

Interpretatio Prudentium

direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review

II, 2017, I



Teoria e História do Direito
Centro de Investigação da ULisboa



Associação
Académica
da Faculdade
de Direito
de Lisboa

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo eletrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor.

Excetuam-se as transcrições de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta exceção não pode, no entanto, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra. Os infratores são passíveis de procedimento judicial, nos termos da lei.

Interpretatio Prudentium

direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review

II, 2017, I

Ficha Técnica

Interpretatio Prudentium

direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review
II, 2017, 1

ISSN 2183-8194

Edição

Teoria e História do Direito — Centro de Investigação
da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (THD-ULisboa)

Direcção

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Periodicidade

Semestral

Revisão de artigos submetidos para publicação

Arbitragem duplamente cega por pares académicos

Secretariado Editorial

Cláudia Elias Duarte

Apoio à Edição

FCT, Fundação para a Ciência e a Tecnologia
Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Direcção, Assinaturas e Distribuição

Teoria e História do Direito — Centro de Investigação da ULisboa
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária
1649-014 Lisboa, Portugal
interpretatio@fd.ulisboa.pt

Fotocomposição

Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Tiragem

450 exemplares

Depósito legal

??????/17

COMISSÃO EDITORIAL . COMITATO EDITORIALE . EDITORIAL COMMITTEE

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO | *Universidade de Lisboa*
ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM | *Universidade de Lisboa*
ANTÓNIO SANTOS JUSTO | *Universidade de Coimbra*
CHRISTIAN BALDUS | *Universität Heidelberg*
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO | *Universidade de Lisboa*
JOSÉ ARTUR DUARTE NOGUEIRA | *Universidade de Lisboa*

COMISSÃO DE REDACÇÃO . COMITATO DI REDAZIONE . EXECUTIVE COMMITTEE

ANA CALDEIRA FOUTO | *Universidade de Lisboa*
ANDRÉ MOZ CALDAS | *Universidade de Lisboa*
CHRISTIAN BALDUS | *Universität Heidelberg*
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO | *Universidade de Lisboa*
FILIPE DE AREDE NUNES | *Universidade de Lisboa*
FRANCISCO RODRIGUES ROCHA | *Universidade de Lisboa*
JORGE SILVA SANTOS | *Universidade de Lisboa*
MARGARIDA SEIXAS | *Universidade de Lisboa*
RAFAEL LONGHI | *Universität Heidelberg*

COMISSÃO CIENTÍFICA . COMITATO SCIENTIFICO . ADVISORY BOARD

ADOLFO WEGMANN | *Pontificia Universidad Católica del Chile*
ANTÓNIO MANUEL HESPAÑHA | *Universidade Nova de Lisboa*
ANTÓNIO VIEIRA CÚRA | *Universidade de Coimbra*
DÁRCIO ROBERTO RODRIGUES | *Universidade de São Paulo*
EMANUELE STOLFI | *Università di Siena*
FRANCISCO ANDRÉS SANTOS | *Universidad de Valladolid*
GIOVANNI LUCHETTI | *Università di Bologna. Pontificia Università Lateranense*
ISABEL BANOND[†] | *Universidade de Lisboa*
JAVIER PARICIO | *Universidad Complutense de Madrid*
JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN | *Universidad Complutense de Madrid*
JOSÉ ISAAC PILATI | *Universidade Federal de Santa Catarina*
LENA KUNZ | *Universität Heidelberg*
LIHONG ZHANG | *East China University of Political Science and Law*
MARCO A. MARQUES DA SILVA | *Pontificia Universidade Católica — São Paulo*
MARIO VARVARO | *Università degli Studi di Palermo*
MARTIN AVENARIUS | *Universität zu Köln*
MASSIMO MIGLIETTA | *Università degli Studi di Trento*
MÍRIAM AFONSO BRIGAS | *Universidade de Lisboa*
OCTÁVIO RODRIGUES JÚNIOR | *Universidade de São Paulo*
RENATO BENEDUZI | *Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro*
ROSANNA ORTU | *Università degli Studi di Sassari*
SALVATORE RANDAZZO | *LUM Jean Monnet*
TOMMASO BEGGIO | *Universität Heidelberg*
TOMMASO DALLA MASSARA | *Università degli Studi di Verona*
VIVIANNE FERREIRA MESE | *Fundação Getúlio Vargas — São Paulo*

ÍNDICE . INDICE . CONTENTS

EDITORIAIS . EDITORIALI . EDITORIALS

- 11 A Escola de Lisboa de Direito Romano (2010-2017)
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
- 15 Mundos metodologicamente desfasados? As romanísticas dentro
e fora da Europa
CHRISTIAN BALDUS

OBRA CENTENÁRIA . UN'OPERA A CENTO ANNI DI DISTANZA . CENTENARY WORK

- 21 A obra centenária: Fritz Schulz, *Einführung in das Studium der
Digesten*
MARIO VARVARO

RECEPÇÃO DA TEORIA DAS MASSAS DE BLUHME . RICEZIONE DELLA TEORIA DELLE MASSE DI BLUHME . RECEPTION OF BLUHME'S THEORY OF MASSES

- 41 Apresentação
CHRISTIAN BALDUS
- 45 Die Massentheorie aus der Sicht der Lehre von den Textstufen
MATTHIAS EHMER
- 119 Die Diskussion der Bluhme'schen Massentheorie 1820-1950
LENA EHRENHARD-DICKESCHEID
- 151 Die Bluhme'sche Massentheorie aus der Sicht der Lehre von den
Werktypen
MAGDA KELLER
- 203 Keine Debatte? Reimarus 1830. Ein Postscriptum
CHRISTIAN BALDUS / JUAN MANUEL BLANCH / ANDREAS NITSCH /
MARIO VARVARO

ARTIGOS . ARTICOLI . ARTICLES

- 219 A deserdação. Direitos romano e português das sucessões
ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

- 263 *Ius singulare* e Constituição: do *ius romanum* ao *ius commune* constitucional
PAULO OTERO

LEITURAS ROMANÍSTICAS DO CÓDIGO CIVIL . LETTURE
ROMANISTICHE DEL CODICE CIVILE . ROMANIST READINGS
OF THE CIVIL CODE

- 289 Interpretar o artigo 9º do Código Civil pela lição da *iurisprudentia* romana: algumas considerações preliminares (parte I)
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

PÁGINAS ESCOLHIDAS . PAGINE SCELTE . SELECTED WRITINGS

- 307 Apresentação
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
- 313 Direito Romano - Biblioteca do Povo e das Escolas

RECENSÕES . RECENSIONI . REVIEWS

- 375 STOCKEBRAND, ADOLFO WEGMANN, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im Römischen Recht*
HUGO RAMOS ALVES
- 385 HENDEL, ARNDT CHRISTOPH, *Marcelli ratio. Die Argumentationsweise des hochklassischen Juristen Ulpianus Marcellus*
HANS-MICHAEL EMPPEL
- 398 SAMPAIO, RODRIGO DE LIMA VAZ, *Direito privado marítimo-romano. A disciplina jurídica do alijamento*
FRANCISCO RODRIGUES ROCHA

NOTÍCIAS . NOTIZIE . NEWS

- 409 Morreu Aloísio Surgik: a romanística de língua portuguesa está de luto
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

RECENSÕES
RECENSIONI
REVIEWS

STOCKEBRAND, ADOLFO WEGMANN – *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im Römischen Recht*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2017

I. A monografia descrita *supra* corresponde à dissertação de doutoramento do autor na Universidade de Heidelberg e visa, no essencial, abordar uma figura clássica do acervo romanístico: o contrato real.

Ao longo de cerca de 330 páginas, amparadas em 1279 notas de rodapé, o autor, em seis densos capítulos, apresenta-nos uma investigação que, no essencial, conclui que a figura do contrato real, conquanto expressamente adotada a propósito de contratos típicos como o mútuo, o comodato, o depósito ou o penhor em alguns códigos civis europeus, como o *Code Civil* francês, o *Codice* italiano ou o Código Civil Espanhol, por contraposição ao Código Civil alemão, que suprimiu totalmente a categoria, é uma criação do direito justiniano e não do Direito Romano clássico, que apenas conhecia uma *obligatio re contracta*: a *mutui datio*.

A monografia está estruturada em seis capítulos, a saber: (i) Introdução¹, (ii) *Divisiones obligationum* e obrigação real no Direito Romano arcaico e pré-clássico², (iii) *Divisiones obligationum* na tradição de Gaio e Justiniano³, (iv) a *obligatio re contracta* no Direito Romano clássico⁴, (v) *obligationes re contractae* especiais⁵ e (vi) resultados da investigação⁶, seguindo-se sumários em língua castelhana⁷ e italiana⁸.

¹ *Obligatio re contracta*, pp. 9-24.

² *Obligatio re contracta*, pp. 25-63.

³ *Obligatio re contracta*, pp. 64-114.

⁴ *Obligatio re contracta*, pp. 115-182.

⁵ *Obligatio re contracta*, pp. 183-240.

⁶ *Obligatio re contracta*, pp. 241-246.

⁷ *Obligatio re contracta*, pp. 247-256.

⁸ *Obligatio re contracta*, pp. 257-267.

II. A monografia em apreço analisa o conceito “contrato real”, partindo da comum asserção de que o contrato real *quoad constitutionem* é aquele em que não basta a mera *conventio* para que seja perfeito, exigindo-se outrossim a prática de um ato material em relação à *res* a que se refere: a *datio*, sendo certo que a *datio* da *res* é efetuada *contrahendi causa*⁹. Neste contexto, por força da tradição justinianeia, que adotou a configuração real *quoad constitutionem* do mútuo, do comodato, do depósito e do penhor, esta viria a ser objeto de construção doutrinal a partir do século XI d.C.¹⁰. Sucede que apenas com a descoberta do Palimpsesto de Verona em 1816 puderam ser compulsadas fontes distintas do *Corpus Iuris Civilis*, permitindo verificar que, na realidade, as *Institutiones* de Gaio, a propósito dos contratos reais *quoad constitutionem*, apenas se referiam unicamente ao *mutuum*, não existindo qualquer significado ou construção de ordem geral para a expressão *re contrahere*, o que permitiria uma leitura crítica das fontes até então utilizadas¹¹, atenta a diferença técnica do sentido de *obligatio re contracta* constante das *Institutiones* de Gaio e das *Institutiones* Justinianeias.

De modo a demonstrar a tese de que a figura do contrato real não existia enquanto tal, o autor lembra que os jurisconsultos romanos, contrariamente à atual dogmática, não elaboravam figuras gerais e abstratas, procurando, pelo contrário, resolver casos concretos¹². Assim, tendo por base a análise do conceito de obrigação real em Múcio Cévola¹³, Cícero¹⁴ e Labeão¹⁵, Adolfo Wegmann Stockebrand conclui que as fontes apenas autorizam a referência a constituição de

⁹ *Obligatio re contracta*, cit. pp. 1-2.

¹⁰ *Obligatio re contracta*, cit., pp. 3-4.

¹¹ *Obligatio re contracta*, cit., pp. 4-5.

¹² *Obligatio re contracta*, cit., pp. p. 25.

¹³ *Obligatio re contracta*, cit., p. 34 e segs., partindo de D. 46, 3, 80: “*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvi quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*”

¹⁴ *Obligatio re contracta*, cit., p. 34 e segs., partindo do discurso *Pro Roscio Comoedo* (4,13 até 5,14).

¹⁵ *Obligatio re contracta*, cit., p. 46 e segs., partindo de D. 50, 16, 19: “*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam ‘agantur’, quaedam ‘gerantur’, quaedam ‘contrahantur’: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*”

obrigações reais a propósito da *mutui datio*, porquanto Quinto Múcio refere-se a “*re contrahere*”, Cícero a “*pecunia data*” e Labeão a “*re agere*”. Dito de outro modo, a análise deste trechos permite concluir que a constituição de obrigações reais no hodierno sentido de “contrato real” não era conhecida das fontes romanas, uma vez que a *obligatio re contracta* romana era construída como uma entrega translatícia de domínio, sendo certo que a *obligatio re contracta romana* era unilateral, dela surgindo uma obrigação restitutória de cariz absolutamente simétrico com o ato constitutivo e cujo cumprimento era exigível através da *condictio*: o adquirente do dinheiro era o único obrigado, sendo certo que apenas estava obrigado a pagar a quantidade de dinheiro recebida ou o equivalente do valor da coisa aquando da *litis contestatio*. Em suma, existia uma plena identificação entre a *obligatio re contracta* e o mútuo.

