

QUANTI EA RES ERIT: WAT VERTELLEN WE ONZE STUDENTEN?

J.H. Dondorp*

1. Inleiding

Al in 1950 waarschuwde de Oxfordse professor F.H. Lawson (1897-1983) zijn lezers hoe moeilijk het is vast te stellen wat de precieze bewoording is geweest van caput 3 van de lex Aquilia. Dertig jaar later kwam hij tot de conclusie dat een halve eeuw discussie niet heeft geleid tot een definitief antwoord.¹ Van vrijwel elk woord in D. 9.2.27.5, waar Ulpianus caput 3 lijkt te citeren, acht R. Zimmermann de betekenis omstreden:²

Ulpianus libro octavo decimo ad edictum Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: Caeterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit³ in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.

Hier zal vooral de onzekerheid betreffende de interpretatie van de woorden *quanti ea res erit* ons bezighouden. Zoveel staat wel vast: die woorden hebben betrekking op het bedrag dat degene die de schade veroorzaakt moet betalen. Maar hoe moet dat bedrag worden bepaald? Is dat een kwestie van schadeberekening of spelen andere factoren een rol? In onze tijd, waarin abstracte en concrete schadeberekening, voordeelstoerekening

1 F.H. Lawson, *Negligence in the Civil Law*, Oxford 1950, 6; F.H. Lawson & B.S. Markesinis, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common law and the Civil law*, (Cambridge Studies in International and Comparative law NS 1), I, Cambridge 1982, 5. Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen: 5-10; zie ook het literatuuroverzicht in H. Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wien 1990, 11-12.

2 Aldus R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, 966.

3 *Quanti ea res erit* in D. 9.2.27.5 wordt heel verschillend vertaald: door Feenstra en Spruit als “zoveel geld als die zaak waard zal zijn” in: J.E. Spruit (ed.), *Corpus iuris civilis, Tekst en vertaling*, II, Zutphen 1994, 723; door C. Kolbert als “whatever the damage shall prove to be worth” in A. Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, I, Philadelphia 1985; met “soviel Kupfergeld wie die Sache wert war” in: O. Behrends e.a., *Corpus iuris civilis. Text und Übersetzung*, II, Heidelberg 1995, 747; met “so viel Geld wie die Angelegenheit sein wird” in Hausmaninger (n. 1), 61.

* Universitair Docent Rechtsgeschiedenis, Vrije Universiteit Amsterdam.

en *Gewinnherausgabe* van onrechtmatig verkregen voordeel in het centrum van de wetenschappelijke bezinning staan, heeft de vraag, hoe de Romeinen met deze problemen omgingen een onverwachte actualiteit. Een eenvoudig antwoord op die vraag is niet mogelijk, maar die constatering voert onmiddellijk tot een tweede vraag, namelijk in hoeverre de onzekerheid omtrent de berekening van de boete wegens zaaksbeschadiging mag (moet) doorklinken in het onderwijs. De meningen daaromtrent weerspiegelen zich ongetwijfeld in de aan de Nederlandse universiteiten⁴ gebruikte leerboeken. Het leek daarom gepast om aan Laurens Winkel in deze bijdrage aan diens *Liber amicorum* te onderzoeken hoe deze leerboeken in de loop der jaren de hierboven vermelde woorden *quanti ea res erit* voor hun gebruikers, de studenten, hebben belicht. Per slot van rekening was het Laurens Winkel die de geschiedenis van de onrechtmatige daad als bijzonder onderwerp heeft gekozen voor het onderwijs aan de Erasmus Universiteit en wiens bewerking van Feenstra's *Vergelding en vergoeding* naar ik hoop binnenkort zal worden herdrukt.

2. Hijmans en Van Oven

Hoe verschillend de rechtshistorici caput 3 uitleggen is voor het eerst zichtbaar in de leerboeken van Hijmans en Van Oven. Tot dan kreeg de uitleg van D. 9.2.27.5 weinig aandacht.⁵ De Amsterdamse hoogleraar I.H. Hijmans (1869-1937) leerde zijn studenten dat de *lex Aquilia* in het Justiniaanse recht anders werd toegepast dan in de klassieke periode. In de tweede druk, die in 1927 verscheen, wees hij bovendien op het verschil tussen het oorspronkelijke bereik en dat in het klassieke recht:

De oudste uitbreiding van de *lex Aquilia* is geschied door *ruperit* te lezen alsof er *corruperit* stond ... Nog krasser is het dat de woorden van het derde hoofdstuk (*usserit, fregerit, ruperit*) ook betrokken werden op de in het eerste hoofdstuk genoemde slaven en vee.⁶

De gedachte dat het verwonden van slaven en vee oorspronkelijk niet onder de *lex Aquilia* viel, was in 1922 verdedigd door H.F. Jolowicz (1890-1954), toen lector Romeins recht in Londen en Oxford.⁷ Hij stelde dat caput 3 ooit alleen oog had op het vernietigen van

