

BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN

PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE

ABHANDLUNGEN · NEUE FOLGE, HEFT 77

DIETER NÖRR

**Rechtskritik
in der römischen Antike**

MÜNCHEN 1974

VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
IN KOMMISSION BEI DER C.H.BECK'SCHEN VERLAGSBUCHHANDLUNG MÜNCHEN

BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN

PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE

ABHANDLUNGEN · NEUE FOLGE, HEFT 77

DIETER NÖRR

Rechtskritik
in der römischen Antike

Vorgetragen am 12. Januar 1973

MÜNCHEN 1974

VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
IN KOMMISSION BEI DER C.H.BECK'SCHEN VERLAGSBUCHHANDLUNG MÜNCHEN

ISBN 3 7696 0072 X

© Bayerische Akademie der Wissenschaften, München 1974
Druck: Buchdruckerei D. Geiger, Mühldorf am Inn
Printed in Germany

WOLFGANG KUNKEL

zum 20. November 1972

INHALT

Abkürzungsverzeichnis	8
Vorwort	9

I. EINLEITUNG

1. Stand der Forschung, Quellenlage	11
2. Verfassungskritik, Herrschaftskritik, Zeitkritik	14
3. Rechtsänderung und Rechtskritik, Juristenrecht und Rechtskritik	15

II. ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN DER RECHTSKRITIK

1. Erkenntnis der Verschiedenheit und Veränderlichkeit der Rechtsordnungen	19
2. Skepsis, Dogmatik (vor allem stoisches Naturrecht und römischer <i>mos maiorum</i>), pragmatische Rechtskritik (vor allem Aristoteles)	21
3. Leistungsfähigkeit des Gesetzes, Gesetz und Billigkeit	32
4. Einstellung der Rhetorik der Kaiserzeit zur Rechtskritik, <i>legum laus et vituperatio</i> , <i>aequitas</i> in der Rhetorik	34
5. Zur ethischen Fragwürdigkeit des positiven Rechts	40
6. Cicero und das richtige Recht	42
7. Beispiele für Kritik an nicht-römischen Rechtsordnungen (insbesondere Plutarch)	43
8. Kynische Enttabuisierung und christliche Reaktion	46

III. RECHTSKRITIK UND SOZIALSTRUKTUR

1. Zur Opposition im römischen Imperium	48
2. Auf der Suche nach Indizien für Rechtskritik in den unteren Schichten	49
3. Juristenschicksale	54

IV. GENERELLE ÄUSSERUNGEN DER KRITIK AM RÖMISCHEN RECHT

1. Relativierende und abwertende Äußerungen 57
2. Zur römischen Gerechtigkeits-Ideologie 59

V. EINZELFÄLLE DER RECHTSKRITIK IN DER AUSSERJURISTISCHEN LITERATUR

1. Gesetze als Instrumente politischen Kampfes (Cicero, Tacitus) 62
2. Härte und Fremdartigkeit römischer Rechtsinstitutionen (vor allem archaischer Zeit) 66
3. Benachteiligung gewisser Bevölkerungsschichten (Sklassen, Provinziale, Frauen, Christen) 70
4. Allgemeine sozialpolitische Motive der Kritik (vor allem an den *leges sumptuariae* und den augusteischen Ehegesetzen) 73
5. Vorwurf der Dummheit und Einfalt (Testament, Schatzfund) 78

VI. JURISTENSCHELTE

1. „*iuris consultus abesto*“ 83
2. Ironie und Spott 84
3. Polemik 87

VII. MOTIVE DER KRITIK (ZUSAMMENFASSUNG)

1. Spekulationen über Motive und Entwicklung der Rechtskritik 88
2. Historisch bezeugte Motive 89

VIII. GAIUS ALS RECHTSKRITIKER

1. Einzelfälle 92
2. Kritik am Kaiserrecht 97
3. Naturrecht als rechtskritische Kategorie? 98

IX. RECHTSKRITISCHE ÄUSSERUNGEN IN DER KLASSISCHEN JURISPRUDENZ

1. Vorbemerkung, Adoption und Testamentsformalismus	103
2. Kritik an Volksgesetzen	104
3. Kritische Äußerungen zum <i>SC Pegasianum</i>	107
4. Ediktskritik	109
5. „ <i>aequitas</i> “ als rechtskritische Kategorie	113
6. Tryphonin als Rechtskritiker	120
7. Zusammenfassung	121

X. JURISTENKRITIK AM KAISERRECHT

1. Vorbemerkungen	122
2. Einzelfälle	124
3. <i>Pauli decretorum libri tres</i>	127
4. Kritik an strafrechtlichen Sanktionen, Gerichtsbarkeit der <i>procuratores</i>	130
5. Zusammenfassung und Folgerungen	132

XI. JURISTISCHE REAKTIONEN AUF NICHT-JURISTISCHE KRITIK

1. Parallelen (insbesondere Dig. 1.3.)	134
2. „Legitimationsversuche“ der Juristen (insbesondere: <i>ratio</i> , <i>aequitas</i> , <i>utilitas</i>)	136
3. Tradition und Autorität, irrationale Strömungen	141

XII. DIE CHARAKTERISTISCHEN ZÜGE DER RECHTSKRITIK IN DER RÖMISCHEN ANTIKE

1. Traditionalismus, Programmlosigkeit, Kaisertum und Rechtsordnung, „A-Politismus“, institutionelle und moralische Kritik, Gegensatz von Rechtsordnung und Rechtspraxis	144
2. Umwertung der Werte (Kynismus und Christentum), <i>laudatio iuris</i>	151
Quellenindex	155
Sach- und Namensindex	164

VERZEICHNIS DER NICHT ALLGEMEIN GEBRÄUCHLICHEN ABKÜRZUNGEN

De Martino, Storia	De Martino, Storia della Costituzione Romana, Bd. I—VI, 1951 ff.
Fredouille, Tertullien	Fredouille, Tertullien et la conversion de la culture antique, 1972
Gualandi, Legislazione imperiale	Gualandi, Legislazione imperiale e giurisprudenza, 2 Bde., 1963
Kaser, RPR	Kaser, Römisches Privatrecht, I ² , 1971; II, 1959
Kaser, RZP	Kaser, Römisches Zivilprozeßrecht, 1966
Kunkel, Herkunft	Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 1967 ²
Kunkel, Rechtsgeschichte	Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, 1973 ⁷
Kunkel, RR	Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 1949 ³
MacMullen, Enemies	MacMullen, Enemies of the Roman order, 1966
Nörr, (Iurisperitus) Sacerdos ...	Nörr, Iurisperitus Sacerdos, Xenion (Festschrift für Zepos), I, 1973, 555 ff.
Nörr, Schatzfund	Nörr, Ethik v. Jurisprudenz in Sachen Schatzfund, BIDR 75, 1972, 11 ff.
Rotondi, Leges	Rotondi, Leges Publicae Populi Romani, Neudruck 1969
F. Schulz, Prinzipien	F. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, 1953 ²
F. Schulz, Rechtswissenschaft ...	F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961
Vonglis, La lettre et l'esprit	Vonglis, La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique, 1968
Wesel, Rhetorische Statuslehre .	Wesel, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen, 1967
Wieacker, Textstufen	Wieacker, Textstufen klassischer Juristen, 1960

VORWORT

Aus verschiedenen Gründen müßten die folgenden Untersuchungen den Untertitel „Prolegomena zur Geschichte der Rechtskritik in der Antike“ tragen. Zwar enthalten sie den Versuch einer möglichst umfassenden Bereitstellung des Quellenmaterials für künftige Forschungen; doch kann angesichts der Quellenlage nicht einmal für die im Zentrum stehende Zeit der späten Republik und des Prinzipats dafür garantiert werden, daß alle Themen der Rechtskritik erscheinen. Viele der hier genannten Quellen und besprochenen Objekte der Kritik bedürften einer fast monographischen Behandlung, wie ich sie bei der Erörterung des Schatzfundes in dem Aufsatz: „Ethik v. Jurisprudenz in Sachen Schatzfund“ (BIDR 75, 1972 (erschieden 1974), 11 ff.) versucht habe. Die — in unserer Studie unvermeidliche — kursorische Besprechung kann Inhalt und Motive, juristischen und sozialen Hintergrund der Kritik häufig nur andeuten; Unvollständigkeiten in der Argumentation, Quelleninterpretation (beispielsweise hinsichtlich der Interpolationsprobleme) und Literaturverwertung mußten in Kauf genommen werden. Was schließlich die allgemeinen Kategorien der Kritik, die Gründe für die Besonderheit des Phänomens „Rechtskritik“ in der Antike überhaupt betrifft, so bin ich sicherlich über Ansätze nicht hinausgekommen. Der Leser wird bemerken,

daß viele der verwendeten Begriffe (wie etwa „Kritik“, „Positivismus“, „Legitimationsbedürfnis“) bereits Interpretationshypothesen enthalten, die noch weiterer Untersuchung bedürften.