Na perspetiva de Adolfo Wegmann Stockebrand, esta identificação entre a *obligatio re contracta* e o *mutuum* seria plenamente visível na tradição gaiana. Tendo por base a análise dos textos de Gaio¹⁶ e de Paulo¹⁷, o autor concluiu que as fontes romanas apenas consentem a *magna divisio* entre obrigações *ex contractu* e obrigações *ex delicto*, sendo certo que, em rigor, a *distinctio* não é exaustiva, tendo, no essencial, fins eminentemente didáticos¹⁸, atento o facto de Gaio ter construído o seu sistema numa escada tripartida: *primo*, a destrição entre *obligationes ex contractu* e *ex delicto*, *secundo*, as obrigações derivadas de contrato e de delito e, *tertio*, as *species* de contratos e de delitos. No tocante à *obligatio re contracta* propriamente dita, Gaio¹⁹ terá efetuado uma assimilação com o *mutuum*, traduzindo-se este na entrega de uma determinada quantia de dinheiro ou de outra coisa, cabendo à *datio rei* o fundamento do dever de restituição, ao passo que a pretensão do mutuante seria fundada numa

¹⁶ *Obligatio re contracta*, cit., p. 76 e segs., tendo por base Gaio, 3,88: “*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.*”

¹⁷ *Obligatio re contracta*, cit., p. 86 e segs., tendo por base D. 5,3, 14: “*Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert(...)*”.

¹⁸ *Obligatio re contracta*, cit., p. 79.

¹⁹ Gaio 3,90: “*Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*”

condictio seja por via da *actio certae creditae pecuniae* para quantias em dinheiro, seja por via da *condictio certae rei* para as demais coisas²⁰.

A *contrario*, as obrigações verbais teriam por base a *stipulatio*, podendo traduzir-se num *dare, facere* ou *praestare*²¹. Sempre que o objeto da *stipulatio* fosse um *certum*, a pretensão do credor teria provimento por via de uma *condictio*, ao passo que se tivesse por objeto um *incertum*, haveria lugar ao recurso à *actio (incerti) ex stipulatu*²².

Até este momento, o autor parte da análise da noção de *contractus* e das categorias que dele derivam. Assim, no tocante às obrigações *ex contractu* o autor aceita a clássica quadripartição entre (i) *obligatio contrahitur re*, (ii) *verbis*, (iii) *litteris* ou (iv) *consensu*, o que permitia indicar o elemento de onde surgia a obrigação. Todavia, o próprio Gaio colocaria em crise esta quadripartição a partir do momento em que admite a figura residual das *variae causarum figurae* nas *res cottidianae*, o que, em rigor, permite sustentar que, em vez da bipartição clássica *obligationes ex contractu* e *ex delicto*, existe uma tripartição²³. Através da autonomização desta nova categoria, a noção de obrigação *ex contractu* seria objeto de uma redução, porquanto assentaria numa relação obrigacional fundada no consenso das partes²⁴. Para o autor, esta tripartição não afeta o interior do sistema de Gaio, na justa medida em que a *obligatio re contracta* mantém a assimilação com o *mutuum*, pese embora as obrigações contratuais, tendo por base D. 44,7,1,1 passem a ser divisíveis em três *genera*: *obligationes re, verbis e consensu contractae*²⁵. As *res cottidianae*

²⁰ *Obligatio re contracta*, cit., p. 83.

²¹ *Obligatio re contracta*, cit., p. 83 e segs. Como é sabido, não existe unanimidade acerca do alcance de *praestare*. Dentre as várias explicações destaca-se a de von Jhering, que via no *praestare* um legado substancial de *praes*, circunstância que o levou a sustentar que *praestare* seria sinónimo de responsabilidade (*Haftung*). Segundo o autor, tal seria visível na compra e venda, onde o vendedor é obrigado à *traditio* da coisa, mas responde pela evicção (*Eviktionsleistung*), bem como por vícios da coisa, por dolo e por culpa. Para maiores desenvolvimentos, cfr. CARDILLI, *Lobbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II Sec. D.C.)*, Milão: Giuffrè, 1995, *passim*.

²² Neste particular, o autor, *Obligatio re contracta*, pp. 84-85, demonstra igualmente que também na obrigação *ex litteris* o credor poderia recorrer à *actio certae creditae pecuniae*, à imagem do mútuo, porquanto tinha por objeto um pagamento fictício ao credor, aceitando o devedor que a soma em questão fosse tratada como um mútuo. Pelo contrário, na obrigação consensual (*obligatio consensu contracta*), o fundamento da vinculação residiria na vontade das partes, podendo o credor recorrer aos *bonae fidei iudicia*.

²³ *Obligatio re contracta*, cit., pp. 101-102, a propósito de Dig. 44.7.1pr.: "*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*".

²⁴ *Obligatio re contracta*, cit., p. 103.

²⁵ *Obligatio re contracta*, cit., p. 105-106.

trariam apenas uma grande novidade: não seria possível retirar o carácter real dos contratos de comodato, depósito e penhor, uma vez que as fontes não admitem a respetiva qualificação como *obligatio re contracta*²⁶.

Similarmente, também no Direito Justinianeu não seria possível qualificar os contratos de comodato, depósito e penhor como contratos tendo por base uma *obligatio re contracta*. Neste particular, o autor hipotiza que a *obligatio re contracta* deixou de ser encarada como um fundamento constitutivo da obrigação, pois os compiladores justinianeus terão estado na base da moderna categoria dos contratos reais: o contrato, em certos casos, apenas ficaria perfeito com a entrega da coisa²⁷.

Entrando na análise da *obligatio re contracta* no Direito Romano clássico, o autor, partindo do exame dos trechos das *Institutiones* de Gaio, assinala que, para este jurisconsulto romano, é através da transferência de domínio que se constituiu uma obrigação, mais concretamente a *mutui datio*, aspeto que ressaltaria com clareza de Gaio 3,90²⁸. Nesta perspetiva, Gaio conferia um sentido preciso a *re contrahere*, uma vez que a expressão reporta-se inelutavelmente à constituição de uma obrigação por via da entrega de uma coisa²⁹. Mais concretamente, existe uma identificação entre a *obligatio re contracta* e o *mutuum*, uma vez que este tipo contratual seria o único apto a explicar o surgimento da relação obrigacional por via da entrega translática de domínio, sendo igualmente pautada pela unilateralidade do contrato a par do carácter obrigacional estrito da obrigação de restituição³⁰.

O autor sublinha igualmente a circunstância de Gaio, uma vez tratada a *mutui datio*, discorrer sobre a *solutio indebiti* em Gaio 3,91³¹. Nesta linha de raciocínio, Gaio teria procurado demonstrar que a *solutio*

²⁶ *Obligatio re contracta*, cit., p. 107.

²⁷ *Obligatio re contracta*, cit., pp. III-III2.

²⁸ Onde podemos ler: “*Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur: unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*”

²⁹ *Obligatio re contracta*, cit., p. 123.

³⁰ *Obligatio re contracta*, cit., p. 125 e segs.

³¹ Onde podemos ler: “*Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrabere uult negotium quam contrahere.*”

indebiti desencadeia uma obrigação real não contratual para o *accipiens*. Tal como no *mutuum* esta obrigação é feita valer por via do exercício da *condictio*. Todavia, esta *condictio* não tem origem *ex contractu*, o que seria visível pelo facto de Gaio utilizar a locução *re obligatur* e não *re contrahitur obligatio*, a qual é exclusiva do *mutuum*³². De modo a ilustrar esta interpretação, o autor confronta e analisa textos de Múcio Cévola, Labeão e Paulo³³, rematando que apenas o *mutuum* pode ser configurado como um vero contrato real.

Ato contínuo, o autor procede à análise taxonómica das *res cottidianae* para aferir da plausibilidade da qualificação do mútuo, do comodato, do depósito e do penhor como *obligationes re contractae*, i.e., como contratos reais *quoad constitutionem*.

Assim, se no caso do *mutuum* é mantida a estrutura gaiana³⁴, a mesma conclusão não vale para os demais tipos contratuais. Com efeito, no caso do comodato conquanto seja possível falar de um “momento real”, o certo é que não existe uma vera *datio rei*, uma vez que o comodatário apenas tem um domínio fáctico sobre a coisa, corporizado numa detenção *alieno nomine*³⁵. De igual modo, também no *depositum* existe uma *detentio*, porquanto, em rigor, este contrato redundaria num *mandatum ad custodiendum*, o que implica que o depositário não ficasse investido na propriedade da coisa, limitando-se a ter uma *possessio naturalis*³⁶. Finalmente, no que diz respeito ao *pignus*, também se verifica que não existe qualquer transmissão da propriedade sobre a coisa empenhada, mas outrossim a transmissão da posse sobre esta, traduzida no *ius possidendi*³⁷. Todavia, tal não sucedia na *hypoteka*, uma vez que a propósito desta garantia seria possível falar, num certo sentido, de *res obligata*, uma vez que o elemento real é reduzido de modo a garantir o cumprimento da obrigação garantida³⁸.

Finalmente, o autor analisa o pensamento de Modestino, o último “jurista clássico”. Neste particular, é assinalado o facto de Modestino em D. 44,7,52 (Mod. 2 reg.)³⁹ dar uma definição convergente com o sen-

³² *Obligatio re contracta*, cit., p. 146 e segs.

³³ *Obligatio re contracta*, cit., p. 177 e segs.

³⁴ *Obligatio re contracta*, cit., p. 185.

³⁵ *Obligatio re contracta*, cit., pp. 189-190.

³⁶ *Obligatio re contracta*, cit., pp. 196-199.

³⁷ *Obligatio re contracta*, cit., pp. 209-210.

³⁸ *Obligatio re contracta*, cit., pp. 210-211.

³⁹ Onde se pode ler: “*Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato. 1. Re obligamur, cum res ipsa intercedit.*”

tido hodierno de “contrato real”, *i.e.*, o de que a perfeição do contrato se dá com a entrega de uma coisa. Não obstante, o autor sustenta que uma análise mais detida do texto imputado a Modestino permite advogar que este jurista apenas se refere ao *mutuum cum stipulatione*. Em suma, o jurista romano reporta-se única e exclusivamente à *mutui datio*⁴⁰.

Em suma, não existe no Direito Romano Clássico uma categoria de contratos reais no sentido hodierno, com exceção do *mutuum*. Esta panorama apenas seria alterado no século VI. d.C. com as *Institutiones* de Justiniano, que, conquanto assentassem numa noção de *obligatio re contracta* similar à de Gaio, permitiram que o *re contrahere* fosse desprovido do sentido técnico original, de modo que passasse a ser encarado como uma forma de perfeccionar um contrato, o que pressupõe a entrega da coisa⁴¹.

III. Da leitura deste denso e bem escorado estudo de Adolfo Wegmann Stockebrand verificamos, por via de uma análise erudita e exaustiva das fontes, que, em rigor, a teoria do contrato real, para além de não ter um vero lastro histórico, porquanto a categoria era inexistente enquanto tal no Direito Romano Clássico, permite igualmente chamar a atenção para o facto de (i) a mesma ser o produto da hiperbolização levada a cabo pela Pandectística, sustentando que cada ato de cumprimento pode ter na respetiva génese uma obrigação contratual, e (ii) de se ter igualmente hiperbolizado a circunstância da obrigação restitutória do mutuário, obnubilando o facto de, em rigor, esta obrigação ser insuscetível de explicar per se todo o fenómeno contratual subjacente ao mútuo⁴².

Se é certo que a diferença técnica verificada entre os textos de Gaio e de Justiniano pode ser justificada, conforme assinala Santos Justo⁴³, pelo “(...) *relaxamento do conceito de datio e [pel]a consideração de novas figuras de obligationes re*” na época pós-clássica, não deixa de ser sintomático que esta, digamos, corruptela do sistema clássico tenha sido recebida no *ius commune*, desembocando, sob a forma de letra de lei, no artigo 1895.º do *Code Civil*, quando, em rigor, já era claro que o fun-

⁴⁰ *Obligatio re contracta*, cit., pp. 234-235.

⁴¹ *Obligatio re contracta*, cit., pp. 238-239.

⁴² Neste sentido, cfr. por exemplo, ZIMMERMANN, *The Law of obligations – Roman foundations of the civilian tradition*, Cidade do Cabo: Juta & Co, 1992, p. 164.

⁴³ SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (Direito das obrigações)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 34.

damento de uma relação obrigacional era baseado no consenso das partes⁴⁴.