4 Zie voor de uitleg in de recente Vlaamse leerboeken n. 36.

5 Hijmans' voorganger M. Cohn gaf bijvoorbeeld les op basis van Dernburg's *Pandekten*, waarin slechts staat dat de wijze waarop de *lex Aquilia* de waarde van de zaak bepaalt, niet is gerecipeerd. Vgl. H. Dernburg, *Pandekten*, Berlijn 1886, II, 342. Voor de Utrechtse studenten vertaalde en bewerkte J. Hamburger (A. Dzn.) in 1919 Bonfante's *Istituzioni di diritto romano*. Vgl. P. Bonfante/J. Hamburger, *Grondbeginselen van het Romeinsche recht*, Groningen 1919, 534: "men (moet) dan de hoogste waarde vergoeden, die het dier of de slaaf of het voorwerp had in de voorafgaande dertig dagen." Over de berekening van de boete zweeg de Groningse hoogleraar H.L. Drucker, die het leerboek van zijn voorganger W. Modderman (1836-1882) voltooide kort voor hij naar Leiden vertrok. Vgl. M. Modderman, *Handboek voor het Romeinsch recht, vervolgd door H.L. Drucker*, Groningen 1887, 131.

6 I.H. Hijmans, *Romeinsch verbintenissenrecht*, Zwolle 1918, 1927², 267.

7 Vgl. H.F. Jolowicz, The Original Scope of the *Lex Aquilia* and the Question of Damages, *LQR* 38 (1922), 220-230, 221.

zaken. Zo was duidelijk wat bedoeld is met *quanti ea res (fuit)*,⁸ namelijk de waarde van het vernietigde object. Aldus toegepast achtte hij de regeling ook rechtvaardig: wie andermans zaak vernietigt, moet de schade vergoeden – rekening houdend met prijsschommelingen van slaven en vee in het afgelopen jaar.

Ten aanzien van de hoogte van de boete in het klassieke recht leerde Hijmans dat twee situaties moeten worden onderscheiden: De eerste, waarin andermans zaak is vernietigd, lijkt op het doden van slaven en vee. Vanaf de tijd van Sabinus wordt aangenomen, dat de *hoogste* waarde wordt gevorderd die de zaak in de laatste dertig dagen heeft gehad. Het andere geval betreft verwonding en beschadiging. Dan wordt de hoogste waarde in de dertig dagen ervóór vergeleken met die na de beschadiging en het verschil gevorderd.⁹

Met deze actie wordt geëischt de hoogste waarde, die de vernielde zaak, bij slaven en vee in het laatste jaar, en bij andere zaken in de laatste dertig dagen had gehad. Wel is waar ontbrak in het derde hoofdstuk het woord *plurimi* maar de juristen lazen de wet, alsof het ook daar stond ... Is de zaak niet vernietigd maar slechts beschadigd, dan vertegenwoordigt de hoogste waarde het bedrag van waar uit de waardevermindering is te berekenen.¹⁰

In de tweede eeuw hanteerden Celsus en Julianus deze berekening nog, maar Justinianus zeker niet, aldus Hijmans. Justinianus gebruikte “den meer modernen maatstaf van het *interesse*, het verschil tussen den voor en den na de daad bestaande toestand”.¹¹ Dat in Instituten 4.3 de maatstaf van de *lex Aquilia* nog wordt genoemd, acht hij een gedachteloos naschrijven van Gaius’ Instituten.

J.A. Ankum typeert Hijmans als een uitstekend docent en stilist, maar wijst erop dat hij in zijn inhoudrijkste werken *Romeinsch zakenrecht* (1917) en *Romeinsch verbintenissenrecht* (1918) te veel dat onzeker en betwistbaar is met grote stelligheid voordraagt.¹² Dat is ook hier zichtbaar, wanneer men Hijmans’ uitleg van caput 3 vergelijkt met die van zijn Leidse collega J.C. van Oven (1881-1963). Wat een student

8 Jolowicz (n. 7), 225 leest “fuit”: zoveel als de zaak waard was. Welke lezing de voorkeur verdient blijft omstreden. Zie J.A. Ankum, *Quanti ea res erit in diebus xxx proximis* dans le troisième chapitre de la *lex Aquilia*: un fantôme florentin, in: *Religion, société et politique, Mélanges J. Ellul*, Parijs 1983, 171-183.

9 Jolowicz (n. 7), 223 vermeldt dit als de lezing van J. Muirhead; zie diens: *The Lex Aquilia* by Erwin Grueber, *LQR* 2 (1886), 379-389, 388. Grueber stelde dat “under its provisions the value of the thing was to be paid, without any distinction whether it was destroyed or merely damaged by burning, crushing, breaking. Vgl. E. Grueber, *The Roman Law of Damage to Property, being a commentary ... ad legem Aquiliam*, Oxford 1886; herdr. 2004, 265. Muirhead geeft geen argumenten voor zijn eigen lezing.

