartig und zu komplex sind, als dass sie sich in ein so einfaches Schema zwängen liessen. Insbesondere für die Regressordnung des Privat- und des Sozialversicherungsrechtes passt die Regelung nicht. Der Versicherer wird wie ein aus Vertrag Haftpflichtiger behandelt, obgleich er aus Vertrag nicht Schadenersatz schuldet, sondern eine vertragliche Primärleistung, nämlich Risikodeckung, und obgleich der Regress des Versicherers in Art. 72 VVG abschliessend und ausreichend geregelt ist. Nach h.L. hat der Versicherer Rückgriff gegen den aus Verschulden Haftenden, was der Regelung von Art. 72 VVG entspricht und insofern überflüssig, aber unschädlich ist. Es ist aber problematisch, dem Versicherer auch den Rückgriff auf andere aus Vertrag Haftpflichtige zu gestatten, denn Art. 72 VVG beschränkt den Regress auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung im weiteren Sinne.

Gleichwohl wenden h.L. und Rsp. neben Art. 72 VVG auch Art. 51 Abs. 2 OR an, wobei der Versicherer wie ein aus Vertrag Haftpflichtiger behandelt wird. Auch der Vorentwurf der Reformkommission nimmt leider wieder diesen unhaltbaren Standpunkt ein. Die Regressbestimmung in Art. 32 Abs. 1 verweist einfach auf den Rückgriff unter Solidarschuldnern nach Art. 29 und 30 VE[15].

Problematisch ist es zunächst, dem Versicherer den Rückgriff auch in Fällen zu gestatten, in denen er nach Art. 72 VVG ausgeschlossen ist. Art. 72

---

[13] BGE 107 II 489, 495.

[14] BGE 45 II 639, 647; 55 II 120; ablehnend zu Recht VON TUHR, *SJZ* 1922, S. 233 ff.; in Wahrheit handelt es sich um eine sehr eingeschränkte Verschuldenshaftung, denn der Geschäftsherr haftet nur für *culpa in eligendo, instruendo vel custodiendo.*

[15] In Art. 30 Abs. 1 VE wird allerdings die Huber'sche Regresskaskade durch eine weit offenere Formulierung ersetzt: «Auf die beteiligten haftpflichtigen Personen wird der Schadenersatz nach Massgabe aller Umstände verteilt; zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche jeder einzelnen Person zuzurechnen sind.» – Der Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts (1991) war noch für ein unbeschränktes Rückgriffsrecht des Versicherers eingetreten (S. 107).

Abs. 3 VVG schliesst den Regress bei leichter Fahrlässigkeit gegen Haushaltsangehörige oder Hilfspersonen des Versicherten aus. Das Bundesgericht mildert die Folgen der Anwendbarkeit von Art. 50 und 51 OR, indem es den Rückgriff des Versicherers (entgegen Art. 51 Abs. 2 OR) gegenüber dem aus Vertrag Haftenden wenigstens bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zulässt. Hierfür stützt es sich auf das Argument, dass die Ersatzpflicht des Versicherers durch Prämien gedeckt ist[16]. In der Lehre ist diese Frage umstritten[17]. Unverständlich ist es ferner, wenn dem Versicherer der Regress gegen den Geschäftsherrn (Art. 55 OR) mit der verfehlten Begründung abgeschnitten wird, es handle sich hierbei um eine Kausalhaftung[18].

Die gravierendste Fehlentscheidung liegt darin, dass dem Eigenschaden-Versicherer, der für Personen oder Sachschäden Deckung gewährt, durch die Einreihung in Art. 51 Abs. 2 OR der Regress auf Kausal- bzw. Gefährdungshaftungspflichtige genommen wird[19]. Wäre das richtig, so könnte z.B. eine (private) Krankenversicherung, deren Versicherungsnehmer von einem Hund gebissen worden ist, nicht bei dem Tierhalter nach Art. 56 OR Regress nehmen; ebensowenig der Gebäudeversicherer, wenn ein Gebäude durch Funkenflug der Eisenbahn in Brand geraten ist[20]. Dasselbe gilt etwa für Ansprüche nach dem Produktehaftpflichtgesetz, die ebenfalls kein Verschulden voraussetzen, so dass der eintretende Schadenversicherer keinen Regress gegen den Hersteller hat[21]. Umgekehrt könnte, wer aus Produktehaftpflicht wegen eines Personenschadens in Anspruch genommen wird, bei der Kranken- oder Rentenversicherung Regress nehmen, wenn der Geschädigte versichert war. Beschädigt eine Dachlawine ein parkiertes Fahrzeug, so entfällt im Ergebnis die Werkeigentümerhaftung des Gebäudeeigentümers, wenn bezüglich des Wagens eine Kaskoversicherung besteht. Hat der Gebäudeeigentümer gezahlt, so kann er beim Kaskoversicherer des Geschädigten Regress nehmen.

Das ist eine verkehrte Welt.

---

16 BGE 80 II 254 = Pra 44 Nr. 18; BGE 93 II 353.

17 Vgl. OFTINGER, *Haftpflichtrecht I* (Anm. 10), S. 368 f.; KELLER/GABI, *Haftpflichtrecht* (Anm. 10), S.147.

18 Vgl. dazu Fn 14.

19 Gegen eine Anwendung von Art. 51 Abs. 2 OR neben Art. 72 VVG hat sich schon VON TUHR (Anm. 14), S. 234 ausgesprochen. Auch SCHAER, *Grundzüge* (Anm. 12), N 862 und 893 kritisiert, dass ein kausal Haftender privilegiert wird, wenn ein Versicherer Leistungen erbringt. Er hält es zutreffend für rechtspolitisch verfehlt, dass ein Haftpflichtiger privilegiert wird, wenn der Geschädigte freiwillig für Versicherungsschutz sorgt.

20 BGE 47 II 408, 416.

21 Weitere Beispiele bei SCHAER, *Grundzüge* (Anm. 12), N. 895 f.

Lässt man den unpassenden Störfaktor von Art. 51 Abs. 2 OR beiseite, so lassen sich alle diese Fälle in (analoger) Anwendung von Art. 72 VVG einfach und sachgerecht lösen. Hingegen zäumt die h.L. das Pferd gewissermassen vom Schwanz auf, wenn sie zur Rettung des Regresses nach Art. 51 Abs. 2 OR die Vorschrift von Art. 72 VVG auf Fälle der Verschuldenshaftung nach Art. 41 ff. OR beschränken will[22]. Art. 72 VVG spricht zwar nur von Ansprüchen aus «unerlaubter Handlung», doch erfasst dies schon nach dem Wortlaut des zweiten Abschnitts des OR («Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen») auch Fälle der Kausalhaftung (namentlich Art. 58 OR). Auch ist die analoge Anwendung auf die ausserhalb des OR normierten Tatbestände nach Fallähnlichkeit und *ratio legis* ohne weiteres gerechtfertigt[23]. Für die Gefährdungshaftung gilt dies schon deshalb, weil zur Zeit des Inkrafttretens des VVG die meisten Gefährdungshaftungsgesetze noch gar nicht existierten.

Vor allem aber macht es keinen Sinn, dass die Haftung des Werkeigentümers von dem zufälligen Umstand abhängen soll, ob der Geschädigte selbst gegen den Schaden versichert ist oder nicht. Im Ergebnis haftet aber der Werkeigentümer nach der Rechtsprechung nur im zuletzt genannten Fall, im ersten kann er gegen die Eigenschadensversicherung des Geschädigten Regress nehmen, denn er selbst haftet ohne Verschulden nur aus Gesetz, diese aber aus Vertrag. Ist – wie im Regelfall – der Werkeigentümer versichert, so hätte er, wenn er in Anspruch genommen wird, nach Art. 51 Abs. 2 OR intern einen Regress gegen beide Versicherer. Der Anspruch gegen seine Versicherung folgt aber schon aus dem Versicherungsvertrag und nicht erst aus der Regressnorm. Unklar ist weiter, wie der Regress der Versicherer untereinander aussehen soll. Haften sie beide (aus Vertrag) je zur Hälfte, oder wird der Versicherer wie der Werkeigentümer als aus Gesetz Haftender behandelt? Richtig ist es allein, dem Eigenschadenversicherer den vollen Regress gegen den Haftpflichtversicherer zu geben, eine Lösung, die in Art. 72 VVG klar vorgezeichnet ist[24].

---

[22] Vgl. die in Anm. 10 Genannten.

[23] Wie hier VON TUHR (Anm. 14), S. 233, 235; SCHAER, *Grundzüge* (Anm. 14), N 925; ebenso die h.L. in Deutschland, vgl. PRÖLSS/MARTIN/KOLHOSSER, *Versicherungsvertragsgesetz*, 25. Aufl., 1992, § 67 Anm. 2; allerdings enthält § 67 dVVG nicht die Einschränkung auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung, sondern spricht schlicht von Ansprüchen gegen Dritte. Eine Analogie ist m.E. auch für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung zu bejahen.

[24] Auf die Praxis der Regressverzichts- oder Schadensteilungsabkommen der Versicherer untereinander wird hier nicht eingegangen.

Gegen die Einbeziehung der Versicherer in den Regress nach Art. 51 Abs. 2 OR spricht weiter, dass der Geschädigte gegen den Versicherer – sieht man von einigen Spezialnormen[25], insbesondere Art. 65 Abs. 3 SVG, ab – keinen Direktanspruch hat.

Das Bundesgericht[26] rechtfertigt seine Rechtsprechung mit folgender Begründung: «Gerade im Hinblick auf die Versicherungsgesellschaften wurde die Bestimmung des Art. 51 OR in erster Linie in das Gesetz aufgenommen. Es erschiene als unbillig, dass diese den Schaden auf *ex lege* haftende Personen sollten abwälzen können, während sie doch die Schadensmöglichkeiten in ihre Prämien einkalkulieren, und sich auf diese Weise bis zu einem gewissen Grade zum voraus für künftige Schäden bezahlt machen können».

Der Gedanke der Versicherung wird hier recht laienhaft umschrieben. Der Versicherer macht sich nicht «durch die Prämie in einem gewissen Grade zum voraus für künftige Schäden bezahlt». Die Prämie ist vielmehr zunächst die Gegenleistung für die Übernahme der Gefahr, unabhängig davon, ob sich diese verwirklicht. Die Kompensation der Risiken erfolgt nach den Gesetzen der Statistik durch eine Vielzahl von Versicherungsverträgen[27]. Ganz ähnliche Kriterien verwendet die deutsche Rechtsprechung. Nach dem Bundesverwaltungsgericht liegt eine Versicherung vor, wenn sich ein Unternehmen gegen Entgelt für den Fall eines ungewissen Ereignisses zur Erbringung bestimmter Leistungen verpflichtet, wobei das übernommene Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der grossen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt[28]. Versicherungsverträge sind also durch folgende Elemente gekennzeichnet:

Das Versicherungsunternehmen verspricht seine Leistung für den Fall des Eintritts eines ungewissen, wirtschaftlich nachteiligen Ereignisses; der Versicherungsnehmer wird m.a.W. durch die Versicherung gegen die Verwirklichung einer Gefahr geschützt. Die Versicherungsleistung muss gegen Entgelt gewährt werden. Dieses Erfordernis ergibt sich für das Schweizer Recht

---

25 Ebenso Art. 37 RLG.

26 BGE 47 II 408, 416.

27 Vgl. BGE 114 Ib 244 E. 4; 107 Ib 56 mit Hinweisen; dazu etwa KUHN, *Grundzüge des Schweizerischen Privatversicherungsrechts*, 1989, S. 81 ff.; MAURER, *Privatversicherungsrecht* (Anm. 10), S. 94 ff.; zum Begriff der Versicherung s. ferner KELLER/ROELLI, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, 2. Aufl., 1968, S. 13 ff., 46 ff.

28 Vgl. etwa BVerwGE 75, 155, 159 f.; auch der deutsche Bundesgerichtshof hat diese Definition übernommen, BGH NJW 1995, 324 f.; NJW-RR 1991, 1014 u. öfter.

klar aus Art. 18 VVG. Die Mittel für die Versicherungsleistung werden durch die Prämien von der Gesamtheit der Versicherten aufgebracht.

Eine Versicherung setzt die Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der Statistik[29] voraus; denn es besteht der Erfahrungswert, dass sich von einer Vielzahl gleicher Risiken – auf einen längeren Zeitraum gesehen – nur ein geringer Prozentsatz verwirklicht. Die Gesamtheit der in einem Risiko-Kollektiv Versicherten bringt durch ihre Prämien das Kapital auf, mit dem die Schäden ausgeglichen werden.

Man kann also nicht sagen, dass der Versicherer im Hinblick auf die Prämien näher daran sei den Schaden endgültig zu tragen als ein aufgrund Gesetz Haftpflichtiger. Allerdings soll der Versicherer den Regress bei seiner Kalkulation berücksichtigen, was zu niedrigeren Prämien führen würde, aber leider kaum geschieht.

Obwohl es dafür – wie dargelegt – keine plausiblen Gründe gibt, war es doch die Auffassung des Gesetzgebers, dass der Versicherer vor dem Kausalhaftpflichtigen haften solle. Eugen HUBER, auf den diese Auffassung zurückgeht, hatte den berühmten Leiterhaken-Fall[30] vor Augen. Dort hatte ein Gebäudeeigentümer einen Dachdeckermeister damit beauftragt, das steile Turmdach seines Hauses zu reparieren. Ein Arbeiter des Dachdeckermeisters sollte die Bleche streichen. Als dieser seine Leiter in dem am oberen Teil des Daches befindlichen Leiterhaken einhängte und die Leiter bestieg, stürzte er ab und verletzte sich tödlich, weil der Leiterhaken nicht ordnungsgemäss befestigt war. Der Dachdecker hatte seine Arbeiter gegen Unfall versichert. Die Unfallversicherung verweigerte die Zahlung unter Hinweis auf die Haftung des Hauseigentümers. Das Bundesgericht nahm einen Werkmangel im Sinne von Art. 67 aOR (= Art. 58 OR) an und verurteilte den Hauseigentümer. Dieses Ergebnis hielt der Gesetzgeber für unbillig und wollte es mit der neuen Vorschrift von Art. 51 Abs. 2 OR korrigieren. In Wahrheit war aber im Leiterhaken-Fall die Haftung des Hauseigentümers deswegen verfehlt, weil ein Handwerker, der gerade mit der Instandhaltung oder Instandsetzung des Gebäudes beauftragt ist, in der Regel Werkeigentümerhaftung nicht geltend machen kann, denn er übernimmt vertraglich dieses Risiko. Ansonsten könnte der Werkeigentümer einen mangelfreien Zustand nicht herbeiführen, ohne sich gerade dadurch einem erhöhten Haftungsrisiko auszusetzen. Dennoch war der Leiterhaken-Fall für den Gesetzesredaktor Eugen HUBER Anlass zur Formulierung

---

[29] BGE 114 Ib 244 E. 4, bzw. einen kalkulatorischen Zusammenschluss von Einzelrisiken. Damit zusammen hängt der Gedanke der «Gefahrengemeinschaft», kritisch zu diesem Begriff z.B. DREHER, *Die Versicherung als Rechtsprodukt*, 1991, S. 124 ff.

[30] BGE 35 II 238.

von Art. 51 Abs. 2 OR in seiner heutigen Form, ein geradezu klassisches Beispiel für den Satz «hard cases make bad law». Durch diese Norm sollte dem Schadenversicherer der Regress auf den Gebäudeeigentümer abgeschnitten werden, bzw. dem Gebäudeeigentümer der Regress auf einen Versicherer eröffnet werden[31]. In der Diskussion des Nationalrats über Art. 51 Abs. 2 OR wurde Art. 72 VVG, der diese Frage ja bereits als *lex specialis* regelte, mit keinem Wort erwähnt. VON TUHR[32] bemerkt hierzu treffend: «Da nun die Auslegung des Gesetzes nicht nach den aus den Materialien ersichtlichen Absichten der Beteiligten zu erfolgen hat, sondern nach dem objektiven Sinn und dem inneren Zusammenhang der im fertigen Gesetz enthaltenen Rechtssätze, so erscheint es mir unzulässig, aus dem wohlüberlegten und festgefügten Versicherungsgesetz eine wichtige Vorschrift herauszubrechen, weil bei der Beratung des OR an diesen bereits bestehenden Rechtssatz nicht gedacht worden ist. Man muss vielmehr m.E. unter Aufrechterhaltung des Art. 72 Versicherungsgesetz den Art. 51 OR auf andere Verträge beschränken, durch welche jemand die Haftung für einen Schaden übernimmt.»

Dem ist nichts hinzuzufügen. Wieder einmal ist das Gesetz klüger als seine Verfasser.

Das Postulat der Privilegierung von Gefährdungs- und Kausalhaftpflichtigen bei Vorhandensein einer Versicherung ist unhaltbar. Entgegen h.L. und trotz des gegenteiligen subjektiven Willens des Gesetzesgebers ist Art. 51 Abs. 2 OR heute objektiv in dem Sinne zu interpretieren, dass der Anspruch gegen den Versicherer nicht als vertraglicher Anspruch an dem Regress teilnimmt. Art. 72 VVG ist lex specialis und geht Art. 51 Abs. 2 OR vor. Der Regress des Versicherers richtet sich ausschliesslich nach Art. 72 VVG.

IV. DER REGRESS IN DER SOZIALVERSICHERUNG

Wie bereits ausgeführt, ist der Ausschluss des Regresses in der Sozialversicherung ebenso störend wie in der Privatversicherung. Unakzeptabel wäre insbesondere eine Kumulierung von Versicherungsleistung und Schadenersatz.

Das Bundesgericht wendet indes nicht nur Art. 51 Abs. 2 OR an, sondern verwirft auch kantonale Subrogationsnormen, die Schadensversicherern eine Legalzession gewähren und dadurch von der «gesetzlichen Ordnung»

---

[31] Sten.Bull. 1909, 520 ff., 735, 737; s. dazu schon VON TUHR (Anm. 14), S. 233, 234 Fn 11; WIDMER (Anm. 12), S. 269 ff., 274 ff.

[32] VON TUHR (Anm. 14), S. 233, 234 Fn 11.

des Art. 51 Abs. 2 OR abweichen, als bundesrechtswidrig[33]. Hingegen enthalten die bundesrechtlichen Vorschriften von Art. 41 UVG und Art. 79 KVG Regressnormen[34], die dem Versicherer einen sog. «integralen Regress» gegen alle Haftpflichtigen eröffnen, einerlei ob die Haftung auf Verschulden, Gesetz oder Vertrag beruht[35]. Damit ist der Störfaktor von Art. 51 Abs. 2 OR ausgeschaltet.

Es sollte zu denken geben, dass der Bundesgesetzgeber für die wichtigsten Fälle Normen erlässt, welche die aus der Anwendung von Art. 51 OR resultierenden Unsinnigkeiten verhindern, dass aber gleichzeitig das Bundesgericht kantonale Normen, die dasselbe Ziel verfolgen, für bundesrechtswidrig erklärt.

Das Krankenversicherungsgesetz[36] enthält in Art. 79 eine Subrogationsbestimmung. Der Eintritt der Krankenkassen in die Ansprüche des Geschädigten gegenüber haftenden Dritten ist insbesondere für Unfälle von Bedeutung, für welche die Krankenkassen subsidiär Leistungen erbringen[37].

Nach Art. 44 UVG sind bei Arbeitsunfällen Ansprüche gegen Arbeitgeber und Arbeitskollegen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt; ebenso Ansprüche gegen Familienangehörige. Diese Regelung ist für die Fälle problematisch, in denen eine Haftpflichtversicherung besteht. Da Art. 44 UVG schon den Anspruch selbst ausschliesst, entfällt auch der Regress. Nach der Judikatur ist die Haftungsbeschränkung zu Gunsten der in Art. 44 Abs. 1 UVG genannten Familienangehörigen ein Regress- und kein Haftungsprivileg[38]. Diese *de lege ferenda* wünschenswerte Regelung hat auch die Studienkommission vorgeschlagen[39]. Aus dem in Art. 44 UVG statuierten Haftungsprivileg von Familienangehörigen lässt sich ein allgemeines Prinzip im Haftpflichtrecht jedoch nicht herleiten[40].

Es existiert ein Entwurf eines Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts aus dem Jahre 1990, mit dem auch der Regress vereinheitlicht werden sollte. Der ist bislang nicht Gesetz geworden[41].

---

33 BGE 115 II 26 f.

34 Weitere Subrogationsnormen sind Art. 48ter AHVG, Art. 52 IVG.

35 So BGE 119 II 293 zum UVG.

36 KVG vom 18. März 1994; SR 832.10, AS 1995 II 1328.

37 Vgl. Botschaft, BBl 1992 I 207.

38 BGE 117 II 609, 628.

39 Bericht a.a.O. (Anm. 15), S. 174 ff.; s. auch E. SCHMID, in: *FS Assista,* 1989, S. 383 ff.

40 BGE 117 II 609 E. 4 c, bb.

41 BBl 1991 II 185 und BBl 1991 I 910.

Zum Entfall der Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden

Helmut KOZIOL

1. PROBLEMSTELLUNG

Die Bestimmungen des OR betreffend die Mängel des Vertragsabschlusses werden von SCHMIDLIN im Berner Kommentar ausführlich und tiefschürfend erläutert, wobei er erfreulicherweise auch andere Rechtsordnungen in seine Betrachtungen einbezieht und damit wertvolle Ausblicke eröffnet. Ich hoffe daher, dass die folgenden Zeilen, zu denen ich durch die stets bereichernde Lektüre der Kommentierung SCHMIDLINS angeregt wurde, auf das Interesse des zu Ehrenden stossen werden.

Gemäss Art. 26 Abs. 1 OR ist der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, zum Ersatze des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens dann verpflichtet, wenn er seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat. Das gilt allerdings dann nicht, wenn der Partner den Irrtum gekannt hatte oder zumindest kennen hätte sollen.

Strittig ist zunächst, auf welcher Haftungsgrundlage Art. 26 OR beruht, wobei das Problem insbesondere darin gesehen wird, dass ein erlaubtes Verhalten, nämlich die Irrtumsanfechtung, Schadenersatzpflichten auslöst[1]. Auf die recht umfangreiche Diskussion soll hier nicht näher eingegangen werden. Überzeugend erscheint der verbreitete Standpunkt[2], dass es sich um einen

---

1 Siehe dazu Bruno SCHMIDLIN, *(Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd VI/1, 2. Teilband, Unterteilband 1b: Das Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Mängel des Vertragsabschlusses,* Bern 1995, N 10 ff. zu Art, 26 OR.

2 Andreas VON THUR/Hans PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I,* 3. Aufl., Zürich 1974/79, S. 318; Jürgen LAUER, *Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht,* Bern 1983, S. 33; Alfred KOLLER, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht,* Freiburg 1985, S. 138 f.; Eugen BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht,* 2. Aufl., Zürich 1988, S. 217; SCHMIDLIN, Berner Kommentar (Anm. 1), N 14 zu Art. 26 OR ; Ingeborg SCHWENZER in: Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Wolfgang WIEGAND (Hrsg.), *(Basler)*

Fall der *culpa in contrahendo* handelt: Der Irrende verletzt vorvertragliche Schutzpflichten, wenn seine Sorglosigkeit zum Abschluss eines Vertrages führt, der nicht die vom Partner erwartete Bestandsfestigkeit aufweist und daher zu einer Vertrauensenttäuschung führt. Das Paradoxon, dass durch die Irrtumsanfechtung als gesetzmässig erlaubte Handlung eine Schadenersatzpflicht ausgelöst wird, lässt sich auf dieser Basis wohl zwanglos lösen: Die Unverbindlichkeit des Vertrages wird von Art. 23 OR ohne Rücksicht auf das Verschulden des Irrenden vorgesehen. Unterliegt ein Vertragsteil auf Grund seiner Nachlässigkeit einem Irrtum, so verursacht er damit die Aufhebbarkeit des Vertrages und die Enttäuschung des Vertrauens seines Vertragspartners in die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes. Darin kann nicht bloss eine Obliegenheitsverletzung, also eine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten, sondern auch eine Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Vertragspartner gesehen werden, so dass entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der Haftung für rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten eine Auferlegung der Schadenstragung gerechtfertigt erscheint.

Näher eingehen möchte ich auf die Frage des von Art. 26 Abs. 1 OR vorgesehenen Entfalls der Ersatzpflicht in jenen Fällen, in denen der Partner des Irrenden den Irrtum kannte oder hätte kennen sollen. Diese Regelung erweckt nämlich zumindest auf den ersten Blick den Eindruck, in ganz erheblicher Weise jener des Art. 44 Abs. 1 OR zu widersprechen, die bei Selbstverschulden zu einer Verteilung des Schadens nach der Grösse des Verschuldens von Schädiger und Geschädigtem führt[3]. Während also Art. 26 Abs. 1 OR dem Prinzip der «Kulpakompensation» zu huldigen und bei Selbstverschulden des Geschädigten jeglichen Ersatzanspruch abzuerkennen scheint, spricht Art. 44 Abs. 1 OR, der auch bei vertraglicher Haftung anwendbar ist[4], für eine Schadensteilung[5].

Ein Teil der Rechtsprechung und Lehre[6] will diesen Gegensatz zwischen Art. 26 und Art. 44 OR in vollem Umfang aufrechterhalten. Dafür spricht

---

Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I, Basel/Frankfurt a.M. 1992, N 1 zu Art. 26; Alfred KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil I,* Bern 1996, N 1157.

3 Siehe Anton K. SCHNYDER in: Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Wolgang WIEGAND (Hrsg.), *(Basler) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I,* Basel/Frankfurt a.M. 1992, N 9 zu Art. 44 OR.

4 SCHNYDER, *Basler Kommentar* (Anm. 3), N 1 zu Art. 44 OR; KOLLER, *Obligationenrecht AT I* (Anm. 2), N 1165.

5 Zum entsprechenden Problem in Zusammenhang mit Art. 39 OR siehe BGE 116 II 693 m.w.N.

6 BGE 69 II 239 f. m.w.N.; *SJZ* 1981, S. 44 f.; VON THUR/PETER, *Obligationenrecht I* (Anm. 2), S. 316 Anm. 52; KOLLER, *Der gute und der böse Glaube* (Anm. 2), S. 140.

zwar der Wortlaut, doch stellt sich ganz offensichtlich die Frage, worin denn die sachliche Rechtfertigung für eine derart unterschiedliche Bedeutung des Selbstverschuldens liegen sollte. Überdies scheint die Gefahr heraufbeschworen zu werden, dass die beiden Vertragsteile völlig unterschiedlich behandelt werden: Wurde der Irrende durch die Sorglosigkeit seines Partners irregeführt, so müssten dem Irrenden mangels einer Sonderbestimmung nach den allgemeinen Grundsätzen der *culpa in contrahendo* Schadenersatzansprüche zustehen[7], die bei seinem Mitverschulden nur eine Mässigung gemäss Art. 44 OR erfahren, nicht aber jedenfalls zur Gänze entfallen. Diese Verschiedenbehandlung würde dann besonders auffällig, wenn beiden Teilen ein Schaden entstünde und beiden Verschulden vorzuwerfen wäre, jedoch nur die Ersatzpflicht des Irrenden entfiele, während jene seines Partners unter Berücksichtigung des Mitverschuldens bestehen bliebe.

Eine andere Meinung will immerhin dann, wenn den Irrenden grobes, den Partner hingegen nur leichtes Verschulden trifft, den Ersatzanspruch des Geschädigten keinesfalls gänzlich verneinen, sondern lediglich entsprechend Art. 44 OR herabsetzen[8]. Letztere Auffassung führt zwar zu einer gewissen Harmonisierung zwischen Art. 26 und Art. 44 OR, scheint aber einerseits dem Wortlaut der ersteren Bestimmung eindeutig zu widersprechen, anderseits bleibt bei gleicher Verschuldensstärke die Diskrepanz weiterhin bestehen. Diesen Widerspruch vermeidet nur jene Auffassung, die auch bei gleichem Verschuldensgrad Art. 44 OR anwenden will[9]; sie scheint allerdings in noch stärkeren Widerspruch zum Wortlaut des Art. 26 OR zu geraten.

Für einen Ansatz zur Auflösung der aufgezeigten Widersprüche kann der Blick auf eine ganz parallele Diskussion zum österreichischen Recht durchaus anregend sein.

---

7 Paul PIOTET, *Culpa in contrahendo,* Bern 1963, S. 35 f.; LAUER, *Informationspflichten* (Anm. 2), S. 72 ff., 80; Rainer GONZENBACH, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht,* Bern 1987, S. 60 ff., 228; André WAHRENBERGER, *Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht,* Zürich 1992, S. 103 f., 161; BGE 105 II 75; zum deutschen Recht siehe jüngst Hans Christoph GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung,* München 1997, S. 152. Vgl. auch BGE 90 II 453; skeptisch hiezu BUCHER, *Obligationenrecht AT* (Anm. 2), S. 284 f. BGE 106 II 36 und Theo GUHL/Alfred KOLLER/Jean Nicolas DRUEY, *Das Schweizerische Obligationenrecht,* 8. Aufl., Zürich 1991, S. 136, erwähnen die Schadenersatzpflicht des Irreführenden nur in den Fällen absichtlicher Täuschung.

8 BUCHER, *Obligationenrecht AT* (Anm. 2), S. 218; SCHMIDLIN, *Berner Kommentar* (Anm. 1), N 30 zu Art. 26 OR ; SCHWENZER, *Basler Kommentar* (Anm. 2), N 6 zu Art. 26 OR.

9 KOLLER, *Obligationenrecht AT I* (Anm. 2), N 1162 f.; Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil I,* 5. Aufl., Zürich 1991, N 851.

2. DIE ÖSTERREICHISCHE DISKUSSION ZU § 878 ABGB

Auch in § 878 ABGB geht es um einen Fall der *culpa in contrahendo,* nämlich der Unterlassung der Aufklärung des Partners darüber, dass die Leistung «geradezu unmöglich» und der Vertrag daher unwirksam ist. Der letzte Satz der Bestimmung betrifft die Schadenersatzpflichten und lautet: «Wer bei Abschliessung des Vertrages die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste, hat dem anderen Teile, falls von diesem nicht dasselbe gilt, den Schaden zu ersetzen, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat.»

Gleichgewichtiges Mitverschulden des Geschädigten führt somit nach dieser Bestimmung zum völligen Entfall des Schadenersatzanspruches. Sie scheint deshalb jedoch in recht unversöhnlichem Gegensatz zu § 1304 ABGB zu stehen, der festlegt: «Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismässig; und wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, zu gleichen Teilen.»

Nach verbreiteter Meinung folgt § 878 ABGB dem Prinzip der «Kulpakompensation», und die Bestimmung wird deshalb als sachwidrige Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 1304 ABGB kritisiert[10]. Wegen seiner Systemwidrigkeit vertreten viele die Auffassung, § 878 ABGB sei möglichst eng zu interpretieren und entsprechend seinem Wortlaut nur dann anzuwenden, wenn das Verschulden beider Partner gleich sei. Die Ersatzpflicht soll daher bestehen bleiben, wenn der eine die Unmöglichkeit kannte, der andere sie nur fahrlässig nicht kannte[11] oder wenn grobe Fahrlässigkeit bloss leichter gegenübersteht[12]; hier gelte vom anderen eben nicht «dasselbe». Darüber hinaus wird eine analoge Anwendung des § 878 ABGB wegen seiner System-

---

[10] Siehe insbesondere Rudolf WELSER, *Vertretung ohne Vollmacht,* Wien 1970, S. 150 ff.; ihm folgend Peter APATHY zu OGH in *DRdA* 1978, S. 241; Wolfgang HOLZER/Willibald POSCH zu OGH in *DRdA* 1978, S. 346. Vgl. ferner Franz GSCHNITZER/Christoph FAISTENBERGER/Heinz BARTA, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,* 2. Aufl., Wien 1992, S. 685, 688 f.; Peter APATHY, in: Michael SCHWIMANN (Hrsg.), *Praxiskommentar zum ABGB,* Bd. 5, 2. Aufl., Wien 1997, N 13 zu § 878 ABGB; OGH in *SZ* 50/132 = *EvBl* 1978/87 = *ZAS* 1979/7 mit Kommentar von Wolfgang SCHUHMACHER = *DRdA* 1978, S. 346 mit Anmerkung von Wolfgang HOLZER und Willibald POSCH.

[11] Armin EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse,* 2. Aufl., Wien 1928, S. 160; Franz GSCHNITZER, in: Heinrich KLANG (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1,* 2. Aufl., Wien 1968, S. 174; OGH in *SZ* 50/132.

[12] Wolfgang SCHUHMACHER zu OGH in *ZAS* 1979/7, S. 62; Peter RUMMEL zu OGH in *DRdA* 1979, S. 390, 394.

widrigkeit abgelehnt[13]. Weitere Versuche gehen dahin, § 878 ABGB auf Grund der Entstehungsgeschichte so zu verstehen, dass er bei Eigenverschulden des Partners ohnehin nicht den gänzlichen Entfall der Ersatzansprüche anordne, sondern bloss vorsehe, dass nicht der gesamte Schaden zu ersetzen sei, wohl aber entsprechend § 1304 ABGB ein Teil des Schadens[14].

3. VERSUCHE EINER RECHTFERTIGUNG DES VÖLLIGEN ENTFALLS DER ERSATZPFLICHT IM ÖSTERREICHISCHEN RECHT

Was den in Österreich diskutierten, durch § 878 ABGB vorgesehenen Entfall der Ersatzpflicht betrifft, so hält sie RUMMEL[15] in jenen Fällen für durchaus sachgerecht und daher auch analogiefähig, in denen beide Partner das gleiche Risiko an der Vertragsungültigkeit treffe: Solange die Pflichtverletzung eines Teils nur in mangelnder Aufklärung liege, lasse sich vertreten, dass beide Vertragspartner das Risiko der Gültigkeit ihres Geschäfts im Prinzip gleichermassen tragen sollen. Sie hätten sich auch gleichermassen um die richtige Einschätzung ihres Handelns zu kümmern. Bei gleichem Wissensstand solle deshalb auch keiner Schadenersatz bekommen.

Dem entspricht die nur kurze Zeit später entwickelte Auffassung Georg WILHELMS[16], dass § 878 ABGB keine antiquierte Kulpakompensation statuiere, sondern das Prinzip der relativen Ausmessung der Aufklärungspflichten: Wo beide Partner den erheblichen Umständen gleich nahe stünden, dürfe man nicht dem einen im fremden Interesse den Grad der Sorgfalt zur Pflicht machen, den der andere in eigenen Angelegenheiten ebensogut beobachten könne.

Der Ansatz, dass die Aufklärungspflichten gänzlich entfallen können, wenn der andere Teil ebensogut in der Lage ist, die Unmöglichkeit zu erkennen, wäre geeignet, § 878 ABGB harmonisch in das allgemeine System des Schadenersatzrechts einzugliedern. Diese These betont nämlich, dass der in dieser Bestimmung vorgesehene Entfall der Schadenersatzpflicht nicht auf

---

[13] WELSER, *Vertretung* (Anm. 10), S. 150 ff.; APATHY, in: SCHWIMANN (Hrsg.), ABGB (Anm. 10), N 13 § 878 ABGB.

[14] Ferdinand KERSCHNER, *Irrtumsanfechtung,* Wien 1984, S. 118 f.

[15] Peter RUMMEL zu OGH in *DRdA* 1979, S. 390. Siehe auch Peter RUMMEL, in: Peter RUMMEL (Hrsg.), *Kommentar zum ABGB I,* 2. Aufl., Wien 1990, N 6 zu § 878 ABGB.

[16] Georg WILHELM, *Vertretung der Gebietskörperschaften,* Wien 1981, S. 194 f; DERS. zu OGH in *JBl* 1986, S. 177, 180. Ihm folgend Bettina KNÖTZL zu OGH in *JBl* 1989, S. 789, 792.

einer wenig sachgerechten und systemwidrigen Kulpakompensation beruht, sondern darauf, dass überhaupt keine Aufklärungspflichten gegenüber dem Partner bestanden und somit eine Ersatzpflicht mangels Verletzung einer Aufklärungspflicht ausscheidet: Die Unterlassung der Aufklärung des Partners war weder rechtswidrig noch schuldhaft, weil dieser sich selbst ebensogut selbst informieren hätte können[17].

4. DIE TAUGLICHKEIT DIESES ANSATZES ZUR ERKLÄRUNG DER REGELUNG DES ART. 26 OR

Der eben dargelegte Lösungsansatz könnte es wohl auch ermöglichen, Art. 26 OR so zu erklären, dass keine Widersprüche zu Art. 44 OR mehr bestehen. Er entspricht nämlich durchaus auch den in der Schweiz anerkannten allgemeinen Grundsätzen für die Statuierung von Aufklärungspflichten: So stellte etwa das Schweizerische Bundesgericht[18] unter Berufung auf einige Vorentscheidungen fest, *culpa in contrahendo* setze voraus, dass der Gegenpartei etwas verschwiegen werde, «das sie nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist»[19].

Dieser Standpunkt wird im wesentlichen auch durch die wohl ausführlichste Abhandlung zur Frage des Entstehens von Informationspflichten aus jüngerer Zeit gedeckt: BREIDENBACH[20] hat klar herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen Informationspflichten anzunehmen sind, wobei er ein «bewegliches System» im Sinne WILBURGS[21] entwickelte. Nach ihm sind es drei Kriterien, die bei der Bestimmung von Informationspflichten eine Rolle spielen: Informationsbedarf, Möglichkeit der Information und Funktionskreis. Aus dem Zusammenspiel dieser Kriterien, die in unterschiedlicher Stärke gegeben sein können, lässt sich die Frage beantworten, wann und in welchem Umfang eine Aufklärungspflicht besteht.

---

[17] Entsprechende Erwägungen stellt z.B. auch der österreichische OGH in *SZ* 54/179 an. Siehe ferner Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht I*, 3. Aufl., Wien 1997, N 12, 20; GRIGOLEIT, *Informationshaftung* (Anm. 7), S. 80 ff., 258.

[18] BGE 102 II 84.

[19] Siehe zum schweizerischen Recht ferner LAUER, *Informationspflichten* (Anm. 2), S. 64 ff.; GONZENBACH, *Culpa in contrahendo* (Anm. 7), S. 103 ff.; WAHRENBERGER, *Aufklärungspflichten* (Anm. 7), S. 81 ff.

[20] Stephan BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*, München 1989, S. 61 ff.

[21] Walter WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz 1950.

Die Existenz einer Aufklärungspflicht, deren Verletzung zu Ersatzpflichten führen könnte, ist umso eher zu bejahen, je wichtiger eine Information ist; hiebei ist die Notwendigkeit der Information für eine vom Informationsadressaten bei Abschluss des konkreten Vertrages zu treffende Entscheidung massgebend[22]. Dieses Kriterium des Informationsbedarfs fällt im hier zu erörternden Zusammenhang sehr gewichtig in die Waagschale. Die Anfechtbarkeit des Vertrages ist ohne Zweifel ein für die Entscheidung des Vertragspartners überaus bedeutsamer Umstand: Regelmässig entschliessen sich Verkehrsteilnehmer nur dann zum Abschluss eines Vertrages, wenn sie der Meinung sind, auf die Erfüllung des Geschäftes vertrauen zu können; die Erfüllung des Vertrages setzt aber naturgemäss dessen Gültigkeit und Unaufhebbarkeit voraus. Anderseits muss festgehalten werden, dass sicherlich keine Notwendigkeit der Information gegeben ist, wenn dem Partner des Irrenden der Irrtum ohnehin bekannt ist[23].

Das zweite Element der «Möglichkeit der Information»[24] liegt in seiner stärksten Ausprägung dann vor, wenn ein Teil über tatsächliche Kenntnisse verfügt und damit die aktuelle Möglichkeit der Weitergabe der Information hätte. Es sind allerdings auch hier noch ganz erhebliche Abstufungen möglich, je nachdem, ob beide Teile über die gleichen Informationsmöglichkeiten verfügen oder ob die Information praktisch nur einem Teil zugänglich ist und der andere auf sie angewiesen ist. Erheblich schwächer ist das Element der Möglichkeit der Information dann, wenn kein präsentes Wissen vorliegt und die Auferlegung einer Aufklärungspflicht daher mit einer vorgeschalteten Nachforschungspflicht verbunden ist. Je mehr eine derartige Nachforschung den Aufklärungspflichtigen belasten würde, desto geringeres Gewicht kommt dem Kriterium der Möglichkeit der Information zu.

Im hier zu erörternden Zusammenhang scheidet die stärkste Ausprägung des Elements der Informationsmöglichkeit aus, weil es definitionsgemäss keinen wissentlichen Irrtum geben kann. Es ist auch keinesfalls davon auszugehen, dass stets der Irrende leichter seinen Irrtum erkennen könne als der Partner. Zwar geht es beim Irrtum um einen Willensmangel und damit um einen Zustand in der Sphäre des irrenden Teiles; die Erkennbarkeit und damit die Belastung durch Nachforschungspflichten hängt aber weitgehend von anderen Umständen ab, die durchaus auch leichter vom Partner des Irrenden festgestellt werden können. Gerade beim praktisch höchst bedeutsamen Irrtum über Eigenschaften des Kaufgegenstandes ist es regelmässig dem Verkäufer

---

[22] BREIDENBACH, *Informationspflichten* (Anm. 20), S. 63.

[23] Siehe auch WAHRENBERGER, *Aufklärungspflichten* (Anm. 7), S. 101 f.

[24] Dazu BREIDENBACH, *Informationspflichten* (Anm. 20), S. 70 ff.

und bisherigen Inhaber eher zumutbar, die Übereinstimmung der tatsächlichen Beschaffenheit der Sache mit den geäusserten oder erkennbaren Erwartungen des Käufers festzustellen.

Das dritte Element bezeichnet BREIDENBACH als «Funktionskreis»[25]. Eine besondere Funktionsverteilung zwischen den Partnern kann die Einwirkungsmöglichkeit auf die Willensfreiheit des anderen Teils vergrössern und das durch den rechtsgeschäftlichen Kontakt begründete Vertrauensverhältnis noch intensivieren. Übernimmt nämlich ein Teil eine besondere Funktion und verzichtet der andere im Vertrauen darauf auf eigene Nachforschungen, so ist letzterer besonders schutzbedürftig. Behauptet ein Teil daher, als Angehöriger einer Berufsgruppe oder einer Unternehmenssparte spezielle Fachkenntnisse zu besitzen, den Leistungsgegenstand fachkundig schon geprüft zu haben oder besondere Kenntnisse über diesen Gegenstand zu besitzen, so können derartige Äusserungen auf eine Aufgabenübernahme hindeuten und auf die Erweckung des Vertrauens des anderen Teiles hinzielen.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund Art. 26 Abs. 1 OR, so kann der Entfall der Ersatzpflicht jedenfalls dann systemgerecht erklärt werden, wenn der andere Teil den Irrtum ohnehin kannte: Hier fehlt es an einer relevanten Sorgfaltspflichtverletzung und damit an einer *culpa in contrahendo.* Ist nämlich dem Partner des Irrenden der Irrtum ohnehin bekannt, so besteht auf seiner Seite keinerlei Informationsbedarf und damit regelmässig keine Sorgfaltspflicht des Irrenden. Aber selbst wenn von der Existenz einer Sorgfaltspflicht ausgegangen würde, müsste hier eine Schadenersatzpflicht des Irrenden an der fehlenden Verursachung eines Vertrauensschadens durch sein pflichtwidriges Verhalten scheitern: Da der Partner den Irrtum ohnehin kannte, war die Unterlassung der Aufklärung nicht geeignet, ein unberechtigtes Vertrauen in die Unauflösbarkeit des Vertrages zu erwecken und eine Schädigung durch Enttäuschung berechtigten Vertrauens herbeizuführen.

Aber auch dann, wenn der Partner des Irrenden den Irrtum bloss hätte kennen sollen, kann diese Regelung dahin verstanden werden, dass die Ersatzpflicht nur dann entfallen soll, wenn es an einer Aufklärungspflichtverletzung mangelt: Wenn das Gesetz davon spricht, dass der Partner den Irrtum kennen hätte sollen, so geht es offenkundig davon aus, dass der Partner die Möglichkeit hatte, sich die benötigte Information selbst zu beschaffen, dies ihm auch zumutbar war und er deshalb auch nicht die Aufklärung durch den Partner erwarten durfte[26]. Das Gesetz will daher wohl jene

---

[25] BREIDENBACH, *Informationspflichten* (Anm. 20), S. 73 ff.

[26] Vgl. BGE 113 II 25.

Fälle erfassen, in denen es an einem gewichtigen Informationsbedarf fehlt, die Informationsmöglichkeit des Irrenden selbst nicht grösser war als beim Partner und der Irrende auch keine besondere Funktion übernommen hatte, die ihn dennoch zur Aufklärung verpflichten hätte können.

Kritisch bleiben daher nur jene Ausnahmsfälle, in denen der Partner des Irrenden den Irrtum bei gehöriger Sorgfalt erkennen hätte können, aber dennoch das Bestehen von Aufklärungspflichten des Irrenden zu bejahen ist, weil dieser immerhin erheblich leichter die Information beschaffen hätte können oder die Information dem Funktionskreis des Irrenden zuzuzählen ist. Hier kann daher eine Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Irrenden vorliegen, die bei Verschulden zu seiner Haftung führen müsste. Die Sorglosigkeit des Partners könnte daher regelmässig nur eine Schadensteilung bewirken. Das sind wohl jene Fälle, in denen SCHMIDLIN und ein erheblicher Teil der Lehre[27] davon ausgehen, dass dem Irrenden grobes Verschulden, dem Partner hingegen nur leichtes Mitverschulden vorzuwerfen ist und entsprechend der allgemeinen Regel des Art. 44 OR die Ersatzpflicht nur zu mässigen ist.

Diesem Ergebnis muss auch vom hier vertretenen Standpunkt aus beigepflichtet werden: Will man Art. 26 OR so auslegen, dass keine Systemwidrigkeit entsteht und keine Ergebnisse erzielt werden, die der sachgerechten Schadensteilungsregel bei Mitverschulden widersprechen, so muss er insofern restriktiv interpretiert werden, dass der völlige Haftungsausschluss – systemgerecht – nur dann eingreift, wenn keine Aufklärungspflicht verletzt wurde und daher keine *culpa in contrahendo* gegeben ist oder wenn die Sorglosigkeit des Partners des Irrenden jene des Irrenden so sehr überwiegt, dass selbst gemäss Art. 44 OR der Schadenersatzanspruch völlig entfiele[28]. In allen anderen Fällen, in denen ein Verschulden des Irrenden vorliegt und es bloss um die Berücksichtigung des Mitverschuldens des Partners geht, ist kein sachlicher Grund erkennbar, von der allgemeinen Schadensteilungsregel des Art. 44 OR abzuweichen.

---

[27] Siehe oben unter Anm. 8.

[28] Vgl. SCHNYDER, *Basler Kommentar* (Anm. 3), N 16 zu Art. 44 OR.

Le contrat de soins entre l'éthique et le droit

Dominique MANAÏ

De prime abord, les termes mêmes de contrat de soins paraissent antinomiques. En effet, la nature de la relation thérapeutique se laisse difficilement enfermer dans les catégories juridiques classiques, dans la mesure où cette relation est fondamentalement non juridique.

Alliance momentanée entre le médecin et le malade, la relation thérapeutique ressemble d'une certaine façon au mariage qui, lorsqu'il réussit, se nourrit et prospère à partir d'éléments non juridiques mais en revanche, lorsqu'il échoue, recourt aux règles de droit pour gérer le démariage. L'alliance thérapeutique fait intervenir le juridique quand la relation disfonctionne et principalement quand le patient qui demandait des soins subit un dommage. Dans les deux situations, les normes légales et contractuelles sont perçues comme des issues de secours auxquelles on ne se réfère que dans un contexte de crise.

Il devient dès lors passionnant d'examiner la spécificité du contrat de soins qui, en tant que tel, s'articule autour de la rencontre de deux volontés inégales mais concordantes.

Nous commencerons par rappeler l'évolution historique de cette relation thérapeutique, puis son actuel mode d'insertion dans le droit, ce qui nous permettra de procéder à une tentative de radiographie de son état actuel en analysant l'ambivalence de l'alliance thérapeutique et en cernant, plus précisément, ses deux aspects névralgiques, qui soulèvent beaucoup d'interrogations aussi bien pour les médecins que pour les juristes, à savoir le devoir d'information du médecin et son devoir de réparer le dommage causé au patient.

1. LA RELATION THÉRAPEUTIQUE: DE L'ÉTHIQUE AU DROIT

Précarisé par la maladie, le patient entre en relation avec son médecin dans l'espoir de retrouver sa santé. La personne souffrante se remet ainsi au savoir du médecin et livre à son pouvoir thérapeutique ce qu'elle a de plus

intime: son corps, ses inquiétudes, confiant les secrets de sa vie et de sa mort.

Jusqu'au XXe siècle, le droit est tenu à l'écart de la pratique thérapeutique. En effet, le médecin exécute son devoir professionnel, qui allie la technique à l'éthique, en soulageant la douleur, en soignant le patient, en guérissant la maladie et en combattant la mort qu'il sait par ailleurs inéluctable.

Pendant l'Antiquité, l'inquiétude face à la maladie était renvoyée au Panthéon qui veillait sur les hommes. Deux divinités grecques se répartissent les fonctions de bienveillance: Esculape, pour la guérison et son alliée, Hygéia, pour la prévention.

La relation médicale était de nature exclusivement éthique: *salus aegroti suprema lex, primum nihil nocere*. De ces maximes a été extrait le principe de bienfaisance qui guide encore toute activité thérapeutique.

C'est au Ve siècle av. J.C. que le serment d'Hippocrate jette les fondations éthiques de la déontologie médicale et formule les préoccupations majeures du médecin: le respect de la personne humaine, en affirmant l'engagement du thérapeute de prêter son assistance au malade, de ne pratiquer ni l'avortement ni l'euthanasie, d'éviter toute forme d'exploitation sexuelle des personnes qui font appel à lui et de respecter la confidentialité de ce qu'il apprendra d'elles.

Certes, jusqu'au XIXe siècle, le serment d'Hippocrate n'avait pas la portée que nous lui attribuons de nos jours. Il faisait partie de la culture médicale. Ce n'est qu'en 1804 que la référence systématique à ce texte comme guide de la pratique thérapeutique fut proposée par la faculté de Montpellier, puis, en 1948, il devint un document international de référence énonçant des normes de la déontologie médicale, grâce à l'Association Médicale Mondiale qui l'a adapté et modernisé dans le Serment de Genève.

Cette éthique de la médecine hippocratique légitime le pouvoir des médecins d'agir au mieux, dans l'intérêt du patient, cet être devenu passif par la maladie[1], ignorant généralement tout de l'art médical; sa santé étant protégée par son obéissance aux ordres du médecin.

Au XXe siècle, les progrès de la médecine renforcent la compétence scientifique du thérapeute et par là même confortent son pouvoir de décision dans le domaine de la santé et de la vie du malade. A telle enseigne que, rétrospectivement, la relation thérapeutique nous paraît paternaliste, dans la mesure où le médecin décide seul à la place du patient, certes pour son bien, et peut même à la limite lui administrer un traitement contre son gré.

---

[1] Conformément à son étymologie latine: *patere* = subir.

C'est ainsi que, jusqu'au milieu du XXème siècle, la pratique médicale échappe, pour ainsi dire, au droit, le juriste n'étant appelé à se prononcer que dans des cas marginaux pour évaluer une éventuelle responsabilité du médecin face à un dommage qu'a subi un patient.

De nos jours, la relation thérapeutique se complexifie par l'intrusion du droit.

Pourquoi cette mutation dans la relation thérapeutique? Trois facteurs, nous semble-t-il, ont joué un rôle décisif.

– D'abord, au lendemain de la Seconde guerre mondiale, une indignation internationale émerge. Elle dénonce les dérives de la barbarie de la science nazie. Elle critique fortement le développement démentiel des technologies médicales quand elles sont dépourvues de garde-fou moral institutionnalisé. Elle souligne non seulement les effets pervers de la science sans conscience morale, mais aussi les risques qu'elle fait courir désormais à l'être humain.

En effet, pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, en 1947, les actes auxquels se sont livrés les médecins nazis sur des personnes non consentantes et dans des conditions inhumaines sont condamnés par le tribunal de Nuremberg. C'est pour pouvoir juger ces criminels de guerre, que le «code» de Nuremberg a posé des principes de protection de l'être humain, en particulier le respect de sa volonté et la primauté de son intérêt personnel sur celui de la recherche.

Puis, dès les années 60, sont dénoncées comme abusives les expérimentations sur l'homme menées aux Etats-Unis sur des sujets choisis parmi les groupes sociaux les plus vulnérables et les êtres les plus précaires et les plus marginaux (expérimentation sur des enfants retardés mentaux, affaire du Willowbrook State Scholl; expérimentation sur des noirs atteints de syphilis, affaire du Tuskegee Syphilis Study).

– Le second facteur qui a contribué à la complexification de la relation thérapeutique est la découverte d'une nouvelle biotechnologie: le génie génétique.

Alors que traditionnellement le rôle du médecin est d'aider celui qui souffre et de soulager sa douleur, une conscience rencontrant une confiance, les progrès des sciences de la vie, en particulier ceux de la biologie moléculaire avec, en 1953, la description de l'ADN (molécule d'acide désoxyribonucléique), modifient cette relation.

En effet, dès 1980, les scientifiques sont à même de comprendre les déterminants génétiques et environnementaux des maladies les plus fréquentes, telles que le cancer, les maladies vasculaires, métaboliques ou immunologiques. Pour la première fois, l'être humain accède non seule-

ment à la connaissance de ses propres mécanismes vitaux (génétique, neurobiologique, embryologique), mais ce qui est surtout inédit, c'est qu'il peut intervenir sur le génome humain et le modifier, acquérant ainsi le pouvoir de transformation de sa propre espèce. Les scientifiques se demandent alors s'il est souhaitable de faire tout ce que la science permet. Depuis, l'inquiétude et la méfiance s'infiltrent dans la relation thérapeutique.

– Le troisième facteur qui contribue activement à la mutation du rapport patient-médecin, est l'institutionnalisation des droits de l'homme dans les textes internationaux (Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966). Ces normes internationales soulignent le respect de la dignité humaine, sa liberté imprescriptible de disposer de soi et son autonomie irréductible, rappelant ainsi que le patient a des droits fondamentaux en tant qu'être humain.

Au confluent de ces trois courants, la relation thérapeutique en ressort métamorphosée. En effet, grâce aux progrès scientifiques le médecin se trouve devant un éventail de thérapies de plus en plus grand, avec les avantages et les inconvénients que présente chacune d'elles.

Certes, l'activité thérapeutique est à la fois plus efficace et plus diversifiée. Cependant, elle implique une multitude de choix. Si bien que le principe de bienfaisance ne fournit plus une «orientation éthique claire» et se trouve, de fait, «fragilisé»[2]. Le médecin perçoit le danger de la mise en cause de sa responsabilité en cas d'échec du traitement comme une épée de Damoclès et son comportement, qu'il le veuille ou non, en est influencé. Par peur des erreurs médicales et de leurs conséquences possibles, il évite certains traitements qu'il aurait peut-être choisis.

Face au risque d'une médecine défensive, il est apparu nécessaire de donner la parole au patient, afin que le médecin détermine avec lui, et non pour lui, l'option thérapeutique. Désormais, le principe d'autodétermination – selon lequel tout individu a le droit d'accepter ou de refuser un traitement – a la primauté sur le principe de bienfaisance qui se trouve relégué au second plan.

Aussi le droit est-il devenu partie prenante de la relation thérapeutique.

Du côté des médecins, la mutation de ce rapport avec les patients est bien mise en évidence par le Professeur américain Jay Katz quand il écrit: «les médecins peuvent et doivent apprendre à mieux apprécier qu'ils ne le

2 A. MAURON, «Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique», *Les Cahiers médico-sociaux*, 1995, vol. 39, n° 4, p. 347.

font actuellement que le principe du respect des personnes répond d'une manière ancienne et nouvelle à leur engagement: ancienne, car il met en valeur le devoir médical antique et respectable de ne pas délaisser les patients, en demandant aux médecins de communiquer avec eux et de rester à leur côté, non seulement quand leur esprit est assailli par la peur, la confusion, le doute et la souffrance devant les décisions à prendre; nouvelle, en ce que l'accomplissement du principe d'autonomie psychologique impose aux médecins l'obligation aussi bien de répondre aux questions que d'amener les patients à discuter avec eux des décisions à prendre, et de le faire en respectant le choix ultime du patient, ce qui est un nouvel aspect du devoir de soigner»[3].

La fonction des juristes est aussi devenue difficile. En effet, avec l'interférence du droit dans les rapports thérapeutiques, la décision médicale doit, pour être licite, se fonder non plus exclusivement sur l'éthique et la conscience, mais aussi s'intégrer dans le cadre légal.

Or, il arrive de plus en plus fréquemment que la loi ne fournisse aucune réponse précise, à défaut de consensus sur ce qui paraissait incontestable et non problématique.

La nécessaire complémentarité de l'éthique et du droit permet à ce dernier de gagner en légitimité et de formuler un cadre à l'intérieur duquel les différents choix thérapeutiques peuvent se concrétiser en laissant la place aux convictions personnelles par le respect du droit à l'autodétermination.

2. LE CONTRAT DE SOINS: DU DROIT À L'ÉTHIQUE

De nos jours, la relation entre un patient et un médecin privé est, sur le plan juridique, de nature contractuelle. L'inégalité de fait entre le médecin et le malade se trouve ainsi placée dans un cadre juridique d'égalité de droit, impliquant un rapport équilibré entre deux personnes.

Selon les principes du droit des obligations, le contrat n'est conclu que lorsqu'il y a accord entre les parties sur tous les éléments essentiels. Or le rapport thérapeutique est spécifique: il n'y a pas offre d'une partie et acceptation de l'autre; le patient se rend chez le médecin et décrit ses douleurs. L'enjeu de leur relation n'est donc pas la conclusion d'un contrat, mais le meilleur moyen de soulager la souffrance et combattre la maladie. C'est

[3] Jay KATZ, «Le consentement éclairé doit-il rester un conte de fées?», in: *Le consentement éclairé du patient, comment briser le mur du silence?*, Sion 1994, Institut universitaire Kurt Bösch, cahier n° 4, p. 19.

pourquoi juridiquement on convient que le contrat peut être conclu tacitement (art. 1 al. 2 CO) aussi longtemps que la volonté contractuelle est reconnaissable[4]. C'est ainsi un comportement concluant qui constitue le fondement de la relation contractuelle entre le médecin et le patient.

Comme l'art médical consiste en l'exercice d'une profession libérale, le droit privé subsume le contrat de soins dans le mandat (art. 394 CO)[5] qui paraît plus approprié que le contrat de travail instaurant un rapport de dépendance entre les parties, ou le contrat d'entreprise (art. 363 CO). En effet, la prestation à fournir par le médecin ne correspond ni à un résultat précis, ni au succès d'une thérapie, mais à un comportement déterminé principalement non par le droit, mais par les règles de l'art médical, à savoir dispenser un traitement conforme aux données actuelles de la science. La qualification du contrat de soins comme mandat s'explique par la nature du mandat en droit romain: dans sa forme originaire, le mandat vise une prestation de services de toute sorte caractérisée par la gratuité et la révocabilité. Ainsi, l'institution juridique qu'est le mandat ne plonge pas ses racines dans le domaine du droit proprement dit, mais plutôt dans les relations extra-juridiques des rapports sociaux. C'est à partir de l'origine romaine du mandat que peuvent être compris les devoirs de fidélité et de diligence prévus par l'art. 398 CO[6].

De cette qualification, il résulte que le patient (mandant) consultant un médecin privé (mandataire) le charge de lui rendre un service (fournir des soins) par tous les moyens appropriés, sans toutefois qu'un résultat soit garanti.

Ce qui caractérise le mandat, c'est d'abord que les parties conviennent de l'exécution d'une ou de plusieurs prestations définies selon la nature de l'affaire (art. 396 al. 1 CO). Le médecin ne promet pas un résultat mais un comportement diligent dans le diagnostic, il conseille le patient et l'informe de sa maladie. Il dispose d'une totale indépendance sur le plan technique.

Aussi le contenu du contrat renvoie-t-il à des critères non juridiques, mais médicaux. Le mandataire est tenu d'adopter une conduite conforme au standard de sa profession, si bien que la relation thérapeutique, déterminée par la compétence professionnelle du médecin, est marquée en même temps, par les devoirs de diligence et de fidélité propres à tout mandataire.

---

4 ATF 66 II 34.

5 ATF 119 II 454 = SJ. 1994 255; ATF 105 II 284 = JdT 1980 I 169; 113 II 429 = JdT 1988 I 180.

6 Cf. W. WIEGAND, «Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes», in: *Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis*, Berne 1985, p. 84.

C'est à propos du devoir de diligence du médecin que le Tribunal Fédéral a développé ces dernières années une jurisprudence nourrie[7].

Ensuite, une seconde caractéristique du mandat est sa conclusion *intuitu personae*, en vertu des qualités personnelles ou professionnelles du mandataire. Le rapport contractuel établit entre les parties une relation particulière de confiance puisqu'elle touche à la sphère intime du mandant qui lui expose sa souffrance. C'est pourquoi le mandataire a un devoir de discrétion et celui de rendre des comptes au mandant (art. 400 CO), ce qui confère à ce dernier un droit de contrôle.

La rupture de cette relation de confiance permet la révocation unilatérale en tout temps.

La troisième caractéristique du mandat concerne la responsabilité du mandataire. Lorsque le mandant subit un dommage, c'est le mandataire qui est, en principe, responsable, sauf s'il établit n'avoir commis aucune faute, en fournissant une preuve à décharge. Ceci contrairement au contrat de travail où c'est à l'employeur de prouver la mauvaise exécution du travail, afin d'engager la responsabilité de l'employé.

La jurisprudence a considérablement étendu les droits du patient, et corrélativement renforcé les devoirs du médecin.

Deux devoirs ont été mis en lumière ces dernières années: il s'agit du devoir d'information et celui de la réparation du dommage.

Ces devoirs découlent de deux considérations essentielles: d'une part, le malade est un sujet de droit, une personne qui bénéficie de toutes les prérogatives d'un mandant; d'autre part, le patient a besoin d'une protection juridique spécifique du fait de son état de vulnérabilité.

3. LE DEVOIR D'INFORMATION

Lorsque le patient recourt au médecin, c'est parce que le rétablissement de sa santé nécessite une compétence qui lui fait défaut. Les «instructions» qu'il peut donner pour déterminer l'objet du contrat (art. 397 al. 1 CO) sont ainsi toutes les indications qui, selon les règles de la bonne foi, permettront au soignant d'exécuter son mandat. C'est ainsi qu'il a l'obligation d'informer le médecin des éléments susceptibles de guider son diagnostic, coopérer au traitement et se conformer aux prescriptions du thérapeute.

---

7 Cf. en particulier ATF 120 II 248 = JdT 1996 I 559; ATF 113 II 429 = JdT 1988 I 180.

Toutefois, le recours aux services d'un mandataire n'implique pas que le mandant renonce à gérer ses propres affaires selon sa volonté[8]. C'est pourquoi il est du devoir du médecin de ne faire que les prestations convenues, c'est-à-dire les traitements et actes acceptés par le patient (394 CO).

En effet, tout acte médical est considéré par le biais d'une fiction juridique comme une atteinte à l'intégrité corporelle. Celle-ci est présumée illicite, sauf s'il existe un motif justificatif, tel que le consentement (art. 28 al. 2 CC).

Par sa demande thérapeutique, le patient manifeste sa volonté de rétablir sa santé. Inversement, nul ne peut contraindre un patient à entreprendre un traitement contre son gré. Pour qu'elle légitime un acte médical, la volonté doit émaner d'un patient apte à consentir, c'est-à-dire un patient capable de discernement (art. 16 CC) dans la mesure où le consentement à une intervention thérapeutique est un droit strictement personnel (art. 19 al. 2 CC).

Dès lors l'illicéité de tout acte médical n'est levée que par le consentement du patient, reprenant ainsi l'ancienne justification *volenti non fit iniuria* connue du droit romain déjà. S'il n'y a pas de consentement, l'acte médical – aussi peu invasif soit-il – demeure une atteinte illicite.

Toutefois, ce consentement ne peut être exprimé valablement qu'en toute connaissance de cause. C'est pourquoi le patient doit être préalablement informé de tous les éléments qui l'amèneront à prendre une décision éclairée. C'est ainsi que, dans le cadre du devoir général de diligence, la jurisprudence et la doctrine ont mis à la charge du médecin une obligation d'information au patient[9].

Ce devoir de diligence, qui incombe à tout mandataire, comprend pour le médecin les obligations suivantes: renseigner le patient, le conseiller, lui rendre compte, conserver à toutes fins utiles son dossier médical[10].

---

8 Cf. J. HOFSTETTER, *Le mandat et la gestion d'affaires, Traité de droit privé suisse*, vol. VII, tome II, 1, Fribourg 1994, p. 89.

9 ATF 66 II 34; 105 II 284; 108 II 59;115 Ib 175 = JdT 1989 I 613; 116 II 519 = JdT 1991 I 634; 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214; 119 II 454 = SJ 1993 253; 120 Ib 411 = JdT 1996 I 554; B. EISNER, *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, Berne 1992; O. GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*?, th. Neuchâtel 1987; M. KUHN, «Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient», in: H. HONSELL, *Handbuch des Arztrechts*, Zurich 1994, p. 24; W. WIEGAND, «Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung», *recht*, 1993, 5, pp. 149 ss et *recht* 1993, 6, pp. 189 ss.

10 ATF 114 Ia 358; 113 Ib 385; 112 II 128; 108 II 61; 105 II 287; J. HOFSTETTER, Le mandat (n. 8), p. 105.

L'information sur la santé fait partie des obligations professionnelles générales du thérapeute[11].

C'est pourquoi le médecin doit commencer par communiquer les informations nécessaires, même sans aucune demande explicite de la part du patient.

Il doit communiquer au malade tous les éléments utiles à la bonne compréhension de son état pour lui permettre de faire des choix thérapeutiques et de prendre en toute connaissance de cause les décisions qui le concernent (art. 398 CO).

La détermination de l'étendue du devoir d'information s'est faite progressivement. Elle résulte de l'évolution de la jurisprudence, mais c'est plus particulièrement trois arrêts récents du TF qui apportent des précisions quant à son contenu[12]. Il en ressort que l'information doit porter sur le diagnostic, le pronostic, le traitement, sa nature, son déroulement, sa durée, ses avantages et inconvénients, les alternatives thérapeutiques, l'aspect financier du traitement ainsi que sur les règles de conduite que le sujet doit suivre. Quant aux risques, le principe que nous pouvons dégager de la jurisprudence est le suivant: l'information quant aux risques doit être d'autant plus complète que l'intervention n'est pas d'une nécessité vitale. Le médecin doit donc procéder à une pesée des intérêts entre la nécessité du traitement et la probabilité de la survenance du risque ainsi que de la gravité de celui-ci. De sorte qu'une intervention envisagée dans un but non thérapeutique (une opération de chirurgie esthétique, par exemple) exige une information détaillée et étendue; une intervention thérapeutique souhaitable pour laquelle le patient dispose d'une grande liberté de choix nécessite une information sur les risques fréquents et non négligeables; une intervention absolument indiquée médicalement ou vitale exige une information plus sommaire quant aux risques[13].

C'est au médecin d'évaluer ce que le patient est présumé attendre comme informations, quand et sous quelle forme il les communiquera. L'information peut être donnée par écrit ou oralement, par des moyens audiovisuels ou même par téléphone[14]. Toutefois, seule une information individualisée et adaptée aux exigences personnelles et à la situation spécifique du destinataire rend le consentement effectif. Ainsi lorsque le patient le demande expressément, le médecin doit lui donner toutes les informations concernant sa santé (art. 400 al. 1 CO).

---

[11] ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 216.

[12] ATF 116 II 519 = JdT 1991 I 634; 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214; 119 II 456 = SJ 1994 253.

[13] Cf. B. EISNER, Die Aufklärungspflicht (n. 9), pp. 170-174.

[14] ATF 116 II 519 = JdT 1991 I 634.

De surcroît, pour accomplir son devoir professionnel, le soignant doit s'assurer de la clarté de l'information donnée au patient, afin d'établir une relation de confiance et d'exécuter avec diligence le mandat. Le dialogue entre les deux parties est donc essentiel, et l'information implique une écoute attentive des demandes du patient.

Ce devoir d'information impose, par ailleurs, que le patient ait, au cas où il le requiert, accès au dossier médical comme moyen complémentaire d'information (art. 400 al. 1 CO; 8 LPD)[15], sans avoir besoin de justifier un intérêt quelconque. Le médecin ne peut pas, à son tour, subordonner l'exercice de ce droit à des conditions. Le droit à la consultation s'étend à tous les éléments du dossier, à l'exception des notes du médecin destinées à son usage exclusivement personnel (art. 2 al. 2 let. a LPD). Il s'agit des «notes que tout un chacun est amené à prendre dans l'exercice de sa profession à titre de pense-bête, du moment qu'il n'en fait qu'un usage personnel»[16].

Toutefois, la spécificité de la relation thérapeutique résulte de la vulnérabilité du patient. Une information complète, en effet, risque d'aggraver l'état du patient. Le médecin est alors placé devant le dilemme suivant: doit-il respecter son devoir juridique d'informer le patient ou doit-il obéir à son devoir éthique de fournir des soins à la personne souffrante en taisant certains éléments d'information?

Contrairement aux autres mandataires, il appartient au médecin d'évaluer dans quelle mesure le patient peut supporter d'être renseigné[17].

A cet égard, la situation juridique actuelle est quelque peu incertaine.

En effet, jusque dans les années 80, le courant majoritaire de la doctrine admettait l'**exception thérapeutique** qui habilite le médecin à taire, dans des cas limites, toute information qui, à son avis, pourrait être préjudiciable au patient. Ce «privilège thérapeutique» a été ensuite confirmé par le Tribunal fédéral en 1979, en ces termes: «l'obligation du médecin ne saurait toutefois être étendue à une information propre à alarmer le malade et, partant, à porter préjudice à son état physique ou psychique, ou à compromettre le succès du traitement» mais le Tribunal fédéral considère que l'information

[15] La LPD du 19 juin 1992 s'applique à tous les médecins privés. Cf. par ailleurs M. MANDOFIA BERNEY/UMMEL/A. MAURON, «Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique, cadre éthique et juridique», *Les Cahiers médico-sociaux,* 1995, 39, pp. 345-364; O. GUILLOD, «La responsabilité civile des médecins: un mouvement de pendule», in: *La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto publico, civile e penale,* Journée d'études du 12 juin 1989, Lugano 1990, p. 67; P. MARTIN-ACHARD/L. THÉVENOZ, «Le dossier médical et sa communication», *Les Cahiers médico-sociaux,* 1985, 29, pp. 245-259.

[16] FF 1988 II 449.

[17] Cf. W. WIEGAND, «Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung», *recht,* 1993, 6, p. 201.

doit être donnée néanmoins aux personnes affectivement proches du malade[18].

Ce «privilège thérapeutique» est critiqué par la doctrine récente au nom du «paternalisme médical»[19]. Elle fait valoir que l'origine de ce privilège n'est nullement hippocratique mais date du XVIIIe siècle et correspond à la «phase de consolidation du statut professionnel et social du médecin et de la médecine scientifique»[20].

En outre, elle souligne que le fait d'admettre l'exception thérapeutique repose sur le postulat erroné que le bien du patient est antinomique à son droit à l'autodétermination. Or, en réalité, il s'avère que le silence accroît la vulnérabilité du malade et vise plus le «confort des soignants» que celui des patients[21].

Pour pacifier le rapport médecin-patient, il importe de tenir compte de la spécificité de cette relation et laisser au thérapeute le soin d'apprécier la situation.

A notre avis, le médecin doit éviter de renseigner de manière exhaustive le patient qui n'est pas à même de supporter la vérité. Certes, afin de pouvoir prendre les décisions nécessaires, il ne recourra ni au mensonge, ni à la dissimulation de la gravité de son état. Mais il évitera, le cas échéant, une information exhaustive. Toutefois, si le patient exige, à de réitérées reprises, une information complète, le médecin ne pourra pas la refuser[22].

---

18 ATF 105 II 287-288. Dans une décision plus récente, la position du Tribunal fédéral semble moins catégorique, cf. ATF 108 II 59.

19 O. GUILLOD, Le consentement éclairé du patient (n. 9), pp. 189 ss; B. EISNER, Die Aufklärungspflicht (n. 9), pp. 183 ss.

20 MANDOFIA BERNEY/UMMEL/MAURON, Le partage (n. 15), p. 348.

21 M.I. FOREST/Ch.H. RAPIN, «'Toute vérité n'est pas bonne à dire...': confort des patients ou confort des soignants? quelques éléments de réflexion», *Les Cahiers médico-sociaux*, 1995, 39, pp. 423-427.

22 Cf. J. HOFSTETTER, Le mandat (n. 8), p. 106; W. FELLMANN, *Das Obligationsrecht, der einfache Auftrag, Berner Kommentar*, vol. VI, t. 2, 4, Berne 1992, ad art. 400 CO, p. 597, n° 40-41; H. HONSELL, «Die Aufklärungspflicht des Arztes in Deutschland, Osterreich und der Schweiz», *Revue suisse d'assurance*, 1995, p. 337.

4. LE DEVOIR DE RÉPARER LE DOMMAGE

En vertu des articles 97 ss et 398 CO, c'est au patient qu'il incombe de prouver, dans le cadre d'une action en responsabilité, la violation des obligations contractuelles, le dommage et le lien de causalité, la faute étant présumée.

Le médecin peut renverser cette présomption, en prouvant que la violation du contrat ne repose pas sur une faute. Ainsi, la responsabilité du médecin est engagée lorsqu'on peut lui reprocher la violation de son devoir de diligence[23].

En effet, compte tenu de la nature du mandat, les **obligations contractuelles** du médecin assumant une obligation de moyens et non de résultat couvrent son devoir de diligence, à savoir principalement les obligations de nature technique relatives au traitement et celles relatives au devoir d'information[24].