Perante esta alteração de paradigma⁴⁵ do sistema romano clássico, não deixa de ser sintomático que em obras dedicadas expressamente à figura dos contratos reais no direito contemporâneo, os respetivos autores assinalem, com maior ou menor estupefação, que, em alguns casos circunscritos, os códigos civis determinam que o acordo *per se* é insuficiente, sendo necessária para a perfeição a *datio rei*⁴⁶. Em qualquer caso, e pese embora não sejam efetuadas análises de pendor histórico, clássicos como Forchielli cedo assinalaram que, *summo rigore*, o contrato de penhor não pode ser parte da clássica quadripartição dos contratos reais *quoad constitutionem*⁴⁷, facto que demonstra que, mesmo no Direito hodierno a categoria não só não é unívoca, como gera perplexidades interpretativas e de ordem sistemática, atentas as grandes dificuldades a reduzir a um edifício unitário a categoria dos contratos reais.

Em suma, a obra de Adolfo Wegmann Stockebrand permite demonstrar que, em rigor, não se pode afirmar que a categoria “contratos reais” é um resquício da tradição romanista, que não parece desempenhar qualquer função útil, pois não corresponde a qualquer interesse relevante específico daqueles tipos negociais⁴⁸. *Rectius*, o que deve ser interrogado é qual a “tradição romanista” em questão, uma vez que existe uma assintonia nas fontes gaianas e justinianeas e, ademais, a categoria contratos reais parece figurar em contraciclo, atenta o primado do consensualismo no Direito hodierno. Em suma, parece-nos ser justa a asserção de Menezes Cordeiro, advogando que os contratos reais têm uma natureza an-

⁴⁴ Assim, por exemplo, KASER/KNÜTTEL, *Römisches Privatrecht*, 19.^a ed., Munique: C. H. Beck, 2008, p. 215.

⁴⁵ A qual, poderia dar azo a uma interrogação acerca de a mesma configurar um progresso ou, pelo contrário, um retrocesso...

⁴⁶ *Colorandi causa*, cfr. NATOLI, *I contratti reali – Appunti delle lezioni*, Milão: Giuffrè, 1975, p. 3

⁴⁷ FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milão: Giuffrè, 1952, pp. 10-11.

⁴⁸ MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual (reimp.)*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 11-13. Negando esta crítica, *Manual dos contratos em geral*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 464, considera que esta não é procedente no Direito português, dado que a categoria dos contratos reais seria logicamente concebível, tendo raízes em longínquo passado histórico, pelo que caberia ao legislador a sua consagração ou rejeição, conforme as conveniências sociais.

quilosada⁴⁹. Dando um passo mais, atentas as conclusões avançadas pela obra em análise, diríamos que os contratos reais têm uma natureza virtual, uma vez que a categoria, aparentemente, é o produto de uma interpretação adulteradora dos conceitos romanos clássicos.

Sem prejuízo do eventual imobilismo que a categoria dos contratos reais representa, a partir do momento em que alguns Códigos Civis adotam expressamente a categoria, como é o caso do Código Civil Português, que, neste particular, seguiu os modelos francês e italiano, torna-se necessário procurar dar conteúdo útil às previsões de entrega nestes concretos tipos contratuais. Em função desta necessidade de dotar o edifício legislativo de coerência axiológico-sistemática, foram surgindo alguns edifícios teóricos destinados a procurar explicar os fundamentos da categoria e, simultaneamente, procurar dotá-la de explanação coerente e unitária. *Exempli gratia*, podemos referir as teorias (i) da obrigação de restituição⁵⁰, (ii) do contrato de formação progressiva⁵¹ (iii) da entrega como execução do contrato⁵² ou (iv) do contrato

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, Vol. II – Parte geral – Negócio jurídico – Formação, conteúdo e interpretação, vícios da vontade, ineficácia e invalidades, 4.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2014, 4.^a ed., cit., p. 98.

⁵⁰ De acordo com esta teoria, os contratos reais caracterizam-se pela obrigação de restituição da coisa entregue pelo *tradens*, tendo como pressuposto fundamental o facto de o *accipiens* não poder ser constrangido a restituir algo que não lhe tivesse sido entregue. Aqui, a entrega funciona como causa do contrato real, colocando em evidência o facto de esta causa se obter tendo por referência os efeitos próprios do tipo contratual escolhido pelas partes. Cfr., por exemplo, FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, . Morano Editore, 1940, p. 334 e 337, MESSINEO, *Il contratto in genere*, tomo I, cit., p. 758 e, com maiores desenvolvimentos, FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., p. 21 e segs e p. 89 e segs.

⁵¹ Nesta perspetiva, o contrato real ora surge como um contrato que se vai formando progressivamente ou, em alternativa, como um contrato condicionado suspensivamente à verificação da entrega. Deste modo, o contrato real poderia, eventualmente, ser dividido em duas fases distintas: (i) a relação fundamental, assente no acordo das partes, que será, *per se*, idóneo e suficiente para constituir um vínculo obrigacional, e (ii) os efeitos negociais típicos decorrentes da verificação da entrega. Cfr., por exemplo em sede de penhor, RUBINO, *La responsabilità patrimoniale: Il pegno*, 2.^a ed., Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949, p. 217. Noutro prisma, pese embora partilhando questões similares, Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1976, pp. 614-617, considera que a *traditio* tem a virtualidade de substituir a causa nos contratos reais gratuitos,

⁵² Teoria sufragada por DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milão: Giuffrè, 1967, p. 347 e segs., sustentando que as referências legais à entrega indiciam que esta está relacionada com o momento de execução do contrato. Neste prisma, a entrega, conquanto não seja necessariamente coeva do acordo das partes, diria respeito apenas à execução do acordo alcançado. Assim, a entrega apenas relevaria num perfil instrumental, destinada a permitir a consecução do programa obrigacional. De modo a aclarar o seu

de formação “especial”⁵³, construções de complexidade variável, mas que, no essencial, procuram defrontar as dificuldades criadas pela previsão da entrega como elemento caracterizador dos contratos reais.

Em suma, e à guisa de conclusão, esta obra de fôlego de Adolfo Wegmann Stockebrand permite não só indagar acerca das origens do contrato real, mas, também, por via do cotejo das conclusões alcançadas inquirir acerca da, digamos, pureza, do modelo legal vigente nos Códigos Civis latinos⁵⁴ e, bem assim, refletir criticamente, a uma outra luz, acerca das várias construções que foram sendo construídas para fundar dogmaticamente os alicerces dos contratos reais *quoad constitutionem*, tarefa veramente hercúlea, atenta a diversidade estrutural dos vários tipos contratuais acantonados nesta categoria.

Atenta a reflexão que suscita no leitor, concluímos, sem margem para reservas, que estamos, pois, perante uma obra central não apenas no Direito Romano, mas com valias inestimáveis para o Direito Civil, porquanto permite o cotejo direto entre as fontes romanas e as soluções legais hodiernas, naquele que reputamos como um método com valências preciosas para o jurista contemporâneo, pois por via do reencontro das fontes romanas, somos dotados de instrumentos capazes de nos fazer refletir criticamente sobre a receção do Direito Romano e posterior sistematização operada pela Pandectística, permitindo-nos assim tentar vislumbrar a pureza e essência do Direito Romano.

HUGO RAMOS ALVES
Universidade de Lisboa

pensamento, Di Majo Giaquinto assinala a existência de índices normativos capazes de reconduzir a entrega à fase executiva. Estes índices, no essencial dizem respeito às normas relativas à responsabilidade do mutuante ou do comodante por danos resultantes do vício da coisa.

⁵³ Sufragada por CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Pádua: CEDAM, 1998, p. 101 e segs. Nesta ótica, a realidade tem como particularidade a circunstância de a conclusão do contrato estar subordinada à atuação parcial do acordo das partes, porquanto a lei torna o mesmo acordo insuficiente para cumprir cabalmente a regulação de interesses que estes visaram. Assim, os contratos reais, não deixando de ser contratos consensuais, teriam a particularidade de exigir um comportamento particular: a execução do regulamento negocial, traduzida na entrega.

⁵⁴ Como é sabido, o BGB não aderiu à construção real do *mutuum* ou dos demais contratos comumente crismados como contratos reais. Cfr. por exemplo, DIRK HARKE, *Besonderes Schuldrecht*, Heidelberg: Springer Verlag, 2011, pp. 300-301.

HENDEL, ARNDT CHRISTOPH – Marcelli ratio. *Die Argumentationsweise des hochklassischen Juristen Ulpianus Marcellus*, [Schriften zur Rechtsgeschichte, Band 171], Berlin, Duncker & Humblot, 2015

1. Die Abhandlung wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Professor Dr. Jan Dirk Harke hat die Arbeit betreut.

In der Einleitung werden zunächst Gegenstand und Zweck der Untersuchung dargelegt (S. 13 f.). Der Verfasser stellt fest, von den großen Philosophen, Staatsmännern und Künstlern der Antike könne ein detailliertes Bild ihres Lebens und ihrer Persönlichkeit aus zeitgenössischen Quellen entworfen werden. Von den römischen Juristen sei dagegen – abgesehen von einigen kargen Fakten über Herkunft und politische Karriere – nichts überliefert als juristische Texte. Um „den Autoren als Rechtswissenschaftlern und individuellen Charakteren ein Stück weit näher zu kommen“ (S. 13), bestehe nur die Möglichkeit, die rhetorischen und methodischen Eigenarten dieser Texte zu analysieren.¹ Untersucht wird das Werk des Ulpianus Marcellus, eines Juristen, der im zweiten nachchristlichen Jahrhundert gelebt hat.

2. Der Verfasser erläutert sodann die Auswahl der zu untersuchenden Textstellen (S. 14 ff.). Als Entscheidungsbegründungen berücksichtigt er alle Aussagen, die weder eine Sachverhaltsdarstellung noch ein erläuterndes Beispiel noch die rechtliche Entscheidung selbst zum Inhalt haben, sondern „zum Zwecke der logischen Folgerung eines oder mehrerer Entscheidungssätze“ angeführt werden (S. 14). Alle überlieferten, mit Begründungen versehenen Textstellen werden untersucht – sowohl Fragmente, die Marcellus als Autor zu-

¹ Diese Zielsetzung erinnert an eine Äußerung von Ludwig Mitteis: „Die große Aufgabe, die allmähliche Entstehung der Rechtsgedanken und ihre Entwicklung von Generation zu Generation zu verfolgen, dabei die individuelle Tätigkeit der einzelnen Juristen aufzuzeigen, und so eine biographische Rechtsgeschichte des römischen Altertums herzustellen, ähnlich wie man die Individualitäten in der Kunstgeschichte zeichnet, diese Aufgabe liegt noch vor uns.“ Mitteis, Ludwig: *Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium*. Vortrag gehalten im Verein der Freunde des humanistischen Gymnasiums am 3.6.1917. 1917, S. 17. Bretone stellt fest, Mitteis habe damit „il compito nuovo della ricerca romanistica“ formuliert; Bretone, Mario: *Postulati e aporie nella „History“ di Schulz*, in: Behrends, Okko u. a. (Hrsg.): *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*. 1978, S. 38.

geschrieben werden, als auch Texte, in denen spätere Juristen eine Entscheidung des Marcellus referieren, sofern sprachlich eindeutig ein Zitat dieses Juristen vorliegt (S. 21). Nicht behandelt werden implizite Begründungen.

3. Der folgende Abschnitt über die „Arten von Entscheidungsgründungen“ (S. 23 ff.) ist grundlegend für den Aufbau und die Durchführung der Untersuchung. Maßgeblich für die begriffliche Erfassung und Einteilung der Begründungsarten ist die Überlegung, dass die Kategorisierung immer nur so konkret werden darf, „wie es die Erlangung eines statistisch auszudrückenden Befunds erfordert“ (S. 23). Der Verfasser hat dabei die „Zielsetzung eines Vergleichs mit Celsus und Julian“ (S. 23 f.) im Auge, deren methodisches Vorgehen sein Lehrer Harke bereits untersucht hat.² Der Verfasser orientiert sich am Schema der Begründungsarten, das Harke seinen Forschungen zugrunde gelegt hat.

Zunächst wird danach unterschieden, ob sich Marcellus mit seiner „Argumentation im Rahmen der Rechtsordnung“ bewegt oder ob die „Rechtsfindung außerhalb der Rechtsordnung“ erfolgt. Was die Begründungen „im Rahmen der Rechtsordnung“ angeht, so unterscheidet der Verfasser zwischen der „unvermittelten Rechtsfindung“, die entweder induktiv (durch Heranziehung eines Vergleichsfalles) oder deduktiv (durch Subsumtion unter eine Norm) erfolgt, und der „Rechtsfindung mittels Auslegung“, etwa durch Interpretation von Gesetzen oder von Rechtsgeschäften (S. 9 f.).