10 Hijmans (n. 6), 220. “Met deze actie” is de formulering in de tweede druk, 278. Op dit punt heeft hij zijn opvatting niet aangepast aan die van Jolowicz, volgens wie “the *interesse* principle was brought in of necessity when the statute was interpreted to include partial damage” rond het begin van onze jaartelling. Vgl. Jolowicz (n. 7), 229.

11 Hijmans (n. 6), 221.

12 Vgl. J.A. Ankum, s.v. “Hijmans, Isaac Henri”, *Biografisch woordenboek van Nederland 1880-2000* (online uitg.: <http://resources.huygens.knaw.nl/bwn1880-2000> geraadpleegd 1 sept. 2013). Die kritiek vindt men al in Van Oven’s recensie van Hijmans’ *Zakenrecht, Rechtsgeleerd magazijn* 45 (1926), 533.

onvoorwaardelijk moet weten, zei Van Oven in het voorwoord van zijn leerboek, is te vinden in zijn *Overzicht van het Romeins privaatrecht* uit 1934.¹³ Het leerboek, dat hij in de winter van 1942-43 schreef in kamp Boekelo in Twente,¹⁴ moest de student “bestudeeren, natuurlijk met het Corpus iuris en Gaius naast zich”.¹⁵ Slechts weinig hoefden studenten over caput 3 uit het hoofd te leren:

Het derde hoofdstuk stelt als straf op het onrechtmatig verwonden van slaven en viervoetig vee alsmeede op het onrechtmatig *urere, frangere, rumpere* van andere zaken de hoogste waarde in de voorafgaande dertig dagen (Gai. 3:217, 218). Voor gedeeltelijke vernieling geldt niettemin de geheele straf.¹⁶

Wat de student geacht werd te bestuderen, is allereerst wat ooit het oorspronkelijke bereik was van caput 3. Van Oven laat zien dat het antwoord op deze vraag samenhangt met de interpretatie van D. 9.2.27.5, waar Ulpianus volgens de compilatoren de tekst van de lex Aquilia letterlijk citeert. Van Oven stelde dat zij zich hebben vergist – verwijzend naar Jolowicz’ artikel en Lenel’s reactie.¹⁷ Jolowicz had verdedigd dat het citaat in die tekst begon bij de woorden “caeterarum rerum si quis damnum faxit”.¹⁸ Zo opgevat was de lex Aquilia oorspronkelijk slechts van toepassing op het doden van slaven en vee (caput 1) en het vernietigen van zaken (caput 3). Het verwonden van slaven en dieren zou pas later onder het bereik van caput 3 zijn gebracht. Die gedachte verwierp Otto Lenel (1849-1935), omdat van die ontwikkeling geen spoor te zien is in het Corpus iuris.¹⁹ Van Oven prefereerde de lezing van Lenel, volgens wie het citaat begint bij “si quis damnum faxit”, zodat het verwonden van slaven en vee vanaf het begin onder caput 3 kan vallen.²⁰

Hoe de boete oorspronkelijk werd berekend bespreekt Van Oven niet – tenzij hij per abuis het woord hoogste gebruikte toen hij schreef:

De boete van ’t derde hoofdstuk moet bedoeld zijn als minder zwaar dan die van ’t eerste en inderdaad was de kans dat de zaak in de voorafgaande dertig dagen meer waard was dan op ’t oogenblik van het delict, geringer dan dat dit in ’t laatste jaar het geval was, maar niettemin kon die straf uiterst zwaar en onrechtvaardig wezen, want wij moeten aannemen dat als er een deel van de zaak was beschadigd, hoe gering ook, de straf de waarde der

- 13 J.C. van Oven, *Overzicht van het Romeinsch privaatrecht*, Zwolle 1934. Het gestencilde collegedictaat van Hijmans’ opvolger in Amsterdam dateert rond die tijd: *Romeins verbintissenrecht naar de colleges van Prof. mr. H.R. Hoetink* (1937). De delicten worden er niet in behandeld.
- 14 Vgl. het begin van zijn voorwoord: “Met het schrijven van dit leerboek begin ik in een tijd van groote spanning en diepe depressie: ons land en volk zuchten onder vreemde heerschappij, onze universiteit is gesloten, ik zelf ben door de bezettende overheid uit mijn hoogleeraarsambt ontslagen en heb goede redenen om te verwachten dat de vijand mij niet in vrijheid zal laten leven. De kansen dat dit boek ooit in druk zal verschijnen, of zelfs maar voltooid worden, schijnen dus zeer gering . . .”
- 15 J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden 1945, Leiden 1947², xvii.
- 16 Van Oven (n. 13), 67.
- 17 Van Oven (n. 15), 350 n. 378 met verwijzing naar Jolowicz (n. 7) en de recensie die Lenel schrijft “omdat Engelse tijdschriften hier weinig worden gelezen” in: *ZRG Rom* 43 (1922), 575-577.
- 18 Vgl. Jolowicz (n. 7), 222.
- 19 Vgl. Lenel (n. 17), 577.
- 20 Vgl. Van Oven (n. 15), 350: “Het hoofdstuk is terstond door interpretatie ook toegepast op de levende have voorzoover die niet reeds onder ’t bereik van caput I viel” en 350 n. 378.