Le **dommage** consiste, d'une part, dans le préjudice patrimonial subi par le patient (*damnum emergens* et *lucrum cessans,* à savoir frais médicaux et hospitaliers, perte de gain passée, présente et éventuellement future) consécutif à la violation du contrat et, d'autre part, dans l'atteinte immatérielle (douleurs, dommages corporels temporaires ou durables) résultant pour lui du traitement médical erroné.

L'évaluation du dommage résulte de la différence existant entre l'état virtuel prévisible du patient si le médecin avait agi conformément à son devoir de diligence et le résultat effectif suite à la thérapie adoptée.

Quant à la **faute**, il s'agit d'un manquement à la diligence requise dans les circonstances de l'espèce[25].

---

[23] Il est vrai, comme l'observe F. WERRO, que la preuve libératoire «est en réalité impossible à apporter: on ne saurait attendre du médecin dont la violation du devoir de diligence est prouvée qu'il apporte la preuve de son absence de faute», dans la mesure où la faute est définie de manière objective, comme un «manquement à la diligence requise dans les circonstances de l'espèce» (F. WERRO, «La responsabilité civile médicale: vers une dérive à l'américaine? les barrages du droit suisse», in: *La responsabilité médicale, Cahiers de l'Institut du droit de la santé*, n° 2, pp. 12-13).

[24] P.-Y. GUNTER, «La responsabilité du médecin en Suisse», *SJZ* 89 (1993) n° 6, p. 94.

[25] La doctrine distingue entre diligence ou faute dans un sens objectif et diligence ou faute dans un sens subjectif. La notion objective intervient quand il s'agit de savoir si le mandataire a violé ses obligations contractuelles. La notion subjective quand il s'agit de savoir si la violation de ces obligations lui est imputable. (J. HOFSTETTER, Le mandat [n.8], p. 113). Cette distinction est toutefois difficile à mettre en pratique (cf. M. KUHN, «Ärztliche Kunstfehler», *SJZ* 83 [1987], pp. 353 ss, p. 359).

Le médecin répond en principe de toute faute (art. 99 al. 1; 398 al. 1; 328 al. 1 et 2 CO). Pendant longtemps, la jurisprudence s'est montrée conciliante envers le médecin et exigeait pour engager sa responsabilité, qu'il ait commis une «erreur manifeste», un «traitement évidemment inapproprié», une «violation claire des règles de l'art», ou des «données généralement connues de la science médicale, cela afin de tenir compte des imperfections de la science et de la faillibilité humaine»[26].

La doctrine a reproché au Tribunal fédéral de limiter la responsabilité du médecin aux seules fautes graves[27]. En 1987, notre Cour suprême a précisé qu'une telle limitation est injustifiée et qu'elle «ne trouve aucun fondement dans la loi»[28]. Ainsi, le médecin répond de toute faute, mais, pour évaluer s'il a violé son devoir de diligence, il convient de tenir compte des particularités et des risques de l'activité médicale, en prenant pour critère les règles de l'art. Ce sont ainsi les médecins qui définissent les critères de leur propre responsabilité.

La faute du médecin doit s'apprécier selon les circonstances spécifiques du cas et les connaissances qu'il pourrait avoir au moment de l'accomplissement de l'acte médical. Ainsi tout échec d'un traitement n'implique pas nécessairement une violation fautive du devoir de diligence[29].

Sa responsabilité n'est pas engagée lorsque l'acte thérapeutique provoquant le dommage a une origine qui n'était pas reconnaissable selon l'état de la science même après un examen attentif et consciencieux.

Récemment, le Tribunal fédéral a manifesté sa sévérité à l'égard du médecin en admettant que la **violation d'un devoir de diligence** peut être présumée lorsqu'une infection résulte de l'injection d'un médicament[30]. La justification est la suivante: lorsque des effets négatifs sur la santé du patient sont à craindre, le médecin doit prendre des mesures de nature à empêcher leur survenance; le cas échéant, il est présumé que toutes les précautions n'ont pas été prises et l'on doit présumer que le médecin a violé son devoir de diligence. Il s'agit d'une présomption de fait qui se limite à faciliter

---

26 ATF 105 II 284.

27 W. WIEGAND, «Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes», in: *Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis*, Berne 1985, p. 96; D. MANAÏ, «L'appréciation de la faute médicale en droit civil suisse», *Les Cahiers médico-sociaux*, 1985, 4, p. 216.

28 ATF 113 II 429 = JdT 1988 I 180.

29 Cf. ATF 115 Ib 180.

30 ATF 120 II 248 = JdT 1995 I 558, pp. 560-561.

la preuve de la violation du contrat. Dans le cas litigieux, on assiste pourtant à un renversement du fardeau de la preuve en faveur du patient[31].

Quant à la **violation de l'obligation d'informer** le patient, la jurisprudence témoigne une nouvelle fois d'une grande sévérité à l'égard du médecin.

Depuis 1979, le TF a admis que la violation du devoir d'information entraîne la responsabilité du médecin. Comme nous l'avons vu, le devoir d'information fait partie des obligations professionnelles du médecin. Lorsque le patient consent à un traitement sans avoir été suffisamment informé, sa volonté est viciée, et ne permet dès lors pas de légitimer l'atteinte à l'intégrité corporelle qui demeure illicite. Ainsi, en vertu de ses obligations juridiques, s'il ne parvient pas à prouver que le patient a été complètement informé et donc que son consentement était éclairé, le médecin devra répondre du dommage qui résulte de l'acte thérapeutique même s'il a été effectué correctement du point de vue des règles de l'art[32].

Bien qu'aucune faute technique ne soit constatée, le médecin sera tenu à des dommages-intérêts lorsqu'il n'a pas informé complètement le patient sur les risques envisageables. Le médecin deviendrait-il dès lors responsable de tout résultat négatif – comme le craint légitimement Heinrich Honsell[33]–, dès lors qu'il ne parvient pas à prouver que l'intervention thérapeutique a été faite après information complète sur les risques?

Encore faut-il que le patient parvienne en un premier temps à établir l'insuffisance ou le défaut d'information, preuve d'un fait négatif combien difficile à apporter!

Pour équilibrer sa position face au médecin, la jurisprudence se montre à présent plus clémente à son égard.

En effet, le TF a introduit la notion de **consentement hypothétique** pour admettre, à certaines conditions, la rupture du lien de causalité entre la violation du contrat et le dommage. Il précise qu'une information insuffisante donnée par un médecin n'est pas la cause du dommage, si le patient aurait de toute façon donné son consentement pour l'intervention chirurgicale[34].

---

31 Cf. critique de S. WEBER, «Beweiserleichterung bei ärztlichen Behandlungsfehlern», *Revue Suisse d'Assurances* 63 (1995), pp. 247-253; H. HONSELL, «Arzthaftpflicht, Anscheinbeweis», *AJP* 1995, 2, p. 229.

32 ATF 119 II 456 = SJ 1994 253; 116 II 519 = JdT 1991 I 634; 108 II 61; pour une critique de cette conception F. WERRO, La responsabilité (n. 23), p. 25.

33 H. HONSELL, Die Aufklärungspflicht (n. 31), p. 334.

34 ATF 117 Ib 206.

La preuve du consentement hypothétique, c'est-à-dire de l'absence de lien de causalité, incombe au médecin. Le patient devra, quant à lui, invoquer des raisons personnelles et spécifiques pour rendre plausible son refus (hypothétique) de l'intervention.

EN GUISE DE CONCLUSION: APOLOGIE D'UN DROIT MÉDICAL AU CONFLUENT D'UN DOUBLE HUMANISME

Nous l'avons vu, le contrat de soins se situe au confluent de l'éthique et du droit. Il charrie ainsi deux sortes d'ingrédients qui relèvent en même temps des préoccupations éthiques et des catégories juridiques, oscillant entre la prééminence de l'exigence éthique et la rigueur du devoir juridique.

Il ne s'agit pas d'opter pour le médecin au détriment du patient ni inversement pour le patient au détriment du médecin. Il ne s'agit pas d'opter pour l'éthique contre le droit, ni pour le droit contre l'éthique, mais de coiffer juridiquement la spécificité de la relation thérapeutique.

De prime abord, un observateur hâtif et superficiel déduirait des fluctuations de la jurisprudence tantôt en faveur du médecin, tantôt en faveur du patient, une relation potentiellement conflictuelle, où le droit est condamné à être partisan.

En réalité, aussi bien le droit que la médecine procèdent du même humanisme qu'ils verbalisent à leur façon propre et qu'ils expriment dans leurs préoccupations spécifiques mais complémentaires.

Il ne s'agit pas de la guerre du droit contre la médecine, ni de la défense de la médecine par le droit, mais bien plus de l'établissement des relations médicales conformes à la fois au souci de l'éthique et en même temps aux catégories juridiques. Plutôt que d'une guerre à éviter, il s'agit d'une alliance à construire au service de l'humain et de sa dignité.

Et c'est d'une manière percutante que le Professeur Schmidlin dégage la généalogie de l'humanisme juridique quand il écrit: «Notre droit s'est émancipé de cet amalgame religieux et mythologique en se fondant sur l'idée d'une justice rationaliste commune à l'ensemble de l'humanité. La justice et le droit connaissent la même mesure: l'Homme en tant qu'homme.

Le droit se situe dans cet humanisme radical et universel au-delà des formes historiques de l'humanisme culturel, littéraire et traditionaliste. Le principe d'égalité, la défense de l'arbitraire, le devoir d'observer les règles de la bonne foi, de respecter la liberté inaliénable, pierres de base de nos

codes et constitutions, donnent au droit son ancrage dans l'humain, fondant ainsi le véritable humanisme.»[35]

Le droit de la santé n'est pas seulement héritier de cet humanisme que décrypte le Professeur Schmidlin, mais aussi de l'humanisme médical qui puise lui aussi ses racines dans le même socle antique mais dans sa formulation hippocratique.

Ainsi, au carrefour de deux humanismes différents mais consubstantiels, le droit médical est exposé à un double danger: celui de l'économisme triomphant, qui place le droit à sa remorque, et celui de la mythologie prométhéenne, qui risque de transformer le médecin nourri de biotechnologies en apprenti sorcier.

«Le monde change, notre civilisation industrielle ou post-industrielle est entrée dans une phase tourbillonnante où tout circule, tout fusionne, tout se restructure, tout s'étend et s'ouvre. Tout est marché, le marché est tout. Le droit et la science du droit engagés activement dans cette mutation permanente sont priés d'adapter leurs positions.»[36]

Aussi la santé risque-t-elle d'être réifiée et de devenir un simple objet de consommation dans notre civilisation consumériste.

On ne doit pas oublier que le discours de la jurisprudence quant au droit médical ne révèle que les «zones conflictuelles de la société»[37].

Aussi révélatrices soient-elles, ces écumes de surface ne doivent pas occulter les tendances de fond animées activement par la sauvegarde et la promotion de l'humain, en combattant la souffrance et la maladie dans le cadre des principes juridiques.

---

[35] B. SCHMIDLIN, «Pour un droit à mesure d'homme, pour une science humaniste du droit», *Campus, Magazine de l'Université de Genève*, n° 38, juillet-septembre 1997, p. 24.

[36] B. SCHMIDLIN, Pour un droit (n. 35).

[37] Selon l'expression du Professeur SCHMIDLIN, Pour un droit (n. 35), p. 25.

Ius sponsor(ing) in ottica comparatistica

Henry PETER

Amici e colleghi della facoltà di diritto di Ginevra hanno deciso di dedicare al Prof. Bruno Schmidlin una miscellanea di studi il cui filo conduttore è il tema dei «patti, convenzioni e contratto», tema che è stato oggetto di approfondita e feconda riflessione da parte del Prof. Schmidlin. Partendo infatti dal diritto romano in prospettiva dinamica, al quale ha consacrato molta parte della sua puntuale riflessione scientifica, egli è naturalmente approdato al diritto delle obbligazioni in generale, e a quello dei contratti in particolare. Su questi ambiti privilegiati il nostro maestro e ora collega ha saputo acutamente innestare un approccio di natura comparatistica, offrendo contributi stimolanti e caratterizzati da lucidità e rigore, tanto nella sua attività scientifica quanto nel suo insegnamento. Ci auguriamo che egli apprezzi alcune riflessioni generali e, in considerazione del tema, del tutto provvisorie a proposito di un istituto giuridico in relazione al quale trovano piena applicazione tutti i campi fondamentali di interesse del festeggiato.

INTRODUZIONE[1]

La questione dello sponsoring sportivo è stata oggetto, da ormai una decina di anni, di analisi assai approfondite dal punto di vista della sua sempre più presente (e quasi invadente, nella società della comunicazione globale e immediata) dimensione economica, commerciale, sociale e di costume. Resta invece ancora da indagare in profondità quali ne siano gli esatti contorni dal punto di vista giuridico, in particolare per quanto concerne la questione della sua qualifica e, conseguentemente, delle norme legali che devono essere applicate e degli effetti che da tale applicazione derivano.

Nella sua prima parte, il presente studio si propone di contribuire all'elaborazione di una definizione del fenomeno dello sponsoring, soffermandosi in particolare sugli attori, i metodi e sugli interessi che esso mette in campo – o che da esso sono determinati.

[1] L'autore tiene a ringraziare l'Avv. Marco ZÜBLIN e l'Avv. Gianluca GENERALI per la collaborazione e i suggerimenti.

In un secondo momento, si tratterà di determinare – da un punto di vista giuridico generale – se lo sponsoring sportivo può essere avvicinato – o assimilato – a una qualsiasi delle forme giuridiche esistenti (contratti «nominati» o tipici). Gli ordinamenti cui verrà fatto riferimento e che forniranno gli elementi distintivi di questa particolare configurazione giuridica, saranno quello svizzero, quello tedesco e quello italiano.

In questa sede, ci si limiterà allo sponsoring sportivo, che è tuttavia solo uno degli aspetti di una galassia di iniziative assai diverse tra loro, tra le quali quelle legate all'attività espositiva, scientifica, sociale, museale e culturale in genere. Lo sponsoring si configura in effetti sempre di più come potente (e ormai imprescindibile) fattore di dinamizzazione della vita sociale nei contesti più diversi, in particolare in ambiti in cui i costi crescenti e una certa difficoltà di intervento degli enti pubblici stavano conducendo a una inquietante paralisi propositiva e organizzativa. In quest'epoca di gioiosa e globale mercificazione del tutto, la sponsorizzazione può essere vista come una forma finalmente matura in cui gli attori economici partecipano alla dinamica sociale, traendone non solo (e talvolta non tanto) una intima gratificazione ma ovviamente anche benefici a livello di immagine e di cash flow.

1. DESCRIZIONE E TENTATIVO DI DEFINIZIONE

1.1 Descrizione

1.1.1 Introduzione

Lo sponsoring ha una fenomenologia tanto complessa quanto multiforme, a tal punto che, come è stato recentemente osservato, forse non si dovrebbe parlare di sponsoring al singolare, riferendosi quindi non al «contratto» di sponsoring bensì ai «contratti» di sponsoring[2].

Secondo alcuni autori, lo sponsoring non sarebbe addirittura definibile: «Lo sponsoring non può essere racchiuso in una definizione, nella misura in cui le forme che esso può assumere sono estremamente varie: a partire dalla semplice apposizione del nome dello sponsor sulla casacca di uno sportivo, fino alla creazione e all'organizzazione completa di una manifestazione»[3].

---

[2] Anna DASSI, «Sponsorizzazione», in A. FRIGNANI/A. DASSI/ M. INTROVIGNE, *Sponsorizzazione, merchandising, pubblicità*, Torino 1993, pag. 31 seg., pag. 68.

[3] Véronique PLAT-PELLEGRINI/Alain CORNEC, «Sponsoring. Le parrainage publicitaire», *Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires*, XI ed., Parigi 1987, pag. 12.

1.1.2 Attori

Tutti concordano, tuttavia, sul fatto che lo sponsoring mette in scena tre attori: (i) lo sponsor, (ii) lo sponsorizzato, detto in Italia anche «sponsee», e (iii) i mezzi di comunicazione di massa, essendo la presenza di ciascuno di essi una condizione necessaria per l'esistenza del rapporto. Da questa origine tripartita discendono interazioni assai diversificate, di cui sono anche state tentate sistematizzazioni in modelli più o meno complessi[4].

1.1.3 Metodi

Oltre a mettere in campo diversi attori, lo sponsoring ricorre a diversi metodi, per lo più contemporaneamente:

a) Innanzitutto vi è l'*apporto dello sponsorizzato* stesso, chiamato a partecipare attivamente alla promozione dello sponsor.
b) Vi è poi l'*associazione* – detta anche abbinamento[5], che avviene a livello più o meno subliminale – dello sponsorizzato e delle sue attività allo sponsor: lo scopo perseguito è in questo caso di far sì che il pubblico associ lo sponsor (o il suo marchio) alle qualità o alle caratteristiche dello sponsorizzato o delle attività che egli pratica. Queste modalità di abbinamento e di riverbero tra l'attività dello sponsorizzato e dello sponsor muovono da attente analisi del profilo dei marchi e dei prodotti dello sponsor, e dalla conseguente individuazione di veicoli che siano omogenei a tali profili o che si ritiene possano consentire un posizionamento ottimale ai fini commerciali e di immagine (sono temi legati alla cosiddetta «brand equity» e alla «corporate identity»). E' il caso, ad esempio, della Red Bull (produttrice di bevande destinate a giovani, i cosiddetti «energizers») o della Sector (orologi), che hanno legato il proprio nome e la propria immagine all'automobilismo e soprattutto ai nuovi sport giovanili (mountain bike, canyoning, snowboard, windsurf estremo, bungee jumping, parapendio); si è così proposta l'identificazione subconscia da parte del pubblico tra il dinamismo, la velocità, il rischio

---

[4] Thomas HAUSER, *Der Sponsoring-Vertrag im schweizerischen Recht*, Diss. Zurigo 1991, Schriftenreihe zum Konsumenten-Schutzrecht, vol. 35, Zurigo 1992, pag. 40; Manfred BRUHN/Rudolf MEHLINGER, *Rechtliche Gestaltung des Sponsorings*, Monaco 1992, pag. 14 ss. Cfr. anche *UDA/PIQUET: Sponsoring et mécenat – la communication par l'événement*, Parigi 1985, pag. 206 e Pierre SAHNOUN, *Le sponsoring – mode d'emploi*, Parigi 1989, p. 18.

[5] DASSI, op. cit. nota (2), pag. 42.

e l'eccentricità insiti in questi «nuovi sport» e i prodotti degli sponsor. Questa tecnica permette addirittura anche di modificare il profilo dello sponsor in funzione dell'immagine che si desidera conferirgli. In tale ottica, sono state elaborate tabelle che mettono in evidenza le caratteristiche e l'immagine veicolata da differenti sport[6]: queste consentono al potenziale sponsor di scegliere l'attività sportiva da sostenersi in funzione del profilo che egli vuol dare a sé e ai propri prodotti.

c) Infine vi è l'*interposizione di un evento* il quale, oggetto di copertura da parte degli organi di stampa, crea un doppio livello promozionale: (i) immediato, nel corso delle competizioni il marchio «Pirelli» ad esempio appare sulle casacche dei giocatori della squadra di calcio dell'Inter; (ii) mediato o indiretto, la stampa (in senso lato) che riferisce e diffonde successivamente l'evento, spesso in modo molto generoso sia dal punto di vista dello spazio che del tempo. Nei due casi la diffusione, l'«exposure», dell'evento e dei suoi protagonisti (sponsor e sponsorizzato) produce quello che è stato chiamato «scambio di notorietà»: la fama, la visibilità di uno, giova all'altro e viceversa[7].

1.1.4 Terminologia

Contrariamente a quanto si ritiene generalmente, lo sponsoring non è un fenomeno nuovo[8]. Costeggiando uno dei temi prediletti dal Prof. Schmidlin, si osserva che il termine «sponsoring» è in effetti di derivazione latina, provenendo dal concetto di «sponsor» che significava, nel diritto romano, fideiussore (o garante, mallevadore), termine a sua volta derivato da «sponsio», forma antica di contratto, che racchiudeva contemporaneamente l'elemento della garanzia e dell'obbligazione di fare – segnatamente di pagare – a titolo principale[9].

---

6 HAUSER, op. cit. nota (4), pag. 56-57.

7 Mirzia BIANCA, «Sponsorizzazione e diritti della personalità», *Rivista di diritto sportivo*, 1992, pag. 3 seg., pag. 4.

8 Martin GEISER, «Ein Versuch Sponsoring zu definieren – Alter Wein in neuen Schläuchen?», in *Finanz und Witschaft*, 18 marzo 1987, N. 21, pag. 13.

9 Edoardo VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1974, pag. 463 seg. e 594 seg.; Biondo BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1972, pag. 443; Claudio ELESTICI, «Il contratto di sponsorizzazione», in Riccardo ROSSOTTO/Claudio ELESTICI, *I contratti di pubblicità. Il contratto di agenzia e il contratto di sponsorizzazione*, Milano 1994, pag. 188 seg.

Sempre sotto il profilo terminologico, si comprende del resto meglio quello che è realmente lo sponsoring tentando di distinguerlo da altri concetti che gli sono vicini quali il patronato, la pubblicità e il mecenatismo.

Ad onore del vero, occorre ammettere che, se tali concetti sono assai nebulosi, la terminologia ad essi relativa non lo è sicuramente meno. Esistono in effetti già a questo proposito divergenze assai significative.

a) *Patronato*

Al di là della propria ascendenza latina, il termine sponsoring è chiaramente un anglicismo. E' stato ripreso tale e quale nella maggioranza delle altre lingue, comprese in particolare il tedesco e il francese. I puristi francofoni sono tuttavia, come si sa, allergici alla terminologia in «franglais». La Francia è addirittura giunta a legiferare in proposito e, con decreto del 1982, ha proscritto il termine «sponsoring» e tutti i suoi derivati, scegliendo il termine di «commanditaire» (accomandante) o di «parrainage» (patronato), anche se è lungi dall'essere assodato che il concetto sia lo stesso[10].

b) *Pubblicità*

Si è detto che «in principio era la pubblicità, poi venne la sponsorizzazione». Lo sponsoring si distingue dalla pubblicità non per le finalità ma essenzialmente per il metodo, configurandosi probabilmente come forma più matura e sofisticata del messaggio pubblicitario. Nei due casi, in effetti, ci si propone in definitiva di promuovere un marchio o un prodotto. Nel caso della pubblicità strictu sensu si utilizza a questo scopo un supporto relativamente semplice e diretto (un manifesto, uno spot televisivo, ecc.), un messaggio chiaro e univoco (slogan), attraverso il quale si cerca un risultato commerciale immediato. Lo sponsoring ricorre, al contrario, a metodi indiretti, sottili: si tende – lo si è visto – a valorizzare e talvolta a profilare il marchio – o anche spesso solo l'immagine – dello sponsor, utilizzando a tale scopo direttamente, ma soprattutto indirettamente, un evento o un supporto (lo sponsorizzato), e questo sempre per un interesse commerciale. Per porre in evidenza – riducendola all'estremo – la differenza esistente tra la pubblicità e la sponsorizzazione, è stato scritto che la prima sarebbe «un'attività comunicazionale che consegue ad un atto negoziale (il contratto di inserzione o di diffusione)» mentre la

[10] PLAT-PELLEGRINI/CORNEC, op. cit. nota (3), pag. 12, nota 2.

sponsorizzazione sarebbe «un atto negoziale, da cui consegue un fatto comunicazionale»[11].

c) *Mecenatismo*

E' al contrario assai più delicato distinguere lo sponsoring dal mecenatismo[12]. L'opinione dominante sembra considerare che il mecenatismo si distingue fondamentalmente dallo sponsoring per il fatto che il mecenate è disinteressato mentre lo sponsor non lo è, in quanto quest'ultimo cerca per definizione un certo ritorno di immagine[13].

La distinzione è utile ma probabilmente artificiale, in quanto dubitiamo che i mecenati siano – o siano sempre – totalmente animati da spirito altruistico: crediamo in effetti che il mecenatismo sia spesso in realtà una forma molto sottile – ma estremamente efficace – di promozione della propria immagine. E' probabile in questo senso che i Medici furono in realtà più sponsor che mecenati.

Si potrebbe addirittura affermare che è impossibile citare un vero mecenate, non perché non ne esistono, ma perché, dato che egli agisce per definizione in modo assolutamente segreto (rendere pubblica un'attività mecenatistica è, ovviamente, atto promo-pubblicitario), l'autentico mecenate è condannato a rimanere eternamente sconosciuto. Tutti i mecenati noti sono quindi probabilmente da considerarsi in realtà degli sponsor.

1.2 Tentativo di definizione

In Svizzera, in assenza di definizione legale, la sola definizione specifica giurisprudenziale a noi conosciuta è quella data dal Tribunale federale nella sentenza 2 aprile 1996 in re Administration Cantonale des impôts du canton de Vaud c. S. SA et S[14]: «Le sponsoring, notamment sportif, représente une forme de publicité. Il repose en principe sur un contrat synallagmatique dans

---

[11] Maurizio FUSI/Paolina TESTA, «I contratti di sponsorizzazione», *Dir. informazione e informatica*, 1985, pag. 445 seg., pag. 448.

[12] Cfr., tra gli altri, BRUHN/MEHLINGER, op.cit. nota (4), p. 3.

[13] Ibid.; Jean-Marc RAPP, «Quelques aspects juridiques du sponsoring en droit suisse», *Revue Suisse du droit des affaires*, 1991, vol. 4, pag. 189 seg., pag. 191.

[14] Pubbl. in *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, n. 1/II, gennaio 1997, pag. 161 seg., pag. 168. Altre sentenze nelle quali il Tribunale federale (delle Assicurazioni) risulta essersi occupato della questione della natura giuridica dello sponsoring, senza tuttavia definire il fenomeno, sono quelle, non pubblicate, del 6.1.1984 nella causa Kiwi S.A. e del 22.5.1984 nella causa C.

lequel des prestations sont promises de part et d'autre. En particulier, le sponsor assume essentiellement des obligations de paiement sous forme de prestations en espèces ou en nature. Le bénéficiaire du sponsoring doit quant à lui participer à l'action de publicité ou de relation publique du sponsor. Cette participation comprend des prestations très diverses telles la mise à disposition d'espaces publicitaires pour la marque ou le nom du sponsor, la participation à des actions organisées par le sponsor (conférences de presse, séances de signature, etc.), la mise en avant de la marque du sponsor lors des événements couverts par les médias de même que le droit concédé au sponsor d'utiliser le nom, l'image ou d'autres signes distinctifs du bénéficiaire du sponsoring à des fins publicitaires (...).»

Una definizione legale vera e propria è pure assente negli ordinamenti giuridici francese, tedesco e italiano[15]; dimostrazione ne sia che anche in questi paesi la dottrina li definisce contratti «innominati».

In dottrina, si sono invece moltiplicati in questi anni i tentativi di definizione del fenomeno. Ci limitiamo a quelle più stimolanti:

«Le fait pour une entreprise de financer directement ou indirectement (par une contribution matérielle) une manifestation sportive, un véhicule, ou un concurrent, en vue d'associer, dans un but de promotion, le produit ou la marque du «sponsor» avec l'événement sportif en cause»[16]. Si tratta di una descrizione fattuale del fenomeno, più che di un tentativo di inserirlo nelle categorie giuridiche classiche.

«We consider partnership/sponsorship as an added communication technique: it is a new marketing tool used by the companies in the sport and cultural environments, aiming at gaining a greater visibility through a financial participation, or through the supplying of goods or services»[17], integra, collocandosi sempre su di un piano di mera fenomenologia, la definizione precedente introducendo due elementi fondamentali quali il fatto che lo sponsoring è un mezzo di comunicazione e di marketing e la centralità dell'esigenza di incremento di visibilità di marchi e/o di prodotti.

---

[15] In ambito italiano, si ritrova una definizione legale dello sponsoring radio-televisivo: «Per sponsorizzazione si intende ogni contributo di ogni impresa pubblica o privata, non impegnata in attività televisive o radiofoniche, o di produzione di opere audiovisive o radiofoniche, al finanziamento di programmi, allo scopo di promuovere il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, le sue attività o i suoi prodotti» (art. 8 L 223 del 6 agosto 1990, cosiddetta «legge Mammì»).

[16] Francis CABALLERO, «Tabac, alcool et parrainage sportif», *Revue juridique et économique du sport*, 20, 1992-1, pag. 25 seg.

[17] J. R. PROULX, «Sport limited partnership/sponsorship in Canada», *Revue juridique et économique du sport*, 20, 1992-1, pag. 161-162.

«L'association d'une entreprise ou d'un produit avec un événement (parrainage d'événement), avec une personnalité ou une équipe (sponsoring personnel), avec un programme TV ou radio (parrainage de programme).»[18]. Definizione ancora una volta fattuale, di dottrina svizzera, con tentativo di categorizzazione delle varie forme di sponsoring.

«Bereitstellung von Geld, Sachmitteln oder Dienstleistungen durch Unternehmen zur Förderung von Personen, Gruppen und/oder Organisationen im sportlichen, kulturellen und/oder sozialen Bereich, um damit gleichzeitig Ziele der eigenen Unternehmenskommunikation zu erreichen.»[19]. Anche in questo caso vengono enfatizzati il contributo e le motivazioni dello sponsor, che sembra essere l'unico attore nel rapporto di sponsorizzazione.

«L'accordo con il quale il soggetto sponsorizzato si obbliga a fornire prestazioni di veicolazione del marchio o di altri messaggi dello sponsor dietro pagamento di un determinato corrispettivo.»[20]. Interessante è in questo caso il riferimento, essenziale, al fatto che si tratta di rapporto contrattuale e che esso ha carattere sinallagmatico.

«La sponsorizzazione è un fenomeno che indica quella particolare forma di comunicazione pubblicitaria moderna per cui un soggetto (*sponsee*) si obbliga, generalmente contro corrispettivo, ad associare alla propria attività il nome od un segno distintivo di un altro soggetto (*sponsor*), il quale attraverso tale abbinamento si propone di incrementare la propria notorietà e la propria immagine verso il pubblico»[21]. Definizione del tutto adeguata, da completarsi unicamente indicando il fine mediatamente commerciale ed economico dell'intervento dello sponsor.

«Sponsorship is a mutually acceptable commercial relationship between two or more parties in which one party (called the *sponsor*) acting in the course of a business, trade, profession, or calling, seeks to promote or to enhance an image, product or service, in association with an individual, event, happening, property or object (called the *sponsee*)»[22]. Definizione classica.

Dal canto nostro, completando la definizione formulata in seno al Consiglio d'Europa dalla terza conferenza dei ministri europei dello sport nel 1981[23],

---

[18] J.-P MORAND/W. ALTWEGG/P. JOLIDON, «Alcool et tabac: les règles applicables au sponsoring en Suisse», *Revue juridique et économique du sport*, 20, 1992-1, pag. 161, pag. 227 seg., pag. 229.

[19] BRUHN/MEHLINGER, op.cit. nota (4), pag.5.

[20] S. GATTI, «Sponsorizzazione e pubblicità sponsorizzata», *Riv. Dir. Comm.*, I, pag. 149-150.

[21] ELESTICI, op. cit. nota (9), pag. 187-188.

[22] S. TOWNLEY/E. GRAYSON, *Sponsorship of Sport, Art and Leisure*, Londra 1984, pag. 4.

[23] Conferenza di Palma di Majorca, citata da DASSI, op. cit. nota (2), pag. 39.

e confidando in un futuro e ancora più meticoloso esercizio di attività classificatoria e nominalistica da parte della dottrina, affermeremo che lo sponsoring sportivo è un contratto sinallagmatico in base al quale una delle parti (lo «sponsor») fornisce prestazioni in denaro o in natura all'altra parte (lo «sponsorizzato») in cambio della possibilità di associare il proprio marchio o la propria immagine all'attività, al nome o all'immagine dello sponsorizzato al fine di trarne direttamente o indirettamente vantaggi commerciali.

2. PRESTAZIONI RECIPROCHE

Analizzando ora più sistematicamente le prestazioni messe in campo in un rapporto classico di sponsorizzazione sportiva[24], si distingueranno le prestazioni dello sponsor (2.1) da quelle dello «sponsorizzato» (2.2), prima di parlare di alcune clausole comuni alle parti (2.3).

2.1 Prestazioni dello sponsor

La prestazione fondamentale dello sponsor è il corrispettivo a beneficio dello sponsorizzato.

Si tratta solitamente di un contributo finanziario. Talvolta, il corrispettivo non viene però effettuato (totalmente) in contanti. Può, infatti, essere anche una prestazione in natura, attraverso la fornitura di attrezzature di vari tipi, o di prodotti utilizzabili o necessari in relazione all'attività considerata.

Lo sponsor può fornire allo sponsorizzato prodotti direttamente destinati alla pratica dell'attività sportiva (es. biciclette, cerchioni per vetture, carburanti e lubrificanti, pneumatici, prodotti alimentari o di abbigliamento; la fornitura di materiale da parte dello sponsor avviene, secondo i casi, in proprietà o in comodato) oppure procurare allo sponsorizzato prodotti non realizzati dallo sponsor stesso (copertura assicurativa o medica, biglietti d'aereo, alloggio). Si ritiene che, nel primo caso, si possa parlare di sponsor/fornitori tecnici o di «sponsor di settore», detti anche «official suppliers»

[24] Cfr. anche Martin SCHMIKE, *Sportrecht*, Colonia/Francoforte 1996, pag. 188 seg.; ci si permette di rinviare a Henry PETER, «Lo sponsoring sportivo: descrizione, qualifica e conseguenze giuridiche», in: AA.VV., *Il diritto dello sport, atti della giornata di studio 18.10.1993, RDAT I*, 1994 (estratto a cura della commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, 11), in cui era stato presentato un (ovviamente sommario) testo standard di contratto di sponsorizzazione.

(«fornitori ufficiali»)[25], mentre nel secondo caso si tratta piuttosto di «meri» sponsor che, oltre a versare emolumenti in denaro, danno accesso a servizi o a beni altrui.

Nell'ambito dei fornitori ufficiali, si può inoltre distinguere tra i cosiddetti «sponsor tecnici», che forniscono cioè materiale direttamente afferente alla pratica sportiva (biciclette per i ciclisti, vele e chiglie per i velisti, motori o frizioni nello sport automobilistico) e quei «fornitori» che mettono a disposizione materiale utile ma non specifico all'attività sportiva (abbigliamento, alimentari, vetture di servizio, ecc.). Nel primo caso, il cosiddetto «endorsement» che lo sponsorizzato può essere chiamato ad effettuare può direttamente concernere il prodotto fornito dallo sponsor («product endorsement»), mentre nel secondo caso si tratta solitamente della promozione di un marchio o dell'immagine di un'azienda nel suo complesso («brand endorsement», «corporate endorsement»). Inoltre, nel primo caso vi è un legame promozionale diretto tra la pratica sportiva e lo sponsor, legame invece mediato nel secondo caso.

La prestazione dello sponsor è effettuata, nella sua forma e sulla base degli accordi intervenuti tra le parti, prima, durante o dopo quella(e) dello sponsorizzato, spesso del resto in modo scaglionato nel tempo.

Queste prestazioni, in particolare quando esse sono effettuate in contanti, possono corrispondere ad un ammontare fisso o dipendere dai risultati dello sponsorizzato, ad esempio dal numero delle vittorie o di punti ottenuti nel corso di un campionato, dal numero di reti segnate da un giocatore di calcio nel corso di un campionato, o anche dalla cosiddetta «share di audience» (tasso di ascolto)[26] televisiva realizzata grazie ai risultati – o al comportamento – dello sponsorizzato.

Lo sponsor può anche effettuare, in generale in modo accessorio, altre prestazioni, ad esempio sotto forma di assistenza logistica, di messa a disposizione di servizi di relazioni pubbliche o servizi stampa, oppure di prestazioni tecniche connesse all'attività sportiva (cronometraggio, consulenza aerodinamica, ecc.).

2.2 Prestazioni dello sponsorizzato

La situazione in questo caso è più complessa e variata.

Occorre preliminarmente rilevare che il beneficiario della sponsorizzazione non è necessariamente lo sportivo stesso come persona fisica. Per

[25] DASSI, op. cit. nota (2), pag. 22.
[26] Ibid. pag. 59.

ragioni commerciali o fiscali, gli sportivi di alto livello cedono in effetti sempre più spesso, in tutto o in parte, la propria immagine o il diritto alla propria attività a una o diverse società le quali, a propria volta, gestiscono e procurano a terzi i servizi e/o l'immagine degli atleti in questione.

Ma lo sponsorizzato può essere anche una società (club, sodalizio) nel suo insieme, quale ne sia la forma: associazione, società anonima, cooperativa, addirittura fondazione, ecc., ad esempio la Federazione Svizzera di Sci che viene sponsorizzata, in maniera piuttosto vistosa, dai produttori svizzeri di formaggio.

Lo «sponsorizzato» può essere anche una competizione come tale; si parla di «naming right» o di «title sponsorship» qualora venga concesso allo sponsor il diritto di abbinare il proprio nome o marchio al titolo o al nome dell'evento stesso, ad esempio la «Whitbread Round the World Race» o il «Volvo European circuit» di golf[27].

2.2.1 Affissione del marchio

Il contratto prevede in generale che il marchio dello sponsor (o di un suo prodotto), quale ne sia la forma (ragione sociale, logo, nome di fantasia, addirittura il colore caratteristico, ecc.), deve essere affisso sul materiale portato o utilizzato dallo sponsorizzato: la casacca di un giocatore di calcio (Opel), lo scafo di una barca partecipante alla Coppa America (Prada), il casco portato dal ciclista Laurent Jalabert durante le cronometro del Tour (Once), gli sci di Alberto Tomba (Rossignol), la livrea di una vettura da corsa (Marlboro) o una mongolfiera da guinness (Breitling).

Nella prassi più recente, il concetto di affissione si è sviluppato fino ad arrivare a prevedere l'impegno per lo sponsorizzato ad affiancare al proprio nome quello dello sponsor, con, se necessario, il conseguente obbligo per lo sponsorizzato di modificare la propria denominazione. Si può citare al riguardo una nota scuderia di F1 che ha cambiato successivamente il proprio nome da «McLaren Honda» a «McLaren Ford», a «McLaren Peugeot» e, dall'anno scorso, «West McLaren Mercedes», o le squadre di pallacanestro italiane, ad esempio «Kinder Bologna» o «Stefanel Milano»[28].

---

[27] Thomas KLOOZ, «The structure and the potentiality of sponsorship contract», 1er Séminaire juridique, Association de Comités Nationaux Olympiques d'Europe, Mosca, 19-20 settembre 1991, pag. 94.

[28] Guido VIDIRI, «Società sportive e contratti di sponsorizzazione», *Giurisprudenza italiana, vol. CXLV*, 1993, Parte IV, pag. 419 seg., pag. 424; DASSI, op. cit. nota (2), pag. 61.

In genere, il contratto è accompagnato da uno o più diagrammi che indicano in modo molto preciso la posizione e la dimensione degli spazi concessi allo sponsor, nonché la visualizzazione del marchio che deve essere esposto.

In relazione a questo obbligo di «affissione» la contrattualistica ha sviluppato clausole più o meno differenziate e sofisticate relative all'obbligo di partecipare a talune manifestazioni o competizioni: ad esempio, almeno a un certo numero di tornei del circuito WTA per una giocatrice di tennis; ai Giochi Olimpici; a tutto il campionato svizzero di lega nazionale A per un club di calcio, ecc.

2.2.2 Licenza d'uso del nome e dell'immagine

D'altro canto, lo sponsorizzato concede solitamente allo sponsor il diritto (la «licenza») di utilizzare la propria immagine, con modalità più o meno estese nello spazio, nella forma e nel tempo. In proposito può essere segnalata una recente evoluzione che, in ambito anglo-sassone, ha condotto gli sportivi (in specie, piloti di formula uno) a registrare come marchi il proprio casco, il proprio volto, addirittura il proprio più o meno magnetico sguardo (è il caso di Damon Hill) o il proprio soprannome («Fisico» per Giancarlo Fisichella).

Anche in questo caso gli esempi sono probabilmente più evocatori di ogni tentativo di descrizione teorica del fenomeno: così, gli «sponsor ufficiali dei Giochi Olimpici» (Coca-Cola, ecc.) che hanno acquisito il diritto di presentarsi come tali e di utilizzare il nome e il logo del CIO, o Philip Morris che ha acquisito il diritto di utilizzare il nome e l'immagine della scuderia Ferrari di Formula Uno.

I diritti qui menzionati non si limitano del resto al solo nome e all'immagine statica (fotografia) ma includono talvolta anche l'immagine mobile (film, video), o la voce, la firma, i titoli, ecc. dello sponsorizzato. Talvolta è inoltre richiesta allo sponsorizzato una forma ancora più attiva di concessione della propria immagine, fino ad arrivare a quelle forme chiamate nel gergo «endorsement» o «testimonial», in cui lo sponsorizzato tramite comportamenti più o meno attivi afferma – «testimonia» – la bontà del marchio o dei prodotti dello sponsor[29].

I diritti concessi allo sponsor possono anche estendersi alla possibilità di abbinare «fisicamente» – nel senso di graficamente – il proprio marchio a quello dello sponsorizzato. Ritroviamo qui uno dei metodi più evidenti per ottenere nella mente del pubblico l'associazione dello sponsor con lo sponso-

[29] DASSI, op. cit. nota (2), p. 72.

rizzato, fino all'identificazione più o meno inconscia del primo con il secondo. Nel mondo del tennis, ad esempio, vi sono abbinamenti di questa natura tra lo sportivo e case di abbigliamento o fornitori di equipaggiamento che realizzano prodotti o linee con il nome dello sportivo (è il caso, tra l'altro, di Pete Sampras o di Martina Hingis). Più clamorosa è l'ormai avvenuta integrazione del marchio «Marlboro» nel nome della scuderia Ferrari (ora «Scuderia Ferrari Marlboro»), con contestuale creazione di un unico logotipo del team che abbina i marchi figurativi delle due case (scudetto con cavallino rampante in campo giallo e cosiddetto «roof top» caratteristico del marchio Marlboro).

Il contratto precisa infine in generale i limiti di utilizzazione dei diritti concessi allo sponsor: dal punto di vista dell'estensione territoriale, per esempio «solamente sul territorio del Giappone», e temporale, per esempio «soltanto nel corso dei Giochi Olimpici invernali di Nagano» o «per tutto il 1998».

2.2.3 Servizi vari

Lo sponsorizzato è inoltre generalmente tenuto a prestare servizi di varia natura a favore dello sponsor, quali la partecipazione a ricevimenti, interviste, sedute di firma di autografi, presenza durante fiere e saloni (del libro, dell'automobile, della vela, ecc.), commenti radiofonici o televisivi, attività interne allo sponsor (cena dei quadri, di clienti, ecc.).

Lo sponsorizzato è spesso tenuto a indicare, durante tutte le proprie dichiarazioni pubbliche, che svolge la propria attività agonistica grazie allo – o con l'assistenza dello – sponsor, del quale è evidentemente anche tenuto a vantare le qualità.

2.2.4 Divieto di Concorrenza

I contratti comportano spesso anche una clausola di divieto di concorrenza, nel senso che lo sponsorizzato si impegna a non accettare nessun'altra sponsorizzazione da parte di società o concernenti marchi che potrebbero essere in qualche modo in conflitto con quelli dello sponsor (dal punto di vista del nome, del tipo di prodotto, o addirittura del grafismo o del colore, ecc.).

2.2.5 Altri Obblighi

Esistono infine talvolta altri obblighi – di fare o di omettere – propri a ciascuno degli sport considerati e che potrebbero in certi casi essere ritenuti impliciti

in quanto premesse o attività collaterali necessarie alla pratica sportiva[30], quali l'impegno a non praticare altri sport o attività pericolose o quello di rispettare tutte le norme della federazione alla quale lo sponsorizzato appartiene: ciò ricopre ad esempio l'obbligo di disporre della necessaria licenza e di non ricorrere all'uso di sostanze proibite (doping).

2.3 Disposizioni generali

Un contratto di sponsoring contiene inoltre un certo numero di clausole che concernono pariteticamente le due parti.

Si pensi innanzitutto alla durata del contratto (fissa; con o senza opzioni, in quest'ultimo caso di estendere o di porre fine («exit clause», «option out»); rinnovabile automaticamente; rinnovabile a determinate condizioni, ad esempio in caso di particolare piazzamento in un campionato o di raggiungimento di un determinato numero di punti).

La sponsorizzazione coinvolge spesso rapporti internazionali: lo sponsor è residente in un paese, lo sponsorizzato in un altro, mentre le competizioni si svolgono – e quindi le prestazioni sono effettuate – in diversi paesi o continenti. Se si aggiunge a ciò il carattere complesso e duraturo del rapporto, diventa evidente l'estrema difficoltà di stabilire il diritto applicabile ricorrendo alle norme di collegamento tradizionali. E' pertanto palese l'opportunità di operare (preventivamente) una scelta convenzionale al riguardo.

Per le stesse ragioni, è spesso difficile determinare il tribunale normalmente competente. E' d'altra parte talvolta anche inopportuno ricorrervi quando, ad esempio, lo sportivo è domiciliato (per motivi fiscali) in una giurisdizione «esotica» e i cui tribunali non sono avvezzi a tali tipi di controversie. E' quindi preferibile concordare un foro che sia certo, accessibile e sperimentato.

Lo stesso ordine di motivi rende spesso consigliabile prevedere una clausola arbitrale, nella speranza che eventuali controversie siano risolte – e ciò è particolarmente fondamentale nel campo considerato – rapidamente, in maniera confidenziale e con il supporto di persone competenti nella problematica particolare. In tale prospettiva si ricorre con sempre maggior frequenza al Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS), una emanazione del Comitato Internazionale Olimpico.

---

[30] Cfr. Henry PETER, «Le sponsoring sportif», *Etudes et Recherches du Groupe Interfacultaire des Sciences du Sport (GISS)*, Chapitres choisis du droit du sport, Ginevra, IV° 2, 1993, pag. 125 seg., pag. 133.

3. QUALIFICA GIURIDICA: ANALISI COMPARATIVA

Il problema che si pone fatalmente al giurista è, in limine, quello della qualificazione giuridica del contratto di sponsorizzazione.

A tale fine, e nei limiti dettati al presente contributo, occorre in primo luogo verificare se a questo fenomeno multiforme e complesso corrisponda (e, se sì, in che misura) un qualsiasi contratto tra quelli previsti nel diritto positivo. Il quesito verrà posto applicando successivamente i parametri adottati in ambito svizzero, tedesco e italiano (a conclusioni sostanzialmente analoghe si giungerebbe comunque esaminando ad esempio prassi e dottrina in ambito francese[31]).

Sul piano generale, osserviamo preliminarmente che lo sponsoring è una realtà troppo recente per essere stata considerata – e quindi codificata – nel diritto civile dei tre paesi di riferimento. Nonostante vi sia unanimità nel considerarlo un contratto riconducibile a una certa unitarietà – nel senso di tipicità – di contenuti, indirizzi e motivazioni, in tutti e tre i paesi esso è certamente un contratto che in Svizzera viene definito «contratto innominato».

Non esiste dunque una soluzione «legale» e immediata ai differenti problemi che possono sorgere in quest'ambito: ad esempio se esiste la possibilità di mettervi fine, a quale condizione e con quale preavviso; quale indennità è dovuta in caso di violazione degli obblighi contrattuali da parte di una delle parti e addirittura, in certi casi, se vi sia o meno violazione del contratto.

In luogo di tentare di inserire più o meno artificialmente il contratto di sponsorizzazione nell'orbita di un contratto previsto dalle codificazioni in vigore, è ovviamente da privilegiarsi l'ottica che consiste nell'individuare le varie figure contrattuali, nominate o atipiche, a cui il contratto in questione di volta in volta si avvicina, tenendo conto inoltre della presumibile e obiettivabile volontà delle parti contraenti, per applicare di caso in caso la norma più confacente[32]. Come vedremo dall'esame delle situazioni nei vari ordinamenti, non esistono in realtà soluzioni alternative convincenti.

3.1 Svizzera

3.1.1 Contratto di lavoro

In primo luogo, non sembra di poter rilevare significative comunanze tra il rapporto di sponsoring e il contratto di lavoro. Manca in effetti (salvo casi

[31] Cfr. PLAT-PELLEGRINI, op. cit. nota (3).

[32] Cfr. ELESTICI, op. cit. nota (9), pag. 196 seg. (con riferimenti alla dottrina italiana).

tanto rari da essere trascurabili) il rapporto di subordinazione tra lo sponsorizzato e lo sponsor, condizione essenziale per il contratto ex art. 319ss CO. Lo sponsorizzato conserva in effetti la propria indipendenza, sotto riserva naturalmente di obblighi che egli abbia contrattualmente assunto e la cui violazione configurerebbe inadempimento contrattuale specifico e non violazione di un obbligo generale di obbedienza[33]. Inoltre, specifici obblighi e diritti previsti nei contratti di sponsorizzazione rendono di regola improponibile un'assimilazione di questi al contratto di lavoro[34].

Giova comunque ricordare che, in taluni casi in ambito sportivo, lo sportivo può essere un impiegato dello sponsor, ad esempio nel caso in cui l'atleta sia membro di una squadra organizzata e gestita dallo sponsor stesso, situazione che si riscontra tra l'altro nelle squadre di ciclismo[35]. Il corrispettivo versato dallo sponsor è in tali casi uno stipendio. In tale eventualità saranno applicabili tutte le norme imperative del Codice delle obbligazioni relative al contratto di lavoro (durata, responsabilità, ecc.) oltre a quelle di diritto pubblico (contributi sociali, assicurazioni, ecc.).

3.1.2 Contratto di appalto

Non è a priori escluso che lo sponsoring possa essere assimilato al contratto di appalto, in quanto il Tribunale federale ha da tempo ammesso che la prestazione fornita dall'appaltatore, cioè l'«opera», può rivestire anche forma immateriale, ad esempio nel caso di uno spettacolo. Tuttavia, sulla base di giurisprudenza e dottrina, la sussunzione sembra difficilmente proponibile, in quanto lo sponsorizzato (a differenza dell'appaltatore) non promette di realizzare un risultato – elemento caratteristico del contratto di appalto[36] –

---

[33] Questa è la conclusione alla quale è giunto il Tribunale federale delle Assicurazioni nelle sue già menzionate sentenze (cfr. supra nota (14)) nelle quali si legge: «In sostanza la funzione pubblicitaria in esame, semplice accessorio di un'altra attività indipendente o comunque non dipendente dalla stessa ditta organizzata dall'assicurato e per la quale questi assume i rischi ed in particolare quello economico, non può che essere anch'essa considerata attività indipendente»; cfr. anche Jacqueline DÉTRAZ, «Le sportif et l'AVS», in: *Le sport et les assurances sociales*, Colloque organisé par l'IRAL, Università di Losanna 1981 pag. 91 seg., pag. 103-105.

[34] Yasar RAVI, «Les contrats de sponsoring sportif: notion, qualification et règles applicables», in: AA.VV., *Droit et sport*, Berna 1991, p. 3 seg., pag. 11 seg.

[35] RAPP, op. cit. nota (13), pag. 198.

[36] SJ 1991, pag. 251, DTF 115 II 53/54 consid. 1b = SJ 1989, pag. 389.

ma piuttosto un'attività effettuata nel tempo, senza appunto alcuna garanzia di risultato, bensì solo di diligente esecuzione[37].

3.1.3 Società semplice

E' legittimo chiedersi se la sponsorizzazione dia luogo ad una società semplice: la risposta è in linea di principio negativa in quanto, al di là di prestazioni che lo sponsorizzato esegue nell'interesse dello sponsor e dell'interesse che quest'ultimo ha nel successo sportivo del primo, le parti al contratto di sponsorizzazione perseguono ognuna uno scopo precipuo e agiscono nell'ambito di un rapporto sinallagmatico e non societario[38].

Al fine di valutare compiutamente l'autentica volontà delle parti contraenti, questa opinione va tuttavia relativizzata, considerando una assai frequente convergenza a livello di interessi e di obiettivi intermedi (l'ottenimento dei migliori risultati possibili, la promozione delle rispettive immagini). Questa comunanza di scopi viene perseguita dalle parti mediante apporti specifici (ad esempio in natura da parte dello sponsor e sotto forma di servizi e di «spazi» da parte dello sponsorizzato). Tale «associazione» si manifesta anche nell'abbinamento delle rispettive immagini, nella durata spesso molto lunga dei rapporti e nel fenomeno voluto di «scambio di notorietà».

Si potrebbe quindi, a nostro avviso, ritenere che se lo scopo ultimo delle parti, sponsor e sponsorizzato, può sicuramente divergere, il loro scopo più immediato è comune, ciò che, secondo la dottrina, basta a dar luogo, almeno in certi casi, alla creazione di una società semplice[39]. In questo senso, nell'interpretazione di talune pattuizioni contrattuali potrebbe essere utile, in quanto conforme alla volontà delle parti al momento della stipula del contratto, fondarsi sull'esistenza (almeno in relazione a taluni obiettivi e, conseguentemente, ai principi che li concernono) di un'«affectio societatis»[40].

---

[37] Obbligo di «mezzi» e non di «risultati». HAUSER, op. cit., nota (4), pag. 273/274; in Italia: FRIGNANI/DASSI/INTROVIGNE, op. cit. nota (2), pag. 269 seg.

[38] RAPP, op. cit. nota (13), pag. 198; Stephan NETZLE, «Sponsoring von Sportverbänden, Vertrags- Persönlichkeits- und vereinsrechtliche Aspekte des Sport-Sponsorings», *Schweizer Schriften zum Handes- und Wirtschaftsrecht, Bd 105*, Zurigo 1988, pag. 41-43. Cfr. RAVI, op. cit. nota (34), pag. 12 seg.

[39] Pierre TERCIER, *La partie spéciale du Code des Obligations*, Schulthess, Zurigo, 1988, pag. 534 N. 4138; tesi che non sembra esclusa in Svizzera da HAUSER, op. cit. nota (4), pag. 278 e neppure in Italia da DASSI, op. cit. nota (2), pag. 44 e 49/50. Contra RAVI, op. cit. nota (34), pag. 13.

[40] Cfr. infra, 4.2.3 c).

3.1.4 Contratto di mandato

Ci si può infine chiedere se si tratti di un contratto di mandato. Anche qui la risposta non può essere assoluta. La dottrina ritiene, in effetti, che ogni convenzione di sponsoring presenti «necessariamente» una componente di mandato, nella misura in cui il contratto ha componenti fortemente personalizzate e fondate su di un rapporto di fiducia assai preminente. Inoltre, lo sponsorizzato agisce a titolo indipendente e fornisce allo sponsor taluni servizi[41].

Non può tuttavia trattarsi di un mandato puro e semplice, per almeno due ragioni. In primo luogo, per la varietà di prestazioni fornite dallo sponsorizzato e delle quali alcune non appartengono in alcun caso alla costellazione prevista dal mandato (ad esempio l'affissione del marchio). Poi, osta all'applicazione integrale delle norme sul mandato il carattere fondamentale della durata del rapporto, mentre uno dei principi cardini del mandato è che questo sia sempre – e liberamente – revocabile. Significativa, in proposito, la sentenza pronunciata dal Tribunale Arbitrale dello Sport in una vertenza che opponeva un atleta svizzero alla sua fornitrice di abbigliamento sportivo: «Or l'élément de durée est inconciliable avec l'hypothèse d'un mandat pur et simple et c'est à tort que la défenderesse soutient que le contrat conclu entre elle et le demandeur doit être qualifié de mandat. La qualification de mandat a d'ailleurs été écartée par la doctrine récente en la matière»[42].

3.1.5 Contratto «di durata»

In materia di sponsoring, la durata del rapporto – in genere oggetto di precise pattuizioni – è un elemento essenziale e tipico del contratto. Ciò ha condotto la dottrina, seguita dalla giurisprudenza svizzera, a considerare che il contratto di sponsorizzazione deve – a prescindere da qualsiasi altra considerazione – essere considerato «contratto di durata», categoria «trasversale» che

---

41 HAUSER, op. cit. nota (4) pag. 198.

42 Sentenza TAS 91/95 del 31 marzo 1992 in re W.G. c. S. SA, pag. 12 seg., 12 (in Recueil TAS 1993, pag. 11). RAVI, op. cit. nota (34), pag. 12 seg. Contra: DTF del 6. Gennaio 1984 (cfr. nota (14)) che afferma che nella fattispecie considerata «nel contratto fra la K. e i corridori non può che essere ravvisato un mandato (cfr. art. 395 cpv. 2 CO)». Va tuttavia ricordato che il problema sottoposto al TFA non era tanto quello della precisa qualifica giuridica del rapporto nell'ottica della sua durata, bensì solo di sapere se lo sponsorizzato era da considerare «dipendente» o «indipendente» ai sensi della LAVS: il TF decise a favore della seconda ipotesi.

accomuna vari contratti nominati e innominati e ormai generalmente accettata nell'ordine giuridico svizzero benché non codificata come tale[43].

Ne discende in particolare che le parti potranno porre fine al contratto prima del termine pattuito solo in presenza di gravi motivi quali «la survenance de circonstances imprévisibles rendant intolérable la continuation des rapports contractuels, tantôt dans une rupture de la confiance nécessaire à la bonne exécution du contrat ou dans le danger que le but du contrat ne puisse être atteint vu le comportement de l'une des parties (...)»[44].

3.1.6 Contratto «sui generis»

Si considera quindi che il contratto di sponsorizzazione abbia caratteristiche a tal punto peculiari da rendere improponibile la sua sussunzione integrale sotto l'uno o l'altro dei contratti nominati; è conseguentemente un contratto sui generis che raggruppa, unitamente a pattuizioni caratteristiche, elementi specifici di diversi tipi di contratti di cui alcuni sono «nominati» (ad esempio, il mandato) e altri non lo sono (contratti «innominati», ad esempio il contratto di licenza).

Nel contratto di sponsorizzazione si trovano in effetti elementi riconducibili segnatamente alle seguenti forme contrattuali, le corrispondenti norme del CO – o principi giurisprudenziali – dovendo applicarsi in via analogetica:

a) il *contratto d'affitto* (art. 275 cpv. 1 CO), in quanto le prestazioni che abbiamo qualificato di «affissione» corrispondono alla cessione e al godimento contro pagamento di determinati spazi (vetture, scafo, casco, fascia, tuta) per un certo tempo;
b) il *comodato* (art. 305ss CO) per quanto concerne il materiale messo a disposizione dello sponsorizzato da parte dello sponsor, nella misura in cui ciò avviene a titolo «gratuito»;
c) la *donazione* (art. 239 CO), soprattutto in quei casi che si avvicinano al mecenatismo, dato che le prestazioni dello «sponsor» avvengono allora in tutto o in parte a titolo gratuito;
d) in genere il contratto di *mandato* (art. 394 CO) in quanto, come appena detto, lo sponsorizzato si impegna in genere a prestare un certo numero di servizi;

---

[43] Vedere in particolare Ivan CHERPILLOD, *La fin des contrats du durée*; RAPP, op. cit. nota (13), pag. 199 e HAUSER, op. cit. nota (4), pag. 313.

[44] Sentenza TAS, op. cit nota (42), pag. 14.

e) il contratto di *licenza* (contratto innominato), per quanto concerne la concessione allo sponsor del diritto d'uso del nome, dell'immagine, dei marchi o di altri beni immateriali tutelabili dello sponsorizzato;
f) il *contratto di agenzia* (art. 418a cpv. 1 CO) – il quale è del resto una forma particolare di contratto di mandato – nella misura in cui lo sponsorizzato partecipi alla promozione dei prodotti, del nome e dell'immagine dello sponsor, quindi in definitiva all'aumento delle vendite dello sponsor stesso[45];
g) riteniamo che, per i motivi già menzionati, vi siano talvolta – nel rapporto tra lo sponsor e lo sponsorizzato – degli elementi che rinviano alla *società semplice* (art. 530 CO);
h) si è visto, infine, che il contratto di sponsorizzazione deve essere considerato un *contratto di durata.*

3.2 Germania

La dottrina tedesca ricerca all'interno dei contratti nominati le soluzioni a tutte le conseguenze giuridiche del contratto di sponsoring. Se nel caso concreto sono quindi riscontrabili, in tutto o in parte, caratteristiche presenti in un contratto nominato, vengono applicate tali disposizioni. Nel caso in cui ciò non fosse invece possibile o idoneo, tenuto conto delle circostanze e della volontà presumibile delle parti, si fa capo alle disposizioni generali del diritto obbligazionario[46]. Dottrina e prassi tedesche (come del resto quelle degli altri Paesi qui esaminati) sono peraltro giunte a conclusioni non dissimili da quelle dominanti nel nostro paese[47].

a) La normativa sulla *locazione o l'affitto* può essere applicabile nel caso in cui lo sponsor metta a disposizione locali, macchine, veicoli o mezzi in generale allo sponsorizzato. In questo caso, diritti e obblighi delle parti sono regolati in particolare da §§ 535 seg. BGB[48].
b) Essendo il «Dienstvertrag» (contratto di servizi) (§§ 611 seg. BGB), una struttura assai duttile in diritto tedesco, tale normativa si applica a tutti gli aspetti in cui, al pagamento di un corrispettivo, fa riscontro la prestazione di un servizio[49].

---

45 In questo senso, RAPP, op. cit. nota (13), pag. 200.
46 BRUHN/MEHLINGER, op. cit. nota (4), pag. 62.
47 Si veda, in proposito, ibid., passim e la breve analisi in SCHMIKE, op. cit. nota (23), pag. 186 seg.
48 Ibid., pag. 66.
49 Ibid., pag. 68.

c) Diversamente dalla Svizzera – e forse a causa dell'esistenza del più specifico «Dienstvertrag» – il contratto di *mandato* (§§ 662 seg. BGB) non viene considerato pertinente nell'ambito dello sponsoring dalla dottrina tedesca, per la sua natura non sinallagmatica[50].

d) Il *contratto di lavoro* non viene considerato quale strumento per la valutazione dei diritti e doveri nell'ambito di un contratto di sponsorizzazione[51]. Diverso è il caso dei cosiddetti «secondments», in cui dipendenti dello sponsor vengono distaccati presso lo sponsorizzato per svolgere attività afferenti al contratto. Inoltre, anche se la dottrina è silente in proposito, si deve comunque ritenere che i casi evocati in ambito svizzero darebbero anch'essi luogo all'applicabilità delle norme del contratto di lavoro.

e) La dottrina tedesca è molto più restrittiva di quella svizzera nel riconoscere l'esistenza di *componenti societarie* (§ 705 BGB) nel contratto di sponsoring. Pur sottolineando l'esistenza di un sinallagma fondamentale e caratterizzante del rapporto, non viene escluso che vi possano essere rinvenute componenti legate al perseguimento di un fine comune. Tuttavia, tali componenti devono essere chiaramente menzionate come tali nel contratto, ciò che dovrebbe invero costituire l'eccezione. In sostanza, la dottrina tedesca ritiene che il contratto di sponsorizzazione sia del tutto dominato dalla componente contrattuale-sinallagmatica e che sia irrilevante, in tale contesto, che per inverare obiettivi finali dissimili (ancorché non antitetici) sia possibile una indiretta (o comunque parziale o transitoria) concordanza di metodi o di obiettivi.

In sostanza, anche la dottrina tedesca è giunta alla (in sé ovvia) conclusione che non è ritrovabile alcun contratto nominato cui perfettamente sussumere il contratto di sponsorizzazione, che si configura quindi quale «Vertrag eigener Art» (§305, 241 BGB). Ad esso sono applicabili talune norme dei contratti nominati e le norme della parte generale del cosiddetto «Schuldrecht über Leistungsstörungen», che racchiude una serie di ulteriori categorie, la cui trattazione supererebbe di molto i limiti di questo contributo generale[52]. Resta ancora da precisare, con riferimento alla questione della durata dello sponsoring (e conseguentemente della possibilità di rescissione), che anche la dottrina tedesca lo inserisce tra i contratti di durata («Dauerschuldverhältnisse»), considerando che esso non possa essere rescisso in ogni tem-

[50] Ibid., pag. 71.

[51] SCHMIKE, op. cit. nota (23), pag. 3 seg.; BRUHN/MEHLINGER, op. cit. nota (4), pag. 69 seg.

[52] Cfr. ibid., pag. 72 seg.

po alla libera discrezione delle parti, ma riconoscendo un diritto di rescissione anticipata in caso di inadempimento qualificato e di violazioni di obblighi contrattuali accessori o impliciti («Nebenpflichten»)[53].

3.3 Italia

Pure in Italia la dottrina propende verso la qualificazione del contratto di sponsorizzazione quale contratto atipico, anche se ciò lascia intatto il problema della sua disciplina normativa[54]. Analogamente ad altri contesti nazionali, occorre cercare di ricondurre lo sponsoring a figure negoziali tipiche.

a) Viene sostanzialmente esclusa la riconducibilità del contratto di sponsorizzazione a quello di *locazione*, se non per quanto riguarda la locazione di spazi (cartelloni pubblicitari, spazi sull'abbigliamento di gara)[55].
b) Analogamente, la dottrina italiana non sembra rinvenire punti di contatto tra lo sponsoring e il contratto di *vendita*, in particolare in assenza nello sponsoring della caratteristica essenziale della compravendita (lo scambio di proprietà di un bene contro corrispettivo)[56].
c) Trova invece migliore accoglienza in dottrina l'assimilazione dello sponsoring al contratto di *appalto* di servizi (art. 1655 CCiv)[57]. Si ritiene, in sostanza, che configurerebbe prestazioni di servizi ai sensi della predetta norma l'apparato organizzativo e logistico che lo sponsorizzato mette in campo per la diffusione e per la promozione del nome, del marchio e/o dei prodotti dello sponsor. Parte della dottrina, tuttavia, critica questa impostazione, rilevando che nel caso della sponsorizzazione non vi sia, ovviamente e a differenza del caso dell'appalto di servizi, un'obbligazione di risultato, ma solo di diligente esecuzione; viene inoltre cor-

---

53 Cfr. infra, 4.2; cfr. ibid., pag. 79 seg.: si vedano, in proposito, le pag. 82 e seg. con una breve analisi delle violazioni contrattuali («Leistungsstörungen») nell'ambito dei contratti di sponsorizzazione.

54 DASSI, op. cit. nota (2), pag. 44. Cfr. anche ELESTICI, op. cit. nota (9), pag. 197 seg., con un interessante excursus sulle posizioni dottrinali quo alle modalità di tipizzazione di forme atipiche.

55 Ibid., pag. 203.

56 Ibid.

57 Ibid., pag. 200.

rettamente evidenziato che l'obiettivo dello sponsorizzato nulla ha che vedere con il servizio da prestarsi allo sponsor[58].

d) Altri autori propendono per un'assimilazione dello sponsoring a una forma di contratto *associativo*[59], in particolare a causa dell'indubbio elemento fiduciario inerente al rapporto, a una sorta di interrelazione organica tra l'immagine dello sponsor e l'attività dello sponsorizzato e a una comunanza a livello di interessi perseguiti. Una tesi tendenzialmente contestata per i motivi già addotti in questa sede[60]: vi è comunque da notare che la dottrina italiana non nega l'esistenza di un'«affectio societatis» pur riconoscendo la natura fondamentalmente sinallagmatica del contratto di sponsorizzazione.

e) *Merchandising*

Alcuni autori italiani[61] hanno recentemente osservato che lo sponsoring contiene spesso elementi appartenenti a quello che si suole oggi chiamare il contratto di *merchandising* (contratto innominato), nel quale il titolare di un marchio o di una «immagine» (in casu lo sponsorizzato) concede ad un imprenditore (lo sponsor) il diritto d'uso su prodotti di natura notevolmente diversa da quelli per i quali il marchio è noto: per gli stessi motivi, ciò vale anche in ambito svizzero.

Non può a questo punto stupire che la più recente dottrina italiana concluda che «non è sostenibile l'applicabilità al contratto di sponsorizzazione della disciplina prevista dal legislatore per alcune figure contrattuali tipiche»[62] e che, quindi, lo sponsoring debba essere qualificato come contratto atipico, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive (contratto sinallagmatico)[63], accentuando quindi la natura commerciale (promozionale) del rapporto e il suo aspetto «aziendalistico»[64]. In diritto italiano ciò conduce all'applicazione delle norme generali sul diritto delle obbligazioni. Il fenomeno dello sponsoring

---

[58] Cfr. VIDIRI, op. cit. nota (28), pag. 423; G. V. BRIANTE/G. SAVORANI, «Il fenomeno «sponsorizzazione» nella dottrina, nella giurisprudenza e nella contrattualistica», *Dir. Inf.* 1990, pag. 633-651, Pag. 645.

[59] Cfr. ELESTICI, op. cit. nota (9), pag. 202.

[60] Supra, 3.1.3. Cfr. DASSI, op. cit. nota (2), pag. 50 che, pur non sottacendo potenziali affinità, tendenzialmente negano la possibilità di un'assimilazione pura e semplice tra le due forme.

[61] DASSI, op. cit. nota (2), pag. 78; Maria VITA DE GIORGI, «Sponsorizzazione e mecenatismo», in: *Le sponsorizzazioni*, Padova 1988, pag. 170 seg.; VIDIRI, op. cit. nota (28), pag. 434.

[62] ELESTICI, op. cit. nota (9), pag. 204.

[63] Ibid.

[64] Ibid., pag. 194, con rinvii alla dottrina.

essendo ormai radicato nella realtà economica, la sua funzione (e quindi diritti e obblighi assunti dalle parti in tale contesto) sono del tutto meritevoli di tutela giuridica, premessa irrinunciabile in diritto italiano per la validità di contratti atipici[65].

4. CONSEGUENZE E CONCLUSIONI

4.1 In generale

Come è stato possibile evidenziare in questa breve analisi comparativa, vi è un consensus sul fatto che il contratto di sponsorizzazione (i) è un contratto sufficientemente individualizzato e specifico da poter costituire una categoria a sé stante; (ii) è un contratto «sui generis», che riunisce forme contrattuali diverse; (iii) è un contratto sinallagmatico, in cui vi è scambio paritetico di prestazioni fra le due parti; e (iv) è un contratto di durata.

In virtù del principio della libertà contrattuale, nei limiti di quanto consentito dalla normativa vigente, le parti regolano liberamente i propri rapporti. La soluzione ad ogni problema deve di conseguenza essere in primo luogo ricercata nel testo del contratto stesso (se una tale soluzione è stata prevista), da interpretarsi tenendo conto della reale o obiettivabile intenzione dei contraenti (quello che in Svizzera viene definito il principio dell'affidamento). Avviene tuttavia che talune questioni non siano state regolate dalle parti o che esse lo siano state in maniera contraria a norme imperative della legge o in modo operativamente impraticabile.

Secondo i principi generali del diritto delle obbligazioni, in assenza di una norma scritta, univoca o praticabile, di fronte ad un contratto misto è necessario ricercare per ognuno dei problemi considerati quale dei tipi di contratto contenga la norma – e quindi la soluzione – più appropriata ed equa, considerate le caratteristiche, le finalità, l'equilibrio del contratto e la presumibile volontà delle parti.

La questione è spesso delicata e, in questa sede, ci si contenterà di alcune osservazioni. Numerosi problemi possono in effetti presentarsi, tra i quali si possono citare (per rilevanza economica e per rischio effettivo) la responsabilità in caso di danni causati a terzi, la violazione di norme amministrative (per esempio la legislazione anti-tabacco), le problematiche fiscali (ad esempio eventuali obblighi di trattenuta alla fonte a carico dello sponsor, ecc.).

---

[65] Ibid., pag. 204 seg. con rinvii.

Questi esempi sono deliberatamente scelti in ambiti in piena evoluzione che quindi sollevano problemi per lo più raramente previsti – e quindi regolati – dalle parti.

4.2 Alcuni problemi specifici

4.2.1 Obblighi impliciti dello sponsorizzato

Lo sponsorizzato trascura spesso il fatto che il contratto di sponsorizzazione non si limita all'incasso da parte sua di una più o meno cospicua somma di denaro contro la messa a disposizione di alcuni spazi sul proprio abbigliamento da gara e qualche sporadica partecipazione ad eventi promozionali. In realtà, anche se ciò non è espressamente previsto nel contratto, esistono a carico dello sponsorizzato diversi obblighi che chiameremo «impliciti» in quanto discendono dalla natura stessa dei rapporti. Ci limiteremo in questa sede a menzionarne due:

a) l'obbligo di *fedeltà e di diligenza* nei confronti dello sponsor, che deriva dal principio generale della buona fede che governa ogni ordinamento giuridico e che esiste in modo accentuato nella fattispecie, data la innegabile e precipua componente fiduciaria (nel senso di «Vertrauen» e non di «Treuhand») e di mandato della relazione. Questo obbligo di fedeltà e di diligenza significa altresì che – anche se non è tenuto ad ottenere un risultato – lo sponsorizzato dovrà sempre dedicare alla propria attività quell'impegno e quegli sforzi volitivi e tecnici che si possono normalmente attendere da lui, tenuto conto del livello al quale egli esercita la propria attività, della sua notorietà e forse anche dell'importanza del corrispettivo percepito[66].

Si può citare al riguardo l'episodio del noto calciatore tedesco il quale, pur sponsorizzato dalla BMW, dichiarava di preferire – e utilizzava – una Mercedes; o la squadra che, senza attendere la scadenza di un contratto di sponsorizzazione in corso, vantava già i meriti dello sponsor successivo, noto concorrente di quello attuale[67].