Trotzdem hoffe ich, daß die folgenden Ausführungen zu einem besseren Verständnis nicht nur des römischen Rechts, sondern vor allem des Verhältnisses des antiken Menschen zum Recht beitragen. Dabei darf ich den Wunsch aussprechen, daß weitere Untersuchungen mehr Material, eingehendere Interpretationen, besseres Verständnis der Motive und klarere Erkenntnisse über die Bedeutung der Rechtskritik in der Antike bringen werden.

Ohne fremde Hilfe wäre mir der Abschluß dieser Arbeit — die vor bald zehn Jahren geplant, aber lange nicht ausgeführt wurde — sehr schwer gefallen. Für die große Unterstützung bei der Herstellung des druckfertigen Manuskriptes habe ich Frau Karin Billina zu danken. Eine Reihe wertvoller Anregungen erhielt ich von Herrn Dr. Roland Wittmann, der das ganze Manuskript vor der Drucklegung kritisch durcharbeitete und mir — ebenso wie cand. iur. Almut Ahrens — auch beim Lesen der Korrekturen half.

München, im Frühjahr 1974

Dieter Nörr

I. EINLEITUNG

1. Stand der Forschung, Quellenlage

Wenn die Romanistik sich an den Interessen oder Moden der Gegenwart zu orientieren wünscht, so wird sie nicht umhin können, sich auch das Problem der Rechtskritik in der Antike zu stellen. Doch selbst wenn man von diesem zeitgebundenen Aspekt absieht, so ist es erstaunlich, wie wenig unsere Wissenschaft über diese Frage bisher zu sagen hatte. Soweit ich es überblicke, sind vor allem v. Ihering, F. Schulz, Maschi und der Historiker Mazzarino hierauf ausdrücklich eingegangen. Die nach dem Kontext durchaus nicht panegyrisch gemeinte Stellungnahme Iherings¹ sei hier wörtlich wiedergegeben, da sie die Zurückhaltung der Rechtshistoriker bis heute verständlich macht: „Selbst eine Kritik des bestehenden Rechts vom legislativen Standpunkt aus sucht man bei ihnen (sc. den römischen Juristen) vergebens, Wissen und Urteil war bei ihnen in dem Maße eins und in dem Maße lebendiges Stück von ihnen selbst, daß sie gar nicht auf die Idee kamen, sich, wie es ja bei der Kritik ist, mit ihrem Denken künstlich aus der Sache zurückzuziehen, sie zu isolieren und zu objektivieren und sich als unbefangener Beobachter gegenüberzustellen.“

Entsprechend hat F. Schulz in seinen für die geistigen Grundlagen des römischen Rechts immer noch grundlegenden „Prinzipien des römischen Rechts“² festgestellt, daß die römischen Juristen keine Neigung zur Rechtskritik hatten. Maschi hat dem widersprochen — im Ergebnis teilweise zu Recht, doch methodisch nicht

recht befriedigend³. Mazzarino⁴ erörtert — eher aphoristisch, aber mit interessanten Ansätzen — einige Quellen zur Kritik am römischen Recht durch Nicht Römer und Nichtjuristen. Schließlich ist nicht zu vergessen, daß bei der in der modernen Literatur überreichlich behandelten Auseinandersetzung des römischen Staates mit dem Christentum auch römische Rechtsnormen eine wichtige Rolle spielen. Da wir uns an dieser Stelle nicht mit den Christenverfolgungen und ihren juristischen Grundlagen beschäftigen wollen, konzentriert sich unser Interesse auf Autoren wie A. Beck⁵, Gonella⁶ und Fredouille⁷, die die Rechtskritik christlicher Schriftsteller vor dem Hintergrund der antiken Rechtsauffassungen erörterten. Es sind vor allem Tertullian und Laktanz, die einer solchen Fragestellung entgegenkommen.

Daß die Zurückhaltung gegenüber dem hier gewählten Thema nicht unmotiviert ist, wird sich — wie ich glaube — aus der folgenden Abhandlung ergeben. Hier seien (eher provisorisch) zwei Faktoren genannt, die diese Zurückhaltung verständlich machen: die Quellenlage und der Gegenstand. Mit ihrer Besprechung soll zugleich versucht werden, das Thema vernünftig zu umgrenzen.

Unsere Quellen zur Kritik am römischen Recht sind wenigstens auf den ersten Blick dürftig. Das gilt sowohl von den Juristenschriften als auch vom außerjuristischen Schrifttum. Hierfür lassen sich einige, weiterhin noch zu vertiefende Gründe angeben. Was die Juristen betrifft, so könnte das spärliche Auftreten rechtskritischer

¹ Geist des römischen Rechts, III 16+7, 316.

² S. 68; s. dazu auch Kaser, RPR I 182 f.

³ Studi Biondi II, 1965, 709 ff.; vgl. auch Kaser SZ 84, 1967, 547. Maschi macht nicht ausreichend klar, daß die ständige Arbeit am Recht, wie sie die Juristen in der Auseinandersetzung mit ihren Vorgängern, aber auch jeder Gesetzgeber in der Auseinandersetzung mit der jeweiligen Rechtsordnung zeigen, zwar unter dem Gesichtspunkt der Rechtskritik behandelt werden kann, daß damit aber das Thema jegliche Kontur verliert. Vgl. auch weiterhin im Text.

⁴ BIDR 65, 1962, 57 ff.

⁵ Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian, Neudruck 1967, 20 passim.

⁶ Vgl. seine allerdings recht skizzenhafte Erörterung der „critica dell'autorità delle leggi secondo Tertulliano e Lattanzio“, RIFD (Riv. Ital. di Filosofia di Diritto) 17, 1937, 23 ff.

⁷ Tertullien et la conversion de la culture antique, 1972, 242 ff.

Bemerkungen mit der Aussiebung bei der Herstellung der justinianischen Kodifikation zusammenhängen. Rechtskritische Texte, die zu Rechtsänderungen geführt hatten, waren überflüssig geworden, solche ohne praktische Konsequenzen waren überflüssig und – vor allem dann, wenn sie sich gegen kaiserliche Normen richteten – unangebracht.

Daß es sich hierbei um mehr als bloße Spekulationen handelt, zeigt etwa ein Vergleich zwischen der Überlieferung der Bemerkungen Ulpianus zu dem hadrianischen Reskript über die *abigei* in den Digesten und in der *Collatio*⁸. Der in der *Collatio* überlieferte Wortlaut des Rescripts scheint – aus welchen Gründen auch immer⁹ – die *poena gladii* gegen alle Vernunft als leichter denn die *poena metalli* zu bezeichnen¹⁰. Ulpian versucht dieser Inkonsistenz durch eine recht gewagte Auslegung nach dem Sinn des Rescripts entgegenzutreten (Ersetzung der *poena gladii* durch die *damnatio ludi*). In den Digesten¹¹ ist die Unklarheit durch Kürzung beseitigt; damit konnten auch die Bemerkungen Ulpianus wegfallen. Ein weiteres Beispiel ist der Bericht Justinians (Inst. 2.23.7) über die negative Beurteilung gewisser Folgen des *SC Pegasianum* durch Papinian. Da dieses *SC* auf Anweisung

Justinians aus den Texten getilgt wurde, ist es verständlich, daß auch der Tadel Papinianus nicht in den Digesten erscheint¹².

Auch das relativ reiche Vorkommen von Rechtskritik in den Institutionen des Gaius (s. u. VIII) ist ein gewisses Indiz für eine entsprechende Auswahl und Kürzung der Texte. Sicherlich ist die Person des Gaius zu berücksichtigen, von dessen Einstellung zur Rechtskritik nicht ohne weiteres auf eine entsprechende Einstellung der klassischen Jurisprudenz schlechthin geschlossen werden darf. Auch ist zu beachten, daß sich seine kritischen Äußerungen oftmals auf Institute beziehen, die in der Zeit Justinians bereits obsolet waren¹³. Immerhin ist es auffällig, daß Justinian etwa an einer Stelle, wo Gaius über die Lächerlichkeit der *quaestio lance et licio* spricht (3.193), diese in seinem historischen Überblick über Diebstahlsklagen zwar noch andeutungsweise erwähnt, den kritischen Passus aber unterdrückt (Inst. 4.1.4).

Schließlich ist noch auf die Kritik des Masurius Sabinus an der Institution der Adoption von Freigelassenen durch *ingenui* hinzuweisen. Sie ist bei Gellius (5.19.11 ff.; s. u. XI 1) überliefert, während uns Sabinus, von dem allerdings nur wenige Texte unmittelbar tradiert sind, in den

⁸ D. 47.14.1 pr; Coll. 11. 7 f. (de off. proc.); s. auch unter X 2 bei A.20. Die Korrektur Ulpianus am Reskript Hadrians hinsichtlich der *honestiores* (D. 47.14.1.3; Coll. 11.8.3) ist in den Digesten im wesentlichen wörtlich übernommen worden. Dagegen ist verständlicherweise die versteckte Kritik an der stadtrömischen Praxis (Coll. 11.8.4) bei der Kodifikation herausgefallen. Zum möglichen Ausfall rechtshistorischer Exkurse s. Maschi, Diritto Romano I (Prosp. stor.), 1966², 771 ff.