geheele zaak bedroeg. Wondde dus iemand een slaaf aan een vinger of een tand dan zou de straf bestaan in de hoogste waarde van den ganschen slaaf in de voorafgaande dertig dagen en de eigenaar maakte een niet geringe winst! Men heeft om aan deze onwaarschijnlijkheid te ontkomen o.m. verondersteld dat inderdaad de straf in zulk geval de waarde der geheele zaak betrof, maar dat daarentegen de dader de beschadigde zaak tot zich kon nemen. Dit zou inderdaad een plausibele verklaring zijn, echter wordt ze door geen enkele tekst gesteund en we moeten 't dus als waarschijnlijk aannemen dat het poenale karakter der *actio legis Aquiliae* in dit geval op zeer ongewenste wijze tot uiting kwam. Alleen indien men het beschadigde deel als een afzonderlijke zaak beschouwen kon, werd de waarde van dat deel vergoed, zoals bijv. een scheepstouw (D. 9.2.29.5).²¹

Van Oven laat zien welk probleem D. 9.2.27.5 oproept, wanneer *ea res* wordt vertaald met “die zaak”, het object dat gewond of beschadigd raakt. De boete die in de klassieke tijd moet worden betaald is geheel willekeurig, zij staat in geen enkele relatie tot het delict dat de *lex Aquilia* bestraft, namelijk het onrechtmatig toebrengen van schade. Daarom veronderstelde A. Pernice (1841-1901), dat de eigenaar het gewonde dier of de beschadigde zaak al had afgestaan.²² Dat is een plausibele verklaring volgens Van Oven, maar één die door geen enkele tekst wordt ondersteund. Hij kan slechts toegeven dat in de boete van de hoogste waarde van de zaak in de afgelopen dertig dagen “het poenale karakter der *actio legis Aquilia* op zeer ongewenste wijze tot uiting komt”.²³

3. Kaser / Wubbe

In 1967, toen F.B.J. Wubbe al enige jaren hoogleraar Romeins recht in Freiburg was, verscheen zijn Nederlandse bewerking²⁴ van het leerboek van M. Kaser (1906-1997) dat zo'n twintig jaar lang werd voorgeschreven aan veel faculteiten. Over de boete zei Kaser zelf het volgende:

Das 1. Kapitel bestraft die Tötung fremder Sklaven und vierfüßiger Herdentiere mit einer Buße im Betrag des Höchstwerts, den der Gegenstand im letzten Jahr hatte (D. 9,2,1pr; G. 3,210). Das allgemeiner gefaßte (vielleicht erst nachträglich angefügte) 3. Kapitel umschließt alle Schädigungen, die jemandem durch Brennen, Brechen, Zerreißen (*urere, frangere, rumpere*) von Vermögensgütern zugefügt werden, und berechnet die Buße nach

21 Van Oven (n. 15), 350-351.

22 A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar 1867, 240: “Da nun die Ungerechtigkeit, die Verwundung mit der Tötung grundsätzlich gleichzustellen, unmöglich ist, so muss man sich vorstellen, der Beschädigte habe zum Ausgleich das verwundete Tier, die beschädigte Sache hingegeben.”

23 Anders dan Lenel wuift hij het probleem niet weg. Vgl. Lenel (n. 17), 577: “So ist diese Bestimmung nur für den obviously unfair, der in ihr eine Regelung des Schadenersatzes erblickt. Fasst man dagegen, wie man muss das q.e.r.e. in his xxx diebus fuerit als poena auf, so ist diese Art Bemessung der poena weniger roh, als die zahllosen festen Geldstrafen, denen wir von den zwölf Tafeln ab bis noch in das Justinianische Recht begegnen.” Terecht wijst De Zulueta erop, dat dit niet waar is. Vgl. *The Institutes of Gaius, Part II Commentary by Francis de Zulueta*, Oxford 1953, Oxford 1967², 211.