Im Hinblick auf die „Rechtsfindung außerhalb der Rechtsordnung“ unterscheidet der Verfasser danach, ob Marcellus eine „Interessenabwägung im Einzelfall“ vornimmt oder sich auf „überindividuelle Wertungen“ beruft. Von „überindividuellen Wertungen“ spricht er zum einen, wenn der Zweck einer Begründung darin besteht, bestimmte Personengruppen (etwa Frauen und Sklaven) zu schützen, und der Jurist sich auf einen bestimmten Grundsatz beruft, zum Beispiel den *favor libertatis*; zum anderen beim Einsatz von Begriffen, die „allgemeine Wertungen“ bezeichnen, wie *humanitas*, *utilitas* und *benignitas*.

In den beiden folgenden Abschnitten, die den Hauptteil der Untersuchung bilden, wird dieses Programm durchgeführt (S. 26 ff.). Alle

² Harke, Jan Dirk: *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana*. 2012.

überlieferten, mit einer Begründung versehenen Entscheidungen des Marcellus werden analysiert.

4. Die Zusammenfassung der Ergebnisse (S. 226 ff.) beginnt mit einer Tabelle, der sich entnehmen lässt, dass von Marcellus insgesamt 452 Stellen überliefert sind, davon 218 in Originalauszügen. In 113 Stellen, also einem Viertel der Fragmente, sind Begründungen enthalten, davon 94 in Originalauszügen. Marcellus liege damit knapp über Celsus (21 %) und Julian (22 %). Dies erlaube die vorsichtige Annahme einer leicht ansteigenden Tendenz zur spätklassischen Zeit hin (S. 229).

Vergleiche man die induktive und die deduktive Vorgehensweise, setze Marcellus den von Celsus zu Julian erkennbaren Trend fort: Während Celsus noch zu 82 % und Julian zu 54 % deduktiv entschieden haben, komme Marcellus in nur noch 31 % der Fälle ohne induktives Element aus. Eine gewisse Vorliebe Marcells für fallanknüpfende Argumentation sei also festzustellen (S. 230). Die Zahl der systemübergreifenden Argumentationen („außerhalb der Rechtsordnung“) habe sich vergrößert: 14 % bei Marcellus im Unterschied zu 7 % bei Celsus und 8 % bei Julian. Marcellus habe sich zumindest nicht seltener als seine Vorgänger mit der Interpretation und Fortentwicklung der bestehenden Regelungen beschäftigt. Die weit verbreitete, bisweilen panegyrische Heraushebung von Julians und Celsus' kreativer Leistung und Originalität sei daher fragwürdig (S. 229 f.).

Wie bei allen klassischen Juristen seien die Werke Marcells überwiegend kasuistisch aufgebaut (S. 231). Das Fehlen rein theoretischer Abhandlungen ohne Fallbezug dürfe jedoch nicht zu dem in der Romanistik gezogenen Schluss verleiten, die römischen Juristen hätten ihre Entscheidungen nicht rational, sondern aufgrund ihrer Intuition getroffen. Diese These könne nach den vorliegenden Resultaten auch für Marcellus als widerlegt gelten (S. 231).

Im Folgenden geht der Verfasser noch mehrfach auf die Ansicht ein, die römischen Juristen hätten intuitiv entschieden. Demgegenüber betont er, auch die induktive Methode komme „nicht in willkürlicher oder opportunistischer Weise zum Einsatz“ (S. 232), sondern sei „wesentlicher Bestandteil der Systembildung und -erweiterung“ (S. 232). Schon die große Zahl von überlieferten Begründungen widerspreche der These, die Jurisprudenz habe generell keiner Rechtfertigung bedurft (S. 234). Am Ende seiner Untersuchung stellt der Autor fest,

es sei unzutreffend, dass Marcells Schaffen den Höhepunkt eines peniblen Traditionalismus gebildet habe. In seinen Werken könne entgegen Bund eine Gesinnung „schulmeisterlicher Pedanterie“³ nicht gefunden werden (S. 247).

Ein Literaturverzeichnis (S. 248 ff.), ein Verzeichnis der Hauptquellen (S. 263 ff.) und ein Sachverzeichnis, das sich auf Rechtsbegriffe in lateinischer Sprache beschränkt, (S. 265 f.) runden die Untersuchung ab.

Um die Arbeit einschätzen zu können, werden im Folgenden einige Punkte angesprochen, die von grundsätzlicher Bedeutung sind.

5. Was die Auffassung betrifft, die römischen Juristen hätten intuitiv entschieden, so kann dem Verfasser in einem Punkt Recht gegeben werden: Wenn Kaser „das spontane Erschauen der richtigen Lösung“ und „ein unmittelbares Erfassen, das des rationalen Argumentierens nicht bedarf“⁴, als charakteristisch für die römischen Juristen bezeichnet, so ist dies Ausdruck einer das Irrationale verherrlichenden Haltung, die den Zeitgeist in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts und darüber hinaus geprägt hat und auch in anderen Geisteswissenschaften nachweisbar ist.⁵ Dieser Haltung liegt die Konstruktion eines Gegensatzes zwischen Intuition und Rationalität zugrunde, bei der die Bedeutung der Intuition über Gebühr betont wird.

Zu vermeiden ist aber auch, die Bedeutung der Intuition zu unterschätzen oder sogar zu leugnen. Aus der psychologischen Forschung ist bekannt, dass dem Gefühl große Bedeutung bei der Entscheidungsfindung zukommt. Eine intuitive Entscheidung muss nicht irrational und willkürlich sein. Dies gilt auch für Entscheidungen in moralischen und rechtlichen Fragen sowie für die wissen-

³ Bund, Elmar: Untersuchungen zur Methode Julians. 1965, S. 181 äußert sich freilich nicht derart pauschal, sondern stellt nur fest, Marcells Noten zu Julian sei „mitunter ein gehöriger Schuss schulmeisterlicher Pedanterie eigen“.

⁴ Kaser, Max: Zur Methode der römischen Rechtsfindung. 1962, S. 54.

⁵ Vgl. z. B. Patzig, Günther: „Furchtbare Abstraktionen“. Zur irrationalistischen Interpretation der griechischen Philosophie im Deutschland der 20er Jahre. In: Patzig, Günther: Gesammelte Schriften. 3, 1996, S. 273 ff. Patzig führt die irrationalistische Haltung auf die Philosophie Friedrich Nietzsches zurück (S. 282 ff.).

schaftliche Erkenntnis.⁶ In diesem Sinne betonen Kaser und Wieacker, dass die intuitiv getroffenen Entscheidungen der römischen Juristen lange Erfahrung und umfassende Rechtskenntnis zur Grundlage hatten.⁷

Es sollte an die altbekannte, schon von Horak angesprochene Unterscheidung zwischen dem „Entdeckungs-“ und dem „Begründungszusammenhang“ erinnert werden.⁸ Die römischen Juristen können ihre Entscheidungen intuitiv gefunden haben. Dies würde keineswegs ausschließen, dass sie diese Entscheidungen anschließend überprüft, vielleicht modifiziert (oder sogar verworfen) und dann argumentativ in das römische Recht eingefügt haben.⁹ Die Leugnung eines intuitiven Anteils an den Entscheidungen ist allzu rationalistisch. Der Rationalität und Systematik ihres Vorgehens würde ein solcher Anteil keinen Abbruch tun.

6. Wenden wir uns nun dem Hauptthema der Arbeit zu, den Entscheidungsbegründungen des Marcellus. Der Verfasser verfolgt mit seiner Untersuchung das Ziel, Marcellus als Rechtswissenschaftler und individuellem Charakter „ein Stück weit näher zu kommen“ (S. 13). Zu prüfen ist, ob und wie weit das Vorgehen des Verfassers dieser Zielsetzung angemessen ist.

⁶ Gigerenzer, Gerd: Bauchentscheidungen. Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition. 3. Aufl. 2008, S. 201 konstatiert, die Moralpsychologie – ebenso wie die Moralphilosophie – verknüpfe allzu oft moralisches Verhalten mit sprachlichem Denken und Rationalität. Ebd., S. 204 heißt es: „Viele Psychologen konstruieren einen Gegensatz zwischen Gefühlen und Gründen. (...) Intuition und moralische Überlegung unterscheiden sich dadurch voneinander, dass die Gründe, auf denen moralische Intuitionen beruhen, in der Regel unbewusst sind.“

⁷ Kaser, Max: Zur Methode der römischen Rechtsfindung. 1962, S. 54 ff.; Wieacker, Franz: Römische Rechtsgeschichte. 2. Abschnitt, 2006, S. 45 f., S. 383 Anm. 9.

⁸ Horak, Franz: Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo. 1, 1969, S. 17; vgl. auch Knütel, Rolf: Zur Rechtsfindung der Römer, in: Söllner, Alfred (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze. 2005, S. 498; ders.: Betrachtungen zur Rechtsfindung der römischen Juristen, in: Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo. A cura de José L. Linares. 2006, S. 523 ff., insbesondere S. 554 f.

⁹ Der Verfasser stellt S. 232 Anm. 21 fest, wer die Lehre von der Intuition verteidige, lasse unklar, worin die Unterschiede zwischen der römischen und unserer heutigen Methode bestehen, auf die es den Verteidigten gerade angekommen sei. An dieser Feststellung ist zutreffend, dass die Bedeutung der Intuition bei der Entscheidungsfindung nicht auf die römischen Juristen beschränkt ist. Ausgeschlossen ist damit freilich nicht, die herausragende Qualität ihrer Entscheidungen (oder eines Teils davon) und damit auch die „geniale“ Intuition der Juristen zu betonen.

Wenn das Ziel darin besteht, individuelle Eigentümlichkeiten in der juristischen Argumentation eines Juristen auszumachen, könnte es aufschlussreich sein, dessen Lebensweg und insbesondere seine juristische Karriere im Auge zu haben. Dieses Thema übergeht der Verfasser leider (vgl. S. 13).¹⁰

Beachtet werden sollte zudem, dass Entscheidungsbegründungen zwei Aspekte aufweisen: Zum einen vermitteln sie einen juristischen Inhalt, der die Aufgabe hat, den Leser von der Richtigkeit der Entscheidung zu überzeugen.¹¹ Zum anderen bilden sie Teile eines literarischen Werkes, das durch eine spezifische Sprache und Rhetorik gekennzeichnet ist. Entscheidungsbegründungen können sowohl im Hinblick auf die Methode der juristischen Argumentation als auch bezüglich der dabei eingesetzten sprachlichen und rhetorischen Mittel analysiert werden.¹² Um dem Ziel näher zu kommen, das individuelle Vorgehen eines Juristen auszumachen, sollten beide Aspekte berücksichtigt werden.

Im Folgenden wird zunächst auf den juristischen Aspekt eingegangen. Danach wird geprüft, ob und wie weit der Verfasser dem literarischen Aspekt Rechnung getragen hat.

7. Zunächst zum juristischen Aspekt, wobei wir mit dem Begriff der Entscheidungsbegründung beginnen: Der Verfasser versteht darunter die rationale, logische Argumentation. Nicht als Begründung anerkannt wird damit die Berufung auf die Autorität anderer Juristen, den Konsens der Fachgenossen und die Tradition. Eine derart enge Definition des Begriffs der Entscheidungsbegründung ist aus zwei Gründen fragwürdig.

Erstens: Die Begriffe des Logischen und des Rationalen können nicht gleichgesetzt werden. Die Berufung auf Konsens und Tradition ist nicht logisch im Sinne inhaltlicher Schlüssigkeit, kann

¹⁰ Querzoli, Serena: *Scienza giuridica e cultura retorica in Ulpio Marcello*. 2013, S. 11 ff. unternimmt es, eine Verbindung zwischen der Karriere und dem juristischen Werk des Marcellus herzustellen. Der Verfasser hat dieses Werk nicht ausgewertet.

¹¹ Als weitere Funktionen von Entscheidungsbegründungen nennt Klami, Hannu Tapani: Wie schlecht hat ein Klassiker schreiben können? In: *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*. IV, 1983, S. 235 eine „Informations- und Erläuterungsfunktion“, eine „Präjudizienfunktion“ und eine „pädagogische Funktion“.

¹² Die beiden Aspekte lassen sich nicht scharf voneinander unterscheiden: Die rhetorischen Mittel gehören untrennbar zur juristischen Argumentation.

aber durchaus rational sein, sofern sie zum Beispiel dem Zweck dient, die Einheit des Rechts und damit auch die Rechtssicherheit herzustellen. Durch die Berufung auf Konsens und Tradition kann zudem stillschweigend anerkannt werden, dass frühere Entscheidungen rational (im Sinne inhaltlicher Schlüssigkeit) und zweckmäßig sind.