In questo senso, può apparire discutibile la sentenza del TAS già citata[68], nella quale veniva in sostanza deciso che l'atleta, sponsorizzato nell'ambito della sua attività di lanciatore di peso da una multinazionale

[66] Art. 398, 321e cpv. 2 CO; per il diritto italiano, cfr. VIDIRI, op. cit. nota (28), pag. 432.
[67] Esempi citati da VIDIRI, op. cit. nota (28), pag. 432 seg.
[68] Cfr. nota (42).

dell'equipaggiamento sportivo, non commetteva violazione contrattuale accettando la sponsorizzazione di un diretto concorrente del predetto sponsor nell'ambito del suo (parallelo) impegno quale componente di una squadra di bob.

b) *L'obbligo di rispettare tutte le normative* (segnatamente non statuali, quali i regolamenti delle varie federazioni) applicabili all'attività sportiva considerata. Ovviamente, non ogni infrazione ai regolamenti può essere considerata una violazione del contratto di sponsorizzazione. Ad esempio, non potrà in linea di principio essere ritenuto inadempiente un giocatore di calcio che viene espulso dalla partita. Si può invece affermare che potrà essere ritenuta violazione – anche grave – del contratto di sponsorizzazione il mancato rispetto di norme applicabili all'attività considerata (che esse siano federative o di qualunque altro tipo) che abbiano importanza fondamentale e la cui violazione possa arrecare un importante pregiudizio allo sponsor, tenuto conto delle particolari finalità del contratto considerato. Anche se il limite è difficile da stabilire, si può a nostro avviso citare, a titolo esemplificativo, il consumo di sostanze proibite da parte dello sponsorizzato (doping). La storia più o meno recente offre esempi diversi: i velocisti Ben Johnson o Kathrin Krabbe, il calciatore Diego Maradona[69]. Nel caso dello snowboarder Ross Rebagliati ai Giochi Olimpici di Nagano, trovato positivo (tracce di marijuana) a un controllo dopo aver ottenuto la medaglia d'oro, il successivo ritiro della sanzione (per l'apparente non violazione delle norme sportive) rende necessario un approccio più sfumato; vi è infatti da chiedersi se sia necessaria la violazione di una norma (in specie, di un regolamento sportivo) oppure se basti che il comportamento dello sportivo possa obiettivamente recare pregiudizio allo sponsor.

Come tutte le altre ipotesi di inadempimento del contratto, la violazione dei suddetti obblighi contrattuali «impliciti» (che possono naturalmente anche essere previsti nel contratto) pone il delicato problema della rescissione anticipata del rapporto e della responsabilità per i danni causati.

[69] Nello stesso senso, ritenendo al riguardo determinante il fatto che tali comportamenti siano «capaci di appannare l'immagine dello sponsor e deteriorarne la fama presso il pubblico», VIDIRI, op. cit. nota (28), pag. 432.

4.2.3 Determinazione del danno

Si è fatto più volte riferimento all'inadempimento contrattuale o alla disdetta intempestiva. Come in altri campi, e forse di più, il problema della determinazione del danno è di non facile soluzione nel caso dello sponsoring. E' in generale in effetti molto difficile quantificare e provare il danno, nonché dimostrare l'esistenza di un nesso adeguato di causalità tra il danno e il fatto imputato. Questa difficoltà è dovuta segnatamente alla durata del rapporto, nonché al carattere spesso immateriale e differito dei frutti che lo sponsor spera di raccogliere, per non parlare di fattori altamente aleatori quali i risultati futuri che lo sponsorizzato avrebbe realizzato, e della conseguente «audience» di cui lo sponsor avrebbe beneficiato con il risultante «ritorno» a suo favore.

Non esistono soluzioni a tali difficoltà, se non ricordando che l'art. 42 cpv. 2 del CO, se opportunamente applicato, offre al Giudice un'adeguata base legale per la fissazione dei danni anche se essi non sono – o non possono essere – matematicamente calcolati e provati.

4.2.3 Rescissione del contratto

Il problema si pone in modo particolare in tre ipotesi: (a) quella in cui esista un inadempimento contrattuale, (b) in presenta di cosiddetti «motivi gravi» e (c) quella in cui, in assenza di inadempimento e di causa grave, la durata del contratto non sia stata stipulata (contratto di durata indeterminata).

a) *Inadempimento contrattuale*: Di fronte ad una violazione del contratto, la parte che ne è vittima ricorrerà alle disposizioni generali del diritto delle obbligazioni. Un termine congruo (che dipende dalle circostanze) verrà fissato alla parte inadempiente per conformarsi al contratto. A difetto, il contratto potrà essere rescisso (in Svizzera, in base all'art. 107 cpv. 2 CO). Trattandosi di un rapporto di durata, il contratto prende fine ex nunc, ovverosia dal momento in cui il creditore della prestazione deciderà di porvi termine.

b) *Motivi gravi*: Esempi potrebbero essere l'annullamento di un campionato o la proibizione di effettuare qualsiasi forma di pubblicità in un determinato settore merceologico, tipicamente l'alcool o il tabacco, per uno sponsor che cerca di promuovere tali prodotti. In questi casi si potrà in linea di principio invocare la teoria dei motivi gravi («justes motifs») che permette eccezionalmente, in presenza di un contratto di durata, di rescindere il rapporto (ciò varrebbe peraltro anche in caso di durata più

lunga prevista contrattualmente) e a prescindere da un ipotetico inadempimento[70]. L'azione per danni rimane naturalmente riservata nel caso in cui i «motivi gravi» siano imputabili ad una delle parti.

c) *Contratto di durata indeterminata*: In tale ipotesi, si pone il problema delicato, e spesso di fondamentale importanza, di stabilire con quale termine di preavviso il contratto possa essere rescisso. Si potrebbe sostenere che in questo caso debba prevalere la «componente mandato» del rapporto (in Svizzera, con la conseguente applicabilità dell'art. 404 cpv. 1 CO, e quindi il diritto di rescindere il contratto in ogni momento, con effetto immediato). Tenuto conto della natura dei rapporti, come si è detto, questa tesi non è evidentemente soddisfacente[71]. Essa trascura in effetti la situazione dello sponsorizzato che rischia, durante il campionato o addirittura durante una competizione, di trovarsi improvvisamente privo dei necessari finanziamenti o addirittura del materiale indispensabile per svolgere la propria attività. Si pensi ad esempio a Pierre Fehlmann al quale Philip Morris, dopo avergli notificato la fine del rapporto di sponsorizzazione, avesse chiesto la restituzione immediata dello yacht «Merit Cup» con il quale Fehlmann stava partecipando alla regata attorno al mondo. Questa impostazione trascura d'altra parte anche gli interessi dello sponsor, il quale investe rilevanti somme e sforzi nella prospettiva di campagne che solitamente possono generare benefici a livello di immagine solo dopo un certo periodo di tempo. I frutti di una sponsorizzazione si raccolgono infatti in genere solo dopo diversi anni di «associazione»[72].

Una prima soluzione potrebbe essere di considerare che, fermo restando il diritto di rescindere il contratto con effetto immediato, in ambito svizzero si può fare capo al concetto di «disdetta intempestiva» previsto all'art. 404 cpv. 2 CO, con la conseguente possibilità di chiedere alla parte responsabile il risarcimento dei derivanti danni[73].

Per quanto ci concerne, e sempre riferendoci alla normativa elvetica, preferiamo continuare a ritenere non applicabili le disposizioni sul mandato,

---

[70] PETER, op. cit. nota (30), pag. 140.

[71] Nello stesso senso, RAPP, op. cit. nota (13), pag. 199.

[72] PETER, op. cit. nota (30), pag. 139. Nello stesso senso, sentenza TAS del 31.03.1992, op. cit. nota (42), pag. 12 a 14. C. VERDE (Il contratto di sponsorizzazione, Napoli 1989, p. 145) ritiene tre anni il termine di durata ottimale: se ciò può essere vero in gran parte dei casi, riteniamo incauto far assurgere questa durata a regola generale per tutti i rapporti.

[73] In una misura tuttavia solo limitata, essendo allora escluso il risarcimento del «lucrum cessans»; RAPP, op. cit. nota (13), pag. 199.

e a considerare soluzioni più congeniali alla natura dello sponsoring le disposizioni del CO sul contratto di agenzia (art. 418a ss, in particolare 418q CO) o, preferibilmente, quelle sulla società semplice. Si potrà quindi porre fine al rapporto con preavviso di non meno di 6 mesi (art. 546 cpv. 1 CO), riservato il fatto che la disdetta deve «essere data in buona fede e non intempestivamente» (art. 546 cpv. 2 CO) e l'esistenza di eventuali «motivi gravi» (art. 545 cpv. 2 CO).

A propos des conventions exclusives de la responsabilité*

Gilles PETITPIERRE

INTRODUCTION

La publication de l'avant-projet de partie générale du droit de la responsabilité civile dans sa teneur de 1997 est une invitation à se pencher sur les innovations qu'il apporte, dans les principes et dans le détail de la réglementation. Pour les comprendre et les apprécier correctement, il s'impose de faire d'abord le point des solutions, des lacunes, et des difficultés actuelles. Grâce au volume offert au Professeur Schmidlin, j'aimerais tenter de réesquisser le cadre général de cette convention particulière dans laquelle un sujet de droit exclut tout ou partie de sa responsabilité envers son cocontractant (I) et de risquer un premier bilan, abstrait, de l'apport de la solution exprimée par l'article 54 (dont la teneur figure sous II ci-dessous) de l'avant-projet (II).

J'y ajouterai la suggestion au législateur (III) de régler, sans attendre la fin de la procédure de la révision d'ensemble, une question particulière, celle de la limitation de l'exclusion de la responsabilité du fait des auxiliaires.

I. CADRE GÉNÉRAL

A. L'expression de «convention exclusive de la responsabilité» apparaît à l'article 100 du CO, dans le cadre de l'«étendue de la réparation» (art. 99 CO). Indépendamment de cet article 100, l'expression a, dans le langage courant, une portée plus générale. Elle signifie que, d'une façon ou d'une autre, le bénéficiaire de l'exclusion entend ne pas assumer envers l'autre partie de responsabilité dans telle ou telle situation. La clause veut ainsi modifier la situation juridique qui résulterait, sans son adoption dans la convention, des

* Messieurs Marc MOUNIER et Giuseppe DONATIELLO, assistants, ont bien voulu m'aider à préparer ce texte. Qu'ils en soient remerciés.

engagements assumés et/ou des règles légales applicables. Elle enlève, en quelque sorte, à la partie qui l'accepte, des avantages qui, sans elle, lui seraient reconnus en droit (cf. Lörtscher, pp. 8-9).

B. A cette finalité correspondent des **moyens** variés dont voici un sommaire.

1) Au sens strict, la convention exclusive de la responsabilité suppose que celui qui s'en prévaut remplisse par ailleurs les conditions d'une **responsabilité** comprise comme **l'obligation de réparer un préjudice** causé à l'autre partie. Le texte et la place des articles 100 et 101 CO sous-entendent que la responsabilité écartée résulterait de la violation (fautive ou imputable à un auxiliaire) d'une **obligation** (le plus souvent contractuelle). Elle peut porter en outre sur la responsabilité encourue pour un acte illicite fautif du bénéficiaire lui-même (41 CO) ou d'un auxiliaire (CO 55), ou fondée sur des règles instaurant une responsabilité causale, simple ou aggravée (cf. parmi d'autres Gauch/Schluep, n. 2810; Buol, n. 664 ss).

2) Dans tous les cas où la responsabilité serait attachée à la violation d'un **devoir juridique primaire** (obligation ou devoir général), la convention peut prévoir qu'une partie **n'**assume **pas tel devoir juridique** donné. Ainsi, à un niveau plus fondamental, la question de la responsabilité au sens étroit ne peut même pas se poser, et la possibilité d'une faute est déjà exclue du seul fait qu'elle n'aurait aucune pertinence sans référence à un comportement objectivement contraire au droit. Je parlerai désormais d'une exclusion «**improprement dite**» de la responsabilité pour ce type de situations (cf. Spiro, par. 87 et 88; Starck, n. 13 et 14; Buol, n. 581 ss, 600; Lörtscher, pp. 7-8).

3) Une troisième formule apparaît par exemple dans les relations des banques avec leurs clients: la banque met à la charge du client le dommage qu'**elle** subit du fait qu'elle a remis des valeurs du client à un tiers non légitimé et qu'elle resterait tenue de verser l'équivalent de ces valeurs au client, au titre de **l'exécution** (et non pas de la réparation d'un préjudice). Il s'agit d'une convention de **transfert d'un risque spécifique de l'activité bancaire sur le client** (cf. Bucher, pp. 97 ss, 102; Weber, pp. 85 ss, 87-88, 90). On verra qu'il importe probablement d'en faire un cas particulier de la catégorie évoquée sous N° 2 ci-dessus: suppression du devoir de restitution si les conditions d'application de la clause sont réalisées. Le TF semble considérer la question comme une extension de la catégorie N° 1 ci-dessus, au moins par analogie (ATF 112 [1986] II 450, 455).

C. Ce rappel trop sommaire n'a pas d'autre utilité que de faire ressortir la complexité de la question des **limites** posées par l'ordre juridique à la liberté des parties dans ce domaine.

1) Pour ce qui concerne la responsabilité des articles 97 et 101 alinéa 1, les articles 100 alinéa 1 et 2 et 101 alinéa 3 se fondent sur le degré de la **faute** pour tracer la frontière de l'admissible. Ils ont vocation à régir les cas de violation fautive d'un **devoir juridique** (obligation et probablement aussi **devoir général**: cf. parmi d'autres: Buol, n. 557 à 580; Spiro, par. 91, p. 346 ss; Schönle, pp. 400 à 403; ATF 107 [1981] II 161 = JT 1981, 582, 589; d'un avis différent, Werro, pp. 64 ss, 70-71; Perrin, Limitation, p. 211, *id.* Validité p. 65 ss)

2) Pour l'exclusion des responsabilités causales, le critère de la gravité de la faute n'est évidemment plus pertinent. En marge de la controverse (évoquée sous 1) ci-dessus et indirectement sous 4) ci-dessous) sur la possibilité d'exclure sa responsabilité aquilienne, il n'est pas douteux que, en fixant de cas en cas des limites différentes les unes des autres dans une série de textes le législateur a entendu ainsi laisser aux parties, **pour le surplus, la liberté d'exclure les responsabilités causales** comme telles. Cette volonté historique peut toutefois perdre tout ou partie de sa pertinence quand la multiplication de textes semblables, sinon identiques, fait apparaître peu à peu que l'exception souvent répétée ne fonde plus la règle, mais qu'elle la remplace. Les limitations figurant aux articles 87 LCR, 16 LRC, 39 LIE, 8 LRCN, 8 LFRP couvrent l'ensemble de la responsabilité instaurée par la loi concernée; l'article 16 LVF distingue le dommage corporel des «autres dommages». Il se trouve qu'implicitement c'est **l'intégrité physique** qui, dans **tous** les cas, est protégée absolument contre l'exclusion de la responsabilité, et très souvent la propriété. La technique législative utilisée ici est implicitement celle de l'**intérêt protégé** du côté de la victime potentielle et non plus la référence **au comportement** de l'auteur ou **au risque en soi**. Quand la loi est muette, il faut admettre que l'exclusion est possible, du moins sous cet angle particulier, à l'exception probable des atteintes à l'intégrité personnelle, physique et psychique, dont on admet toujours plus largement qu'elle est absolument protégée en dehors des interventions médicales (cf. par exemple Buol, n. 569). Il n'est pas possible de choisir **le** facteur pertinent sous-jacent à ces règles limitatives expresses, soit le risque accru, soit les biens protégés. En vérité, ils sont indissociables en ce que le risque amène le législateur à intervenir surtout quand la personne et, dans une mesure moindre, la propriété sont exposées. Mais, comme l'indique l'article 16 LVF ou encore l'article 3 LRCN combiné avec l'article 8 LRCN (ATF 116 [1990] II 480 = JT 1993 I 19), ce constat n'est pas toujours valable. Le développement des techniques informatiques est en outre de nature à modifier profondément les jugements de valeur sous-jacents à cette problématique.

3) L'«**exclusion improprement dite**» de la responsabilité (y compris le transfert sur autrui de la charge économique d'un dommage (cf. B. 3 ci-dessus) n'est pas soumise à des dispositions limitatives spécialisées. Il importe en conséquence de rechercher de cas en cas quelle pourrait être la règle restreignant la liberté des parties de ne pas assumer ou de supprimer un devoir juridique qui serait pertinent sans la convention.

a) L'effet d'une telle clause peut être écartée par **l'interprétation** du contrat: l'exclusion est-elle compatible avec la portée des engagements assumés par ailleurs? L'exemple souvent traité en jurisprudence d'une «assurance» du vendeur couplée avec l'exclusion de la garantie (ATF 109 [1983] II 24 = JT 1983 I 258; ATF 73 [1947] II 200 = JT 1948, 362, Giger ad art. 197 n. 36, n. 8) celui de la cohérence du comportement de la partie qui accepte de rendre un service tout en se réservant la possibilité de s'en désintéresser, illustrent ce thème. On ne peut pas à la fois s'engager et ne pas assumer le devoir correspondant (cf. Spiro, par. 87; Buol, n. 212 ss, n. 581 ss; Schönle, pp. 396-399; Perrin, Validité, pp. 71-72).

b) Le législateur peut conférer à une règle un caractère **impératif** pour exclure qu'elle soit écartée. L'article 256 CO en est un bon exemple (l'exclusion **proprement dite** de la responsabilité pour sa violation devrait être refusée si la question se posait à cette étape de l'analyse; pour une situation analogue, cf. Thévenoz, p. 24).

c) Le droit dispositif est par définition à la disposition des parties. Son élimination **systématique**, dans des conditions générales, au détriment des «clients» pourrait ne pas respecter les exigences de l'ordre public au sens de l'article 19 CO (cf. les propositions de révision de l'article 20 CO de Stockar, p. 84 ss, en relation avec les conditions générales; dans le même sens de la contrariété avec les exigences de l'ordre public, Perrin, Limitation, p. 215 ss, *id.* Validité, p. 75 ss; Schönle, p. 393 ss). Le traitement de l'**incorporation** des conditions générales est aussi une voie parallèle pour les priver de leurs effets (renvoi soit à Stauder, p. 100 ss).

d) L'appréciation en termes de **lésion** (CO 21) devrait plus souvent qu'on ne le trouve dans la jurisprudence apporter ici ou là une solution satisfaisante.

e) Reste enfin le caractère illicite ou immoral de la **renonciation** à un droit ou à un intérêt protégé par le droit, soit l'exclusion correspondante d'un devoir du cocontractant.

f) Pour la **libération** du débiteur qui «exécute» entre les mains d'un tiers non légitimé, les possibilités offertes par l'article 156 CO applicables à la condition résolutoire et à la condition suspensive par analogie n'ont pas été

encore épuisées. Leur analyse dépasserait toutefois le cadre de cette contribution.

4) A cette question se trouve souvent liée celle de **l'extension à un devoir général de la renonciation à une obligation** (Perrin, Validité, p. 65 ss, *id.* Limitation, p. 211; nuancée Buol, n. 563 ss, 569). L'analyse est difficile du fait que l'on parle généralement de l'exclusion de la **responsabilité** sans distinguer si c'est le **devoir objectif** (obligation ou devoir général) qui est écarté alors que la responsabilité est liée dans ce contexte à la **faute** qui s'ajoute à la violation (objective) d'un devoir juridique, ou la **responsabilité** au sens strict. Il n'est pas contesté que le consentement (conforme à la loi ou aux bonnes moeurs) rend licite une atteinte en principe illicite. Le consentement à une intervention chirurgicale, la renonciation du bailleur au plein exercice du droit de propriété, l'abandon par le donateur de la propriété elle-même, etc. (cf. CO 44 et Brehm n. 6 ad art. 44 CO).

On s'approche ici des remarques faites plus haut sous C. 2 portant sur la protection particulière de certains biens comme l'intégrité de la personne ou la propriété: le critère déterminant devient la **valeur particulière** donnée en droit au bien en cause.

II. L'AVANT-PROJET

A. Ce cadre ainsi rappelé, revenons à l'art. 54 de l'avant-projet qui est le prétexte de ces lignes.

K. Conventions restrictives de responsabilité
1. Exclusion ou limitation

Art. 54 [1]Toute convention excluant ou limitant par avance la responsabilité pour une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne ou pour une atteinte à l'environnement est nulle.

[2]S'agissant d'autres atteintes, une telle convention est également nulle lorsque:
1. L'auteur du dommage a commis une faute grave;
2. La personne lésée se trouve au service de la personne responsable;
3. La responsabilité découle d'une activité soumise à autorisation concédée par l'autorité;
4. La clause figure dans des conditions générales préimprimées.

Cet article doit **remplacer** si j'ai bien compris l'intention des auteurs du projet, les articles 100 al. 1 et 2 et 101 al. 3. Il **déplace** aussi le siège de la matière: des «effets de l'inexécution des obligations» (titre II chap. II) la règle passe dans la partie générale de la responsabilité civile (titre I chap. II). Il s'applique à la violation «d'obligations contractuelles» par l'effet du renvoi de l'article 2 de l'avant-projet:

B. Champ d'application
I. Responsabilité entre cocontractants

Art. 2 Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aussi aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle; sont réservées les dispositions qui régissent la responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise, ainsi que les dispositions spécifiques à certaines espèces de contrats instituant un régime de responsabilité plus favorable à la personne lésée.

Il vise ainsi au moins le dommage qui **ne résulte pas** «de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise» par le débiteur.

(Doit-on en conclure que l'avant-projet propose deux réglementations de l'exclusion de la responsabilité résultant de la violation d'une obligation contractuelle: les articles 100 et 101 qui restent applicables à l'inexécution et au retard d'une part, l'art. 54 qui vise la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité pour violation **d'autres devoirs contractuels** d'autre part: L'art. 13 al. 2 de l'avant-projet dispose:

II. Illicéité
1. Définition

Art. 13 [2]Lorsque le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne, celui-ci est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel.

Le renvoi de l'art. 99 dans la version de l'avant-projet précise:

Art. 99 CO [3]Les règles de la Partie générale du droit de la responsabilité civile relatives au dommage, au rapport de causalité ainsi qu'à la fixation de la réparation et aux conventions restrictives de responsabilité s'appliquent aussi aux effets de la violation d'une obligation contractuelle.

L'art. 54 ne porte-t-il, par conséquent, que sur la responsabilité extracontractuelle et la violation positive du contrat ou faut-il aussi inclure l'inexécution et l'exécution tardive dans le champ de l'art. 99 al. 3 nouveau et dans celui de l'art. 54?)

Ainsi la violation positive d'un contrat sera-t-elle soumise aux règles de la nouvelle responsabilité délictuelle (voir Wessner, p. 20).

Même s'il se confirmait que l'art. 54 remplace intégralement les articles 100 al. 1 et 2 et 101 al. 3 et s'applique également à l'inexécution proprement dite de la prestation et à son retard, la problématique controversée en droit

actuel des effets sur la responsabilité extracontractuelle de l'exclusion conventionnelle de la responsabilité ne serait pas clairement résolue pour autant puisque deux types de responsabilités pour la violation d'une obligation (inexécution et violation positive) restent en concurrence, sinon en concours au sens usuel, et qu'on sera bien obligé de se demander, par interprétation, quelle est la portée éventuelle d'une exclusion de la responsabilité sur l'autre type de responsabilité. La distinction, apparemment féconde, des obligations principales et des obligations accessoires, de l'inexécution par opposition à la violation positive du contrat ne conduit pas nécessairement très loin en vérité. La réserve des «dispositions spécifiques à certaines espèces de contrat instituant un régime de responsabilité plus favorable à la personne lésée» (art. 2 de l'avant-projet in fine) soulève le même type de questions dans la mesure ou par exemple la garantie du vendeur couvre, le cas échéant, une violation positive du contrat à l'article 208 al. 2 et 3: il n'en faudra pas moins déterminer sa portée en matière «extracontractuelle» selon la nouvelle construction.

(N.B. C'est une autre question que je ne peux pas développer ici de déterminer si l'exclusion de la garantie pour les défauts ou de la garantie en cas d'éviction doit être comprise comme un refus de s'engager sur la qualité ou sur le transfert de la propriété de la chose ou si au contraire il s'agit d'une exclusion proprement dite de la responsabilité, Starck [p. 158 no 16 ss] opte pour la seconde solution en droit français du fait que l'exonération est sans effet en cas de dol ou de faute lourde: c'est la preuve que l'obligation existe. La solution est moins claire en droit suisse du fait que les articles 192 al. 3 et 199 sanctionnent le dol lors de l'introduction de la clause exclusive dans le contrat et non pas la violation après coup d'une obligation contractuelle).

B. 1) Pour ce qui est de son contenu, l'article 54 AP recourt à cinq moyens techniques pour étendre, dans le sens de la restriction, le champ couvert par les articles 100 al. 1 et 2 et 101 al. 3 actuels. Il reprend les trois critères de ces dernières dispositions et en ajoute deux:

a) **l'objet de la lésion**: la vie et l'intégrité physique et psychique ainsi que l'environnement sont protégés en toute hypothèse (al. 1er):

b) le **mode d'introduction dans le contrat** de la clause d'exclusion, soit les conditions générales, la disqualifie (cf. Perrin et Schönle, p. 403, qui parviennent au même résultat par une autre voie, celle de la contrariété avec l'ordre public, cf. C, 3, c ci-dessus).

La référence à la faute, la relation des parties au moment de la conclusion, la soumission à autorisation de l'activité pertinente sont reprises sans changements substantiels.

Ainsi l'article 54 AP introduit-il de nouvelles restrictions par le biais de l'intérêt protégé (l'intégrité personnelle et l'environnement) d'une part, par le

biais du mode d'intégration de la clause exclusive dans le contrat (les conditions générales) d'autre part. La combinaison de ces critères nouveaux avec les critères classiques des articles 100 alinéas 1 et 2 et 101 alinéa 3 laisse ouvertes relativement peu de lacunes choquantes et va dans le sens du courant doctrinal majoritaire (voir Gauch, p. 326).

2) L'absence de toute référence spécifique aux **dommages causés par un auxiliaire** au sens de l'article 101 alinéa 1er appelle, à mon sens, les observations qui suivent. La reprise, aux chiffres 2 et 3 de l'article 54, des critères de l'article 101 alinéa 3 (qui n'autorise dans ce cadre l'exclusion qu'en cas de faute **légère** de l'auxiliaire) sans référence à la faute traduit la volonté d'abandonner ce dernier critère. Cela signifie que, dans le système de l'article 54, l'exclusion de la responsabilité pour n'importe quel fait d'un auxiliaire quel que soit le degré de la faute de ce dernier est possible, pour autant qu'aucun des autres critères de l'article 54 ne soit réalisé. Cela signifie aussi que la règle de l'article 101 alinéa 3 est non seulement reprise, mais durcie en ce que même la faute légère de l'auxiliaire ne peut pas ouvrir l'exclusion de la responsabilité quand le créancier est au service du débiteur ou quand la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité. C'est dire, parallèlement, que dans les (rares?) hypothèses non couvertes par l'article 54 la responsabilité du fait des auxiliaires peut être encore totalement exclue.

III. UNE RÉVISION PARTIELLE ANTICIPÉE

Il y a des décennies déjà que la doctrine la plus autorisée émet des doutes sur les possibilités ouvertes par l'alinéa 3 de l'article 101 (cf. en particulier incidemment Yung, Responsabilité, p. 319, voir aussi *id.*, Renonciation, p. 151). Le développement de la complexité de l'organisation des entreprises modernes, d'une part, celui des activités automatisées et informatisées, d'autre part, appelle une double réaction si l'on ne veut pas voir la responsabilité civile se retirer d'un domaine important des activités humaines. L'avant-projet s'en est soucié en introduisant l'article 21 qui exprime la substance de la jurisprudence inaugurée par l'ATF 110 (1985) II 456 (= JT 1985 I 378).

En droit actuel, l'automatisation et l'informatisation en revanche, probablement couvertes par l'article 21 AP, permettent à l'entrepreneur d'exclure sa responsabilité **même dans la situation de l'article 101 alinéa 3** dans la mesure où il n'y a plus à proprement parler d'auxiliaires au sens personnel du terme et partant pas de faute pertinente (voir à ce propos Spiro, par. 97,

p. 366, par. 48 p. 209; Buol, p. 313 et ss, 316, avec des références nombreuses; Yung, cité ci-dessus; Stockar, p. 19 et ss dans l'optique des conditions générales; Bucher, p. 100 et ss; ATF 112 [1986] II 450, 456).

C'est pourquoi, indépendamment de la révision totale, le temps est venu de modifier les alinéas 2 et 3 de l'article 101 sans plus attendre pour les aligner sur les règles correspondantes de l'article 100: la **faute grave** de l'auxiliaire engagerait **impérativement** la responsabilité de celui qui lui a confié l'exécution d'une obligation ou l'exercice d'un droit. L'exclusion **ne** porterait **que** sur les suites de la **faute légère** de l'auxiliaire **avec les mêmes restrictions qu'à l'article 100 alinéa 2**. La réflexion nuancée du Professeur Spiro (par. 97, p. 366 ss) n'enlève rien à la pertinence de l'analyse qu'il fait de la nécessité et du bien-fondé de la responsabilité du fait des auxiliaires (par. 96, p. 364 avec des renvois aux par. 4 et 11; cf aussi, généralement: Jäggi). L'entreprise contemporaine est presque toujours le lieu de la mise en commun de capacités nombreuses et variées organisées de façon hiérarchique. La division du travail est une **condition** de son succès. Les tiers n'ont aucune possibilité d'intervention ni de contrôle dans cette organisation. La jurisprudence développée dans l'application de l'article 55 CO confirme la réalité de ces éléments et leur pertinence ainsi que la volonté de les prendre en considération. On ne peut en conséquence plus accepter le paradoxe qui s'est installé entre le durcissement de la responsabilité pour l'organisation et la liberté souvent utilisée de l'écarter entièrement parce que l'article 101 alinéa 2 le permet totalement et l'alinéa 3 partiellement (Buol, n. 315). Les auteurs cités par Buol, (n. 316), Spiro (n. 17, p. 368), les Professeurs Schönle (p. 395), Yung pour ne citer qu'eux donnent des motifs convaincants de procéder à une révision partielle et limitée, qui ne résout pas le problème général du caractère dispositif ou non de la responsabilité du fait des auxiliaires au sens de l'art. 55 CO, mais qui aura du moins le mérite d'éviter aux tribunaux de devoir recourir à d'extraordinaires acrobaties pour priver ce type de clauses de leur efficacité. Dans le mesure où la pratique assimilerait, parallèlement à ce qui est advenu pour l'art. 55 CO, la responsabilité pour «le défaut de l'organisation» à celle de l'auxiliaire, son exclusion conventionnelle ne serait plus possible non plus, en bonne logique.

Ce serait une solution encore meilleure de compléter en outre l'alinéa 2 de l'article 100 et par conséquent le nouvel alinéa 3 de l'article 101 par la référence aux conditions générales préimprimées selon le modèle de l'article 256 lit. a CO. Mais peut-être serait-ce aller trop loin dans le cadre d'une révision partielle et bien délimitée.

Le choix entre le **pouvoir d'appréciation du juge** de l'article 100 ou la règle stricte que formule l'article 101 alinéa 3 est celui de la souplesse, au prix de la sécurité, ou de la sécurité, au prix de la rigidité: c'est un classique conflit d'objectifs pertinents. En l'état des pratiques judiciaires, la sécurité devrait se voir donner la préférence en raison de la nature, du nombre et des enjeux des litiges concernés.

CONCLUSION

La diversité des moyens utilisés pour éviter conventionnellement d'assumer des devoirs juridiques «primaires» (obligation ou devoir général), les conséquences de leur violation ou encore les conséquences de normes instaurant une responsabilité causale, appelle la diversité des moyens qu'il faut mettre en oeuvre pour maintenir ces accords dans un cadre conforme aux exigences de l'équilibre approprié des intérêts compte tenu de la fréquente disparité des aptitudes (au sens le plus large) respectives des parties à négocier.

Pour limiter l'exclusion improprement dite de la responsabilité, soit la mise à l'écart des **devoirs juridiques primaires,** on s'appuiera sur l'interprétation rigoureuse de la volonté des parties, sur le caractère impératif de certaines règles, sur les règles générales comme celles visant la lésion, l'immoralité ou l'illicéité de certains «abandons» de droit, la contrariété avec l'ordre public, l'incorporation des conditions générales.

Pour l'exclusion **proprement dite**, les normes actuelles spécifiques sont devenues insuffisantes au présent stade de l'évolution sociale et économique. L'AP apporte un progrès considérable en protégeant absolument l'intégrité personnelle (et l'environnement) et en proscrivant la forme des conditions générales pour l'exclusion de la responsabilité. Il ne rend pas pour autant inutiles les règles générales déjà applicables, *mutatis mutandis*, à la renonciation à un droit «primaire» (voir un inventaire chez Buol, n. 321 à 368).

La tendance des acteurs économiques forts à exploiter systématiquement les possibilités ouvertes par le droit de limiter leurs engagements et leur responsabilité oblige, même si on doit le regretter, le législateur à réagir comme dépositaire de l'intérêt commun. Dans cette optique, il importe de prévoir des règles aussi précises que possible pour que leur application soit dans la même mesure **prévisible.** La révision va dans la bonne direction (Gauch, p. 326): une réforme (anticipée) de l'article 101 al. 2 et 3 me paraît néanmoins s'imposer sans délai en toute hypothèse.

Bibliographie sélective

R. BREHM, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband: Die Entstehung der Obligationen (ohne Die Entstehung durch Vertrag), 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen: Kommentar zu Art. 41-61 OR,* Berne 1990 (cité BREHM).

E. BUCHER, «Wer haftet Wem?: Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen», *recht* 1984, p. 97 et ss (cité BUCHER).

M. BUOL, *Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung,* Zurich 1996 (cité BUOL).

C.A. CANNATA, «Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano» (1re partie), *IURA: Rivista internazionale di diritto romano e antico* XLIII (1992), p. 1 et ss.

P. GAUCH, «Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung», *ZSR/RDS* 1997 I, p. 315 et ss (cité GAUCH).

P. GAUCH, W. R. SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht: allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht,* 2 vol., 6e édition, Zurich 1995 (cité GAUCH/SCHLUEP).

H. GIGER, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung (Art. 184-252 OR), 2. Lieferung: Art. 189-210 OR,* Berne 1977 (cité GIGER).

P. JÄGGI, In: Procès-verbal de la 101e assemblée annuelle de la société suisse des juristes, *ZSR/RDS* 1967 II, p. 754 et ss (cité JÄGGI).

J. KELLERHALS/M. MODAK/D. PERRENOUD, *Le sentiment de justice dans les relations sociales,* Paris 1997.

T. LÖRTSCHER, *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht: unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen,* Zurich 1977 (cité LÖRTSCHER).

K. OFTINGER/E. W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* vol. 1: Allgemeiner Teil, 5e édition, Zurich 1995 (cité OFTINGER/STARK).

J.-F. PERRIN, «La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse», *SemJud* 95 (1973), p. 209 et ss (cité PERRIN, Limitation).

J.-F. PERRIN, «La validité des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité», in: *Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé,* Bâle 1976, p. 65 et ss (cité PERRIN, Validité).

H. SCHÖNLE, «La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts», in: *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux,* Fribourg 1977, p. 387 et ss (cité SCHÖNLE).

K. SPIRO, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen,* Berne 1984 (cité SPIRO).

B. STARCK, «Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité», in: *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation 1974,* p. 157 et ss (cité STARCK).

B. STAUDER, «Droit suisse», in: *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990,* p. 95 et ss (cité STAUDER).

C. H. STOCKAR, *Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht,* Bâle/Stuttgart 1971 (cité STOCKAR).

L. THÉVENOZ, «Les règles de conduite des négociants», *SZW/RSDA* Numéro spécial 1997, p. 20 et ss (cité THÉVENOZ).

R. H. WEBER, «Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge», *SJZ/RSJ* 81 (1985), p. 85 et ss (cité WEBER).

F. WERRO, «La responsabilité pour faute (art. 41 ss CO) de l'entrepreneur vis-à-vis du maître pour les défauts de l'ouvrage», in: *Droit de la construction 1996,* p. 64 et ss (cité WERRO).

P. WESSNER, «Droit contractuel et droit délictuel: à la recherche de frontières naturelles en matière de responsabilité civile», *SVZ/RSA* 65 (1997), p. 16 et ss (cité WESSNER).

B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine: Damnum Iniuria Datum,* Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997.

W. YUNG, «La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés», in: *Etudes et articles,* Genève 1971, p. 303 et ss; publié aussi in: *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castan,* Pamplona 1968, vol. II, p. 613 et ss (cité YUNG, Responsabilité).

W. YUNG, «La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse», in: *Etudes et articles,* Genève 1971, p. 128 et ss; publié aussi in: *Travaux de l'Association Henri Capitant,* tome XIII, Paris 1963, p. 321 et ss. (cité YUNG, Renonciation).

La participation du condamné à l'exécution de sa sanction
Nouveau contrat social ou mercantilisation du droit?*

Robert ROTH

«La responsabilité pénale est-elle en voie de contractualisation?»[1] se demandait un pénaliste français au début des années quatre-vingt-dix, pour apporter immédiatement une réponse «*a priori* négative», qu'il allait nuancer par la suite. A défaut de contractualisation, la décennie qui s'achève est incontestablement marquée par les avancées de la négociation dans l'ensemble des contextes pénaux[2]. Le phénomène n'a bien entendu rien de nouveau dans la phase *préparatoire* du procès pénal; le modèle du *plea bargain* s'est répandu de longue date hors du cadre des Etats-Unis d'Amérique où il s'est imposé en tant qu'un des paradigmes dominants de l'organisation du système pénal[3]. La négociation déborde parfois de la phase préparatoire dans la phase du jugement, en violation apparente du principe du contradictoire qui régit le procès au sens strict: le développement des procédures simplifiées conduit à des «renonciations forcées à la contradiction»[4]: une réduction de peine s'échange alors avec une admission sans débat des charges retenues par l'accusation. A la périphérie du pénal, la négociation est au coeur de la médiation, qui entend proposer une forme de résolution alternative des conflits interindividuels, en dehors du système de justice officiel, mais, parfois, avec la participation de certains de ses acteurs professionnels.

---

* L'auteur adresse ses remerciements à Mes Marc HENZELIN et Pierre-Yves MAURON, assistants à la Faculté, pour leurs pertinentes remarques critiques.

1 Philippe SALVAGE, «Le consentement en droit pénal», *Rev. sc. crim.* 1992, p. 699.

2 Pour un tableau d'ensemble, voir Françoise TULKENS/Michel VAN DE KERCHOVE, «La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?», *Rev. dr. pénal et crimino.* 76 (1996), pp. 445-494; texte également publié in: Ph. GERARD/Fr. OST/M. VAN DE KERCHOVE (éds), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles 1996, pp. 529-580.

3 Cf. Françoise TULKENS, «La justice négociée» in: M. DELAMS-MARTY (éd.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris 1995, pp. 551-584. Pour un point de vue suisse, voir André KUHN, «Le 'plea bargaining' américain est-il propre à inspirer le législateur suisse?» *Rev. pénale suisse* 116 (1998), pp. 73-94.

4 Mario CHIAVARIO, «Aperçus sur la procédure d'audience en Italie entre réforme et 'post-réforme'», *Rev. sc. crim.* 1994, p. 208.

L'objet de la présente étude est d'examiner si le modèle contractuel a également pénétré le territoire le plus obstinément «pénal», celui qui, traditionnellement, reste le plus longtemps fermé aux réformes de la législation et des moeurs judiciaires en matière criminelle, le système d'exécution des peines. Des études historiques ont démontré le décalage entre la mise en oeuvre de réformes dans le système pénal judiciaire et leur application dans le monde pénitentiaire, les éléments législatifs et les pratiques les plus obscurs du premier se déversant (temporairement) dans le second[5]. *A priori*, le modèle du «droit imposé» devrait continuer à régir l'exécution de la peine: la condamnation détermine de quelle manière s'exprimera la réprobation sociale suscitée par l'infraction, et l'on voit mal que cette réprobation puisse faire l'objet d'une négociation en aval ou même au moment du jugement. Nous verrons que le mouvement vers le «droit négocié» commence pourtant à affecter sérieusement le droit des sanctions. Après avoir rappelé le *cadre général* dans lequel s'inscrit l'exécution de la sanction, singulièrement lorsqu'elle consiste en une privation de liberté (ch. I), nous examinerons quelques-uns des cas dans lesquels le condamné quitte sa condition d'*objet* de la sanction pour accéder au rang de *partenaire* (ch. II). La prise en considération de l'opinion ou de la volonté du condamné ne va pas sans soulever quelques problèmes juridiques délicats (ch. III); une brève analyse provisoire du phénomène conclura l'étude (ch. IV).

I. LA «PRISON DE DROIT»[6] ET LE «DÉTENU CITOYEN»[7]

Même si les réformes contemporaines s'efforcent d'en limiter le champ d'application, la peine privative de liberté demeure la «pierre angulaire» du système pénal et c'est d'elle que part toute réflexion sur l'exécution de la sanction. Le statut juridique du détenu est, en droit suisse, bien établi depuis un arrêt du Tribunal fédéral de 1973[8], suivant d'une année une décision fondatrice de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe[9]. L'exécution de la peine pri-

---

5 Cf. Robert ROTH, «La réalisation pénitentiaire du rêve pénal à Genève», in: J. G. PETIT (éd.), *La prison, le bagne et l'histoire*, Paris-Genève, 1984, pp. 189-200.

6 Jean-Charles FROMENT, «Vers une 'prison de droit'?», *Rev. sc. crim.* 1997, pp. 537-560.

7 Jean FAVARD, *Les prisons*, Paris 1994, p. 64. Titre exact du chapitre: «Du détenu sujet au détenu citoyen».

8 ATF 99 Ia 268.

9 *Entscheidungen des BVerfG* vol. 33 (1972), n° 1, pp. 9 ss.

vative de liberté est soumise au régime dit de l'«administration réglementée». Une loi formelle doit en établir les principes et donner, par une délégation précise, mandat à l'exécutif d'en formuler les modalités. Les restrictions à la liberté du détenu complémentaires à la privation de liberté établie par le jugement de condamnation doivent, outre cette base légale formelle, respecter le principe de proportionnalité et répondre au critère de l'intérêt public. Afin de déterminer le contenu de ce dernier, le Tribunal fédéral a établi une hiérarchie de trois intérêts légitimes: la resocialisation du détenu, objectif principal de l'exécution de la peine aux termes de l'art. 37 CP; sa neutralisation; le maintien du bon ordre dans l'établissement[10]. Cette hiérarchie peut être inversée pour des catégories particulières de détenus présentant un danger accru pour la sécurité publique (terroristes, par exemple): la neutralisation accède alors au premier rang des intérêts légitimement poursuivis par l'incarcération[11].

Cette jurisprudence, peaufinée au travers de décisions fort étoffées[12] et relativement nombreuses, met en avant les deux notions sur lesquelles la prise en considération de la volonté manifestée par le détenu trouve son assise: il est d'une part reconnu que ce dernier a *certains droits*; d'autre part, l'objectif de *réhabilitation* entre dans la détermination du contenu même de ces droits, puisqu'un des motifs qui peut rendre inconstitutionnelles[13] les mesures res-

---

[10] Cf. ATF 103 Ia 295; 106 Ia 281. Un travail maintenant relativement ancien établit le cadre théorique de cette hiérarchisation: Peter AEBERSOLD, «Der Zweck des Strafvollzugs und die Resozialisierung des Gefangenen» *in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag*, Basel 1973, pp. 169-188.

[11] ATF 107 IV 28, ainsi que de nombreux arrêts non publiés (et donc difficiles à citer...).

[12] En particulier ATF 102 Ia 279; 106 Ia 277; 118 Ia 64; également un ATF publié in *Informations sur l'exécution des peines et mesures* (publié par l'Office de la justice) 1997 n° 3, pp. 13 ss. Bons résumés de la jurisprudence dans une décision du tribunal administratif argovien publiée in *JAA* 1984, 48, IV, p. 70 et dans *Informations sur l'exécution des peines et mesures* 1996 n° 2, pp. 20 ss. Pour une étude comparative à l'échelle internationale, voir J. PRADEL (éd.), *La condition juridique du détenu*, Paris 1994. Témoignage des préoccupations dominantes de l'époque, les arrêts suisses les plus récents ont été rendus à propos du régime des mesures de contrainte visant les étrangers en situation irrégulière; les principes applicables à l'incarcération pénale (détention avant jugement et après condamnation) sont largement transposables, cf. ATF 122 I 222 et 123 I 221.

[13] Les droits des détenus reposent soit sur la liberté personnelle non écrite, soit, quand les restrictions affectent des activités particulières dont l'exercice est protégé par la Constitution ou la Convention européenne des droits de l'homme (liberté d'expression, liberté religieuse, etc.), sur les normes topiques de ces dernières. Le contenu concret de ces garanties constitutionnelles et conventionnelles est lui-même largement déterminé par une norme non contraignante établie par le Conseil de l'Europe, la Recommandation (87)3 arrêtée par le Comité des Ministres le 12 février 1987, dite Règles minima pour le traitement des détenus. Le raisonnement par lequel le Tribunal fédéral intègre

trictives prises dans le cadre de l'incarcération tient à l'incompatibilité de ces mesures avec l'intérêt public principalement visé par l'incarcération, à savoir la resocialisation. C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'analyser quelques cas dans lesquels la participation du détenu à l'exécution de la sanction qui le frappe va au-delà de l'obligation d'obéissance.

II. QUELQUES CAS DE PARTICIPATION DU CONDAMNÉ

A. Libération conditionnelle

Le premier exemple de prise en considération de la volonté du condamné est le plus traditionnel et paraît le plus évident: la libération conditionnelle ne devrait intervenir qu'avec le consentement du détenu. Après avoir rappelé pourquoi ce consentement ne va pas de soi (*a*), l'on expliquera pourquoi cette apparente évidence est parfois mise en question (*b*).

a) Diverses enquêtes menées en Allemagne et en Suisse ont montré qu'un peu plus de 10% des détenus refusent leur libération conditionnelle (12,2 et 11,7% dans deux enquêtes allemandes menées en 1984 et 1987[14]; 10,3% d'après notre recherche dans les cantons romands en 1990[15]). Ces refus ont sans doute des motifs psychologiques profonds: peur du retour aux difficiles réalités de la «vie libre»; «confort» relatif de la prison. La détérioration des conditions économiques contribue à augmenter le nombre de personnes touchées par ce syndrome. Les refus peuvent également reposer sur un simple calcul coût/bénéfice: la libération conditionnelle est nécessairement assortie d'un «délai d'épreuve», qui aux termes de l'art. 38 ch. 2 CPS «ne sera pas inférieur à un an, ni supérieur à cinq ans». Le détenu court un risque réel de voir la période durant laquelle sa liberté est restreinte, certes de manière infiniment moins lourde que par l'incarcération, se prolonger au-delà des termes de

le contenu de ces règles au droit suisse est schématiquement le suivant: seule la Constitution (et les libertés non écrites) peuvent être invoquées; mais le contenu des normes constitutionnelles se détermine à la lumière des standards adaptés au contexte de l'incarcération; les règles minima proposent une synthèse de ces standards. C'est dans l'ATF 118 Ia 64 que le raisonnement nous paraît le mieux développé.

[14] Citées et analysées par Klaus LAUBENTHAL, «Die Einwilligung des Verletzten in die Strafaussetzung zur Bewährung», *Juristenzeitung* 43 (1988), p. 952.

[15] Cf. Noëlle LANGUIN/Robert ROTH et al., *La libération conditionnelle, risque ou chance? La pratique en 1990 dans les cantons romands*, Bâle 1994, p.114. Voir aussi Michel A. GRABER, «La libération conditionnelle à l'épreuve du fédéralisme», *Bull. de crimino.* 13 (1987), n° 1, pp. 20 et 32.

la peine à laquelle il a été judiciairement condamné[16]. Même si les termes de l'échange paraissent a priori favorables (par hypothèse, cinq ans de surveillance contre un an de prison), on sait depuis Beccaria que le facteur de la durée de la limitation de la liberté joue un rôle déterminant dans la sensibilité à la peine[17].

b) La libération conditionnelle n'est plus aujourd'hui conçue comme une faveur, mais comme une institution au service d'une exécution optimale de la peine privative de liberté, instrument de «guidage» du condamné[18]. Dès lors que le législateur confie aux autorités d'exécution des peines la responsabilité de déterminer le meilleur moyen d'atteindre l'objectif de la privation de liberté – la resocialisation – il apparaît conforme à la logique du système que cette autorité (en l'espèce celle qui décide de la libération conditionnelle) impose cette décision à un détenu.

Les années récentes ont chahuté la libération conditionnelle et ont vu sa remise en question. Quelques Etats (en particulier aux Etats-Unis) l'ont supprimée; d'autres ont remis en question sa conception générale. Plus que de donner une chance au détenu, la libération conditionnelle a, dans la pratique de ces Etats, la vocation de permettre une gestion prévisionnelle des risques de réitération que font courir les condamnés; dans le cadre de cette politique, le consentement de l'intéressé joue un rôle tout à fait secondaire.

La libération forcée apparaît néanmoins comme peu raisonnable, ce qui explique qu'en France, en Belgique ou en Allemagne[19], le consentement soit érigé en condition *sine qua non*. La jurisprudence et la pratique suisses se distinguent à cet égard: celle-là a admis que la libération conditionnelle pouvait être imposée[20], et celle-ci s'est conformée à cette directive: des vingt-

---

[16] L'art. 38 du Code pénal suisse (CPS) dans sa version de 1937 disposait que le «délai (d'épreuve) expire, en règle générale, avec la peine qui reste à subir». La révision de 1971 a supprimé cette limitation importante et dissocié durée du délai et durée du solde de peine.

[17] BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, par. XXVIII. C'est l'argument principal – mieux vaut, sous l'angle préventif, la menace d'une privation de liberté de longue durée à celle du très désagréable, mais très bref instant de l'exécution capitale – qui a amené Beccaria a préconiser l'abolition de la peine de mort et à lui substituer l'emprisonnement.

[18] Cf. les arrêts de principe récents, ATF 118 IV 220 et 119 IV 8, commentés in LANGUIN/ROTH, La libération conditionnelle (n. 15), pp. 19 ss.

[19] Cf. respectivement SALVAGE, Consentement (n. 1), p.713; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, Justice pénale (n. 2), p. 476; LAUBENTHAL, Einwilligung (n. 14), *passim*.

[20] Cf. ATF 101 Ib 452.

neuf détenus qui se sont opposés à leur libération en 1990 dans les cantons de Vaud et de Genève, cinq ont malgré tout été libérés[21].

Ce premier domaine d'observation laisse ainsi apparaître que l'évolution vers une plus grande participation du condamné n'est en rien uniforme et que des mouvements centrifuges sont à l'oeuvre.

B. La transformation d'une peine en mesure de traitement

La Suisse est un pays curieux. Le peuple est consulté sur le prix de la betterave à sucre et sur le nom de l'entreprise publique de transports collectifs, toute augmentation du prix de l'essence fait l'objet de débats longs et passionnés au Parlement, et ce même Parlement introduit sans discussion et en apparence sans y prendre garde une petite révolution dans l'exécution des sanctions. C'est par voie de «cavalier législatif», dans le cadre d'une révision mineure du Code pénal militaire concernant les mesures disciplinaires prises à l'endroit des consommateurs de quantités minimes de stupéfiants[22], que le Parlement a adopté sans débat[23] une proposition du conseiller aux Etats JAGMETTI ajoutant à l'art. 44 CPS (traitement des alcooliques et des toxicomanes) un alinéa (ch. 6 al. 2) libellé comme suit:

«S'il s'avère en cours d'exécution de la peine qu'un condamné toxicomane a besoin d'un traitement, et est apte à être traité et souhaite l'être, le juge pourra sur sa demande l'interner dans un établissement pour toxicomanes et suspendre l'exécution de la peine.»

L'innovation essentielle[24] de cette disposition, entrée en vigueur le 1er janvier 1992 seulement, tient à ce que, pour la première fois en droit «domestique» applicable aux adultes, la sanction est aménagée suite à une «demande» (*Gesuch*) du condamné. L'*adhésion* est depuis longtemps au coeur du droit des mineurs; la recherche de la participation du mineur au choix et à l'évolution de la sanction qui le frappe fait partie des principes directeurs de ce droit[25]. A l'inverse, le choix autoritaire du juge, puis de l'administration

---

21 LANGUIN/ROTH, La libération conditionnelle (n. 15), p. 114.

22 FF 1985 II 1021 ss., spéc. 1115-1116.

23 BO CE 1987 407; BO CN 1990 2334.

24 En laissant de côté les aspects de droit des sanctions qui ne nous intéressent pas directement ici: assouplissement de la séparation entre peines et mesures de sûreté; renversement de l'ordre dans lequel les sanctions doivent être exécutées (en principe, mesure puis, le cas échéant, peine, cf. art. 44 ch. 1 al. 1 et 5 CP).

25 Cf. Anne-Fr. COMTE, «Le droit pénal des mineurs, hier, aujourd'hui, demain», in: *Jeunesse et délinquance*, Diessenhofen 1988, p. 454, citant en particulier les Règles minima des Nations Unies pour l'administration de la justice des mineurs du 19 novembre 1987 («règles de Beijing»).

compétente, était et reste la charpente du droit des adultes. On peut certes lire des signes annonciateurs de cette petite révolution dans la jurisprudence, par exemple lorsque le Tribunal fédéral admet la possibilité d'imputer sur une peine à exécuter la durée d'un séjour *volontaire* dans un établissement de désintoxication[26]. Mais les conditions posées sont restrictives et indiquent bien les limites de la liberté de choix du condamné: «Pour que l'art. 44 ch. 5 CP[27] lui soit applicable, il faut que la cure acceptée (avec l'accord exprès ou tacite du magistrat instructeur) devance simplement la mesure que le juge aurait sans cela imposée en lieu et place de la peine»[28].

Le législateur suisse apporte, par la nouvelle disposition de 1992 sur le glissement de la peine à la mesure, une contribution discrète au débat sur la légitimité de l'imposition d'un traitement autoritaire. Est-il raisonnable et éthiquement défendable d'imposer à un adulte de se soigner, sous prétexte qu'il a commis une infraction en rapport avec son état? Les critiques fondamentales qui visaient cette option de politique criminelle et sanitaire dans les années soixante et soixante-dix[29] se sont quelque peu tempérées[30]; l'art. 44 ch. 6 al. 2 indique toutefois de manière pragmatique un ralliement à une conception du traitement consenti, recommandé de longue date par la plupart des praticiens. L'année 1998 nous apprendra de quelle manière le nouveau Code pénal en préparation élargira cette brèche dans le traitement imposé.

C. Le «transfèrement» du condamné.

La Suisse a ratifié le 15 janvier 1988 une Convention importante, conclue sous l'égide du Conseil de l'Europe à Strasbourg le 21 mars 1983, sur le

---

[26] ATF 105 IV 297.

[27] L'art. 44 ch. 5 prévoit entre autres l'imputation de la durée d'une mesure sur la durée d'une peine exécutée subséquemment à cette mesure: si un condamné est interné pour deux ans et doit ensuite purger une peine fixée judiciairement à trois ans, il ne devra subir en fait qu'une incarcération de douze mois (moins l'éventuelle libération conditionnelle).

[28] Même ATF cité d'après JT 1981 IV 74

[29] Cf. STRATENWERTH, «Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht», *Revue pénale suisse* 82 (1966), pp. 337-384; Peter ALBRECHT, *Die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung freiheitsentziehender Massnahmen gegenüber erwachsenen Delinquenten*, Basel 1981, pp. 20-24.

[30] Cf. la position de STRATENWERTH telle qu'elle est exprimée dans son *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, Berne 1989, pp. 293 ss. et surtout dans son article «Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Massnahmen», *Rev. pénale suisse* 105 (1988), pp. 105-124, qui résume de manière exemplaire la «pensée critique» suisse sur la question.

«transfèrement des personnes condamnées»[31]. L'adoption de ce texte s'inscrit dans un mouvement international qui dépasse les frontières de l'Europe, puisque les conventions multilatérales et les traités bilatéraux se sont multipliés depuis une vingtaine d'années partout dans le monde[32]. Sur le plan des principes, ces dispositifs sont intéressants en ce qu'ils marquent une avancée de la prise en compte de la volonté manifestée par les individus, dans le cadre d'une coopération *a priori* strictement interétatique. Dans le principal arrêt qu'il a rendu à ce sujet, le Tribunal fédéral a toutefois tenu à rappeler clairement que les protagonistes sont les Etats, la Convention ne faisant que «créer un cadre procédural pour régler entre Etats le transfèrement d'un détenu; il a été clairement expliqué (par les auteurs de la Convention et le législateur suisse au moment de la ratification) que chaque Etat se déterminait librement, qu'il n'avait aucun motif à fournir, que le condamné n'avait aucun droit au transfèrement, qu'il ne pouvait exprimer qu'un souhait et n'avait aucune possibilité de recourir contre un refus»[33].

Cela étant posé, la Convention accorde au consentement de l'intéressé une importance que la majorité des autres textes internationaux ne lui donnent pas[34]: son article 7 dispose que «l'Etat de condamnation fera en sorte que la personne qui doit donner son consentement au transfèrement ... le fasse volontairement et en étant pleinement consciente des conséquences qui en découlent» (ch. 1). Cette condition est prolongée par un droit de *vérification* pour l'Etat de destination («Etat d'exécution»), qui peut exiger de l'Etat de condamnation qu'il lui donne «la possibilité de vérifier que le consentement a été donné dans les conditions précédemment énoncées». Le dispositif de transfèrement, parce qu'il associe deux partenaires étatiques, introduit ainsi une procédure et une instance de contrôle de la *validité* du consentement. De ce

---

31 RS 0.343. La convention est en vigueur pour la Suisse depuis le 1er mai 1988. Elle connaît une application non négligeable: entre 1993 et 1995, 26 demandes de transfèrement vers la Suisse ont été déposées par des citoyen(ne)s helvétiques; 10 ont été acceptées et 7 étaient encore pendantes au moment de l'établissement des statistiques. 61 étrangères et étrangers détenu(e)s en Suisse ont déposé une demande; 7 avaient été acceptées et 22 étaient encore pendantes, cf. *Informations sur l'exécution des peines et mesures* 1996, n° 2, pp. 40 ss.

32 Cf. la somme de Michal PLACHTA, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation*, Freiburg im B. 1993. Parmi les textes marquants, citons le *Commonwealth Scheme* de 1986. Les Nations Unies ont également adopté en 1986 un modèle de convention, qui a largement inspiré les Etats membres. Il faut ajouter au tableau des législations nationales, parfois fort élaborées, telle que le *British Repatriation of Prisoners Act* de 1984.

33 ATF 118 Ib 137 consid. 3 bb, pp. 142-143.

34 Cf. le tableau comparatif de PLACHTA, Transfer (n. 32), pp. 362 ss.

fait, une partie des problèmes que nous discuterons plus bas (ch. III. A) sont partiellement réglés ou du moins maîtrisés.

L'étude de la mise en oeuvre de ce dispositif, en particulier au travers de la jurisprudence des Etats-Unis d'Amérique, est également fort instructive quant aux effets de la prise en compte de la volonté du détenu sur le droit ou le devoir de vérifier le respect des garanties conventionnelles ou constitutionnelles relatives aux droits de celui qui fait l'objet d'une «accusation en matière pénale», pour reprendre les termes de l'art. 6 ch. 1 CEDH. Des juridictions américaines, jusqu'à la Cour suprême, se sont ainsi demandé si le consentement au transfert emportait renonciation du condamné à faire examiner la conformité de son procès avec les impératifs de *fair trial* (Sixième Amendement de la Constitution).

La réponse dominante fut d'admettre que le consentement au transfert valait renonciation (*waiver*) à demander aux Etats-Unis la *judicial review* du procès et du jugement de condamnation rendu dans l'Etat auteur du transfert. La jurisprudence de la Cour suprême est toutefois restée fluctuante, ce qui a amené M. PLACHTA à parler en la matière de «*intuitive finding*»[35]. Outre la vérification de la compétence juridictionnelle, le seul droit auquel le condamné ne saurait renoncer est toutefois celui de faire vérifier la validité (*voluntariness*) du consentement. Des limites du droit à la revendication du *fair trial*, nous voilà donc ramenés à l'appréciation du consentement lui-même.

D. Les sanctions appliquées dans la communauté; le travail d'intérêt général

En 1992, le Comité des ministres des Etats membres du Conseil de l'Europe a publié une recommandation «sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté». Le modèle de ces sanctions est le travail d'intérêt général ou travail au profit de la communauté (*community service*). Ce dernier n'est en Suisse à l'heure actuelle qu'une *modalité d'exécution* de la courte peine privative de liberté[36]; il est toutefois vraisemblable que cette modalité sera transformée en sanction *sui generis* à l'occasion d'une prochaine révision, totale ou partielle, du droit des sanctions[37].

---

[35] *Ibidem*, pp. 378-379, avec des références complétes aux travaux préparatoires, à la jurisprudence et à la doctrine américaines.

[36] Cf. art. 3a Ordonnance 3 relative au Code pénal (RS 311.03), dans sa version modifiée le 4 décembre 1995 (RO 1995, p. 5273).

[37] Avant-projet de révision de la partie générale du Code pénal de 1993, art. 32 ss.

La Recommandation de 1992 a été précédée de longues délibérations dans et hors de l'enceinte du Conseil de l'Europe. La nécessité d'obtenir le consentement du condamné à la peine envisagée pour lui s'est trouvée au coeur de ces discussions[38]. Le débat se situe à nouveau sur deux terrains: celui de la compatibilité avec le droit conventionnel ou constitutionnel d'une part; celui de la politique criminelle d'autre part.

a) Deux normes de droit conventionnel peuvent principalement être invoquées: la Convention n° 29 du Bureau international du travail (BIT) du 10 juin 1930 sur le travail forcé, ratifiée par la Suisse en 1940[39] et l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). En substance, la Convention BIT interdit le travail forcé, mais réserve, à son article 2, le travail imposé suite à une condamnation; le travail pénitentiaire, modalité essentielle de l'exécution de la peine privative de liberté (cf. art. 37 CPS) est ainsi exclu du champ de la convention. Exception à cette exception, le travail forcé effectué au profit d'un *tiers* est interdit, sauf si le condamné a consenti à son affectation ou qu'il est rémunéré selon des modalités de type salarial[40].

De même, si l'article 4 CEDH interdit également le «travail forcé ou obligatoire» (ch. 2), il réserve le «travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la Convention» (ch. 3).

La compatibilité du travail d'intérêt général avec cette dernière norme, ainsi qu'avec l'art. 12 *Grundgesetz*[41], a été débattue de manière approfondie en Allemagne[42]. En substance, la Cour constitutionnelle s'est fondée sur une interprétation de type historique pour répondre positivement à cette question: tant la *Grundgesetz* que la CEDH, adoptées peu après la fin de la deuxième guerre mondiale, voulaient proscrire tout travail forcé s'inscrivant dans une logique totalitaire ou donnant au système pénal une teinte familière aux Etats

---

38 Echo par exemple lors du Sixième Colloque de la Fédération internationale pénale et pénitentiaire (Poitiers, 1987), dont les actes ont été publiés sous le titre: *L'élaboration des règles minima pour le traitement en milieu libre*, Paris 1990; voir le rapport général conclusif de Pierre-Henri BOLLE, pp. 271-272.

39 RO 1940, pp. 1002 ss.

40 Cf. l'analyse de la convention et de ses incidences sur l'exécution des peines par Andrea BAECHTOLD in: *Die Pflichten der Schweiz aus internationalen Übereinkommen zur Strafrechstpflege*, Bern 1992, pp. 198-203.

41 En particulier son ch. 3 qui n'admet le *Zwangsarbeit* qu'à la suite d'une condamnation à une privation de liberté ordonnée par un tribunal.

42 Synthèse du débat chez Heike JUNG, *Sanktionensysteme und Menschenwürde*, Bern 1992, pp. 175 ss.

43 En particulier *Entscheidungen des BVerfG* 74 (1987), n° 10, pp. 102 ss.

totalitaires tels que l'Europe les avait connus au milieu de ce siècle[43]. Le travail d'intérêt général est, dans son esprit, très éloigné de ces tragiques antécédents historiques. Le fait que le condamné consente à la sanction représente toutefois, même dans ce contexte, une appréciable garantie supplémentaire.

Il se justifie d'ajouter un argument à *maiore ad minus*. Dans la mesure où le travail d'intérêt général est érigé en peine autonome et mis sur le même pied que la privation de liberté, il est difficile de soumettre celui-là à une condition inconnue de celle-ci, au motif que les réserves des conventions internationales ne visent pas expressément le travail hors de la prison (ou, s'agissant de la Convention BIT, prévoient dans ce cas des conditions très restrictives)[44]. Et si le travail pénitentiaire est autorisé, on voit mal qu'en tant que modalité complémentaire – et plus légère – le travail «dans la communauté» puisse être illégal.

b) Sous l'angle de la politique criminelle, la problématique est assez proche de celle que nous avons rencontrée s'agissant de la libération conditionnelle (ch. II. A). La vocation éducative de la sanction s'accommode mal de la non-prise en considération de l'attitude du condamné. Il reste à savoir si le consentement est une condition *suffisante* de la sanction ou simplement une condition *nécessaire*. Dans le premier cas, elle en est le fondement; dans le second, une condition parmi d'autres[45]. Au-delà de ses implications de politique criminelle – est-il de bonne politique de faire reposer l'imposition d'une sanction uniquement sur l'intention manifestée par le condamné? –, ce choix emporte d'importants effets, qui apparaîtront clairement lorsque seront envisagés les effets d'une révocation du consentement (ci-après III. B *in fine*).

E. Exécution anticipée de la peine

Notre dernier exemple est sans aucun doute le moins intéressant du point de vue de la politique criminelle, et celui dont l'utilité, donc l'existence même,

[44] Cf. BOLLE, in: L'élaboration (n. 38), p. 271 et, dans la doctrine suisse, Hans SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils ... des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, p. 103; Benjamin F. BRÄGGER, *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion de lege lata und de lege ferenda*, thèse, Fribourg 1996, p. 208. Ce dernier auteur adopte une position plus restrictive à propos de la convention BIT, fondée sur les réserves expresses que le texte formule à l'endroit du travail effectué au profit de tiers. Cette prudence nous paraît excessive: l'argument *a minore ad minus*, combiné avec les conclusions de l'interprétation historique paraissent s'imposer ici.

[45] Cf. JUNG, Sanktionensysteme (n. 42), pp. 177-178, qui choisit, à l'issue d'une réflexion approfondie, la formule de la condition nécessaire.

est le plus discutable. Il doit être mentionné ici, dans la mesure où c'est dans ce domaine que le Tribunal fédéral a rendu les jurisprudences apportant l'éclairage le plus intéressant sur les autres institutions énumérées dans ce chapitre. Notre Haute Cour a en effet rendu sur l'exécution anticipée de la peine deux arrêts de principe à treize années de distance[46], qui abordent les questions juridiques les plus courantes que posent les pratiques de «négociation» en matière d'exécution des sanctions. L'exécution anticipée[47] permet au condamné qui le souhaite d'entamer sa période d'incarcération *avant* qu'une décision de condamnation ne soit entrée en force. Selon les diverses réglementations cantonales applicables en la matière, le consentement est une condition *nécessaire*, mais jamais *suffisante* de l'entrée en détention.

La pratique de l'exécution anticipée pose un problème sérieux de compatibilité avec l'*habeas corpus* et avec la norme de droit conventionnel qui en est issue, l'art. 5 ch. 1 CEDH. Il n'y a en effet pas de condamnation (lit. a de cette disposition), et aucune des circonstances prévues par les alinéas suivants (lit. b à f) n'est réalisée. Le consentement fait donc office de titre de détention. Il doit être entièrement libre[48]. Il n'est dès lors pas étonnant que les jurisprudences les plus instructives aient été rendues à propos d'affaires dans lesquelles le candidat à l'incarcération anticipée entendait revenir sur sa décision. La question de la validité du consentement initial se posait en termes très vifs.

---

[46] ATF 104 Ib 24 (affaire zurichoise) et 117 Ia 72 (affaire saint-galloise, également publiée in *EuGRZ* 1991, p.336)

[47] Il n'existe sur le sujet aucune norme de droit fédéral. L'exécution anticipée est inconnue de la législation, sinon de la pratique, des cantons romands; elle est en revanche répandue au Tessin (cf. n. 60 ci-dessous) et dans les canotns alémaniques. Voir par exemple l'article 197 ch.1 du Code de procédure pénale bernois: «Si la procédure se trouve à un stade qui le permet, le ou la juge qui la dirige peut ordonner que la personne inculpée *qui en fait la demande* soit transférée dans un établissement pénitentiaire pour commencer à purger sa peine ou à subir une mesure par anticipation...» (nos italiques). L'article 193 ch. 3 du même Code permet également l'exécution immédiate d'une peine privative de liberté ou d'une mesure nonobstant recours, toujours à la demande de l'intéressé.

[48] Cf. arrêts cités et Martin SCHUBARTH, «Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht», *RDS* 94 (1975), p. 470; Matthias HÄRRI, *Zur Problematik des vorzeitigen Strafantritts*, thèse, Basel 1987, pp. 121 ss; Arthur HAEFLIGER, *Die EMRK und die Schweiz*, Bern 1993, p. 79.

III. CONDITIONS DE LA PRISE EN CONSIDÉRATION DU CONSENTEMENT OU DE LA VOLONTÉ DU CONDAMNÉ

A. Liberté de décision et validité

La préoccupation d'éviter que le consentement du condamné, dans les différents domaines présentés dans le chapitre précédent, ne soit qu'un «mythe respectable»[49] est à la fois d'ordre strictement juridique – c'est une condition de la compatibilité avec les normes constitutionnelles et conventionnelles citées plus haut – et de politique criminelle. Pour que le mythe soit réalité, il faut avant tout que la volonté du condamné soit librement manifestée. Comme on le verra plus bas, l'examen de la liberté n'épuise pas celui, plus général, de la validité; celle-ci peut être testée à l'appui d'autres critères que la liberté de décision; autrement dit, l'approche de la question de la validité du consentement en cours d'exécution est la même que celle du consentement en tant que fait justificatif de l'infraction pénale: à côté de ses aspects *subjectifs* dominants, des aspects *objectifs* doivent être examinés, et un consentement librement donné peut être dépourvu de validité[50].

a) La liberté se définissant par l'absence de contrainte, il est évident que la condition de base de validité du consentement est l'absence de toute coercition. Celle-ci est nécessairement relative dans le cadre pénitentiaire; l'examen est plus aisé lorsque le condamné ou le candidat se présente libre, comme c'est le cas le plus souvent en matière de sanction au sein de la communauté ou d'exécution anticipée de la peine.

b) Les vices du consentement reconnus par le droit privé (art. 23 ss. CO) le sont également, par analogie, en droit public[51]. C'est ici la *crainte fondée* qui apparaît comme la cause d'«annulabilité» la plus pertinente. Elle s'analyse au regard des art. 29-31 CO, la prise en considération de l'intérêt public

---

[49] Expression de Antony VASS, «Community Service», *Howard Jnl of Crim. Justice* 1986, p. 104, reprise par JUNG, *ibidem*.

[50] Les limitations classiques sont liées aux fins illicites (voire immorales) poursuivies et à la qualité du bien juridique lésé par l'infraction (exclusion en cas d'atteinte à la vie, voir la réglementation spéciale de l'art. 115 CPS, voire de lésion corporelle grave). Ainsi, le débat doctrinal sur la (non-) validité du consentement à des lésions infligées dans le cadre de sports de combat reste ouvert (cf. Robert ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, Lausanne 1987, pp. 112-113; pour une position ultra-libérale, voir Philippe GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, 2e éd., Berne 1995, pp. 153-154).

[51] Cf. Henri ZWAHLEN, «Le contrat de droit administratif», *RDS* 1958 II, p. 619a.

venant compléter les arguments classiques du droit privé[52]. Nous n'avons toutefois connaissance d'aucune jurisprudence portant précisément sur l'application de ce type de raisonnement dans une situation d'exécution de sanction pénale.

c) Le consentement doit être donné de manière «*klar und unmissverständlich*» (clair et dépourvu d'ambiguïté) dit le TF dans son second arrêt sur l'exécution anticipée[53]. En l'espèce, le procès-verbal de l'audition par le juge d'instruction ne faisait pas ressortir clairement la portée de l'accord de l'intéressé, dans une situation relativement complexe: F. a été condamné en mars 1989 à une peine de dix-sept mois avec sursis et fait l'objet d'une nouvelle poursuite au début de 1990. Après une courte période de détention préventive, F. entre en exécution anticipée en avril 1990. Il est condamné en première instance à trente-quatre mois d'emprisonnement, le sursis pour la peine de dix-sept mois étant également révoqué. Il fait appel de sa condamnation à trente-quatre mois et ne conteste pas la révocation du sursis. En janvier 1991, il demande que l'exécution anticipée de la peine de trente-quatre mois prenne fin et à être libéré conditionnellement du solde de sa peine de dix-sept mois, puisqu'il remplit les conditions de l'art. 38 CP, la durée de son incarcération ayant en particulier atteint les deux tiers de la durée de cette peine. Le procès-verbal de l'audition de F. en mars 1990, à la suite de laquelle l'exécution anticipée a commencé, ne permet pas de déterminer avec précision si F. n'a consenti qu'à purger immédiatement sa peine de dix-sept mois suite à la révocation du sursis ou s'il a également accepté que débute la peine nouvelle, non encore fixée à l'époque. *In dubio pro libertate*, estime à juste titre le TF (p. 178) et c'est l'interprétation restrictive de la déclaration de F. qui est retenue.

d) De la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis à propos du transfèrement[54] se dégagent trois critères qui nous paraissent pouvoir être généralisés: le consentement – ou plus précisément le renoncement à demander le contrôle judiciaire de la condamnation de l'Etat de destination – doit être «*knowing, intelligent and voluntary*».