24 M. Kaser/F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle 1967, Zwolle 1971².

dem Wert in *diebus triginta proximis* also wohl innerhalb der letzten 30 Tage vor der Tat (D. eod. 27,5; G 3,217) ...²⁵

Dit is een beschrijving van zowel het toepassingsgebied van de lex Aquilia als van de (oorspronkelijke) boete. Caput 3 betrof volgens Kaser alle zaken, die tot iemands vermogen behoren. Dat hij aldus kiest voor de opvatting van Lenel boven die van Jolowicz – een keuze die Van Oven toont in zijn leerboek²⁶ – is niet zichtbaar.²⁷ Over de boete zegt Kaser weinig helder²⁸ dat caput 3 deze berekent “nach dem Wert” in de dichtstbijzijnde dertig dagen voorafgaand aan het delict. Bedoelde hij dat bij alle beschadigingen de boete dezelfde was, namelijk de waarde van de gehele²⁹ zaak? Wubbe meent van wel, zo blijkt uit zijn vertaling van de passage over caput 3:

Het meer algemeen gehouden, misschien pas later toegevoegde derde hoofdstuk omvat alle gevallen van schade, ontstaan door *urere* (verbranden), *frangere* (breken), *rumpere* (vernien) en bepaalt de boete op de waarde in *diebus triginta proximis*, waarschijnlijk derhalve de waarde in de dertig aan de daad voorafgaande dagen.³⁰

Werd de boete in de klassieke periode anders berekend? Het leerboek geeft daarover geen uitsluitsel. Zijn handboek dat eerst het recht in het oude Rome behandelt en pas daarna het klassieke recht, bevat een afzonderlijke paragraaf over de uitleg van caput 3 door de klassieke juristen, maar daarin vult Kaser slechts aan dat sinds Sabinus het woord *plurimi* in caput 3 wordt ingelezen. Ook dan gebruikt Kaser de ambigue formulering: “berekent de boete naar”. Die formulering gebruikt hij nu ook voor de boete van caput 1 in de klassieke periode.³¹ In de tweede druk van zijn handboek, die verscheen in 1971, is een voorzichtig begin zichtbaar van een kentering in de heersende leer,³² maar uit zijn

- 25 M. Kaser, *Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch*, München 1965³, 195. De passage komt vrijwel letterlijk overeen met die in zijn handboek. Vgl. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, München 1955, 144 (§ 41). In de tweede druk (1971), 161 voegt hij slechts ter verduidelijking toe: “Auch die blasse Verwundung von Sklaven und Herdentiere und die Tötung anderer Tiere ist darin behalten.”
- 26 Zij het in een noot. Vgl. Van Oven (n. 15), 351 n. 379.
- 27 Evenmin is zichtbaar dat hij de opvatting verwerpt van David Daube. Dat doet Kaser met zoveel woorden in zijn recensie van A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, TRG 34 (1966), 418: “Verf. folgt in der Bestimmung des 3 Kapitels der lex Aquilia der originellen Deutung Daubes, (LQR 52 (1936), 266 ff.) die aber bisher, wie ich glaube, mit Recht, keine Erfolgschaft gefunden hat.”
- 28 Aldus Cardascia over Kaser’s soortgelijke formulering in zijn handboek. Vgl. G. Cardascia, La portée primitive de la loi Aquilia, in: *Daube Noster: Essays in Legal History for David Daube*, Edinburg 1974, 53-75, 67 n. 1: “formule moins décisive dans son *Römisches Privatrecht* I, (1971), 161: ‘... die Busse nach dem Wert ...’; Volgens Zimmermann (n. 2), 964 n. 88 volgt Kaser hier Daube.
- 29 Dat was zeker zijn opvatting in 1935. Vgl. M. Kaser, *Quanti ea res est, Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München 1935, 169.
- 30 Kaser/Wubbe (n. 24), 247.
- 31 Kaser, 1955 (n. 25), 518 (§ 144); mogelijk hangt deze formulering samen met het feit dat het *interesse* in de berekening wordt betrokken, als de schade groter is dan de (hoogste) marktwaarde.
- 32 Vgl. de in § 41 toegevoegde noot: “Ist eine Sache nur beschädigt so ist der Busse nur die Wertminderung zugrunde zu legen, nicht (wegen des Sühnezwecks) der Wert der ganzen Sache. Daube Rom. Law. (1969) 66 ff. gegen Gerke, SD 23 (1957). Vgl. auch u. § 144.”

leerboek blijkt dat Kaser vasthield aan de opvatting dat de boete van caput 3 bestond uit de waarde van de gehele zaak.³³

4. De jaren zeventig en tachtig

De lex Aquilia komt slechts summier aan de orde in de Groningse klapper Romeins Recht van H.J. Scheltema, die in 1983 in druk verscheen onder de titel *Mr. H.J. Scheltema's inleiding tot het Romeinse recht*. De vraag waartoe caput 3 verplicht, komt niet aan de orde.³⁴ In zijn *Elementen van Romeins recht* laat de Amsterdamse hoogleraar J.A. Ankum wel zien hoe moeilijk het is de betekenis te achterhalen van het woord *proximis* in caput 3,³⁵ maar over de boete was hij stellig: caput 3 bepaalt deze op de waarde van de zaak. Dat dit al een eeuw omstreden was, vermeldde hij niet. In Leiden daarentegen stelde R. Feenstra (1920-2013) de heersende leer juist ter discussie. Rond 1976 leerden zijn Leidse studenten:

Helaas is ons niet geheel duidelijk overgeleverd welke boete daarop gesteld was. De door enkele klassieke juristen vermelde formule is ‘zoveel als dit in de dichtstbijzijnde dertig dagen (geweest) zal zijn’; meestal neemt men aan dat deze boete bestond uit de waarde van de zaak in de dertig (aan de daad) voorafgaande dagen, maar enkele gezaghebbende moderne auteurs hebben op goede gronden betoogd, dat het waarschijnlijker is dat hier bedoeld wordt op het bedrag van de schade, zoals die zich in dertig (op de daad) volgende dagen heeft laten vaststellen.³⁶

Met die gezaghebbende moderne auteurs is allereerst D. Daube (1909-1999) bedoeld, één van 's werelds eminentste rechtshistorici uit de vorige eeuw. Al in 1936 had hij verdedigd dat de lex Aquilia oorspronkelijk enkel het oog had op het verwonden van slaven en vee door verbranden, (botten) breken en verminken – precies het tegenovergestelde van Jolowicz.³⁷ In Daube's uitleg wilde de volksvergadering dat werd betaald “whatever this

33 Vgl. de laatste door Kaser bewerkte editie 1992¹⁶, 234. In de kleine letter is aangevuld: “Ebenso für die 30 Tagefrist des 3 Kap. (G. 3, 218; Ulp. D. 9.2.29.8, Paul D. 4.7.34.2).” De teksten (D. 9.2.24 en D. 9.2.27.17) waarin niet de waarde van de zaak, maar de schade die de wond oplevert moet worden betaald, acht Kaser geïnterpoleerd. Vgl. Kaser (n. 29), 169 n. 12.

34 Vgl. *Mr. H.J. Scheltema's Inleiding tot het Romeinse recht*, Groningen 1984², 287. De alinea over de berekening van de boete (van caput 1) geeft Inst. 4.6.19 weer.

35 Vgl. J.A. Ankum, *Elementen van Romeins recht*, Zwolle 1976, 73 n. 1. Zie voor zijn antwoord: Ankum (n. 8).

36 R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden 1976, nr. 206. De passage blijft in de latere drukken ongewijzigd. Spruit komt tot dezelfde conclusie. Zie J.E. Spruit, *Cunabula iuris, Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer 2001, 378 (nr. 577); zo ook in België Heirbaut en Waelkens. Zie D. Heirbaut, *Romeins recht vroeger en nu*, Antwerpen Apeldoorn 1999, 225; L. Waelkens, *Civium causa, Handboek Romeins recht*, Leusden 2003, 226; Derine daarentegen volgde nog de leer van Kaser. Zie R. Derine, *Schets van het Romeins privaatrecht, uitwendige en inwendige rechtsgeschiedenis*, Antwerpen 1982, 383.

37 Jolowicz (n. 7), 221. Een excellente uiteenzetting van de wetenschappelijke discussie bieden Lawson/Markesinis (n. 1), 5-10 en Zimmermann (n. 2), 962-969.

case amounts to in the next thirty days”.³⁸ Er wordt dus een maand gewacht om te kijken of de wond heelt en wat uiteindelijk de schade of waardevermindering³⁹ van de slaaf of het dier is.

Werd *ea res* ook zo uitgelegd in de klassieke periode, toen ook het vernielen en beschadigen van zaken onder het bereik van de *lex Aquilia* viel? Immers, sinds Sabinus werd aangenomen dat het woord *plurimi* uit caput 1 in caput 3 moest worden ingelesen. In de klassieke interpretatie maakt het niets uit of een hond is gedood of gewond geraakt: de boete is dezelfde,⁴⁰ namelijk zoveel als de hond waard was (geweest) in de voorafgaande dertig dagen. Daube daarentegen meende dat de klassieke juristen slechts in het geval een dier is gedood of een zaak vernietigd aansluiting zochten bij caput 1.⁴¹ Dat leerde ook Feenstra:

[S]inds onder ‘vernieren’ elke vorm van beschadiging werd gebracht ... zal men toch moeten aannemen dat in ieder geval dán de berekening op de omvang van de schade voor de benadeelde de waardevermindering, al dan niet met inachtneming van zijn ‘belang’ – werd afgestemd. Waarschijnlijker lijkt het echter dat hier van het begin af aan de berekening geschiedde op grond van de schade zoals die zich in de dertig op de daad volgende dagen had laten vaststellen.⁴²