Zweitens: Die Definition wird den römischrechtlichen Quellen nicht gerecht. Die Juristen beziehen sich zur Begründung häufig auf die Autorität anderer Juristen und die Tradition.¹³ Gerade die Häufigkeit sowie die Art und Weise, wie ein Jurist sich auf die Autorität anderer Juristen (etwa seines Lehrers) und auf die Tradition bezieht, ihnen vielleicht auch widerspricht, kann über sein Denken Aufschluss geben. Ein Jurist, der anderen Juristen häufig widerspricht, tritt damit möglicherweise selbstbewusst und unerschrocken, vielleicht aber auch autoritär oder streitsüchtig auf. Der Verfasser geht hierauf nur gelegentlich ein (S. 43 und 92 zum Beispiel). Zusammenfassend heißt es S. 236, Marcellus beziehe sich nur in 16 Entscheidungen auf seine Vorgänger und erreiche damit noch nicht einmal die Hälfte der Referenzen, die bei Celsus zu finden sind (39).

Einzuräumen ist, dass die römischen Juristen Autorität und Tradition meist nicht als eigenständige Begründung geltend machen, sondern im Rahmen einer umfassenden juristischen Argumentation. Dies ändert jedoch nichts an der Aussagekraft solcher Begründungselemente im Hinblick auf das methodische Vorgehen eines Juristen.

Bei der Abgrenzung zwischen Entscheidung und Begründung ist zu beachten, dass eine Entscheidung Elemente enthalten kann, die zur Begründung gehören. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn eine Entscheidung nicht apodiktisch formuliert, sondern vorsichtig, eingeleitet etwa durch *magis*, mitgeteilt wird, wie in D. 29,2,75 (S. 32 f.). Angedeutet wird damit, dass auch eine andere Entscheidung denkbar ist, so dass sich die Frage aufdrängt, wie diese Entscheidung lauten könnte und warum der Jurist gerade die getroffene Entscheidung vorzieht.

¹³ Vgl. Stolfi, Emanuele: ‚Argumentum auctoritatis‘, citazioni e forme di approvazione nella scrittura dei giuristi romani, in: Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. 2011, S. 85 ff.

8. Der Verfasser schränkt den Begriff der Entscheidungsbegründung dadurch ein, dass er nur explizit formulierte, wenigstens angedeutete Argumentationen berücksichtigt (S. 14 f.). Implizite Begründungen schließt er aus. Hier könne nur spekuliert werden. Und selbst wenn eine vermutete implizite Begründung im Einzelfall inhaltlich zutreffen sollte, sei eine solche Erkenntnis nicht geeignet, Aussagen über die Argumentationstechnik zu tragen.

Zu bedenken ist jedoch, dass die Texte der römischen Juristen sehr komprimiert gefasst sind, so dass eine nicht unerhebliche Zahl impliziter Begründungen vermutet werden kann, die im Einzelfall vielleicht durchaus erkennen lassen, auf welchem Wege der Jurist zu seinem Ergebnis gelangt ist. Allein schon die Zahl von Entscheidungen, die eine implizite Begründung enthalten, wäre aufschlussreich, gerade auch im Verhältnis zu den expliziten Begründungen. Der vom Verfasser ermittelte Anteil der von Marcellus begründeten Entscheidungen (25 %) würde sich wohl erhöhen.

Die Zahl impliziter Begründungen ist möglicherweise charakteristisch für das Denken eines Juristen. So könnte eine verhältnismäßig große Zahl impliziter Begründungen ein Anzeichen dafür sein, dass ein Jurist hohe Ansprüche an seine Leser stellt, indem er ihnen zumutet, die maßgebliche Begründung selbst aus dem Text herauszulesen.

Auf der Grenze zwischen einer expliziten und einer impliziten Begründung steht das Evidenz-Argument. Der Verfasser rechnet es – nach seiner Konzeption folgerichtig – nicht zu den vom ihm anerkannten Begründungsarten. Er konstatiert, Marcellus mache in zwei Fällen von diesem Argument Gebrauch (S. 241 f.). Auch die Häufigkeit des Evidenz-Arguments bildet möglicherweise ein Indiz für die Haltung eines Juristen: Vielleicht kommt darin ein hoher Anspruch an seine Leser zum Ausdruck, möglicherweise aber auch eine gewisse Nachlässigkeit.

9. Was die vom Verfasser definierten Begründungsarten angeht, so sind sie zum Teil gut geeignet, über die Denkweise eines Juristen Auskunft zu geben. Dies gilt vor allem für die „Rechtsfindung außerhalb der Rechtsordnung“, zum Beispiel die „überindividuellen Wertungen“. Im Hinblick auf andere Begründungsarten, etwa die Unterscheidung zwischen induktivem und deduktivem Vorgehen, mag dies zweifelhaft sein. Häufig ergibt sich allein schon

aus dem vorliegenden Sachverhalt, ob ein Gesetz oder eine Juristenregel einschlägig ist, so dass deduktiv verfahren werden muss. Der entscheidende Jurist hat dann insofern keine Freiheit in der Methodenwahl.

10. Charakteristisch für das Denken eines Juristen könnte zudem sein, in welchem Ausmaß er sich an der Fortbildung des Rechts beteiligt, indem er zum Beispiel offene Wertungen einsetzt, Normen extensiv interpretiert, Juristenregeln weiterentwickelt, sich in Gegensatz zu einer herrschenden Meinung stellt oder einen Vergleichsfall zur Begründung heranzieht, der nur geringe Ähnlichkeit mit dem zu entscheidenden Fall aufweist. Hierzu äußert sich der Verfasser nur gelegentlich (zum Beispiel S. 230 zur Weiterentwicklung von Juristenregeln). Die systemübergreifende Rechtsfindung habe, so heißt es, bei Marcellus wohl nur eine geringe Rolle gespielt, nicht anders als bei Celsus und Julian. Immerhin zeige sich im Vergleich der gesamten Begründungen ein etwa doppelt so hoher Anteil an solchen Wertungsentscheidungen (S. 247).

11. Wurde bisher auf die juristische Seite von Entscheidungsbegründungen eingegangen, soll nun der bereits erwähnten Tatsache Rechnung getragen werden, dass die Juristenschriften literarische Werke sind, die sprachliche, stilistische und rhetorische Eigentümlichkeiten aufweisen. Es könnte zweckmäßig, ja sogar notwendig sein, die Entscheidungen nicht nur nach Begründungsarten zu untersuchen, wie der Verfasser dies unternimmt, sondern weiter ins Detail zu gehen, und das heißt: einzelne, in einer Begründung enthaltene sprachliche und stilistische Elemente sowie rhetorische Figuren zu betrachten.¹⁴

Um mit dem sprachlichen Stil zu beginnen:¹⁵ Allein schon die Länge einer Begründung kann aufschlussreich sein. Äußert sich der Jurist nur knapp und damit vielleicht wortkarg, herablassend oder aber

¹⁴ Auch im Hinblick auf die rhetorischen Mittel Marcells hätte der Verfasser die Arbeit von Querzoli auswerten können; vgl. Querzoli, Serena: *Scienza giuridica e cultura retorica in Ulpio Marcello*. 2013, S. 147 ff., z. B. zu D. 5,2,10pr. (S. 176 ff.) – einem Fragment, das der Verfasser S. 219 ff. behandelt.

¹⁵ Vgl. Nitsch, Andreas: *Sprachliche Individualität der römischen Juristen*, in: *Dogmengeschichtliche und historische Individualität der römischen Juristen*. A cura di Christian Baldus (u. a.). 2012, S. 207 ff.

konzentriert, prägnant? Vielleicht ist eine Begründung ausführlich und daher weitschweifig, pedantisch, schulmeisterlich oder aber gründlich und laboriert.¹⁶

Besonders kennzeichnend für das methodische Vorgehen eines Juristen sind rhetorische Figuren wie etwa das *argumentum a maiore ad minus*, das Konsequenz-Argument und insbesondere die *reductio ad absurdum*. Der Verfasser stellt dazu S. 25 fest, dass sie kaum als Ordnungsmerkmale taugen. Zutreffend daran ist, dass solche Figuren meist keine eigenständigen Begründungen bilden, sondern im Rahmen einer umfassenden Argumentation verwendet werden. Aber gerade diese Begründungselemente sind besonders gut geeignet, über die methodische Vorgehensweise eines Juristen Auskunft zu geben. Wieacker stellt im Hinblick auf Celsus aufgrund häufiger Verwendung der *reductio ad absurdum* fest, in seiner scharfen Kritik fremder Rechtsmeinungen breche ein cholerisches Temperament durch.¹⁷ Der Verfasser geht auf solche Argumentationsfiguren im Zusammenhang mit der Exegese einzelner Fragmente gelegentlich ein.¹⁸

12. Hat man die juristische und die literarische Seite der Entscheidungsbegründungen eines Juristen untersucht und vielleicht auch eine Statistik der gefundenen Ergebnisse erstellt, lässt sich damit noch wenig über die individuellen Eigentümlichkeiten dieses Juristen aussagen. Um diesem Ziel näher zu kommen, ist es nicht nur erforderlich, die Entscheidungsbegründungen eines einzelnen Juristen zu untersuchen. Darüber hinaus ist zu klären, ob und wieweit sich dieser Jurist von anderen Juristen unterscheidet. Idealerweise müssten dazu die Texte aller römischen Juristen oder doch möglichst vieler von ihnen

¹⁶ Vgl. z. B. S. 35 der Untersuchung, wo der Verfasser von einem „apodiktischen Urteil“ spricht.

¹⁷ Wieacker, Franz: *Amoenitates Iuventianae*, in: *Iura*. 13, 1962, S. 9 ff., 19 ff.; dazu: Hausmaninger, Herbert: *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in: *Prinzipat*. 1976, S. 385 f., 394 ff. (Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, II, 15). Später hat sich Wieacker sehr viel zurückhaltender geäußert und bloß von Hinweisen „auf die Kreativität eines Celsus oder auf die weisere Ausgewogenheit und Ökonomie eines Julian“ gesprochen; Wieacker, Franz: *Römische Rechtsgeschichte*. 2. Abschnitt, 2006, S. 91.

¹⁸ S. 72 stellt er fest, Marcellus benutze einen auf die Regeln der Rechtsmängelhaftung gestützten Erst-Recht-Schluss. In D. 9,2,36,1 verwendet Marcellus das Absurditäts-Argument (S. 102).

analysiert werden, wobei alle Begründungsarten und -elemente zu erforschen wären.¹⁹ Vielleicht würden sich Entwicklungslinien erkennen lassen. So könnte es zum Beispiel sein, dass die Zahl der offenen Wertungen in einer bestimmten Epoche des römischen Rechts zugenommen hat.

Nach einer solchen Vorarbeit müssten die statistischen Ergebnisse, die im Hinblick auf den jeweils untersuchten Juristen erzielt wurden, mit den entsprechenden Daten zu anderen Juristen verglichen werden. Hat man einen solchen Vergleich durchgeführt, wäre darauf zu achten, ob der untersuchte Jurist vielleicht einer Tendenz folgt, die auch bei anderen Juristen seiner Zeit zu beobachten ist. Nur wenn dies nicht der Fall sein sollte, könnte von einer individuellen Vorgehensweise dieses einen Juristen gesprochen werden.

13. Die Statistik der Begründungsarten und -elemente kann durch einige Faktoren beeinflusst werden, zum Beispiel durch die Werkgattung, der eine Schrift angehört, aus der die Kompilatoren exzerpiert haben.²⁰ Die Frage, ob eine Entscheidung mit einer Begründung versehen ist und wie diese eventuell formuliert ist, wird im Hinblick auf Sammlungen von Fallentscheidungen, zum Beispiel *libri responsorum*, anders zu beantworten sein als bei Werken, die keine kasuistischen Elemente aufweisen und in denen sich die Juristen darauf beschränken, die Rechtslage darzustellen, ohne sie zu kommentieren.

Auswirkungen auf die Statistik hat auch der Einfluss der Kompilatoren – nicht nur, weil sie Begründungen weggelassen haben, worauf der Verfasser eingeht (S. 233 ff.).²¹ Im Hinblick auf die „all-

¹⁹ Liebs, Detlef: Gaius und Pomponius, in: Gaio nel suo tempo. 1966, S. 70 konstatiert, dass Ausdrücke wie *ridiculum* und *absurdum* von fast allen Zeitgenossen des Gaius verwendet wurden.

²⁰ Die folgenden, im Text angesprochenen Kategorien von Werkgattungen finden sich bei Babusiaux, Ulrike: *Legal writing and legal reasoning*, in: Du Plessis, Paul J.; Ando, Clifford; Tuori, Kaius (eds.): *The Oxford handbook of Roman law and society*. 2016, S. 176 ff., insbesondere S. 184 f. Babusiaux setzt sich kritisch mit den Werkgattungen auseinander, die Fritz Schulz seiner „Geschichte der römischen Rechtswissenschaft“. 1961, S. 166 ff. zugrunde gelegt hat.