---

52 Cf. Pierre MOOR, *Droit administratif II*, Berne 1991, pp. 264-265; ATF 105 Ia 211-212.

53 ATF 117 Ia 77.

54 La *landmark decision* est l'arrêt Johnson v. Zerbst 304 US 358 (1938). Résumé et prolongements de cet arrêt chez PLACHTA, Transfer (n. 32), pp. 380-381.

e) Il reste les considérations plus objectives ou, pour employer un grand mot, «systémiques». Selon une doctrine répandue en Allemagne[55], le juge à qui est soumise la question de la validité du consentement doit se livrer à un examen de l'ensemble de la situation de l'intéressé et s'assurer que la mesure à laquelle il est soumis améliore véritablement sa situation. L'épisode isolé durant lequel il a accepté – ou demandé – une mesure particulière doit être mis en contexte: K. AMELUNG parle à propos de cette démarche de recherche de la *Zweckbindung*, critère qui lui paraît plus pertinent que celui de l'*(Un)freiwilligkeit*, entièrement subjectif. Il s'agit en réalité d'une forme de pesée des intérêts, démarche familière dans l'examen de la validité d'un consentement donné dans le cadre d'un rapport de droit administratif[56]. C'est par ailleurs une argumentation assez similaire qu'avait développée, sans référence à la doctrine citée, le recourant dans le premier arrêt du Tribunal fédéral en matière d'exécution anticipée: son consentement, là aussi sujet à révocation, avait conduit à une péjoration de sa situation. Le TF n'entra pas en matière sur l'argument[57].

De manière assez piquante, l'examen attentif des conditions de validité du consentement peut ainsi ramener à une position paternaliste, voire autoritaire, qui, dans sa version la plus stricte, *refuse* de prendre en compte le consentement (cf. ci-dessus, II. A).

La démarche fondée sur la recherche de la *Zweckbindung* amène aussi à élargir le débat sur le contexte général dans lequel peut s'exprimer un consentement valide, voire sur les conditions de type institutionnel dans lesquelles il conviendrait de l'encadrer.

f) Il faut d'abord être sensible à un autre argument de la jurisprudence américaine, celui du *no choice*[58]. Peut-on véritablement parler de consentement ou faire du consentement une condition, ou éventuellement la légitimation de la mesure, quand l'intéressé n'a pas de véritable alternative? La démarche n'est-elle pas hypocrite? La conclusion du second arrêt du Tribunal fédéral en matière d'exécution anticipée de la peine laisse entrevoir en quels termes la

---

[55] La référence en la matière est l'article de Knut AMELUNG, «Die Einwilligung des Unfreien. Das Problem der Freiwilligkeit bei der Einwilligung gesperrter Personen», *Zeitschr. für die ges. Strafrechtswiss.* 95 (1983), pp. 1-31, spéc. pp. 16-18 pour les développements repris ci-après.

[56] Il s'agit là de l'élément spécifique au droit public qui distingue l'analyse de la validité et des vices du consentement effectuée dans le cadre de ce dernier de la démarche strictement privatiste, cf. clairement ZWAHLEN, Contrat (n. 51), p. 619a et, plus réservé à l'égard de cette autonomie du droit public, MOOR, Droit administratif (n. 52), p. 264.

[57] ATF 104 Ib 26.

[58] PLACHTA, Transfer (n. 32), p. 381.

question pourrait se poser: ayant admis que l'exécution anticipée devait prendre fin lorsque les deux tiers de la peine sur laquelle portait le consentement étaient dépassés, le Tribunal fédéral ajoute que cela ne conduit pas nécessairement à la libération de l'intéressé, qui peut être mis en détention préventive. On peut imaginer les termes d'un marché *no choice* entre cette incarcération forcée et une adhésion à une exécution anticipée, qui conduit à une acceptation certes libre et volontaire en apparence, mais insatisfaisante en seconde analyse. Sans doute est-ce là une des raisons qui ont amené le Tribunal fédéral à rapprocher, comme on le verra, les conditions dans lesquelles l'incarcération peut prendre fin dans les deux hypothèses.

g) S'agissant de l'*encadrement* de la décision, le dispositif de vérification propre au transfèrement a déjà été mentionné (II. C). Dans le même état d'esprit et dans le prolongement de son approche fondée sur la *Zweckbindung*, K. AMELUNG envisage quant à lui qu'une instance indépendante soit appelée à contrôler les conditions dans lesquelles le consentement a été donné[59]. Enfin, le Tribunal fédéral mentionne à juste titre dans son second arrêt une problématique clé de l'ensemble du droit de l'exécution des peines, l'absence ou du moins l'*insuffisance d'assistance juridique*[60]. Nous reviendrons sur ce point dans la conclusion.

B. (Ir-)révocabilité

Non seulement les individus (y compris les détenus) sont, dans le monde d'aujourd'hui, plus mobiles, mais les institutions elles-mêmes – y compris, à nouveau, les institutions pénitentiaires au sens large – s'assouplissent, et la mobilité semble un mot clé de la politique contemporaine en matière de sanctions. Il paraîtrait logique et cohérent que, dans le même mouvement, la participation ou l'adhésion du condamné au processus qui le touche puissent être revues au gré de l'évolution personnelle de l'intéressé. Cette position est toutefois loin d'être admise. Il est vrai que de la mobilité à l'instabilité chronique il n'y a qu'un pas, vite franchi.

---

[59] AMELUNG, Einwilligung (n. 55), pp. 29-30.

[60] ATF 117 Ia 77. Reflet de cette préoccupation: l'art. 105 ch. 1 du Code de procédure pénale tessinois de 1994 prévoit l'obligation de *consulter le défenseur* du candidat à l'exécution anticipée. Dans le même sens, PLACHTA, Transfer (n. 32), p. 372, pour qui l'exigence de l'*informed consent* impliquerait la possibilité de consulter des *conseillers* indépendants avant d'accepter le transfèrement.

Le Tribunal fédéral a bien mesuré le danger, ce qui explique une position hostile à la révocabilité du consentement, toujours en matière d'exécution anticipée de la peine[61]. Le détenu ne peut prétendre à un emprisonnement «à la carte», qui lui permettrait de retirer son accord initial dès que les conditions matérielles de son incarcération ne correspondraient plus à ses attentes. Les impératifs de l'*habeas corpus* ont toutefois amené le Tribunal fédéral à assortir son rejet de la révocabilité de telles cautèles qu'en réalité n'en subsiste que le principe. Il est en effet contraire à l'art. 5 CEDH de maintenir en prison un individu sans titre de détention et sans son consentement «actuel». Un accord *initial* ne suffit pas[62]. Un maintien en détention ne se justifie que si les conditions de la détention préventive (danger de fuite, de collusion, etc.) sont réalisées[63]. Si tel est le cas, la détention anticipée se transforme en détention préventive, ce qui en modifie le profil, essentiellement sous l'angle des impératifs de contrôle de cette dernière[64].

La question est dès lors de savoir si le raisonnement peut être transposé tel quel dans le domaine qui nous intéresse ici. La question a été particulièrement débattue à propos du transfèrement: le retour en arrière est en tout cas exclu dès que le transféré a quitté le territoire de l'Etat de condamnation; avant cette échéance, les solutions nationales vont de l'irrévocabilité quasi absolue (Etats-Unis) à une possibilité de révocation illimitée (Suède)[65]. La Suisse admet la révocation aussi longtemps que l'Office fédéral de la police n'a pas statué formellement sur le transfèrement.

A l'inverse, la question est sans objet s'agissant de la libération conditionnelle, les termes étant ici presque inversés: c'est à la liberté que le condamné

---

61 ATF 104 Ib 24, position confirmée dans des arrêts non publiés cités dans l'ATF 117 Ia 72.

62 ATF 117 Ia 79-80.

63 Sur ces conditions, voir dans l'abondante jurisprudence les récents arrêts du Tribunal fédéral in: *EuGRZ* 1997, p. 15 (également *Plädoyer* 1997, n° 1, p. 63) et ATF 123 I 31 (danger de collusion) et 123 I 268 (danger de réitération). La Cour européenne des droits de l'homme s'est exprimée à plusieurs reprises, ces derniers temps, sur le devoir de motiver la détention (et le refus de mise en liberté): cf. les arrêts Yagci et Sargun du 8 juin 1995, Série A vol. 319, ch. 50 et van der Tang du 13 juillet 1995, Série A vol. 321, ch. 60.

64 S'agissant de l'imputation de la durée de la détention sur la peine à subir, en revanche, rarissimes sont les cas dans lesquels cette transformation du statut de la détention peut avoir une incidence. L'imputation de la détention préventive, prévue par l'art. 69 CP, est en effet, aux termes de la jurisprudence récente, dictée par des impératifs de droit constitutionnel (ATF 117 IV 407).

65 Enquête du service des affaires juridiques du Conseil de l'Europe, 1988, citée par PLACHTA, Transfer (n. 32), pp. 388-390.

a consenti, et l'argument d'*habeas corpus* ne saurait intervenir. Une fois libéré, le bénéficiaire ne peut donc pas retourner en prison à sa guise.

Les cas de la mesure de traitement sollicitée en cours d'exécution de la peine et de la sanction appliquée dans la communauté sont plus douteux. Dans le premier cas, la révocation ne saurait être admise que dans une perspective de rejet du traitement autoritaire, qui ne s'est pas (encore?) imposée en Suisse. Vu le caractère *exceptionnel* de l'art. 44 ch. 6 al. 2 CPS, le retour à la peine ne devrait s'effectuer qu'à l'initiative des autorités pénitentiaires ou des responsables de l'établissement thérapeutique. Il est évident que les convictions de ces derniers peuvent les amener à considérer comme vouée à l'échec une prise en charge à laquelle le condamné n'adhère plus. On revient là aux cas ordinaires des transferts de peine à mesure ou vice-versa[66].

S'agissant du travail d'intérêt général, la solution dépend du statut accordé au consentement (ci-dessus ch. II. D. *in fine*). S'il est érigé en condition *sine qua non* de la sanction, son retrait entraîne la suspension de l'exécution. En revanche, s'il ne représente qu'une condition parmi d'autres, voire qu'il n'est pas pris en considération, il ne paraît pas totalement exclu que la sanction se poursuive nonobstant un changement d'avis du condamné. Un choix que le juge peut être amené à prendre dans ce qu'il estime être l'intérêt du condamné: mettre fin au travail d'intérêt général revient en effet le plus souvent à ordonner l'incarcération. Le débat ressemble dès lors fort à celui de la liberté conditionnelle imposée: le juge qui veut à tout prix éviter la prison au condamné pourrait être amené à le contraindre à poursuivre son travail «dans la communauté». L'applicabilité de cette décision reste bien entendu réservée.

IV. PERSPECTIVES

Le mouvement en direction d'une prise en considération accrue de la volonté manifestée par le condamné – dont on a vu qu'il n'était ni uniforme ni homogène dans les motifs qui l'animent – est conforme aux traits dominants de

[66] Cf. art. 44 ch. 3 et 5 CPS. En substance, la mesure de traitement, dont la durée est relativement indéterminée, prend fin en règle générale lorsque l'intéressé est déclaré incurable ou guéri. Le juge décide alors s'il convient de faire exécuter la peine, de suspendre son exécution, d'y renoncer définitivement ou encore de prononcer une nouvelle mesure. Le Tribunal fédéral tient à ce que le juge exerce intégralement ses responsabilités et que sa liberté de manoeuvre ne soit pas limitée par les décisions et avis des autorités d'exécution, cf. ATF 106 IV 101 et 123 IV 100.

l'époque contemporaine (*a*) tout en répondant en même temps à une préoccupation relativement ancienne de politique criminelle (*b*)

a) Comment le jugement pénal et surtout l'aval du jugement pourraient-ils échapper à la mercantilisation généralisée des rapports sociaux et (donc) juridiques? «*Oggi si pattegia un po' su tutto*»[67] (aujourd'hui, on marchande un peu sur tout), note un observateur ironique de la scène juridique italienne, en construisant un néologisme à partir du *pattegiamento* (la transaction judiciaire sur la peine). A la bourse des valeurs reconnues par l'ordre juridique, la valeur *transactionnelle* paraît, nonobstant quelques soubresauts, en hausse. Le «paternalisme judiciaire» a aussi mauvaise presse que le paternalisme médical, et la loi doit amener le condamné à se prendre en charge le plus possible et donc à décider de ce qui est bon pour lui. Le problème, classique dans d'autres domaines telle que la gestion d'affaires sans mandat, est que, comme nous l'avons observé à propos de la libération conditionnelle ou du renoncement au travail d'intérêt général, il peut y avoir discordance entre l'intérêt objectif du condamné et son intention clairement manifestée. Cette discordance doit-elle toujours être résolue au bénéfice de l'intention?

b) Il est indéniable qu'en principe, la prise en considération de l'avis du condamné et la recherche de son adhésion devraient rapprocher l'exécution des sanctions de l'objectif imparti au système au début du siècle par R. SALEILLES dans un ouvrage fondateur[68], et repris à satiété par les réformateurs pénaux depuis lors: l'individualisation de la sanction. Il ne s'agit ici au fond que de mettre en oeuvre un des volets du principe de proportionnalité: l'adéquation de la mesure restrictive ou privative de droits avec les intérêts poursuivis, parmi lesquels la réhabilitation du condamné (cf. ci-dessus, ch. I).

Il faut toutefois ajouter un bémol de poids sur cette partition optimiste. La réforme législative et judiciaire du droit des sanctions a incontestablement diversifié la palette des possibilités offertes au juge, mais aussi au condamné: peines dites alternatives, changement d'orientation au cours de la sanction, etc. Le soutien apporté au condamné – ici, c'est l'assistance juridique qui serait nécessaire pour opérer un choix éclairé dans un univers plus complexe

---

[67] Paolo FERRUA, «Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove», *Riv. dir. processuale* 1995, p. 204. Pour une critique du «modèle marchand» du droit, voir plusieurs textes dans *Droit négocié, droit imposé?* (n. 2), en particulier Benoît FRYDMAN, «Négociation ou marchandage. De l'éthique de la discussion au droit de la négociation», pp. 231-242.

[68] Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris 1927.

– n'a pas connu les mêmes développements. On peut se demander si, paradoxalement, les évolutions décalées de l'arsenal législatif et judiciaire d'une part et de l'encadrement effectif du condamné d'autre part ne vont pas ramener ce dernier à son statut d'*objet* alors que les mouvements analysés dans le présent article se fixent pour objectif de le transformer toujours en sujet, participant à l'action qui l'affecte.

Die Deliktshaftung des Verkäufers wegen «Mängel der Kaufsache»

Herbert SCHÖNLE

Das Sachmängelrecht der Art. 197 ff. OR hat seinen Ursprung im Recht der kurulischen Ädilen, das vor mehr als 2000 Jahren (149-124 vor unserer Zeitrechnung) erlassen wurde. Das Recht der unerlaubten Handlung i.S. der Art. 41 ff. OR beruht auf der «Lex Aquilia» vom Jahre 286 vor unserer Zeitrechnung. Beiden Rechtsinstituten hat Bruno Schmidlin sein besonderes Augenmerk gewidmet[1]. Seine Überlegungen sollen hier nach geltendem schweizerischen Recht mit Bezug auf das Verhältnis der beiden Haftungsordnungen weiterentwickelt werden. Nach welchen Vorschriften der Verkäufer haftet, wenn er durch die Lieferung fehlerhafter Ware gleichzeitig eine unerlaubte Handlung begeht, ist bis heute umstritten geblieben. Dazu kommt seit 1. Januar 1994 die Frage des Verhältnisses von Gewährleistungs- und Deliktsrecht zur Haftung nach dem Produktehaftpflichtgesetz vom 18. Juni 1993, wenn der Verkäufer auch als «herstellende Person (Herstellerin)» der fehlerhaften Ware fungiert.

Zur Beurteilung der Deliktshaftung des Verkäufers gemäss Art. 41 ff. OR wegen «Mängel der Kaufsache» (Randtitel bei Art. 197 Abs. 1 OR) bedürfen **drei umstrittene Fragen** der Klärung: *erstens,* wann in der «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR) nicht nur «ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache» (Art. 205 Abs. 1 OR), sondern auch ein Fall «unerlaubter Handlung» i.S. von Art. 41 ff. OR liegt (unten Ziff. I); *zweitens,* ob bei gleichzeitigem Vorliegen von Sachmangel und Rechtswidrigkeit Gewährleistungs- und Deliktsrecht konkurrieren oder ob die Anwendbarkeit der einen Haftungsordnung die der anderen wenigstens hinsichtlich des nach beiden Ordnungen begründeten Schadenersatzanspruchs ausschliesst (unten Ziff. II); *drittens,* ob im Falle der konkurrierenden Anwendbarkeit von Gewährleistungs- und Deliktsrecht bei Widersprüchen die Einwendungen und Einreden der Art. 197 ff. OR oder diejenigen der Art. 41 ff. OR den nach beiden Haftungsordnungen schlüssig begründeten Schadenersatzanspruch des Käufers einschränken (unten Ziff. III).

---

[1] Bruno SCHMIDLIN/Carlo Augusto CANNATA, *Droit privé romain II, Obligations, Successions, Procédure,* Lausanne 1991 (2e éd.), S. 140 ff. und 173 ff.

Die Beantwortung der drei Fragen ist für die Vertragsparteien von erheblicher **praktischer Bedeutung**. Zwar bringt die **Gewährleistungshaftung** wegen Mängel der Kaufsache dem Käufer im Vergleich zur Deliktshaftung bestimmte *Vorteile.* So kann der Käufer Wandelung, Minderung, Ersatzlieferung und Ersatz des «durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten» Schadens (Art. 208 Abs. 2 OR) verlangen, auch wenn den Verkäufer kein Verschulden trifft. Für weitergehende Schadenersatzansprüche wird nach Art. 208 Abs. 3 OR oder Art. 97 Abs. 1 OR im Gegensatz zu Art. 41 Abs. 1 OR das Verschulden des Verkäufers gesetzlich vermutet[2]. Anders als das Deliktsrecht verzichtet somit das Gewährleistungsrecht auf die Verschuldensvoraussetzung oder kehrt wenigstens die Beweislast zulasten des Schädigers um. Von der Schadenersatzpflicht aufgrund der Gewährleistungshaftung für Erfüllungsgehilfen wird der Verkäufer ausserdem nur frei, wenn nicht die Kausalhaftung nach Art. 208 Abs. 2 OR eingreift und wenn er kumulativ beweist, dass ihn selbst (bzw. die Organe der Verkäufergesellschaft, wenn es sich um eine juristische Person handelt) kein Verschulden trifft und dass ihm auch kein Verschulden zur Last gelegt werden könnte, wenn er selbst wie die «Hilfsperson» gehandelt hätte. Das ergibt die Auslegung von Art. 208 Abs. 3 OR oder Art. 97 Abs. 1 OR i.V. mit Art. 101 Abs. 1 OR[3]. Von der Deliktshaftung für Verrichtungsgehilfen kann sich der Verkäufer dagegen nach Art. 55 Abs. 1 OR schon befreien, wenn er beweist, dass er selbst jede nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu vermeiden, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

Trotzdem bringt dem Käufer auch eine etwaige **Deliktshaftung** des Verkäufers *Vorteile.* Greift sie ein, ohne dass auch die Einwendungen und Einreden des Gewährleistungsrechtes massgeblich wären, so braucht der Käufer keine Rügeobliegenheit zu beachten. Sein Schadenersatzanspruch kann deshalb anders als nach Art. 201 Abs. 2 und 3 OR und Art. 210 Abs. 2 OR nicht wegen der Versäumnis einer Rügeobliegenheit untergehen. Ausserdem verjährt dann sein Anspruch erst ein Jahr nach Kenntnis vom Schaden (Art. 60 Abs. 1 OR), nicht schon ein Jahr nach Ablieferung der Kaufsache (Art. 210 Abs. 1 OR). *Nachteilig* wirkt sich nur aus, dass ihm eine zusätzliche Beweislast obliegt, wenn er sich auf die Deliktshaftung beruft. Er muss entweder gemäss Art. 41 Abs. 1 OR das Verschulden des Verkäufers, also zum mindesten dessen Fahrlässigkeit beweisen (bzw. die Fahrlässigkeit der Organe der

---

2 BGE 113 II 246, 247.

3 Vgl. BGer SemJud 113, 1991, 590, 592; BGE 113 II 424, 426 m.w.V.; BGE 92 II 15, 18 f. und 234, 239.

juristischen Person, die als Verkäuferin auftritt). Oder er muss gemäss Art. 55 Abs. 1 OR das Vorliegen einer in der «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR) bestehenden, rechtswidrigen Schadensverursachung durch einen Verrichtungsgehilfen des Verkäufers (bzw. der Verkäufergesellschaft) beweisen. Der Verkäufer kann dann ggf. zu seiner Entlastung den alternativen Sorgfaltsbeweis gemäss Art. 55 Abs. 1 OR führen.

I. «UNERLAUBTE HANDLUNG» DURCH «LIEFERUNG FEHLERHAFTER WARE»?

Die Ansprüche aus «unerlaubter Handlung» (Art. 41 ff. OR) und wegen «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR) haben verschiedene Voraussetzungen. Die Tatbestände können sich aber überschneiden. Die Frage, wann der Verkäufer durch sachlich mangelhafte Vertragserfüllung eine unerlaubte Handlung begeht, muss in Auslegung des ausservertraglichen Haftungsrechtes beantwortet werden. Festzustellen ist, wann eine «unerlaubte Handlung» i.S. der Art. 41 ff. OR vorliegt (unten Ziff. 1), wann «ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache» i.S. von Art. 205 Abs. 1 OR i.V. m. Art. 197 ff. OR (eine «Lieferung fehlerhafter Ware» i.S. von Art. 208 Abs. 2 OR) gegeben ist (unten Ziff. 2) und wann sich beide Tatbestände überschneiden (unten Ziff. 3).

1. Der Begriff der «unerlaubten Handlung» i.S. von Art. 41 ff. OR

Der in der Überschrift zu Art. 41 ff. OR verwendete Begriff der unerlaubten Handlung bringt nach ständiger Rechtsprechung und herrschender, wenn auch keineswegs unumstrittener Ansicht das widerrechtliche Verhalten zum Ausdruck, das im **Verstoss gegen Schutzgesetze** liegt, d.h. im Verstoss gegen geschriebene oder ungeschriebene, allgemein dem Schutz der Rechtsgüter oder der Vermögensinteressen der Rechtsgenossen dienende Gebote oder Verbote der Rechtsordnung, ohne dass für dieses Zuwiderhandeln Rechtfertigungsgründe vorlägen.

Das Bundesgericht sagt: «Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre liegt der Haftungsnorm des Art. 41 OR die **objektive Widerrechtlichkeitstheorie** zugrunde. Danach ist eine Schadenszufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (**Erfolgsunrecht**) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen

eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (**Verhaltensunrecht**). Die im objektiven Normverstoss begründete Widerrechtlichkeit entfällt daher, wenn eine *Schädigung reiner Vermögensrechte* stattgefunden hat, dabei jedoch keine Verhaltensnorm verletzt worden ist, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll»[4]. «Reiner Vermögensschaden liegt ... vor, wenn eine Vermögenseinbusse eintritt, ohne dass eine Person verletzt oder getötet oder eine Sache beschädigt oder zerstört worden, beziehungsweise verlorengegangen ist»[5].

Von dieser ständigen Rechtsprechung abweichende **Mindermeinungen** bleiben für die Zwecke dieser Untersuchung aus praktischen Überlegungen unberücksichtigt, obgleich sie Berücksichtigung verdienten[6]. Vertreten wurde vor allem die Ansicht, jede Verletzung des Schädigungsverbotes, und zwar auch im Rahmen eines vorbestehenden Sonderverhältnisses zwischen bestimmten Personen, sei als widerrechtlich i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR zu werten[7]. Danach wäre eine «unerlaubte Handlung» i.S. von Art. 41 ff. OR selbst dann anzunehmen, wenn die Schädigung durch den zur Leistung Verpflichteten in funktionellem Zusammenhang mit dem Sonderverhältnis steht. Dem einheitlichen Tatbestand der Missachtung des Schädigungsverbotes müsse ein einheitlicher Begriff der Schadenersatzforderung entsprechen. Folglich könne es eine Konkurrenz zwischen deliktischen und vertraglichen Schadenersatzforderungen gar nicht geben[8]. Gewährleistungsrecht habe im Verhältnis zum

---

4 BGE 119 II 127, 128 f.; 116 Ib 367, 373 f. mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

5 BGE 118 II 176, 179; Literaturhinweise und Begriffsanalyse bei Viktor AEPPLI, «Der Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR», *SJZ* 93 (1997), S. 405.

6 Nach der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie wäre auch die Verursachung eines «reinen Vermögensschadens» widerrechtlich. «Widerrechtlich» i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR soll danach jedes schädigende Verhalten sein, soweit keine Rechtfertigung der Schädigung vorliegt (Bruno GABRIEL, *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, Eine These,* Diss., Freiburg 1987, S. 83 ff. N 288 ff.). Rechtswidrig sei vor allem die Sorgfaltspflichtsverletzung, nicht notwendig nur die Rechtsgüterverletzung oder der sonstige Normverstoss. Anders als nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie könne deshalb auch die Schädigung durch «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR) eine unerlaubte Handlung i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR sein; zur Sorgfaltspflichtsverletzung als Rechtswidrigkeitskriterium vgl. auch Gilles PETITPIERRE, «Les fondements de la responsabilité civile», *ZSR* I 116 (1997), S. 273-295, 277 ff.

7 Peter JÄGGI, «Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung», in: *Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze,* Zürich 1976, S. 164-179, und in: *Festschrift Wilhelm Schönenberger,* Freiburg 1968, S. 181-197; GABRIEL, *Die Widerrechtlichkeit* (Anm. 6), S. 83 ff. N 288 ff., S. 242 N 840 und S. 261 N 903.

8 JÄGGI, Zum Begriff (Anm. 7), S. 175.

allgemeinen Deliktsrecht den Rang von Sonderbestimmungen. So müsse z.B. im Falle der «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR), obschon darin auch ein Fall «unerlaubter Handlung» i.S. von Art. 41 ff. OR liege, die Verjährungsvorschrift des Art. 210 OR als Sondervorschrift nicht nur «vertragliche» sondern auch «ausservertragliche» Ersatzansprüche erfassen[9]. Solche Ansichten gehen von anderen Voraussetzungen aus als die h.L. und Rechtsprechung und kommen deshalb auch zu anderen Ergebnissen. Im folgenden interessieren aus praktischen Rechtsanwendungsüberlegungen

[9] JÄGGI, Zum Begriff (Anm. 7), S. 177 f.; ähnlich im Ergebnis GABRIEL, *Die Widerrechtlichkeit* (Anm. 6), S. 267, N 931; nach Franz WERRO, «La responsabilité pour faute (art. 41 ss CO) de l'entrepreneur vis-à-vis du maître pour les défauts de l'ouvrage», *BR/DC* 1996, S. 64 ff., 68, sind zwar nicht nur Mängelfolgeschäden sondern auch Mängelschäden am Vertragsgegenstand widerrechtlich verursacht, der Anspruch aus Deliktshaftung konkurriere aber frei, d.h. nicht durch die Einwendungen und Einreden des Gewährleistungsrechts beschränkt, mit der Mängelhaftung.
Wenn zwar in der blossen Vertragsverletzung keine widerrechtliche «unerlaubte Handlung» gesehen wird, wenn aber im Falle der Gesetzeskonkurrenz, d.h. der gleichzeitigen Verwirklichung von Vertragsverletzung und Delikt im konkreten Fall, die Spezialität der Vertragshaftung deliktsrechtliche Ansprüche ausschliesst (so allgemein z.B. Andreas VON TUHR/Arnold ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht,* Bd. 2, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 109; einschränkend BIERI, *Die Deliktshaftung des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller für mangelhafte Werke nach schweizerischem Recht,* Aachen 1995 und Diss., Freiburg 1993, S. 67 ff., wonach nur Sachschäden, die der Besteller eines Werkes als vertragstypische Risikofolge erleidet, von der Deliktshaftung des Unternehmers ausgeschlossen sind), ist damit auch das Problem des Geltungsbereichs von Einwendungen und Einreden des Gewährleistungsrechts (unten Ziff. III) gelöst.
Schliesslich werden auch kombinierte Mittelmeinungen vertreten. So soll zwar grundsätzlich Anspruchskonkurrenz gelten (weshalb auch grundsätzlich die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit und die Verjährungsregelung des Gewährleistungsrechtes nicht auf deliktische Ansprüche anzuwenden seien). Für «Weiterfresserschäden» aber müsse trotz deliktischer Eigentumsverletzung eine Ausnahme von der Anspruchskonkurrenz angenommen werden, weil das Vertragsrecht in diesem Sonderfall eine abschliessende Regelung enthalte und Deliktsrecht verdränge (so Lorenz FASTRICH, «Zur Frage der Konkurrenz von kaufrechtlicher Sachmängelhaftung und Schadenersatz aus Delikt», *AJP* 1995, S. 1115, 1121 ff.; in Wirklichkeit sind nach der hier vertretenen Auffassung im Falle der «Weiterfresserschäden» an der Kaufsache die Voraussetzungen einer Deliktshaftung gar nicht erfüllt). Ferner wird die Ansicht vertreten, dass die grundsätzliche Anspruchskonkurrenz nicht im Verhältnis zur vertraglichen Kausalhaftung nach Art. 208 Abs. 2 OR gelte, weil alle gesetzlichen Haftungsgrundlagen, die eine Ausnahme von der Verschuldensvoraussetzung des Art. 41 Abs. 1 OR begründen, exklusiv anzuwendende Sondervorschriften seien (Verweise und Kritik bei FASTRICH, a.a.O., S. 1115, 1117 f.). In Wirklichkeit sind im Sinne der herrschenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie nur die Normen, die eine ausservertragliche Kausalhaftung begründen, nicht auch jene, die die Vertragshaftung begründen, Sondervorschriften im Verhältnis zur allgemeinen Bestimmung des Art. 41 Abs. 1 OR, die das Verschulden des Schädigers als Haftungsvoraussetzung verlangt.

ausschliesslich die Auswirkungen der herrschenden, objektiven Widerrechtlichkeitstheorie auf das Verhältnis von Gewährleistungs- und Deliktshaftung.

Fehlen besondere Rechtfertigungsgründe, so ist nach h.L. vor allem die **Verletzung eines absoluten, subjektiven Rechtes** des Käufers eine unerlaubte Handlung des Verkäufers i.S. von Art. 41 ff. OR («Erfolgsunrecht»). Die Normen, die die absoluten, subjektiven Rechte der einzelnen Rechtsgenossen begründen und schützen, sind Schutzgesetze i.S. des Rechtswidrigkeitsbegriffs[10]. So ist vor allem jeder ohne rechtfertigenden Grund vorgenommene Eingriff in die körperliche Integrität anderer und jede derartige Eigentumsverletzung eine unerlaubte Handlung i.S. von Art. 41 ff. OR[11].

Eine **absichtliche Irreführung** des Käufers hinsichtlich der Eigenschaften der Kaufsache, z.B. die «absichtliche Täuschung» i.S. von Art. 28 Abs. 1 OR, das «arglistige Verschweigen» von Fehlern i.S. von Art. 199 OR, die «arglistige Irreführung» i.S. von Art. 146 Abs. 1 StGB, verletzt zwar nicht absolute, subjektive Rechte des Käufers. Sie verursacht deshalb ggf. nur eine «reine Vermögensschädigung»[12]. Sie verstösst aber, wenn schon nicht gegen geschriebenes Recht, so doch jedenfalls gegen eine gewohnheitsrechtliche Verhaltensvorschrift, die die Vermögensinteressen der Rechtsgenossen schützt («Verhaltensunrecht»). Deshalb ist auch sie rechtswidrig i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR[13].

Dagegen genügt die **blosse Vertragsverletzung** nach h.L. nicht für das Vorliegen einer widerrechtlichen, unerlaubten Handlung i.S. von Art. 41 ff. OR. Die Nichterfüllung oder Schlechterfüllung einer Verbindlichkeit i.S. von Art. 97 Abs. 1 OR in einem rechtlichen Sonderverhältnis zwischen bestimmten Personen greift zwar in relative subjektive Rechte des Gläubigers ein, verstösst aber als solche nach herrschender Auffassung nicht gegen eine Schutznorm, deren Verletzung widerrechtlich i.S. von Art. 41 ff. OR wäre[14].

---

[10] Roland BREHM, *(Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR,* Bern 1990, N 39 zu Art. 41 OR.

[11] BGE 120 II 58, 60.

[12] BGE 119 II 127, 128 f.

[13] BREHM, *Berner Kommentar* (Anm. 10), N 44 f. zu Art. 41 OR; Heinrich HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* Zürich 1995, S. 38 f.; Alfred KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Band I,* Bern 1996, S. 285 N 1217.

[14] So schon BGE 17, 307, 312 f. zum alten OR; BREHM, *Berner Kommentar* (Anm. 10), N 41 f. zu Art. 41 OR; Heinrich HONSELL, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), *(Basler) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR,* 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 7 der Vorbem. zu Art. 197-210 OR; Peter GAUCH,

Das gilt entgegen den Vorschlägen des Vorentwurfes zur Revision des Haftpflichtrechts in der konsolidierten Fassung vom 18. Dezember 1996 auch für die sog. «**positive Vertragsverletzung**». Als Verletzung der Grundsätze von Treu und Glauben i.S. von Art. 2 Abs. 1 ZGB im Rahmen eines vertraglichen (oder ggf. vorvertraglichen) Sonderverhältnisses zwischen bestimmten Personen bleibt sie nach geltendem Recht und nach objektiver Widerrechtlichkeitstheorie der Haftungskategorie «Nichterfüllung» und «Nicht- oder nicht gehörige Bewirkung der Erfüllung einer Verbindlichkeit» (i.S. der Überschrift zum Zweiten Abschnitt des Zweiten Titels des Schweizerischen Obligationenrechts und i.S. von Art. 97 Abs. 1 OR) zugeordnet, nicht der Haftungskategorie «unerlaubte Handlung» i.S. der Art. 41 ff. OR[15].

2. Der «Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache» i.S. von Art. 205 Abs. 1 OR i.V. mit Art. 197 ff. OR

Art. 197 Abs. 1 OR erfasst drei verschiedene Arten von «**Mängeln der Kaufsache**»: «körperliche Mängel» der Kaufsache, «die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern», «rechtliche Mängel» der Kaufsache, «die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern», und das Fehlen «zugesicherter Eigenschaften» der Kaufsache. Alle drei Arten solcher «nicht gehöriger Erfüllung der Verbindlichkeit» des Verkäufers i.S. von Art. 97 Abs. 1 OR sind infolge der «Mängel der Kaufsache» (so der Randtitel bei Art. 197 OR), d.h. infolge der «Gewährsmängel» (nach der Ausdrucksweise des Art. 199 OR), durch die «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR, – «Ware» i.S. von «Kaufsache») gekennzeichnet. «Fehlerhaft» ist dabei im subjektiven Sinne gemeint. Auch eine im objektiven Sinne fehlerfreie Sache ist i.S. des Gewährleistungsrechtes «fehlerhaft», wenn sie bei Gefahrübergang nicht die zugesicherten oder vertraglich vorausgesetzten Eigenschaften aufweist[16].

Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, S. 620 N 2345; a.M. u.a. die in Anm. 7-9 zitierten Autoren.

[15] Dazu im einzelnen, jeweils m.w.V., Walter FELLMANN, «Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?», *recht* 15 (1997), S. 95 ff.; Peter GAUCH, «Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung», *ZSR* I 116 (1997), S. 315-341; Pierre WESSNER, «Droit contractuel et droit délictuel: à la recherche de frontières naturelles en matière de responsabilité civile», *SVZ* 1997, S. 16 ff.

[16] Hans GIGER, *(Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR*, Bern 1979, N 51 zu Art. 197 OR.

Die «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR) begründet die «Gewährspflicht» (Art. 199 OR) bzw. die «Pflicht zur Gewährleistung» (Art. 198 OR) des Verkäufers, der somit dem Käufer dafür «haftet» (Art. 197 Abs. 1 OR, 200 Abs. 1 und 2 OR), dass die Kaufsache keine Mängel aufweist. Entsprechend ihrem Randtitel regeln die Art. 197-210 OR unter der allgemeinen Rubrik «Verpflichtungen des Verkäufers» (Randtitel bei Art. 188 OR) die «**Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache**». Gewährleisten heisst haften im Sinne des Einstehens für ein bestimmtes Ereignis[17]. Es geht um die Rechtsfolgen, die eingreifen, wenn die Kaufsache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs «Mängel» i.S. von Art. 197 Abs. 1 OR aufweist. Nicht erforderlich ist nach Art. 197 Abs. 2 OR für die Rechtsfolgen, dass der Verkäufer die Mängel gekannt hat. Die Art. 197 ff. OR sind Sonderbestimmungen, die den allgemeinen «Folgen der Nichterfüllung» i.S. der Art. 97 ff. OR, wenn i.S. von Art. 97 Abs. 1 OR «die Erfüllung der Verbindlichkeit ... nicht gehörig bewirkt werden» kann, grundsätzlich vorgehen.

Der **Inhalt der «Gewährleistung» des Verkäufers** besteht in den Rechten des Käufers, die das Gesetz vorsieht, wenn keine Einwendungen und Einreden des Verkäufers berücksichtigt werden müssen. Vorgesehen sind nach dem Wortlaut des Art. 205 Abs. 1 OR vor allem die «Wandelungsklage» und die «Minderungsklage», die Forderung auf Ersatzlieferung beim Gattungskauf nach Art. 206 Abs. 1 OR sowie ein Schadenersatzanspruch, und zwar entweder aufgrund von Art. 208 Abs. 2 und 3 OR nach Wandelung oder nach h.L. aufgrund von Art. 97 Abs. 1 OR im Falle der Aufrechterhaltung der Vertragsverbindlichkeit. Letzterer unterliegt als Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach ständiger Rechtsprechung und h.L. richtigerweise den Einwendungen und Einreden gemäss Art. 199 ff. OR, wenn die schuldhaft «nicht gehörige Erfüllung der Verbindlichkeit» des Verkäufers i.S. von Art. 97 Abs. 1 OR in der «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR), d.h. in der «Ablieferung» (Art. 210 Abs. 1 und 2 OR) der Kaufsache mit «Gewährsmängeln» (Art. 199 OR) liegt[18].

---

[17] Peter JÄGGI, in: SCHÖNENBERG/JÄGGI (Hrsg.), *(Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Das Obligationenrecht, Teilband V 1a, Allgemeine Einleitung, Vorbem. vor Art. 1 OR, Kommentar zu Art. 1-17 OR*, 3. Aufl., Zürich 1973, N 58 Vorbem. vor Art. 1 OR; Eugen SPIRIG, *(Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V/1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, 1. Lieferung Zürich 1993 (Kommentar zu Art. 164-174 OR)*, 2. Lieferung Zürich 1994 (Art. 175-193 OR), N 2 Vorbem. zu Art. 171-173 OR.

[18] Verweise bei Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2 Bände, 6. Aufl., Zürich 1995, Band II, S. 210 N 3175; a.M. GIGER, *Berner Kommentar* (Anm. 16), N 26 ff. Vorbem. zu Art. 197-210 OR; Max KELLER/Kurt SIEHR, *Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht*, 3. Aufl., Zürich 1995, S. 106.

3. Die Voraussetzungen einer «unerlaubten Handlung» (Art. 41 ff. OR) durch «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR)

Die Tatbestände der «Lieferung fehlerhafter Ware» i.S. von Art. 208 Abs. 2 OR und einer «unerlaubten Handlung» i.S. von Art. 41 ff. OR können sich überschneiden. Erleidet der Käufer z.B. einen **Personenschaden** dadurch, dass er infolge eines Fehlers der gelieferten Kaufsache erkrankt oder verletzt wird, so sind sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen des Sachmangels i.S. von Art. 197 Abs. 1 OR als auch jene der Widerrechtlichkeit i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR erfüllt. Ebenso ist die **absichtliche Irreführung** des Käufers hinsichtlich der Eigenschaften der Kaufsache rechtswidrig i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR[19]. In solchen Fällen stellt sich die Frage der konkurrierenden oder ausschliesslichen Anwendbarkeit von Gewährleistungs- und/oder Deliktsrecht, sowie die Frage des Geltungsbereichs der Einwendungen und Einreden des Gewährleistungsrechts bezüglich des Schadenersatzanspruchs, wenn grundsätzlich die Anspruchskonkurrenz eingreift.

Vor allem liegt sowohl «ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vor» (Art. 205 Abs. 1 OR), als auch eine widerrechtliche Schadenszufügung i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR, wenn die «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR) im Vermögen des Käufers eine **Eigentumsverletzung** an Sachen bewirkt, deren Eigentümer der Käufer schon vor der Lieferung war. Auch wenn der Käufer von mangelhaften Sachen durch deren Verbindung mit mangelfreien Sachen, die in seinem Eigentum stehen, eine neue Sache herstellt und wenn die mangelhaften Teile nicht mehr ohne Beschädigung der mangelfreien Teile von diesen getrennt werden können, handelt es sich jedenfalls im Zeitpunkt der Trennung um eine Eigentumsverletzung an den bisher unversehrten Teilen der neuen Sachen. Werden schliesslich Sachen, die der Käufer erst nach der «Lieferung fehlerhafter Ware» zu Eigentum erwirbt, infolge des Sachmangels der Kaufsache beschädigt oder zerstört, so sind sowohl die Voraussetzungen einer Gewährleistungshaftung für Mängelfolgeschäden, als auch einer Deliktshaftung erfüllt, wenn der spätere Eigentumserwerb nicht den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der unerlaubten, durch die «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR) begangenen Handlung (Art. 41 ff. OR) unterbrochen hat[20].

---

[19] Vgl. oben Ziff. 1 und Anm. 13.

[20] Der adäquate Kausalzusammenhang ist unterbrochen, wenn es im Augenblick der Lieferung der fehlerhaften Sache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung völlig unwahrscheinlich war, dass der Käufer später auch die anschliessend beschädigte oder zerstörte Sache erwerben würde. Ferner ist der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der widerrechtlichen Lieferung fehlerhafter Ware

Schäden an der Kaufsache selbst, auch wenn sie infolge des Sachmangels erst nach Gefahrübergang beim Käufer auftreten, erfüllen dagegen nicht den Tatbestand der widerrechtlichen Schadenszufügung i.S. von Art. 41 OR. Durch ihr Entstehen verletzt der Verkäufer nur seine vertraglichen Verkäuferpflichten, nicht auch allgemeine, gegenüber jedermann bestehende Verhaltenspflichten. Infolge des Mangelunwerts der gelieferten Sache ist nur «die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht gehörig bewirkt» (Art. 97 Abs. 1 OR), nicht auch dem Käufer «widerrechtlich Schaden zugefügt» worden (Art. 41 Abs. 1 OR).

Auch wenn also der Sachmangel den Keim zu sog. «**Weiterfresserschäden**» an der Kaufsache enthält, ja sogar wenn später beim Käufer «die Sache infolge ihrer Mängel ... untergegangen ist» (Art. 207 Abs. 1 OR), sind nur die Voraussetzungen der Gewährleistungshaftung, nicht auch jene der Deliktshaftung erfüllt[21]. Die Mangelhaftigkeit der gekauften und nach dem Erwerb durch den Käufer wegen ihres Mangels weiter beschädigten oder untergegangenen Kaufsache ist keine durch die Lieferung bewirkte Eigentumsverletzung beim Käufer. Weist ein Teil der einheitlichen Kaufsache einen Mangel auf, der durch «Weiterfressen» zu einer Beschädigung oder Zerstörung der in das Eigentum des Käufers übergegangenen, intakten Restsache führt, so liegt darin keine deliktsbegründende Eigentumsverletzung[22].

Die **deutsche Rechtsprechung**[23] und ein Teil der Lehre[24] wollen demgegenüber im Falle der sog. «Weiterfresserschäden» nur dann keinen Eingriff in die Eigentumsrechte des Käufers annehmen, wenn zwischen dem defekten

---

und dem Eingriff in Eigentumsrechte des Käufers unterbrochen, wenn es im Augenblick der Lieferung ausser aller Wahrscheinlichkeit lag, dass der Sachmangel zur Beschädigung oder Zerstörung der später erworbenen Sache führen würde. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts «hat ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint» (BGE 123 III 110, 112).

21 A.M. FASTRICH, Konkurrenz (Anm. 9), S. 1115-1125, 1119 ff., wonach aber eine Ausnahme von der Anspruchskonkurrenz anzunehmen sei, weil das Vertragsrecht in diesem Sonderfall eine abschliessende Regelung enthalte.

22 GAUCH, *Der Werkvertrag* (Anm. 14), S. 620 N 2345; Herbert SCHÖNLE, *(Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Das Obligationenrecht, Teilband V/2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR*, Zürich 1993, N 194 zu Art. 184 OR.

23 BGHZ 86, 256, 259; BGHZ 67, 359; BGH NJW 1995, 2420; BGH NJW 1992, 1678 und JR 1992, 467; BGH NJW 1983, 812; BGH NJW 1978, 2242.

24 Vgl. FASTRICH, Konkurrenz (Anm. 9), S. 1120 N 32 und 34; weitere Verweise vgl. SCHÖNLE, *Zürcher Kommentar* (Anm. 22), N 194 zu Art. 184 OR.

Teil und der später beeinträchtigten gesamten Kaufsache «**Stoffgleichheit**» besteht. «Stoffgleichheit» wird angenommen, wenn der geltend gemachte Sachschaden mit der Entwertung der Kaufsache durch den anfänglichen Teilmangel identisch ist. Liegt eine solche «Stoffgleichheit» nicht vor, ist der Schaden also nicht mit dem Minderwert der Kaufsache identisch und lässt sich das mangelhafte Teilstück auch nicht ohne Beschädigung der mangelfreien Teile der Kaufsache und ohne unverhältnismässig grossem Aufwand auswechseln, so sei auch der Schaden an der gesamten Kaufsache widerrechtlich i.S. des Deliktsrechts verursacht worden[25].

Der Tatbestand der Eigentumsverletzung sei also erfüllt, wenn an dem mit einem ursprünglichen Fehler behafteten Kaufgegenstand weitere, über diesen Mangel hinausgehende Schäden entstehen. Nur den Schutz seines Nutzungs- und Äquivalenzinteresses könne der Käufer ausschliesslich aufgrund des Vertrages verlangen. Wenn auch sein allgemeines Integritätsinteresse hinsichlich seiner Rechtsgüter beeinträchtigt wird, greife der Deliktsrechtsschutz ein. Das sei auch dann der Fall, wenn infolge mangelhafter Einzelteile die im übrigen einwandfreie gesamte Kaufsache nach Eigentumsübergang beschädigt oder zerstört wird[26].

Es empfiehlt sich nicht, dieser Rechtsprechung auch in **Anwendung des schweizerischen Rechts** zu folgen[27]. Wenn man schon im Sinne der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Lehre die beachtliche Mindermeinung, derzufolge jede Verletzung des Schädigungsverbotes auch im Rahmen eines vorbestehenden Sonderverhältnisses zwischen bestimmten Personen als widerrechtlich i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR zu werten sei, ablehnt[28], sollte die Unterscheidung zwischen Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung wenigstens folgerichtig durchgeführt werden. Dann aber bleiben auch «Weiterfresserschäden» an der Kaufsache im Rahmen der Schlechterfüllung des Kaufvertrages verhaftet, ohne den Tatbestand der «unerlaubten Handlung», d.h. der widerrechtlichen Verletzung geschriebener oder ungeschriebener, allgemein dem Schutz der Rechtsgüter oder der Vermögensinteressen der Rechtsgenossen dienenden Gebote oder Verbote der Rechtsordnung zu erfüllen.

---

[25] Alexander GANTER, «Die Anwendung von Deliktsrecht neben kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen – BGHZ 86, 256», *JuS* 1984, S. 592 ff., 595.

[26] Ulrich HUBER, Kommentar zu §§ 433-454 und 456-515 BGB, in: Th. SOERGEL (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht II (§§ 433-515 BGB, AGB-Gesetz, AbzG, EKG, EAG)*, 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1991, N 267 vor § 459 BGB; Peter SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl., Tübingen 1995, S. 48 N 93 m.w.V.

[27] SCHÖNLE, *Zürcher Kommentar* (Anm. 22), N 194 zu Art. 184 OR; a.M. FASTRICH, Konkurrenz (Anm 9), S. 1121.

[28] Vgl. die in Anm. 7-9 zitierten Autoren.

Auch bei fehlender «Stoffgleichheit» ist somit das Problem der «Weiterfresserschäden» grundsätzlich nur im vertraglichen Leistungsstörungsrecht anzusiedeln[29]. Die Verschaffung mangelhaften Eigentums durch «Lieferung mangelhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR) bewirkt auch dann keine weitere Eigentumsverletzung beim Käufer, wenn Schäden an der mangelhaften Kaufsache erst nach der Eigentumsübertragung auftreten. Das gilt auch dann, wenn zwischen diesen neuen Schäden und dem ursprünglichen Mangel keine «Stoffgleichheit» besteht, und selbst dann, «wenn die Sache infolge ihrer Mängel ... untergegangen ist» (Art. 207 Abs. 1 OR). Auch dann verursacht nur der im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhandene Mangel den späteren Schaden am Gegenstand des Kaufvertrages selbst. Bemerkenswert ist, dass auch nach dem Produktehaftpflichtgesetz vom 18. Juni 1993 gemäss Art. 1 Abs. 2 «die Herstellerin» «nicht für den Schaden am fehlerhaften Produkt» ausservertraglich haftet.

Fraglich könnte allenfalls sein, ob bereits in der **Gefährdung** der Beeinträchtigung von absoluten, subjektiven Rechten des Käufers oder Dritter durch das In-Verkehr-Bringen der mangelhaften Kaufsache im Augenblick der «Lieferung fehlerhafter Ware» eine unerlaubte Handlung liegt und ob dann, wie gelegentlich behauptet wurde, der «Weiterfresserschaden» an der Kaufsache selbst eine ersatzpflichtige Realisierung des Haftungsrisikos darstellt[30]. «Nach allgemein anerkanntem Rechtssatz muss, wer einen Zustand schafft, der einen anderen schädigen könnte, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen treffen ... Die Unterlassung solcher Vorsichtsmassnahmen ist rechtswidrig»[31].

Daraus folgt, dass dieser «Gefahrensatz» zwar eine gewisse Bedeutung sowohl für das Verschulden als auch für die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers erlangen kann. Zusammen mit Art. 41 Abs. 1 OR kann er Grundlage für den Anspruch auf Ersatz des durch die Gefährdung verursachten Schadens sein, z.B. für den Anspruch auf Ersatz der Kosten, die die Beseitigung der widerrechtlichen Gefährdung verursacht. Für die Abgrenzung der «Vertragshaftung» von der Deliktshaftung ist er jedoch untauglich[32]. Konkretisiert sich die Gefährdung der Rechtsgüter des Käufers in der effekti-

---

[29] Zur Kritik der Theorie einer deliktischen «Weiterfresser»-Haftung in der Schweiz vgl. auch GAUCH, *Der Werkvertrag*, (Anm. 14), S. 620 f. N 2345; Heinrich HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil*, 4. Aufl., Bern 1997, S. 100; HONSELL, *(Basler) Kommentar* (Anm. 14), N 7 der Vorbem. zu Art. 197-210 OR.

[30] Dies bejaht SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht* (Anm. 26), S. 48 N 93; die deutsche Rechtsprechung hat das jedoch abgelehnt, BGH NJW 1985, 2420 f.

[31] BGE 93 II 329, 339.

[32] A.M. HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht* (Anm. 29), S. 99.

ven Verletzung absoluter, subjektiver Rechte, so begründet nur der Verstoss gegen die Normen, die die verletzten Rechte selbst begründen und schützen, die Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens. Art. 41 Abs. 1 OR i.V. mit diesen Normen, und nicht zusammen mit dem gewohnheitsrechtlichen «Gefahrensatz», gibt dann dem Käufer Anspruch auf Ersatz des durch die unerlaubte Handlung verursachten Schadens[33]. In der blossen Gefährdung der Beeinträchtigung von absoluten, subjektiven Rechten des Käufers oder Dritter durch das In-Verkehr-Bringen der mangelhaften Kaufsache liegt noch nicht die ersatzpflichtige Realisierung des Haftungsrisikos. Erst recht liegt in der blossen Gefährdung der Verursachung eines «Weiterfresserschadens» an der Kaufsache selbst nicht eine unerlaubte Handlung, die den Verkäufer ausservertraglich auch zum Ersatz des später wirklich eingetretenen Schadens verpflichten könnte.

II. ANSPRUCHSKONKURRENZ IM FALLE «UNERLAUBTER HANDLUNG» DURCH «LIEFERUNG FEHLERHAFTER WARE»?

Wenn in der «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR) nicht nur «ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache» (Art. 205 Abs. 1 OR), sondern gleichzeitig auch ein Fall «unerlaubter Handlung» i.S. von Art. 41 ff. OR liegt, ist nach h.L. die Voraussetzung einer **Konkurrenz zwischen Gewährleistungs- und Deliktshaftung** i.S. der alternativen und zum Teil sogar kumulativen Anwendbarkeit der beiden Rechtsgebiete erfüllt. Weder wird grundsätzlich das Deliktsrecht von der Vertragsordnung verdrängt, noch umgekehrt. «Besteht zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten ein Vertragsverhältnis, so stehen der Deliktsanspruch und der Vertragsanspruch im Verhältnis der Klagekonkurrenz zueinander»[34]. Schon 1891 hat

---

[33] BREHM, *Berner Kommentar* (Anm. 10), N 51 zu Art. 41.

[34] BGE 120 II 58, 61; 118 II 502, 506; 113 II 246, 247; 107 II 161, 168; 90 II 86, 88; 77 II 148, 151; 71 II 107, 115; 67 II 132, 136; 64 II 254, 258 ff.; KantG St. Gallen, *SJZ* 65, 1969, 278 f.; Hans Rudolf BARTH, *Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung*, Diss. Zürich 1957, S. 203; Eugen BUCHER, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 107 f.; GIGER, *Berner Kommentar* (Anm. 16), N 55 ff. Vorbem. zu Art. 197-210 OR; Anton K. SCHNYDER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), *(Basler) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a. M., N 2 zu Art. 41 OR; KELLER/SIEHR, *Kaufrecht* (Anm. 18), S. 107; Markus NEUENSCHWANDER, *Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht*,

das Bundesgericht zum alten Recht entschieden, es könne «ein und derselbe Thatbestand einerseits eine Vertragsverletzung, andererseits eine unerlaubte Handlung enthalten, so dass aus demselben konkurrierend eine Kontrakts- und eine Deliktsklage entspringen»[35].

Der **Zweck der Deliktshaftung** verlangt grundsätzlich deren Eingreifen auch im Sonderverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer. Es wäre nicht angemessen, den Käufer als Erwerber der fehlerhaften Sache rechtlich schlechter stellen zu wollen, als einen Dritten, der durch das Inverkehrbringen der Kaufsache geschädigt wird. Solches konnte nicht Sinn und Zweck der Art. 197 ff. sein. «Der Käufer kann durch den Umstand, dass er die schadenstiftende Sache vom Verkäufer gekauft hat, nicht schlechter gestellt werden als jeder beliebige Dritte, der in vergleichbarer Weise geschädigt wird»[36]. Deshalb kommen dem Käufer nach h.L. grundsätzlich auch die Vorteile der Deliktshaftung des Verkäufers zugute, wenn die Schlechtlieferung gegen geschriebene oder ungeschriebene, allgemein dem Schutz der Rechtsgüter oder der Vermögensinteressen der Rechtsgenossen dienende Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst.

Die Anspruchskonkurrenz kann jedoch Verschiedenes bedeuten. Sie führt zunächst zur **Kumulation der Ansprüche**. Vorbehaltlich der jeweils massgeblichen und ggf. erheblichen Einwendungen und Einreden (unten Ziff. 3) kann der Käufer den deliktischen Schadenersatzanspruch zusätzlich zu den Gewährleistungsrechten geltend machen, soweit letztere nicht auch auf Schadenersatz gerichtet sind. So kann er, wenn die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, nach Art. 205 Abs. 1 OR die «Wandelungsklage» erheben und gleichzeitig nach Art. 41 Abs. 1 oder Art. 55 OR den Schaden, der ihm durch die Schlechtlieferung z.B. an seinem Eigentum verursacht worden ist, unter den Voraussetzungen der Art. 41 ff. OR ersetzt verlangen. Im Falle des Gattungskaufes kann er nach Art. 206 Abs. 1 OR Ersatzlieferung und darüberhinaus nach Art. 41 ff. OR Schadenersatz fordern. Vor allem aber kann er auch sein Recht auf Kaufpreisminderung zusätzlich zu seinem auf Art. 41 Abs. 1 oder Art. 55 OR wegen Eigentumsverletzung gegründeten Schadenersatzanspruch geltend machen[37].

Diss., Bern 1971, S. 50; Roger SECRÉTAN, «Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse», *ZSR* 68 (1949), S. 183 ff.

35 BGE 17, 307, 312.

36 SOERGEL/HUBER, *Bürgerliches Gesetzbuch* (Anm. 26), N 261 und 270 vor § 459 BGB.

37 Silvio VENTURI, *La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Diss., Freiburg 1994, S. 356 N 1636.

Schwieriger gestaltet sich das **Verhältnis des deliktischen zum vertraglichen Schadenersatzanspruch.** Eine **Anspruchskumulation** kommt hier nur insoweit in Frage, als dem Käufer inhaltlich und höhenmässig verschiedene Ersatzforderungen zustehen. So kann der Käufer z.B. nach Art. 208 Abs. 2 OR den Schaden ersetzt verlangen, der sein Nutzungs- und Äquivalenzinteresse an der Kaufsache verletzt und ihm «durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist». Wenn er ausserdem infolge des Fehlers der gelieferten Kaufsache erkrankt oder eine Eigentumsverletzung in seinem Vermögen erleidet, kann er ferner nach Art. 41 ff. OR Ersatz des Schadens fordern, der ohne rechtfertigenden Grund sein allgemeines Integritätsinteresse in Bezug auf seine Rechtsgüter beeinträchtigt.

Nicht mehr um die Anspruchskonkurrenz i.e.S., d.h. um die Konkurrenz mehrerer unabhängig von einander und nebeneinander bestehender Ansprüche, geht es dagegen, wenn sich sein Anspruch auf Ersatz desselben Schadens auf beide Haftungsordnungen stützt, z.B. wegen Eigentumsverletzung auf Art. 41 ff. OR, und weil es sich auch um einen durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursachten Mängelfolgeschaden handelt, auf Art. 208 Abs. 3 OR. Dann handelt es sich um eine **Anspruchsnormenkonkurrenz.** Bei einer Mehrheit von Anspruchsgrundlagen entsteht nur ein einziger, aber mehrfach begründeter Anspruch auf Ersatz des verursachten Schadens[38].

Auch dann noch wird grundsätzlich ein und derselbe, auf verschiedene Anspruchsgrundlagen gestützte Schadenersatzanspruch je nach Haftungsordnung getrennt nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt, seiner Durchsetzung und in der Regel auch nach seinen Einwendungen und Einreden beurteilt, soweit diese sich nicht widersprechen[39]. Wegen der Vertragsverletzung kann sich der Käufer auf Art. 208 Abs. 2 und 3 OR (im Falle der Wandelung) oder auf Art. 97 Abs. 1 oder Art. 101 Abs. 1 OR berufen (im Falle der Aufrechterhaltung der Vertragsverbindlichkeit[40]); wegen der unerlaubten Handlung kann er Ersatz nach Art. 41 Abs. 1 oder Art. 55 Abs. 1 OR verlangen. Dabei bringt jedoch die Erfüllung der auf der einen Gesetzesgrundlage beruhenden Schadenersatzverbindlichkeit dieselbe Schuld auch insoweit zum Erlöschen, als sie nach der anderen Haftungsordnung begründet wäre.

---

[38] Helmut KOZIOL, «Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich», *JBl* 116 (1994), S. 209-223, 221 m.w.V.

[39] GAUCH/SCHLUEP, *OR AT* (Anm. 18), Bd. II, S. 162 ff. N 2909-2915, mit zahlreichen Verweisen auf Rspr. und Lehrmeinung; vergleichsweise zum deutschen Recht: BGHZ 101, 337; 86, 256; 67, 359; 66, 315; FASTRICH, Konkurrenz (Anm. 9), S. 1115, 1119 f.; zum Geltungsbereich der unterschiedlichen Einwendungen und Einreden vgl. unten Ziff. 3.

[40] Vgl. oben Anm. 18.

Rechtsanwendungsschwierigkeiten entstehen unter solchen Voraussetzungen, weil dem doppelt schlüssig begründeten Schadenersatzanspruch nach Gewährleistungs- und Deliktsrecht widersprüchliche Einwendungen und Einreden entgegenstehen. Problematisch sind im Falle der Anspruchsnormenkonkurrenz vor allem die Fragen der Verwirkung und der Verjährung des Schadenersatzanspruchs, d.h. die Frage des Geltungsbereichs von Art. 201 Abs. 2 und 3 OR und Art. 210 Abs. 2 OR bezüglich der Verwirkung (unten Ziff. III.1) und des Art. 210 Abs. 1 oder des Art. 60 OR bezüglich der Verjährung (unten Ziff. III.2).

III. DER GELTUNGSBEREICH DER EINWENDUNGEN UND EINREDEN DES GEWÄHRLEISTUNGSRECHTS

1. Der Geltungsbereich der Verwirkungseinwendung gemäss Gewährleistungsrecht im Falle der Anspruchsnormenkonkurrenz

Wenn der Käufer seinen Anspruch auf Ersatz des durch den Mangel der Kaufsache verursachten Sachschadens sowohl auf Art. 41 Abs. 1 OR als auch auf Art. 97 Abs. 1 oder Art. 208 Abs. 2 oder 3 OR stützt, fragt sich, ob der Verkäufer gegen die Forderung des Käufers einwenden kann, der Käufer habe nicht nur seine Gewährleistungsrechte, sondern auch die Rechte aus der Deliktshaftung des Verkäufers verwirkt, weil er seiner Rügeobliegenheit i.S. von Art. 201 OR nicht rechtzeitig nachgekommen ist.

In der **Rechtsprechung** wird diese Frage uneinheitlich beantwortet. In BGE 67 II 132, 137 hat sie das Bundesgericht bejaht (Irreführung beim Verkauf einer 14-karätigen goldenen Uhr als 18-karätig) und in BGE 90 II 86, 89 wegen Nichtverwirklichung eines Deliktsanspruchs offengelassen (Sachschaden wegen Brandausbruchs infolge des fehlerhaft im verkauften elektrischen Backapparat montierten Thermostats). Hinsichtlich der Schadenersatzansprüche aus Werkvertrag und unerlaubter Handlung wegen mangelhafter Reparatur eines Steiggurts und der dadurch adäquat verursachten Körperschäden hat das Bundesgericht die entsprechende Frage in BGE 64 II 254, 258 ff. erst gar nicht geprüft.

Somit ist das Bundesgericht im letztgenannten Entscheid im Gegensatz zu der in BGE 67 II 132, 137 für die Verantwortlichkeit des Verkäufers vertretenen Auffassung *implicite* davon ausgegangen, dass der Geschädigte seine Deliktsansprüche nicht etwa in erweiternder Anwendung von Art. 370 Abs. 3 OR wegen Missachtung der Untersuchungs- und Anzeigeobliegenheit

verwirkt hat. Denn für die Anspruchsnormenkonkurrenz gilt der Grundsatz *«iura novit curia»*. Stützt sich der Käufer im Prozess mit seinen Parteianträgen nur auf Gewährleistungs- oder nur auf Deliktsrecht, so hat der Richter, falls die Voraussetzungen des ggf. alternativ konkurrierenden Anspruchs nach der einen Haftungsordnung nicht erfüllt sind, oder falls ihm deren Einwendungen oder Einreden entgegenstehen, von Amts wegen auch die Voraussetzungen der anderen Haftungsordnung und die grundsätzliche Massgeblichkeit und die konkrete Erheblichkeit der diesbezüglich in Frage kommenden Einwendungen und geltend gemachten Einreden zu prüfen, falls der Käufer auch insoweit seiner Tatsachen-Behauptungs- und ggf. -Beweislast Genüge geleistet hat[41].

Die **Lehrmeinung** lehnt die Anwendung gewährleistungsrechtlicher Normen auf den Deliktsanspruch überwiegend ab[42]. Dem steht die Auffassung der deutschen Rechtsprechung und Lehrmeinung entgegen, die sich jedoch als weniger einschneidend erweist, weil anders als nach Art. 201 OR die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gemäss § 377 Abs. 1 HGB nur eingreift, wenn «der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft» ist[43]. Gleichwohl sprechen

---

41 Eugen BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 338; GAUCH/SCHLUEP, *OR AT* (Anm. 18), Bd. II, S. 164 N 2915; VON TUHR/ESCHER, *AT OR*, Bd. 2 (Anm. 9), S. 109.

42 BREHM, *Berner Kommentar* (Anm. 10), N 14 zu Art. 60 OR; BUCHER, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, (Anm. 34), S. 107; Pierre CAVIN, «Kauf, Tausch und Schenkung», in: *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht*, Band VII, 1. Halbband, Basel/Stuttgart 1977, S. 113; FASTRICH, Konkurrenz (Anm. 9), S. 1115, 1118 f.; GIGER, *Berner Kommentar* (Anm. 16), N 55 ff. der Vorbem. zu Art. 197-210; Theo GUHL, Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., aufgrund der Ausgabe von Hans MERZ und Max KUMMER bearbeitet von Alfred KOLLER und Jean Nicolas DRUEY, Zürich 1991, S. 365; HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht* (Anm. 29), S. 100 f. m.w.V.; HONSELL, *Basler Kommentar* (Anm. 14), N 7 der Vorbem. zu Art. 197-210 OR; KELLER/SIEHR, *Kaufrecht* (Anm. 18), S. 107; Pierre TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 47 N 363, der sogar die Nichtigkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen nach dem Produktehaftpflichtrecht gemäss Art. 8 PrHG als Argument für die Unmassgeblichkeit der aus Art. 201 und 210 abgeleiteten Einwendungen und Einreden im Fall des sowohl nach Gewährleistungsrecht als auch nach Deliktsrecht begründeten Schadenersatzanspruchs anführt; VENTURI, *La réduction du prix de vente* (Anm. 37), S. 356 N 1635; zum entsprechenden Problem im Werkvertragsrecht: GAUCH, *Der Werkvertrag* (Anm. 14), S. 623 N 2353.

43 Carl BAUDENBACHER/Nico SPIEGEL, «Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zum Verhältnis von Sachmängelgewährleistung und allgemeinen Rechtsbehelfen des Käufers, Ein Musterbeispiel angewandter Rechtsvergleichung?», in: *Festschrift Mario M. Pedrazzini*, Bern 1990, S. 229-261, 258; Eberhard SCHWARK, «Auswirkungen einer Verletzung der Rügeobliegenheit des § 377 HGB auf deliktsrechtliche Ansprüche, Nachbetrachtung zu BGHZ 101, 337», *JZ* 1990, S. 374-380; DERS., «Kaufvertragliche Mängelhaftung und deliktsrechtliche Ansprüche», *AcP* 179 (1979), S. 57-84.

sich auch in der Schweiz z.B. das Zivilgericht und Appellationsgericht Basel[44] sowie SCHUBIGER[45] generell für eine Erstreckung der Einwendungen und Einreden des Gewährleistungsrechts auf die Deliktsansprüche aus.

Der Geltungsbereich der Einwendungen und Einreden des Sachgewährleistungsrechts muss durch **Auslegung** ermittelt werden. Sie dient der Feststellung des objektivierten Willens des Gesetzgebers. Es kommt darauf an, für welche Fälle bei Überschneidungen der Haftungsordnungen die Verwirkungseinwendung des Art. 201 Abs. 2 und 3 OR sowie des Art. 210 Abs. 2 OR eine zweckmässige Lösung der streitigen Rechtsbeziehungen bietet. Daraus kann dann unter Berücksichtigung des System- und Sinnzusammenhangs des Gesetzes auf den genauen Inhalt der gesetzgeberischen Äusserung in den entsprechenden Bestimmungen geschlossen werden. Das Auslegungsergebnis muss «geltungszeitlichem Grundsatzdenken» entsprechen und «systemkonform» sein. «Die Rechtsfindung hat sich um juristische Erkenntnis zu bemühen, welche die Umsetzung der normativen Vorgaben regelfähig macht. Regelfähigkeit aber fordert nicht allein über den Einzelfall hinausgehende Wiederholbarkeit, sondern auch Widerspruchsfreiheit im Wertungssystem. Gefordert ist eine prinzipiell-systematische Rechtsfindung, die einerseits mit Ausrichtung des Entscheids auf die von der allgemeinen Rechtsüberzeugung getragenen Prinzipien Wiederholbarkeit und damit Rechtssicherheit und andererseits mit dessen Einbindung in das vorgegebene System die erforderliche Kohärenz sicherstellt»[46].

Unter solchen Voraussetzungen ist die h.L. bedenklich. Zu prüfen ist, bis zu welchem Grade der eine oder der andere von **zwei widersprüchlichen Grundsätzen** Bedeutung erlangt. Unterstellt man die Richtigkeit der h.L., derzufolge in der blossen Vertragsverletzung keine widerrechtliche «unerlaubte Handlung» i.S. von Art. 41 ff. OR liegt, so muss es einerseits dem Gesetzgeber grundsätzlich auch auf die Unterschiede zwischen Gewährleistungs- und Deliktshaftung angekommen sein, als er nur in Art. 201 und 210 Abs. 2 OR, und nicht auch im Deliktsrecht Verwirkungsfristen eingeführt hat. Unter diesem Gesichtspunkt scheinen auch im Falle der konkurrierenden Anwendbarkeit von Gewährleistungs- und Deliktsrecht die Einwendungen und Einreden der Art. 197 ff. OR grundsätzlich auf die Gewährleistungshaftung beschränkt zu sein. Berücksichtigt man allein diese Überlegung, so sind die Einwendungen und Einreden des Gewährleistungsrechts auch dann nicht auf den Scha-

[44] *BJM* 1961, S. 189, 192 (unter Berufung auf BGE 67 II 132 ff.).

[45] Alfred SCHUBIGER, *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung (Art. 197 ff. OR – 97 ff. OR)*, ASR Bd. 325, Diss., Bern 1957, S. 139 f.

[46] BGE 123 III 292, 297 f. zu Art. 21 OR.

denersatzanspruch wegen «Lieferung fehlerhafter Ware» zu erstrecken, wenn sich dieser auf Art. 41 ff. OR stützt. So gesehen bleibt die auf das Gewährleistungsrecht gegründete Verwirkungseinrede unbeachtlich, gerade weil die Mängelfolgeschäden wegen Eigentumsverletzungen gleichzeitig auch widerrechtlich verursachte Sachschäden i.S. des Deliktsrechts sind.

Andererseits hat jedoch der Gesetzgeber in die Gewährleistungshaftung auch Mängelfolgeschäden einbezogen, ohne sie ausdrücklich auf (nach h.L. nicht widerrechtlich verursachte) «reine Vermögensschäden» zu beschränken. So werden z.B. auch die Verletzung des Eigentums an anderen Sachen, deren Eigentümer der Käufer schon vor der Lieferung der fehlerhaften Kaufsache war, und die Verletzung des Eigentums an Sachen, mit denen der Käufer die mangelhafte Kaufsache zu einer neuen Sache verbindet oder verarbeitet, als Folge der «Lieferung fehlerhafter Ware» (Art. 208 Abs. 2 OR) von der Schadenersatzpflicht gemäss Art. 208 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 OR erfasst. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es richtig, dass der Käufer auch gewisse Schadenersatzansprüche wegen Eigentumsverletzungen, die durch die Lieferung einer fehlerhaften Kaufsache verursacht worden sind, unter den Voraussetzungen der Art. 201 Abs. 2 und 3 und Art. 210 Abs. 2 OR verwirkt.

Keineswegs lässt sich in diesen Bestimmungen des Gewährleistungsrechts und in ihrem Sinn- und Zweckzusammenhang mit Art. 41 ff. OR eine Beschränkung der Verkäuferhaftung auf «reine Vermögensschäden» erkennen. Die Einwendungen und Einreden der Art. 197 ff. OR sind deshalb grundsätzlich auch auf die Haftung für Schäden auszudehnen, die Folge einer Eigentumsverletzung durch Lieferung fehlerhafter Ware sind. So gesehen geht das Gewährleistungsrecht dem Deliktsrecht hinsichtlich der Einwendungen und Einreden vor, weil der Verkäufer seine unerlaubte Handlung im Rahmen des zwischen ihm und dem Käufer bestehenden, vertraglichen Sonderverhältnisses begangen und dadurch einen Mängelfolgeschaden verursacht hat.

Beide Grundsätze führen zu widersprüchlichen Ergebnissen. Deshalb muss wiederum durch Auslegung ermittelt werden, hinsichtlich welcher Mängelfolgeschäden der Käufer seinen doppelt schlüssig begründeten Schadenersatzanspruch wegen Verletzung von Eigentumsrechten nach Art. 201 Abs. 2 und 3 und Art. 210 Abs. 2 OR verwirkt, weil auf die Gewährleistungshaftung abzustellen ist, und hinsichtlich welcher Mängelfolgeschäden wegen Eigentumsverletzung das nicht der Fall ist, weil die Deliktshaftung den Vorrang hat.

Zwar soll grundsätzlich der Käufer – von den festzustellenden Ausnahmen abgesehen – durch den Umstand, dass er die schadenstiftende Sache vom Verkäufer gekauft hat, in der Anwendung der Deliktshaftung gemäss

Art. 41 ff. OR nicht schlechter gestellt werden als jeder beliebige Dritte, der in vergleichbarer Weise geschädigt wird. Grundsätzlich darf aber auch die Anwendung der Gewährleistungshaftung für Mängelfolgeschäden nach Art. 208 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 OR nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers nicht durchwegs auf «reine Vermögensschäden» beschränkt werden. Denn weder der Wortlaut, noch der Sinn und Zweck der Art. 201 und 210 OR einerseits und der Art. 41 ff. OR andererseits lassen von vornherein erkennen, dass die von Art. 97 Abs. 1 oder Art. 208 Abs. 2 und 3 OR begründete Verpflichtung zum Ersatz von Mängelfolgeschäden jedesmal dann nicht nach Art. 201 Abs. 2 oder 3 OR untergehen oder nach Art. 210 Abs. 1 OR durch Verjährung zur Naturalobligation werden soll, wenn die Verursachung des Schadens durch sachlich mangelhafte Erfüllung der Verkäuferpflichten gleichzeitig wegen Verletzung von Schutzgesetzen i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR widerrechtlich ist. «Es kann auch bei Anerkennung der Anspruchskonkurrenz nicht dem Willen des Gesetzes entsprechen, dass einschränkende Voraussetzungen der Mängelgewährleistung schlicht leerlaufen, weil der Anspruch immer und zugleich im selben Umfang auch auf das Deliktsrecht gestützt werden kann»[47].