Maar dit blijft omstreden, zoals blijkt uit het leerboek dat de Utrechtse hoogleraar rechtsgeschiedenis J.E. Spruit kort voor zijn emeritaat publiceerde. Hij acht de theorie van Daube een bevredigende historische verklaring van wat er gebeurd kan zijn in de voor-klassieke periode: oorspronkelijk betrof caput 3 alleen het verwonden van slaven en vee, maar kort voor het begin van onze jaartelling hebben de juristen zaaksbeschadiging daaronder gebracht. Dan is het niet nodig dertig dagen te wachten en verliezen de woorden *in proximis triginta diebus* hun zin. Sabinus zou daarom aansluiting bij caput 1 hebben gezocht, waardoor voortaan de hoogste waarde van de zaak in de laatste dertig dagen moest worden vergoed, berekend op basis van het belang dat de eiser had bij de zaak.⁴³ Maar volgens Spruit is uit het *Corpus iuris* niet af te leiden of in het klassieke

38 Vgl. D. Daube, On the Third Chapter of the *Lex Aquilia*, *LQR* 52 (1936), 253-268; herdrukt in zijn *Collected Studies*, Frankfurt 1991, I, 3-18, 6. De ander die Feenstra noemt in *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, (Rechtshistorische Cahiers 6), Deventer 1982, 2002³, is de Parijse hoogleraar Cardascia.

39 Vgl. Ulp. D 9.2.27.17 en Coll. 2.3. Zie A. Watson, *Studies in Roman Private Law*, Londen 1991, 361; D. Daube, On the Use of the Term *Damnum*, in: *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napels 1948, 93-156, 147: “*Ea res* in the statute denotes this affair, as it does later in the Edict. it refers to expenses, loss of work, difference between the former and present value (though the latter point may have come in later).”

40 Het voorbeeld is ontleend aan F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 590. Hij baseert dit op het poenale karakter: “It is of course primitive not to distinguish between the two cases, but the old statute shows primitive features throughout.” Ankum daarentegen, hoewel ook hij Lenel en Kaser volgt, maakt wel onderscheid (maar zonder argument). Vgl. Ankum (n. 35), 74: “Ook indien een zaak slechts is beschadigd, wordt sinds de loop van de klassieke tijd met het belang van de gerechtigde bij de zaak rekening gehouden; dit is dan veelal kleiner dan de objectieve marktwaarde van de zaak.”

41 Vgl. Daube (n. 38), 13.

42 Feenstra (n. 36), nr. 215. De passage blijft in de latere drukken ongewijzigd.

43 Spruit (n. 36), 379 (nr. 577).

recht bij lichte beschadiging enkel de schade werd vergoed: “Over dit soort vragen geven de bronnen geen uitsluitel.”⁴⁴

5. De onrechtmatige daad als bijzonder onderwerp

In 2002 verscheen de derde, door Laurens Winkel bewerkte druk van Feenstra's *Vergelding en vergoeding*. De passages over de boete van caput 3 liet hij onveranderd; zij komen nog steeds letterlijk overeen met wat Feenstra schreef in zijn leerboek.⁴⁵ Kort daarvoor, in 1998, verscheen nog een tweetal voor het onderwijs bedoelde monografieën, die de lex Aquilia behandelen in het kader van de geschiedenis van de onrechtmatige daad. Zij schetsen wat werd geleerd aan de Vrije Universiteit: *Van delict tot onrechtmatige daad*⁴⁶ en *Schuld en boete*.⁴⁷ E.J.H. Schrage besteedde slechts aandacht aan de vereisten voor aansprakelijkheid wegens zaaksbeschadiging – waartoe de dader werd veroordeeld laat hij in het midden.⁴⁸ In *Schuld en boete* laat zijn opvolger J. Hallebeek de woorden *quanti ea res erit* in D. 9.2.27.5 met opzet onvertaald, omdat die in de literatuur verschillend worden uitgelegd.⁴⁹ Op hun betekenis in het Corpus iuris komt hij terug in zijn *Fons et origo iuris*.⁵⁰ Recent verscheen nog de *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht* van E.M.F.C. Broers, docent aan de Universiteit van Tilburg. Volgens hem dient aan de eigenaar van een vernietigde of beschadigde zaak zoveel te worden betaald als deze zaak in de komende dertig dagen waard is – bedoeld is waarschijnlijk: de afgelopen dertig dagen.⁵¹

6. *Ea res* in het Corpus iuris civilis

In zijn leerboek noemt Hallebeek niet alleen de al uit 1936 daterende interpretatie van Daube van de woorden *quanti ea res erit* in D. 9.2.27.5, maar ook die van Zimmermann uit 1990 – die een andere verklaring gaf van *in proximis triginta diebus*.⁵² Terecht wijst hij erop dat de reconstructie van de oorspronkelijke tekst van caput 3 en van zijn toepassing in de oorspronkelijke rechtspraktijk niet van groot belang is voor de betekenis in het Corpus iuris civilis. Maar uit de discussie daarover zijn wel argumenten te putten voor de uitleg van de woorden *quanti ea res erit* in de context van de codificatie van Justinianus. Als dit naar analogie van caput 1 “in het Corpus iuris wordt geïnterpreteerd als de hoogste

44 Spruit (n. 36), 380 (nr. 578).

45 Feenstra (n. 38), 8, 11.

46 E.J.H. Schrage, *Van delict tot onrechtmatige daad* (Ars Aequi Cahiers Rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis 6), Nijmegen 1998.