²¹ Würde man eine Statistik der Fälle anlegen, in denen sich ein Jurist in Gegensatz zur Auffassung eines anderen Juristen oder sogar zur herrschenden Meinung stellt, wäre zu berücksichtigen, dass Kontroversenberichte häufig nicht Eingang in die *Digesten* gefunden haben. Bestand doch die Aufgabe der Kompilatoren darin, das Recht zu harmonisieren.

gemeinen Wertungen“ (S. 205 ff.) kann vielleicht damit gerechnet werden, dass die Kompilatoren überdurchschnittlich viele solche Wertungen enthaltende Exzerpte aus den Klassikerschriften in die Digesten aufgenommen haben, weil sie selbst eine Vorliebe dafür hatten.²²

Eine weitere Gruppe von Begründungsarten wurde möglicherweise durch die Kompilatoren beeinflusst: die Berufung auf Gesetze (S. 83 ff., 109 ff.). Mantovani vertritt die Auffassung, im römischen Recht habe es mehr Gesetze, genauer: *leges publicae* privatrechtlichen Inhalts, gegeben als in der Romanistik bisher angenommen.²³ Die Kompilatoren hätten diesbezügliche Äußerungen der klassischen Juristen in zahlreichen Fällen nicht in die Digesten aufgenommen, weil die Gesetze zur Zeit der Kompilation nicht mehr als geltendes Recht anerkannt waren. Folgt man dieser These, ist damit zu rechnen, dass Begründungen mit Hilfe von Gesetzen deutlich häufiger waren als den vom Verfasser ermittelten Resultaten entspricht. Mantovanis Auffassung ist freilich umstritten.²⁴

14. Es liegt auf der Hand, dass die hier vorgeschlagenen Untersuchungen nicht von einem einzelnen Forscher geleistet werden können. Den individuellen Argumentationsstil eines Juristen zu erkennen, ist ein Fernziel, das sich nur auf der Grundlage einer Vielzahl von Vorarbeiten erreichen lässt, sofern dies überhaupt möglich ist. Der Verfasser hat sich denn auch nur zum Ziel gesetzt, dem individuellen Denken des Marcellus „ein Stück weit näher zu kommen“ (S. 13). Er hat sich auf die juristische Argumentation konzentriert, die literarischen Aspekte weniger beachtet. Diese Beschränkung ist einerseits sinnvoll, weil der Umfang der Arbeit dadurch begrenzt wird; andererseits bedenklich, weil wichtige Indizien, die über das Denken eines Juristen Auskunft geben können, auf diese Weise nicht oder nur gelegentlich und am Rande zur Sprache kommen.

²² Wieacker, Franz: Offene Wertungen bei den römischen Juristen, in: *Ausgewählte Schriften*. Band 1, *Methodik der Rechtsgeschichte*. 1983, S. 183 stellt vorsichtig fest, nicht zu rechnen sei mit einer unverhältnismäßigen Streichung expliziter Wertungen klassischer Texte durch die Kompilatoren, weil sie für solche Begründungen jedenfalls aufgeschlossen waren.

²³ Vgl. Mantovani, Dario: *Legum multitudo e diritto privato*. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi, in: *Leges publicae*. La legge nell'esperienza giuridica romana. A cura di Jean-Louis Ferrary. 2012, S. 707 ff.

²⁴ Vgl. Santucci, Gianni: *Legum inopia e diritto privato*. Riflessioni intorno ad un recente contributo, in: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*. 80, 2014, S. 373 ff.

Aber auch unabhängig davon hat sich der Verfasser auf schwieriges Gelände begeben. Es lässt sich wohl immer darüber streiten, wie der Begriff der Entscheidungsbegründung definiert werden sollte und auf welche Art und Weise die Begründungen zu klassifizieren sind. Die darauf bezogenen Fragen, Vorbehalte und Ergänzungen wurden hier deshalb so ausführlich dargelegt, weil sie die Grundlagen der Untersuchung betreffen und – über die Analyse der Entscheidungsbegründungen des Marcellus hinaus – für alle Untersuchungen von Bedeutung sind, die sich den Entscheidungsbegründungen römischer Juristen widmen. Die für eine Rezension notwendige Kürze bringt es mit sich, dass eine detaillierte Würdigung der vom Verfasser unternommenen Exegesen oder auch nur eines Teils davon unterbleiben musste. Ungeachtet der hier vorgetragenen Einwände und Fragen ist abschließend zu betonen, dass der Verfasser eine nützliche Arbeit vorgelegt hat. Allein schon die zahlreichen Interpretationen von Fragmenten des Marcellus sind hilfreich. Wer sich künftig mit den Entscheidungen dieses Juristen befasst, wird die Arbeit mit Gewinn zu Rate ziehen.

HANS-MICHAEL EMPPELL

Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft (Heidelberg)

SAMPAIO, RODRIGO DE LIMA VAZ – *Direito privado marítimo-romano. A disciplina jurídica do alijamento*, Quartier Latin, São Paulo, 2016, 166 pp.

I. Publicou recentemente Rodrigo de Lima Vaz Sampaio uma monografia¹, enquadrada por outros estudos do autor², dedicada ao alijamento

¹ Que corporiza a sua dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, orientada pelo Prof. Eduardo César Silveira Vita Marchi e defendida em 2 de Agosto de 2013 naquela instituição.

² De que destacamos *Estado de perigo no Código Civil de 2002: notas críticas*, *Revista dos Tribunais* 101 (2012) 918, 117-160, IDEM, *Estado de perigo no CC/02: notas críticas*, *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, org. Pedro Resina Sola, Universidad de Almería, Almería, 2016, 507-519, IDEM, *Direito marítimo romano. A disciplina jurídica do alijamento*, em *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el mare nostrum*, org. Juan Ramón Robles Reyes/María Dolores Parra Martín/Adolfo Díaz-Bautista Cremades/Juana María del Vas, Aranzadi, Pamplona, 2015, 473-488, IDEM, *Responsabilidade civil e avarias grossas* (YAR

no direito privado marítimo romano, apresentada por Eduardo César Silveira Vita Marchi (13-14) e prefaciada por Fernando Campos Scaff (15-17), em cento e sessenta e seis páginas com quinhentas e quatro notas de rodapé, divisa em sete capítulos: o primeiro tem por objecto uma introdução (21-26), o segundo a rubrica e conceito de alijamento (29-73), o terceiro a exegese de Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 pr. apelidado “*itineres*”³ romanos da contribuição (77-102), o quarto a exegese de Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2.1 sobre junta deliberativa e sociedade (105-121), o quinto as conclusões (123-133), o sexto o índice de fontes (135-153) e o último a bibliografia (155-166).

Após a introdução dedicada ao esclarecimento do termo avarias grossas e à exposição do problema a examinar, o autor cura, no segundo capítulo da obra, da “rubrica” e do conceito de alijamento no período justinianeu, dilucidando o conceito de *lex*, de *Rhodia*, antes de passar ao de *iactus*, a cujo respeito trata do risco de naufrágio, da finalidade (do *iactus*), do nexa causal, da existência de contrato, da ausência de culpa e da competência da decisão, sendo ainda afecta uma penúltima secção ao princípio da contribuição e divisão de riscos (Paul. 2 *sent.*, D. 14.2.1) e ao cálculo da contribuição. Entre outros aspectos cujo relato nos resignamos a omitir nesta ocasião, o autor fecha o capítulo propondo um conceito justinianeu do instituto em análise.

O terceiro capítulo visa a exegese de Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 pr., separando o autor dois esquemas: o republicano serviano e o tardo-clássico pauliano, onde, entre outros problemas, cura do exercício do direito de

e UNCLOS), em *Direito do mar. Desafios e perspectivas. Em homenagem a Vicente Marotta Rangel*, org. Wagner Menezes, Arraes, Belo Horizonte, 2015, 412-426, IDEM, *Responsabilidade civil e avarias grossas (YAR e UNCLOS)*, n’*As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea*, vol. I, Lumen Juris, Janeiro, 2016, 71-89, IDEM, *Direito uniforme de base romanística. Os itineres romanos do princípio da contribuição (exegese de D. 14, 2, 2 pr.)*, na *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, org. Alfonso Murillo Villar/Aránzazu Calzada González/Santiago Castán Pérez Gómez, Dykinson, Madrid, 2016, 1261-1281, IDEM, *Direito uniforme de base romanística. Os itinera romanos do princípio da contribuição (exegese de D. 14.2.2 pr.)*, em *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea*, org. Giovanni Luchetti, Bononia University Press, Bolonha, 2016, 239-259.

³ *Itinera?* Correctamente IDEM, *Direito uniforme de base romanística* cit., em *Derecho de obligaciones* cit., 239-259. O autor, *Direito privado* cit., 35⁽⁶³⁾, escreve também *Basílicas* quando a melhor tradução do grego para o português – independentemente da respectiva variante – seria *Basílicos* (cf., por representativo, SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (Ius Romanum)*, I – *Introdução. Fontes*, 4.^a ed., Dislivro, Coimbra, 1984, 436, 464, 468, 498⁽⁷⁸¹⁾, 502⁽⁷⁹⁶⁾, 511⁽⁸¹²⁾), uma vez que *basílica* assume outro marcado significado. Também em R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 120: *societas domini mercium* ou *societas dominorum mercium* [= sociedade dos proprietários das mercadorias]?

retenção e das acções *ex locato* e *ex conducto*, tendo como figura central o *magister navis*, cujo papel se consolida no segundo modelo como órgão de liquidação.

O quarto capítulo foca em particular a questão da necessidade de deliberação conjunta dos *uectores* – tida pelo autor indispensável apenas em caso de conversão das “avarias particulares” em “grossas” –, bem como a putativa existência de uma sociedade, que o autor afasta em face da inserção do instituto na *locatio conductio*.

Nas conclusões, atém-se o autor essencialmente ao problema da deliberação conjunta, aí chamada junta deliberativa, onde, após concluir o excursus iniciado no capítulo quarto, percorre a solução bizantina, a medieval do Consulado do Mar, as hodiernas soluções do direito brasileiro e dos estrangeiros próximos, designadamente, na ordem que segue, o alemão, o francês, o italiano e o português, fazendo ainda menção às Regras de Iorque-Antuérpia (RIA) 2004.

II. Apraz sobremaneira ler em português uma obra de direito romano bibliograficamente tão bem documentada da profundidade da de Rodrigo de Lima Vaz Sampaio sobre um tema tão caro como nos é o direito privado marítimo. A iniciativa, que é de aplaudir, mostra o candente vigor da jurisromanística brasileira que muito nos tem legado e de que muito se espera nos anos vindouros. Colmata assim o autor para gáudio de todos uma (grave) lacuna – dentre outras tantas – da jurisromanística lusófona.

Chegados a este ponto, tomamos a liberdade de, com a devida vénia, analisar alguns aspectos que, sem prejuízo da intrínseca valia da excelente monografia, poderiam ser, a nosso ver, objecto de ulterior reflexão.

Desde logo, sem menoscabo da amplitude que atribui à palavra *iactus*⁴, questionamo-nos se não será o subtítulo da obra (a que funda-

⁴ Pensamos, em particular, nas situações que o autor apelidou de “equiparadas ao *iactus*”, que enuncia em *Direito privado* cit., 45⁽⁹⁷⁾, na esteira da gl. *Iactus mercium* a D. 14.2.1 (“(...) *iactus uel quasi iactus* (...)”): morte dos escravos no mar, barcasas que “auxiliam a entrada no porto de um [barco] maior e naufragam com as mercadorias destes” e “coisas que se deterioram por consequência do arremesso de outras” (estribadas nas seguintes “provas materiais”: D. 14.2.2.5, D. 14.2.4 pr., e D. 14.2.4.2). Perguntamo-nos quanto à lista que apresenta se efectivamente pode integrar-se o caso do *mancipium mortuum* de Lab. 1 *pith. a Paul. epitom.* D. 14.2.10 pr. nas situações “equiparadas ao *iactus*”, uma vez que o fragmento em que o caso é tratado não diz directamente respeito à problemática da *contributio*.

mentalmente também se refere o segundo capítulo) excessivamente restritivo. Reservado como está o termo alijamento⁵ ao lançamento de objectos⁶ ao mar a partir do navio, são, assim, à partida, excluídos, sem justificação para tanto, não despidiendos sacrificios que os juristas romanos consideraram passíveis de *contributio*, como seja o resgate a piratas (Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2.3) ou o transbordo de mercadorias em barças (Call. 2 *quaest.* D. 14.2.4 pr. e 1). Iguais reservas nos suscitam as considerações tecidas a propósito da distinção entre *iactus* e *iactura* que, na esteira da, nas suas palavras, “dogmaticamente mais coerente” proposta de Schryver, funda no facto de a primeira se referir ao “arremesso em si” e a segunda ao “instituto delineado”. Todavia, interrogamo-nos se, por ex., em Call. 2 *quaest.* D. 14.2.4 pr. – única vez em que os dois termos surgem no mesmo fragmento – permite a interpretação de *iactura*⁷ na primeira metade do fragmento uma leitura dissímil da da referência final a *iactus*. Da mesma forma, surpreende o tratamento autónomo de um conceito justinianeu de alijamento sem que formalmente lhe corresponda um

⁵ Cf., e. g., JOSÉ FERREIRA BORGES, *Diccionario juridico-commercial*, Typographia de Sebastião José Pereira, Porto, 1856, 20, HUMBERTO LEITÃO/J. VICENTE LOPES, *Dicionário da linguagem de marinha antiga e actual*, Edições Culturais da Marinha, Lisboa, 1990, 30, *Glossário Marítimo-Comercial*, Sociedade de Geografia de Lisboa, Lisboa, 2003, 15; cf. também *alivar* em MARIA ALEXANDRA TAVARES CARBONELL PICO, *A terminologia naval portuguesa anterior a 1460*, Sociedade de Língua Portuguesa, s/l, s/d, 581-582. O autor usa também o termo “arremesso” (*colorandi causa*, em 44, 58, 59), cujo uso é, de resto, estranho à terminologia jurídica marítima portuguesa, não se encontrando no CCom 1850 brasileiro nem no CCom 1888 português.