Richtig erscheint es unter solchen Gesichtspunkten entgegen der h.L.[48], dass die Art. 201 und 210 OR auf Schadenersatzansprüche anzuwenden sind, die sowohl Gewährleistungs- als auch Deliktsrecht als Anspruchsgrundlage haben, wenn die durch die «Lieferung fehlerhafter Ware» verursachten Sachschäden «**im Bereich des vertragstypischen Risikos**» liegen[49]. Die Zweckauslegung der Art. 201 und 210 OR besagt, dass der Gesetzgeber die Einwendungen und Einreden jedenfalls gegen «vertragstypische» Mängelfolgeansprüche abschliessend regeln wollte. Dazu können auch Ansprüche wegen Eigentumsverletzung gehören. Die konkurrierenden Deliktsansprüche werden deshalb allenfalls dann nicht von Art. 201 und 210 OR erfasst, wenn die Mängelfolgeschäden nicht mehr im Bereich des vertragstypischen Risikos liegen, sondern den Käufer «wie irgendeinen Dritten treffen»[50].

---

47 FASTRICH, Konkurrenz (Anm. 9), S. 1115, 1118.

48 Vgl. Anm. 42.

49 SCHÖNLE, *Zürcher Kommentar* (Anm. 22), N 194 zu Art. 184 OR.

50 Peter GAUCH, *Der Werkvertrag*, 3. Aufl., Zürich 1985, S. 451 N 1714; ähnlich Urban BIERI, *Die Deliktshaftung* (Anm. 9), S. 67 ff., demzufolge jedoch Sachschäden, die der Besteller eines Werkes als vertragstypische Risikofolge erleidet, von der Deliktshaftung des Unternehmers überhaupt ausgeschlossen sind; Ingeborg SCHWENZER, «Sachgüterschutz im Spannungsfeld deliktischer Verkehrspflichten und vertraglicher Leistungspflichten», *JZ* 1988, S. 525-531, wonach für die uneingeschränkte Anwendung des Deliktsrechts erforderlich sei, dass «der dem Ersatzpflichtigen zur Last gelegte Pflichtenverstoss gleichzeitig zur Gefährdung von Personen oder Sacheigentum, das

Die durch die «Lieferung fehlerhafter Ware» verursachten Sachschäden liegen «im Bereich des vertragstypischen Risikos», wenn sie sich der Käufer für den «Fall der Gewährleistung» (Art. 205 Abs. 1 OR) vernünftigerweise vorstellen kann und wenn er sie abzuschätzen und vorauszusehen vermag, weil es sich nicht um völlig zufällig eintretende Risikoverwirklichungen handelt[51]. Das ist einmal der Fall, wenn am Eigentum des Käufers gerade jener Schaden eintritt, der durch die Vertragsleistung des Verkäufers verhindert werden sollte. Es kann nicht dem objektivierten Willen des Gesetzgebers entsprechen, einen Mängelfolgeschaden i.S. von Art. 208 Abs. 2 oder 3 OR, der infolge einer «**fehlerhaften Erbringung sachschützender Vertragsleistungen**»[52] entsteht, von den Folgen einer Nichtbeachtung der Prüfungs- und Anzeigeobliegenheit gemäss Art. 201 Abs. 1 und 3 OR auszunehmen. Im Widerstreit mit der Deliktshaftung, die keine dem Art. 201 Abs. 2 und 3 OR entsprechende Verwirkung der Ansprüche kennt, gebührt hier dem Gewährleistungsrecht der Vorrang. Die Befugnis des Käufers, auch nach Ablauf der Verwirkungs- und Verjährungsfristen der Art. 201 und 210 OR auf den deliktischen Anspruch aus schuldhafter Eigentumsverletzung zurückgreifen zu können, würde den mit diesen Bestimmungen verfolgten Zweck, die Rechtsbeziehungen zwischen Käufer und Verkäufer rasch und abschliessend zu bereinigen, im wesentlichen vereiteln[53].

Zum andern liegen die durch die «Lieferung fehlerhafter Ware» verursachten Sachschäden dann «im Bereich des vertragstypischen Risikos», wenn die Kaufsache durch **bestimmungsgemässe Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung** mit anderen Sachen in enge Berührung kommt und wenn der Schaden dann an diesen anderen oder neu entstehenden Sachen eintritt[54]. Wiederum kann es nicht dem Sinn- und Zweckzusammenhang von Art. 208

---

nicht Gegenstand der Vertragsleistung im weiteren Sinne ist, führt», während alle übrigen Fälle nach der vertraglichen Sonderordnung zu beurteilen seien, «die behutsam auf nicht unmittelbar am Vertrag Beteiligte zu erweitern ist».

[51] BIERI, *Die Deliktshaftung* (Anm. 9), S. 69; Peter SCHLECHTRIEM, «Vertragliche und ausservertragliche Haftung, Empfiehlt es sich, das Verhältnis von vertraglicher und ausservertraglicher Haftung durch den Gesetzgeber neu zu ordnen, die Bereiche beider Haftungsarten neu abzugrenzen und ihre Ausgestaltung aneinander anzugleichen?» in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts,* Band II, Köln 1981, S. 1591 ff., 1664.

[52] Z.B. infolge der Unwirksamkeit des verkauften Korrosionsschutzmittels; SCHWENZER, Sachgüterschutz (Anm. 50), S. 525, mit zahlreichen Beispielen aus der deutschen Rechtsprechung in Anm. 2.

[53] So BGHZ 66, 315, 320 zum Verhältnis der vertraglichen und deliktischen Ersatzansprüche des Vermieters.

[54] Beispiele bei SCHWENZER, Sachgüterschutz (Anm. 50), S. 525 Anm. 3.

Abs. 2 und 3 und Art. 201 OR entsprechen, die einschränkenden Haftungsvoraussetzungen der Mängelgewährleistung durch Ausserachtlassung der auf Art. 201 OR gegründeten Verwirkungseinwendung in einem solchen Fall «schlicht leerlaufen» zu lassen, «weil der Anspruch immer und zugleich im selben Umfang auch auf das Deliktsrecht gestützt werden kann»[55].

Auf Sachschäden, die nicht im Bereich des vertragstypischen Risikos liegen, finden dagegen die Art. 201 Abs. 2 und 3 OR keine Anwendung, wenn der Schadenersatzanspruch seine Stütze auch in Art. 41 ff. OR findet. Nur insoweit kann der Rechtsprechung zugestimmt werden, derzufolge der Geschädigte sich im Falle der Konkurrenz zwischen Ansprüchen aus Gewährleistung und aus unerlaubter Handlung nicht die Einwendungen aus dem Vertragsrecht entgegenhalten lassen muss[56]. Nur insoweit gilt, dass der Käufer nicht schlechter gestellt werden darf, als jeder beliebige Dritte, der durch die unerlaubte Handlung des Verkäufers einen Sach- oder Personenschaden erleidet[57].

Es ist nicht zu verkennen, dass die Unterscheidung zwischen vertragstypischen und anderen Risikofolgen **Abgrenzungsprobleme und -schwierigkeiten** schafft[58]. Sie sind unvermeidbar, solange nicht jeder «weitere Schaden» i.S. von Art. 208 Abs. 3 OR auf nicht-deliktische, «reine Vermögensschäden» beschränkt wird oder solange man nicht umgekehrt der Haftungsordnung nach Gewährleistungsrecht generell gegenüber dem Recht der unerlaubten Handlung den Vorrang gewährt. «Immer wieder werden im Einzelfall wertende Abgrenzungen nötig werden, die nun einmal das Schicksal des Tatrichters sind»[59]. Nur durch ein Eingreifen des Gesetzgebers oder durch Aufgabe der h.L. von der Anspruchsnormenkonkurrenz im Falle von Gewährleistungs- und Deliktshaftung liesse sich mehr Rechtssicherheit schaffen[60]. Plädiert wird für ein einheitliches Sonderrecht der Leistungsstörungen, das bei Gesetzeskonkurrenz wegen der Sonderverbindung zwischen den Vertragsparteien dem Deliktsrecht vorgeht[61]. Solange die Rechtsprechung und

---

55 FASTRICH, Konkurrenz (Anm. 9), S. 1115, 1118.

56 So KantG St. Gallen, *SJZ* 65 (1969) S. 278 f. zur Gewährleistung nach Werkvertragsrecht im Gegensatz zu BGE 67 II 132, 137 (Kaufrecht) und AppG Basel, *BJM* 1961, S. 189, 192 (vgl. oben Anm. 44).

57 Zur Ermittlung der vertragstypischen Risiken im Werkvertrag vgl. BIERI, *Die Deliktshaftung* (Anm. 9), S. 70 ff.

58 GAUCH, *Der Werkvertrag* (Anm. 14), S. 623 N 2353.

59 W. DUNZ, Anm. zu BGH JR 1992, 467, in: *Juristische Rundschau* 1992, S. 471.

60 Vgl. oben Anm. 7-9; GAUCH, Die Vereinheitlichung (Anm. 15), S. 315-341.

61 In Deutschland: *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bundesanzeiger, Köln 1992, S. 20 ff.; vgl. Heinrich

die überwiegende Lehrmeinung am herkömmlichen System der konkurrierenden Vertrags- und Deliktshaftung und ihrer «Gleichrangigkeit» festhalten, sind keine anderen Kriterien ersichtlich, die nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers im Falle von Mängelfolgen eine schärfere, auf die Wertung im Einzelfall verzichtende Abgrenzung derjenigen Ansprüche erlauben, die der Verwirkung nach Art. 201 Abs. 2 und 3 und Art. 210 Abs. 2 OR unterliegen oder nicht unterliegen.

2. Der Geltungsbereich der Verjährungseinrede gemäss Art. 210 Abs. 1 OR im Falle der Anspruchsnormenkonkurrenz

Verjährt ein und derselbe, doppelt schlüssig begründete Schadenersatzanspruch nach der Vorschrift des Art. 210 Abs. 1 OR oder nach der des Art. 60 Abs. 2 OR[62]? Kann der Verkäufer im Falle der Anspruchsnormenkonkurrenz die Einrede der Verjährung erheben, weil zwar noch nicht i.S. der Deliktshaftung gemäss Art. 60 Abs. 1 OR ein Jahr «von dem Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden ... erlangt hat», wohl aber i.S. der Gewährleistungshaftung gemäss Art. 210 Abs. 1 OR ein Jahr seit der Ablieferung der Kaufsache an den Käufer verstrichen ist?

Auch für die Beantwortung dieser Frage gilt, dass weder nach dem Wortlaut, noch nach dem Sinn und Zweck des Art. 210 OR einerseits und des Art. 60 OR andererseits die von Art. 97 Abs. 1 oder Art. 208 Abs. 2 oder 3 OR begründete Verpflichtung zum Ersatz von Mängelfolgeschäden immer dann nicht nach Art. 210 Abs. 1 OR durch Verjährung zur Naturalobligation werden soll, wenn die Verursachung des Schadens durch sachlich mangelhafte Erfüllung der Verkäuferpflichten wegen Verletzung von Schutzgesetzen oder anderen Rechtsgütern gleichzeitig i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR widerrechtlich ist. Art. 208 Abs. 2 und 3 OR sowie Art. 97 Abs. 1 OR sind nicht auf «reine Vermögensschäden» beschränkt. Sie erfassen auch gewisse Sachschäden, die die «Lieferung fehlerhafter Ware» z.B. durch Eingriffe in Eigentumsrechte des Käufers verursacht.

Richtig erscheint deshalb auch hinsichtlich der Verjährungsfrage, dass im Falle der Anspruchsnormenkonkurrenz Art. 210 Abs. 1 OR dann auf den

---

HONSELL, N 16 und 93 der Vorbem. zu §§ 459 ff. BGB, in: Julius VON STAUDINGER (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,* 13. Aufl., 2.†Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1995.

[62] Nach BGHZ 66, 315, 320 ff. soll allgemein im Falle der Anspruchskonkurrenz gemäss deutschem Recht nur die dreijährige Verjährungsfrist des Deliktsrechts nach § 852 BGB, und nicht die Sechsmonatsfrist des Gewährleistungsrechts nach § 477 BGB gelten.

sowohl nach Gewährleistungs- wie nach Deliktsrecht schlüssig begründeten Schadenersatzanspruch anzuwenden ist, wenn die durch die «Lieferung fehlerhafter Ware» verursachten Sachschäden «im Bereich des vertragstypischen Risikos» liegen. Die Auslegung von Art. 210 Abs. 1 OR nach seinem Sinn und Zweck legt nahe, dass sich die Einrede der Verjährung unabhängig von ihrer Anspruchsgrundlage auf alle «vertragstypischen» Mängelfolge-Schadenersatzansprüche erstreckt.

Auf Ansprüche wegen Mängelfolgeschäden, die infolge «fehlerhafter Erbringung sachschützender Vertragsleistungen» entstanden oder durch die bestimmungsmässige Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung mit der mangelhaften Kaufsache verursacht worden sind, ist somit Art. 210 Abs. 1 OR anwendbar, auch wenn durch den Sachmangel Eigentumsrechte des Käufers verletzt wurden[63]. Nur wenn die Mängelfolgeschäden nicht mehr im Bereich des vertragstypischen Risikos liegen, sondern den Käufer «wie irgendeinen Dritten treffen»[64], werden die konkurrierenden Deliktsansprüche nicht von Art. 210 Abs. 1 OR, sondern von Art. 60 Abs. 1 OR erfasst.

IV. DIE ANSPRUCHSKONKURRENZ IM FALLE DER PRODUKTEHAFTPFLICHT

Ist der Verkäufer auch Hersteller der verkauften Waren (oder ein dem Hersteller gleichgestellter Lieferant, der den besonderen Erfordernissen von Art. 2 Abs. 2 und 3 PrHG genügt), so kann unter bestimmten Voraussetzungen die vom Verkäufer gelieferte, i.S. von Art. 197 Abs. 1 OR mangelhafte Kaufsache gleichzeitig ein «vom Hersteller in Verkehr gebrachtes, fehlerhaftes Produkt» i.S. von Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 lit. a PrHG sein. Ist dem so, und sind auch noch die weiteren Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht sowohl nach Gewährleistungsrecht als auch nach Produktehaftpflichtrecht verwirklicht, so fragt sich, ob der Käufer seine Ansprüche wahlweise auf Gewährleistungs- und auf Produktehaftpflichtrecht stützen kann. Soweit sich der Anspruch auf Ersatz eines bestimmten Schadens auf jede der beiden Haftungsordnungen gründet, kommt es ferner darauf an, ob die Einwendungen und Einreden der Produktehaftpflichtordnung oder jene des Gewährleistungsrechts im Falle von Widersprüchen in den gesetzlichen Rechtsfolgen dem doppelt begründeten Schadenersatzanspruch entgegenstehen[65].

---

63 Vgl. Anm. 49-54.

64 Peter GAUCH, *Der Werkvertrag*, 3. Aufl., Zürich 1985, S. 451 N 1714.

65 Urs P. GNOS, *Anspruchskonkurrenz im schweizerischen Produktehaftpflichtrecht*, Diss., Zürich 1997.

Das Verhältnis von Gewährleistungs- und Produktehaftpflichrecht ist in Art. 11 Abs. 1 und 2 PrHG i.S. der **Anspruchskonkurrenz** geregelt. Danach bleiben «Schadenersatzansprüche aufgrund des Obligationenrechts ... dem Geschädigten gewahrt». Das bedeutet zunächst **Anspruchskumulierung**. Der Käufer kann vorbehaltlich der massgeblichen und ggf. erheblichen Einwendungen und Einreden den Schadenersatzanspruch nach Produktehaftpflichtgesetz mit seinen Gewährleistungsrechten auf Wandelung, Minderung und ggf. Ersatzlieferung kumulieren.

Hinsichtlich der Schadenersatzpflicht gilt aufgrund des Art. 11 Abs. 2 PrHG, soweit es um den Ersatz ein und desselben Mängelfolgeschadens geht, **Anspruchsnormenkonkurrenz**. Möglich ist ausserdem, dass der ausservertragliche Ersatzanspruch nach dem Produktehaftpflichtgesetz auch noch mit dem Deliktsanspruch nach Art. 41 Abs. 1 oder Art. 55 OR konkurriert. Dann basiert der Anspruch des Käufers auf Schadenersatz wegen Schadensverursachung durch «ein fehlerhaftes Produkt» (Art. 1 Abs. 1 PrHG), wegen «unerlaubter Handlung» (Art. 41 ff. OR) und wegen «Mängel der Kaufsache» (Randtitel bei Art. 197 OR) auf drei Anspruchsgrundlagen. Erst recht fragt sich dann, welche Einwendungen und Einreden bei Widersprüchen in den Rechtsfolgen massgeblich sind.

Diese Frage beantwortet Art. 11 Abs. 1 PrHG. Zwar bleiben dem geschädigten Käufer Schadenersatzansprüche (ebenso wie ggf. weitere Gewährleistungsrechte) aufgrund des Obligationenrechts gemäss Art. 11 Abs. 2 PrHG gewahrt. Jedoch gelten die Bestimmungen des Obligationenrechts gemäss Produktehaftpflichtgesetz nur, «soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht» (Art. 11 Abs. 1 PrHG). Daraus folgt, dass die Einwendungen und Einreden, die der Verkäufer gegen den Schadenersatzanspruch aufgrund des Gewährleistungsrechtes und ggf. des Deliktsrechts der Art. 41 ff. OR erhebt, nur dann massgebend sind, wenn sie nicht im Widerspruch zu denen stehen, die auf dem Produktehaftpflichtrecht beruhen. Die Bestimmungen des Produktehaftpflichtgesetzes, die es dem Verkäufer erlauben, rechtshindernde oder rechtsvernichtende Gegentatsachen einzuwenden oder verzögerliche oder zerstörende Gegenrechte auszuüben, haben im Verhältnis zum Gewährleistungsrecht, das dieselben Rechtsfragen anders ordnet, den **Rang von Sonderbestimmungen**.

Deshalb richten sich **Verjährung und Verwirkung** ausschliesslich nach dem Produktehaftpflichtrecht. Der nach beiden Haftungsordnungen begründete Schadenersatzanspruch verjährt nach Art. 9 PrHG erst «drei Jahre nach dem Tag, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden, dem Fehler und von der Person der Herstellerin erlangt hat oder hätte erlangen müssen», nicht schon ein Jahr nach Ablieferung der Kaufsache (Art. 210 Abs. 1 OR). Erst

dann wird die Schadenersatzpflicht zur Naturalobligation, die der Schadenersatzpflichtige einredeweise geltend machen kann und die dann (aber auch nur dann) im Prozess berücksichtigt wird. Auch geht der Schadenersatzanspruch im Falle der Anspruchsnormenkonkurrenz trotz der Haftung nach Art. 208 Abs. 2 und 3 oder nach Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 101 Abs. 1 OR, anders als nach Art. 201 Abs. 2 und 3 und Art. 210 Abs. 2 OR, nicht wegen der Versäumnis einer Rügeobliegenheit unter. Vielmehr tritt die Verwirkung der Ansprüche erst zehn Jahre nach dem Tag ein, «an dem die Herstellerin das Produkt, das den Schaden verursacht hat, in Verkehr gebracht hat» (Art. 10 Abs. 1 PrHG).

Konkurriert der ausservertragliche Ersatzanspruch nach dem Produktehaftpflichtgesetz mit dem Deliktsanspruch nach Art. 41 Abs. 1 oder Art. 55 OR und ausserdem noch mit dem Schadenersatzanspruch nach Gewährleistungsrecht, so bleiben die Verwirkungs- und Verjährungsregeln der Art. 201 Abs. 2 und 3 sowie Art. 210 Abs. 1 und 2 OR selbst dann unanwendbar, wenn sie bei blosser Anspruchsnormenkonkurrenz aufgrund der Delikts- und Gewährleistungshaftung auf die Haftung wegen unerlaubter Handlung auszudehnen wären. Wenn also die durch die «Lieferung fehlerhafter Ware» verursachten Sachschäden «im Bereich des vertragstypischen Risikos» liegen, weil sie infolge «fehlerhafter Erbringung sachschützender Vertragsleistungen» entstanden oder durch die bestimmungsmässige Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung mit der mangelhaften Kaufsache verursacht worden sind, und wenn deshalb bei blosser Anspruchsnormenkonkurrenz aufgrund der Delikts- und Gewährleistungshaftung den Einwendungen und Einreden des Gewährleistungsrechts Rechnung getragen werden sollte, bleiben diese Bestimmungen doch aufgrund des Art. 11 Abs. 1 PrHG im Falle der Konkurrenz mit dem Produktehaftpflichtrecht unanwendbar.

Die Abgrenzungsprobleme, die die Haftung nach Gewährleistungs- und Deliktsrecht aufwirft, hat somit das Produktehaftpflichtgesetz vom 18. Juni 1993 für das Verhältnis beider Haftungsordnungen zur Herstellerhaftung vermieden. Es wäre im Interesse der Rechtssicherheit zu wünschen, dass die Revision des Haftpflichtrechts und die Vereinheitlichung von Delikts- und Vertragshaftungsrecht in ähnlicher Weise auch die hier aufgezeigten Rechtsanwendungsschwierigkeiten in der Abgrenzung von Gewährleistungs- und Deliktsrecht beseitigen[66].

---

[66] Zur konsolidierten Fassung des Vorentwurfs zur Revision des Haftpflichtrechts vgl. Anm. 15 und besonders Peter GAUCH, «Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung», *ZSR* I 116 (1997), S. 315-341.

III. Romanité et ordre juridique européen

MORA früher und heute

oder auch

die Verdienste der Römer um ein menschgemässes, und der Redaktoren des Obligationenrechts um ein neuzeitliches Vertragsrecht

Eugen BUCHER

I.

In einer vom Adressaten vorliegender Festschrift verdienstvoll angeregten und liebevoll betreuten Publikation[1] hat der Schreibende versucht, den Gegensatz zwischen «juristisch» und «politisch» bestimmtem Recht herauszustellen: Einerseits ist das Recht durch von aussen kommende, d.h. dem Juristen vorgegebene (in diesem Zusammenhang mit dem Terminus «politisch» belegte) Elemente bestimmt, daneben stehen aber die «juristischen», von unserer Wissenschaft autonom determinierten Faktoren. So treten Zolltarife als Rechtsnormen entgegen, die sie formulierenden Juristen haben aber als Juristen so gut wie nichts zum Gehalt beizutragen; dieser ist von politischen Gegebenheiten bestimmt. In verschiedenen Abstufungen gilt Ähnliches in vielen Bereichen des Privatrechts: Ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen Ehescheidung zuzulassen sei, wird von welchen auch immer gesellschaftlich und politisch massgeblichen Instanzen, aber nicht von Juristen als Juristen entschieden. Anders vorab in den Kernbereichen unseres Faches, und am allermeisten im Schuldrecht. Werden Verträge zugelassen und Privateigentum anerkannt, ist die Ausgestaltung der diese Institutionen tragenden Rechtsregeln eine Sache, die weitgehend ohne von aussen kommende politische Vorgaben erfolgt, vielmehr nach juristisch-intrasystematischen Gesichtspunkten

---

[1] Bruno SCHMIDLIN (Herausgeber), «Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht», *Beiheft zu ZSR*, Basel 1994. – Der Beitrag des Verfassers («Recht – Geschichtlichkeit – Europa»), S. 7-31.

abläuft. Wenn wir im Vertragsrecht politisch belastete Bereiche wie das Arbeits- oder Mietrecht beiseite lassen, herrscht juristischer Sachverstand vor, und die bis vor kurzem oft gehörte Behauptung, die in Wissenschaft und Praxis entwickelten oder aber in einer Kodifikation niedergelegten Prinzipien seien von den Interessen einer «herrschenden Klasse» bestimmt oder der Ausdruck bestimmter gesellschaftlicher Anschauungen, ist blanke Unwahrheit: Die Verantwortlichen verwirklichen nicht Klasseninteressen, dies aus dem einfachen Grunde, dass in den hier betrachteten Bereichen sogenannte Klasseninteressen nicht vorhanden sind. Die Unabhängigkeit der Argumente und Lösungen von juristisch-extrasystematischen Einflüssen wird durch deren über die Jahrhunderte und Jahrtausende hinweg zu beobachtende Einheitlichkeit und Kontinuität erwiesen, welche von allen Wechseln der politischen und sozialen Verhältnisse kaum berührt wurden. Die bis vor kurzem verbreitete Formel, dass die heutigen Kodifikationen von der «bürgerlichen Gesellschaft» geprägt seien (welche Feststellung regelmässig mit dem Ton leisen Vorwurfs, wenn nicht gar der Abschätzung verbunden war), wird für das allgemeine Vertragsrecht sodann mit der wünschbaren Deutlichkeit falsifiziert durch die Tatsache, dass die vor der Wende hinter dem eisernen Vorhang erlassenen vertragsrechtlichen Gesetze sich in ihrem Habitus von der westlich-bürgerlichen nicht im Grundsätzlichen unterschieden[2].

Soweit das traditionelle Schuldrecht durch dessen Abqualifizierung als «bürgerlich» mit dem Attribut des «Unsozialen» (was dies auch immer heissen möge) belastet war, erstreckte sich der Vorwurf regelmässig auch auf die romanistische Tradition, welche dieses Schuldrecht auf dem Kontinent geprägt hat. Oft hatte der Hinweis auf das römische Recht sogar entschuldigenden Charakter: Der Mangel an «Sozialem» etwa im BGB (oder gar im schweizerischen OR) wurde erklärt durch dessen übermässiges Verhaftetsein in der römischen Überlieferung[3]. Man dürfte sich mit der oben angedeuteten Beobachtung begnügen und feststellen, dass im Kern des Vertragsrechts – und das heisst dort, wo das Leben für den Vollblutjuristen am interessantesten ist, wo sich echt juristische, heisst politisch nicht eingefärbte, Argumente entwickeln lassen und wo sich auch grenzüberschreitende komparatistische Betrachtung

---

[2] Als Beispiel sei etwa genannt das Gesetz Nr. 101 vom 4.12.1963 der Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik «Über die Rechtsbeziehungen im internationalen Handelsverkehr», das eine legislatorische Leistung von hohem Niveau und mit nachahmenswerten Neuerungen darstellt, dem die den westlichen Vorstellungen gänzlich zuwider laufenden ideologischen Vorstellungen der damals dort herrschenden Schichten nichts hatten anhaben können.

[3] Dies eine Sicht, die sich streckenweise vielleicht sogar auf die Autorität Gierkes stützen konnte.

am allermeisten lohnt – die Dimension eines wie auch immer definierten «Sozialen» nicht vorhanden ist.

Der Schreibende möchte es nicht bei dieser negativen Feststellung bewenden lassen, sondern an die Stelle des hier keine Anwendung findenden Gesichtspunktes des «Sozialen» jenen anderen des «Humanen» setzen: Es soll der Blick auf das gerichtet werden, was nicht der *societas*, sondern was dem Menschen als Individuum angemessen ist. – Sind Verträge nicht auf die Gesellschaft, sondern auf die am Vertrag Beteiligten ausgerichtet, soll bei der Ausgestaltung des Vertragsrechts am Menschsein der imaginären Vertragspartner Mass genommen werden. Wird nun die Messlatte des Humanen als Richtwert genommen, entfällt jeder Vorwurf an die Adresse des römischen und des in seiner Nachfolge stehenden kontinentaleuropäischen Vertragsrechts. An einem einzelnen Beispiel soll im folgenden gezeigt werden, dass das Schuldrecht kontinentalen Zuschnitts Züge aufweist, die besonders human, heisst menschgerecht sind und Rücksichtnahme auf Eigenheiten (und auch Schwächen) des Einzelnen zeigen, Züge, die unsere Vorgänger früherer Jahrhunderte vor allem aus den römischen Quellen bezogen haben und die wir heute, ohne dieses Vorbild, nicht kennen würden: Zu zeigen ist das römische Recht als Garant des Humanen im Vertragsrecht.

II.

Um im Rahmen einer Wirkungsgeschichte den Einfluss der römischen Überlieferung auf heutiges Recht abzustecken gibt es einen einfachen Test: Vergleichung mit dem Privatrecht der englischsprachigen Welt, in der die römischen Quellen bloss punktuell, und insgesamt im Ergebnis bloss einen ganz untergeordneten Einfluss ausgeübt haben. Jene Elemente, die der kontinentale Betrachter aufgrund seiner Formation als selbstverständlich voraussetzt und daher bei den Englischsprechenden vermisst, stammen vermutungsweise aus dem römischen Recht. Das wäre planmässig zu untersuchen. Hier erfolge beispielshalber bloss der Hinweis auf die im traditionellen *Common Law* nicht bekannten *Quasikontrakte*; näher eingegangen sei im übrigen aber auf die dort ebenfalls fehlende Vorstellung der *mora*, unseren «Verzug». Denn dieses Institut hat in den letzten hundert Jahren eine Entwicklung durchgemacht, die über das römische Vorbild weit hinausgeht und welche in diesen Tagen erneut in Bewegung kommt. Dieses Thema aufzunehmen besteht in der Schweiz besonderer Anlass, weil, wie bisher kaum beachtet, der entscheidende Beitrag zu der gegenwärtig zu beobachtenden Ausweitung der Funktion der *mora* auf das Schweizerische Obligationenrecht der Jahre 1881/83 zurückgeht.

Im englischen Sprachbereich hat das Vertragsrecht eine seltsam starre, Differentierungen wenig zugängliche Entwicklung durchgemacht. Verträge sind so zu erfüllen wie vereinbart, und wo korrekte Erfüllung ausbleibt, begeht der Schuldner Vertragsbruch und verliert infolge der dadurch bewirkten Vertragsterminierung jeglichen Anspruch, wird aber schadenersatzpflichtig[4]. Zur Erklärung mag beitragen die Tatsache, dass für Vertragsforderungen ursprünglich überhaupt keine Klageformulare *(writs)* gegeben waren und Abhilfe auf dem Umweg über Deliktsklagen gesucht werden musste (daher bis heute die grundsätzliche Beschränkung der Gläubigeransprüche auf Schadenersatz unter Ausschluss solcher auf *specific performance).* Das traditionelle Fehlen der römischen *Quasikontrakte* wird deutlich bei der *negotiorum gestio* wie auch bei der *condictio,* die beide auf dem Kontinent, ganz anders als im englischen Sprachbereich, seit je zum festen Rechtsbestand gehörten und regelmässig auch in den Kodifikationen Niederschlag gefunden haben.

Die *negotiorum gestio* hatte in kontinentaler Tradition zu allererst die Funktion, freiwilligen Helfern in Not Anspruch für Ersatz gemachter Aufwendungen zu geben (die Schulbuchbeispiele der Nachbarhilfe zur Schadensabwendung bei Abwesenheit des Betroffenen; Suchaktionen für Vermisste, Lawinenverschüttete); anders im *Common Law,* wo kühl gesagt wird: «*Volunteer has no right*»[5]. Aber diese Haltung hat weiterreichende Auswirkungen: In *Sumpter v. Hedges* (1898) hatte ein Bauunternehmer für fixen Preis sich zur Errichtung zweier Häuser verpflichtet, konnte aber, wegen Geldmangels, die Bauten nicht fertigstellen; der Bauherr liess dies durch Dritte besorgen. Nach diesem (wohl auch heute noch Recht machenden) Entscheid hatte der Bauunternehmer keinerlei Anspruch (dies nicht aufgrund des ursprünglichen Vertrages, der nicht erfüllt wurde, noch aufgrund sonstiger in Betracht fallender Argumente); auf dem Kontinent würde wohl in Analogie zu einer Geschäftsführung mit nachträglicher Genehmigung des *dominus* ein Wertersatz geschuldet[6].

Ähnlich lagen die Dinge im *Common Law* bezüglich der *condictio*: Ansprüche ungerechtfertigter Bereicherung *(unjust enrichment)* wurden prinzi-

---

[4] Ein Unmöglichwerden der Leistung ist bloss in geringerem Umfang ein Grund der Entlastung des Schuldners als im Civil Law, oder das Erbringen einer bloss teilweisen Leistung gibt grundsätzlich überhaupt keinen Gegenleistungsanspruch (dazu auch das Folgende).

[5] Vgl. etwa Noble v. WILLIAMS (1912), zit. nach Friedrich KESSLER/Grant GILMORE, *Contracts,* 2nd ed. Boston/Toronto, S. 49: Schullehrer, welche spontan ausstehenden Mietzins für die von der Schule gemieteten Räume bezahlen und Schulmaterial anschaffen, haben keinen Ersatzanspruch: «These teachers ...were volunteers. No man, entirely of his own volition, can make another his debtor.»

[6] Vgl. dazu der Schreibende in BUCHER/WIEGAND, *Übungen im Obligationenrecht,* 2. Aufl., Zürich 1991, Fall 8 S. 125-132.

piell nicht anerkannt; ersatzweise kamen andere *topoi* auf *(money had and received* u. dgl.) oder es wurde ein fiktives Treuhandverhältnis *(constructive trust)* angenommen. Neuerdings sind die Dinge in Bewegung geraten, und Stichworte wie *restitution* und *quasi-contract* oder *unjust enrichment* sind keine Unbekannte mehr. In den USA war bereits im Jahre 1937 ein *Restatement on Restitution* erschienen. Langsamer ging die Entwicklung in England vor sich: Lord Goff of Chieveley und Gareth Jones haben einen gewichtigen Band über das «Law of Restitution» verfasst und bemerken im Vorwort, dass bei Erscheinen ihres Werkes als erstes zu diesem Thema im Jahre 1966 Restitution «a subject then unfamiliar to many English lawyers» gewesen sei. Jetzt aber erscheint in England gar eine allein diesem Thema gewidmete Zeitschrift[7]. Die Theorie nimmt oft auf kontinentale Autoren Bezug, womit eine wenigstens indirekte Beziehung zur romanistischen Kondiktionslehre hergestellt wird; im übrigen muss diese neue Bewegung als ein Versuch partieller Neuschreibung des überlieferten englischen Vertragsrechts verstanden werden, da die gegenwärtige Rechtslage vorab als eine Weiterentwicklung alter vertragsrechtlicher Institute (neben den bereits genannten etwa *quantum meruit, quantum valebat, indebitatus assumpsit* und andere) dargestellt wird. Daher darf keineswegs unterstellt werden, dass im englischen Sprachbereich das Bereicherungsrecht die romanistische Überlieferung fortsetze, wie dies auf den Kontinent mehr als in sonst einem Gebiet des Schuldrechts zutrifft. Annäherung ist aber unausweichlich, und die Feststellung ist erlaubt, dass im Bereicherungsrecht des *Common Law* heute eine Entwicklung abläuft, die ein halbes Jahrtausend früher vonstatten gegangen wäre, hätte damals in England das römische Recht einen dem Kontinent vergleichbaren Einfluss gehabt.

Die hier besonderes interessierende *mora* ist im Common Law als Allgemeinbegriff gänzlich unbekannt. Im Gegensatz zur Kondiktion bieten sich nicht einmal Ersatztermini an: «Verzug» lässt sich nicht ins Englische übersetzen[8]. Zwar werden einzelne unserer Verzugssanktionen auch im Bereich des *Common Law* angetroffen. Es handelt sich indessen um marginale

---

[7] *Restitution Law Review,* Mansfield Press (UK), erscheinend ab August 1993.

[8] Dass gelegentlich einmal eine Formel wie *mora reprobatur in lege* (diese zit. in Black's Law Dictionary und übersetzt als «Delay is reprobated in law») liefert keinen Gegenbeweis. *Mora* lebt in der englischen Juristensprache weiter in *to demur* bzw. *the demurrer* (als Ableitung aus der französichen *demeure*), hat hier aber ganz andere Bedeutung und umschreibt eine prozessuale Einredemöglichkeit. – Eine andere Sinngebung derselben Wurzel findet sich im Seefrachtrecht; vgl. Robert F. WEISSENSTEIN, *Angloamerikanisches Rechtswörterbuch,* Zürich 1950: *Demurrage*: «(1) Das Aufhalten eines Schiffs durch den Verfrachter ... über die hierzu in der Charter vorgesehene Zeit hinaus; (2) die hierfür vorgesehene Vergütung» (WEISSENSTEIN, a.a.O.).

Erscheinungen, die hier nicht zu untersuchen sind[9]. Hier muss die Feststellung genügen, dass in der Regel Ausbleiben der Erfüllung bei Fälligkeit automatisch *breach of contract* bedeutet: *time is of the essence*, d.h. das Einhalten des Leistungstermins gehört zum wesentlichen Vertragsinhalt: Verspätung gilt nicht bloss als (vorläufige) Nichterfüllung, sondern als Vertragsbruch, der ohne weiteres sämtliche Nichterfüllungssanktionen auslöst und den Gegenleistungsanspruch untergehen lässt. Das Erfordernis einer Inverzugsetzung (oder gar der Gewährung einer Nachfrist) ist gänzlich unbekannt. – Wenn diese Hinweise die genannte Feststellung dokumentieren, dass dem Vertragsrecht der englischsprachigen Welt eine lange Reihe von «humanen» Prinzipien abgehen, die aus dem römischen Recht stammen, sei zum Ausgleich immerhin auch ein, allerdings vereinzelt gebliebenes, Gegenbeispiel angeführt: Die Regel aus dem Entscheid *Hadley-Baxendale* (1854), die auf den Kontinent nicht bekannt war, sich jedoch heute Bahn zu brechen beginnt (vgl. Art.74 WKR; Art. 7.4.7 Unidroit; Art. 4.503 Lando Principles): Die Schadenersatzpflicht des nicht erfüllenden Schuldners wird auf den Betrag begrenzt, den dieser als den Partner möglicherweise treffende Schadensfolge voraussehen konnte.

III.

Damit sind wir bei unserer *mora*, d.h. dem Verzug des deutschen Sprachbereichs, der heute zunehmend auf weitere Rechtsordnungen ausstrahlt[10]. Wenn hier vom Institut der *mora* gesprochen wird, haben wir die Verzugs*voraussetzungen* im Auge, insbesondere die Inverzugsetzung, das Erfordernis der *interpellatio*[11]. Der Tatbestand des Ausbleibens der geschuldeten Leistung allein bedeutet im weitesten Sinn Vertragsbruch, das Institut der *mora* erlangt

[9] Nicht einmal Verzugszinse auf Geldschulden in kontinentalem Verständnis sind bekannt, vielmehr bleibt der Gläubiger bei Fehlen einer Vertragsabrede auf Schadenersatz infolge von *breach of contract* verwiesen. Dies überrascht vor allem in England als dem Ursprungsland des modernen Finanzwesens.

[10] Was hier an *mora* interessiert, spielt nur beim Schuldnerverzug, der im übrigen aber auch den Gläubigerverzug an praktischer Bedeutung weit hinter sich lässt.

[11] In der romanischen Doktrin hat sich eingebürgert, anschliessend an Dig. 22,1,32 pr. (Marcianus: *«Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit ...»)*, die durch *interpellatio* ausgelöste *mora* als *«mora ex persona»* zu bezeichnen. Dies im Gegensatz zur *«mora ex re»*, die bereits aufgrund des Vertrages (vorab des Mechanismus des *«dies interpellat pro homine»)* eintritt, aber, wie bereits bei Marcian ersichtlich, nur als Ausnahmesachverhalt gelten kann. Hier interessiert die *mora ex persona.*

seine eigentümliche Dimension erst durch das, was es, als Voraussetzung der Rechtsfolgen der Nichterfüllung, zusätzlich verlangt. Das humane Element, das dieses Institut der römischen Überlieferung kennzeichnet und das wir hier ins Bewusstsein bringen möchten, liegt in der spezifischen Differenz zwischen *mora* und schlichter Vertragsnichterfüllung: die subjektiven Voraussetzungen beim Schuldner der erfolgten Inverzugsetzung. Im Regelfall treten in kontinentaler Tradition Nichterfüllungssanktionen nur ein, wenn der Schuldner nicht bloss eine vertraglich übernommene Pflicht nicht erfüllt, sondern überdies das Bewusstsein hat (oder haben muss), dass die Vertragsabrede ernst zu nehmen ist und der Gegner auf Erfüllung besteht. Erst dieses durch die *mora* in das Vertragsrecht eingeführte Zusatzelement macht die Unterscheidung zwischen Nichterfüllung und verspäteter Erfüllung sinnvoll: Ohne diese Unterscheidung könnte man nur fragen, ob die Vertragsleistung binnen offener Frist erbracht, d.h. der Vertrag erfüllt wurde oder nicht; die nach diesem Zeitpunkt angebotene Leistung käme nicht mehr als Vertragserfüllung in Betracht. Es ist erst die Vorstellung des Verzugs, welche die Dimension des Zeitablaufs in die Optik der Erfüllungsstörungen einführt und das Leistungsaustauschverhältnis über den Zeitpunkt gesollter, aber ausgebliebener Erfüllung aufrecht hält; erst der Verzugsbegriff sichert der verspäteten Leistung einen Platz unter den Erfüllungstatbeständen. Zur *mora* gehört ebenso wie die sie auslösende *interpellatio* auch die Möglichkeit der *emendatio* oder *purgatio morae:* die Möglichkeit, die Leistung immer noch mit Befreiungswirkung und unter Erlangung der Gegenleistung (wenn auch vielleicht mit Schadenersatzfolge für die Verspätung) zu erbringen.

Auf das genannte, das Wesen der *mora* ausmachende Zusatzerfordernis der *interpellatio* wurde in Kreisen gewiegter Geschäftsleute gewiss bereits im alten Rom verzichtet, wie auch heute in vielen Bereichen schneidigere Vorstellungen der Geschäftsabwicklung (eben wie im englischsprachigen Raum herrschend) an Boden gewinnen. Aber angezeigt ist fallweise Betrachtung der Frage. Zu zeigen ist, dass das Institut der *mora*, oder besser, weshalb das Erfordernis der *interpellatio* unter mancherlei Umständen auch heute sinnvoll ist.

Die ursprünglichste Aufgabe der *mora* könnte als «Klärung des Bewusstseins des Schuldners» umschrieben werden. Deren Bedeutung tritt plastisch zutage, wenn man sich die Verhältnisse des Mittelmeerraums vorstellt: Eine gleichermassen kontakt- wie kontraktfreudige Gesellschaft, in welchem Umfeld die spontane Bereitschaft zum «sich Vertragen» einher geht mit dem (auch heute noch und sogar im Norden durchaus anzutreffenden) Phänomen, dass Verträge, obwohl in momentaner Ernsthaftigkeit geschlossen, in der Folge von beiden Parteien sang- und klanglos dem Vergessen anheimge-

geben werden. Das Erfordernis der *interpellatio* ist sinnvoll und notwendig, weil Begründung von Vertragspflichten eine Sache ist, eine andere Sache aber die Klarstellung, dass man sich der gestrigen Vereinbarung noch entsinnt und sie auch noch heute ernst nimmt[12].

Diesem Gesichtspunkt reiht sich ein anderer juristischer *fact of life* an: In allen Breitengraden und Gesellschaftskreisen haben Konsenserklärungen grösste Verbreitung, bei denen zwar irgend eine Transaktion in präzisen Umrissen ausgehandelt ist, indessen die Frage, ob damit auch bereits auf beiden Seiten Bindungswille bestehe, nebelhaft bleibt. Fehlt hinreichende Gewissheit, erlangt das *interpellatio*-Erfordernis zusätzliche Bedeutung: Zwar kann damit nicht im gebotenen Zeitpunkt die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien klargestellt werden, aber es wird der Schaden minimiert in dem Sinne, als im Zeitpunkt behaupteter Fälligkeit, und bevor Verzugsfolgen eintreten können, Klarheit hergestellt wird, und bestehe diese auch bloss im Bewusstsein der Parteien, dass zwischen ihnen über den Bestand des Vertrages Uneinigkeit herrscht.

Der Nichthistoriker kann hier gewiss nicht die Entwicklung verfolgen, welche das Institut der *mora* in der Antike und im Mittelalter genommen hat. Massgeblich sei für das folgende die Feststellung: «Die *interpellatio* ist für das römische Recht, aber vielleicht erst seit Justinian, ein regelmässiges Erfordernis des Verzugs»[13]; dass besondere Umstände das *interpellatio*-Erfordernis entfallen lassen können (vorab die Regel *dies interpellat pro homine),* ist für uns in vorliegendem Zusammenhang ohne Interesse. Jedoch wird hier die alte Frage Bedeutung erlangen, ob *mora* Verschulden des säumigen Schuldners voraussetzt.

---

[12] In seiner Habilitationsschrift *(Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübigen 1965) hat der Schreibende zu zeigen versucht, dass bei normlogischer Betrachtung das Bestehen eines subjektiven Rechts für den Belasteten noch keine aktuelle Pflicht begründet, eine solche vielmehr erst bei Geltendmachung des Rechts seitens des Rechtsträgers durch Erhebung des Erfüllungsanspruchs (heisst in vorliegendem Zusammenhang durch *interpellatio)* zur Entstehung gelangt, während bis dahin das noch nicht geltend gemachte Recht lediglich eine potentielle Pflicht signalisiert.

[13] Egon WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*, Stuttgart 1949, S. 310. – Im übrigen darf für die in diesem Aufsatz nicht einbezogenen Gesichtspunkte auf die Darstellung von Reinhard ZIMMERMANN verwiesen werden: *The law of Obligations – Roman Fondations of the Civilian Tradition*, (1. Aufl., Cape Town etc. 1990, weitere München usw.); hier bes. S. 790-817.

IV.

Bedeutung und Rechtfertigung der Figur der *mora* hängen im übrigen davon ab, welche Rechtswirkungen von deren Eintritt ausgelöst werden. Traditionell bestanden (und vielerorts bestehen auch heute noch) Verzugsfolgen vorab einmal in der Verlagerung von Risiken[14] und sodann im Verfallen von Schadenersatzsanktionen im weitesten Sinn. Dagegen ist bis in neueste Zeiten dem Verzug die Folge des Ausschlusses verspäteter Leistung fremd; die *mora* kann durch Leistungsangebot behoben werden *(purgatio* bzw. *emendatio morae),* und dies ohne zeitliche Begrenzung. Es ergibt sich das Fazit: *mora* bedeutet Eintritt von Verspätungssanktionen ohne Entfallen des vertraglichen Leistungs-Austauschverhältnisses und unter Fortbestand der Erfüllungsmöglichkeit des bisher säumigen Schuldners. Dieser Gesichtspunkt, gewiss human und schuldnerfreundlich, wird in Zeiten der Industrialisierung immer fragwürdiger. Eines der spannendsten Kapitel der modernen Rechtsgeschichte ist die Herausbildung der Möglichkeit des Gläubigers, bei Verzug irgendwann und irgendwie dem üblen Spiel ein Ende zu setzen, d.h. dem Schuldner allfällig künftige Erfüllung abzuschneiden (um anderweitig sich eindecken zu können) und selber sich aus der Vertragsbindung zu befreien (um über seine eigene Leistung verfügen zu dürfen).

Während der englische Sprachbereich sich, wie gesehen, seit je an der einfachen Vorstellung des Vertragsbruchs orientiert, der sehr bald einmal dem Schuldner Vertragserfüllung abschneidet, steht der Kontinent bis in unsere Tage hinein im Bann der römischen Überlieferung, die zwar mit Verzugseintritt die Gefahrtragung zulasten des säumigen Schuldners verschiebt, ihm aber die Möglichkeit der Leistungserbringung (endlos) offenhält. Auf dem Kontinent war es Frankreich, das einen entscheidenden Schritt nach vorne vollzog. Dabei bleibt für den Schreibenden offen, in welchem Verhältnis hier die lokalen keltisch-germanischen und die auch im Gebiet des heutigen

[14] Im allgemeinen bedeutet Risikoverlagerung, dass der Schuldner nicht mehr durch Berufung auf unverschuldete Hinderungsgründe (höhere Gewalt) Sanktionen abwenden kann, wenn diese sich erst nach Eintritt der *mora* verwirklicht haben. Die Risikoverlagerung hat im übrigen wohl ihre hauptsächlichste Bedeutung im Falle des Verzugs der Verkäufers mit der Lieferung der Kaufsache, da nach der in romanistischer Überlieferung wie auch in der französischen Rechtstradition (dazu folgende Fussnote!) strikt aufrecht erhaltene Regel *periculum est emptoris* die Gefahr des Untergangs vom Vertragsschluss an bereits beim Käufer liegt, im Falle des Lieferungsverzugs aber auf den Verkäufer zurückfällt.

Frankreich sich weit entfaltende Rezeption des römischen Rechts Gewicht haben[15]. Es war es eine legislatorische Neuerung von erstrangiger Bedeutung, dass der französische Code Civil («CC») als Sanktion der Nichterfüllung die Möglichkeit der Auflösung der Verträge schuf: Die Statuierung einer *condition résolutoire (toujours sous-entendue)* des Art. 1184. Diese Möglichkeit wird allerdings nicht im Rahmen der Nichterfüllungsfolgen (Art. 1146 ff. CC) geregelt und nicht in den Zusammenhang der *mora* bzw. *demeure* gebracht. Der Gesetzgeber wagt es nicht, die Möglichkeit der Vertragsterminierung als *ex lege* gewährte Gläubigerschutznorm zu präsentieren; er stellt sie vor als eine gesetzlich präsumierte Parteivereinbarung einer auflösenden Bedingung für den Nichterfüllungsfall, die im Rahmen der bedingten Obligationen bzw. der Normierung von Sondertypen von Vertragsklauseln (Art. 1168-1233 CC) ihren systemgerechten Platz hat. Allerdings wird die Konzeption einer Parteivereinbarung nicht konsequent durchgehalten, vielmehr die Fiktion eines die Regel tragenden Parteiwillens wiederum in Frage gestellt durch die Anfügung: «La résolution doit être demandée en justice»; der Vertrag wird nicht kraft Parteivereinbarung bzw. Erklärung des Gläubigers, sondern erst durch Richterspruch aufgelöst[16]. Innerhalb des Gesetzge-

---

[15] Die generelle Formel geht dahin, dass der französische CC mehr als jede andere Kodifikation germanische Überlieferung repräsentiere und weniger romanistisch sei als BGB oder OR. Wenigstens im Bereich des Vertragsrechts muss dem widersprochen werden; romanistische Einflüsse sind hier absolut dominant. Zu erinnern an die nur auf Umwegen gewagte Einführung der Stellvertretung: Um nicht gegen die Regel des *alteri stipulari nemo potest* verstossen zu müssen findet eine quellenwidrige Uminterpretation des Mandatsrechts statt (Art. 1984 CC). Das sog. Konsensprinzip der Fahrnisübereignung (Eigentumsübergang mit Kauf– oder Schenkungsvertrag unabhängig von Tradition; Art. 711, 938, 1138, 1583 CC) ist weder die Folge keltisch-germanischer Überlieferung noch eines Einflusses von Grotius, Pufendorf oder andern, wie bisher gerne behauptet wurde, sondern entspringt zur Hauptsache der Absicht, die römische *periculum emptoris*-Regel, von der zu verabschieden man sich nicht getraute, in neuer Fassung weiterzuführen (dies wenigstens die Auffassung des Schreibenden, wie einlässlich begründet in *ZEuP, Zeitschr. für Europäisches Privatrecht,* 1998).

[16] Dabei ist in Frankreich auch in heutigem Verständnis der Richterspruch konstitutiv, d.h. der Gläubiger kann sich nicht einredeweise auf Vertragsungültigkeit berufen, um in einem späteren Prozess sich vom Richter bestätigen lassen, dass er zu recht die Hinfälligkeit des Vertrags geltend gemacht habe: Der Vertrag ist und bleibt wirksam bis zum Richterspruch (was allerdings dispositives Recht darstellt; im Falle expliziter Vereinbarung extrajudizieller Beendigung, auch «clause de résolution de plein droit» genannt, genügt zur Vertragsterminierung eine private Erklärung des Gläubigers). – er Gesetzgeber folgt hier einer eingewurzelten nationalen Tradition, die dazu neigt, private Rechtsakte in die Hand von Urkundsbeamten oder gar Richtern zu verlegen. Bereits die *interpellatio* ist etwa bei POTHIER, *Traité des Obligations,* Paris 1821, N. 144 nicht aussergerichtlich möglich: «un débiteur n'est censé en demeure de donner une chose par lui due, que par une interpellation judiciaire valablement faite..», welche Regel im

bungsverfahrens ist die Neuerung des Art. 1184 das Verdienst der Viererkommission, welche in ihrem Entwurf (1800) den heutigen Art. 1184 erstmals vorgeschlagen hat[17].

In der Sache ist diese Konzeption allerdings in jeder Hinsicht vorweggenommen durch Pothier, der auch sonst auf weitesten Strecken als geistiger Vater der schuldrechtlichen Teile des CC gelten muss. Im Rahmen seiner Behandlung der auflösenden Bedingungen (POTHIER, *Traité des Obligations* [Anm. 16], N. 672) stellt er vorab fest: «Dans les contrats synallagmatiques ... on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractants, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre». Bei der Behauptung einer Kautelarpraxis bleibt er indessen nicht stehen, sondern behauptet (ohne argumentative Abstützung) als damaligen Rechtszustand das Bestehen einer vertragsklausel-unabhängigen Rücktrittsmöglichkeit: «Quand même on n'auroit pas exprimé dans la convention, l'inexécution de votre engagement, comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous; néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation»[18]. Damit ist nicht bloss der Grundsatz von Art. 1184 Abs. 1 und 2 bereits vorgezeichnet;

CC in Art. 1139 in dessen zweideutigem Terminus *sommation* weiterlebt. Entsprechende Ängstlichkeit des Gesetzgebers lässt sich bei der Ausgestaltung der kaufrechtlichen Wandelung erkennen, die nicht durch private Erklärung des Käufers, sondern nur durch Klage bewirkt wird (Art. 1648). *Lésion* kann nicht einredeweise geltend gemacht, sondern muss über gerichtliche *récision* durchgesetzt werden (Art. 1674).

[17] Die unter der Führung von Cambacérès erarbeiteten Entwürfe der Jahre 1793, 1794 und 1796 (letzterer auch «Entwurf Cambacérès, 1797) enthalten noch keine Ansätze zum heutigen Art. 1184. Dessen Text ist (wie der grösste Teil des CC überhaupt) im Entwurf von 1800 der Commission du Gouvernement (Tronchet, Bigot de Préameneu, Portalis und als «secrétaire-rédacteur» Maleville) auf weiten Strecken vorgezeichnet; vgl. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du CC*, Bd. 2, 1827; oder Nachdruck, Osnabrück 1968, S. 170.

[18] Die Unterschiedlichkeit der Rechtslage, je nachdem die Parteien explizit eine *condition résolutoire* stipuliert haben oder aber die Vertragsterminierung *ex lege* erfolgen soll, wird bei Pothier in dessen «Traité du Contrat de Vente» (hier zit. aus nouvelle éd., Paris 1768) ausgeführt. In Teil 5 Kap. 2 lautet der Titel von sec. 6: «Si la demeure en laquelle est l'une des parties contractantes d'exécuter ses obligations suffit seule, pour donner à l'autre le droit de demander la résolution du contrat.» In N 475 handelt Pothier allerdings nur vom «Pact commissoire». Liegt eine solche Verfallsklausel vor, kann der Verkäufer direkt zur Rückgabe der Kaufsache verurteilt werden. Fehlt es dagegen an einer solchen, «le Juge, sur demande du vendeur, rend une premiere sentence par laquelle il fixe un certain temps qui est laissé à son arbitrage, dans lequel il ordonne que l'acheteur sera tenu de payer, passé lequel temps, il sera permis au vendeur de rentrer en possession de la chose qu'il a vendue ...» (bei Nichterfüllung wäre notwendig ein zweites Urteil «qui...déclarera le contrat de vente nul & résolu, & permettra au vendeur de rentrer en possession»). Vgl. weiterhin auch N 459.

Pothier geht insofern über den späteren Art. 1184 des CC hinaus, als er sich nicht auf eine (tatsächliche oder aber fingierte) dahingehende Vertragsklausel stützt, sondern eine kraft objektiven Rechts gegebene Möglichkeit der Vertragsterminierung wegen Nichterfüllung annimmt.

Aber bereits Pothier fährt ebenfalls fort: «Mais il faut que je fasse prononcer le résiliement par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet [... Beispiel mit Hinweis auf Befreiung von Gegenleistungspflicht]. Mais cette extinction de mon engagement ne se fera pas de plein droit; elle se fera par la sentence ...». Damit ist die bedauerliche Regel von Art. 1184 Abs. 3 CC («La résolution doit être demandée en justice...») vorgezeichnet, welche die grosse gesetzgeberische Innovation zu einem grossen Teil um ihre Wirkung bringt.

Wichtig für die weitere Entwicklung ist nun aber auch noch, dass in der Praxis der französischen Gerichte als ein Element des Schuldnerschutzes sich das Requisit der Gewährung einer Nachfrist herausgebildet hatte. Auch dies sollte sich in der weiteren Entwicklung als ungemein fruchtbar erweisen. Die dahingehende Übung ist bereits bei Domat dokumentiert[19].

Das Thema wird natürlich auch von Pothier aufgenommen. In seinem Obligationenrecht (N. 672 *in fine*) heisst es: «Il est en ce cas à la discrétion du juge de vous impartir tel délai qu'il jugera à propos pour satisfaire à votre obligation, après lequel je pourrai obtenir sentence qui prononcera le résiliement du marché, et me décharger de mon engagement» Hier liegt der Ursprung der zweiten Hälfte von Abs. 3 des CC Art. 1184: «...et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.»[20]

---

19 Jean DOMAT, *Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel*, 1. Aufl. 1689 [hier verwendet Ausgabe Paris 1767]: Zu den «Conventions en général» vgl. Buch 1 Tit. 1 sec. IV N 18 f., sodann Buch 1 Tit. 2 («du Contrat de Vente») sec. XII N 11 ff. und bes. N 12: «Les clauses résolutoires faute de payer au terme, ou d'exécuter quelqu'autre convention, n'ont pas l'effet de résoudre d'abord la vente, par le défaut d'y satisfaire, mais on accorde un délai pour exécuter ce qui a été promis, si ce n'est que la chose ne pût souffrir de retardement, comme si le vendeur manque de délivrer de la marchandise promise pour le jour d'un embarquement».

20 Für weitere Differenzierungen ist zu berücksichtigen die oben in Anm. 18 zitierte Textstelle aus Pothiers Kaufrecht. Sie macht deutlich, dass die Zubilligung einer Nachfrist aus der Tradition der Behandlung der Verträge ohne *condition résolutoire* stammt: Eine explizite Vertragsklausel lässt keinen Raum für richterliche Nachfristansetzung. Dies rechtfertigt es m.E. heutzutage, die Nachfristgewährung nach Art. 1184 Abs. 3 CC ebenfalls auf diese Fälle zu beschränken, bei Vorliegen einer expliziten Auflösungsklausel dagegen darauf zu verzichten, obwohl diese Einschränkung dem Gesetzestext nicht zu entnehmen ist.

Abschliessend ist festzustellen, dass die auf Vertragsinhalts-Fiktionen ausweichende Gesetzgebungstechnik des CC dazu führen muss, dass an die blosse Nichterfüllung und nicht an den Verzug angeknüpft wird. Die Abkoppelung von unserem Untersuchungsgegenstand ist allerdings nur eine scheinbare, denn jedermann ist sich einig, dass die Auflösungsmöglichkeit gemäss Art. 1184 im Zusammenhang der Verzugsfolgen zu sehen ist. Spätestens die Stellung des Gesuches der Vertragsauflösung an den Richter *(assignation)* konstituiert *mise en demeure*.

V.

Im deutschen Sprachbereich wird der Terminus «Verzug» weder im Allgemeinen Preussischen Landrecht (ALR; 1794) noch im österreichischen ABGB (1811) verwendet (vgl. etwa ALR Buch I Kap. 11 §§ 95 ff., 346, Kap. 16 §§ 16 ff., 64 ff.); auch eine der Lösung des CC vergleichbare Vertragsterminierungsmöglichkeit besteht nicht. Der Durchbruch zu der heute im deutschen Sprachbereich herrschenden und in verschiedenen neueren Kodifizierungen Einfluss entwickelnden Regelung, dass der Gläubiger durch einseitige Erklärung (wenn auch im Regelfall bloss aufgrund der Einräumung einer Nachfrist) den Vertrag auflösen kann, lässt lange auf sich warten und wird erst in der ersten gesamtschweizerischen Kodifikation, dem alten Obligationenrecht vollzogen. Eine vorbereitende Brückenfunktion kann Bluntschli's Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PGB; Verkündung und Inkrafttreten des Obligationenrechts 1855) beanspruchen, das zwar nicht, wie das Vorbild des CC, für das Vertragsrecht schlechthin, aber doch im Rahmen des Kaufvertrags dem Handelskäufer bei Missachtung eines explizit vereinbarten Liefertermins die Option des Rücktritts eröffnet (welche Formel das [Allgemeine] Deutsche Handelsgesetzbuch übernehmen wird); im nichtkaufmännischen Verkehr hat der Käufer die Möglichkeit, durch den Richter eine Nachfrist mit Rücktrittsandrohnung ansetzen zu lassen[21]. Die noch heute

[21] § 1401 PRG: «... im kaufmännischen Verkehr ... hat der Käufer die Wahl, ob er die nachträgliche Lieferung der Waare fordern ... oder von dem Kaufgeschäft zurücktreten und die Waare dem Verkäufer zur Disposition stellen wolle». Diesem folgt ADHGB Art. 355; in dessen Art. 354 wird umgekehrt auch dem Verkäufer für den Fall des Verzugs des vorleistungspflichtigen Käufers u.a. die Möglichkeit eröffnet, «von dem Vertrage ab[zu]gehen». Die für den nichtkaufmännischen Verkehr im PGB vorgesehene Regel findet sich in § 1402. Danach steht dem Käufer die Befugnis zu, dem Verkäufer «gerichtlich eine Frist zur Lieferung ansetzen zu lassen, mit der Androhung, dass weitere Verzögerung ihn zum Rücktritt von dem Kaufe berechtige.»

in den Grundzügen geltende Regel des aOR des Jahres 1881/83 lautet: «Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Theil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen, mit der Androhnung, dass mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei»[22]. Die Bestimmung von § 326 BGB[23] geht auf den Einfluss der schweizerischen Gesetzgebung zurück; der (Dresdener) Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse des Jahres 1866[24] hatte ungeachtet der Regelungen des CC oder des PGB bzw. HGB noch keinerlei funktionsgleiche Regelung vorgesehen gehabt.

Dem ABGB ist Verzug als Allgemeinbegriff bis heute fremd. Verzugszinse wurden seit je in den §§ 1333 ff. ohne Verwendung dieses Terminus und durch eine autonome Formel («Verzögerung der bedungenen Zahlung») umschrieben. Die Doktrin allerdings verwendet den Begriff und unterscheidet (sehr zweckmässig) zwischen «objektivem» und «subjektivem» (sc. vom Schuldner schuldhaft zu vertretendem) Verzug. – Der ursprüngliche Text des ABGB (§ 919) hatte sich noch vom französischen Vorbild distanziert und eine Aufhebung des Vertrages infolge Nichterfüllung explizit ausgeschlossen. Die von OR und BGB demonstrierte Vertragsterminierungsmöglichkeit wurde jedoch in der Gesetzesnovelle von 1916 eingeführt: Der revidierte § 918/I des ABGB gibt unter der Voraussetzung des unbenutzten Ablaufs einer Nachfrist dem Gläubiger die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag, welches Recht (in Übereinstimmung mit dem OR, aber anders als das BGB) verschuldensunabhängig ist, d.h. nicht durch eine Exkulpation des Schuldners abgewendet werden kann[25].

---

22 aOR Art. 122.

23 § 326 BGB: «Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe dieser Frist ablehne ...».

24 Siehe Dresdener Entwurf, Art. 283-305 zum «Verzug des Schuldners».

25 Rücktritt setzt nur «objektiven» Verzug, d.h. kein Verschulden des Schuldners voraus. Vgl. REISCHAUER in: Peter RUMMEL (Hrsg.), *Kommentar zum ABGB,* N 2 zu § 918; KOZIOL/WELSER, *Grundriss des bürgerlichen Rechts,* Bd. I, 10. Aufl., Wien 1995, S. 240.

VI.

Bei der Übernahme der Möglichkeit der Vertragsauflösung infolge Nichterfüllung aus dem schweizerischen Obligationenrecht ist dem deutschen Gesetzgeber allerdings ein Versehen unterlaufen, über dessen Tragweite und Nachteiligkeit die deutsche Juristenschaft sich kaum Rechenschaft gibt: Gewöhnung versöhnt mit mancherlei Absonderlichkeit. Wir sprechen von der Verschuldensabhängigkeit des Verzugs im Zusammenhang der an sich so wohltuenden und segensreichen Regel von § 326 BGB[26].

In der klassischen Antike mag der Begriff der *mora* ein Verschulden des nicht erfüllenden Schuldners vorausgesetzt haben[27], was indessen bestritten ist[28]. In der Literatur des 17. und 18. Jahrhunderts neigte wohl die Mehrzahl der Auffassungen dazu, vom Verschuldenserfordernis abzusehen[29]. Es macht den Anschein, dass Verschulden vor allen dann nicht ins Bild einbezogen wird, wenn *mora* im Zusammenhang der *usurae* abgehandelt wird; offenbar wird erkannt, dass es von der Sache her nicht indiziert ist, Verzugszinsen nur bei Verschulden zuzusprechen (dazu noch im Folgenden). Im 19. Jahrhundert dagegen wird wiederum die Gegenposition absolut vorherrschend[30].

---

[26] Nach § 185 BGB gerät der Schuldner solange nicht in Verzug, als «die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.»

[27] Vgl. dazu Bruno SCHMIDLIN/C. A. CANNATA, *Droit Privé Romain*, Bd. II, Obligations etc., 2. Aufl., Lausanne 1991, S. 86-89, und ZIMMERMANN, *The law of Obligations*, (Anm. 13), S. 792 ff.

[28] Verschuldensunabhängigkeit nimmt an HONSELL, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin 1997, S. 89, und wohl auch KASER, *Kurzlehrbuch*, § 37/II. Vgl. auch Egon WEISS, *Institutionen* (Anm. 13), S. 310 ff. – Aber offen ist für den Schreibenden, ob nicht in dieser Kontroverse ein Missverstehen herrscht: Zweierlei ist es, den Verzug als Begriff, oder aber die an ihn geknüpften Sanktionen vom Verschulden (nicht) abhängig zu machen.

[29] Ob bei der Behandlung der *mora* Verschulden *(dolus* oder *culpa)*, falls nicht erwähnt, stillschweigend vorausgesetzt sei, mag der Historiker entscheiden; vgl. dazu insbes. die Hinweise von ZIMMERMANN, *The law of Obligations* (Anm. 13), S. 793 auf Struvius. Der Schreibende kann seinerseits keine Bezugnahme auf die Verschuldensvoraussetzung erkennen z.B. bei ZOESIUS (1571-1627), *Pandekten zu Dig. 22,1;* LAUTERBACH (1618-1678), *Collegium theoretico-practicum, zu Dig. 22,1,* N. 50 ff.; HEINECCIUS (1681-1741), *Pandekten Teil IV,* §§ 100 ff. zu Dig. 22,1; DABELOW (1768-1830), *System des gesammten heutigen Civil-rechts,* §§ 574-578.

[30] *Mora debitoris* nur bei Verschulden nehmen an: Ludwig Jul. Fried. HÖPFNER (1743-1797) in seinem auch im 19. Jahrhundert noch lange aufgelegten *«Theoretisch-practischen Commentar über die Heineccischen Institutionen»,* § 755 ad Inst. 3,14; PUCHTA, *Cursus der Institutionen,* Bd. III § 278; WINDSCHEID, *Pandekten,* § 276; DERNBURG, *Pandekten,* 3. Buch § 40 («Der Schuldner ist in Verzug wenn er schuldhafterweise nicht zur rechten Zeit erfüllt»); DERNBURG/SOKOLOWSKI, *Pandekten,* § 297, 3. Einlässlicher Friedr. Lud. KELLER, *Pandekten* (aus dem Nachlass hgg. von Emil Friedberg, Leipzig 1861) § 252 (S. 495/6); als Verzugsvoraussetzung wird genannt:

Darüber, ob es besser sei, den im Leistungsverzug befindlichen Schuldner auch dann mit Verzugsfolgen zu belasten, wenn dieser den Verzug nicht schuldhaft verursacht hat und sich zu exkulpieren vermag, lässt sich trefflich streiten. Eine sachgerechte Diskussion sollte indessen nicht über die Verschuldensvoraussetzung der *mora* im allgemeinen geführt werden: *mora* für sich allein bedeutet nichts; der Begriff erlangt nur von den an ihn geknüpften Folgen rechtlichen Gehalt. Man sollte sich von der Erörterung der *mora* als Allgemeinbegriff und dessen Voraussetzungen trennen und viel eher auf die einzelnen an den Verzug geknüpften Verzugsfolgen blicken. Betrachtet man die Gefahrtragung, gibt es gute Gründe, den Rückfall der mit Vertragsschluss auf den Käufer übergegangenen Gefahr der Kaufsache nur im Falle dessen Verschuldens auf den Verkäufer eintreten zu lassen, dies wenigstens, so lange man die Käufergefahrtragung überhaupt als angemessen halten kann[31]. Schadenersatzforderungen wegen Verzögerung der Leistungserbringung werden von modernen kontinentalen Kodifikationen regelmässig in der einen oder anderen Form von Verschulden abhängig gemacht (Art. 97 Abs. 1 OR, §§ 280-283 BGB) bzw. es wird dem Schuldner der Exkulpationsbeweis (Nachweis von «force majeure», «cas fortuit») eröffnet. Im Sonderfall des Verzugs in Geldzahlungen, bei Verzugszinsen, macht das Verschuldenserfordernis aber keinen Sinn: Von der Vorstellung des Schadens und einer diesbezüglichen Ersatzleistung muss man sich trennen, da nicht bloss der Gläubiger einen Nachteil hat, sondern der Schuldner ebenso aus der Verfügbarkeit der geschuldeten Geldmittel einen Vorteil zieht.

«Der Schuldner muss wissen oder doch Ursache haben als verständiger Mann zu glauben, dass er schuldig sei. Die blosse gerichtliche Klage ... begründet also nicht notwendig *mora*». Und weiter: «Damit mora eintreten könne, darf auch nicht ein unverschuldetes äusseres Hinderniss die Erfüllung unmöglich gemacht haben». J. BARON, *Pandekten*, § 240/I/3 lässt Verzug entfallen, wenn der Schuldner sich in einem entschuldbaren Irrtum über seine Leistungspflicht befindet, wie etwa der die Verpflichtung seines Erblassers nicht kennende Erbe. – Bereits das ALR I, 16 § 26, macht Verzugsfolgen (auf dem Weg über die Unmöglichkeit der Erfüllung) von Verschulden abhängig: «So weit die Unmöglichkeit das gänzliche Unterbleiben der Erfüllung entschuldigt, so weit kommt sie auch dem zu Statten, der seine Verbindlichkeit nicht zur gehörigen Zeit erfüllen kann.»; Heinrich DERNBURG, *Preussisches Privatrecht*, 3. Aufl., 1882, Bd. 2 § 71/3, S. 165 bezeichnet die Frage der Verschuldensabhängigkeit des Verzugs als umstritten, «aber [als] nach preussischem wie nach römischem Recht zu bejahen» (mit Hinweisen).

31 *Periculum est emptoris* macht beim Modell des Marktkaufs, aber auch nur dort, guten Sinn: Der den Aufschub der Abwicklung des Kaufs veranlassende Partner ist auf dem Markt immer der Käufer (der das erforderliche Geld zum Kauf nicht in der Tasche trägt), sodass es sich rechtfertigt, ihn als den Veranlasser der für den Verkäufer äusserst üblen Situation auch deren Risiken tragen zu lassen. Dazu der Schreibende in *ZSR* 89/1970, S. 281-94, oder in *AJP* 1997, S. 935 f. 36, oder in *ZEuP* (Anm. 15) unter Anm. 98.

Die Nachteile der Gesetzgebungstechnik, den Verzug an die Verschuldensvoraussetzung zu knüpfen, könnten in Deutschland bei den Verzugszinsen sichtbar werden, kann doch der Schuldner die Verzugszinspflicht durch den Nachweis fehlenden Verschuldens abwenden. § 288 BGB statuiert simpel: «Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit vier vom Hundert für das Jahr zu verzinsen». Diese Regel wird durch die Sondernorm von § 291 allein für eingeklagte Forderungen und mit Wirkung ab Rechtshängigkeit eingeschränkt. In der Praxis scheint allerdings Neigung zu bestehen, bei Verzugszinsen das Verschuldensrequisit überhaupt auszublenden.