⁹ S. z. St. etwa Levy, Ges. Schriften I 99 ff.; II 474 f.; De Robertis, Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali, 1942, 77 f.; Wieacker, Textstufen, 397 ff. (mit Lit.); Sinogowitz, Studien zum Strafrecht der Ekloge, 1956, 49 ff.; D. Nörr, SZ 76, 1956, 631 f.

¹⁰ Coll. 11.7.1 ff.: *Ulpianus libro octauo de officio proconsulis sub titulo de abigeis: 1. De abigeis puniendis ita diuus Hadrianus rescripsit concilio Baeticae: 'Abigei cum durissime puniuntur, ad gladium damnari solent. Puniuntur autem durissime non ubique, sed ubi frequentius est hoc genus maleficii: alioquin et in opus et nonnumquam temporarium damnantur. 2. Ideoque puto apud uos quoque sufficere genus poenae, quod maximum huic maleficio inrogari solet, ut ad gladium abigei dentur: aut si quis tam notus et tam grauis in abigendo fuit, ut prius ex hoc crimine aliqua poena affectus sit, hunc in metallum dari*

oportere'. 3. Rescriptum diui Hadriani sic loquitur, quasi grauior poena sit metalli: nisi forte hoc sensit diuus Hadrianus gladii poenam dicendo ludi damnationem. 4. Est autem differentia inter eos qui ad gladium et eos qui ad ludum damnantur: nam ad gladium damnati confestim consumuntur uel certe intra annum debent consumi: hoc enim mandatis continetur. Enimvero qui in ludum damnantur, non utique consumuntur sed etiam pilleari et rudem accipere possunt post interuallum, siquidem post quinquennium pilleari, post triennium autem rudem induere eis permittitur. 5. Eodem rescripto diui Hadriani diligentissime expressum est non ubique parem esse poenam abigeorum. – Ist § 5 ironisch oder beschwichtigend?

¹¹ D. 47.14.1 pr: *De abigeis puniendis ita diuus Hadrianus consilio Baeticae rescripsit: 'abigei cum durissime puniuntur, ad gladium damnari solent. puniuntur autem durissime non ubique, sed ubi frequentius est id genus maleficii: alioquin et in opus et nonnumquam temporarium dantur'*.

¹² Vgl. z. St. u. IX 3; s. auch Inst. Just. 2.20.34 (u. IX 1 bei A. 3).

¹³ S. etwa Gai. 1.76 ff. (s. u. VIII 1 bei Anm. 46); 1.190 (*tutela mulieris*; vgl. auch 1.144); nicht ergiebig für unser Thema ist der Vergleich von Inst. Just. 2.4.2 (nach Ferrini, Opere II, 360 f. aus den res. cott.; s. auch D. 7.1.3) mit D. 7.5.2 (Gai. 7 ad ed. prov.).

Digesten nirgends als Rechtskritiker entgegentritt.

In den letzten Jahren hat sich die Überzeugung verstärkt, daß die Digestenkommission weithin die Auseinandersetzung der Juristen mit ihren Vorgängern gestrichen oder gekürzt hat¹⁴. Dementsprechend und um so mehr läßt sich vermuten, daß der Kürzung auch rechtskritische Äußerungen zum Opfer fielen. Diese Vermutung wird auch nicht dadurch widerlegt, daß sich Justinian — wie wir gesehen haben — bisweilen dort, wo er zu Rechtsänderungen schreitet, auf entsprechende rechtskritische Äußerungen der klassischen Juristen beruft¹⁵. Denn hierbei geht es um die Rechtfertigung des kaiserlichen Eingriffes in das Recht, bei der sich Justinian verständlicherweise die Unterstützung der klassischen Juristen nicht entgehen ließ¹⁶.

Geht man zum nichtjuristischen Schrifttum über, so fällt auch dort auf, daß das römische Recht nicht allzu häufig kritisiert wird. Auch hier mag die Überlieferung täuschen, bei deren Auswahl sich das Interesse nicht gerade auf unser Thema konzentrieren mußte. So ist — um Parallelen zu nennen — von den aristotelischen und hellenistischen Sammlungen der *nomima barbarika* kaum etwas erhalten¹⁷. Ähnliches gilt von der Sammlung absurder Gesetze durch Chrysipp (s. Cic. Tusc. 1.45.108). Einer laienhaften Kritik des römischen Rechts vor allem der Kaiserzeit standen im übrigen seine Schwierigkeit und Differenziertheit im Wege. Denn was für alle Rechtskritik schlechthin gilt¹⁸, gilt für die Kritik an dem nur wenig positivierten römischen Recht in verstärktem Maße: Um hier sachlich und wirklichkeitsnah argumentieren zu können, ist die Kenntnis der Rechtsnormen und Rechtsinstitute nicht ausreichend; notwendig ist die Beherrschung des gesamten rechtstechnischen Instrumentars, die bei einem juristischen Laien zu-

mindest (auch) in der römischen Antike nicht zu erwarten ist. Weiterhin ist der moralisierende und personalisierende Charakter gerade der römischen Geschichtsschreibung und Philosophie zu erwähnen, für die die Kritik der Institutionen nur selten interessant war. Schließlich ist auch die politische Situation gerade der Kaiserzeit zu bedenken, in der freimütige Kritik am römischen Recht als Kritik am Kaisertum und Imperium verstanden werden konnte. So mag sich die Kritik häufig hinter Paränese und Panegyrik versteckt haben.

Unter diesen Umständen ist es verlockend, kritische Äußerungen durch „ergänzende Auslegung“ aus den Texten zu erschließen oder auf der Basis eines mehr oder weniger gut begründeten Apriori eine kritische Haltung zum römischen Recht dort zu unterstellen, wo wir sie von unserem Standpunkt aus erwarten würden. Eine den Wortlaut der Texte bis zum letzten strapazierende und vielleicht auch überstrapazierende Auslegung ist bei einem Thema wie dem vorliegenden nicht ganz auszuschließen. Dieses Risiko ist ebenso schwer zu vermeiden wie die sich daraus ergebende Unsicherheit, daß wir bei der Auslegung von verbalen Äußerungen häufig nicht mehr die soziale Umwelt, in der sie gefallen sind, rekonstruieren können. Dagegen soll das oben genannte Apriori hier im wesentlichen außer Betracht bleiben. Daß es im römischen Imperium Bevölkerungsschichten gab, die aus den verschiedensten Gründen sei es die Herrschaft der Römer, sei es die Herrschaft des — *sit venia verbo* — Establishments nur gezwungen ertrugen, kann ohne weiteres unterstellt werden¹⁹. Eine ganz andere Frage ist es, ob sich diese Opposition gerade gegen das römische Recht richtete. Es gibt Indizien dafür, daß diese Frage nur mit Einschränkungen bejaht werden kann.

¹⁴ Vgl. nur Kaser, Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, SB Ak. Wien 1972, 19 ff.

¹⁵ S. außerdem noch Inst. Just. 2.20.34; Const. Tanta 6a. Vgl. auch die Übernahme der Gesetzgebungsanregung Ulpian in CJ 6.49.7.1b (a. 530); dazu Schindler, Justinians Haltung zur Klassik, 1966, 159 ff. (mit Lit.).

¹⁶ Vgl. zu dieser Tendenz Justinians Schindler aaO 342 u. ö.

¹⁷ S. zu ihnen nur R. Pfeiffer, Gesch. der klass. Philologie, 1970, 111, 169 f.

¹⁸ S. zum Problem auch Luhmann, Rechtssoziologie 1, 1972, 179.

¹⁹ Vgl. nur die Übersicht von MacMullen, Enemies of the Roman Order, 1966. Zu den Gesellschaftsklassen im römischen Imperium s. Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich, II 232 f. u. ö.; Ellul, Histoire des Institutions I, 1955, 489 ff.; grundlegend jetzt Gagé, Les classes sociales dans l'empire romain, 1964.

2. Verfassungskritik, Herrschaftskritik Zeitkritik

Mit dem genannten Problem haben wir bereits die zweite grundlegende Schwierigkeit der Untersuchung berührt, die Frage nach dem Objekt der Rechtskritik. Wenn man das Thema sehr weit faßt, so umgreift es alle Fakten, die mit dem Kampf um die Herrschaft und um die richtige Ordnung in der (römischen) Antike zu tun haben. Aber auch wenn man das Thema durch Eingrenzung praktikabel macht, so muß dieser allgemeine Hintergrund wenigstens implizit stets im Bewußtsein bleiben. Mit diesem Vorbehalt bleiben die Themen: Verfassungskritik, Kritik der römischen Herrschaft, allgemeine Zeitkritik außerhalb unserer Betrachtung.