⁶ Mercadorias, mastro, antena, aprestos do navio.

⁷ Alheamo-nos, por ora, da exacta determinação das partes do fragmento devidas a Calístrato e a Sabino bem como das suspeitas de interpolação que sobre o fragmento pairam. Cf., e. g., PHILIPP HECK, *Das Recht der großen Haverei*, H. W. Müller, Berlim, 1889, 600-601, OTTO LENEL, *Pal.* II c. 189 (Sab. 9), HANS KRELLER, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellen-geschichte des römischen Seerechts*, ZHR 85 (1921), 293-294, GEORG BESELER, *Miscellanea*, ZSS 44 (1924), 389, FRANCESCO DE MARTINO, *Lex Rhodia. Note di diritto romano marittimo*, RDN 3 (1937), 32 = *Scritti di diritto romano*, vol. II – *Diritto privato e società romana*, Riuniti, Roma, 1982, 329, FRANZ WIEACKER, *Iactus in tributum nave salva venit* (D. 14.2.4 pr.). *Esegesi della lex Rhodia de iactu*, in *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale* 4 (1951), 290 = *Iactus in tributum nave salva venit* (D. 14, 2, 4 pr.). *Exegesen zur Lex Rhodia de iactu*, em *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. I, Giuffrè, Milão, 1953, 517-518, HEINRICH HONSELL, *Ut omnium contributione sarciat quod pro omnibus datum est. Die Kontribution nach der Lex Rhodia de iactu*, em *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein*, org. Martin Josef Schermaier/Zoltán Végh, Steiner, Estugarda, 1993, 144-146, HERBERT WAGNER, *Die lex Rhodia de iactu*, RIDA 44 (1997), 370, JOSÉ LUIS ZAMORA MANZANO, *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, Edisofer, Madrid, 2000, 148.

capítulo ou secção sobre o conceito antejustinianeus, tanto mais quando sabemos que o conteúdo substancial de D. 14.2 reproduz a opinião de juristas como Sêrvio Sulpício Rufo, Aulo Ofílio, Marco Antístio Labeão, Massúrio Sabino, Sálvio Juliano, Papiniano, Papírio Frontão, Volúcio Meciano, Calístrato, Júlio Paulo ou Hermogeniano. Outro aspecto que notamos é o uso do termo “avaria(s) grossa(s)”: reconhecendo embora o autor ter o direito romano desconhecido tal terminologia⁸, à mesma recorre com relativa frequência⁹, correndo, assim, o risco de distorcer, através dos instrumentos da dogmática moderna, problemas que os juristas romanos resolveram (casuisticamente) doutro modo. As referências a *lex Rhodia* fazem também espécie, sobretudo quando se tem em conta a posição por si assumida de que *lex* adquire, neste contexto, “*um sentido amplo e não técnico*”: com efeito, em mais de um passo, é tal “lei” positivamente subjectivizada¹⁰.

A respeito de Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2.1¹¹, apesar das suspeitas de interpolação que sobre o mesmo impendem, opta o autor por manter *dissimilis* tal qual consta do texto que nos chegou através do Digesto, porque, explica, uma coisa é o frete e outra as despesas com a embarcação, embora, ao mesmo tempo, o risco sobre as mercadorias a serem transportadas (incluindo as correlatas despesas de reparação) seja computado no cálculo do frete, entendendo que “*a diferença das hipóteses é encontrada não na qualificação jurídica, mas em quem suporta o dano*”¹². Todavia, o problema, sobre o qual tantos se têm debruçado, permanece por resolver. A oração de *quia* em que se insere *dissimilis* destoa do primeiro e segundo segmentos de D. 14.2.2.1: nestes é negada a contribuição, equiparando-se uns aos outros; pelo contrário, no segmento *quia* – *acceperit* é distinta uma hipótese da outra em função da respectiva causa. Por que se distingue uma situação da outra se, logo a seguir, no segmento seguinte de *nam si* são as duas aproximadas?

⁸ Assim R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 24 (apesar de 66 e 67⁽²¹⁷⁾).

⁹ A título ilustrativo, em *Direito privado* cit., 110, 111, 113, 114 ou 121.

¹⁰ Por ex., em *Direito privado* cit., 54⁽¹⁴⁸⁾ “*Textos fora da lex Rhodia*”, ou 55 “*a lex Rhodia chega a prever*”. Não teria sido mais exacto optar por D. 14.2 em lugar de *lex Rhodia*?

¹¹ Cujo teor tomamos a liberdade de transcrever para clareza de discurso: “*Si conseruatis mercibus deterior facta sit navis aut si quid exarmaverit, nulla facienda est collatio, quia dissimilis earum rerum causa sit, quae navis gratia parentur et earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit: nam et si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui locaverit opus. Sed si uoluntate uectorum uel propter aliquem metum id detrimentum factum sit, hoc ipsum sarciri oportet*”.

¹² R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 107.

O contributo de Juliano em matéria de contribuição por sacrifício no mar é especialmente relevante, sobretudo o passo constante de D. 14.2.6 retirado do octogésimo sexto livro dos seus digestos. A nem sempre fácil articulação entre Iul. 86 *dig.* D. 14.2.6, Pap. 19 *resp.* D. 14.2.3, Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2.1, Hermog. 2 *iuris epit.* D. 14.2.5.1 e PS. 2.7.2 tem gerado acesas discussões sobre os termos e o momento em que o direito romano admitiu a contribuição por danos (parciais) ao navio, o que inclui naturalmente também o alijamento de partes do mesmo. Todavia, depois de se ler a monografia, nota-se ter sido pouca atenção dedicada ao sobredito passo, senão através de lacónicas referências¹³ e uma remissão ao desenvolvimento da matéria num outro artigo do ilustre autor¹⁴.

Importante é também Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 14.2.7, designadamente no que aos temas da *navis salua* e da voluntariedade do sacrifício concerne, sem descurar a relevância que dele advenha, segundo a interpretação que se faça, à delimitação do conceito de *iactus mercium* senão mesmo de *iactus (deiicio?) navis*. As reflexões de Kreller, Wieacker e, recentemente, Krampe¹⁵ são, a este respeito, incontornáveis. Todavia, com o devido respeito, que é muito, consigna-lhes o autor muito modestas referências¹⁶.

Outro ponto que, porventura, ganharia com um ulterior aprofundamento seria a correlação entre a disciplina do *iactus* e a *culpa* enquanto “*elemento negativo do alijamento*” e o eventual concurso de acções *ex lege Aquilia* e *ex locato conducto*. Além disso, interrogamo-nos sobre o sentido e a extensão da afirmação segundo a qual “*as mercadorias não podem ser dolosa ou culposamente arremessadas ao mar*”¹⁷, designa-

¹³ Assim, R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 46⁽⁹⁷⁾, 48⁽¹¹³⁾, 50⁽¹²⁶⁾, 54⁽¹⁴⁸⁾, 55⁽¹⁴⁹⁾, 64⁽¹⁸⁷⁾, 64⁽¹⁹⁴⁾ e 108⁽³⁸⁶⁾.

¹⁴ R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 107⁽³⁸²⁾, onde remete para IDEM, *Estado de perigo no Código Civil de 2002: notas críticas*, na *Revista dos Tribunais* 918 (2012), 125-130, que foca sobretudo um tema jurídico de direito hodierno em que as referências ao direito romano neste particular são menos elaboradas.

¹⁵ Contrariamente ao que dá a entender R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 53⁽¹⁴⁵⁾, temos dúvidas de que a orientação de Krampe seja favorável à existência de um “princípio” *naue salua* nos autores e fragmentos aí citados.

¹⁶ Cf. R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 50⁽¹²⁶⁾, 53⁽¹⁴⁵⁾, 54⁽¹⁴⁸⁾, 55⁽¹⁴⁹⁾, 79⁽²⁵⁴⁾. Das mencionadas referências três (53⁽¹⁴⁵⁾, 54⁽¹⁴⁸⁾ e 79⁽²⁵⁴⁾) relatam entendimentos doutros autores (em particular, respectivamente, Krampe, Schriver e Aubert). Em 53⁽¹⁴⁵⁾: “*Alfeno ou a seu discípulo Sérvio*”?

¹⁷ R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 58.

damente a sua articulação com a exigência de que o alijamento seja “*intencional*”¹⁸.

O texto de Hermog. 2 *iur. epit.* D. 14.2.5 pr. causa seriíssimas dificuldades hermenêuticas, a cuja individualização o ilustre autor do país irmão procede com elevada mestria, dentre as quais a expressão *ceteris consultum est*, a cujo propósito considera¹⁹ “inadequada” a tradução de Dominique Gaurier²⁰, optando, ao invés, por “*atendeu-se ao interesse dos demais*”. Devemos confessar que continuamos com dúvidas sérias acerca da melhor tradução do passo, designadamente do valor semântico do verbo *consulo* neste contexto (“atender a”?) e da função desempenhada pelo sintagma *ceteris*, que, podendo em abstracto corresponder a um ablativo ou a um dativo plural, não parece corresponder a um complemento de agente da passiva (ablativo) – conclusão que comungamos com o autor –, pois, representando *ceteris* pessoas, deveria, em tal caso, ser antecedido de *a/ab*, o que não é o caso²¹.

Consignamos, por último, três notas. Fica por explicar se devedor da contribuição pela *navis salua* é o seu *dominus* ou o *exercitor*²². É questionável a necessidade do recurso à ideia goldschmidtiana, historicamente datada, da comunhão de perigos ou de riscos (*Gefahrengemeinschaft*)²³ como critério explicativo da contribuição. As conclusões pouco concluem, passe a redundância: destinando-se mais propriamente a fechar o capítulo antecedente do que o segundo e o terceiro, indaga-se o leitor

¹⁸ Assim, R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 59. Intencional ou voluntário? Ou é indiferente o uso de uma ou de outra palavra? Este aspecto terminológico, aparentemente inócuo, foi considerado de não desprecienda importância na redacção das RIA.

¹⁹ R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 116⁽⁴³⁶⁾.

²⁰ *Le droit maritime romain*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2004, 99: “*il a été délibéré (sur l’opportunité) du jet (...) à l’égard des restantes*”.

²¹ Note-se também que, pouco antes, no mesmo passo, parece desempenhar a função de agente da passiva de *sarcitur* o sintagma *per eos*. Sobre o fragmento em questão, EIKE ULLMANN, *Der Verlust von Fracht und Schiff. Lex Rhodia de iactu und die große Haverei. Exegese zu Hermog. D. 14, 2, 5 pr.-1. Ein Beitrag zur Kontinuität des Rechts, Festschrift für Henning Piper*, org. Willi Erdmann/Wolfgang Eloy/Rolf Herber, Beck, Munique, 1996, 1049-1068, que o recenseado autor cita, por ex., a 65⁽²⁰³⁾ e 117⁽⁴³⁷⁾, ficando, porém, a impressão, muito possivelmente injusta, de que poderia ter feito deste estudo um maior aproveitamento, sobretudo (mas não só) em relação a Hermog. 2 *iur. epit.* D. 14.2.5 pr. e 1.

²² Assim, R. VAZ SAMPAIO, *Direito privado* cit., 72: “*O último grupo [que faz parte da massa passiva] é o do proprietário da embarcação – dominus navis -, ou, dependendo das circunstâncias, daquele que a explora comercialmente (exercitor navis)*”. Quais circunstâncias?