§§ 285 und 288 BGB laden ein zu einem rechtsvergleichenden Exkurs. Das Zivilgesetzbuch Griechenlands (1941 bzw. 1946), vom BGB mehr als von jeder anderen Kodifikation beeinflusst, statuiert in seinem praktisch eine Übersetzung von § 285 Abs 1 BGB darstellenden Art. 342, dass der Schuldner Verzug durch einen Exkulpationsbeweis abwenden kann. Ohne Verzug aber auch kein Verzugszinsanspruch gemäss Art. 345. Das Verschulden des Geldschuldners an seinem Zahlungsverzug ist ein Thema von grösster Bedeutung. Als Nachweis der Unschuld des Schuldners an seiner Zahlungssäumnis wird insbesondere Ungewissheit über den Bestand der Schuld betrachtet. Diese Auffassung lässt sich vereinzelt weit zurückverfolgen und hat neuerdings etwa im revidierten Portugiesischen Zivilgesetzbuch von 1966 Aufnahme gefunden[32], zieht aber, wie den Schreibenden in Griechenland gewonnener Anschauungsunterricht gelehrt hat, unerwünschte Konsequenzen nach sich: Nicht nur wird damit den Gerichten fast allzuviel Ermessen in der Frage zugebilligt, ob dem Kläger auf der gutgeheissenen Klagsumme auch Verzugszinse zuzusprechen seien[33]; die genannte Rechtslage fördert die Prozessfreudigkeit der Schuldner und lädt diese dazu ein, vorprozessual wie vor Gericht (da eine die Prozesszinsen betreffende Sondernorm analog § 291 BGB fehlt) hartnäckig abenteuerliche Theorien zu vertreten, um die subjektive Fehleinschätzung der Rechtslage glaubhaft zu machen.

---

[32] Vgl. KELLER, *Pandekten* (Anm. 30) und BARON, *Pandekten* (Anm. 30), beide mit Hinweisen auf römische Quellen, etwa Gaius in Dig. 50,17,42, der ebenfalls den Eintritt in fremde Schuld im Auge hat. Nach DERNBURG ist Illiquidität der Forderung kein Exkulpationsgrund: «Es ist Sache des Schuldners, sich über Existenz und Betrag seiner Verpflichtung, soweit es irgend möglich ist, zu vergewissern» (Anm. 30) – Der portugisische Código Civil, Art. 805 Abs. 2, lässt *mora* nicht eintreten, solange die Forderung nicht liquide ist, es sei denn, dass die Illiquidität dem Schuldner zuzuschreiben sei.

[33] Welcher Zinsbetrag leicht die Kapitalsumme übersteigen kann, waren doch in den vergangenen Jahren die von der griechischen Notenbank festgesetzten Zinssätze unglaublich hoch (zeitweise über 40% p.a. bei einer immer weit unter 20% gebliebenen Inflationsrate).

In Deutschland liegen die Probleme an einem ganz anderen Ort. Der Gesetzgeber, wenn er die *mora* des BGB entwirft und, der romanistischen Literatur des 19. Jahrhunderts folgend, sie an die Verschuldensvoraussetzung knüpft, verliert aus dem Auge, dass er im Begriffe ist, im gleichen Atemzug die *mora* mit einer Rechtsfolge auszustatten, die dem römischen Recht wie der Pandektistik des 19. Jahrhunderts noch nicht bekannt war: Die (allenfalls nach angesetzter Nachfrist) gewährte Möglichkeit des § 326 der Vertragsterminierung durch Parteierklärung. Die *raison d'être* dieses Rechtsbehelfs liegt darin, nach Eintritt des Verzugs und dessen Qualifizierung durch ergebnisloses Verstreichen der Nachfrist dem Gläubiger eine Beendigung des üblen Spiels und eine Klärung der Situation zu ermöglichen. Da indessen der Gläubiger regelmässig nicht weiss, was die Ursachen des Ausbleibens der Leistung sind und er auch keine Möglichkeiten hat, gegen den Willen des Schuldners sich Gewissheit zu verschaffen, wird der gute Zweck von § 326 in Frage gestellt: Keinerlei Klarstellung der Verhältnisse, vielmehr Belastung des Gläubigers mit der Ungewissheit, ob er durch sein Vorgehen nach § 326 BGB tatsächlich aus dem inoperablen Vertragsverhältnis befreit sei.

Mit dieser Besonderheit stellt sich das BGB in Gegensatz zu seinen Vorbildern: Sowohl im CC wie im schweizerischen OR ist die Terminierungsmöglichkeit mit Selbstverständlichkeit nicht von einem Schuldner-Verschulden abhängig: Im CC lässt die gewählte Konstruktion einer *condition résolutoire* für ein Verschuldenserfordernis zum vornherein keinen Raum; das OR hat, darin dem CC (und § 958 PGB) folgend, seit je den Verzug verschuldensunabhängig konzipiert[34]. Die Gesetzgebungstechnik ist in beiden Fällen dieselbe; es wird das Verschuldenserfordernis (bzw. eine Exkulpationsmöglichkeit, die Einrede der *force majeure*) im Zusammenhang der Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung und auch bezüglich der Zufallshaftung eingeführt, nicht aber auf der höheren Abstraktionsstufe des Verzugsbegriffs (Art. 1146 ff. CC; Art. 97 OR). Bei den sonstigen Verzugsfolgen (Verzugszinspflicht und Vertrags-Terminierungsmöglichkeit) tritt diese Zusatzvoraussetzung zum objektiv verstandenen Verzug nicht hinzu (Art. 1153 und 1184 CC; Art. 104 und 107 OR).

Die Nachteile der Verschuldensabhängigkeit der durch § 326 BGB gewährten Möglichkeit der Vertragsterminierung liegen nicht allein im Praktischen, sondern ebenso auf dogmatischer Ebene. Infolge der Verschuldensvoraussetzung können der Gesetzgeber wie auch die Praxis die Möglichkeit der Vertragsterminierug durch Gläubigererklärung gemäss § 326 nicht zum Nenn-

[34] Entwurf Walther Munzinger von 1870, Art. 154; Kommissions-Entwurf von 1875 Art. 141; Art. 117 aOR; Art. 102 nOR .

wert nehmen und müssen dafür dem Erlöschen der Obligation durch Unmöglichkeit übermässiges Gewicht geben. Das (wohl missinterpretierte) Diktum *impossibilium nulla obligatio* (Celsus, Dig. 50,17,185) hat grossen Schaden gestiftet; darüber wäre eine eigene Abhandlung zu schreiben. Die Verwirrung zeigt sich bereits bei der bei Vertragsschluss bestehenden Unmöglichkeit, die nach § 878 ABGB, Art. 20 OR und § 306 BGB Vertragsnichtigkeit bedeutet und auch in der französischen Praxis so verstanden wird. Der gesunde Kern der römischen Überlieferung ist das Beispiel des *hypocentaurum dari* (Dig. 45,1,97 pr.): Die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ist nichts anderes als der Fall mangelnder Ernsthaftigkeit. Vertragsnichtigkeit und damit das Entfallen jeglicher Vertragssanktionen mag noch angehen, wenn die Unmöglichkeit beiden Kontrahenten verborgen ist, nicht dagegen, wenn der eine, nicht aber der andere Partner um die Unmöglichkeit weiss. Warum soll der bösgläubige Promittent, etwa derjenige, der aus was für Motiven auch immer wissentlich eine untergegangene Sache verkauft, nicht in Vertragshaftung stehen: Dem Verschulden der Nichterfüllung kann ohne weiteres das Verschulden des Kontrahierens gleichgestellt werden (so durch Sondernorm § 307 BGB und § 878 ABGB; dem OR geht eine entsprechende Regel ab).

Grundsätzlicher sind die Einwände, die sich gegen die Konzeption des Obligations-Untergangs wegen nachträglich eintretender Unmöglichkeit erheben: Dass die unmöglich gewordene Leistung nicht mehr erbracht werden wird, braucht der Gesetzgeber nicht zu sagen, ja sollte es nicht sagen; denn Unmögliches auszuschliessen ist fast gleich unsinnig wie solches anzuordnen; zu naturgesetzlichen Zwangsläufigkeiten schweigt der Gesetzgeber am besten. Aus der Unmöglichkeit der Leistung folgt nur, dass sie nicht erbracht werden wird, nicht jedoch, dass der Schuldner frei werden soll; wenn er das Unmöglichwerden zu vertreten hat, haftet er (§§ 275 f. BGB). Das Gesamtkonzept der Haftung des Schuldners für seine ausbleibende Erfüllung auf den Unmöglichkeitsbegriff auszurichten ist offensichtlich die Folge der unausgesprochenen Prämisse, dass als Endigungsgrund der schuldnerischen Leistungspflicht bei Ausbleiben der Leistung allein deren Unmöglichwerden in Betracht falle. Derartig war die Rechtslage in der herkömmlichen romanistischen Überlieferung. Heute aber ist unter dem Gesichtspunkt der Interessen beider Parteien, aber ganz besonders im Hinblick auf die Terminierungsmöglichkeit nach dem Schema von Art. 107 OR und § 326 BGB der Umstand der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der nicht erbrachten Leistung ohne Relevanz: Wenn die Leistung vom Schuldner bisher nicht erbracht wurde und der Gläubiger sie deshalb heute ablehnen darf, dann ist es genug, zu wissen, dass die Leistung nicht mehr erbracht werden muss und kann. Darüber nachzudenken, ob sie denn überhaupt noch erbracht zu werden vermöchte, ist sinn- und

zwecklos und kompliziert Verständnis und Handhabung der Erfüllungsstörungen. Dass diese Frage (am meisten im BGB[35], teilweise aber auch in anderen Kodifikationen, so am Rande in Art. 119 OR) zum Ansatzpunkt des Leistungsstörungsrechts gemacht wird, ist nichts anderes als die gedankenlose Weiterführung der romanistischen Tradition, wie sie vor und bis zu der Neuerung des aOR in Art. 122 und der Regelung von § 326 BGB mit gutem Grund bestanden hatte, jetzt aber jeder Rechtfertigung entbehrt.

VII.

Nun noch einen Blick auf neue Entwicklungen. Es geht um die Frage, wie weit neuere Kodifikationen die in romanistischer Tradition nicht vorgebildete Möglichkeit der Vertragsterminierung verwirklichen nach dem Modell, wie es vom schweizerischen OR der Jahre 1881/83 vorgezeichnet wurde und im deutschen Sprachbereich (Art. 107 OR, § 326 BGB, § 918 ABGB) heute Realität ist.

Das bereits genannte griechische ZGB von 1941/46 nimmt diese Linie auf und gibt in Art. 383 ein von (verschuldetem) Verzug abhängiges Rücktrittsrecht des Gläubigers[36]. Der italienische Codice Civile (1942) dagegen statuiert in Art. 1219 ein Modell des verschuldensunabhängigen Verzugs; die Vertragsauflösungsmöglichkeit wird nicht einmal an Verzug, sondern der Tatsache der Nichterfüllung geknüpft (Art. 1453), wobei präzisiert wird, dass eine Nichterfüllung von geringfügiger Bedeutung («scarsa importanza») nicht in Betracht falle (Art. 1455). Die Möglichkeit der Ansetzung einer Nachfrist wird eröffnet in Art. 1454; diese soll angemessen («congruo») sein, jedenfalls aber «quindici giorni» betragen. Die Fristansetzung soll verbunden sein mit der Androhung, dass der Vertrag im Nichterfüllungsfalle ohne weiteres aufgelöst sei, welche Folge gegebenenfalls denn auch *ex lege* eintritt. Der Gesetzeswortlaut bringt allerdings nicht hinreichend klar zum Ausdruck, dass diese Nachfristansetzung eine notwendige Voraussetzung des extrajudiziellen Rücktritts vom Vertrag (wenn auch nicht der richterlichen Vertragsauflösung) dar-

[35] Zentral hier die §§ 323-325 BGB, weiterhin auch § 285 und §§ 306-309. Kritisch wie hier auch Ernst RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, Bd. I No. 1-4 und Bd. III No. 8.

[36] Das Griechische ZGB (Art. 383) fordert Ansetzung einer Nachfrist unter Androhung der eigenen Leistungsverweigerung; nach unbenutzem Fristablauf hat der Gläubiger die Wahl, das Erfüllungsinteresse zu fordern oder vom Vertrag zurückzutreten; der Anspruch auf die geschuldete Leistung selber ist erloschen (analog § 326 Abs. 1 BGB und anders als nach Art. 107 OR).

stellt und nicht bloss eine dem Belieben des Gläubigers anheim gegebene Möglichkeit («può intimare») ist.

Während der italienische Text zwar indirekt in der Tradition der *condition résolutoire* des französischen CC steht, jedoch in keiner Weise diese Formel aufnimmt, greift der Código Civil von Argentinien in Art. 1204 (Novelle gemäss Gesetz no. 17 711 des Jahres 1968) auf diese zurück[37]. Vom italienische Vorbild übernimmt er die Statuierung eines Minimums von zwei Wochen der Nachfrist; Verschulden des säumigen Schuldners ist nicht Voraussetzung der Vertragsterminierung. Anders dagegen überraschenderweise die neue niederländische Gesetzgebung: Verzug tritt auf Grund schriftlicher Mahnung ein mit Wirkung indessen erst vom Endtermin einer anzusetzenden Nachfrist (Art. 6.82); sodann wird das Vorliegen eines Verschuldens gefordert (Art. 6.81), wobei die Vertragsauflösung durch private schriftliche Erklärung des Gläubigers oder auch durch den Richter erfolgen kann (Art. 6.267).

Im fernen Osten finden sich elementar-einfache, sachgerechte Lösungen: Das Zivilgesetz von Nationalchina (Taiwan), welches das chinesiche Gesetz des Jahres 1929 (mit Modifikationen in 1982) weiterführt und wohl weitgehend auch die gegenwärtige vertragsrechtliche Lage in Rotchina repräsentiert, statuiert in Art. 254: «When a party to a contract is in default, the other party may fix a reasonable time and notify him to perform within that time. If he does not perform within that time, the other party may rescind the contract.» Im Gehalt ganz damit übereinstimmend Art. 387 des Zivilgesetzbuches von Thailand des Jahres 1992. Das japanische Zivilgesetzbuch dagegen kennt verschiedene Regeln über Verzug (zu Vorausetzungen der *mora* Art. 412, zu Realexekution und Ersatzvornahme Art. 414, zur Schadenersatzpflicht als Nichterfüllungsfolge Art. 415-420), indessen fehlt eine dem Gläubiger die Vertragsauflösung gestattende Norm.

Zu den nationalen Zivilrechtsgesetzgebungen treten nun neuerdings auch Regelwerke von supranationalem Habitus hinzu: Vorab das Wiener Kaufrechtsübereinkommen (hier «WKR»), aber auch die allgemeinen Vertragsregeln, wie sie in diesen Jahren von UNIDROIT oder von der von Ole Lando ins Leben gerufenen Kommission veröffentlicht werden[38]. Diese bewegen sich

[37] Der ursprüngliche Art. 1204 des argentinischen CC des Jahres 1871 hatte noch Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung ausdrücklich ausgeschlossen; der Redaktor Vélez Sársfield beruft sich dabei ausdrücklich auf § 919 ABGB in dessen ursprünglichen Fassung.

[38] WKR = UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) vom 11.4.1980, in der Schweiz in Kraft seit 1.3.1991 (SR 0.221.211.1); UNIDROIT, Prinzipien des internationalen Handels-Vertragsrechts (in verschiedenen Sprachen), Rom ab 1994 (ISBN: 88-86449 etc.); Principles of European Contract Law, Part 1, ed. by Ole Lando/Hugh Beale (Verlag Martinus Nijhoff, 1995).

grundsätzlich auf der vorstehend dargelegten Linie der modernen Kodifikationen: Möglichkeit der Vertragsterminierung durch den Gläubiger bei Erfüllungsverzögerung. Zur Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung werden aber zwei verschiedene Wege eröffnet. Einerseits ist auch hier Vertragsauflösung über die Ansetzung einer Nachfrist nach oben dargelegtem Muster möglich: Art. 49 Abs. 2 lit. b WKR mit Verweisung auf Art. 47 Abs 1. Art. 7.1.5 Unidroit; Art. 3.10.6 Lando-Prinzipien. Hinzu tritt indessen eine weitere Variante, die Konzeption nämlich, dass das Ausbleiben der Erfüllung eine «wesentliche» Vertragsverletzung darstellen könne, was nach den genannten Texten die Rechtsposition eröffnet, den Vertrag als aufgelöst zu betrachten: Art. 49 Abs. 1 lit. a WKR mit Verweisung auf Art. 25; Art. 7.3.1 Unidroit; Art. 4.301 Lando-Prinzipien. Diese weitere Möglichkeit, die aus dem englischen Sprachbereich herüber genommen wird, überschneidet sich in erheblichem Umfang mit der Terminierung durch Nachfristansetzung (nämlich soweit die Nichterfüllung eine totale ist, d.h. der Schuldner nicht schlecht, sondern bisher überhaupt nicht leistete). Richtig verstanden dürfte «Wesentlichkeit» der Verletzung nur dann angenommen werden, wenn die Gewährung einer Nachfrist unzumutbar und ungerechtfertigt ist. Es ist indessen zu befürchten, dass im praktischen Ergebnis die Umrisse des Erfordernisses der *interpellatio* wie jene der Nachfristansetzung aufgeweicht werden, d.h. dass in Grenzfällen, in denen sachgerecht Mahnung oder Nachfristansetzung gefordert wäre, von diesen Voraussetzungen fallweise abgesehen wird. Auf zweifellos bestehende Differenzen zwischen den drei hier pauschal vorgestellten Modellen kann und braucht im übrigen nicht eingegangen zu werden.

VIII.

Zum Schluss ein Rückblick und ein Ausblick.

Rückblick:

Die aus dem antiken römischen Recht zu uns gekommene Grundregel, Sanktionen wegen Nichterfüllung vertraglicher Obligationen grundsätzlich nur eintreten zu lassen, wenn der Schuldner in Verzug steht, d.h. durch eine Mahnung zur Pflicht gerufen wurde, wirkt segensreich bis heute weiter. Zu Beginn der Entwicklung ging es darum, zu gewährleisten, dass der säumige Schuldner Nichterfüllungssanktionen (Gefahrtragung, Schadenersatzpflicht usw.) erst von jenem Zeitpunkt an zu tragen hat, in dem er sich seiner Pflicht

bewusst ist. In der weiteren Entwicklung bleibt indessen das Vertragsrecht nicht dabei stehen, sondern vollzieht einen weiteren Schritt, der einschneidendere Wirkungen an den Schuldnerverzug knüpft und damit insgesamt dem Vertragsrecht mehr Schneidigkeit verleiht. Es wird die Neuerung eingeführt, dass der nicht befriedigte Gläubiger den niemals richtig wirksam gewordenen Vertrag zu Ende bringen kann. Diese Verschärfung der Verzugssanktionen zu Lasten des Schuldners erfolgt indessen nicht, ohne diesem umgekehrt die Möglichkeit zu gewähren, trotz Verzugs bzw. Verstreichens des Zeitpunkts richtiger Erfüllung das Versäumte wenn nicht (wie bis anhin) auf unbestimmte Zeit, so doch während einer gebührenden Frist nachzuholen: Das Institut der Nachfristansetzung. Dieser Schritt bahnt sich zuerst in Frankreich an. Die dort Gesetz gewordene Formel der *condition résolutoire* ist durch das Vorbild der traditionellen *lex commissoria* inspiriert, mit der sich der Verkäufer für den Fall des Ausbleibens der Preiszahlung den Rücktritt vorbehält, während der Umstand, dass dieser Mechanismus fortan *ex lege* (heisst: auch ohne dahingehende Parteiabsprache) wirken soll, auf richterliches Gewohnheitsrecht zurückgeht. Dass sich derartige Gerichtspraxis offenbar zuerst in Frankreich entwickelt hat, lässt sich vielleicht u.a. darauf zurückführen, dass dort die Tendenz besonders ausgeprägt ist, Vertragsterminerungs- oder -umgestaltungswirkungen dem richterlichen Urteil vorzubehalten (wie heute noch sichtbar in Art. 1184/3, 1139 oder 1648 CC; dazu auch oben Anm. 16): Ein Umstand, der einerseits die Entstehung dieser segensreichen Neuerung vielleicht erst möglich gemacht hat, anderseits durch Festhalten am Prinzip der judiziellen Rechtsgestaltung diese Neuerung um ihren richtigen Erfolg bringt.

Die in Frankreich eingeleitete wohltätige Entwicklung entfaltet ihren vollen Nutzen erst viel später und in anderen Regionen. Der entscheidende Durchbruch, d.h. die Verlegung der Vertragsterminierungsmechanismen weg von der judiziellen Ebene auf jene privatautonomer Rechtsgestaltung ist den Schöpfern des schweizerischen Obligationenrechts zu verdanken. Im OR werden auch die beiden Elemente, die in der französischen Gesetzgebung infolge deren Darstellungstechnik des Ausweichens auf die Fiktion einer Parteivereinbarung auseinandergerissen worden waren, wiederum zusammengeführt: einerseits der Verzug mit den traditionellen Verzugsfolgen, anderseits die heute praktisch wichtigste und im Zentrum stehende Verzugsfolge, d.i. die Vertragsterminierungsmöglichkeit des nicht befriedigten Gläubigers.

Ausblick:

Global gedacht und im Groben gesehen stehen sich heute zwei juristische Welten gegenüber, die sich im Vertragsrecht vorab durch den entscheidend gegebenen und heute noch fortwirkenden Einfluss der romanistischen Tradition in der einen, dem Fehlen solchen Einflusses in der anderen unterscheiden. Auf dem Kontinent hat die römische Überlieferung im allgemeinen Vertragsrecht die beschriebene Differenzierung der Nichterfüllungsfolgen gebracht; daneben verdanken wir ihr neben vielem anderem besonders auch die aus profundem Erfahrungsschatz heraus entstandenen Regeln unseres «Besonderen Teils» des Vertragsrechts[39]. Beides fehlt im englischen Sprachbereich; bei rechtsvergleichender Betrachtung lässt sich nicht vermeiden, dies als ein der dortigen Sache des Rechts abträgliches Defizit zu bezeichnen. Die Zukunft wird, in den Jahren der «Globalisierung» aller Lebensverhältnisse, einen Wettbewerb beider Rechtskreise um Einfluss auf die Gestaltung des künftigen globalen Rechtsverständnisses bringen. Dies ist eine Entwicklung, die den bisher geübten Verzicht auf wertende Beurteilung der konkurrierend angebotenen Lösungen nicht länger zulässt.

In diesem Umfeld erlangen das Wiener Kaufrecht, die Unidroit-Prinzipien und die Prinzipien der Lando-Kommission Bedeutung als Vorboten kommender Entwicklung. Sie betrachtend könnte man am fernen Horizont die Gefahr ausmachen, dass die in kontinentaler Rechtstradition gewonnenen Fortschritte der Verzugs– und Vertragsterminierungsprinzipien in Frage gestellt werden könnten. Alle drei Werke machen an den englischen Sprachbereich die Konzession, *breach of contract* in der einen oder anderen Form in das Recht der Erfüllungsstörungen einzubauen. Wie schlechte Münze im Verkehr die bessere verdrängt, besteht auch hier die Gefahr, dass das Konzept der «wesentlichen Vertragsverletzung» (Art. 25 WKR), oder der «inexécution essentielle» (Art. 7.3.1 Unidroit, und ganz ähnlich Art. 4.301 Lando-Principles)

[39] Die Verwurzelung des heutigen kontinentalen Vertragsrechts in den römischen Kontraktstypen reicht so tief hinab, dass nach ein- oder auch zweihundertjährigem Bestehen der aus der Aufklärungsphilosophie geborenen Vertragstypenfreiheit in den nationalen Rechtsordnungen der Durchschnittsjurist heute noch Mühe hat, einen «Vertrag an sich» sich vorstellen zu können, d.h. einen Vertrag, der nicht einem der (aus dem römischen Kontraktsystem abgeleiteten) gesetzlichen Vertragstypus zugeordnet ist. Wenn sich eine solche Zuordnung (wie heute immer häufiger) nicht machen lässt, greift das schweizerische Bundesgericht aus innerer Not zur neu erfundenen, aber genau gesehen grotesken Vorstellung des *Vertrags sui generis*: Noch wo eine gattungsmässige Zuordnung mangels *genus* nicht möglich ist, muss (für das zu beurteilende vertragliche Unikat) wenigstens fiktiv eine Gattung hinzu gedacht werden. An die Kette der (hier ausnahmsweise in der Tat hinderlichen) romanistischer Überlieferung schleppen am schwersten jene, die vom römischen Recht am wenigsten verstehen.

in seiner übermässigen Vereinfachung (welche insbesondere nicht unterscheidet zwischen zeitlicher Verzögerung entsprechend der traditionellen *mora* und sachlichen Leistungsmängeln) Schaden stiftet als Einladung zu pauschalierend-primitivisierender Betrachtungsweise. Zu bedauern ist sodann, dass die elementarste und historisch ursprüngliche Funktion der *mora*, Schadenersatzpflicht erst von einer *interpellatio* an entstehen zu lassen, kaum verwirklicht ist (Lando-Principles knüpfen das «Recht auf Schadenersatz» nicht an eine Mahnung oder dgl., und nicht anders Unidroit, Art. 7.4.1 oder das WKR, das weder in Art. 25, 45 oder 74 ff. einen Vorbehalt der Inverzugsetzung enthält), was selbst unter Kaufleuten den Verhältnissen nicht immer gerecht wird.

Aber es überwiegen doch die verheissungsvollen Anzeichen. Auch wenn der Verzugsbegriff als solcher in den Hintergrund gedrängt wird, ist er immer noch verwirklicht in jener Verzugsfolge, welche heute mit Abstand die wichtigste ist: in der Möglichkeit der privatautonomen, extrajudiziellen Vertragsterminierung. Diese wird in allen drei Beispielen im Ergebnis gewährleistet, und dies übereinstimmend nach dem von unserem Obligationenrecht entwickelten Schema. Nach unbenütztem Ablauf einer angesetzten Nachfrist kann der Vertrag vom Gläubiger aufgehoben werden (Art. 49 Abs. 1 WKR in Verbindung mit Art. 45; Art. 7.3.1 Unidroit in Verbindung mit Art. 7.1.5, und Art. 4.301 ff.Lando-Principles in Verbindung mit Art. 3.106). Gewiss wird man bedauern, dass die Regelungen neben der Terminierung durch Nachfristansetzung zusätzlich den «fundamental breach» als konkurrierenden Terminierungsgrund anbietet, was zwar für bereits erfolgte materielle Schlechterfüllung angemessen ist, jedoch nicht auf die vorläufige Nichterfüllung ausgedehnt werden sollte; die Fixgeschäfte im weitesten Sinne (d.h. jene, die aufgrund vertraglicher Abrede nach einem bestimmten Termin Erfüllung

---

[40] Es wäre für jedermann verständlicher, wenn der zu erfassende Sachverhalt, das Verstreichen eines zwingenden und nicht erstreckbaren Leistungstermins als solcher heraus gestellt und nicht mit der Lieferung schlechter Ware in den gleichen Topf geworfen würde. – Im übrigen darf angemerkt werden, dass die Übertragung des Konzepts des *essential breach* in ausserenglische Sprachbereiche gefährlich ist. Die Vorstellung der *inexécution essentielle* bzw. *wesentliche Nichterfüllung* (z. B. Art. 7.3.1 Uncitral, Art. 3.103 Lando Principles) ist genau besehen ein Unding, und die Sprachlogik entlarvt die Verschwommenheit der zugrundeliegenden Vorstellungen: Nichterfüllung ist ein Negativbegriff, bedeutet ein Nichts und kann daher keinerlei Eigenschaften haben, weder wesentlich noch unwesentlich sein. Das ist anders bei *breach*, der positiv konzipiert ist als Zerbrechen einer Sache, hier eines Vertrages. Dem englischen Vorbild kommt näher das WKR, das in Art. 25 wie in Art. 49 Abs. 1 von «Nichterfüllung, die eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt» spricht, was zwar schwerfällig, aber nicht vernunftwidrig ist.

ausschliessen) hätten innerhalb der keine Nachfristansetzung fordernden Tatbestände gegenüber der Schlechtleistung als Sonderfall herausgestellt werden dürfen[40].

Insgesamt ist indessen entscheidend, dass im Recht der Leistungsstörungen die Möglichkeit der Vertragsterminierung effizient und unzweideutig ausgebildet ist, dies in den drei zuletzt genannten supranationalen Regelwerken, aber auch in Kodifikationen des fernen Ostens. Die genannten, in die Zukunft weisenden Regelungen übernehmen weder die im französischen CC immer noch aufrecht erhaltene Beschränkung auf judizielle Vertragsauflösung noch die durch unglückliche Zufälligkeiten in das BGB hineingerutschte Verschuldensabhängigkeit der Vertragsterminierung. Im Ergebnis findet sich in allen drei Regelungen das Vorbild des schweizerischen Obligationenrechts verwirklicht: Beendigung des Vertrags durch Parteierklärung, wobei allein ergebnisloses Verstreichen einer angesetzten Nachfrist, nicht aber Verschulden zu den Voraussetzungen gehört. Jetzt wird sichtbar, dass dem vom OR demonstrierten Modell die Zukunft gehört, das indessen ohne die auf uns gekommene römische Erbschaft der *mora* sich nicht hätte entwickeln können.

Lo splendido autunno delle due scuole

Carlo Augusto CANNATA

1: *Premessa.* – Le due scuole, alle quali si riferisce il titolo di questo contributo, sono – naturalmente – quelle che si dicono normalmente proculiana e sabiniana. Forse, sarebbe meglio indicarle come quelle dei proculiani e dei cassiani[1].

Secondo Pomponio, le due scuole, o piuttosto collettivamente i membri di ciascuna, ebbero una specifica denominazione a partire dall'epoca di Proculo e Cassio: precisamente, da allora i membri ne furono rispettivamente indicati come proculiani e cassiani:

> D.1,2,2,52 (Pomp. *l.s. enchir.*): ... *appellatique sunt partim Cassiani, partim Proculeiani*[2]*, quae origo a Capitone et Labeone coeperat.*

La stessa denominazione (*Cassiani* e *Proculeiani*) si trova in Ulp. 11,28. Le altre menzioni delle fonti, quanto ai proculiani continuano – sebbene rare – univoche[3]. Di *Cassiani*, invece, si parla ancora solo in Paul. D.39,6,35,3 e Paul. D.47,2,18, mentre del resto la scuola è in genere menzionata come quella dei *Sabiniani*, con allusione a Sabino invece che a Cassio[4]. Di solito s'intende che il riferimento sia a Massurio Sabino, ma io credo più probabile che si tratti di Celio Sabino, per le ragioni che ora dirò.

---

1 E chiamarle, come fa Pomponio (D.1,2,2,47) *sectae*; la denominazione di *scholae* è propria invece di Gaio. Senza prender qui posizione sul problema in generale, noterò che evidentemente Pomponio non pensava alle due scuole come organizzazioni per l'insegnamento. Il termine «*secta*» in se stesso, nella lingua latina, allude alla sequela, come ragione di una certa linea di condotta del seguace, o di una linea di condotta comune dei seguaci, ove questi siano più al seguito di un unico modulo (vedi ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*[4] [4e tirage augmenté par J. ANDRÉ], Paris 1985, 608). Pomponio parla di seguaci di un giurista, preso in considerazione in quanto tale, cioè come Gründer e Bewahrer nella giurisprudenza: cfr. Pomp. D.1,2,2,35: *a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt.*

2 La Fiorentina ha *Proculeiani*, ma altri manoscritti recano invece *Proculiani*.

3 Salvo per il fatto, del tutto marginale, che, se *Proculeiani* si legge ancora in Ulp. Vat. 266, in I.2,1,25 si legge *Proculiani*.

4 Ulp. Vat. 266; Ulp. D.24,1,11,3; Marcian. D.41,1,11; C. 6,29,3,1 a. 530; I.2,1,25.

Le denominazioni delle due scuole vennero adottate, secondo Pomponio[5], contemporaneamente, in seguito all'emergere delle *dissensiones*, ma non subito, bensì – come si è visto – al tempo in cui i due corifei erano Cassio e Proculo: lo si desume dal fatto che Pomponio (D.1,2,2,52) dice espressamente che le due denominazioni di proculiani e cassiani furono quelle originarie. Ciò lascia intendere che la denominazione di sabiniani per i seguaci di Capitone deve essere stata più recente di quella di cassiani. Questa idea potrebbe sembrare una stranezza[6], ma essa è invece necessaria, perché la duplice denominazione per la *secta* proveniente da Capitone si spiega unicamente pensando che, dopo la condanna e l'esilio di Cassio in Sardegna nel 65[7], quando la scuola non avrebbe potuto continuare ad autodefinirsi «dei cassiani» senza rischiare di attirarsi l'odio del pericoloso Nerone, i suoi membri preferirono assumere la diversa designazione. Con ciò essi possono aver riesumato il nome non compromesso del precedente loro leader Massurio Sabino; ma è più facile pensare che la denominazione di sabiniani vada messa piuttosto in rapporto con Celio Sabino, che Pomponio (D.1,2,2,53) dice essere succeduto a Cassio. Il fatto che, nello stesso luogo, Pomponio asserisca che Celio Sabino *plurimum temporibus Vespasiani potuit*, non esclude che questi abbia iniziato la sua leadership prima del tempo di questo imperatore.

Va detto però che, lasciando da parte i testi provenienti dall'*enchiridium* di Pomponio, le due scuole vengono menzionate nelle fonti esclusivamente in relazione a problemi di diritto sostanziale, per registrare o sottolineare concretamente quelle che Pomponio indicava come le loro *dissensiones*[8]: ora, in questi luoghi, le due scuole non vengono se non raramente individuate con denominazioni complessive (tale è praticamente solo il caso dei testi che abbiamo finora citati), bensì con citazioni contrapposte di esponenti importanti dell'una e dell'altra. Solo Gaio – che era più o meno contemporaneo di Pomponio – usa ancora delle indicazioni collettive, indicando, nelle *institutiones*, i sabiniani come «i suoi maestri» (*nostri praeceptores*) e i proculiani come «gli autori dell'altra scuola» (*diversae scholae auctores*)[9].

---

5 Si rilegga il cit. Pomp. D.1,2,2,52, in relazione con Pomp. D.1,2,2,47 (... *hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt* ...).

6 Gli autori, che si sono posti il problema della priorità cronologica di una delle due denominazioni, pensano invero l'inverso: ad esempio KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*[2], München u. Leipzig 1912, 169 con le note 60-62.

7 Pomp. D.1,2,2,52; vedi NÖRR, *Zur Biographie des Juristen C. Cassius Longinus*, in *Sodalitas (Scritti Guarino)* VI, Napoli 1984, 2972 s.

8 Pomp. D.1,2,2,48.

9 Vedi *infra*, n. 21.

Ora, all'interno di questo stesso periodo, la scienza giuridica raggiunse i suoi apici negli anni durante i quali furono attivi quelli che si sogliono denominare i giuristi adrianei, con riferimento esterno al principato di Adriano (117-138), il primo degli imperatori ellenisti e filosofi.

Guardando più specificamente alle vicende della storia della giurisprudenza, il periodo di quella speciale elevatezza della scienza deve essere considerato con maggiore respiro. L'inizio deve piuttosto esser collocato subito dopo la morte di Domiziano, il 18 settembre del 96[10], quando venne eletto imperatore quel rampollo di giuristi che fu *M. Cocceius Nerva*, in età di ormai 66 anni. Nerva morì presto, il 27 gennaio del 98, dopo essersi associato al trono l'anno precedente (27 ottobre) lo spagnolo, da lui adottato, *M. Ulpius Traianus*[11], che regnò poi da solo, fino alla morte avvenuta a Selinunte sul mar Nero l'8 agosto 117.

L'avvento al trono di Nerva rappresentò una vera svolta nella storia del principato, dopo la tragica sequenza dei suoi predecessori. Il senso politico di quel passaggio è descritto con particolare partecipazione ed efficacia da Tacito in vari luoghi delle sue opere, e già nel passo, che qui riporto, tratto dal proemio alla biografia di Agricola, ch'egli scrisse quando, verso l'inizio del regno di Traiano[12], era poco più che quarantenne:

> Tac., Agr. 2,3: ... *et sicut vetus aetas vidit quid ultimum in libertate esset, ita nos quid in servitute, adempto per inquisitiones etiam loquendi audiendique commercio.* 4: *Memoriam quoque ipsam cum voce perdissemus, si tam in nostra potestate esset oblivisci quam tacere.* 3,1; *Nunc vero redit animus; sed quamquam primo statim beatissimi saeculi ortu Nerva Caesar res olim dissociabilis miscuerit, principatum ac*

[10] Suet., Dom. 17.

[11] Dopo l'adozione (Cass. Dio. 68,3,4; Plin., Paneg. 6,4 s.; 8,6) *M. Ulpius Nerva Traianus*. Traiano era nato (18.9.53), come poi Adriano (24.1.66), ad Italica, presso Siviglia.

[12] Il tempo della composizione risulta da Tac., Agr. 3,1, che è riportato. Dallo stesso passo si vuole talora desumere che l'opera sia stata scritta dopo l'adozione di Traiano da parte di Nerva e prima della morte di Nerva, sulla base delle considerazioni seguenti: Nerva non è indicato come *divus* (quindi era vivo), mentre a Traiano è già attribuito il nome di *Nerva*, quindi era già stato adottato. Ma il primo argomento è formalistico: Traiano è indicato da Tacito come colui, sotto il potere del quale i benefici del governo di Nerva sono sviluppati e fatti certi e definitivi, quindi come il suo successore e non semplicemente il collega. Se Tacito non qualifica Nerva come *divus*, ciò dipende dunque unicamente dal fatto che egli lo coglie nella sua attività da vivo (*primo statim beatissimi saeculi ortu ... res olim dissociabilis miscuerit, principatum ac libertatem*): ciò non gli avrebbe impedito di parlarne come del *divus Nerva*, ma la scelta di chiamarlo *Nerva Caesar* appare dettata da una ragione di gusto: la frase ne risulta infatti più viva ed efficace.

libertatem, augeatque cotidie felicitatem temporum Nerva Traianus, nec spem modo ac votum securitas publica, sed ipsius voti fiduciam ac robur adsumpserit, ...[13].

Si deve leggere anche Tac., Hist. 1,1, dove i tempi del *principatum divi Nervae et imperium Traiani* sono detti – considerandoli l'autore come oggetto di trattazione storiografica, in confronto con quelli cui l'opera era dedicata, e cioè gli anni 69-96 – *uberiorem securioremque materiam*, in ragione della «rara felicità dei tempi», che le corrisponde, «nei quali si può pensar quel che si vuole e dire quel che si pensa» (*rara temporum felicitate ubi sentire quae velis et quae sentias dicere licet*).

Come successore di Traiano fu tosto eletto un suo lontano parente, che ne aveva anche sposato, nel 100, la pronipote Vibia Sabina: Adriano (*P. Aelius Hadrianus*[14], come imperatore *Caesar Traianus*[15] *Hadrianus Augustus*)[16]. Alla fine del suo lungo regno, nell'anno 138, prima di morire a Baia il 10 di luglio, Adriano adottò l'Antonino[17], che gli successe lo stesso giorno col nome di *Caesar T. Aelius Hadrianus Antoninus Pius*, e che morì 23 anni dopo, il 7 marzo 161, nella villa presso *Lanuvium* dov'era nato.

La serie di questi imperatori saggi e operosi – che, sotto questo profilo, rappresentano il periodo più felice dell'Impero romano – continuò ancora per

---

[13] Ho riportato solo la parte del discorso di Tacito che ora ci interessa. Essa è inserita in un contesto la cui linea riassumo, soprattutto in quanto essa spiega perché le affermazioni relative a Nerva e Traiano siano introdotte con «tuttavia, benché» (*sed quamquam*): 1,1: Abbiamo trascorso tempi nei quali ricordare esempi di valore era un rischio. 1,2: Vi si sono puniti gli scrittori e bruciati i libri. Abbiamo sopportato e desiderato di dimenticare. 3,1: Ora i tempi sono cambiati; tuttavia l'inerzia che ci era allora stata imposta ci si è attaccata come una malattia, col desiderio che abbiamo di dimenticare il passato. E' però opportuno, sebbene ci voglia un certo sforzo, proporre un esempio di virtù (sc.: Agricola) di quei tempi duri.

[14] Figlio del senatore *P. Aelius Hadrianus*. Vedi HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* II, 907 ss. (s. v. *Hadrianus* num. 1).

[15] Il nome di *Traianus* fu aggiunto in funzione di una sua adozione da parte di Traiano, che in realtà pare fosse stata solo finta da Plotina e P. Acilio Attiano (che nell'85 circa era stato, insieme a Traiano, cotutore di Adriano: SHA Hadr. 1,4, che lo nomina *Caelius A.*). Vedi Cass. Dio. 69,1,1 s.

[16] Adriano era *legatus Augusti pro praetore* in Siria dall'estate 117 e designato console (la seconda volta) per il 118 quando Traiano morì. Egli ne ebbe la notizia l'11 agosto 117, e fu subito proclamato imperatore dalle armate siriache. Vedi HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* II, 908.

[17] *T. Aurelius Fulvius Boionius Arrius Antoninus*, fu adottato il 25 febbraio come figlio, con l'obbligo di adottare con diritto di successione *M. Annius Verus* (poi Marco Aurelio) e *L. Ceionius Commodus* (poi Lucio Vero): HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* II, 910; *Der kleine Pauly* I, 407 (s. v. *Antoninus* num. 1).

qualche tempo con Marco Aurelio (*M. Annius Verus*, come imperatore *Caesar M. Aurelius Antoninus Augustus*[18]), che salì al trono alla morte di Antonino Pio insieme al fratello adottivo Lucio Vero (*Caesar L. Aurelius Verus Augustus*)[19], regnando con lui fino alla morte di questi all'inizio dell'anno 169, sicché i due vennero denominati *divi Fratres*; dal 169 alla morte, avvenuta a Vindobona il 17 marzo 180, Marco Aurelio regnò solo.

Entro questo periodo di quasi un secolo (96-180) si colloca l'insieme dei giuristi che denominiamo per sintesi adrianei[20], e che operarono all'epoca cui Pomponio allude alla fine del suo profilo storico della scienza giuridica nell'*enchiridium*:

> D.1,2,2,53 (Pomp. *l.s. enchir.*): ... *Caelio Sabino Priscus Iavolenus: Pegaso Celsus: patri Celso Celsus filius et Priscus Neratius, qui utrique consules fuerunt, Celsus quidem et iterum: Iavoleno Prisco Aburnius Valens et Tuscianus, item Salvius Iulianus.*

Il testo (leggendo il quale va sempre sottinteso il *successit* che è scritto all'inizio del paragrafo) enumera i corifei delle due scuole, nell'ultimo periodo in cui esse sono individuabili come tali: e ciò non solo perché Pomponio, al tempo in cui scriveva, non potesse prevederne un futuro, ma in quanto, per le due scuole, un futuro in effetti non vi fu.

Già per l'epoca di cui stiamo parlando, del resto, leggendo le fonti si riceve l'impressione chiara di un rarefarsi, rispetto al passato, di quella che fu una marcata contrapposizione fra le scuole. Non si tratta, certo, di una constatazione sicura: ma proprio di un'impressione che riguarda l'atmosfera generale di un'epoca della storia della giurisprudenza.

Quando si considerano le *dissensiones* fra le due scuole, vien fatto di pensare ad una serie di punti controversi, che opponevano le due scuole come tali; voglio dire: essendo ciascuna tesi il frutto di un'elaborazione fatta all'interno di ciascuna scuola, e che poi gareggia in concorrenza con l'analogo e contrario frutto elaborato all'interno dell'altra. E' ben vero che talora vengono pur citati, per l'una o l'altra, singoli giuristi, ma solo nel senso che si vuol certificare con nomi rappresentativi della *secta* l'appartenenza dell'idea al

---

[18] HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* III, 1009 ss. (s. v. *Marcus* num. 2).

[19] *L. Ceionius Commodus* poi *L. Aelius Aurelius Commodus*. Il cambiamento di nome del personaggio già prima di diventare imperatore dipende dal fatto che egli era figlio di *L. Ceionius Commodus* (*Der kleine Pauly* I, 1097, s. v. *Ceionius* num. 4), adottato nel 136 dall'imperatore Adriano e destinato a succedergli (*L. Aelius Caesar*), ma morto il primo di gennaio del 138. HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* V, 1221 s. (s. v. *Verus*).

[20] Si veda la bella raccolta di scritti (corredata di notizie prosopografiche e bibliografiche) di CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980.

patrimonio di questa. Questo modo di vedere le cose è proprio di Gaio e di Pomponio: di Gaio, con il suo insistere sulla contrapposizione *nostri praeceptores – diversae scholae auctores*, ovvero *Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores – Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores*[21]; di Pomponio, che esaurisce il suo accenno al tema dicendo che, dopo Capitone e Labeone, Sabino e Nerva «*adhuc eas dissensiones auxerunt*» (Pomp. D.1,2,2,48). L'epoca cruciale delle controversie di scuola è dunque fissata ai tempi di Massurio Sabino e Cassio da un lato, Nerva e Proculo dall'altro: anche se certo con un'apertura verso il futuro, rappresentata in Gaio dal «*ceterique*», detto per i *nostri praeceptores* e replicato per i *diversae scholae auctores*, in Pomponio col fatto che egli prosegue nel delineare il succedersi dei maestri delle due *sectae* senza tornar sul tema delle divergenze, suscitando l'ambigua impressione che poi non valesse più la pena di parlarne perché non c'erano state novità o perché la sua importanza era scemata. Questo modo di vedere le due scuole come schierate l'una contro l'altra – non in generale, come sappiamo, ma almeno per certe puntuali battaglie[22] – non

---

21 Gai. 1,196 (*Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores – diversae scholae auctores*); Gai. 2,15 (*Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores*); Gai. 2,37 (*diversae scholae auctores – nostri praeceptores*): Gai. 2,79 (*idque maxime placuit Sabino et Cassio – alii vero ... idque maxime diversae scholae auctoribus visum est*); Gai. 2,123 (*nostri praeceptores – diversae scholae auctores*); Gai. 2,195 (*Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores – Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores*); Gai. 2,200 (*nostri praeceptores – diversae scholae auctores*); Gai. 2,220 (*secundum nostrorum praeceptorum opinionem*)-221 (*Sed diversae scholae auctores putant*); Gai. 2,244 (*Sabinus et Cassius – sed diversae scholae auctores*); Gai. 3,87, Gai. 3,98, Gai. 3,103, Gai. 3,141, Gai. 3,167a (*nostri praeceptores – diversae scholae auctores*); Gai. 3,168 (*nostris praeceptoribus placet – diversae scholae auctoribus visum est*); Gai. 3,178 (*non constat: nam diversae scholae auctoribus placuit*); Gai. 4,78 (*nostri praeceptores – diversae scholae auctores*); Gai. 4,79 (*diversae scholae auctores – Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores*).

22 Le fonti non registrano solo *dissensiones* fra le due scuole, ma anche convergenze; si vedano ad esempio: Paul. D.24,3,44 pr. (Nerva, Capitone); Proc. D.8,2,13,1 (Proculo, Capitone); Gai. D.2,1,11,2, Ulp. D.7,1,12,2 (Cassio, Pegaso); Ulp. D,12,5,4 pr. (Sabino, Pegaso); Paul. D.18,1,57 pr. (Nerva, Sabino, Cassio); Pomp. D.19,1,6,4, Ulp. D.19,1,11,3, Ulp. D.28,5,17 pr., Ulp. D.43,14,1,7; Paul. D.50,16,14 (Labeone, Sabino); Iavol. D.24,1,64 (Proculo, Celio Sabino); Ulp. D,33,7,12,16 (Pegaso, Cassio); Ulp. D.36,2,12,1 (Labeone, Sabino, Celso, Cassio, Giuliano); Pomp. D.35,1,14, Paul. D.45,1,8 (Sabino, Proculo); Gai. D.2,1,11 pr. (Sabino, Cassio, Proculo). Vi sono pure testi nei quali la *dissensio* non è fra le due scuole, ma fra parti almeno una delle quali composta da giuristi di entrambe le scuole: Ulp. D.7,5,3 (Nerva *contra* Cassio e Proculo); Paul. Plaut. D.35,2,49 pr. ([Atilicino], Nerva, Sabino *contra* Cassio). Le *dissensiones* sono comunque tutte puntuali: assai significativo è Paul. D.25,2,1, dove invece il punto controverso riguarda il fondamento etico-sociale di una norma, e quindi il carattere etico o positivo dell'ordine giuridico: ebbene, qui gli atteggiamenti non contrappongono le due scuole, ma singoli giuristi all'interno di esse (Nerva e Cassio *contra* Sabino, Proculo e Giuliano).

era forse proprio dell'autocoscienza dei giuristi del primo secolo, ma lo era certo della visione che i giuristi del secondo secolo avevano dei loro predecessori del primo. I giuristi dell'epoca adrianea, comunque, non percepiscono più affatto così il loro proprio modo di lavorare, e questo non verrà inteso così neppur dopo. Non più *dissensiones* di scuola, ma opinioni di giuristi contrapposte a quelle di altri giuristi, dove ciascuno rappresenta solo se stesso, confrontandosi – o confrontato – con altri giuristi, che pure vengono in considerazione come individualità. Celso, in un passo dei suoi *digesta*, parla di Nerva e Proculo in un modo che avrebbe benissimo potuto usare per Sabino e Cassio:

> D.16,3,32 (Cels. 11 dig.): *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est,* [-] *fraude non caret* [-][23].

Nel testo seguente è un giurista più tardo che scrive: e vede quella che fu forse, in passato, una controversia di scuole come un dissenso fra Proculo e Giuliano, che nacquero circa ad un secolo di distanza l'uno dall'altro: perché evidentemente Paolo faceva riferimento agli autori che riteneva più rappresentativi o che gli era più facile citare in relazione al tema trattato, ma senza comunque vederli inquadrati in *sectae*[24]:

> D.41,7,2 (Paul. 54 ed.) pr.: *Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere.* 1: *Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit; Iulianus desinere quidem omittentis esse, nec fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte.*

Di solito si fa risalire la fine della contrapposizione rigida fra le due scuole all'atteggiamento di Giavoleno, manifestato nella sua opera di commento ai *Posteriores* di Labeone. Forse si potrebbero trovare anche dei precedenti: ma sarebbe inutile cercarli, perché una contrapposizione rigida non vi fu mai. Quel che presso i giuristi adrianei risulta ormai assente è il senso della presenza attuale di due *sectae*: e ciò lo si dovette certo soprattutto al fatto che essa si esauriva nella realtà. La scuola proculiana non continua dopo Nerazio

[23] Ho omesso, riportando il testo, i due glossemi (si tratta piuttosto di due parti di un unico glossema) di cui è stato farcito. Vedi CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, 28 e n. 116 (p. 46).

[24] La forma che il testo presenta non permette di escludere che i compilatori del Digesto abbiano soppresso la menzione di altri giuristi: ma neppure lo lascia supporre.

e Celso, e se la sabiniana continua ancora per un poco, ciò è unicamente dovuto al fatto che Giuliano, l'ultimo dei suoi corifei, visse a lungo ed ebbe un più giovane stretto collaboratore nella persona di Africano. Questa stessa è la visuale che sottintendeva Pomponio nell'*enchiridion*. Che Gaio usi ancora, all'epoca di Antonino Pio, un linguaggio che fa pensare alla presenza delle *dissensiones* scolastiche nell'ambiente della scienza giuridica, è semplicemente un aspetto della sua visione un poco stereotipata, dell'ambiente in cui operava, in vecchie categorie. Del resto, egli stesso, quando nelle Istituzioni ricorda delle *dissensiones*, se cita precisamente autori, non fa altri nomi se non quelli di Sabino, Cassio, Nerva e Proculo.

Nell'epoca dei giuristi adrianei si concentra dunque l'apice della storia della giurisprudenza romana. Con ciò non voglio dire – sarebbe di una tale superficialità! – che i giuristi che vi operarono siano stati i più grandi di quella storia. Il lavoro che svolsero i *fundatores* – lo percepiamo forse con maggiore evidenza per Bruto – nel II secolo a.C., con quello di Quinto Mucio, poi di Servio nel primo, ripreso e ulteriormente arricchito dalla grande intelligenza di Labeone al tempo dell'instaurazione, necessaria ma tragica[25], del principato, se rappresentano tappe precedenti della stessa vicenda intellettuale, non corrispondono certo a suoi momenti meno ricchi, né meno determinanti per l'avvenire della scienza. Ma quel che caratterizza in modo specifico il pensiero ed il discorso dei giuristi che ora consideriamo, almeno quello dei maggiori, potremmo descriverlo come una eccezionale signoria degli strumenti della scienza giuridica, che si manifesta soprattutto nella padronanza della visione dommatica dei meccanismi giuridici e nella perfetta inserzione della dommatica nella considerazione casistica. La giurisprudenza è stata anche capace di superare in senso compiutamente positivo il proprio rapporto con la dialettica: i giuristi avevano, già dall'inizio della loro acculturazione ellenistica, saputo attingere alle *artes* greche senza compromettere i loro metodi[26]: ma l'apporto della scienza greca dell'argomentazione era pur sempre rimasto il recupero, ai fini della scienza giuridica, di una scienza ausiliaria; con i giuristi adrianei si è raggiunta invece una precisa consapevolezza del-

[25] Questo giudizio è di Tacito, che accanto alla sua posizione critica verso il nuovo regime, e che può sintetizzarsi nella sua constatazione della perdurante inconciliabilità, fino a prima di Nerva, del potere imperiale con la libertà (cfr. il cit. Tac., Agr. 3,1), ammette pur sempre che lo smisurato impero di Roma non poteva essere retto che da un potere accentrato: Tac., Hist. 1,1: *omnem potentiam ad unum conferri pacis interfuit*; Tac., Hist. 1,16: *immensum imperii corpus stare ac librari* (= reggersi e stare in equilibrio) *sine rectore non posse*.

[26] CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I, Torino 1997, 213-291 (una sorta di conclusione sintetica alla p. 291).

l'autonomia della logica giuridica. Come scriveva Giuliano (D.9,2,51,2, fornendo anche un bell'esempio concreto): *multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest.*

1.1: *Aristone, Celso e Giuliano.* – Io credo – ma non è certo un'idea originale – che quel momento della giurisprudenza romana si sia concretato soprattutto in tre personalità, di diverso carattere, che possiamo collocare nel tempo con una certa precisione. Ed è pure significativo il fatto che il primo, Aristone, non risulti affatto essere appartenuto all'una delle due scuole, mentre ciascuno degli altri due – Celso e Giuliano – fu l'ultimo leader della propria.

a) Aristone (*Titius Aristo*)[27], dei tre personaggi, è quello per il quale abbiamo più scarse testimonianze, ma io credo la sua vita possa essere collocata nel tempo in modo abbastanza preciso. Da un testo di Pomponio si apprende che Aristone, in un suo scritto che evidentemente Pomponio consultava, riferiva un'opinione ascoltata dalla viva voce di Cassio[28]. Si tratta di un indizio troppo debole per dedurne, come generalmente si fa, che Aristone sia stato allievo di Cassio; ma certo egli lo frequentò, come risulta ancor meglio da Ulp. D.17,2,29,2, dove Aristone non viene indicato solo come testimone di un enunciato puntuale di Cassio, ma del fatto che un certo modo di esprimersi era, a questi, *solitum*[29]: il che pare implicare una certa continuità nella presenza del più giovane Aristone alle discussioni che avevano luogo presso il leader eponimo dei cassiani. Con altri giuristi successivi, tutti importanti, Aristone ebbe contatti epistolari: con Nerazio[30] – insieme al quale lo troviamo pure nel *consilium* di un pretore[31] –, con Celso[32] e Giuliano[33]. Un contributo preciso alla sua biografia ci proviene da alcune lettere di Plinio, nella prima delle quali, scritta ad un amico[34] e databile all'estate 97, esterna la sua

---

[27] Il *nomen gentilicium* «*Titius*» risulta da Plin., ep. 1,22,1; 5,3. Non lo si deve intendere, anche se spesso invece lo si fa, come *Titus*, facendone un *praenomen*: KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*[2], Graz-Wien-Köln 1967, 141 n. 184.

[28] Pomp. D.4,8,40: ... *nam et Cassium audisse se dicentem Aristo ait* ...

[29] *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ... et hanc societatem leoninam solitum appellare.*

[30] Ulp. D.19,2,19,2 (*et est epistula Neratii ad Aristonem*); Paul. D.20,3,3 (*Neratio Prisco scripsit*).

[31] Pap. D.37,12,5. Dal passo non si deve desumere che Aristone fu membro del *consilium* di Traiano (come ancora fa AMARELLI, *Consilia principum*, Napoli 1983, 87): ha ragione il KUNKEL, *Herkunft* cit., 141 n. 185; 144 n. 198.

[32] Ulp. D.2,14,7,2 secondo KUNKEL, *Herkunft* cit., 320 n. 668; Pomp. D.40,7,29,1.

[33] Iul. D.37.5.6: *quaestio* di Aristone con risposta di Giuliano.

[34] *Plinius Catilio suo s.* Il personaggio (vedi HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* I, 1086, s. v. *Catilius* num. 3) è noto solo dall'epistolario di Plinio (vedi anche Plin., ep. 3,12),

preoccupazione per una grave malattia del giurista, delineandone una sorta di ritratto spirituale e culturale, che ce lo mostra come personaggio di grande notorietà e nel pieno della sua maturità:

> Plin., ep. 1,22,1: *Dum iam in urbe haereo et quidem attonitus. perturbat me longa et pertinax valetudo Titi Aristonis, quem singulariter et miror et diligo. nihil est enim illo gravius, sanctius, doctius, ut mihi non unus homo, sed litterae ipsae omnesque bonae artes in uno homine summum periculum adire videantur.* 2: *Quam peritus ille et privati iuris et publici! quantum rerum, quantum exemplorum, quantum antiquitatis tenet! nihil est, quod discere velis, quod ille docere non possit. mihi certe, quotiens aliquid abditum quaero, ille thesaurus est.* 3: *Iam quanta sermonibus eius fides, quanta auctoritas, quam pressa et decora cunctatio! quid est, quod non statim sciat? et tamen plerumque haesitat, dubitat diversitate rationum, quas acri magnoque iudicio ab origine causisque primis repetit, discernit, expendit.* 4: *Ad hoc quam parcus in victu, quam modicus in cultu! soleo ipsum cubiculum eius ipsumque lectum ut imaginem quandam priscae frugalitatis adspicere.* 5: *Ornat haec magnitudo animi, quae nihil ad ostentationem, omnia ad conscientiam refert recteque facti non ex populi sermone mercedem, sed ex facto petit.* 6: *In summa non facile quemquam ex istis, qui sapientiae studium habitu corporis praeferunt, huic viro comparabilis. non quidem gymnasia sectatur aut porticus nec disputationibus longis aliorum otium suumque delectat, sed in toga negotiisque versatur, multos advocatione, plures consilio iuvat.* 7: *Nemini tamen istorum castitate, pietate, iustitia, fortitudine etiam primo loco cesserit. Mirareris, si interesses, qua patientia hanc ipsam valetudinem toleret, ut dolori resistat, ut sitim differat, ut incredibilem febrium ardorem immotus opertusque transmittat.* 8: *Nuper me paucosque mecum, quos maxime diligit, advocavit rogavitque, ut medicos consuleremus de summa valetudinis, ut, si esset insuperabilis, sponte exiret e vita, si tantum difficilis et longa, resisteret maneretque:* 9: *Dandum enim precibus uxoris, dandum filiae lacrimis, dandum etiam nobis amicis, ne spes nostras, si modo non essent inanes, voluntaria morte desereret. id ego arduum in primis et praecipua laude dignum puto.* 10: *Nam impetu quodam et instinctu procurrere ad mortem commune cum multis, deliberare vero et causas eius expendere, utque suaserit ratio, vitae mortisque consilium vel suscipere vel ponere ingentis est animi.* 11: *Et medici quidem secunda nobis pollicentur; superest, ut promissis deus adnuat tandemque me hac sollicitudine exolvat ...*;

---

e non va confuso con *L. Catilius Severus*, cons. II ord. nel 120 (HANSLIK, *l. cit.*, 1085 s., s. v. *Catilius* num. 2).

Aristone superò la malattia, di cui qui si parla. Il carteggio di Plinio contiene due lettere a lui indirizzate in seguito. Se la prima (Plin., ep. 5,3), dal contenuto assolutamente insignificante, non è precisamente databile, la seconda (Plin., ep. 8,14) concerne il dibattito che ebbe luogo in Senato sul caso dei liberti del console Afranio Destro, trovato morto in circostanze oscure nella sua casa[35] il 24 giugno del 105[36]. Ora, aggiungendo ai dati raccolti una qualche ragionevole congettura, potremmo tentar di stabilire, di Aristone, il profilo biografico seguente: con date che devono ovviamente considerarsi approssimative. Si deve necessariamente ammettere che Aristone frequentò Cassio prima che questi fosse relegato da Nerone in Sardegna nel 65, ed altresì che nel 97, la data almeno approssimativamente certa di Plin., ep. 1,22, egli era già un giurista ed un uomo di cultura di fama acquisita. Poniamo dunque – è la congettura che mi è parsa la più sensata dopo una serie di tentativi – che nel 97 Aristone avesse 55 anni. Nel 65, allora, alla presumibile fine della sua frequentazione di Cassio, egli avrebbe avuto 23 anni; sarebbe dunque nato nel 42, ed avrebbe avuto 63 anni nel 105, quando Plinio scrisse l'ultima lettera che gli indirizzò (Plin., ep. 8,14) e che lo mostra ancora attivo. Possiamo ancora dire che Aristone aveva 64 o 65 anni all'epoca della pretura di Celso (106 o 107), per avere infine, se visse sufficientemente a lungo, 87 anni all'epoca del secondo consolato (129) di Celso e 96 alla morte dell'imperatore Adriano (138). Dalla mancanza in Plinio di qualunque allusione in proposito, è lecito dedurre che Aristone non fece carriera politica. Può pure affermarsi, io credo con certezza, che egli non vada considerato come adepto di una delle due scuole. Se è ben vero che la sua frequentazione di Cassio è provata, è anche vero che dagli atteggiamenti del suo pensiero non si lascia desumere alcuna particolare propensione per le posizioni proprie alla tradizione dell'una o dell'altra *secta*. Al che si aggiunge un argomento *e silentio*, ma in questo caso particolarmente corposo: Pomponio non menzio-

---

[35] *In domo sua exanimis inventus est*, secondo i *Fasti* di Ostia.

[36] Questa seconda lettera è più interessante, perché Plinio chiede ad Aristone un parere circa una (sensatissima ed intelligente: la lettera pare scritta e pubblicata per menarsene – giustamente invero – vanto) richiesta da lui fatta e accolta durante il dibattito menzionato. In funzione di ciò egli si rivolge all'amico come «grande esperto del diritto privato e pubblico, del quale fa parte il diritto senatorio» (Plin., ep. 8,14,1: *Cum sis peritissimus et privati iuris et publici, cuius pars senatorium est*), come a persona che sempre ebbe cura di occuparsi di problemi tanto di diritto pubblico quanto di privato, in relazione a casi antichi o recenti, rari ovvero frequenti che fossero (Plin., ep. 8,14,10: ... *scientia tua, cui semper fuit curae sic iura publica ut privata, sic antiqua ut recentia, sic rara ut adsidua tractare*). Nella lettera vi è pure una bella ed originale descrizione del cambiamento politico avvenuto in Roma dopo la morte di Domiziano (Plin., ep. 8,14,2-10; cfr. Plin., Pan. 54,3-6).

na Aristone nell'*enchiridium*. Come si sa, Pomponio impostava, per l'epoca che ci interessa, la sua presentazione dei giuristi sulla possibilità di enumerarli tra i proculiani o i cassiani-sabiniani, e solo l'indipendenza, sotto questo profilo, del personaggio può spiegare il fatto che l'autore del manuale non vi menzionasse un giurista dell'altezza di Aristone, tanto più se si pensa che Pomponio ne conosceva l'opera forse meglio di chiunque altro. La lettura dell'insieme dei passi che ci restituiscono il pensiero di Aristone mostra in effetti chiaramente che Pomponio rappresentava, per gli altri giuristi successivi, il tramite normale della sua conoscenza: tanto che il Lenel[37], arrivò a supporre – ed ai fini che ora consideriamo non importa se a ragione o a torto – che a Pomponio sia dovuta una riedizione o un'epitome dei *digesta* di Aristone.

b) Celso (*P. Iuventius Celsus*)[38] è spesso designato nelle fonti come *Celsus filius*, perché il suo omonimo[39] padre fu pure giurista[40], e leader della scuola proculiana dopo Pegaso e prima della comune leadership del proprio figlio e di Nerazio[41]. Celso

---

37 LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 61 n. 1.

38 Di solito si dà (ad esempio: KUNKEL, *Herkunft* cit., 146) come nome completo di Celso tutta la serie seguente: *P. Iuventius Celsus Titus Aufidius Hoenius Severianus*. Essa è tratta da Ulp. D.5,3,20,6, dove compare l'inizio del testo completo del senatoconsulto del 129 che i romanisti denominano (per la presenza di Celso fra i proponenti) senatoconsulto giuvenziano. I consoli proponenti vi sono indicati così: *Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Oenus Severianus consules*. Ma è assai probabile che con ciò siano menzionati non due, ma quattro consoli: i due ordinari (*Q. Iulius Balbus* e *P. Iuventius Celsus*) e i due *suffecti* (*Titius Aufidius* ed *Oenus* [forse: *Hoenius*] *Severianus*); l'*et* dovrebbe in questo caso venir cancellato. Cfr. VOLTERRA, *NssDI* 16 (1969), 1073 (s. v. *senatus consulta*, § 11 num. 141); GUARINO, *Le ragioni del giurista*, Napoli 1983, 190.

39 Che *Celsus* padre avesse nome *Iuventius* risulta semplicemente dal fatto che il figlio si chiamava certamente così, e *Iuventius* è il *nomen gentilicium* (GUNDEL, in: *Der kleine Pauly* III, 29), *Celsus* il *cognomen* (HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* I, 1101); ma egli aveva anche probabilmente come prenome *Publius*, perché, come affermò lo HEINECCIUS, *Opuscula varia*, Halae 1735, 506 n. *q*., il fatto che i due Celsi vengano individuati come padre e figlio lascia presumere che il primo avesse lo stesso prenome *Publius*, che conosciamo per il secondo.

40 Dei quattro testi, oltre quello di Pomponio, che lo menzionano, due appartengono al figlio, che lo indica come suo padre (Cels. D.31,20; Cels. D.31,29 pr.), uno a Nerazio (D.17,1,39), che lo dice *Celsus pater*, e uno a Ulpiano (D.12,4,3,7) che lo cita per la mediazione del figlio (*et refert patrem suum Celsum existimasse*).

41 Per la biografia di Celso padre abbiamo, oltre a Pomp. D.1,2,2,53, una sola notizia: da Cels. D.31,29 pr. risulta che egli sedette nel *consilium* del console (Publio) Ducenio Vero, che fu *consul suffectus* dal primo maggio al 31 agosto del 95: vedi HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* II, 173, s. v. *Ducenius* num. 3.

figlio[42] fu pretore[43] nel 106 o 107[44]; *legatus Augusti pro praetore* in Tracia tra il 107 e il 113; ricoprì, come dice Pomponio, due consolati, dei quali il secondo (ordinario) nel 129[45]; fu ancora, dopo questo consolato, proconsole d'Asia[46]. Fu membro del *consilium* dell'imperatore Adriano[47].

Collocare esattamente nel tempo la vita di Celso è difficile. Se si vuole attribuirgli una trentina d'anni al tempo della pretura (106 o 107), ne dovremmo collocare la nascita attorno al 75; siccome non abbiamo notizie di una sua attività oltre il regno di Adriano, dovremmo pensare che egli sia morto più o meno con l'imperatore, tra il 135 e il 140, concedendogli così una sessantina d'anni di vita. Siccome il padre era ancora attivo nel 95, egli deve avere assunto la *leadership* della scuola proculiana dopo tale data.

c) Giuliano ebbe, secondo Pomp. D.1,2,2,53, la leadership della scuola sabiniana dopo Giavoleno, ed insieme[48] ad Aburnio Valente e Tusciano, due

---

[42] Nella Storia romana di Cassio Dione, che scriveva all'epoca dei Severi, si riferisce (Cass. Dio, 67,13) che «un certo Giuvenzio Celso» (*Iououéntiós tis Kélsos*) partecipò alla congiura contro Domiziano nell'anno 94, sfuggendo alle nefaste conseguenze con un fortunato quanto discutibile stratagemma (nel corso della crisi [93-96; Tac., Agr. 44,6] che seguì il bando che Domiziano deliberò nel 93 contro i filosofi; vedi HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* II, 124 riga 41 ss.). In genere si ritiene che il protagonista di questa avventura fosse il giovanissimo Celso figlio. Il KUNKEL, *Herkunft* cit., 137 con la n. 171, pensa piuttosto al padre: nel 96, egli dice, Celso figlio, che sarà pretore nel 106 o 107, doveva essere troppo giovane per un'intrapresa politica; del resto, aggiunge, Cassio Dione non poteva parlare di lui come di «un certo Celso». Ora, Celso sarà pretore una decina d'anni dopo, e quindi poteva certo aver già l'età per un ruolo politico elementare come la partecipazione ad una congiura; ma se, d'altra parte, è certo impossibile che Cassio Dione indicasse un personaggio come Celso dicendolo *Iuventius Celsus quidam*, altrettanto inverosimile è che egli ne menzionasse in quel modo il padre. Anche prescindendo dal fatto che Celso padre aveva una sua propria notorietà, nessuno storico parlerebbe di «un certo Einstein» alludendo al padre dell'omonimo Albert. L'impressione che si ha leggendo Cass. Dio, 67,13 è che l'autore, raccontando l'episodio e nominandone il protagonista, abbia aggiunto al nome assai noto quel «*tis*» – «un certo» – proprio per chiarire che non si trattava di alcuno degli omonimi famosi.

[43] Per la carriera del personaggio si veda, con lett., KUNKEL, *Herkunft* cit., 146 s.

[44] L'incertezza sulla data della pretura (106 o 107) dipende dall'analoga incertezza nella datazione della lettera di Plinio (Plin., ep. 6,5), che presenta Celso, pretore in carica, impegnato in un vivace battibecco in Senato col pretorio (era stato pretore nel 105: *Der kleine Pauly* III, 641 s., s. v. *Licinius* num. 10) Licinio Nepote.

[45] Vedi sopra, n. 38.

[46] Vedi lett. in NÖRR, *Pomponius oder «Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, Berlin-New York 1976, 514 n. 75.

[47] SHA [Spartianus] Hadr. 18,1.

[48] Così almeno parrebbe esprimersi Pomponio dicendo che a Giavoleno Prisco succedettero *Aburn<i>us Valens et Tuscianus, item Salvius Iulianus*. «*Item*» deve significare «nonché».

giuristi che non possono essere considerati se non personaggi minori[49]. La ricostruzione della biografia di Giuliano è resa problematica da una sorta di eccesso di notizie contraddittorie, dal quale non si può uscire se non seguendo le riflessioni che ha condotto con caparbia e tenacia Antonio Guarino[50]. I suoi risultati sono basati sul rifiuto di riferire al giurista i documenti epigrafici che si riferiscono ad un *Lucius Octavius Cornelius Salvius Iulianus Aemilianus*[51], e di prestare invece fede, oltre ad altre notizie certe che ci provengono soprattutto da testi del Digesto, a SHA [Spartianus] Did. 1,1-2, dove si dice che il giurista fu bisnonno (*proavus*) dell'imperatore Didio Giuliano, che, dopo un brevissimo regno di poco più di due mesi, morì il primo giugno 193[52], essendo nato nel 137 o nel 133[53]. Con queste premesse, le linee biografiche di Giuliano risultano, a mio parere[54], le seguenti.

Salvius Iulianus aveva probabilmente come *praenomen* quello di *Publius*[55]; nacque intorno all'80, non molto dopo, ma forse – piuttosto – prima[56]. Vari indizi lo legano all'Africa, dove egli visse almeno un certo tempo, perché ebbe

---

49 Su Aburnio Valente (*L. Fulvius Aburnius Valens*) vedi LENEL, *Pal.* II, 1201 ss.; KUNKEL, *Herkunft* cit. 151 s.; NÖRR, *Pomponius* cit., 513 con la n. 74. Su SHA [I. Capitolinus], Anton. Pius, 12,1 vedi la lett. in: MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, Milano 1988, 67 sub 6; adde GUARINO, *Le ragioni* cit., 126. Di Tusciano non abbiamo alcuna notizia: KUNKEL, *Herkunft* cit. 153 s.; NÖRR, *Pomponius* cit., 514 n. 78.

50 GUARINO, *Salvius Iulianus, profilo biobibliografico* (1945), in: GUARINO, *Le ragioni*, 125 ss.; *Alla ricerca di Salvio Giuliano* (1959), in: GUARINO, *Le ragioni*, 221 ss.; *La pista dell'avunculus* (1972), in: GUARINO, *Le ragioni*, 233 ss. Anche se ci si può discostare da qualche conclusione dell'autore, deve considerarsi che questi suoi contributi rappresentano un decisivo progresso rispetto alla letteratura precedente, che egli vi discute in un modo del tutto esauriente. Se ne vedano le indicazioni in: GUARINO, *Le ragioni*, 424 ss. (nota* a *Salvius Iulianus, profilo*; la letteratura successiva è presa in considerazione nei due ulteriori lavori).

51 Cioè l'epigrafe di Souk-el-Abiod (Papput) CIL VIII 24094 (DESSAU, 8973) e la *dedicatio* di *Thuburbo maius*, ripubblicata da MERLIN, *Le jurisconsulte Salvius Iulianus proconsul d'Afrique*, in: *Mém. Acad. Inscr.* 43,2 (1951), 93 ss. Così pure il Guarino esclude che al giurista vada riferito CIL X 7457, che menziona un *P. Salvius Iulianus*, console del 175.

52 Cass. Dio. 73, 17. Vedi HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* II, 9 (riga 14 ss., s. v. *Didius* num. 5).

53 Rispettivamente: secondo SHA Did. 9,3 egli morì dopo (2 mesi e 5 giorni di regno e) 56 anni e quattro mesi di vita; secondo Cass. Dio. 73,17,5 dopo (66 giorni di regno e) 60 anni quattro mesi e quattro giorni di vita. Egli sarebbe dunque nato – rispettivamente – il 2 febbraio 137 o il 30 gennaio 133. Vedi HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* II, 8, riga 39 s.