So spärlich unsere Quellen für die unmittelbare Rechtskritik sind, so reichlich fließen sie für das Thema der richtigen Verfassung politischen Lebens. Jede Diskussion sei es der besten, sei es einer möglichen Verfassung enthält latent die Kritik der bestehenden Verfassungen. Diese Diskussion geht etwa von Herodot und den Sophisten über Platon und Aristoteles bis zu Cicero und Philon (s. nur StVF III 323), um mit der Durchsetzung der Monarchie in der Prinzipatszeit langsam zu versanden²⁰ oder sich in die Formen des Monarchenspiegels²¹ und der Panegyrik zu verwandeln²². Besonders hervorzuheben ist hier das zweite Buch der aristotelischen Politik mit seiner Kritik der utopischen Verfassungsentwürfe und der existierenden Verfassungen.

Daß Verfassungskritik und Gesetzeskritik eng zusammengehören, muß bereits Heraklit gesehen haben, der es ablehnt, seiner Heimatstadt Ephesus Gesetze zu geben, da ihre Verfassung schlecht sei²³. Entwickelt wird dieser Zusammenhang vor allem von Platon und Aristoteles. So stellt Pla-

ton²⁴ etwa fest, daß Reformversuche durch Gesetze allein nutzlos seien, wenn die Verfassung nicht in Ordnung ist, und nach Aristoteles sind schlechte und ungerechte Gesetze die Konsequenz schlechter Verfassungen²⁵. Wenn sich darüber hinaus der platonische Sokrates (Politeia IV 4, 425 c) weigert, über so „einfache“ Gegenstände wie Marktrecht, Beleidigungen u. ä. Normen zu geben, so fassen wir damit vielleicht eine der Ursachen für die Vernachlässigung der Gesetzeskritik durch die Philosophen.

Trotz der Abhängigkeit der Gesetze von der Verfassung rechtfertigt sich für unsere Frage ein Absehen von der Verfassungskritik. Einmal ist es eine Selbstverständlichkeit, daß Gesetzeskritik möglich ist, ohne die Verfassung selbst in Frage zu stellen. Zum anderen verlagert sich seit der Stoa das Interesse von der Frage nach dem Verhältnis von Verfassung und Einzelgesetz auf die Frage nach dem Verhältnis von der den Kosmos beherrschenden „Grundnorm“ (*koinos nomos, logos, physis*) zum Einzelgesetz (s. nur StVF III 308 ff.); das mag vielleicht auch damit zusammenhängen, daß sich die Theorie von der Mischverfassung als der besten Verfassung allgemein durchgesetzt hat²⁶. Im übrigen läßt sich — wenigstens nach der Überlieferung — kaum behaupten, daß den Römern (hier vor allem vertreten durch Cicero) das Verhältnis von Verfassung und Einzelgesetz ebenso klar und bedeutsam war wie den Griechen. Sicherlich sieht auch Cicero, daß die Gesetze in einer Tyrannis von einem „normativen“ Gesetzesbegriff aus nur als Nicht-Gesetze bezeichnet werden können²⁷ und daß — generell — ein schlechter Zustand des Staates auch zu schlechten Gesetzen führt²⁸. Doch hindern ihn sowohl seine Rezeption der stoischen Fragestellung vom Verhältnis der *lex aeterna* zum Einzelgesetz²⁹ als auch seine ohne

²⁰ S. immerhin noch Cassius Dio 52.1 ff. Zur hellenischen Staatstheorie s. auch Braunert, Saeculum 19, 1968, 47 ff.

²¹ S. nur Dion von Prusa or. I ff.

²² Vgl. nur den Panegyrikus des Plinius sowie Aristides or. IX (D) (*eis basilea*; für Echtheit jetzt C. P. Jones, JRS 62, 1972, 134 ff.; anders Bengtson, Kl. Schr., 1974, 643). Es ist charakteristisch, daß Philostratos in seiner Vita des Apollonius v. Tyana (V 35) diesen sein Desinteresse am Streit um die beste Verfassung erklären läßt.

²³ Diog. Laert. IX 2.

²⁴ Politeia IV 5, 426e; vgl. auch Nomoi IV 6, 714a.

²⁵ Politik III 11, 1282b; s. auch IV 1, 1289a.

²⁶ Vgl. Lit. bei D. Nörr, Imperium und Polis, 1969², 104 A. 246. Vgl. auch Mazzarino, Il pensiero storico classico II, 1, 1968, 1127 ff. (zum Kreislauf der Verfassungen und zum möglichen Ende Roms). Zu Polybios vgl. den Literaturbericht von Musti in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 2, 1972, 1114 ff.

²⁷ de leg. 1.15.42; s. auch Xen. Mem. 1.2.40 ff.; Platon, Nomoi IV 12, 723a.

²⁸ S. de leg. 2.6.14.

²⁹ S. de leg. 2.4.8 ff. u. ö.

tieferer Diskussion aufgestellte römisch-stolze Prämisse, daß „an sich“ die römische Verfassung die beste sei³⁰, daran, sich des Problems „Verfassung und Einzelgesetz“ klar bewußt zu werden. Was schließlich die uns vor allem interessierende Prinzipatszeit betrifft, so schlossen die freiwillige oder widerstrebende Hinnahme der Monarchie und das Risiko der freien Verfassungsdiskussion die hier auszugrenzende Fragestellung weithin aus.

Bei dem zweiten auszuschließenden Problem-bereich geht es um die allgemeine Opposition, sei es gegen das Kaisertum, sei es gegen die römische Herrschaft schlechthin. Es ist an dieser Stelle unmöglich, aber auch nicht notwendig, die hierzu bestehende umfangreiche Literatur durch eine neue Darstellung zu vermehren³¹. Soweit sich die Opposition gegen das Kaisertum richtet, taucht das Problem der Rechtskritik allenfalls am Rande auf; soweit sie sich gegen die römische Herrschaft als solche richtet, ist die Ablehnung der römischen Gesetze regelmäßig nur eine meist nicht ausgesprochene Konsequenz der oppositionellen Haltung, nicht ihr unmittelbarer Inhalt. Damit wird selbstverständlich nicht geleugnet, daß Zusammenhänge zwischen Herrschaftskritik und Rechtskritik bestehen. Für uns ist die allgemeine Herrschaftskritik nur insoweit von Interesse, als sie ausnahmsweise eine spezifizierte Rechtskritik motiviert.

Was für die Herrschaftskritik gilt, muß um so mehr für die allgemeine Zeitkritik gelten. Sicherlich gab es zu jedem Zeitraum der hier interessierenden Epoche eine Zeitkritik, die ohne weiteres auch die Rechtskritik mit einschließen konnte³². Es ist für uns gleichgültig, ob man diese

für quasi-anthropologisch legitimiert hält oder ob man sich mit dem Urteil Senecas begnügen will, daß jede Epoche geneigt ist, die Schlechtigkeit des gegenwärtigen Zeitalters zu beklagen³³. An dieser Stelle kann die Zeitkritik nur insoweit von Interesse sein, als sie sich in konkreter Rechtskritik niederschlägt. Wenn auch sicherlich nicht jede Rechtskritik auf einer grundsätzlichen kritischen Einstellung zur Gegenwart beruhen muß, so ist doch die Möglichkeit einer solchen Einstellung als Motivation der Rechtskritik jeweils im Auge zu behalten.

3. Rechtsänderung und Rechtskritik, Juristenrecht und Rechtskritik

Wir haben bisher versucht, die Rechtskritik von der Verfassungskritik, Herrschaftskritik und Zeitkritik zu unterscheiden. Abschließend müssen wir uns noch der für unsere Zwecke notwendigen und hinreichenden Präzisierung des Begriffes „Rechtskritik“ selbst zuwenden. Hier geht es vor allem um zwei eng miteinander zusammenhängende Probleme: um das Verhältnis von Rechtsänderung und Rechtskritik und um das Verhältnis des „Rechtsstabes“ (hier vor allem der juristischen Schriftsteller) zur Rechtskritik.

Wenn ein Rechtssatz aufgehoben wird oder in *desuetudo* fällt, wenn er geändert wird, wenn ein anderer, neuer Rechtssatz an seine Stelle tritt, wenn er neu interpretiert wird, wenn sich schließlich eine dem offiziellen Recht widersprechende Rechtsordnung zu bilden sucht³⁴ — in allen diesen Fällen könnte man von latenter

³⁰ Vgl. de rep. 1.47.70 u. ö.; vgl. damit Tac. ann. 433.