²³ Por ex., em 65, 85 ou 91.

sobre qual o verdadeiro objecto do estudo²⁴, ao mesmo tempo que, por outro lado, recorrendo o autor nas conclusões sobre o direito bizantino, o medieval, o brasileiro, os estrangeiros próximos²⁵ e as RIA²⁶,

²⁴ A por si chamada “junta deliberativa”? Cf. também *Direito privado* cit., 24.

²⁵ Em relação ao direito português, a respeito do qual é citado o artigo 635.º, § 1.º, do CCom, estranha-se a omissão de relevantes obras – ao contrário, por ex., das italianas que cita copiosamente a 131⁽⁴⁹⁶⁻⁴⁹⁷⁾ – que têm tratado o tema, designadamente, entre outros, JOSÉ DA SILVA LISBOA, *Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, t. III – *Das avarias*, Imprensa Régia, Lisboa, 1817, *per totum* (com significativas remissões ao direito romano), JOSÉ FERREIRA BORGES, *Commentarios sobre a Legislação Portuguesa acerca d’Avarias*, L. Thompson, Londres, 1830, *per totum* (numerosas também as referências ao direito romano), DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Projecto de Código de Commercio*, 2.ª ed., Imprensa da Universidade, Coimbra, 1871, 116-123 (artigos 458.º a 477.º), IDEM, *Anotações ou Synthese Annotada ao Código de Commercio*, vol. III, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1875, 420-482, FRANCISCO LUIZ DE CASTRO SOARES DA CUNHA REGO/JOÃO CASTANHO DE MENEZES, *Direito commercial portuguez ou pratica da legislação commercial do foro portuguez contendo um formulario*, Typographia da Viuva Sousa Neves, Lisboa, 1886 (acc. 13, 83, 93, 103, 131, 133, 138, 142, 155, 189, 200, 209, 232, 263, 390, 613, 786), FRANCISCO ANTONIO DA VEIGA BEIRÃO, *Direito Commercial Portuguez. Esboço do Curso*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1912, 192-197, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Commercial português*, vol. III, José Bastos, Lisboa, 1918, 395-441, IDEM, *Livro III do Código Commercial*, Imprensa da Armada, Lisboa, 1935, 201-225 (artigos 750.º a 778.º), ADRIANO ANTHERO, *Comentario ao Código Commercial Portuguez*, vol. II, Artes & Letras, Porto, 1915, 544-585 = *Comentario ao Código Commercial Portuguez*, vol. III, Companhia Portuguesa Ed., Porto, s/d (mas posterior a 1930), 363-409, GUILHERME A. VIDAL JÚNIOR, *Guia Mercante acomodada ao Código Commercial, ao Código do processo commercial e Organização dos serviços dos departamentos marítimos; com diversos commentarios sobre avarias*, Typ. da Costa Braga, Lisboa, 1902, 43 ss., 109 ss. (e *passim*), IDEM, *Questionário marítimo. Direito marítimo comercial*, 2.ª ed., Moraes, Lisboa, 1927, 13-295 (e *passim*), AURELIANO STRECHT RIBEIRO, *Código Commercial Português actualizado e anotado*, vol. III, Procural, Lisboa, 1940, 191-202, GAGO DE MEDEIROS, *O transporte marítimo (contratos de transporte e de seguro marítimos)*, A. M. Pereira, Lisboa, 1942, 87-107, MARIA DE LOURDES SOTTO MAYOR E ALMEIDA, *Das avarias*, FDL, Lisboa, 1945, *per totum*, JOÃO PEDRO COLLARES PEREIRA, *Breve crítica à doutrina corrente sobre avarias comuns*, ROA II (1951) 1/2, 213-231, IDEM, *Do acto de avaria. Contribuição. Seguro*, FDUL, Lisboa, 1949, *per totum*, ANDRÉ RAFFI, *Avarias marítimas*, tradução, anotações e adaptação à legislação portuguesa de Eduardo Henrique Serra Brandão e João Pedro Collares Pereira, Livraria Clássica, Lisboa, 1955, *per totum*, PEDRO MARTÍNEZ, *Teoria e prática dos seguros*, 2.ª ed., Imprensa Artística, Lisboa, s/d, 182-212, AZEVEDO MATOS, *Princípios de Direito marítimo*, vol. IV – *Dos acontecimentos de mar*, Ática, Lisboa, 1958, 251-462, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Conferência de Direito Marítimo de Amsterdam*, RFDUL 6 (1949), 259-265 e 269-280, JOAQUIM SANT’ANNA SILVA, *Guia Prático de Procedimento sobre Avarias Marítimas*, Ed. Marítimo-Colonial, Lisboa, 1972, *per totum*, JOÃO MATA, *Seguro marítimo. Mercadorias*, 3.ª ed., Petrony, Lisboa, 1990, 221-281, J. VASCONCELOS ESTEVES, *Acontecimentos de mar*, vol. III – *Abalroamento, assistência e salvamento e avarias marítimas*, Petrony, Lisboa, 1987, 77-143, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contributo para a Reforma do Direito Commercial Marítimo*, ROA 60 (2000) 3, 1105-1112 = *Estudos de Direito Civil, Direito Commercial e Direito Commercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2006, 174-180, IDEM, *O Direito comercial marítimo de Macau revisitado*, ROA 62 (2002) 2, 435-436 = *Estudos* cit., 293-294, MÁRIO

questiona-se lididamente sobre se metodologicamente contribuem tais elucubrações ao fulcro da investigação num estudo de direito romano²⁷.

RAPOSO, *A nova lei marítima de Macau e os seus trabalhos preparatórios*, ROA 61 (2001) 3, 1192-1193 = *Sobre os trabalhos preparatórios da Lei marítima de Macau (parte segunda)*, em *Estudos sobre Arbitragem comercial e Direito marítimo*, Almedina, Coimbra, 2006, 204-205, IDEM, *Notas sobre o Dec.-Lei n.º 203/98, de 10 de Julho*, nos *Estudos sobre o novo Direito marítimo. Realidades internacionais e situação portuguesa*, Coimbra Ed., Coimbra, 2000, 43-45, JOSÉ MIGUEL ALVES DE BRITO, *Seguro marítimo de mercadorias. Descrição e notas ao seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2006, 102, LUÍS DA COSTA DIOGO/RUI JANUÁRIO, *Direito comercial marítimo*, Quid Juris, Lisboa, 2008, 97-99, NUNO AURELIANO, *A salvação marítima*, Almedina, Coimbra, 2006, 79-81, ou MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Direito marítimo*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2008, 27-93. Sobre a *lex Rhodia de iactu* e os problemas com a mesma correlatos, na doutrina portuguesa, e.g., EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *História do Direito Comum da Humanidade. Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?*, vol. I, t. II, AAFDL, Lisboa, 2006, 330-338, ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Contrato de transporte marítimo (direito romano)*, Nos *20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II – *Vária*, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, 17 e 24-25, ou JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *O achamento de bens culturais subaquáticos*, Petrony, Lisboa, 2008, 88-103. Não encontrámos também alusões ao direito anglo-saxónico, em particular o britânico – essencial à compreensão do actual regime das avarias grossas, designadamente das RIA –, omissio da rubrica das “fontes jurídicas modernas”.

²⁶ A respeito das RIA (Regras de Iorque Antuérpia), note-se que, tendo sido o estudo em questão publicado no Outono de 2016, tinham já sido à data aprovadas as RIA 2016 na conferência de Nova Iorque em Maio desse mesmo ano. Por outro lado, não nos parece, em rigor, exacta a afirmação, sem outros considerandos, de que “[i]nfelizmente, as YAR [= RIA] (...) 2004 não tratam do sujeito legítimo dessa decisão”. Não se terá antes adrede pretendido evitar discussões em torno da legitimidade (activa) para o sacrifício? O tema tem sido, de resto, sobejamente tratado na doutrina contemporânea. Cf., além da bibliografia cit. pelo ilustre autor a 132 nt. 499, por ex., o manual de referência – que, certamente por lapso nosso, não encontramos citado – de LOWNDEN/RUDOLF, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, que, mesmo em edições anteriores (consultámos a 12.^a ed. de 1997 de D.J. Wilson/J. H. S. Cooke, mas existe já a 14.^a de 2013 de Richard Cornah/John Reeder, esperando-se em 2018 a 15.^a em face das RIA 2016), dedicava uma rubrica precisamente a este problema (79-82); cf. também GIORGIO RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, vol. III, Giuffrè, Milão, 1994, 61-67.

²⁷ Teria sido interessante, ao nível da história dos dogmas, que a “ponte” entre o direito romano e o hodierno tivesse sido construída percorrendo ainda que sob diferente olhar os caminhos já desbravados, a título de exemplo, por ANTONIO LEFEBVRE D’OVIDIO, *La contribuzione alle avarie comuni dal diritto romano all’ordinanza del 1681*, RDN I (1935), 36-140, GUNTER WESENER, *Von der lex Rhodia de iactu zum § 1043 ABGB*, em *Festschrift für Johannes Bärmann. Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart*, Beck, Munique, 1975, 31-51, ou REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxónia, 1996, 406-412, de resto oportunamente citados pelo autor de terras de Vera Cruz, aos quais se ade ELTJO J. H. SCHRAGE, *Locatio conductio*, em *Das römisch-bolländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. Und 18. Jahrhundert*, org. R. Feenstra/R. Zimmermann, Berlim, 1992 = *Non quia romanum sed quia ius. Das Entstehen eines europäischen Rechtsbewußtseins im Mittelalter*, Keip, Goldbach, 1996, 268-270. Com interesse também o discurso, a par dos

Quanto fica dito não invalida, repetimos, a incomensurável valia da obra, cuja leitura se tornou imprescindível não apenas aos juristas lusófonos como também a todos aqueles que sobre este crucial tema do direito privado marítimo (romano) se debruçam²⁸. As minuciosas reflexões do autor, acompanhadas das copiosas referências bibliográficas consultadas, pronunciando-se decisivamente sobre tão debatidas questões, constituirão um incontornável marco de referência e de inequívoca ajuda à doutrina que se lhe seguirá.

FRANCISCO RODRIGUES ROCHA
Universidade de Lisboa

termos em que é legítimo ao jurisromanista o recurso à dogmática hodierna, sobre o conceito moderno de direito comercial, a tradicional inclusão neste do direito (privado) marítimo (sem desconsiderar as conhecidas tendências autonómicas: cf., e. g., entre nós, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O ensino do Direito Marítimo. O soltar das amarras do Direito da Navegação marítima*, Almedina, Coimbra, 2005, 141-151), a visão tradicional – entretanto fortemente contestada, senão mesmo, para alguns, ultrapassada (assim, e. g., ANDREA DI PORTO, *Il diritto commerciale romano. Una «zona d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, em *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, vol. III, org. Matteo Marrone, Jovene, Nápoles, 1997, 413-452, PIETRO CERAMI, *Diritto commerciale romano: dalla prassi all'exercitio negotiationis*, nos *Studi Senesi* 119 (2007) 2, 237-238, IDEM, *Exercitio negotiationum. Tipologia storico-giuridica della disciplina dei rapporti commerciali*, em *Vincula iuris. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. II, Jovene, Nápoles, 2002, 149 ss., PIETRO CERAMI/ALDO PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 3.^a ed., Giappichelli, Turim, 2010, 3 ss., *max.* 9-13; cf., ainda que sob diversa perspectiva, ANDRÁS FÖLDI, *Eine Alternative annäherungsweise: Gedanken zum Problem des Handelsrechts in der römischen Welt*, *RIDA* 48 (2001), 65-90, ou TIZIANA J. CHIUSI, *Diritto commerciale romano? Alcune osservazioni critiche, Fides, humanitas, ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, Ed. Scientifica, Nápoles, 2007, 1025-1041) – que, recusando-o no direito romano, radica o direito comercial no medievo e a colocação em tal discurso do regime jurídico da contribuição por sacrifício no mar. O título da obra ora recenseada – *Diritto privato marítimo-romano* – consentia (talvez, atento o teor das conclusões) um tal desenvolvimento (no capítulo das conclusões?). Cf. recentemente também LEONID KOFANOV, *Diritto commerciale nella lex Rhodia. La dottrina dei contratti consensual nella giurisprudenza romana e il 'cuore' del commercio nella Russia contemporanea*, na *Legal Roots* 2 (2013) 191-225.

²⁸ Cf. também ROSA MARIA BARRETO DE ANDRADE NERY, *Recensão a RODRIGO DE LIMA VAZ SAMPAIO, Direito privado marítimo-romano – A disciplina jurídica do alijamento*, na *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 4/10 (Jan./Mar. 2017), 363-365.

Interpretatio Prudentium

direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review

II, 2017, 1

interpretatio@fd.ulisboa.pt
www.thdulisboa.com