47 J.H. Dondorp met medew. van J. Hallebeek, *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam 1998.

48 Schrage (n. 46), 18-20.

49 Vgl. Hallebeek in Dondorp (n. 47), 17.

50 J. Hallebeek, *Fons et origo iuris, Een historische inleiding tot het vermogensrecht*, Amsterdam 2006.

51 E.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht. Een inleiding*, Apeldoorn-Antwerpen 2012, 23.

52 Vgl. Hallebeek (n. 50), nr. 233; de uitleg van Zimmermann (n. 2), 967 is aangevuld in 2009.

waarde in de afgelopen dertig dagen”,⁵³ staat die boete bij een lichte beschadiging in geen verhouding tot het delict (onrechtmatig toegebrachte schade). “This result is so obviously unfair that one cannot believe any legislator intended it”, zoals Jolowicz al zei in 1922.⁵⁴ Tegen die uitleg pleit ook D. 9.2.24.⁵⁵ Daaruit blijkt dat in geval van verwonding caput 3 verplicht tot het taxeren van de wond, niet van de slaaf die gewond is geraakt: “Als iemand bekent⁵⁶ een slaaf te hebben verwond en deze niet verwond is, welke wond moeten wij dan taxeren? En tot welk tijdstip zouden wij moeten terugrekenen?”⁵⁷ In de klassieke periode was de rechter ooit vrij in het tijdstip dat hij koos maar al snel werd de opvatting van Sabinus heersende leer (Gai. 3.218), namelijk dat het tijdstip bedoeld was waarop de taxatie het hoogst was. Dat is ook de regel in het Corpus iuris (Inst. 4.3.15 en D. 9.2.29.8). Een voorbeeld van een casus waarin dat uitmaakt biedt D. 9.2.27.17, waar de wond zodanig genas dat deze geen waardevermindering van de slaaf tot gevolg had; wel waren er medische kosten gemaakt.⁵⁸ Wanneer de rechter de wond zou taxeren zoals deze is na dertig dagen – namelijk genezen – dan is de uitkomst onbillijk; leest men *plurimi* in in caput 3, dan behoort de wond op geld gewaardeerd te worden naar het moment waarop deze het ernstigst was. Uit de formulering van Inst. 4.3.15 is slechts af te leiden dat in caput 3 het woord *plurimi* mag worden ingelezen dat in caput 1 is gebruikt. In al die gevallen waarin de wond geneest, is er ook behoefte aan deze interpretatie – meer dan voor het min of meer toevallige geval de gewonde slaaf of het gewonde dier kort daarvoor in waarde was verminderd.

Abstract

To what extent do Dutch textbooks on Roman law reflect the controversy that has continued for almost a century over the interpretation of caput 3 of the lex Aquilia? In 1945, Van Oven discussed the relevant literature of his day, but since then Kaser’s view has been favoured, even though, in 1976, Feenstra inclined towards Daube’s alternative interpretation of *quanti ea res erit* and this led to the ongoing debate. The interpretation of caput 3 is clearly more controversial than students are usually led to believe.

53 Hallebeek (n. 50), 240.

54 Jolowicz (n. 7), 224.

55 Aldus Kaser (n. 29), 169 n. 12; Zimmermann (n. 2), 969 n. 110. Kaser acht de tekst niet klassiek, Zimmermann wel; ook G. Beseler, *Romanistische Studien, ZRG Rom.* 50 (1930), 18-77, 26.

56 Hierdoor voorkomt de gedaagde dat de boete verdubbelt door de regel *infitiando lis crescit in duplum*. Zie daarover L. Winkel, *Themis en Clío, Bondgenoten of vijanden*, (Oratie 1994) Deventer 1994, 10-12.

57 Vgl. Paul. D. 9.2.24: Hoc apertius est circa vulneratum hominem: nam si confessus sit vulnerasse nec sit vulneratus, aestimationem cuius vulneris faciemus? Vel ad quod tempus recurramus?

58 Vgl. Ulp. D. 9.2.27.17: ... ergo etsi pretium quidem non sit deterior factus, verum sumptum in salutem eius et sanitatem facta sunt, in haec videri damnum datum, atque ideoque lege Aquilia agi posse. Deze tekst is ook overgeleverd in Coll. 2.4. maar daar wordt geen actio legis Aquiliae gegeven.