³¹ Vgl. Fuchs, Der geistige Widerstand gegen Rom, 1938; A. Ehrhardt, Politische Metaphysik I, 1959, 239, 247 f. passim; II 35 ff.; Mazzarino, Trattato II, 263; Musurillo, Acts of Pagan Martyrs, 1954, 255 f. passim; MacMullen, Enemies, 32 passim; Nörr aaO 95 f.; Grelle, L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano, 1972, 81 f. passim; Touloumakos, Zum Geschichtsbewußtsein der Griechen in der Zeit der römischen Herrschaft, 1971, 64 ff., 71; Forte, Rome and the Romans as the Greek saw them, American Ac. Rome 24, 1972. Für die hier nicht interessierende Zeit der Republik s. nur Deininger, Der politische Widerstand gegen Rom in Griechenland 217–86 v. Chr., 1971. — S. auch Bengtson aaO 222 ff., 549 ff.; Sherwin-White, Roman Citizenship, 1973², 397 ff.

³² Vgl. nur (aus christlicher Sicht und zur ersten Hälfte des 3. Jahrh.) Cyprian, ad Demetr. 3 ff.; Hippolyt. Comm. Dan. IV 6.4 (*anomia* der Gegenwart); vgl. auch die Auseinandersetzung Plotins mit der Zeitkritik in Enn. III 2.6 passim (dazu Mazzarino aaO 455 f.).

³³ De benef. 1.10.1: ... *hoc maiores nostri questi sunt, hoc nos querimus, hoc posterī nostri querentur, eversos mores, regnare nequitiam, in deterius res humanas labi*. S. auch Aper bei Tac. dial. 18; Tac. ann. 3.55.5. — Zum Pessimismus im Griechenland der Kaiserzeit Touloumakos aaO 51 ff.

³⁴ Vgl. nur die Problembereiche: „Volksrecht“ und „Vulgarrecht“. Allerdings ist nicht jeder Verstoß gegen ein Gesetz ein Symptom für Rechtskritik; vgl. etwa Tac. ann. 6.16 zu den Wuchergesetzen.

Rechtskritik sprechen³⁵. Man käme dabei im praktischen Ergebnis zu einer Identifizierung der Geschichte der Rechtsentwicklung mit einer Geschichte der Rechtskritik. Daß eine solche Perspektive zulässig sein kann, soll nicht bestritten werden. Für unser Thema wäre sie — nicht nur aus praktischen Gründen — unbrauchbar.

Einmal liegt schon ein äußerer Unterschied darin, ob die Quellen nur eine Rechtsänderung erkennen lassen oder ob sie von expliziter Kritik des Rechts berichten. Doch geht der Unterschied tiefer. Bei „Rechtsänderungen“ können wir die Motive für die Unzufriedenheit mit dem früheren Rechtszustand allenfalls erschließen; bei der Rechtskritik werden sie wenigstens insoweit offengelegt, als es der Kritiker wünscht oder soweit er sich ihrer bewußt ist. Wichtiger noch ist folgendes: Auch ohne weitere hier und mir unmögliche psychologische und soziologische Begründung läßt sich wohl vermuten, daß die Haltung einer Person oder einer Epoche, die ihre Kritik am Recht ausdrücklich formuliert, eine andere (bewußtere, die Rechtsordnung als nichts Gegebenes hinnehmende) ist, als diejenige, die ihr Unbehagen am bestehenden Zustand durch Änderungen beseitigt, wobei sie etwa das Bewußtsein, am Gegebenen zu rütteln, verdrängt oder gar der Meinung ist, daß sie mit der Änderung das alte Recht wiederherstellt.

Dazu kommt ein zweiter Faktor, der für jede Rechtsordnung bedeutsam, für die römische Recht aber entscheidend ist. Um ihn präzise zu beschreiben, bedürfte es an sich einer „Strukturanalyse“ des römischen Rechts³⁶. Hier müssen einige Andeutungen genügen.

Wesentliche Prämisse für die Rechtskritik ist eine gewisse Abstraktion und Isolierung der Normen im Verhältnis zu den Einzelfällen, die sie zugleich regeln und durch die sie produziert werden. Daß das römische Recht — mindestens in der hier interessierenden Epoche —

trotz der viel berufenen Kasuistik eine Unmenge generalisierter Regeln entwickelt hat, läßt sich nicht bestreiten³⁷. Doch ist die Isolierung dieser Regeln aus dem Einzelfall, ihre Stabilisierung in Rechtssätzen, ihre allgemeine Anerkennung begrenzt³⁸. Geht man davon aus, daß die Kritik um so einfacher und effektiver ist, je eindeutiger, abgegrenzter, statischer der zu kritisierende Gegenstand sich darstellt, dann muß man die Kritikabilität des römischen Rechts in der hier interessierenden Epoche gering einschätzen. Sicherlich gibt es einige Momente relativer Eindeutigkeit: Gesetze, Senatuskonsulte (SC), Edikte, späterhin auch kaiserliche Konstitutionen. Auch läßt gerade die Entwicklung des Kaiserrechts, vor allem aber des Juristenrechts zur „Rechtsquelle“ eine fortschreitende Tendenz zur Stabilisierung erkennen. Doch wenn man das römische Recht der ersten beiden Jahrhunderte betrachtet, so sind diese Stabilitätsinseln umgeben von einem Meer der juristischen Auseinandersetzung und des Kampfes entgegengesetzter Meinungen. Das hatte zur Folge, daß die Kritik eher an einer einzelnen juristischen Lehre als am „Recht“ schlechthin anzusetzen hatte.

In dieser Eigenart des römischen Rechts haben wir vielleicht auch einen der Gründe für die Dürftigkeit der außerjuristischen Rechtskritik erfaßt. Um es etwas prononciert auszudrücken: Das römische Recht dieser Epoche ist unstabil und überstabil zu gleicher Zeit. Es ist unstabil, da häufig Kasuistik und Kampf der Auffassungen die Feststellung verhindern, welcher Rechtssatz „gilt“. Es ist überstabil, da kritisierende und kritisierte Rechtsbehauptung in gleicher Weise als zugehörig zum „geltenden“ Recht betrachtet werden können.

Der ungelösten und vielleicht auch kaum lösbaren Aufgabe, die Tendenzen dieser — von den Juristen häufig recht deutlich zum Ausdruck gebrachten³⁹ — Gegensätze zu präzisieren, wollen

³⁵ Unter diesem Gesichtspunkt sind die archaischen Kodifikationen — soweit sie nicht bloß Gewohnheitsrecht reproduzieren — Symptome praktizierter Rechtskritik.

³⁶ Vgl. nur die Zusammenfassung bei Kaser, RPR I, 179 ff.; 194 ff.; zuletzt etwa Bund, Studi Volterra I, 1971, 571 ff. Vgl. auch die Skizze in Festschrift Felgenträger, 1969, 355 ff.

³⁷ S. zum Problem D. Nörr, SZ 89, 1972, 18 ff. mit weiterführender Literatur. Zur Rolle der *lex* s. Kaser, St. Donatuti II, 1973, 523 ff.; Serrao, Enciclopedia del Diritto XXIII, 1973, 794 ff.

³⁸ S. Schulz, Prinzipien, 27 ff.; Wieacker, Vom römischen Recht, 1961², 9. — Zur Trennung von Rechtsfrage und Tatfrage als Prämisse für Rechtskritik s. Luhmann, Rechtssoziologie I, 171.

³⁹ Belege etwa bei Liebs, Studi Volterra, V 75; ders., „Gaio nel suo tempo“, 1966, 70 f.; Bretonne, Tecniche e ideologie dei giuristi romani, 1971, 91 ff.; ders., Parola di Passato 150, 1973, 172; Carcaterra, SDHI 38, 1972, 309 ff.; Thomas, Daube Noster (Essays in Legal History...), 1974, 317 ff.

wir uns hier nicht unterziehen. Vielmehr soll der Meinungsstreit unter den Juristen von unserem Thema grundsätzlich ausgeschlossen sein. Hinter dieser Themenbegrenzung steht nicht allein blanker Dezisionismus. Vielmehr haben es neuere Forschungen wahrscheinlich gemacht, daß etwa einem Juristen wie Pomponius der Unterschied des von der Jurisprudenz beherrschten *ius civile* von den „heteronomen“ Rechtsquellen durchaus bewußt war⁴⁰.

Gleichgültig ist es für uns auch, in welcher konkreten Gestalt die Auseinandersetzung unter den Juristen geführt wurde, ob in der wissenschaftlichen Diskussion oder im praktischen *responsum*; selbst die formal der kaiserlichen Autorität, inhaltlich aber häufig der Stellungnahme in einem juristischen Streit entsprechende Reskriptenpraxis könnte man hierher zählen. Beschäftigen wird uns das *ius controversum* nur insoweit, als sich die Auseinandersetzung auf Normen bezieht, die für die Juristen „heteronom“ sind, die sich m. a. W. auf eine Autorität gründen, die eine andere ist als die der Jurisprudenz. Daß die Grenzen nicht überall scharf zu ziehen sind, dürfte unschädlich sein. Unsicherheiten ergeben sich vor allem aus der römischen Rechtsquellenlehre, sowie aus der bisweilen angebrachten Vermutung, daß auch „heteronome“ Rechtssätze letztlich auf Juristen zurückgeführt werden können. In diesem Sinne dürfen wir die aus „unvordenklicher Vergangenheit“ stammenden Institutionen, sowie Gesetze, Senatusconsulte und Edikte als mögliche Gegenstände juristischer Kritik betrachten.