54 Questa precisazione è necessaria in quanto mi discosto su qualche punto dalle deduzioni e conclusioni del Guarino, ma non posso, in questa sede, fornirne analiticamente le ragioni.

55 Se fu lui il console del 148, come si vedrà fra breve.

56 Si deduce soprattuto da SHA Did. 1,1-2.

un figlio ad Adrumeto[57], ma ciò non è sufficiente per dire che ne sia stato originario[58]. Fu allievo di Giavoleno[59]; pretore ai tempi dell'imperatore Adriano[60]; due volte console[61], la prima volta, presumibilmente, come *suffectus* ai tempi di Adriano[62] e la seconda come console ordinario forse nel 148[63], ai tempi dunque dell'imperatore Antonino Pio; ebbe anche la *praefectura urbis*[64]; fu membro del *consilium* di Adriano[65], di Antonino Pio[66] e certo anche di quello dei *divi Fratres* (161-169), che comunque lo consideravano come *amicus*[67]; alla morte di Lucio Vero nel 169 avrebbe avuto circa 90 anni: è quindi pensabile che egli sia morto prima di tale data, ma comunque dopo aver superato ampiamente gli 80 anni.

---

[57] SHA Did. 1,2; si consideri anche la sua presenza in Egitto, di cui egli stesso parla in Iul. D.46,3,36.

[58] Come spesso si afferma. Ad esempio: SEILER, in: *Der kleine Pauly* II, 1218 (s. v. *Iulianus* num. 11); anche GUARINO, *Le ragioni* cit., 143; 222, ma l'autore apre la porta al dubbio a p. 235.

[59] Iul. D.40,2,5.

[60] La pretura risulta con certezza da Iul. D.40,2,5. Dalle fonti (vedi l'elenco in GUARINO, *Le ragioni* cit. 266; in part. Vict., de Caes. 19,1; Eutrop., brev. 9,17; *Tanta*, 18) risulta inoltre che Giuliano *edictum composuit* o *ordinavit* al tempo dell'imperatore Adriano. Il senso della notizia non è chiaro quanto di solito si ritiene (vedi GUARINO, *Le ragioni*, 265 ss.): ma resta comunque il fatto che la tradizione rispecchiata dalle fonti si riallaccia ad un'operazione che Giuliano fece al tempo di Adriano relativamente all'editto pretorio, e tale operazione implica che egli fosse pretore. Vedi la letteratura in GUARINO, *Le ragioni*, 133 s. e le considerazioni in GUARINO, *Le ragioni*, 139 s.; 241.

[61] SHA Did. 1,1.

[62] Cfr. GUARINO, *Le ragioni*, 143.

[63] Per l'anno 148 è sicuramente testimoniata una coppia consolare eponima *P. Salvius Iulianus* e *C. Bellicius Torquatus*. Ne abbiamo tre testimonianze epigrafiche: CIL VI 365 (=DESSAU, 2104), iscrizione nota non direttamente, ma da una trascrizione apografica quattrocentesca, che reca nella data *C. Bellicio Torq ... / P. Sal ... / cos*; i *Fasti Ostienses* (CALZA, in *Not. Scavi* 6,15 [1939], 361 ss.; GUARINO, *Le ragioni*, 223, sub *d*), che recano la coppia consolare <...>*us Iulianus* e *C. Bellicius Torquatus*; CIL XVI 95, un diploma militare (DEGRASSI, *I fasti consolari* [1952] 42; GUARINO, *Le ragioni*, 221 ss.), che nella *scriptura exterior* indica la coppia consolare *L. Salvio Iuliano C. Bellicio Torquato cos.*, nella *scriptura interior* semplicemente *Iuliano et Torquato cos.* (ma la *scriptura exterior* risulta di mano diversa da quella della *interior* e deve dunque considerarsi dovuta ad un qualche archivista che precisò di sua iniziativa la menzione senza prenome che ritrovava nel testo: e quindi essa non fa fede alcuna: GUARINO, *Le ragioni*, 226 s.). Si aggiunge una testimonianza papirologica (P. Mich.3, 153: un certificato di nascita del Cairo), dove l'indicazione della coppia consolare è indicata quattro volte nella forma: *C. Bellicio Calpurnio Torquato P. Salvio Iuliano cos.* Che il P. Salvio Giuliano di questi documenti sia il giurista è assai probabile, ma non sicuro.

[64] SHA Did. 1,1.

[65] SHA Hadr. 18,1, già citato per Celso alla n. 47 (il testo menziona anche Nerazio).

[66] SHA Anton. Pius, 12,1 (vedi sopra, n. 49).

[67] Ulp. D.37,14,17.

2: *Diritto e scienza giuridica.* – Questa lunga premessa, puramente storica, è forse eccessiva per i limitati scopi che si propone questo mio contributo: nel quale vorrei soltanto, invero, suggerire un'idea di quel che mi pare sia stato il respiro della giurisprudenza nell'ultima stagione delle due scuole. Respiro che fu come il polmone di tutta la storia successiva della scienza giuridica: e ciò, io credo, perché l'aria pura già creata dai giuristi precedenti divenne un vento possente, atto a gonfiar per secoli le vele in quanto nutrito dal genio unico di quei tre personaggi, che poté esprimersi in quanto una serie di sovrani generosi seppe aprire un'eccezionale fase di libertà nella vicenda di una comunità politica organizzata in strutture pubbliche rette ormai da un potere personale praticamente assoluto. La libertà della cultura è infatti essenziale allo sviluppo della scienza giuridica[68], come lo è la presenza di spiriti che sappiano muoversi in libertà[69].

Ma riprendiamo il filo del nostro discorso.

Per un giurista del tempo di cui ci stiamo occupando, la scienza giuridica non era certo un lusso[70] e neppure semplicemente uno strumento assai utile: essi la consideravano invece come un'entità del tutto coessenziale all'esistenza del diritto oggettivo stesso. Così si esprimeva con chiarezza, nel suo *enchiridium*, Sesto Pomponio, contemporaneo più giovane dei tre, scrivendo durante gli ultimi anni del principato di Adriano[71]:

> D.1,2,2,13 (Pomp. l.s. enchir.) ... *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

3: *La dommatica.* – All'epoca di cui ci stiamo occupando, la dommatica dei giuristi romani si presenta, come ogni dommatica, quale individuazione delle strutture razionali implicate nella fenomenologia del diritto. L'analisi dommatica conduce infine alla costruzione di soluzioni ed anche alla individuazione di regole; ma va detto che una dommatica veramente coerente – e dunque scientifica – perviene a soluzioni e regole non creando, ma deducendo o inducendo. Come vedremo negli esempi che seguiranno, certe regole oggi impiegate come «creazioni dommatiche» erano invece dai giuristi roma-

---

68 Vedi ad esempio il momento cui mi riferivo in *Per una storia* cit., 18.

69 Cfr. ancora *Per una storia* cit., 305 (sub *b*) ss.

70 Vedi ancora *Per una storia* cit., 17 con la n. 4.

71 Sulla datazione dell'*enchiridium* vedi NÖRR, *Pomponius* cit., 512 ss. La sola altra conclusione sicura circa la biografia di Pomponio consiste nella certezza (la si desume da Ulp. Vat. 75,4-5; Vat. 82-83; Vat. 87-88) che i *digesta* di Giuliano, certo pubblicati al tempo di Antonino Pio (GUARINO, *Le ragioni*, 200 ss. [181 ss.]; 230 s.), si collocano cronologicamente tra i *libri ad Sabinum* e i libri *ex Plautio* di Pomponio.

ni giustificate dall'analisi della situazione esaminata, cioè desunte dalla sua struttura come in essa implicite.

3.1: *Strutture dommatiche e nominalismo dei dogmi, sistematica e ordine della materia.* – D'altra parte, quei giuristi evitavano di creare denominazioni particolari per i singoli dogmi che venivano determinando, sicché i loro ragionamenti non erano poi espressi con un linguaggio basato su di un vocabolario che non solo rende esoterico il linguaggio stesso, ma soprattutto rischia di esonerare il giurista dalla puntuale verifica della funzionalità di ogni dogma in ogni suo impiego concreto. Essi descrivevano sempre tutto con le parole di volta in volta più appropriate, sicché ogni operazione si presenta presso di loro chiara in se stessa, senza bisogno di riferimenti a schemi precostituiti[72]. La dommatica moderna, frutto di una elaborazione che trova già le sue prime radici nell'opera dei glossatori e dei commentatori, ma ricevette il suo stile soprattutto per opera dei maestri della giurisprudenza elegante e del diritto naturale e venne definitivamente condizionata dall'opera dei pandettisti, si presenta come un apparato di categorie enumerabili come un insieme di *nomina*. Oggi, in sostanza, un repertorio della dommatica può essere edito sotto forma di vocabolario giuridico, nel quale ogni «Stichwort» indichi una situazione o una struttura univocamente definibile ed un corrispondente meccanismo (regola o comunque soluzione) altrettanto determinato, anche se talora con varianti. Per un giurista romano, invece, la dommatica rappresenta l'insieme degli elementi concettuali adatti alla soluzione di un caso più o meno tipizzato, ed essa esige, ove replicata in casi analoghi, la costante verifica della sua adattabilità al fatto. I dogmi romani non hanno nome. Se alcuni si trascinano normalmente appresso l'uso di un vocabolo, questo vocabolo è solo un termine del linguaggio comune, appropriato alla situazione che costituisce – con la medesima normalità – l'elemento di fatto cui il dogma deve essere applicato.

Anche strutture semplici e, si direbbe, di universale applicazione come quelle di «condizione» e «termine», posseggono bensì nel linguaggio dei giuristi

[72] I giuristi romani crearono, ad esempio, la struttura corrispondente a quello che la dottrina tedesca denomina oggi il dogma della «Drittschadensliquidation», che applicarono in una serie di casi, senza mai sentire il bisogno di dargli un qualunque nome. Per l'epoca di cui stiamo parlando, abbiamo un esempio chiaro e completo in un testo di Nerazio (2 membr. D.2,11,14; la soluzione è ripresa in Ulp. D.45,1,81,1). Vedi in proposito CANNATA, *Le disavventure del capitano J. F. Vos*, in *Labeo* 41 (1995), 401 ss. (si tratta di una recensione del bel libro di I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien 1993). Un precedente d'epoca repubblicana: Ulp. Serv. Tub. D.19,1,13,30 (CANNATA, *Le disavventure* cit., 425).

romani denominazioni usuali – nel caso quelle di «*condicio*» e «*dies*» – ma queste sono denominazioni di comodo, vocaboli allusivi sinteticamente al solo fatto e quindi sostanzialmente strumenti per abbreviare una descrizione di questo. Se solo ci si debba ragionar sopra, quei termini possono non più del tutto essere usati, in quanto un'allusione diretta all'essenza degli elementi di fatto in gioco appare il solo modo appropriato per giustificare la soluzione che questi determinano. Si può leggere ad esempio il testo seguente, ove Gaio, l'autore del passo nel quale è enunciata una regola casistica, parla bensì di *dies*, di *pure legari*, di *ex die liber esse iussus* – termini tipizzati come descrittivi di situazioni previste in disposizioni negoziali –, ma nell'enunciato (sempre una regola casistica) di Giuliano, che Gaio stesso adotta poi come punto di riferimento, ogni gioco verbale è assente, e le conseguenze del termine (*dies*) dipendenti dalla certezza del suo verificarsi (in contrapposto alla condizione) sono direttamente riferite a tale certezza in se stessa:

> D.30,68,3 (Gai. 18 ad ed. provinc.): *Quod si idem pure legatus sit et ex die liber esse iussus erit, omnimodo inutile legatum est, quia diem venturam certum est. ita Iulianus quoque sensit, unde ait: si servus Titio legatus sit et idem post mortem Titii liber esse iussus fuerit, inutile legatum est, quia moriturum Titium certum est.*

In questo i giuristi si staccarono del tutto da quanto potevano avere imparato nella loro assimilazione del patrimonio del pensiero greco, nei libri del quale il ricorso a termini o espressioni che rappresentano complesse strutture razionali tipizzate è frequente ed anzi normale.

D'altra parte, i giuristi percepirono assai bene il legame fra la dommatica e la sistematica, e nei loro ragionamenti dommatici l'impiego dello strumento sistematico è fraquentissimo: ma questo non si lascia individuare da chi, come un giurista moderno o ancora come un pensatore greco, è abituato a collegare con la sistematica l'idea di uno schema espositivo della materia, anche se magari inteso solo come una rete che permetta una concezione ordinata di essa. Lo strumento sistematico dei giuristi romani consiste nella individuazione di fenomeni che si presentano a diverso proposito con la stessa o analoga funzionalità, come strutture, dunque, tecnicamente ovvero economicamente apparentate. L'ordine della materia non è mai, per un giurista romano, uno strumento sistematico. Anche nella sola opera giuridica romana, che noi conosciamo come ordinata sistematicamente – le Istituzioni di Gaio –, la sistematica non è concepita in funzione euristico-scientifica, ma come strumento didattico con funzione mnemonica.

Nell'epoca alla quale sono specificamente riferite queste mie annotazioni, abbiamo una prova evidente di quanto or ora asserito. Celso e Giuliano furono autori di *digesta*[73]: anzi, per entrambi l'opera così denominata rappresenta non solo il lavoro principale, ma la sintesi del lavoro scientifico, didattico e pratico, che ciascuno dei due giuristi compose nel pieno della sua maturità; una sintesi anche voluminosa, poiché si trattò di 39 libri per i *digesta* di Celso[74] e 90 per quelli di Giuliano[75]. In queste due opere venne raccolto il prodotto di un pensare di eccezionale intensità dommatica e sistematica: nessuno ha dubbi in proposito. Eppure già il titolo dato a quei lavori non fa riferimento alcuno ad un'influenza di tale aspetto del contenuto sulla forma di quanto veniva pubblicato. Il vocabolo *digesta*, di per se stesso, fa unicamente allusione ad un'entità distribuita in parti. Il verbo *digerere* (da *dis* e *gerere*) significa fondamentalmente «recare in luoghi diversi», e quindi «dividere, distribuire»[76]. Cicerone impiegava bensì *digerere* per indicare l'organizzazione della materia (in particolare: il diritto civile) secondo una classificazione dialettica[77]; ma nell'intitolazione dei loro libri Celso e Giuliano non si riferivano a Cicerone: essi riprendevano, piuttosto, il titolo dei *digesta* di Alfeno Varo, che consistevano in una collezione di responsi ordinata per materia secondo il modello dei libri *iuris civilis* di Quinto Mucio, nei quali l'ordine[78] non era sistematico nel senso inteso da Cicerone, e forse riprendeva semplicemente quello, pratico, delle antiche collezioni di formulari negoziali

---

[73] Dei *digesta* compose pure Aristone, almeno a credere a quanto scritto in Paul. D.24,3,44 pr. (*ut est relatum apud Sextum Pomponium digestorum ab Aristone libro quinto*), interpretato come vuole LENEL. *Pal.* I, 61 n. 1. Ma troppo poco sappiamo della loro struttura per poterne far deduzioni.

[74] Vedi LENEL, *Pal.* I, 127 ss.

[75] Vedi LENEL, *Pal.* I, 318 ss.

[76] ERNOUT-MEILLET, 274 (s. v. *gero*), dove però non è precisa la spiegazione del senso di *digesta*, né – per altro verso – quella del significato, che *digerere* ha assunto, di «digerire (quel che si mangia)». Quest'ultimo proviene dall'impiego del verbo riferito al primo atto della masticazione: l'attività dei denti incisivi, i quali separano (isolandolo dall'ambiente per acquisirlo alla bocca) il cibo, che sarà poi ridotto dai molari: *continuorum qui digerunt cibum lati et acuti, qui conficiunt duplices*; così Plin., n.h.11,61,160, che significa: negli animali che hanno i denti continui – come l'uomo e il cavallo – quelli che separano il cibo sono larghi e taglienti, quelli che lo riducono doppi. L'attività dei molari è espressa da Plinio col verbo *conficere*, che altrove egli impiega pure per indicar quella della macina, di ridurre il cereale in farina: Plin., n.h.7,56,191: *frumenta ... molere et conficere* («lavorare i cereali con la macina e ridurli in farina»). ERNOUT-MEILLET intende *digerere* in questo senso come , secondo Cels. (= A. Cornelius Celsus) 1, praef. 4,12 (Daremberg), testo che, per altro, l'autore non menziona.

[77] Cic., de or. 1,41,186; Cic., de or. 1,42,190; vedi CANNATA, *Per una storia* cit., 290.

[78] Vedi CANNATA, *Per una storia* cit., 256 s.; (274 n. 251 per Alfeno).

(testamento, *stipulatio*, *mancipatio*, *in iure cessio*), risalente al *ius civile Flavianum*. L'allusione al *digerere* nel titolo dell'opera di Alfeno si riferiva dunque solo a quella certa distribuzione per materia del contenuto. Per i *digesta* di Celso e Giuliano, il senso è analogo: e ci se ne rende perfettamente conto osservando l'ordine della materia concretamente adottato. Essi constano di due parti: una prima (di 27 libri in Celso e di 58 libri in Giuliano), che contiene la trattazione generale della materia, è ordinata secondo l'editto del pretore urbano; la seconda (che occupa i restanti libri) consiste in una sequenza di commentari a leggi e senatoconsulti, preceduta, a quanto pare in entrambe le opere, da una prefazione con considerazioni sul carattere dei testi normativi in generale e sulla loro interpretazione, alla quale poi seguono i commenti ai singoli testi, posti in un ordine che non sembra corrispondere ad alcun criterio preciso: se presso entrambi gli autori questa parte pare iniziarsi considerando testi delle dodici tavole, l'ordine non è poi neppure quello cronologico.

3.2: *Un esempio di analisi dommatica di Celso.* – Per illustrare concretamente quanto andiamo dicendo, la cosa migliore è forse seguire da vicino un'operazione dommatica effettuata da uno dei giuristi della triade che abbiamo scelta come modello. Incontreremo un testo famoso, ma non sempre, forse, esattamente inteso.

Il diritto romano prevedeva[79] – come si sa – il divieto di donazione fra coniugi[80], sanzionato con la nullità dell'atto attributivo del diritto[81]. Il divieto, con la conseguente nullità dell'attribuzione, valeva naturalmente anche se questa fosse fatta per interposta persona[82]. A proposito del caso in cui il marito (M) avesse realizzato una donazione alla moglie (U) delegando un proprio debitore (D) a pagare a lei, Africano riferiva la seguente soluzione di Giuliano[83]:

> D.46,3,38,1 (Afr. 7 quaest.): ... *sicuti*[84] *servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi*

---

79 Si tratta di una delle rare regole civilistiche (postdecemvirali) alle quali i Romani attribuivano un'origine consuetudinaria: Ulp. D.24,1,1; anche Ulp. (Carac.) *eod.* 3 pr.. L'origine del divieto, così come l'epoca della sua introduzione, sono per altro incerte. Vedi KASER, *Das römische Privatrecht* I[2], München 1971, 331.

80 Tranne che per i regali d'uso: Pomp. D.24,1,31,8.

81 Ulp. D.24,1,3,10-11.

82 Ulp. D.24,1,3,9.

83 Che Africano riportasse qui il pensiero di Giuliano, risulta con certezza dall'*existimavit* che si legge all'inizio, che non riporto, del passo.

84 La decisione è riportata come analoga a quella di un caso precedentemente esposto, di cui qui possiamo tralasciare di occuparci.

mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si condictionem, quam adversus mulierem habet, praestet.

La costruzione di Giuliano, è certamente impeccabile. M, per donare a U, delega il proprio debitore D a pagare a U invece che a se stesso. Il pagamento eseguito da D a U non trasferisce la proprietà perché realizzerebbe per persona interposta (D) una donazione di M ad U; quindi D non è liberato, perché il pagamento è liberatorio solo in quanto procuri all'*accipiens* la proprietà dei mezzi impiegati per eseguirlo. Siccome però D, in seguito alla *traditio* delle monete a U, ne perde ugualmente la proprietà in quanto – in seguito alla confusione delle monete con altre monete che U ne abbia fatto, ovvero alla consunzione di esse che U abbia provocato spendendole – ne ha perso la *rei vindicatio*, ed il relativo valore è di fatto entrato nel patrimonio di U, D avrà contro U la *condictio*, per la restituzione di quanto ha dato *sine causa*[85]. Siccome D, debitore di M, non è liberato di fronte a costui, M potrà sempre agire contro D per ottenere il pagamento del suo credito; ma, siccome D si è privato del proprio denaro eseguendo un ordine di M, ove questi in effetti agisca, U potrà opporgli l'eccezione di dolo; tuttavia anche M merita una tutela, nel senso che egli deve disporre di un rimedio per recuperare il proprio denaro presso U, che ne ha profittato; la concessione dell'*exceptio doli* a D contro M viene per questo condizionata dal rifiuto di D a trasferire a M la *condictio* che egli ha contro U. Questa *condictio* è infatti la sola azione che possa permettere di recuperare il danaro da U[86]: essa deve spettare, in ultima analisi, a chi, fra M e D, ci rimetta la somma pervenuta – in qualunque modo – a U.

Ora, Ulpiano riporta una diversa soluzione dovuta a Celso, per lo stesso caso: essa è più semplice in pratica, e sensibilmente più economica[87], ma il giurista vi giungeva spostando tutto il ragionamento ad un livello dommatico superiore:

D.24,1,3,12 (Ulp. 32 ad Sab.): *Sed si debitorem suum ei solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. et Celsus libro*

[85] Il fondamento della *condictio* è precisamente in un arricchimento ingiustificato di U dipendente da un atto di D, atto che (si faccia attenzione) consiste in una *traditio sine causa* (con successiva confusione o consunzione), e non in una *solutio indebiti*.

[86] M non dispone contro U di una propria *condictio* fondata nell'arricchimento di U con suo proprio depauperamento, perché non è intervenuto alcun *negotium* tra M e U.

[87] Nel senso del principio dell'economicità degli strumenti giuridici, come lo considereremo *infra*, nel § 4.

quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse.

Come si vede, la soluzione di Celso è nel senso che, nel caso esaminato, il pagamento effettuato da D a U non è se non l'apparenza, o più precisamente una struttura pratica esteriore, che vela la realtà di due pagamenti, eseguiti rispettivamente da D a M e da M a U. Per chiarire tutto ciò, Celso semplifica il caso, prescindendo dall'esistenza del divieto di donazione fra coniugi. Ciò gli permette di ricondurre la situazione ad una struttura già nota, che si realizza in pratica con grande frequenza: *quod per alium accipias, te accipere*, e cioè, precisamente, che ciò che proviene da qualcuno a te per interposta persona, sei sempre tu a riceverlo da quel qualcuno, e non l'interposta persona. A conferma dell'acquisita rilevanza di questa struttura egli adduce un esempio casistico, la cui soluzione nel senso voluto è universalmente ammessa (*constat*): il caso del *falsus procurator* di un tuo creditore, il quale (come delegatario) abbia ricevuto il pagamento da un tuo debitore, che tu abbia a ciò delegato.

L'isolamento del caso in esame (donazione alla moglie effettuata mediante delegazione di un debitore del marito) rispetto alla norma che lo regola (divieto della donazione fra coniugi), non deve evidentemente essere intesa come l'individuazione di una situazione diversa ma analoga; essa serve invece a Celso per mettere a nudo il punto, che rende difficile la soluzione del caso di partenza: con ciò, infatti, egli può mettere in chiaro come la soluzione di tale caso sia divenuta difficile in quanto per quella via si viene costretti a porla in termini di equità. Ad una soluzione in termini di equità si deve ricorrere unicamente se la soluzione dommatica non risulti soddisfacente sotto il profilo della giustizia; ma se la giustizia del caso può essere assicurata parimenti per via dommatica, questa sarà la strada da percorrere, perché essa risulterà non soltanto più lineare e quindi più semplice, ma anche più economica; inoltre essa diviene direttamente applicabile ad altri casi, laddove la soluzione equitativa nasce con connotati di pronunciata specialità.

Riferiamo tutto ciò al nostro caso.

Osservandolo com'è, con applicatavi la regola del divieto di donazione fra coniugi, esso viene naturalmente posto nel modo seguente: il pagamento effettuato da D a U realizza una donazione vietata di M a U; tale pagamento non può dunque essere traslativo di proprietà; quindi il debitore *solvens* non può risultarne liberato. Se si ammette che tale è il risultato applicando gli schemi dommatici del *ius civile*, si deve anche riconoscere che il *ius civile* conduce ad una soluzione ingiusta, perché D, pagando a U, si è privato della somma seguendo istruzioni del suo creditore M; dunque si dovrà correggere la soluzione, come faceva Giuliano, ricorrendo ai mezzi del *ius honorarium*.

Prescindendo invece dalla norma sul divieto di donazione fra coniugi, appaiono con evidenza diversa i presupposti della situazione: se D (debitore di M) paga a U per delega di M, U diviene proprietaria del denaro e D è liberato nei confronti di M. Qui è facile vedere che D è liberato perché pagando a U esegue un pagamento a favore di M, e che U diviene proprietaria di una somma che le perviene da M.

Se la norma sul divieto di donazione tra M e U si applica al caso dopo fatta questa constatazione, risulta evidente che il suo divieto tocca solo l'attribuzione M-U e non anche il pagamento D-M. E che un pagamento D-M esista è certo, perché è stato il creditore M ad indicare a D il versamento a U come modo per eseguire la prestazione a lui stesso dovuta[88].

Come si è visto, nella sua argomentazione Celso impiega anche un argomento sistematico: quando riporta il caso in esame ad uno schema «né nuovo né stupefacente», che sintetizza con le parole «*quod per alium accipias, te accipere*», fornendone subito un altro esempio. Questo gli permette di portare chiarezza al suo nuovo problema prendendola in un punto già chiaro del sistema.

Troviamo lo stesso tipo di argomentazione sistematica nel testo seguente:

> D.13,6,13,2 (Pomp. 11 ad Sab.): *Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse:*

[88] La comprensione del ragionamento di Celso ha sofferto, nella letteratura romanistica, per il fatto di essere stato interpretato alla luce dell'idea della cosiddetta «juristische Sekunde»: il ricorso a questa sorta di dogma ausiliario appesantisce la linea del pensiero di Celso con una finzione, e induce a trasporlo sul piano dei diritti reali, mentre quel che Celso considera sono gli atti in se stessi. Si vedano le due opposte (ma non forse interamente) posizioni del WIEACKER, *Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, in: *Existenz u. Ordnung* (*Festschr. E. Wolf*), Frankfurt-a.-M. 1962, 421 ss., e del KUPISCH, di cui vedi da ultimo *Celsus bei Ulpian D.24,1,3,12*, in *Studi Sanfilippo* II, Milano 1982, 287 ss.

idem ergo et in commodato erit dicendum. nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.

Qui l'operazione dommatico-sistematica risulta a noi estremamente chiara. Con le parole «*plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur*» Celso individua i casi nei quali un'obbligazione da fatto lecito, dunque col regime dell'obbligazione contrattuale, si forma al difuori dell'affare che le parti intendevano concludere (*extra id quod ageretur*) ed indipendentemente dalle dichiarazioni che le parti abbiano fatte (*tacita*); l'esempio addotto è quello del pagamento d'indebito, nel quale appunto l'affare che le parti intendevano gestire era un pagamento, e quindi un atto diretto alla liberazione del *solvens*, atto che nella fattispecie risulta poi invece obbligatorio per l'*accipiens*; ed ancora, si tratta di un atto in occasione del quale le parti hanno espresso – con parole o con fatti concludenti – la volontà di destinare un pagamento all'estinzione di un certo debito, dichiarazioni tutte che non influenzano per nulla il nascere dell'obbligazione alla restituzione. Con ciò Celso individua la categoria dommatica che oggi viene denominata «contratto di fatto», ma senza preoccuparsi di darle un qualsiasi nome. Essa avrà bensì più tardi la denominazione di *quasi contractus*: ma le radici di tale denominazione – e solo radici, consistenti ancora in una certa descrizione del modo di prodursi degli effetti obbligatori – si trovano solo nella giurisprudenza della fine del III secolo[89]; il nome, poi, solo presso la giurisprudenza bizantina[90].

---

[89] Precisamente negli pseudogaiani *libri aureorum*: D.44,7,5 pr.-3.

[90] I.3,13,2; I.3,27; Theoph. 3,13,2; 3,27, dove specialmente il *quasi contrácton* (scritto in caratteri latini) del § 3. Un altro esempio di considerazione celsina di tipo sistematico, che tengo a ricordare perché essa si differenzia assai da quelle or ora esaminate, si legge nel testo seguente, dove la soluzione di un problema d'interpretazione del testamento è trasferita sul piano processuale, perché la soluzione sostanziale è in se stessa semplicissima (si tratta solo di stabilire in fatto se il testatore, con la replica del legato nei codicilli, volesse disporre un secondo legato o non facesse che riscrivere il primo), ma l'esito del relativo giudizio potrà essere decisivamente condizionato dalle regole sull'onere della prova: si tratta dunque di un caso in cui si verifica una speciale interferenza fra regole sostanziali e regole processuali. D.22,3,12 (Cels. 17 dig.): *Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit an repetere et oblitus se in testamento legasse id fecerit: ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. et hic*

Si potrebbe continuare ad addurre esempi per illustrare la maestria dommatica di Celso, ma preferisco piuttosto sottolineare un aspetto tutto particolare del suo pensiero[91]. Gia si è rilevato, nella breve esegesi di D.24,1,3,12, che presso Celso l'impiego della dommatica è strettamente funzionale al contenuto di giustizia della soluzione pratica. Ora, la considerazione di questa prospettiva[92] dovrebbe andare assai più in là, perché Celso non fu solo un campione della Begriffsjurisprudenz, ma è pure – forse – il primo consapevole fondatore della Interessenjurisprudenz. Il fatto che egli considerasse il diritto *ars boni et aequi* (Ulp. Cels. D.1,1,1 pr.) – con il che egli contrapponeva anche od affiancava, e forse consapevolmente, un ideale politico romano di *bonum et aequum* all'ideale filosofico greco del *kalòs kaì agathós* – comportava che il ragionar sul diritto non potesse essere disgiunto dalla considerazione concreta degli interessi in gioco. Altrimenti, la scienza funziona solo come pretesto per commettere degli errori; e queste ultime sono praticamente parole sue: «*in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur*»[93].

4: *L'economicità del diritto.* – Un discorso di Interessenjurisprudenz implica necessariamente una considerazione privilegiata degli aspetti economici, tanto quelli funzionali agli interessi protetti dalle norme, quanto quelli inerenti nelle situazioni di fatto alle quali le soluzioni concrete si riferiscono. Una tale prospettiva fu certo, in generale, sempre presente alla giurisprudenza romana come lo è ad ogni giurisprudenza degna di questo nome, tanto più se essa si esprime soprattutto con riferimento alla casistica: come fecero sempre i giuristi romani, respondenti per professione, ed anche per scelta di metodo abituati – quando professavano come maestri o come *iuris conditores* in

igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudici debet.

91 Che è stato assai bene illustrato dal CERAMI, nel suo volume su *La concezione celsina del ius* I, Palermo 1985 (estr. da AP 38), il quale parte, naturalmente, dalla definizione riportata da Ulpiano in D.1,1,1 pr. (*ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*). Il tema che io tocco è illustrato soprattutto nella prima parte del libro; io mi limito qui a richiamare le pagine 96 ss.

92 Per la quale si vedano comunque (come esempi caratteritici di enunciati da Interessenjurisprudenz), Ulp. Cels. D.9,2,13,2 (... *et ait Celsus legem domino damna salva esse voluisse* ...; enunciato interpretativo della *lex Aquilia*, per il caso di uccisione di uno schiavo ereditario durante la giacenza dell'eredità); Ulp. Cels. D.9,4,2,1 (in materia di azione nossale: ... *Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: ... utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset*).

93 Paul. Cels. D.45,1,91,3: si tratta di un commento di Celso al proprio enunciato regolare, secondo il quale il *promissor* può purgare la mora con un'offerta tardiva.

generale – a ricondurre allo schema della soluzione casistica, magari tipizzata, ogni loro enunciato per quanto generale e astratto.

Ma il rapporto fra visione economica e visione giuridica possiede un altro, specifico aspetto, che è quello del carattere economico delle strutture giuridiche in se stesse: perché l'efficienza dell'ordinamento risente oltremodo del fatto che le sue strutture – si tratti di meccanismi istituzionali, di norme o di soluzioni pratiche – vengano concepite in modo da comportare il minor dispendio possibile di mezzi strutturali stessi, in funzione degli scopi – e dell'ampiezza di questi – che esse sono orientate a raggiungere.

Questo principio metodico, che possiamo chiamare dell'economicità degli strumenti giuridici, esso pure sempre presente alla giurisprudenza romana e già emerso in modo assai evidente prima delle dodici tavole, nel lavoro di creazione della *stipulatio*[94], dovuto alla giurisprudenza pontificale, risultò spesso ancora attivo in modo determinante in molte realizzazioni successive. Quella che ora ci interessa di considerare è la creazione della categoria generale di contratto e dell'azione contrattuale generale, dovuta al genio di Labeone. All'epoca di cui ora ci stiamo occupando, il tema fu oggetto di un intervento di Aristone, contro una posizione che era di Celso e Giuliano. Il contrasto riveste un'importanza assai grande nella storia del diritto privato, che ho già cercato di spiegare altrove e qui non mi resta che riassumere[95]. Labeone aveva costruito la categoria generale di contratto, da impiegarsi al difuori dell'elenco dei contratti protetti con azione tipica, in funzione dell'impiego di un'azione contrattuale generale (*actio in factum civilis*, poi detta anche *praescriptis verbis*), sussidiaria rispetto a tali azioni tipiche; tale nozione labeoniana era basata sull'idea che il contratto consiste in un *ultro citroque obligari*, con il che Labeone intendeva l'accordo su di un affare alla realizzazione del quale entrambe le parti si impegnano, e spiegava tutto ciò con riferimento al senso del vocabolo greco *synállagma*. Celso e Giuliano, al loro tempo, intendevano la nozione labeoniana come relativa ad un accordo produttivo di obbligazioni per entrambe le parti, sicché da tale nozione di contratto restavano esclusi gli accordi del tipo *do ut des* e *do ut facias*, nei quali, al momento dell'accordo, una parte esegue la propria prestazione, in vista dell'altrui da eseguirsi in seguito. Per Celso e Giuliano, la protezione degli

---

94 Vedi CANNATA, *Per una storia* cit., 71 ss.

95 Su tutta questa tematica devo rinviare ai miei recenti tentativi di ricostruzione della vicenda: «Der Vertrag als zivilrechtlicher Obliegierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit», in: *Collatio iuris Romani (études Ankum)*, Amsterdam 1995, 59 ss.; «Contratto e causa nel diritto romano», in: VACCA (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1997, 35 ss.; «Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno», in: *Digesto*[4] XII *civ.*, Torino 1995, 444 ss. (i paragrafi 11 e 12).

accordi *do ut des* e *do ut facias* restava così inquadrata nel regime della *condictio* esperibile a sanzione di un arricchimento ingiustificato, e, ove questa non soccorresse nel caso concreto, si sarebbe dovuta realizzare mediante concessione pretoria di una – casisticamente appropriata – azione *in factum*. In questa vicenda, Aristone rimbeccò direttamente Celso, e la sua soluzione fu poi utilizzata da Mauriciano[96] per la critica a Giuliano.

> D.2,14,7,2 (Ulp. 4 ad ed.): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc «synállagma» esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo «synállagma» dicit, unde haec nascitur actio.*

Il carattere economico della soluzione di Aristone non ha bisogno di commento, e del resto esso era espressamente sottolineato da Mauriciano col dire che l'*actio praescriptis verbis* «*sufficit*», che significa[97]: «l'azione civile (*civilis incerti, id est praescriptis verbis*) basta, e non c'è bisogno di crearne un'altra, pretoria, appositamente». Ma quel che ancora interessa sottolineare è che l'obiezione, di cui stiamo parlando, Aristone l'espresse in tutto un contesto di chiarificazione della categoria generale labeoniana di contratto, che lo portò ad evidenziare che essa doveva basarsi sulla nozione di *causa*, costruendo così dommaticamente il contratto come un accordo che si distingue dal nudo patto perché l'affare concluso sta al difuori del campo della gratuità, in quanto la prestazione dell'una parte deve trovare la sua giustificazione economica (*causa*) in un apporto dell'altra: ma tutto ciò va individuato nei caratteri dell'affare (*negotium*)[98] oggetto dell'accordo, e non nella struttura che tecnicamente assumono gli effetti obbligatori dell'atto.

Questa nozione di contratto, offuscata dapprima in una complessa vicenda che va dal diritto giustinianeo al XV secolo, sarà infine riconosciuta da

[96] A quanto pare dal testo che ora riporteremo, Aristone criticò Celso – che dobbiamo supporre allora abbastanza giovane – in una lettera a lui indirizzata; Mauriciano invece – che operò ai tempi di Antonino Pio – doveva annotare i *digesta* di Giuliano.

[97] Sul senso del «*sufficere*» di un rimedio giudiziario vedi CANNATA, *Der Vertrag* cit., 69 n. 36.

[98] L'identificazione della *causa* di Aristone nel *negotium* (traduzione latina del *synállagma* di Labeone-Aristone, che allude all'affare) è di Ulpiano (D.19,5,15): vedi CANNATA, *Contratto e causa* cit., 50 s.

Giason del Maino (*pactum nudum dicitur cui non subest causa*)[99] e fu ripresa nel Common Law, con consapevolezza della sua origine romana[100], dove la *causa* – sulla scia forse della terminologia francese di «cause suffisante» – assunse la denominazione di (*sufficient* o *valuable*) *consideration*, e definita (per esempio in un *case* della seconda metà del XIX secolo)[101] così: «A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsability given, suffered[102], or undertaken by the orther». E non importa se la *consideration* sia *executory* (cioè la sua realizzazione sia prevista per il futuro) o *executed*, e cioè essa consista in una «*causa data*», eseguita contemporaneamente all'accordo o già stata eseguita prima di esso. E' dunque proprio la nozione di Aristone che domina *the law of contract* nel Common Law, dove sono praticamente assenti le convenzioni tipiche, e dunque la categoria generale di contratto svolge un ruolo essenziale che nel Civil Law si è offuscato – insieme alla nozione generale di contratto stessa – per una tendenza antieconomica a moltiplicare le figure di contratto nominato.

Va ancora attribuita ad Aristone, con ogni probabilità, la soluzione di accentuata economicità che risulta da

> D.6,1,9 (Ulp. 16 ad ed.) *Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

---

99 JASON DE MAYNO, *Comm.* ad D.2,14,7,4.

100 BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* II, London 1809, Ch. 30, IX (p. 445): «and therefor our law has adopted the maxim of the civil law, that *ex nudo pacto non oritur actio*». L'opera del Blackstone fu concepita verso la metà del XVIII secolo.

101 *Currie* v. *Misa* (1875), L. R. 10 Exch. 153 (p. 162).

102 Come nel caso che opponeva Giuliano e Mauriciano in Ulp. D.2,14,7,2, dove la *consideration* consiste in un sacrificio dell'*accipiens*, che si impegna a manomettere un proprio schiavo, dunque con suo sacrificio economico, che interessa la controparte ma economicamente non le profitta.

Il testo non parla affatto di Aristone: alla regola, che Ulpiano propone, in materia di legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, attribuendola a qualunque detentore che sia in condizione di *restituere*, il giurista severiano oppone solo una, ai suoi tempi già vecchia tesi di Pegaso, che individuava come passivamente legittimato unicamente il possessore in senso proprio (possessore originario). Forse la menzione di Aristone è stata soppressa dai compilatori del Digesto. Comunque sia, noi sappiamo bene che Aristone adottava la regola della legittimazione passiva del detentore in grado di *restituere*, e doveva farlo per tutte le azioni reali, perché in un notissimo passo, che pure risale ad Ulpiano, egli accordava un'*actio negatoria servitutis* contro il detentore e – quel che più importa – proprio in un caso nel quale il possessore non sarebbe stato in grado di restituire:

> D.8,5,8,5 (Ulp. 17 ad ed.): *Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse ... dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ...*

Il casaro è un *conductor*: egli ha preso in affitto il caseificio dal proprietario, la città di Minturno. Il comportamento possessorio che viola la proprietà del fondo vicino consiste nell'immissione del fumo proveniente dal caseificio, non giustificato dall'esistenza di una servitù (industriale) che la permetta. Ora, il comportamento che viola la proprietà del vicino va considerato come un comportamento possessorio del soggetto che sarebbe titolare del diritto di servitù che nella specie non esiste; il casaro, dunque, rispetto a tale comportamento è un semplice detentore. Ma, se l'azione negatoria fosse esperita, dal proprietario vicino che soffre dell'immissione, contro il proprietario del caseificio, questi non sarebbe in grado di *restituere*, perché la *restitutio* in questo caso consisterebbe anzitutto nel cessare di fabbricar formaggio, e la città proprietaria del caseificio non ha modo di imporre tale cessazione al casaro, col quale ha concluso un contratto d'affitto che le impone proprio di permettergli, anzi di rendergli possibile di fare formaggio in quel caseificio. L'unico mezzo per permettere che l'azione del vicino abbia i due esiti economici propri dell'azione reale (*restitutio* o condanna pecuniaria misurata sul valore della servitù esercitata ma non costituita), e non sia invece ridotta alla sola alternativa della *condemnatio*, è quella di accordare l'azione negatoria al proprietario leso contro colui che esercita come detentore l'attività lesiva.

5: *Conclusione.* – Devo interrompere qui, e fra l'altro senza aver parlato quasi per nulla di Giuliano[103] – ma è lo spazio che me lo impone – questo discorso sui caratteri della giurisprudenza romana alla fine del tempo delle due scuole. Discorso che, come si vede, non ha il carattere di una ricerca puntuale: esso vuol solo dare una prima forma alla meditazione su di una tematica che mi sembra importante per comprendere il modo in cui la scienza giuridica si è atteggiata nel suo evolversi in Europa. Una prospettiva che oggi è possibile adottare grazie ad una serie di contributi, fra i quali resta per me di grande importanza un libro dello studioso al quale è dedicata la presente raccolta. Penso, naturalmente, a *Die römischen Rechtsregeln* (1970), nel quale una vicenda tecnica è stata rivissuta come autentica esperienza intellettuale. Non potevo offrire a Bruno se non qualcosa che somigliasse ai nostri colloqui, e non solo a quelli del tempo in cui egli concepì quel libro: perché essi hanno, già prima ed ancor dopo, sempre punteggiato un'amicizia, nata a Heidelberg nel 1963 e divenuta una dimensione della mia stessa vita.

[103] Agli atteggiamenti del quale è ora sempre più attento OKKO BEHRENDS. Si veda ad esempio, nel contesto dell'articolo *«Die bona fides* im mandatum. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrages Auftrag», in: *Ars boni et aequi* (*Festschrift Waldstein*), Stuttgart 1993, 33 ss., in particolare p. 39, con riferimento a Paul. D.17,1,26 pr.: *Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare.*

Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo (Dig.4,2,1)

Restitution des biens à la suite des persécutions subies par un groupe dans l'antiquité romaine et à l'époque actuelle[1]

Berthold KUPISCH

I. Dans mon exposé, je vais aborder en premier lieu un sujet de l'ancien droit privé romain, à savoir la règle de l'édit prétorien par laquelle le préteur vient au secours de celui qui a disposé, sous l'empire de la violence, sous menace de mort, par exemple, d'un bien lui appartenant. Suivant le droit romain, l'acte de disposition comme tel est valable[2]. Mais c'est également le droit romain (et dans la tradition du droit romain le droit moderne) qui réprouve l'atteinte à l'autonomie de la volonté de l'homme, offrant à la victime de la violence des moyens judiciaires qui lui permettent de révoquer l'acte de disposition en question. Avant d'entrer dans les détails du droit romain, je dois, pourtant, m'occuper d'un passé beaucoup plus récent, et ceci pour mettre en lumière le point essentiel de mon raisonnement.

En l'an 1947, deux ans après la deuxième guerre mondiale, la cour d'appel de Hambourg devait juger le cas suivant[3]:

Cinq ans auparavant, en l'an 1942, sous la dictature des nationaux-socialistes allemands et sous la pression générale que ceux-ci exerçaient sur les Juifs, un père juif avait accompli la renonciation à une succession en faveur de son fils qui était mi-juif. Le père avait renoncé à son droit de succession pour empêcher que, dans ses mains, l'héritage fasse l'objet d'une confiscation de la part de l'État. Après l'écroulement du régime national-socialiste, le père a demandé la nullité de la renonciation à la succession faite par lui, pour

---

[1] Texte revu et complété d'une conférence faite le 16 février 1996 à l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris (Panthéon-Assas) et publiée dans le 100e volume titré *Recht der Persönlichkeit* des *Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft*, Berlin 1996. Je remercie Madame Anne-Marie KLOPP, Düsseldorf, pour la correction du manuscrit.

[2] Cf. Paul (11 ad ed) D.4,2,21,5: *quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.*

[3] *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1947, p. 253.

motif que la déclaration de volonté relative à la renonciation avait été accomplie sous l'empire de la violence. Il demandait, ainsi, sa reconnaissance comme héritier.

La cour d'appel ne se voyait pas en état de faire droit à la demande. Selon la cour, la demande n'était pas fondée en droit. En effet! La cour ne pouvait pas appliquer la règle de l'article 123 du code civil allemand (BGB), règle relative à la protection contre la violence[4]. L'application de cette règle suppose que la violence ait été exercée précisément dans le but de contraindre la victime de la violence à accomplir l'acte juridique en question. Autrement dit, l'acte juridique doit être le résultat d'une extorsion[5] – ce qui, évidemment, n'avait pas été le cas en la circonstance. La violence que les autorités nationales-socialistes exerçaient sur les Juifs et à laquelle était en proie, d'une façon ou d'une autre, le père juif, était une violence générale. Elle n'avait pas été telle qu'elle visait expressément à la renonciation à la succession. La renonciation à la succession n'était pas l'objet d'une extorsion.

D'un point de vue général, le problème peut être compris aussi de la façon suivante: à la violence en question manquait, par rapport à la renonciation à la succession, la finalité, à savoir le caractère de ce qui tend à un but.

La cour d'appel ne méconnaissait pas qu'il y avait eu un rapport, un lien de causalité entre l'état de nécessité, dans lequel se trouvait le père, et la renonciation à la succession. Cependant le rapport seul de causalité ne suffisait pas à l'application de l'article 123 BGB. La demande devait être repoussée.

Finalité et causalité de la violence sont des mots clés dans les réflexions qui suivent.

II. L'interprétation de l'article 123 BGB, adoptée par la cour d'appel de Hambourg, reproduit l'opinion unanime qui persiste depuis l'introduction du code en 1900. Il semble que, pour les auteurs du code, il était évident que la protection contre la violence était la protection contre l'extorsion. Si je comprends bien, il n'y avait même pas de discussion[6]. Celle-ci, au contraire, s'était déroulée déjà au XIXe siècle. Un de ses protagonistes était le pandectiste

---

4 § 123 al.1 BGB: «Wer zur Abgabe einer Willenserklärung ... widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.»

5 Cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15e éd., Marburg/Tübingen 1960, p. 1062.

6 Cf. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, t.I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899, p. 465 ss.

Josef Kohler avec son fameux article: «Le soutien à l'homme en droit privé»[7]. Dans cet article, Kohler, avec véhémence, soutient la thèse que – je résume – entre la violence et l'acte juridique doit exister non seulement un rapport de causalité, mais encore un rapport de finalité; s'il n'en était pas ainsi, le système juridique (disons mieux la sécurité juridique) serait en danger. Kohler cite comme exemple le cas de celui qui, menacé de mort, s'achète un revolver et demande, le danger une fois passé, la nullité du contrat d'achat. Selon Kohler, la violence, au sens juridique du terme, ce n'est pas simplement le fait d'opprimer l'individu, mais c'est le fait d'exercer la violence à un certain but. De là découle que seul cet acte peut être l'objet d'une révocation qui était le but de la violence exercée[8]. Et en tant que bon comparatiste comme l'étaient beaucoup de pandectistes, Kohler se réfère à des auteurs étrangers, surtout au Français Demolombe qui, dans ses cours sur le Code Napoléon[9], écrit que le mot violence «doit s'entendre d'une voie de fait pratiquée avec intention, par une personne sur une autre, dans le but d'extorquer son consentement». Si je comprends bien, cette opinion constitue aujourd'hui encore la base de l'interprétation des articles 1109 ss du Code civil français.

III. De plus, ce qui nous intéresse chez Kohler, c'est le fait suivant.

Le pandectiste Kohler, évidemment, connaît très bien les sources du *Corpus iuris civilis* de l'empereur Justinien et s'en est servi d'une façon parfaite pour établir son idée. Et en effet! Les sources lui donnent raison, semble-t-il. Car la matière relative à la violence, surtout dans le Digeste (D.4,2)[10], donne l'impression qu'en droit romain la protection contre la violence c'est la protection contre l'extorsion. Cependant, Kohler ne s'explique pas du tout sur la substance de la matière en question, à savoir sur l'édit *quod metus causa* (D.4,2,1). L'énoncé de l'édit (nous le constatons d'abord d'une manière sommaire et provisoire) est composé de telle façon qu'on peut en déduire sans doute (et conformément à l'intention de son auteur) l'application de l'édit au cas d'un acte de disposition extorqué. Mais l'énoncé de l'édit n'est pas composé d'une façon qu'on ne peut qu'en déduire son application au cas d'un acte de disposition extorqué. Avant de commencer à expliquer en détail cette constatation, j'aimerais faire trois suppositions.

---

[7] «Die Menschenhülfe im Privatrecht», in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. 25, Jena 1887, p. 1 ss.

[8] KOHLER (*supra* n. 7) p. 15 ss.

[9] T. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en géneral*, t. I, Paris 1870, p. 140.

[10] Cf. également Cod. Iust. 2,19.

En premier lieu: l'édit qui nous est transmis en D.4,2,1[11], c'est l'édit de l'action *quod metus causa*, c'est-à-dire l'effet juridique de l'édit, prononcé par la bouche du préteur: *ratum non habebo* («je ne tiendrai pas pour valable»), cet effet juridique se réfère en premier lieu à la promesse du préteur d'accorder à la victime de la violence comme remède de restitution l'action *quod metus causa* (qualifiée d'habitude comme action pénale). Par contre, la doctrine traditionnelle veut que l'édit, transmis en D.4,2,1, se réfère à une *restitutio in integrum*, remède considéré comme purement abrogatoire, c'est-à-dire le préteur décrète la nullité de l'acte juridique en question. Comme telle, la *restitutio in integrum* est clairement distincte de l'action pénale *quod metus causa* dont le principe de restitution, à la différence de la *restitutio in integrum*, a pour but d'obliger le défendeur à restituer par acte juridique ce qu'il a obtenu d'une manière réprouvable. Pour cette action, dit-on, existait un édit à part, un édit spécial qui malheureusement n'a pas été transmis[12].

Cependant, la doctrine traditionnelle n'est pas confirmée par les sources. Cette doctrine[13] est obligée de présumer que les Byzantins (ou d'autres auteurs postclassiques) ont transformé et altéré les textes classiques dans une dimension qui n'est ni plausible en soi ni convaincante au niveau de la méthode appliquée aujourd'hui à l'emploi des sources du *Corpus iuris civilis*. Mais même si l'on voulait supposer un édit propre à l'action *quod metus causa*, notre raisonnement resterait valable, et cela parce que, selon la même doctrine, cet édit, quant aux faits d'espèce, représentait plus ou moins le même énoncé que l'édit transmis dans le Digeste (la seule différence serait la substitution du mot *factum* au mot *gestum*)[14].

En deuxième lieu: le mot *gestum* se réfère, dans la perspective de l'édit, à l'acte d'acquisition du défendeur-acquéreur qui avait profité de la violence, se réfère, tout court, au bien acquis par le défendeur. Cette interprétation répond exactement au commentaire de l'édit, fait par Ulpien[15]. Cependant, la deuxième supposition, également, ne correspond pas à ce que veut l'opinion

---

[11] Ulpien (11 ad ed) D.4,2,1: *Ait praetor: 'Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo'.*

[12] Cf. LENEL, *Das edictum perpetuum*, 3e éd., Leipzig 1927, p. 110 ss; KUNKEL/MAYER-MALY, *Römisches Recht*, 4e éd., Berlin/Heidelberg 1987, p. 126 ss; KUNKEL/HONSELL, *ibid.* p. 373.

[13] Cf. SCHULZ, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Romanistische Abtlg., t. 43, Wien/Köln 1922, p. 171 ss.

[14] LENEL (*supra* n. 12) p. 111.

[15] Ulpien (11 ad ed) D.4,2,9,1: *Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum.* Cf. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin/New-York 1974, p. 149 ss.

traditionnelle qui envisage plutôt l'acte de disposition, l'acte d'aliénation de la part de la victime de la violence. (Sans doute, parce qu'on pense exclusivement à l'extorsion; dans cette optique et vu que, par exemple, le transfert de la propriété d'une chose se compose, d'un côté, de l'acte de disposition, de l'autre, de l'acte d'acquisition, c'est évidemment l'acte de disposition seul qui est extorqué.) Cependant pour le moment, la différence semble être secondaire et peut être négligée. Nous nous permettrons d'envisager tantôt la perspective de la victime, tantôt la perspective de la partie adverse.

En troisième lieu: quant au mot *causa* (l'ablatif du nom *causa*), c'est la préposition causale *«causa»* dans le sens de «par», «sur la base de». Là-dessus tout le monde est d'accord, je présume.

IV. Allons maintenant examiner de près et interpréter l'énoncé de l'édit:

Ait praetor: 'Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo' (Le préteur dit: Je ne tiendrai pas pour valable ce qui sera acquis sur la base de la crainte).

Quelle en est la signification? Quant à la crainte, on est d'accord que c'est l'effet de la violence chez la victime (l'aspect subjectif de la violence, pour ainsi dire). Du reste, l'édit établit un lien de causalité entre la crainte et l'acte d'acquisition: afin que l'édit puisse être appliqué, il doit y avoir un rapport de causalité entre la crainte et l'acte d'acquisition. Or, dans le cas où la crainte a été provoquée dans le but d'extorquer à la victime un acte de disposition, acte qui correspond à l'acte d'acquisition de la partie adverse, il y a sans doute un rapport de causalité entre la crainte et l'acte d'acquisition. La finalité de la violence à l'égard de l'acte de disposition comprend, par la force des choses, la causalité de la violence pour l'acte de disposition ainsi que pour l'acte d'acquisition, bref: pour l'avantage obtenu par celui qui a profité de la violence d'extorsion.

Nous pouvons, donc, constater que l'extorsion fait partie du champ d'application de l'édit, sans que l'édit fasse allusion à la finalité de la violence qui est propre à l'extorsion. Autrement dit, les éléments constitutifs du délit d'extorsion ne figurent pas dans l'énoncé de l'édit. L'édit s'est borné à établir un rapport de causalité entre la crainte provoquée par la violence d'extorsion et l'acte d'acquisition.

Cette constatation nous conduit à nous demander si l'édit ne s'appliquait pas aussi bien au cas où il y avait eu certainement un rapport de causalité entre la crainte et l'avantage obtenu, mais où manquait à la violence, qui avait provoqué la crainte, la finalité, c'est-à-dire où la violence, qui avait provoqué la crainte, ne visait pas expressément à l'acquisition de l'avantage. Je n'hésite pas à donner une réponse affirmative. L'édit, donc, aurait été ap-

plicable également au cas où l'acquisition de l'avantage relevait d'une violence qui n'avait pas été exercée dans le but d'extorquer l'avantage obtenu.

Un exemple évident est le cas duquel nous sommes partis. Le fait de la renonciation du père à la succession qui avait conduit le fils à l'acquisition de l'héritage avait été causé par la violence, par la pression qu'exerçaient les autorités nationales-socialistes sur les Juifs. Mais cette violence ne visait pas (nous l'avons constaté) expressément à la renonciation à la succession. D'un point de vue général, les circonstances décrites représentent le cas de l'état de nécessité dont un tiers a tiré un profit, sans qu'on puisse dire que le profit ait été le résultat d'une extorsion. Le père juif aurait-il trouvé protection grâce au droit romain?

Quant à la réponse, je m'en passe pour le moment. Je résume ce à quoi nous sommes parvenus jusqu'à maintenant. L'édit ne parle pas de la violence en tant que telle. En ce qui concerne la violence, l'édit se borne à énoncer l'effet de la violence, c'est-à-dire la crainte que la violence a provoquée. Autrement dit, l'édit ne s'exprime pas quant au but de la violence dont l'effet était la crainte. Rappelons-nous les paroles du préteur: «Ce qui sera acquis sur la base de la crainte». Cette formule comprend aussi bien le profit obtenu par voie d'extorsion que le profit tiré d'un état de nécessité où la violence relative n'était pas une violence d'extorsion. Il faut, du reste, ajouter que, dans le cas de l'état de nécessité, la violence exercée est, dans le principe, toujours la violence d'un tiers.

Par exemple, les règles des articles 870, 875 du Code civil autrichien, entré en vigueur en l'an 1811, sont à peu près conformes à l'interprétation précédente de l'édit[16]. En ce qui concerne ces articles, l'auteur autrichien Exner écrivait en 1867: «Il me semble que, selon le droit autrichien aussi bien que selon le droit commun, il n'y a pas de doute qu'un acte juridique doit être considéré comme ayant été effectué sous la contrainte non seulement dans le cas où l'acte juridique est le résultat d'une extorsion, mais dans tous les cas où l'acte juridique est le résultat d'une crainte qui a été provoquée dans n'im-

[16] § 870 ABGB: «Wer von dem anderen Teil durch ... ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrag veranlaßt worden ist, ist ihn zu halten nicht verbunden.» § 875 ABGB: «Ist einer der Vertragschließenden von einem Dritten durch ... ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrag ... bewogen ... worden, so ist der Vertrag gültig. Nur in dem Fall, daß der andere Teil an der Handlung des Dritten teilnahm oder von derselben offenbar wissen mußte, kommen die §§ 870 bis 874 zur Anwendung.» Cf. également Code des obligations (Suisse) art. 29: «Si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ou un tiers, elle n'est point obligée. – Lorsque les menaces sont le fait d'un tiers et que l'autre partie ne les a ni connues, ni dû connaître, celui des contractants qui en est victime et qui veut se départir du contrat est tenu d'indemniser l'autre si l'équité l'exige.»

porte quelle intention»[17]. L'auteur se réfère pour le droit commun – donc, le droit romain – explicitement à l'édit *quod metus causa*. Kohler – nous nous le rappelons – passait l'édit sous silence, ce qui ne l'empêchait pas de faire de la polémique avec Exner.

V. Les remarques faites jusqu'ici en matière de *metus*, nous conduisent à un résultat qui diffère nettement de l'interprétation traditionnelle. D'après l'opinion traditionnelle, la protection contre la violence, contre le *metus*, c'est la protection contre le délit d'extorsion. Comme c'est le préteur qui a introduit la protection contre le *metus*, on parle aussi du délit prétorien d'extorsion[18]. Conformément à cette opinion, on pourrait s'attendre à un édit dont l'énoncé des faits établit, entre autres, l'acte délictueux d'extorsion. Cependant cela n'est pas le cas. Ce qu'on trouve dans l'édit, c'est, je le répète, l'acte d'acquisition basé sur la crainte. Nous avons vu que cette formule n'est pas propre à l'extorsion. Au contraire. L'acquisition, basée sur la crainte, peut être le résultat d'une extorsion. Mais elle ne doit pas être le résultat d'une extorsion. L'édit comprend également le cas de l'état de nécessité duquel quelqu'un a tiré un profit, sans qu'on puisse lui reprocher une extorsion. Ce résultat doit provoquer la doctrine traditionnelle.

Des tentatives d'interpréter l'édit conformément à l'opinion générale selon laquelle l'édit a établi le délit d'extorsion existent. Je me borne à présenter, brièvement, un seul ouvrage dont l'auteur allemand, Georg Maier, a touché expressément le point délicat[19]. Maier trouvait étrange et invraisemblable qu'un édit qui voulait régler le délit d'extorsion ne reproduise pas les faits d'espèce de l'extorsion. Dans cette logique, Maier défendait une révision totale de l'interprétation de l'édit, c'est-à-dire une révision totale de l'interprétation du mot *causa*. Selon Maier, le mot *causa* ne signifie pas «sur la base de», mais signifie «à cause de», «en raison de». Donc, c'était par la finalité (préposition finale), non par la causalité (préposition causale) qu'il fallait comprendre le mot *causa*.

Or, le sens du mot *causa*, proposé par Maier, n'est, en soi, pas du tout problématique; c'est du latin courant. Mais appliqué au mot *causa* de l'édit, il entraîne un résultat qui prouve immédiatement la fausseté de la thèse de Maier. Suivant Maier qui, du reste, substitue *factum* à *gestum*, on devrait interpréter l'édit de la façon suivante: «Ce qui sera fait en raison de la crainte».

---

[17] EXNER, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht*, Wien 1867, p. 258 n. 5 a.

[18] Cf. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2e éd., Paris 1928, p. 581 ss.

[19] *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin/Leipzig 1932, p. 95 ss.

Mais interpréter l'édit ainsi, c'est dire que l'édit aurait établi les faits d'espèce de l'acte de violence, la menace de mort, par exemple. Un tel résultat n'est pas acceptable. Il se heurte déjà à l'effet juridique de l'édit: *ratum non habebo*, «je ne tiendrai pas pour valable». Cette formule ne peut pas se référer à l'acte de violence, elle ne peut se référer qu'à l'acte juridique qui est la conséquence de l'acte de violence. Du point de vue de Maier, l'édit n'a plus aucun sens. Même la doctrine traditionnelle n'a pas accepté la thèse de Maier[20].

VI. Il semble que la thèse de Maier aussi bien que, somme toute, l'opinion traditionnelle soient déterminées par le fait que la casuistique des sources est dominée par l'explication du cas d'extorsion. En raison de cet état des choses il est, en effet, étonnant que l'énoncé de l'édit ne représente pas les faits d'espèce de l'extorsion. Mais plus étonnant encore, c'est ce qu'on lit, à ce propos, chez Ulpien sur l'histoire de l'énoncé de l'édit[21].

Olim ita edicebatur 'quod vi metusve causa'. vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati. metus instantis vel futuri periculi causa ... sed postea detracta est vis mentio, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur (L'édit portait auparavant 'tout ce qui sera acquis sur la base de la violence et de la crainte'. Il y était fait mention de la violence, parce que la violence est contraire à la volonté. [Il y était fait mention] de la crainte à cause d'un péril présent ou futur. ... Mais ensuite on a ôté de l'édit le terme de violence, parce que ce qui est fait par une violence effrayante peut toujours être regardé comme fait par la crainte).

J'interprète le rapport d'Ulpien ainsi:

Dans sa version première *(quod vi metusve causa gestum erit)*, l'édit comprenait deux espèces. La première *(Quod vi gestum erit)* se référait à l'extorsion: ce qui sera acquis en exerçant de la violence. La seconde *(quod metus causa gestum erit)* se référait au cas de l'état de nécessité duquel un tiers, sans être nécessairement l'auteur d'une extorsion, avait tiré un profit: ce qui sera acquis sur la base de la crainte. Pourquoi l'édit a-t-il envisagé dans le cas d'extorsion la violence même, dans le cas de l'état de nécessité, cependant, l'effet de la violence, la crainte? À mon avis, c'était pour l'auteur de l'édit, en considération de la typologie des cas, un problème d'évidence: dans le cas d'extorsion, la violence était visiblement liée à l'acte juridique extorqué. Par contre, dans le cas de l'état de nécessité, ce dont on s'apercevait à l'accomplissement de l'acte juridique, c'était la crainte de la victime, tandis que la violence elle-même, dont la crainte était l'effet, était physiquement éloignée (rappelons-nous le cas du père juif).

---

[20] Cf. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3e éd., Berlin 1949, p. 261 n. 5.

[21] Ulpien (11 ad ed) D.4,2,1.

Or, nous avons constaté ci-dessus que dans le cas où quelqu'un a exercé de la violence à une fin déterminée, c'est-à-dire dans le but d'extorquer à la victime de la violence un avantage, la violence exercée est, par la force des choses, également la cause de l'avantage acquis. Comme nous l'avons dit: la finalité de la violence comprend la causalité de la violence. En raison de cet état des choses, on peut interpréter la révision de l'édit de la façon suivante.

À la base de l'interprétation est l'hypothèse que ce n'est ni le délit d'extorsion ni la punition de l'auteur de l'extorsion que l'édit a voulu régler. Au contraire! En ce qui concerne l'extorsion, c'était seulement l'avantage extorqué et la restitution de celui-ci qui ont été envisagés par la règle de l'édit. Or, en vue de cet état des choses, il eût été alors possible, voire même logique, de faire absorber le cas d'extorsion *(vi gestum)* dans le cas de l'état de nécessité, c'est-à-dire dans le cas de l'avantage acquis sur la base de la crainte *(metus causa gestum)*, étant donné qu'examiné de plus près il y avait de la crainte également dans le cas de l'avantage obtenu par voie d'extorsion. De ce point de vue, la révision de l'édit aurait porté sur un problème technique, ce qui passe très bien avec ce que nous savons sur la révision de l'édit au IIe siècle dont les protagonistes étaient l'empereur Hadrien et le grand juriste classique Julien.

Avec le rapport d'Ulpien les termes du problème s'aggravent. La casuistique des sources, surtout du Digeste, est, nous l'avons constaté, dominée par l'explication du cas d'extorsion. Par contre, l'édit relatif à cette matière casuistique ne reproduit pas les faits d'espèce d'une extorsion. Et qui plus est: l'espèce d'extorsion qui existait dans la version première de l'édit a pu être éliminée plus tard, évidemment sans préjudice quant au champ d'application de l'édit. Comment cet édit s'explique-t-il?

VII. Une première indication nous est donnée par le temps de l'élaboration de l'édit, transmis dans le Digeste et, pour nous, conforme à l'édit par lequel le préteur accordait l'*actio quod metus causa*. Dans son deuxième discours contre Verres, Cicéron rapporte qu'en l'an 70 le propréteur de la Sicile, L. Metellus, avait, dans son édit, une action qui avait été intentée contre un partisan de Verres, Apronius, pour obliger celui-ci à la restitution de ce qu'il s'était arrogé. À cette action Cicéron donne le nom de formula Octaviana[22].

[22] Cicero in Verrem II 3,152: ... *adventu L.Metelli praetoris ... aditum est ad Metellum. eductus est Apronius. eduxit vir primarius, C.Gallus senator. postulavit ab L.Metello ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, QUOD PER VIM AUT METUM ABSTULISSET, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia.*

Or, l'énoncé de cette formula Octaviana, rapporté également (*quod per vim aut metum abstulisset*), montre une telle ressemblance avec notre édit dans sa version première, que je n'hésite pas à identifier la formula Octaviana à l'action *quod metus causa*. Il n'y a, à mon avis, pas d'objection à ce que Cicéron ne reproduise pas précisément, littéralement l'énoncé de notre édit. On devra reconnaître à l'orateur la liberté de reproduire l'énoncé avec ses propres paroles et adapter l'édit au cas concret. De plus, des raisons linguistiques peuvent avoir joué un rôle (au temps de Cicéron la préposition causale *causa* est peu utilisée, ce qui explique la substitution de la préposition causale *per* à la préposition *causa*).

Selon Cicéron, Metellus avait pratiqué la formula Octaviana déjà comme préteur à Rome, donc en l'an 71. Nous demandons: contre qui? Ou plus précisément: contre qui en plus d'autres? La réponse nous est donnée également par Cicéron, dans une lettre à son frère Quintus. «Les gens de Sulla», écrit-il, «étaient obligés de restituer ce qu'ils avaient acquis par la violence et la crainte»[23]. À mon avis, l'accord de cette formule avec la formula Octaviana et, donc, avec l'action *quod metus causa* (toujours dans sa version première) n'est pas à méconnaître. Non moins précieuse est la référence aux gens de Sulla.

C'est le dictateur Sulla qui, après avoir vaincu ses opposants politiques, a introduit «la malheureuse coutume de proscrire», comme dit Montesquieu[24]. Les proscriptions, c'était, d'un côté, la condamnation sans jugement, annoncée par voie d'affiches et qui donnait licence à quiconque de tuer ceux dont les noms étaient affichés. De l'autre, les proscriptions, ayant pour but l'élimination de chaque adversaire politique, c'était la persécution de tout un groupe de personnes qui était mis hors la loi. Je reviendrai sur ce fait.

Comme on le sait, Sulla, parvenu à l'apogée de sa puissance, renonça brusquement à ses pouvoirs et se retira en Campanie. C'était en 79; un an plus tard, Sulla était mort. Or, depuis la fin de l'époque sullanienne, peut-être déjà plus tôt et avec le consentement du dictateur, il y avait des tentatives de réhabilitation des proscrits. Un des moyens judiciaires introduits dans ce but, était, à mon avis, l'action *quod metus causa*, la formula Octaviana de Cicéron. Le nom, employé par Cicéron, se réfère probablement à Gn. Octavius, le

---

23 Cicero ad Quintum fratrem I 1,21: ... *cogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerant reddere.*

24 MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence,* XVI, in: Œuvres complètes (D. Oster), Paris 1964, p. 466.

préteur de l'an 79[25]. Gn. Octavius aurait donc été l'auteur de notre édit dans sa version première: *Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebo.*

D'après tout ce que nous avons dit, il est à exclure qu'avec son édit Gn. Octavius voulait rédiger une sanction pénale pour le délit d'extorsion. Il est vrai que l'édit, dans sa version première, visait, entre autres, le cas d'extorsion. Cependant, selon notre thèse, du point de vue de l'édit, ce n'était pas l'acte délictueux qui était, juridiquement, l'élément significatif, mais le profit obtenu par voie d'extorsion (et la restitution de ce profit).

Un indice complémentaire pour l'intention de l'édit est l'effet juridique de l'édit: *ratum non habebo* («Je ne tiendrai pas pour valable»). Il est difficile à voir comment cet effet juridique, en tant que tel, pourrait aller de pair avec une sanction pénale. Un deuxième indice qui résulte de l'énoncé de l'édit, c'est le rattachement de l'élément *vi gestum*, c'est-à-dire l'extorsion, à l'élément *metus causa gestum*. L'élément *metus causa gestum* se réfère, comme nous l'avons supposé, au cas de l'état de nécessité dont quelqu'un a profité sans être, en même temps, auteur d'une extorsion. Or, les deux cas ainsi liés, il ne pouvait pas y avoir, comme effet juridique commun, une répression du droit pénal. Par contre, en vue du fait commun aux deux cas, à savoir en vue de l'acquisition d'un bien qui relevait de la contrainte, il pouvait y avoir le même effet juridique: *ratum non habebo*, «je ne tiendrai pas pour valable».

Reste à démontrer que, dans la version première, l'élément *metus causa gestum* se réfère, effectivement, à l'état de nécessité. On peut présumer que l'état de nécessité, en temps de paix, est un cas plutôt rare et, du reste, un cas pour lequel on peut se demander s'il mérite d'être réglé par la loi (je renvoie à Kohler). Par contre, lorsqu'il y a des persécutions de tout un groupe de personnes, l'état de nécessité est un cas typique et assez fréquent qui, les persécutions une fois passées, exige la protection juridique. Certes, il est possible que l'état de nécessité de l'un ait conduit à l'extorsion par l'autre, de la manière, par exemple, qu'envisage Monier, quand il écrit que les *Sullani homines* «s'étaient enrichis aux dépens des gens qu'ils menaçaient de dénoncer au dictateur»[26]. Cependant, nous l'avons souligné à plusieurs reprises, le profit que quelqu'un a tiré de l'état de nécessité d'un autre ne doit pas être en même temps un profit extorqué. Un exemple de ce genre se trouve, si je comprends bien, chez Sénèque le Père, le Rhéteur. Il s'agit du cas du patron proscrit qui ayant trouvé refuge chez son affranchi le dispense à sa demande

---

[25] Cf. également GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., Paris 1929, p. 446 n. 3.

[26] MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. II, 2e éd., Paris 1940, p. 81.

de l'obligation de rendre les services traditionnellement dus au patron de la part de l'affranchi[27].

Ce qui est intéressant, c'est d'abord la référence aux proscriptions, puis l'argument selon lequel mérite d'être puni aussi celui qui, sans être l'auteur de la violence (et sans se servir de la violence pour une extorsion de sa part), a profité de la violence (quant à la peine, j'y reviendrai tout de suite). Dans la littérature romaniste plus récente, on avance que le champ d'application de notre édit, comme il ressort des réflexions de Sénèque, ne correspondait pas au droit romain classique[28]. Opinion étonnante et étrange! Le rhéteur aurait discuté avec ses élèves un droit qui n'était pas le droit de l'époque! C'est peu probable. À mon avis, l'opinion rapportée est due à la doctrine erronée selon laquelle en droit classique la protection contre la violence était la protection contre l'extorsion. À partir de cela on peut remettre Sénèque en doute. Ce genre d'argumentation correspond à la méthode bien connue de considérer comme altération byzantine tout ce qui ne répond pas aux idées traditionnelles appliquées aux sources. Par contre, il reste à se demander si ce ne sont pas les idées traditionnelles qui, en vue des sources, exigent, nécessitent une révision critique. Dans les dernières décennies il est apparu que l'authenticité des sources du *corpus iuris* pour le droit classique est plus grande qu'on ne l'avait pensé il y a une génération[29]. Ce problème existe dans une large mesure pour la matière du *metus*. Mais je ne rentrerai pas dans les détails[30].

VIII. Notre raisonnement se présente jusqu'ici comme une tentative de démontrer que l'édit et donc l'action *quod metus causa* visent à régler la restitution de l'avantage qui relève de la contrainte. Par conséquent, l'édit et l'action ne visent pas à régler le délit (privé) d'extorsion et la punition de l'auteur de l'extorsion. Pour confirmer cette thèse, voici encore quelques arguments supplémentaires.