Wie bereits angedeutet, macht die Einordnung der kaiserlichen Reskripte (und Dekrete) beson-

dere Schwierigkeiten. Betrachtet man sie vom Aspekt ihres juristischen Gehalts und ihrer Textgestaltung aus, so entsprechen sie vielfach den juristischen Responsa; insoweit sind sie Teil der allgemeinen juristischen Auseinandersetzung. Betrachtet man sie aus der Perspektive der ihnen zugrundeliegenden Autorität, so sind sie formal im Vergleich zur Jurisprudenz „heteronom“. Nimmt man schließlich den Gesichtspunkt ihrer Geltungskraft (als precedents), so läßt sich — bei aller Unsicherheit im einzelnen — doch vermuten, daß diese nicht nur für den entschiedenen Fall, sondern generell stärker — und vor allem zeitlich zunehmend stärker — war als die des Juristenrechts im allgemeinen Sinne⁴¹. Unter diesen Umständen können wir das häufiger erörterte Problem der Kritik der Juristen am Kaiserrecht hier nicht völlig außer Betracht lassen; doch wollen wir es nicht unter Berücksichtigung aller seiner Prämissen und Konsequenzen erörtern.

Bereits diese eher zu lang gewordenen Vorbemerkungen zeigen, daß nicht nur die Abgrenzung des Themas, sondern auch seine Durchführung große Schwierigkeiten bereitet. Es kann deshalb in dieser Abhandlung kaum erschöpfend erörtert werden. So werden wir uns hier mit einer teils schematischen, weiterhin ausfüllungsbedürftigen, teils aphoristischen, Probleme stellenden und nicht lösenden Behandlung begnügen. Dabei empfiehlt es sich, auch im Aufbau die Kritik „von außen“ von der Kritik durch die Juristen selbst zu trennen, wobei Gaius — wie so häufig — eine Sonderstellung einnimmt. Wenn wir auch nicht umhin können, einiges zu den in der griechischen Wissenschaft gelegenen Voraus-

⁴⁰ S. Bretonne, *Tecniche* ... 136 ff.; L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, 1967, 8.

⁴¹ Vgl. zu diesen Problemen nur Kaser RPR I, 208 f.; Gaudemet, *Institutions del l'Antiquité*, 1967, 580 ff. Soweit die Kaiser die eigenen Entscheidungen (s. als Beispiel die *divi fratres* in Ulp. D. 27.14.17 pr; dazu etwa Gualandi, *Legislazione imperiale* II, 129 ff.) oder diejenigen ihrer Vorgänger in kritischer Absicht verbessern, aufheben oder in ihrer Geltungskraft einschränken (Beispiele bei Gualandi aaO 33 ff.; s. auch HA v. Macr. 13.1: ... *nefas esse dicens leges videri Commodi et Caracalli et hominum imperitorum voluntates*; dazu Gaudemet aaO 584 f.; Belege aus dem CT bei Gaudemet, *Studi Scherillo* II, 696 ff.), bleibt das ebenso außerhalb unseres Themas, wie wenn sie sich generell gegen

früheres Recht wenden. Nicht allein aus diesem Grund, sondern auch wegen der zeitlichen Beschränkung unserer Fragestellung bleibt vor allem die Rechtskritik Justinians außer Betracht, obwohl gerade seine Konstitutionen besonders reich an ausdrücklichen kritischen Äußerungen sind; s. etwa CJ 7.54.3.3 und generell Const. Deo auct. 7 passim; Omnem 1 (vgl. auch Wieacker SZ 89, 1972, 307). Das Verhältnis Justinians zum „klassischen Recht“ wird gründlich erörtert von Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik*, 1966; dort beispielsweise 342 f. zur Kritik am klassischen Formalismus. Dazu auch Dannenbring, *Acta Classica* (Cape Town) XV, 1972, 131; dort auch (121 ff.) zur Kritik Prokops an Gesetzgebungsakten Justinians. Über die Pflicht des spätantiken byzantinischen Kaisers zur Rechtsverbesserung s. nur Hunger, *Prooimion*, 1964, 103 ff.

setzungen der Rechtskritik zu sagen⁴², so richten wir unsere Aufmerksamkeit doch in erster Linie auf die Epoche, die von der späten Republik bis zum Ende des Prinzipats verläuft. Daß auch innerhalb dieser Epoche bisweilen verschiedene Tendenzen zu verschiedenen Zeiten wirkten, kann vorausgesetzt werden (s. nur die christliche

Rechtskritik); doch sind im allgemeinen die Quellen zu spärlich, als daß eine gar zu differenzierte Aufteilung stets sinnvoll wäre. Was die Untersuchung der Maßstäbe, Motive, Folgen und Grenzen der Rechtskritik betrifft, so gilt hierfür vor allem das über den aphoristischen Charakter der Untersuchung Gesagte.

⁴² Selbstverständlich impliziert das Fehlen einer griechischen Rechtswissenschaft (vgl. zuletzt etwa Triantaphyllopoulos, Xenion (Festschrift Zepos) I, 627 ff., und Meinecke, RIDA 3. S., 18, 1971, 275; vor allem 283 A. 40: Hinweise auf die Schriften von H. J. Wolff) keineswegs das Fehlen von Rechtskritik (s. nur H. J.

Wolff, Rechtsexperten in der griechischen Antike, Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, 3), sondern gibt ihr nur eine, im Vergleich zur internen Kritik der römischen Juristen, untechnische und zu einer globalen Betrachtung neigende Färbung.

II. ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN DER RECHTSKRITIK

1. Erkenntnis der Verschiedenheit und Veränderlichkeit der Rechtsordnungen

Voraussetzung bewußter Rechtskritik ist die Erkenntnis der Verschiedenheit und der Veränderlichkeit von Rechtsordnungen. Sicherlich ist die weitverbreitete, aber immerhin schon von Ihering angezweifelte¹ Vorstellung fragwürdig, daß in traditionsgebundenen Gesellschaften auf primitiver und archaischer Kulturstufe das Recht in der Weise als naturgegeben hingenommen wird, daß etwa eine bewußte Änderung grundsätzlich ausgeschlossen erscheint. Trotzdem ist die Intensität, mit der spätestens seit dem 5. Jahrhundert vor Chr. die Auseinandersetzung über Verschiedenheit und Veränderlichkeit der Rechtsordnungen geführt wird, etwas Neues². Hinter ihr steht nicht nur das praktische Problem der besten Verfassungs- und Rechtsordnung, das im politischen Kampfe ausgetragen wird, sondern auch das theoretische Interesse an den Sitten der Völker und Länder und an den Maßstäben für eine richtige Bewertung des Rechts. Wenn auch eine eingehende Darstellung dieser Bewegung hier nicht erforderlich ist, so sollen doch einige wenige Beispiele gegeben werden.

In erster Linie darf an die griechische Ethnographie erinnert werden. Wohl etwa um die Wende vom 6. zum 5. Jahrhundert entstanden³, seit Herodot normaler Inhalt historiographischer Exkurse⁴, gipfelte sie in den großen Sammelwerken des Aristoteles und seiner Schule und späterhin des Poseidonios⁵. Dabei wird es in der ethnographischen Literatur des Hellenismus üblich, die Werke mit einem Abriß der *Nomoi* zu beschließen; allerdings erscheinen unter diesen eher die „Sitten“ als die Gesetze im eigentlichen Sinne⁶. In einem hier nicht weiter zu klärenden Verhältnis zur Ethnographie steht die — wohl von Kallimachos begründete — Paradoxographie, die Sammlung von Seltsamkeiten und Wunderlichkeiten aus allen Bereichen menschlichen Wissens⁷. In all diesen Literaturwerken spielte die (vergleichende) Erforschung von Recht und Sitte eine zentrale Rolle⁸. Sie führte — wohl seit Hippas⁹ — zu den bekannten Monographien etwa des Aristoteles und des Kallimachos über die *nomina barbarika* und des Nikolaus v. Damaskus über „seltsame Sitten“¹⁰. Dabei zeigt ein Zitat der aristotelischen *nomina barbarika* durch Varro (de ling. lat. 7.70), daß dieses Werk wohl auch in Rom zirkulierte.

¹ Entwicklungsgeschichte des Römischen Rechts, 1894, Einleitung; vgl. dazu Schelsky, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie III, 1972, 53 ff. Zur Rechtsentstehung in primitiven Gesellschaften vgl. Schott, Jahrbuch I, 1970, 107 ff.; L u h m a n n, Rechtssoziologie I, 151 ff.

² Vgl. dazu zuletzt den Überblick Lesky, Der Kampf um die Rechtsidee im griechischen Denken (Abh. griech. human. Gesellsch. II 18, Athen), 1968. — Zur Entstehung der antiquarischen Forschung (in den Schriften *peri ethon*) in der 2. Hälfte des 5. Jhd. s. Momigliano, Contributo alla storia degli studi classici, 1955, 70.

³ S. nur Lesky, Geschichte der griechischen Literatur, 1963², 246; vgl. auch unter „Ethnographie“ im Index. Nicht mehr verwendet wurde K. E. Müller, Geschichte der antiken Ethnographie und ethnologischen Begriffsbildung, 1973.

⁴ Dazu zuletzt Cobet, Herodots Exkurse, 1971, 85 ff.; s. auch Jacoby, F. Gr. H. III.

⁵ S. dazu Gigon, Studien zur antiken Philosophie,

1972, 242 ff. (aus Festschrift Gregerz, 1967, 83 ff.); E. Wolff in „Tacitus“ (W. d. F. 97, ed. Pöschl, 1969), 241 ff.; Norden, Antike Kunstprosa I, 1971⁶, 326, Anh. 19; Barker, From Alexander to Constantine, 1956, 282 ff. Vgl. hierzu fr. 51 ff., 252 ff. (Posidonius I, ed. Edelstein — Kidd, 1972).

⁶ Dazu E. Wolff aaO 261 ff. (mit Lit.), 288 ff. (zu Herodot).

⁷ S. Giannini, Paradoxogr. Graec. Rel. 66; Lesky aaO 755, 832, 835; Kl. Pauly-Wissowa IV 500 f.; dort auch jeweils zum Verhältnis zur jonischen Historiographie und zur Ethnographie.

⁸ S. nur Hirzel, Agraphos Nomos, Abh. Sächs. Ak. 1900, 31 ff. mit Quellen und älterer Lit.; s. auch Häusler, Tacitus und das historische Bewußtsein, 1956, 210 ff.; v. Fritz, Gnomon, 1971, 439 ff. (444 ff.).

⁹ S. nur Pfeiffer, Geschichte der griechischen Philologie, 1970, 111.

¹⁰ *Ethon Synagoge*; s. Stobaios IV 2.25; Giannini aaO 149 ff.

Möglicherweise steht bei diesen Berichten die desinteressierte Neugier häufig im Vordergrund. Doch fehlt es nicht an Ansätzen, sei es der Kritik an den fremdartigen Gesetzen¹¹, sei es (vor allem seit der Stoa) der Erhebung der barbarischen Gesetze zur vorbildlichen Norm¹². Damit bekommt der „Topos der Verschiedenheit der Gesetze“ seine für die Antike und auch für uns entscheidende Funktion als Argument im Streit um das „Wesen“ des Rechts¹³.

Nach unseren Quellen scheint dieses Argument zum ersten Mal in den von Mazzarino¹⁴ diskutierten und etwa in das Jahr 450 v. Chr. gesetzten *Dissoi Logoi* aufzutauchen. Es ist gleich brauchbar für „Skeptiker“ und „Dogmatiker“. Während die einen aus der Verschiedenheit der Rechtsordnungen den Schluß ziehen, daß es keine natürliche und zugleich vorbildliche Rechtsordnung geben könne, bestehen die Dogmatiker auf dem Postulat, daß alle einzelnen Rechtsordnungen an der einen, natürlichen Rechtsordnung zu messen seien; aus diesem Postulat könnte sich die Befugnis zur Kritik der Einzelgesetze ergeben. Es ist nicht möglich, die Anwendungen des Topos der Verschiedenheit der Gesetze in dieser Funktion hier im einzelnen zu belegen. Für die Partei der Skeptiker darf auf seine Aufnahme in die Reihe der skeptischen Tropen verwiesen werden¹⁵, für die Partei der Dogmatiker auf die Beschäftigung Chrysipps mit „absurden“ Gesetzen¹⁶. Cicero verwendet ihn bei seiner Diskussion der richtigen Rechtsordnung. Eher als

neutraler Beobachter vermerkt der ältere Plinius die Unzahl der *ritus moresque: numeros ac totidem paene quot sunt coetus hominum* (n. h. 7.1.6); anschließend gibt er Beispiele für absurde Sitten. Möglicherweise konnte er in hadrianischer Zeit auch zur Verteidigung der städtischen Rechtsordnungen gegenüber dem übermächtigen Reichsrecht verwendet werden¹⁷. Schließlich tritt er auch in der christlichen Apologetik als Argument bei der Bekämpfung heidnischen Rechts und heidnischen Aberglaubens auf¹⁸.

Neben die Verschiedenheit der Rechtsordnungen tritt als Voraussetzung und zugleich als Konsequenz einer (bisweilen vielleicht latenten) Rechtskritik die Erkenntnis der Veränderlichkeit und damit Verbesserungsfähigkeit der eigenen Rechtsordnung. Auch wenn man nicht tiefer auf die Problematik der griechischen Gesetzgebung einzugehen wünscht¹⁹, so darf man doch von der Prämisse ausgehen, daß die Erkenntnis von der Veränderbarkeit der Rechtsordnung wenigstens im klassischen Griechenland seit dem 5. Jahrhundert geistiges Gemeingut war²⁰. So erkennt Herodot (III 38) die *Nomoi* sowohl der Griechen als auch der Barbaren als jeweils angemessen an und nähert sich damit einer Relativierung der Gesetze der „Väter“²¹, vertritt Protagoras einen ausgesprochenen Rechtspositivismus²², mit dem wohl die in der Sophistik zuerst systematisch vertretene Meinung zusammenhängt, daß die Gesetze dem Vorteil der Stärkeren dienen (oder gar dienen sollen)²³. So diskutieren Hippias²⁴,

¹¹ S. nur Wolff aaO zu Agatharchides von Knidos (ca. 200 v. Chr.). – Auch der Talmud enthält quasi-ethnographische Darstellungen; dabei werden die fremden Sitten in der Regel zugleich unfreundlich und ungenau gezeichnet (vgl. S. Krauss, Monumenta Talmudica V 1, 1914, IX; vgl. die Stellen Nr. 105 ff.).

¹² Vgl. nur Norden aaO 463 f.; s. etwa Nikolaos v. Damaskos (bei Giannini) fr. 23 (Perser), 27 (Skythen); vgl. auch die Praefatio bei Diogenes Laertios.

¹³ Zum Verhältnis von „Beschreibung“ und „Normierung“ im Naturrechtsbegriff s. Salomon, SZ 32, 1911, 156 ff.

¹⁴ BIDR 65, 1962, 56 ff.; s. auch Lesky, Der Kampf um die Rechtsidee (o. II A. 2), 13 f.

¹⁵ S. nur Diog. Laert. IX 83; Sext. Emp. Pyrrh. Hyp. I 149; s. auch Carneades bei Cic. de rep. 3.8.13 ff. Vgl. zuletzt etwa Chatzilysandros, Geschichte der skeptischen Tropen, Diss. München 1970, 148 ff.

¹⁶ S. nur Cic. Tusc. 1.45.108; vgl. im übrigen StVF III 314 ff.

¹⁷ Vgl. nur die interessante Diskussion bei Grelle, L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano, 1972, 163 ff.

¹⁸ S. etwa Bardesanes bei Euseb., Praec. Evang. (ed. Mas) VI 10.6.

¹⁹ Vgl. zuletzt etwa H. J. Wolff, „Normenkontrolle“ und Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie, SB Heidelberg, 1970; Quaß, Nomos und Psephisma, 1971; de Romilly, La loi dans la pensée grecque, 1971; (dazu aber Houliou, RHD 51, 1973, 279 ff.); Meinecke, RIDA 3. S. 18, 1971, 275 ff.; Triantaphyllopoulos, Xenion (Festschrift Zepos) I, 1973, 647 ff.; dort generell zur griechischen „Allgemeinen Rechtslehre“.

²⁰ Vgl. auch Heraklit, fr. 74.; s. Salomon aaO 165.

²¹ S. dazu Lesky aaO (II A. 2), 1 ff.

²² Platon, Theait. 167c: Was ein Staat für gerecht erklärt, sei gerecht; bezüglich des Nützlichen könne man stets verschiedener Meinung sein.

²³ S. nur Thrasymachos, Plat. Pol. 338c; Kallikles, Plat. Gorgias 481b. Vgl. auch die Kritik des Hippias am „wider-natürlichen“ Gesetz bei Plat. Protag. 337c.

²⁴ Xenophon, Mem. 4.4.14 ff.