C'est dans la logique de notre idée que l'action *quod metus causa* ne s'applique pas à celui qui, bien qu'étant l'auteur de la violence, ne l'a pas exercée à son propre profit mais au profit d'un autre. Celui qui n'a rien ac-

---

27 Seneca rhetor excerpt.controv.4,8: *Bello civili patronus victus et proscriptus ad libertum confugit. receptus est ab eo et rogatus ut operas remitteret. remisit consignatione facta. restitutus indicit operas. contradicit. non mea, inquit, sed aliena vis fuit. aeque dignus est poenea qui ipse vim adhibet et qui ab alio admota ad lucrum suum utitur.*

28 HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971, p. 263 ss.

29 Cf. KASER, «Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen», in: *id., Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien/Köln 1986, p. 112 ss.

30 Cf. KUPISCH (*supra* n. 15) p. 123 ss.

quis n'a pas rempli les conditions de l'édit. La doctrine traditionnelle est d'avis opposé. C'est cohérent. Mais le cas, à ce qu'on dit «indubitablement classique»[31], auquel l'édit aurait été appliqué n'est pas attesté par les sources. Au contraire! Les sources manifestent avec une clarté parfaite que l'auteur altruiste d'une extorsion, pour ainsi dire, n'est pas responsable. Chez Sénèque, on lit que l'édit (Sénèque emploie le mot loi, comme le fait, par exemple, aussi Cicéron: *lex annua*) ne s'irrite pas à l'encontre de celui qui a exercé la violence mais vient au secours de la victime[32]. Et conformément aux paroles de Sénèque, Ulpien écrit que l'action (*quod metus causa*) ne punit pas celui qui a exercé la violence. Mais, poursuit-il, l'action veut, à l'encontre de tous, que soit restitué ce qui a été fait (acquis, par exemple) sur la base de la crainte[33]. Bien sûr, la critique interpolationiste a déchiré ce texte d'Ulpien à belles dents[34]. Cependant cela n'est plus convaincant aujourd'hui. Du reste, la conformité qui existe entre Sénèque et Ulpien permet de présumer que le rhéteur n'a pas argumenté de son propre chef et contrairement au droit en vigueur à l'époque.

De plus, dans un procès d'après l'action *quod metus causa,* le défendeur risque d'être condamné à la peine du quadruple de l'avantage obtenu. Le quadruple est un maximum qu'on trouve également dans le cas de l'action *vi bonorum raptorum* (vol avec violence). Mais, à la différence de l'action *vi bonorum raptorum*, l'action *quod metus causa* contient une clause qui autorise le juge du procès de sommer le défendeur à restituer spontanément l'avantage obtenu[35]. Par la restitution, le défendeur peut éviter d'être condamné. Ce fait paraît étonnant dans le cas d'une action qui menace le défendeur de la peine du quadruple, surtout si l'on considère le quadruple comme peine pour un fait délictueux. Plus étonnant encore, à vrai dire, c'est le fait que la condamnation au quadruple, toujours à la différence de l'action *vi bonorum raptorum*, n'entraîne pas d'infamie[36]. Plus encore! Si l'on pense que dans le

---

31 MAIER (*supra* n. 19) p. 133.

32 Seneca rhetor controv.9,3 (26),9: *Nihil inquit, refert mea an tu cogaris, si non a me cogeris. meam culpam esse oportet, ut mea poena sit. non inquit. neque enim lex adhibenti vim irascitur, sed passo succurrit et iniquum illi videtur id ratum esse quod aliquis non quia voluit pactus est, sed quia coactus est.*

33 Ulpien (11 ad ed) D.4,2,9,8: *Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est ...* Cf. KASER, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Romanistische Abtlg., t. 94, Wien/Köln 1977, p. 116 et n. 51.

34 Cf. SCHULZ (*supra* n. 13) p. 242.

35 Ulpien (11 ad ed) D.4,2,14,11: *et hoc fit his verbis edicti: 'neque ea res arbitrio iudicis restituetur'.* Cf. LENEL (*supra* n. 12) p. 113.

36 Cf. Julien (1 ad ed) D.3,2,1.

cadre du dol la condamnation aux simples dommages et intérêts entraîne l'infamie[37], ne devrait-on pas, à plus forte raison, s'attendre à l'infamie dans le cas du *metus*, si l'on considère le remède relatif comme réaction au fait criminel d'une extorsion?

Il est à souligner que, dans la littérature romaniste, l'absence d'infamie en cas de *metus* est généralement passée sous silence. Cela se comprend. L'absence d'infamie, bien sûr, n'est pas compatible avec l'idée que la protection contre la violence est la protection contre l'extorsion. Cependant, une fois abandonnée cette idée, il est possible de lier l'absence d'infamie à l'action *quod metus causa*. Pour cela il faut une vue d'ensemble.

À la différence de l'action *vi bonorum raptorum*, la condamnation à la peine du quadruple en cas de *metus* n'est pas une peine pour avoir commis un fait délictueux mais est une peine pour avoir commis un acte de désobéissance, à savoir une peine pour le refus du défendeur de procéder à la restitution selon la sommation du juge[38]. Autrement dit, selon les termes du droit romain, le défendeur doit payer le quadruple en raison de sa *contumacia*, phénomène connu en droit romain. C'est ce qui explique, à mon avis, l'absence d'infamie. Il semble que le préteur tenait beaucoup à la restitution. De là la menace du quadruple, la condamnation au quadruple, si le défendeur n'obéissait pas à l'appel à la restitution. Mais on comprend qu'aux yeux du préteur l'omission de la restitution n'était pas un fait qui méritait d'être considéré comme un délit entaché d'infamie en cas de condamnation au quadruple.

IX. Je voudrais terminer mon exposé par quelques réflexions qui du droit romain nous ramènent à l'époque contemporaine.

Dans la perspective de ma thèse, l'action *quod metus causa* s'est révélée comme une configuration hybride: d'un côté des faits d'espèce appartenant au droit civil (*metus causa gestum*), de l'autre, quant à l'effet juridique, en partie un effet du droit civil (restitution), en partie un effet du droit pénal (peine en raison de la *contumacia*). J'ai déjà relevé qu'à mon avis l'action *quod metus causa* était l'un des moyens par lesquels on visait à réparer les préjudices survenus au cours des proscriptions sullaniennes. C'est-à-dire que l'action tirait son origine d'une époque qui était marquée par une vie politique extrêmement tendue où la guerre civile était à l'ordre du jour. C'est peut-être à cause de cela qu'on ne trouvait pas opportun (voire même impossible)

---

37 Cf. Julien *loc. cit.*

38 Cf. Ulpien (11 ad ed) D.4,2,14,1: ... *satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare*; KASER (*supra* n. 33) p. 132.

de réparer l'injustice des proscriptions par le moyen d'un véritable délit d'extorsion qui, en cas de condamnation, aurait certainement dû entraîner l'infamie. Il ne faut pas non plus sous-estimer le rôle qu'a joué le dessein du préteur Octavius de ménager les défendeurs qui étaient membres de sa classe et qui s'étaient enrichis par suite des proscriptions. Je renvoie au fait qu'en Sicile, après le départ de Verres, le nouveau propréteur Metellus n'a pas accordé la formula Octaviana contre Apronius, partisan de Verres, mais en même temps compagnon de caste et ami intime de Metellus, comme le rapporte Cicéron[39]. En outre, il s'agissait de saisir les cas qui étaient considérés comme cas de restitution mais qui n'étaient pas marqués d'extorsion ou dans lesquels l'extorsion, de toute façon, ne pouvait pas être prouvée: les cas de l'état de nécessité.

J'ai déjà fait mention de ce que l'état de nécessité me paraît être un cas qui est typique et fréquent lors des persécutions de tout un groupe. À mon avis, ce n'est donc pas par hasard si le préteur s'est occupé de l'état de nécessité en rapport avec les proscriptions et la réparation de leur injustice.

D'autre part, on pourra constater ceci: des proscriptions telles qu'on en trouve à la fin de la république romaine n'existaient plus aux temps de paix du principat; conformément à cela, il n'y avait pas non plus de cas où l'action *quod metus causa* était intentée dans le but de restituer un proscrit. En temps de paix, des persécutions de tout un groupe étant exclues, le cas de l'état de nécessité n'est pas inimaginable mais c'est plutôt un cas extraordinaire. J'en ai déjà parlé. Par suite, le cas de l'état de nécessité se perdait plus où moins comme espèce réelle aussi bien que comme sujet de réflexion juridique. De là découle (j'exagère un peu) que pour les juristes classiques les cas auxquels ils avaient à faire étaient surtout des cas d'extorsion. C'est à cause de cela, je crois, que la casuistique des sources classiques est dominée par l'explication du cas d'extorsion. Et c'est à cause de cela que pour la postérité est née l'impression que la protection contre le *metus* était la protection contre le délit d'extorsion. Il y a une certaine ironie dans le fait que l'énoncé de l'édit révisé ait pu se borner aux faits d'espèce de l'état de nécessité (*metus causa gestum*) parce que, du point de vue de l'édit, l'état de nécessité comprend le cas d'extorsion (*vi gestum*).

En fin de compte, la casuistique des sources, dominée par l'explication du cas d'extorsion, aura été une des raisons qui ont conduit un savant comme Kohler à son époque à l'idée, défendue avec véhémence, que la protection contre la violence est uniquement la protection contre la violence d'extorsion.

---

[39] Cicero in Verrem II 3,152 ss.

Par Kohler et Windscheid[40] cette idée est devenue loi. Le code passait sous silence l'état de nécessité. En outre, on était loin de se faire une idée de l'injustice de l'état de nécessité et du problème de sa réparation, comme on pouvait le voir dans l'histoire de la république romaine moribonde avec ses guerres civiles et ses proscriptions. Il a fallu attendre la barbarie du national-socialisme et sa fin pour être confronté à une situation comparable: rendre justice à ceux qui, comme membres d'un groupe, étaient victimes de persécutions.

Après la chute du régime national-socialiste, on s'est aperçu très vite que le but de la restitution des victimes de persécutions, le but de la réparation n'était pas réalisable à l'aide de remèdes du droit commun, à savoir particulièrement à l'aide de l'article 123 du Code civil allemand. Je vous en ai donné un exemple au début. Du côté des tribunaux, on a souvent tenté (je pense surtout à la cour d'appel de Berlin, au *Kammergericht*[41]) d'aller au-delà du champ d'application traditionnel de l'article 123. En vérité, les tribunaux n'étaient pas en état de résoudre le problème. Il fallait une solution législative.

Il y eut des projets allemands. Finalement c'est aux puissances alliées des zones d'occupation occidentales de l'Allemagne que l'on doit des législations de restitution (*Rückerstattungsrecht*).

Les réglementations, complétées aussitôt par une loi allemande, ne nous intéressent pas en détail; elles sont, de leur côté, déjà rentrées dans l'histoire. Ce qui nous intéresse, c'est le principe dont on s'est servi pour réaliser la restitution, principe qui se révèle quasi universel, applicable en tout temps, semble-t-il.

De ce point de vue-là, l'ordonnance française n° 120 du 10 novembre 1947[42] est d'une très grande clarté. Elle se base sur le droit de restitution français de 1945. Cette ordonnance, titre premier, article trois, décrète que «les tribunaux prononceront... l'annulation des actes de disposition accomplis avec le consentement du propriétaire lorsque ce consentement n'a été donné que sous l'empire de la contrainte physique ou morale». Il a été commenté, à juste titre, que cette règle comprenait deux catégories de règlement: celle du cas d'extorsion ainsi que celle du cas dans lequel l'acte de disposition

---

[40] Cf. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9e éd., Frankfurt a. M. 1906, t. I, p. 415 ss.

[41] *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1947, col. 257 ss.

[42] *Journal officiel du commandement en chef français en Allemagne*, 3e année, n° 119.

ne s'explique que par un état de nécessité où la violence relative n'est pas une violence d'extorsion[43].

Enfin, nous pouvons conclure: si, dans le cadre de la restitution des membres d'un groupe autrefois persécuté, on ne vise pas à punir la violence, si, plutôt, on vise à la restitution du bien perdu en conséquence de la violence, le droit, pour saisir les cas significatifs, à savoir le cas d'extorsion et le cas de l'état de nécessité, peut se contenter d'établir un rapport de causalité entre la violence (la contrainte, la crainte) et la perte du bien. Ainsi en est-il en droit de restitution français. Ainsi en était-il dans l'édit *quod metus causa* du préteur romain[44].

[43] HACHENBURG, *Probleme der Rückerstattung*, 1950, p. 32.

[44] L'unification de l'Allemagne en 1990 a soulevé des problèmes plus ou moins identiques à ceux connus après la seconde guerre mondiale. Je renvoie uniquement aux dispositions de l'art.1 al. 3 et de l'art. 4 al. 3 b) et al. 3 c) du règlement complexe introduit par la loi du 23 septembre 1990 respectivement du 2 décembre 1994 («Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen»). De ces dispositions résultent comme faits d'espèce, donnant droit à la restitution, outre l'avantage obtenu par voie de dol ou de contrainte, le cas de l'état de nécessité dont un tiers (de mauvaise foi) avait tiré un profit.

Nachdenkliches über *ius*

Theo MAYER-MALY

Mit Hans Julius Wolff[1] ist davon auszugehen, dass die Griechen weder einen Juristenstand noch eine Rechtswissenschaft hervorgebracht haben. Dennoch stossen wir bei ihnen auf ein Nachdenken über das Recht, das seinesgleichen sucht. Es setzt gegen Ende des 7. Jhs. v. Chr. ein und geht weder von Juristen noch von Gerichtsrednern, übrigens auch nicht von Priestern aus. Wir finden zwar eine besonders enge Verbindung von Recht und Religion in einer an den Gottheiten Themis und Dike orientierten Rechtstheologie, aber keine pontifikale Rechtspflege. Alfred Verdross[2] hat Hesiod den ersten Europäer genannt, der die Eigenart des Rechts erkannt hat. Treffend hat Verdross darauf hingewiesen, dass Hesiod anders als Homer nicht für eine kriegerische Adelsgesellschaft dichtete, sondern durch den Horizont eines friedliebenden Landwirts geprägt wird[3]. Die Erfahrung, dass Recht dann am stärksten empfunden wird, wenn man Unrecht erleidet, trifft auch für Hesiod zu, den sein Bruder Perses um einen Teil seines Erbes gebracht hat[4]. Hesiods Reflexionen über das Recht haben nicht Begriffe, sondern Gestalten zum Gegenstand. Diese dürfen auch nicht als Personifikationen von Begriffen aufgefasst werden[5], sondern sind als die Subjekte einer mythologischen Deutung der Welt zu begreifen. Themis ist eine der Frauen des Zeus[6]. Von ihr erhält er Ratschläge über Fragen des

---

1 Rechtsexperten in der griechischen Antike, in: *Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag*, 1964, S. 1 ff. (besonders 3 und 13).

2 Die Begründung der antiken Rechtsphilosophie durch Hesiod, in: *Anzeiger der philosophisch-historischen Klasse der Österreichischen Akademie der Wissenschaften*, 1966, S. 23, 28; ähnlich schon VERDROSS, Die Erfahrungsgrundlagen der archaischen Rechtsphilosophie des Abendlandes, in: *Legal Essays, Festskrift til Frede Castberg*, 1963, S. 207 f. Wenn Verdross von Hesiod als dem ersten Europäer oder Abendländer spricht, der die Eigenart des Rechts zu erfassen suchte, so klingt dabei auch die Annahme an, dass im Judentum annähernd zeitgleich sowohl bei Isaias wie in den salomonischen Sprüchen Reflexionen über das Recht einsetzen; vgl. Dornseiff, Hesiods Werke und Tage und das alte Morgenland, Philologus 91 (NF 45), 1936, 317 f.

3 VERDROSS-DROSSBERG, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, Wien 1946, S. 16 (Verdross hat seinen Namen zunächst öfter als Doppelname geführt).

4 Hesiod, Erga, S. 37 f.

5 Richtig VERDROSS, Die Erfahrungsgrundlagen der archaischen Rechtsphilosophie (Anm. 2), S. 207.

6 Hesiod, Theogonie, S. 901 f.

Rechts. Es geht dabei stets um konkrete Rechtsanweisungen, noch nicht um generelle Normen[7]. Themis hat dem Zeus drei Töchter geboren: Dike, Eunomia und Eirene. Dikes Aufgabe ist es, denen Verderben zu bringen, die das Recht nicht achten[8]. Der Eunomia sind Mass und Ordnung anvertraut, der Eirene der Friede.

Recht, Ordnung und Friede sind in ihrer Zusammengehörigkeit bei Hesiod präzise, wenngleich ohne alle Begrifflichkeit erfasst. Bei Solon wird als besondere Aufgabe der Eunomie, damit aber auch des Rechts der Ausgleich zwischen den stärkeren und den schwächeren Gruppen einer Gesellschaft gesehen[9]. «Gleiches Recht schuf ich für hoch und niedrig» konnte Solon von sich sagen[10]. Die Parallele zu den Intentionen der römischen Zwölftafelgesetzgebung ist frappant; nur war diese eben nicht von artikulierter Reflexion begleitet.

Der Anteil der Menschen an der Bildung von Recht wird seit der jonischen Philosophie mit zunehmendem Nachdruck gewürdigt. In einem berühmten Heraklit-Fragment[11] heisst es, dass sich alle menschlichen Nomoi von dem einen göttlichen nähren.

Die Möglichkeit eines Gegensatzes zwischen Gerechtigkeit und gesatzter Ordnung wird seit der Mitte des 5. Jhs. v. Chr. deutlicher bewusst. Bei Sophokles wird das Problem in der Antigone (Verse 449 ff.) als das eines Konfliktes zwischen göttlichem Gebot und menschlicher Anordnung erfasst. Der Gedanke eines von der Natur vorgegebenen Rechts wurde vor allem von den Sophisten entwickelt. Mit Verdross[12] sind drei Hauptströmungen der sophistischen Naturrechtslehre zu unterscheiden:

a) die Lehre von einem Recht des Stärkeren als Naturrecht, wie sie vom platonischen Dialog Gorgias vor allem dem Kallikles zugewiesen wird[13];
b) eine panhellenische Naturrechtslehre, die eine allen Griechen gemeinsame Ordnung gegen die Vielfalt der Gesetze der verschiedenen Städte setzte;
c) eine kosmopolitische Naturrechtslehre, die annahm, das Naturrecht sei Griechen und Barbaren gemeinsam.

---

7 VERDROSS, Die Begründung der antiken Rechtsphilosophie (Anm. 2), S. 27.

8 Vgl. Hesiod, Erga 221 ff.

9 JAEGER, *Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse 1926,* S. 69 ff.; VERDROSS, *Grundlinien* (Anm. 3), S. 23 f.

10 Aristoteles (Athenaion Politeia XII 4) legt ihm diese Worte in den Mund.

11 Ed. Snell, 5. Aufl., 1965, B 114.

12 *Grundlinien* (Anm. 3), S. 51 f.

13 Vgl. Adolf MENZEL, *Kallikles. Eine Studie zur Geschichte der Lehre vom Recht des Stärkeren,* 1922.

Hippias von Elis: Naturrechtler oder Positivist?

Während die kosmopolitische Naturrechtslehre erstmals durch den Sophisten Antiphon konzipiert worden sein dürfte[14], nennt Verdross[15] unter Berufung auf den platonischen Dialog «Protagoras»[16] Hippias aus Elis[17] als Begründer einer panhellenischen Naturrechtslehre. Genau diesen Hippias von Elis reklamiert Dieter Nörr[18] für einen «antiken Gesetzespositivismus», den er für sehr verbreitet hält[19]. Mehrere Rezensenten Nörrs sind dieser Auffassung von einem verbreiteten antiken Gesetzespositivismus entgegengetreten[20].

Denkt man neuerlich über das Verhältnis zwischen «positivistischen» und «naturrechtlichen» Auffassungen bei antiken Autoren und besonders bei römischen Juristen nach, so erfasst man schnell, dass es vor allem gilt, Vereinfachungen und Missverständnisse zu vermeiden, an denen auch die modernen Diskussionen über dieses Thema überreich sind[21]. Verfehlt wäre es, jedweden juristischen Positivismus als Ausdruck boshafter Wertblindheit oder als Kotau vor dem Wollen der gerade Mächtigen zu disqualifizieren. Oft ist juristischer Positivismus eher ein Ausdruck wissenschaftlicher Bescheidenheit, der aus der Anerkennung wirklicher oder vermeintlicher Grenzen des Erkennbaren und intersubjektiv Argumentierbaren erwächst. Andererseits dürfen naturrechtliche

---

[14] Vgl. VERDROSS, *Grundlinien* (Anm. 3), S. 54.

[15] *Grundlinien* (Anm. 3), S. 53.

[16] 337 c (lin. 5 ff) – 338 b = Kap. 24: s. BURNET, *Platonis Opera,* Bd. 3, Oxford 1903/1965 und unten Anm. 25.

[17] Zu ihm WELLMANN, *Paulys RE 16. Halbband,* Sp. 1706 f., Art. Hippias 13.

[18] *Rechtskritik in der römischen Antike,* 1974, S. 35, Anm. 141.

[19] S. NÖRR, *Rechtskritik* (Anm. 18) S. 33-40; kennzeichnend S. 35: «dokumentiert sich der antike Gesetzespositivismus»; S. 38: «... verlangt der Gesetzespositivismus wenigstens grundsätzlich die Gleichsetzung von *lex* und *aequitas*...».

[20] Heinrich HONSELL, *Iura 26,* 1975, S. 177, 179 f.; WALDSTEIN, *TRG 45,* 1977, S. 168, 170 (besonders zu Aristoteles); MAYER-MALY, *Gnomon 1977,* S. 173 f. Eindruck gemacht haben die Aussagen von NÖRR dagegen auf KLAMI, *Sacerdotes iustitiae,* 1978, der auf S. 70 die These aufstellt, die hochklassische Jurisprudenz sei schon vorwiegend rechtspositivistisch gewesen. Mit dieser These verbindet KLAMI, a.a.O., S. 75 die angesichts von Ulp. D 1,1,1 pr, D 1,1,1,1 und D 1,1,10 pr unhaltbare Behauptung, die römischen Juristen hätten keineTheorie der Gerechtigkeit entwickelt. Die richtige Sicht der Dinge findet man bei WALDSTEIN, *SDHI 61,* 1995, S. 179 ff.

[21] Bemerkenswerte Fortschritte in der Reduktion von Missverständnissen und einer korrespondierenden Steigerung des gegenseitigen Verstehens sind in einem Gespräch erzielt worden, das am Internationalen Forschungszentrum Salzburg stattgefunden hat. An diesem Gespräch haben (neben weiteren Kollegen) aus dem Lager der «Naturrechtler» Franz Bydlinski, Wolfgang Waldstein, Martin Schlag und der Verfasser teilgenommen, aus dem Lager der «Positivisten» Robert Walter, Clemens Jabloner, Heinz Mayer und Rudolf Thienel; vgl. den Bericht von Georg GRAF, in: *Juristische Blätter* 1994, S. 322 ff.

Konzepte[22] nicht als metaphysische Verpflichtungen auf eine Hochmoral oder als Inanspruchnahme einer normativen Deutung angeblicher Seinsgegebenheiten missdeutet werden. Ihr gemeinsamer Kern besteht in der Anerkennung inhaltlicher Anforderungen an den Geltungsanspruch eines Satzes als Rechtssatz, während sich rechtspositivistische Theorien regelmässig mit der Korrektheit eines Rechtserzeugungsvorganges begnügen. Zugrunde liegt ihnen meines Erachtens das Axiom aller wissenschaftlichen Positivismen, dass wissenschaftliche Aussagen nur auf der Grundlage von Erfahrung möglich seien. Ein sinnvoller Streit kann daher nur darum gehen, wie der Bereich des Erfahrbaren abzugrenzen ist und ob es nicht doch noch andere Erkenntnismöglichkeiten als die Erfahrung gibt. Viel Plausibilität hat die Meinung von Dreier[23] für sich, die Wahrung eines «ethischen Minimums» gehöre zu den Voraussetzungen der Geltungsfähigkeit von Rechtssätzen. Was dieser Ansicht an Präzision abgehen mag, wird durch den beträchtlichen Grad ihrer Akzeptanz ausgeglichen.

Ehe wir Aussagen römischer Juristen auf ihre eher «positivistische» oder eher «naturrechtliche» Tendenz hin untersuchen, soll aber doch noch der Frage nachgegangen werden, wie es dazu kommen konnte, dass von zwei exzellenten Gelehrten der eine in Hippias von Elis einen Protagonisten der Naturrechtslehre und der andere den Repräsentanten eines antiken Gesetzespositivismus sieht. Eine vordergründige Antwort auf diese Frage ist leicht: Verdross[24] gründet seine Einschätzung allein auf einen Passus im platonischen Dialog Protagoras[25]; Nörr beachtet diesen Text zwar auch[26], stellt aber eine Passage aus den Memorabilien des Xenophon[27] in den Vordergrund[28].

Nach Platos Protagoras (Kap. 24) hat Hippias gesagt, alle vor ihm Anwesenden seien Mitbürger und Blutsverwandte durch die Natur, nicht durch das Gesetz. Was einander ähnlich ist, sei es von Natur aus. Das Gesetz aber, dieser Tyrann der Menschen, erzwinge viele Dinge gegen die Natur: *o de nomos, turannos wn twn anqrqpwn, polla para thn fusin biazetai.*

---

22 Solche findet man in neuerer Zeit z.B. bei Franz BYDLINSKI, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988.

23 *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, S. 890, 896.

24 *Grundlinien* (Anm. 3), S. 54.

25 337 c (lin 5 ff.) – 338 b: ed. BURNET, *Platonis Opera* (Anm. 16); vgl. auch *Reale, Platone, Protagora,* 1969/1989, S. 114 ff.; OTTO/GRASSI/PLAMBÖCK, *Platon, Sämtliche Werke,* Bd. 1, 1957, S. 76.

26 NÖRR, *Rechtskritik* (Anm. 18), S. 20 Anm. 23.

27 IV 4, 14 (ed. Marchant, 1965, S. 317).

28 NÖRR, *Rechtskritik* (Anm. 18), S. 35 Anm. 141.

Wer so vom Gesetz spricht, kann schwerlich als Protagonist eines antiken Gesetzespositivismus angesehen werden. Allerdings ist der Gegensatz zwischen Positivismus und naturrechtlicher Konzeption überhaupt nicht das Thema des Dialogs. Was Hippias gesagt hat oder ihm in den Mund gelegt wird, zielt auf die Erfassung der Gemeinsamkeit zwischen allen Hellenen. Diese sieht er nicht durch Gesetz, sondern durch die Natur begründet. Die Passage gehört zur Vorstellung einer Spannung zwischen Physis und Nomos[29], hat aber nichts mit einer Unterscheidung zwischen «conventional and natural morality» zu tun[30]. Wie Verdross[31] richtig gesehen hat, liegt eine panhellenische Konzeption vor. Es wäre falsch, sie als eine kosmopolitische zu deuten[32].

Die Stelle in den *Memorabilia* des Xenophon (IV 4, 5 ff.) präsentiert sich als Wiedergabe eines Gespräches zwischen Sokrates und Hippias über das Gerechte[33]. Zuvor war der Gesetzesgehorsam des Sokrates gerühmt worden. Dann wird sehr glaubhaft von der Verwunderung des Sokrates darüber, dass man sich bei niemand in der Gerechtigkeit unterweisen lassen könne, berichtet. Die Aussage, das Gesetzliche sei das Gerechte (IV 4, 12), wird nicht dem Hippias, sondern Sokrates zugewiesen. Nach Memorabilia IV 4, 13 hat Hippias dem Sokrates in der Aussage zugestimmt, wer den Gesetzen gehorcht, dürfte gerecht handeln. Doch dann soll gerade Hippias dem Sokrates entgegengehalten haben, dass man die Gesetze nicht für eine so ernsthafte Sache halten könne, da sie doch oft von denen geändert würden, die sie aufgestellt haben[34]. Dürfte man den Memorabilien vertrauen[35], wäre nicht so sehr Hippias als Sokrates für einen antiken Gesetzespositivismus in Anspruch zu nehmen. Doch ist wiederum zu bedenken, dass der Erörterungsgegenstand von dem moderner Positivismus-Diskussionen verschieden war. Gerechtigkeit wird nicht etwa als unverkennbar, sondern als in den Gesetzen verwirklicht angesehen. Nur am Rande kommt die Frage, wie man es mit ungerechten Gesetzen halten solle, ins Blickfeld. Dass derselbe Hippias, der bei anderer Gelegenheit das Gesetz wirklich als Tyrann der Menschen bezeichnet haben dürfte, in die Auffassung, das Gerechte sei der Gesetzesgehorsam, eingewilligt haben soll, wird verständlicher, wenn man die ihm glaubhaft zugeschriebene

---

[29] Richtig HUBBARD/KARNOFSKY, *Plato's Protagoras,* 1982, S. 124.

[30] So aber TAYLOR, *Plato, Protagoras,* 1976, S. 30.

[31] *Grundlinien* (Anm. 3), S. 53.

[32] So aber GAUSS, *Handkommentar zu den Dialogen Platos I/2,* 1954, S. 167.

[33] DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker,* Bd. 2, S. 329 f. bricht ihre Wiedergabe vor dem wirklich relevanten Teilstück ab. Zu Memorbilia IV 4, 1 ff. eingehend TREU, *Paulys RE II/18,* s. v. Xenophon, sp. 1830 ff.

[34] Das steht in dem von NÖRR (Anm. 8), S. 35 Anm. 141 zitierten Textstück IV 4, 14.

[35] Dazu TREU, a.a.O. (Anm. 33) Sp. 1771 f.

Aussage bedenkt, er sage über die gleichen Dinge niemals das gleiche[36]. Hier wird ein wesentlicher Zug antiker Reflexionen über das Recht (und auch über andere zentrale Themen) deutlich. Sie sind diskursiver als moderne Lehrsätze, damit auch dialektischer. Man darf sich nicht daran stossen, wenn man nicht nur bei «den» Juristen, sondern manchmal auch beim selben Autor auf Aussagen trifft, die sich nach unseren Massstäben nicht miteinander vertragen. Treffen diese Beobachtungen und Annahmen zu, so führen sie zu einer Erklärungsmöglichkeit für den befremdlichen Umstand, dass gerade jener Jurist, der nicht nur eine der ausführlichsten und einflussreichsten Naturrechtslehren präsentiert hat[37], sondern auch mit Aussagen über die *iustitia*[38] und die *praecepta iuris*[39] rechtsethische Maximen von bleibender Bedeutung artikuliert hat, nämlich Ulpian, gegenüber einem den Regelungszweck überschiessenden Gesetzestext die heute positivistisch anmutende Auskunft gegeben hat, das Gesetz sei zwar hart, aber so geschrieben.

Das Gesetz, um das es in Ulp. 4 *de adulteriis* D 40,9,12,1 ging, war die *lex Iulia de adulteriis*. Sie untersagte eine Freilassung oder einen Verkauf[40] von Sklaven einer Frau in den ersten 60 Tagen nach ihrer Scheidung. Der Sinn der Bestimmung war, dass die Sklaven für eine Einvernahme und auch Folterung zur Verfügung stehen sollten, wenn gegen die Frau ein Ehebruchsverfahren eingeleitet wurde. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob von dem Verbot auch jene Sklaven betroffen sein sollten, deren Aussagen kaum relevant sein konnten, weil sie nicht im persönlichen Dienst der Frau standen, sondern in eine Provinz oder in einen landwirtschaftlichen Betrieb entsandt waren. Ulpian bejahte die Unzulässigkeit einer Freilassung oder eines Verkaufs solcher Sklaven unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut. Er machte nicht etwa (was gar nicht absurd gewesen wäre) geltend, dass auch von dislozierten Sklaven Aufschlüsse erhalten werden könnten, sondern berief sich einfach auf den Wortlaut der *lex Iulia de adulteriis*:

> Ulp. 4 *de adulteriis* D 40,9,12,1: *Ipsa igitur quae divertit omnes omnimodo servos suos manumittere vel alienare prohibetur, quia ita verba faciunt, ut ne eum quidem servum, qui extra ministerium eius mulieris fuit vel in agro vel in provincia, possit manumittere vel alienare: quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est.*

---

36 Memorabilia IV 4,6.

37 D 1,1,1,3.

38 D 1,1,10 pr.

39 D 1,1,10,1.

40 Entgegen YARON, *RIDA* 1955, S. 385 ist auch das Verkaufsverbot der *lex Iulia de adulteriis* zuzuweisen.

Von schlechtem Gewissen, an das Nörr denkt, dürfte Ulpian nicht geplagt worden sein. Auch eine von Vonglis[41] ins Spiel gebrachte Feindseligkeit gegenüber Ehebrecherinnen hat wohl keine Rolle gespielt. Den von Wesel[42] erwogenen Aspekt, dass auch von dislozierten Sklaven Informationen zu gewinnen waren, artikuliert Ulpian gerade nicht. Er hätte ihn gewiss angesprochen, wenn er ihn für relevant gehalten hätte. Ausschlaggebend war für Ulpian allein, dass der Gesetzestext auch dislozierte Sklaven erfasste. Die *verba legis* waren für ihn entgegen Wesel[43] doch die *ultima ratio*. Für ihn standen strikter, härter in Kauf zu nehmender Gesetzesgehorsam offenbar nicht in einem Gegensatz zu einer naturrechtlichen Gesamtbegründung des Rechts. Darin lag auch keine Heuchelei, an die Nörr ein wenig zu denken scheint. Solche könnte man einem modernen Autor anlasten, der im Einleitungskapitel seines Werkes ein naturrechtliches Bekenntnis ablegt, um dann im besonderen Teil bei passendem Resultat nur grammatisch zu interpretieren. Vielmehr gehört der Respekt vor einer *lex* und die Scheu vor ihrer interpretatorischen Korrektur zu den Traditionen römischer Jurisprudenz, ohne freilich bei jedem Autor und in jedem Fall das Ergebnis zu bestimmen. Der Respekt vor den *leges* mag auch damit zusammenhängen, dass diese nicht die Rechtsordnung insgesamt konstituierten, sondern politische Entscheidung für sehr begrenzte Problemfelder zum Ausdruck brachten. Die Erwartung einer ganz am Wortlaut orientierten Gesetzesinterpretation hat dazu geführt, dass der Gesetzesstil sehr umständlich und von panischer Angst vor Unvollständigkeit geprägt war.

In der Mitte des 2. Jhs. n. Chr. plädieren einige Autoren, besonders Julian, für mehr Souveränität im Umgang mit gesetztem Recht. So sagte er nach D 1,3,15 im 27. Buch seiner Digesten zu einer Frage der Erteilung der *bonorum possessio:*

> *In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.*

Schmidlin[44] nimmt an, der Satz hätte feststellenden Charakter: Weil mit den Vorschriften über Soldatentestamente von der als *ratio iuris* begriffenen allgemeinen Ordnung abgegangen worden sei, könne man in diesen Dingen der

---

[41] *La lettre et l'esprit de la loi,* 1968, S. 97 (zum Text dort auch S. 43 f.)

[42] *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen,* 1967, S. 127 (vgl. dort auch S: 99 f.).

[43] WESEL, *Rhetorische Statuslehre* (Anm. 42), S. 127.

[44] *Die römischen Rechtsregeln,* 1970, S. 35. Elmar BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians,* 1965, behandelt den Text nicht.

regula iuris nicht folgen. Im Kontext von D 1,3 hat der Text diesen Sinn sicherlich nicht. Dort gehört er zu den vielen Aussagen über das Verhältnis zwischen Text und Sinn einer Vorschrift. Er bringt meines Erachtens zum Ausdruck, dass man einer Anordnung (und das meint hier sowohl *statutum* wie *regula*) nicht folgen kann, wenn sie gegen die im Recht steckende Vernunft verstösst. Es könnte sehr wohl sein, dass schon Julian derlei sagen wollte. Nach dem Zeugnis von D 9,2,51,2 hat er im 86. Buch seiner Digesten allerdings auch gesagt, im *ius civile* habe man um der *utilitas communis* willen vieles gegen die *ratio disputandi* anerkannt[45]. Die *ratio disputandi* dieses Textes ist nicht die *ratio iuris* als innere Logik des Rechts, sondern die Logik der Logiker[46], mit der sich die Annahme zweier Todeszeitpunkte ein und desselben Sklaven nicht vertrüge. Daher besteht zwischen D 1,3,15 und D 9,2,51,2 kein unüberwindlicher Gegensatz. Es ist aber eine Deutung von D 1,3,15 nicht auszuschliessen, nach der Julian gegenüber einer nicht sinnvollen Anordnung resignativ bemerkt hätte, sie verhindere es, der *regula iuris* als der normalen Ordnung zu folgen. Erwägenswert ist ferner das von Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler *(Corpus iuris civilis* II 1995, 113) vorgeschlagene Textverständnis: «Was gegen die Grundsätze des Rechts bestimmt worden ist, können wir nicht als Rechtsregel befolgen».

Jedenfalls unterscheidet sich Julians Haltung zur Frage nach der *ratio* deutlich von jener des etwas älteren Neratius, der eine Untersuchung der *rationes* der Urheber von Vorschriften abgelehnt hat, weil sonst allzuviel Gewisses ungewiss würde. Das thematisch nicht zuordenbare Fragment aus dem 6. Buch der *membranae* des Neratius setzt in D 1,3 eine Aussage aus dem 55. Buch der Digesten Julians fort, wo es um prozessuale Sicherheitsleistungen *(cautio vadimonium sisti, pro praede litis et vindiciarum, iudicatum solvi)* ging. Die Textverflechtung sieht so aus:

Iul. 55 dig. D 1,3,20:
Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.

Neratius 6 *membr.* D 1,3,21:
et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.

---

[45] Vgl. ANKUM, *Symbolae David* I, S. 23 f.; SCHINDLER, *SZ* 74, 1957, S. 227; BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians,* 1965, S. 23 Anm. 83.

[46] BEHRENDS/KUPISCH/KNÜTEL/SEILER, *Corpus iuris civilis* II, 1995, S. 765 übersetzen dagegen im Anschluss an Apathy «Logik der rechtlichen Argumentation».

Die Tendenz der Aussagen von Julian und Neratius ist gegensätzlich. Julian stellt die Vernünftigkeit eines Teiles des überkommenen Rechts in Frage. Das passt zu dem Bild, das wir von ihm als Neuerer haben und mochte durch die antiquierten Prozessstipulationen gerechtfertigt sein. Bei Neratius wird die Frage nach der *ratio* von festgesetztem Recht abgeschnitten, weil sonst zu viel Gewisses in Frage gestellt würde. Als Konsequenz der Einsicht in die mangelnde Rationalität manchen Rechtssatzes wäre diese Aussage eher absurd. Die Redaktoren der in D 1,3 überlieferten Textverflechtung haben aber eine gewisse Logik im Widerspruch (zwischen Neratius und Julian) gesehen. Man kann ihnen die Worte *et ideo* zuschreiben, ohne mit Klami in den bekannten Beseler'schen Pauschalverdacht zu verfallen. Während die Redaktoren der Textverflechtung wahrscheinlich das kaiserliche Konstitutionenrecht gegenüber intellektuellen Nachfragen abschirmen wollten, meinen D 1,3,20 und 21 eher die alten Festsetzungen (wie die in D 45,1,91,3 genannte *constitutio veterum*), während es in D 1,3,15 tatsächlich um Kaiserkonstitutionen gegangen sein dürfte. Klami ist sicher nicht im Recht, wenn er schon für Neratius aus D 1,3,21 die Aufforderung herausliest, die kaiserlichen Konstitutionen als gegeben hinzunehmen. Julians Bezugnahme auf die *maiores* zeigt, dass die Juristen des 2. Jhs. n. Chr. an Festlegungen aller Art gedacht haben. Der Satz des Neratius bringt weniger eine rechtspositivistische Einstellung als eine grundkonservative Haltung zum Ausdruck.

Den Höhepunkt der im 2. Jh. n. Chr. eingetretenen Emanzipation von einer starren Bindung an den Gesetzestext stellt sicherlich das berühmte *dictum* des Celsus im 26. Buch seiner Digesten dar:

> Celsus 26 dig. D 1,3,17:
> *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*

Nach Lenels Palingenesie[47] gehört der Text zum Edikt über die Stipulationen. Wesel nimmt an, dass die *inscriptio* verschrieben sei, weil die Stipulationen keinen Anlass zur celsinischen Aussage geboten hätten. Diese Vermutung ist aber viel zu vage. Es gibt kaum ein Thema, zu dem die in D 1,3,17 überlieferte Aussage nicht passte. Um sie richtig einzuschätzen, muss man berücksichtigen, dass nicht von der Art der Interpretation die Rede ist, sondern von der Frage, wann man sagen könne, dass jemand die *leges* kenne.

Die spätklassischen Juristen haben die Bereitschaft zu freierem Umgang mit gesatztem Recht allem Anschein nach zurückgenommen. Dabei hat die Tradition an Gewicht noch gewonnen. Was immer schon eine *certa interpretatio*

[47] I 161.

hatte, soll nach Paulus 4 *ad Plautium* D 1,3,23 auf keinen Fall verändert werden. Diese entweder zu den Konditionen oder zu den adjektizischen Klagen gehörende Aussage stellt nicht die Textbindung, sondern Traditionsbindung in den Vordergrund. Sie passt zu den spätklassischen und frühnachklassischen Texten, die gerade angesichts eines Zunehmens der geschriebenen Vorschriften die Gleichwertigkeit lange geübten Rechts betonen[48]. Dass aber das, was geschrieben vorliegt, auch bindet, ist die übereinstimmende Voraussetzung dieser Texte. Zu ihr passt die so positivistisch wirkende Passage in Ulpian D 40,9,12,1.

Näher an die Denkweise der römischen Juristen heran und weiter vom modernen Antagonismus Naturrecht-Positivismus weg führt uns ein Blick auf die erstaunlich grosse Zahl der Texte, in denen die Vorstellung zum Ausdruck kommt, dass die Regelungsmöglichkeiten des *ius* beschränkt sind. Dabei begegnet die Natur als die wichtigste Schranke der Gestaltungsmöglichkeit des *ius*.

Die Grenzen der Leistungsfähigkeit von Recht und Gesetz sind im Verlauf des 2. Jhs. n. Chr. stärker bewusst geworden. Den Anfang macht mit Celsus einer der Juristen, die besonders zu Reflexionen über das *ius* neigten:

> Celsus 17 dig. 50,17,188,1:
> *Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt.*

Cerami[49] meinte, aus kompilatorischer Sicht habe der Text die Unterordnung des positiven Rechts unter das Naturrecht zum Ausdruck bringen wollen. Dem ist nicht zu folgen. Die Römer wussten zwischen Naturrecht und Natur der Sache ähnlich wie wir Heutigen zu unterscheiden[50]. Von Naturrecht sprachen sie, wenn sie dem gesetzten Recht vorgegebene Maximen, allein durch die Vernunft erschlossene Grundsätze oder elementare Gerechtigkeitsgebote meinten. Auf die Natur der Sache beriefen sie sich dagegen, wenn aus irgendwelchen Gründen – sei es physiologischen, sei es sozio-strukturellen – für ein Problem nur eine Lösung denkbar schien. Auffallend ist das von Celsus gebrauchte Passivperfekt. Es kommt aus einer Haltung des Rückblicks, damit aus echter Reflexion.

---

[48] Paulus 7 *ad Sab* D 1,3,36 (mit dem interessanten Argument, dass es das Erprobte nicht nötig habe, niedergeschrieben zu werden); Ulp 1 *de off. proc.* D 1,3,33 (hält die *diuturna consuetudo* dort dem *ius* und der *lex* gleich, wo geschriebenes Recht nicht vorliegt); Hermogenian 1 *iuris epit* D 1,3,35 (stützt die Gleichrangigkeit von geschriebenem Recht und Gewohnheitsrecht auf eine *tacita conventio civium).*

[49] A Pal 38, 1985, S. 51.

[50] Vgl. MAYER-MALY, in: *Studi Volterra II* (1969), S. 121 ff.

Als Schranke des *ius civile* begegnen die *iura sanguinis* bei

Pomponius 4 *ad Sabinum* D 50,17,8:
Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt.

Wie sich aus einem anderen Text[51] aus demselben Buch des Pomponius ergibt, gehört die in D 50,17,8 überlieferte Aussage zur Frage, wie ein *heres legitimus*, der eine *capitis deminutio* (z.B. durch Emanzipation, aber auch durch Bürgerrechtsverlust) erfahren hatte, nach der prätorischen Intestaterbfolgeordnung zu behandeln sei. Dazu ergaben sich für Pomponius zwei Gesichtspunkte:

a) Aus der Hausgemeinschaft war der betreffende *heres legitimus* mit seiner *capitis deminutio* eindeutig ausgeschieden. In der Klasse *unde legitimi* konnte er daher nicht berufen werden.
b) Blutsverwandt (in einem relevanten Grad) war der von der *capitis deminutio* betroffene *heres legitimus* dennoch geblieben. Pomponius begnügte sich aber nicht mit dieser Feststellung, die zum Ergebnis führte, dass der von der *capitis deminutio* Betroffene in der Klasse *unde cognati* zu berufen sei. Er sprach dem *ius civile* überhaupt das Recht ab, zu statuieren, wer noch als blutsverwandt gelten könne, wenn biologisch an Blutsverwandtschaft nicht zu zweifeln sei.

Auffallend ist, dass die Aussage des Pomponius den Grenzen des *ius civile* gilt, obwohl die relevante Erbordnung dem *ius honorarium* angehört. Daraus ist aber kein textkritischer Verdacht abzuleiten. Den Gegenpol des *ius civile* bildet hier nicht das *ius honorarium*, sondern eine natürliche Ordnung. *Ius civile* meint diesmal das gesamte spezifische Recht einer *civitas*. In diesem Sinne wird *ius civile* auch bei Gaius[52] gebraucht.

Dem unterschiedlichen Einfluss der *capitis deminutio* einerseits auf agnatische und andererseits auf kognatische Verhältnisse gilt auch Gaius *inst.* 1,158 und der daraus entwickelte Text von *Inst. Iust.* I 15,3.

---

[51] Pomp. 4 *ad Sab.* D 38,8,5: *Legitimis capite deminutis non datur bonorum possessio iure heredis legitimi, quia non eadem causa eorum est, quae liberorum: sed gradu cognatorum rursus vocantur.*

[52] Gai. *inst.* 1,1,: *(Nam quod quisque) populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile;* D 1,1,9; *Res. cott.* 2 D 41,1,1 *pr: ... id est iure proprio civitatis nostrae.*

Gaius inst. 1,158	Inst. I 15,3
Sed adgnationis quidem ius capitis deminutione perimitur cognationis vero ius ***eo modo*** *non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non postest.*	*Sed adgnationis quidem ius* ***omnibus modis*** *capitis deminutione* ***plerumque*** *perimitur.* ***nam adgnatio iuris est nomen.*** *cognationis vero ius non* ***omnibus modis*** *commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non* ***utique.***

Es fällt auf, dass Justinians Institutionen (oder ihre Vorlage) die Entschiedenheit der Aussage des Gaius abzuschwächen trachten. Nur «meistens» beseitigt bei Justinian die *capitis deminutio* Rechte aus der Agnation. Für Gaius bleibt das Recht aus der Kognation unangetastet *(non commutatur),* für Justinian wird es nicht in allen Fällen tangiert. Für Gaius kann die *civilis ratio,* die dem Recht einer *civitas* gleichkommt, zwar die diesem Gemeinwesen eigentümlichen Rechte einschränken oder vernichten, nicht jedoch die natürlichen Rechte[53]. Für Justinian können die natürlichen Rechte nicht in jedem Fall *(non utique)* eingeschränkt werden. Die Gegenüberstellung der Texte zeigt, dass Justinian die Gestaltungsmöglichkeiten des Rechtes weiter gefasst wissen wollte als Gaius.

Dass die *civilis ratio* die natürlichen Rechte nicht aufheben könne, sagte Gaius mit denselben Worten *(civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest)* auch in den *libri ad edictum* (D 4,5,8). Auch dieser Text behandelt die Folgen einer *capitis deminutio.* Verpflichtungen zu einer *praestatio naturalis* sollen von der Statusminderung nicht berührt werden. Als Beispiel nennt Gaius die Mitgiftrückgabe. Ausschlaggebend war für ihn, dass die *actio rei uxoriae* sich an dem orientierte, was *bonum* und *aequum* war.

Zum Begriff des *furtum manifestum* finden wir in Gaius *inst.* 3,194 die Aussage, manche Autoren schrieben, zum handhaften Diebstahl würde eine Tat entweder durch die Natur oder durch das Gesetz. Als Gesetz hatte man die zwölf Tafeln im Sinn. Gaius hielt aber dafür, es gebe handhaften Diebstahl nur von Natur her. Das Gesetz könne es nicht bewirken, dass ein nicht handhafter Dieb zu einem handhaften werde. Es könne ja auch nicht einen,

[53] Inhaltslos möchte ich entgegen NÖRR, *Rechtskritik* (Anm. 18), S. 99 diesen Gedanken nicht nennen.

der überhaupt kein Dieb ist, zu einem solchen machen. Wer nicht Ehebrecher oder Mörder ist, könne vom Gesetz zu einem solchen nicht gemacht werden. Was das Gesetz könne, sei die Anordnung, dass jemand mit der Strafe für Diebe, Ehebrecher oder Mörder zu belegen sei, der diese Taten nicht begangen habe. Gaius sagt das so:

> Gai *inst.* 3,194:
> *... Neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit. At illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit.*

Ausgangspunkt der Reflexion des Gaius über die Grenzen der Möglichkeiten einer *lex* war die Behandlung dessen, der durch eine *quaestio lance licioque* überführt worden war, als *fur manifestus*. Was Gaius dazu zu sagen hatte, war schulmässig, aber nicht platt: Die gesetzliche Anordnung könne aus einem nicht handhaften Dieb keinen handhaften machen. Sie könne nur die für handhafte Diebe vorgesehene *poena* auf andere Diebe erstrecken[54].

Auch gegenüber Senatskonsulten wies Gaius auf die Grenzen rechtlicher Gestaltungsmöglichkeit hin. An der *ratio naturalis* können diese nichts ändern. Das sagt er zum Niessbrauch an Geld und verbrauchbaren Sachen in

> Gai 7 *ad ed prov.* D 7,5,2,1:
> *Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi.*

Von der Natur der Sache her waren Geld und andere Objekte, deren Gebrauch ohne ihren Verbrauch nicht möglich war, keine geeigneten Gegenstände eines Fruchtgenussrechts. Dennoch hat ein Senatskonsult, dessen Datum wir nicht kennen[55], den *usus fructus* zumindest an Geld zugelassen. Dazu sagt Gaius, auch der Senat könne nicht bewirken, dass Geld Früchte trage. Er könne aber eine der Ordnung des *usus fructus* analoge Regelung für die Einräumung eines Fruchtgenussrechts an Geld schaffen[56]. Mit dieser Bemer-

---

[54] Vgl. NÖRR, *Rechtskritik* (Anm. 18), S. 99.

[55] CRIFÓ, *Studi sul quasi-usufrutto romano*, 1977, S. 75 ff. setzt es in die Zeit der Diktatur Caesars. Doch hat es in dieser Ära Senatskonsulte zum Privatrecht noch kaum gegeben. Wahrscheinlicher ist die übliche Annahme, es handle sich um einen Senatsbeschluss aus der frühen Prinzipatszeit: vgl. KLINGENBERG, *SZ* 96, 1979, S. 425; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht*, 1987, S. 187.

[56] Vgl. NÖRR, *Rechtskritik* (Anm. 18), S. 99.

kung setzt Gaius den hohen Stellenwert der *ratio naturalis* um, den er ihr in Inst. 1,1 (= D 1,1,9) zugebilligt hat. Einen «Deklamator für die Würde des Naturrechts» möchte ich ihn deshalb noch nicht nennen[57].

Die Natur der Sache als mit positiver Satzung konkurrierende Grundlage eines Rechtssatzes begegnet auch bei

> Paulus 7 *ad Sabinum* D 47,2,16:
> *Ne cum filio familias pater furti agere possit, non iuris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.*

Für einen modernen Leser des Textes erscheint der Ausschluss einer Diebstahlsklage des Vaters gegen den Sohn als typisches Resultat positiver Satzung, die er in seiner eigenen Ordnung nicht wiederfindet. Die Berufung des Paulus auf eine unausweichliche Natur der Sache wirkt übertrieben, zumal Gaius D 25,2,2 in einem in Fragmente aus dem 7. paulinischen Buch *ad Sabinum* eingebetteten Text den *honor matrimonii* als Grund der Ablehnung einer *actio furti* gegen Ehegatten[58] nennt. Bei näherem Zusehen wird jedoch wahrscheinlich, dass Paulus wirklich angenommen hat, die Ablehnung einer Diebstahlsklage gegen den *filiusfamilias* beruhe nicht auf der Entscheidung eines Gesetzgebers oder der Rechtsgemeinschaft, sondern sei unausweichlich. Massgeblich war die dem modernen Leser nicht sogleich und auch nicht voll zugängliche Struktur des römischen Hausverbandes. Klagen zwischen Angehörigen desselben erschienen Paulus als Klagen gegen sich selbst, damit als widersinnig und von der Natur der Sache her unmöglich.

Auf eine Grenze des *ius*, hier wiederum des *ius civile* im Sinne von Pomponius D 50,17,8, stösst Paulus auch in einem Text zu Besitzverhältnissen zwischen Eheleuten. Dieser Text lenkt den Blick auf eine nach der Auffassung römischer Juristen durchwegs relevante Grenze der Möglichkeiten des *ius:* die Fakten. Der Text lautet:

> Paulus 54 *ad ed.* D 41,2,1,4:
> *Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?*

---

[57] Dies zu NÖRR, *Rechtskritik* (Anm. 18), S. 101.

[58] Vgl. WACKE, *Actio rerum amotarum*, 1963.

Die Stelle gehört zu den stärksten Stützen der Auffassung, die römische *possessio* habe in erster Linie faktischen Charakter. Damit verbindet sich die für unsere Analyse vor allem wichtige Aussage, das *ius civile* könne eine *res facti* nicht entkräften, das Recht könne Tatsachen nicht ungeschehen machen. Etwas undurchsichtig bleibt die Behandlung der Konsequenzen einer schenkungshalber erfolgten Besitzüberlassung unter Eheleuten. Zunächst wird eine Mehrheit *(plerique)* für einen Besitzerwerb der Frau zitiert. Die juristisch zentrale Frage, ob das Verbot der Schenkung unter Ehegatten auch Besitzüberlassungen einschloss[59], bleibt im Hintergrund.

Mit der Konfrontation von Fakten und *ius* hat Paulus in D 41,2,1,4 ein Thema berührt, das seit Julian (D 39,5,2,7) und Celsus (D 24,1,47) in der römischen Jurisprudenz und Gesetzgebung immer wieder anklingt: die Unterscheidung zwischen *ius* und *factum,* zwischen *quaestio iuris* und *quaestio facti*. Diese Unterscheidung kann dreierlei Funktionen haben:

a) Es wird die Erteilung eines *responsum* abgelehnt, weil eine Sachverhalts- und nicht eine Rechtsfrage massgeblich ist.
b) Es wird aus dem gleichen Grund die Erteilung eines Reskripts abgelehnt.
c) Es wird klargestellt, was allein in den Aufgabenbereich eines *iudex privatus* fällt (und daher *in iure* nicht zur Diskussion gestellt ist).

Die Begrenzung der Möglichkeiten des *ius* durch die Fakten, auf die wir in Paulus D 41,2,1,4 gestossen sind, begegnet schon bei

> Marcian 4 *reg* D 22,1,32 pr:
> *Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris.*

Ein Tullius Balbus hatte an Antoninus Pius die Anfrage gerichtet, ob jemand – wohl sein Schuldner – in Verzug geraten sei. Anscheinend erhielt er weder eine positive noch eine negative Auskunft, sondern den Bescheid, dass eine Tatsachen- und nicht eine Rechtsfrage vorliege. Erstere könne weder durch eine Konstitution noch durch Nachfrage bei juristischen Autoritäten gelöst werden. Vielleicht verwies schon das Reskript auf jene *examinatio* durch den *iudex,* von der Marcian spricht. Die nach Marcian schwierige *definitio* ist

[59] Vgl. Ulp 72 *ad ed.* D 24,1,46: *Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.*

nicht die Bestimmung eines Begriffs, sondern die Feststellung des Verzugseintritts.

Zwischen *factum* und *ius* hatte man natürlich schon lange zu unterscheiden gewusst. Das zeigt das Nebeneinander von *in ius* und *in factum* konzipierten Prozessformeln. Dagegen setzen die Zeugnisse für die bewusste Erfassung eines Gegensatzes zwischen der *quaestio facti* und der *quaestio iuris*, wenn ich recht sehe, erst mit Celsus und Julian ein. Sehen wir zuerst auf

> Celsus 1 *dig* D 24,1,47:
> *Utrum negotium uxoris gerens an officio mariti ductus in rem eius impenderit vir, facti, non iuris est quaestio: coniectura eius rei ex modo et ex genere impensae non difficilis est.*

Die Ausgangsfrage ging dahin, ob vom Mann für die Frau gemachte Aufwendungen verbotene Schenkungen unter Ehegatten seien. Celsus wollte zwischen Aufwendungen im Zug einer Geschäftsführung und Aufwendungen zur Erfüllung von Ehrenpflichten eines Ehegatten unterscheiden. Im zweiten Fall hätte er offenbar keine verbotene Schenkung angenommen, zum ersten dürfte er davon ausgegangen sein, dass der Mann auf einen Impensenersatz verzichten wollte. Ob das eine oder das andere zutraf, war für ihn nicht *quaestio iuris,* sondern *quaestio facti.* Vielleicht hat er deshalb die Erteilung eines *responsum* abgelehnt, jedenfalls dürfte seine Aussage auf eine Aufgabenzuweisung an den *iudex* hinauslaufen. Erteilt wurde ein *responsum* dagegen im Fall von

> Jul. 60 *dig* D 39,5,2,7:
> *Tertio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. respondi: facti magis quam iuris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debebit et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.*

Jemand hatte einen Geldbetrag *(decem)* geschenkt. Der Schenkungsempfänger heisst zunächst Tertius, dann aber durchgehend Titius. Dieses bekannte Blankett begegnet im ganzen Fragment mehrfach. Am Anfang unseres Paragraphen dürfte es einfach verschrieben sein, ohne dass dies der bisherigen Konjekturalkritik aufgefallen wäre. Aus dem geschenkten Betrag sollte der

Empfänger den Sklaven Stichus kaufen. Vor Abschluss des Kaufvertrages starb Stichus. Es stellte sich die Frage, ob der Schenkungsempfänger das Geld behalten dürfe oder ob es von ihm *aliqua actione* zurückgefordert werden könne.

Für einen modernen Betrachter des Sachverhalts gehört dieser an die Grenze von Bedingung und Geschäftsgrundlage. Ist der Ankauf des Stichus zur Bedingung der Schenkung gemacht worden, wie es die Worte *ea condicione* nahelegen, so kann die Schenkung nach Bedingungsausfall nicht aufrecht bleiben; das Geld kann mit einer *condictio («causa data causa non secuta»)* zurückgefordert werden. Ist die Bedingung dagegen eine unentwickelte geblieben, weil der Titius jedenfalls beschenkt worden wäre und erst von ihm die Anregung zum Kauf des Stichus ausgegangen ist, so soll das Geld dem Beschenkten verbleiben. Um auf die Eigentümlichkeit eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage einzugehen, hatten die Klassiker nicht das nötige Rüstzeug. Typische Geschäftsgrundlagenfälle finden sich zwar schon in der Rhetorik, doch hat erst der Glossator Pillius juristische Lösungsvorschläge zu ihnen vorgelegt[60].

Julian hat die Erteilung eines *responsum* nicht verweigert. Er hat aber auch keinen eindeutigen Lösungsvorschlag gemacht. Dazu berief er sich darauf, dass eher eine blosse Tat- als eine Rechtsfrage vorliege. Das bedeutete, dass Julian es dem *iudex* überliess, herauszufinden, welche der beiden möglichen Sachverhaltsvarianten gegeben war.

Nach den beiden Hochklassikern Celsus und Julian nimmt die Frequenz der Unterscheidung zwischen *quaestio iuris* und *quaestio facti* beträchtlich zu. So sagt Marcian 2 *reg* D 29,7,7,1 bei jenen Themen, *quae non iuris, sed facti sunt*, sei nicht auf die Zeit der Bestätigung des Kodizills, sondern auf die Zeit seiner Verfassung zu sehen. Papinian *libro sing. de adulteriis* D 48,5,12,12 bemerkte zur Situation der neuerlich verheirateten Frau nach Rückkehr des totgeglaubten Ehemannes, es werde sowohl eine *quaestio iuris* wie eine *quaestio facti* aufgeworfen. Ein *responsum* verweigerte Papinian nicht. Er unterschied hauptsächlich nach der Dauer der Abwesenheit des Totgeglaubten. Zum Fall der Arescusa, die zunächst zwei Kinder und dann Zwillinge gebar, was im Hinblick auf ein testamentarisch verfügtes *ius trium liberorum* und die Freiheit des vierten Kindes ein Problem aufwarf, sagte Ulpian 6 *disp.* D 1,5,16, dass es sich um eine *quaestio facti,* nicht um eine *quaestio iuris* handle. Offenbar wollte er sich nicht auf eine Aufhellung des Geburtsvorganges (zu diesem auch Tryph. 10 *disp.* D 1,5,15) einlassen. Zu Stipulationen

[60] Dazu FEENSTRA, in: *Daube noster, FS Daube,* 1974. Senecas Fall wird von Thomas von Aquin aufgegriffen.

von Gewaltunterworfenen unterschied Ulp 49 *ad Sab* D 45,1,38,6 in der Weise, dass er im Anschluss an eine Aussage von Julian (52 *dig*) die *stipulatio habere licere* dem *ius* zuordnet, die Entscheidung über eine Verletzung der Stipulation eines Wegerechtes aber den Fakten zuwies. Zwischen einem Hinweis auf Fakten und einer Bezugnahme auf das *ius civile* unterschied Ulp 43 *ad Sab* D 15,1,41 zur umgangssprachlichen Rede von Schulden oder Forderungen von Sklaven[61]. Den Ersitzungserwerb des Gutgläubigen sieht Paulus 7 *ad Plautium* D 45,1,48,1 im Anschluss an Pomponius als aus *ius* und *factum* zusammengesetzt an: Der Erwerb selbst – die *capio* – gehöre zum *ius*, die *bona fides* zu den Fakten. Die Unterscheidungsweise hat auf Kaiserkonstitutionen übergegriffen: Diokletian C. 5,16,14 pr hebt für die Vermächtnisauslegung die tatsachenbezogene *quaestio voluntatis* von der *quaestio iuris* ab. Justinian wendet sich von der Unterscheidung zwischen *quaestio iuris* und *quaestio facti* ab und bezeugt so deren Klassizität. Er sagt in C. 5,16,25,2: *nec in ceterum subtilem divisionem facti vel iuris introduci posse*. Diese Änderung der Grundhaltung dürfte mit dem Wegfall der Verfahrensteilung und der Veränderung des Verständnisses der Aufgaben der Richter zusammenhängen.

Sehr früh hatte eine bewusste Unterscheidung zwischen *ius* und *factum* zur Frage der Bewertung und Behandlung von Unwissenheit und Irrtum eingesetzt. Aus Paulus *libro sing. de iuris et facti ignorantia* D 22,6,9,3 ergibt sich, dass bereits Labeo die ausformulierte *regula*, die D 22,6,9 pr präsentiert, gekannt hat. Dort heisst es:

> *Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*

Dazu erläutert Labeo in D 22,6,9,3:

> *Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.*

Nach Labeo sollte es darauf ankommen, ob jemand Zugang *(copia)* zu einem *iuris consultus* hatte oder aus eigenem Wissen informiert war. In diesen beiden Fällen sollte man sich nicht auf Unkenntnis des Rechts berufen können. Den Grundgedanken der Differenzierung stellt Labeo klar heraus: Dem, für

[61] Ulp. 43 *ad Sab* D 15,1,41: *Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem.*

den es leicht war, ums Recht zu wissen, soll dessen Unkenntnis schaden. Schwieriger zu deuten ist der wahrscheinlich von Paulus stammende Schlusssatz *quod raro accipiendum est.* Er dürfte meinen, dass die Fälle, in denen nach Labeo die Rechtsunkenntnis nicht schade, selten wären. Da diese Annahme schon für die Zeit des Labeo und noch mehr die des Ulpian kaum den Tatsachen entsprochen hat, ist es nicht auszuschliessen, dass *raro* hier «kaum» bedeutet und eine höfliche Ablehnung der Position des Labeo durch Paulus zum Ausdruck bringen sollte, der Rechtsunkenntnis nie nachsehen wollte.

Es kann für unsere diesmalige Fragestellung offen bleiben, ob nach den klassischen Juristen der Rechtsirrtum bzw. die Rechtsunkenntnis immer schlechter behandelt werden sollten als ein Verkennen von Tatsachen. Nach meiner Auffassung[62] ist sowohl zwischen den verschiedenen Problemstellungen (z.B. *indebiti solutio,* Kaufverträge, Lauf erbrechtlicher Fristen) wie auch zwischen den Positionen verschiedener Juristen zu unterscheiden. Besonders entschieden wurde eine nachsichtige Behandlung von Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis in den Bereichen der *usucapio*[63] und der *bonorum possessio*[64] abgelehnt. Beim Inzestverbot war zumindest Papinian, wie D 48,5,39,2 zeigt, zu mehr Nachsicht geneigt. Nur bei einem allenthalben verbotenem Inzest, einem *incestum iure gentium,* sollte eine Bestrafung der ihn zulassenden Frau erfolgen. Diese Differenzierung dürfte mit der in jener Zeit erfolgenden Ausweitung der Zivität zusammenhängen, die Bevölkerungsschichten mit anderer Ehepraxis unter die römische Ordnung brachte. Wie D 22,6,7 und 8 sah Papinian überhaupt mehr Nachsicht vor als etwa Neratius. Aus dem 5. Buch seiner *membranae* haben wir den ebenso gehaltvollen wie schwierigen Text[65] von

> D 22,6,2:
> *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.*

---

62 Unten Anm. 65.

63 Paulus D 41,3,31 pr: *Numquam in usucapionibus iuris error possessori prodest.*

64 Paulus D 37,1,10: *In bonorum possessionibus iuris ignorantia non prodest...*

65 Zu ihm (u.a.) MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio,* 1962, S. 65 f.; DERS., *«Error iuris»,* in: *Ius humanitatis,* Festschrift zum 90. Geburtstag von Verdross, MIEHSLER (Hrsg.), 1980, S. 147 ff.; SCHIAVONE, *Studi sulle legiche dei giuristi romani,* 1971, S. 147 f.; Scarano USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano,* 1979, S. 5 ff.; CARCATERRA, *BIDR* 84, 1981, S. 35 ff.; DERS. *Studi Biscardi* 5, 1984, S. 405 ff.; WINKEL, *Error iuris nocet,* 1984, S. 43 ff.; CERAMI, *Seminarios Complutenses de derecho romano* 4, 1992, S. 57 ff.; NAPPI, *Labeo* 1997, S. 30 ff.

Klar ist, dass Neratius für eine durchgehende Schlechterstellung des Rechtsirrtums eintrat. Klar ist, dass er diese Haltung mit einer Vorstellung über Qualitäten des *ius* als *ius finitum* begründete. Nicht so klar ist, worin diese Qualitäten bestehen sollten. Scarano Ussani[66] hat die Rede vom *ius finitum* als Verweisung auf Werte gedeutet, die dem Werk des konservativen Juristen zugrunde lagen. Carcaterra[67] stellte eine Beziehung zu geometrischen Kategorien her, die Neratius gekannt haben könnte. Winkel[68] hat darauf hingewiesen, dass viele antike Philosophen das Begrenzte und damit Bestimmte dem Unbegrenzten und damit Unbestimmten gegenübergestellt und dabei dem ersten Paar den Vorzug gegeben haben. In der Tat dürfte die Aussage des Neratius mit der Auffassung zusammenhängen, *ius* könne und solle durch Grenzen bestimmt und damit überschaubar sein, weshalb man seine Kenntnis ohne Übertreibung fordern könne.

Finitum und *infinitum* sind allerdings mehrdeutig. Wenn Justinian[69] die *condicio* des *ius humanum* als *semper infinitum* bezeichnet, meint er die menschliche Unvollkommenheit. Diese hatte Neratius gewiss nicht im Sinn. Die Nähe von *finitum* zu geometrischen Kategorien ist nicht zu übersehen. So mag es an die Konzeption des Neratius heranführen, wenn man ihm die Einschätzung des *ius* als «abgezirkelt» zuweist. Diese Einschätzung wird bei ihm sehr feinnervig ausdifferenziert. Nappa[70] hat in seiner sorgsamen Exegese treffend von einer «riflessione di grande profondità» gesprochen. Er sieht auch richtig die Singularität dieser Qualifikation des *ius*. Der bisweilen – auch von Nappa – hinzugestellte Passus aus den *Declamationes minores* (309) des (Pseudo-)Quintilian ändert hieran nichts. Dort geht es nur um das Ende einer rechtlichen Auseinandersetzung, nicht um eine Eigenschaft des *ius*. Neratius sagt nicht einfach, das *ius* sei *finitum*. Es werden vielmehr Chance und Anforderung verknüpft: Das *ius* könne *finitum* sein und solle es sein. Auf diese Weise gelangt die Reflexion des Neratius erheblich über die Fülle der anderen Aussagen, die zur Unterscheidung zwischen Rechtsirrtum und Tatsachenirrtum auf uns gekommen sind[71], hinaus.

---

[66] Labeo 1977, S. 146 ff.

[67] A.a.O. (Anm. 65), S. 405 ff.

[68] A.a.O. (Anm. 65), S. 43 ff.

[69] C. 1,17,2,18 = c. Tanta § 18.

[70] A.a.O. (Anm. 65), S. 37.

[71] Pomponius D 22,6,3; D 41,3,32,1; Pomp. – Ulpian D 38,15,2,5; Papinian D 48,5,39,4; Ulpian D 3,2,11,4; D 5,3,25,6; D 36,4,1; D 43,20,1,10; Paulus D 22,6,1,1–3; D 24,3,17,2; D 37,1,10; Callistratus D 48,10,15,5; Gordian C. 6,50,9; Honorius – Theodosius C. Theod. 2,16,3; Zeno C. 5,31,11; Iust. C. 6,30,22 pr; Inst. Iust. 2,11,6.



COLLECTION GENEVOISE

Michel Hottelier

L'article 26 CEDH
et l'épuisement des voies de recours
en droit fédéral suisse

Silvia Tevini Du Pasquier

Le crédit documentaire
en droit suisse.
Droits et obligations
de la banque mandataire
et assignée

Henry Peter

L'action révocatoire
dans les groupes de sociétés

Xavier Oberson

Les taxes d'orientation.
Nature juridique et constitutionnalité

Pierre Garrone

L'élection populaire en Suisse.
Etudes des systèmes électoraux
et de leur mise en œuvre
sur le plan fédéral et dans les cantons



COLLECTION GENEVOISE

Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse
des juristes pour son Congrès 1991 à Genève

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Les instruments d'action de l'Etat

Christine Chappuis

La restitution des profits illégitimes.
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse

Gustavo Scartazzini

Les rapports de causalité dans le droit suisse
de la sécurité sociale.
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Sonja Gafner d'Aumeries

Le principe de la double incrimination.
En particulier dans les rapports d'entraide
judiciaire internationale
en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Charles-Albert Morand
(Editeur)

La légalité: un principe à géométrie variable



COLLECTION GENEVOISE

Marie-Claire Pont Veuthey

Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination

Daniele Cattaneo

Les mesures préventives et de réadaptation
de l'assurance-chômage

Marina Mandofia Berney

Vérités de la filiation et procréation assistée

Elias Kastanas

Les origines et le fondement du contrôle
de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce

Sylvie Chavanne

Le retard dans l'exécution des travaux de construction

Nicolas Jeandin

Le chèque de voyage

Margareta Baddeley

L'association sportive face au droit



COLLECTION GENEVOISE

Sylvain Marchand

Les limites de l'uniformisation matérielle
du droit de la vente internationale

Jacques-André Schneider

Les régimes complémentaires de retraite en Europe:
Libre circulation et participation

La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands

François Chaix

Le contrat de sous-traitance en droit suisse: limites du principe
de la relativité des conventions

Michel Hottelier

Le Bill of Rights et son application aux Etats américains

Charles-Albert Morand

Aménagement du territoire et protection de l'environnement:
La simplification des procédures

Herbert Schönle

Droit des obligations et droit bancaire. Etudes

Problèmes actuels de droit fiscal. Mélanges en l'honneur
du Professeur Raoul Oberson



COLLECTION GENEVOISE

Rita Trigo Trindade

Le conseil d'administration de la société anonyme

Thierry Tanquerel

Les voies de droit des organisations écologistes
en Suisse et aux Etats-Unis

Charles-Albert Morand
(Editeur)

La pesée globale des intérêts.

Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire

Bénédict Foëx

Le contrat de gage mobilier

Arlette Stieger-Chopard

L'exclusion du droit préférentiel de souscription
dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme

Etude de droit allemand et de droit suisse

Blaise Knapp et Xavier Oberson
(Editeurs)

Problèmes actuels de droit économique.

Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod



COLLECTION GENEVOISE

Nicolas Wisard

Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Philippe Gerber

La nature cassatoire du recours de droit public

Mythe et réalité

Pierre Guibentif

La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale

Etude de sociologie du droit de la coordination à l'exemple du Portugal

Démocratie directe

Andreas Auer
(Editeur)

Les origines de la démocratie directe en Suisse
Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Les grands jurisconsultes

Dominique Manaï

Eugen Huber
jurisconsulte charismatique

Bruno Schmidlin et Alfred Dufour
(Editeurs)

Jacques Godefroy (1587–1652)



COLLECTION GENEVOISE

Droit et Histoire

Alfred Dufour, Robert Roth et François Walter

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Bénédict Winiger

La responsabilité aquilienne romaine.

Damnum Iniuria Datum