Platon²⁵ und Aristoteles²⁶ Voraussetzungen und Verfahren, Notwendigkeit und Risiko der Rechtsänderungen und mahnt Isokrates zur Verbesserung schlechter Gesetze²⁷. Komödie²⁸ und literarischer Spott²⁹ bemächtigen sich des Themas der radikalen Freiheit zur Positivierung des Rechts. In der gesetzgeberischen Praxis versuchte man Instrumente zu finden, durch entsprechende Gestaltung des Gesetzgebungsverfahrens Stabilität und Variabilität des Rechts zu harmonisieren³⁰. Vielleicht entspricht es griechischem Wesen, daß man die Erkenntnis der Veränderbarkeit des Rechtes bis zum Extrem der zeitlichen Begrenzung von Gesetzen durchführte³¹. Das Thema findet ein Echo sogar außerhalb der eigentlichen rechtspolitischen Diskussion³².

Die Erkenntnis der Verschiedenheit und der Veränderlichkeit des Rechts mußte nicht nur bei denjenigen, die — wie etwa ein Teil der Sophisten³³ — die grundsätzlich kritische Haltung zu einem Teil ihrer Weltanschauung machten, eine ständige Bereitschaft zur Rechtskritik herbeirufen. Auch hierfür nur zwei Beispiele: für Platon (Nomoi 635 a) ist die Kritik am Gesetz grundsätzlich legitim. Bei dem keineswegs revolutionär gesonnenen Cicero findet sich der Satz (de leg. 1.15.42): *Iam vero illud stultissimum, existimare omnia iusta esse quae scita sint in populorum institutis et legibus*³⁴.

2. Skepsis, Dogmatik (vor allem stoisches Naturrecht und römischer *mos maiorum*), pragmatische Rechtskritik (vor allem Aristoteles)

Das Bewußtsein der Verschiedenheit, Veränderlichkeit und Kritikabilität der Gesetze wurde in

verschiedene geistige Haltungen umgemünzt. Einmal konnte man — häufig ohne weitere Untersuchung der Gründe der Relativität des Rechts — diese zum Beweis dafür nehmen, daß es kein „richtiges Recht“ gebe oder daß zumindest ein solches nicht erkennbar sei. Die Konsequenz dieser Einstellung war eine konservative Haltung, die die Bewahrung der gegenwärtigen Rechtsordnung anempfahl, da nicht erkennbar sei, ob sie besser oder schlechter sei als jede andere mögliche Rechtsordnung. Es konnte auch der Versuch gemacht werden, die als unbefriedigend empfundene Relativität durch die Fixierung eines absoluten Maßstabes des richtigen Rechts zu beseitigen. Ob man diesen Maßstab im Logos (*ratio*), in der Natur, in einer Offenbarung, schließlich in der Tradition suchte und fand, ist — für unsere Thema — letztlich von sekundärer Bedeutung. Wenn auch diese Einstellung fast zwangsläufig zu einer Kritik des Rechts führen mußte, so bestand doch stets die Gefahr, daß diese allzu abstrakt war und auf die Realität keine Rücksicht nahm. Sie konnte sich im übrigen sowohl auf die Wiederherstellung des „richtigen“ früheren Rechts als auch auf die Schaffung „neuen“ Rechts (vgl. etwa das Christentum) richten. Die dritte, schwierigste und deshalb wenigstens in der Theorie am seltensten angegriffene Haltung mußte nach den Gründen der infrage gestellten Normen fragen, konkret die durch eine Rechtsänderung zu erreichenden Ziele festzustellen suchen und Vorteile und Nachteile der alten und der neuen Norm sowie die in der Veränderung als solche liegenden Probleme abwägen. A priori wäre sie eher bei den römischen Juristen als bei den griechischen und römischen Philosophen und Rhetoren zu erwarten.

²⁵ Politikos 34, 295b; 35, 296a ff.; Nomoi V 14, 769d ff.

²⁶ Politik II 8, 1268b ff.; III 16, 1287a ff.; s. auch Nik. Eth. V 10, 1134b.

²⁷ ad Nicocl. 17.

²⁸ Aristophanes, Nub. 1421 ff.

²⁹ Vgl. Diog. Laert. VI 8 (s. auch Plat. Phaedr. 260c), wobei sich Antisthenes allerdings eher auf Wahlen bezieht: συνεβούλευεν (sc. Antisthenes) Ἀθηναίους ὄνους ἵππους ψηφίσασθαι.

³⁰ S. nur Quaß aaO 55 ff.; H. J. Wolff aaO (Zur *graphe paranomon*; dort auch weitere Lit.). Zu Zaleukos und Charondas s. nur Düll, Studi Albertario I, 1953, 320, 325; Triantaphyllopoulos, Archaia Hellenika Dikaia I, 1968, 38 ff.; dort auch 38 A. 3 zur Abneigung der Pythagoreer gegen Rechtsänderungen.

³¹ So soll Solon seine Gesetze für 100 Jahre gegeben haben; Plut. Solon XXV 1. Auf die Historizität dieser Nachricht kommt es hier nicht an.

³² Vgl. den Kampf des Bardesanes gegen die Astrologie (bei Euseb., Praec. Evang. VI 10), wo sich der Hinweis (VI 10.40) auf den ständigen Wechsel der Gesetze durch *sophoi andres, aporia, basileis* findet.

³³ Zur Gesetzeskritik bei Gorgias fr. 6 s. nur Ehrensberg, Polis und Imperium, 1965, 370. Besonders hinzuweisen ist auf die Untersuchung des sophistischen Naturrechtsbegriffes durch Salomon, SZ 32, 1911, 129 ff.; vgl. im übrigen auch E. Wolf, Griechisches Rechtsdenken II, 1952; Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1951, 12 ff.

³⁴ Vgl. auch de leg. 1.14.40; 1.16.43.

Die zuerst genannte Einstellung ist bekanntlich diejenige der antiken Skepsis in ihren verschiedenen Schattierungen. Im schroffen Gegensatz zu den Stoikern, die – gegen den Peripatos gerichtet – behaupteten, daß es nichts zwischen dem *Dikaion* und dem *Adikon* gebe, daß beides absolute Größen seien, behauptete Pyrrhon, daß weder ein an sich *Dikaion*, noch ein an sich *Adikon* existiere; alles geschehe nach gesetztem Recht und nach der Sitte (Diog. Laert. IX 61)³⁵. Dem folgte die Sekte der Skeptiker insgesamt; für sie gibt es nur das „positive Recht“³⁶, das Recht, das – um mit Gaius (1.1) zu sprechen – *quisque populus ipse sibi constituit*, kein irgendwie geartetes Naturrecht: *Ius enim de quo quaerimus civile est aliquod, naturale nullum*³⁷.

Sicherlich könnte man sich vorstellen, daß sich auch unter dieser Auffassung Rechtskritik hätte entwickeln lassen. Sie hätte das Recht etwa am Maßstab seiner inneren Stimmigkeit, seiner Zweckmäßigkeit, seiner Vereinbarkeit mit gewissen elementaren ethischen Forderungen prüfen können. Es mag sein, daß das die Einstellung mancher Juristen war. Dem philosophischen Nachdenken über das Recht war wegen seiner prinzipientreuen, unpragmatischen Haltung ein solcher Weg zwar nicht grundsätzlich verschlossen; doch konnte er schwerlich zur Fixierung neuer, besserer Gesetze führen. Selbst der „Nutzen“ der jeweiligen Rechtsordnung für die das

Recht setzende Gesellschaft und die in ihr herrschenden Schichten konnte unter diesen Umständen zwar zur Abwehr der Vertreter einer Gerechtigkeit und Nützlichkeit identifizierenden Naturrechtsauffassung³⁸ und zur „Entlarvung“ der jeweiligen egoistischen Interessen verwendet werden³⁹. Wegen der prinzipiellen Unmöglichkeit, den wirklichen Nutzen festzustellen, war auch diese Kategorie in den Augen der Skeptiker als Prüfungsmaßstab ungeeignet⁴⁰. So konnte – um nur ein Beispiel zu nennen – L. Furius Philus (bei Cic. de rep. 3.10.17) durchaus über die Schlechtigkeit und Unbilligkeit von römischen Gesetzen (etwa der *lex Voconia*) sprechen. Aber wenigstens dem Prinzip nach war es ihm als konsequentem Skeptiker nicht erlaubt, Vorschläge für eine bessere Gesetzgebung zu machen.

Die Geltungskraft von Gesetzen hing damit nicht von einem höheren Prinzip ab, sondern war mit ihrer Durchsetzungskraft identisch⁴¹. Für den skeptischen Weisen ergab sich aus dem theoretischen Prinzip der Enthaltung von einem Urteil über das richtige Recht die praktische Empfehlung, sich an die Gesetze und Sitten der Länder, wie sie nun einmal geworden sind und wie sie derzeit gelten, zu halten⁴². Ein Widerspruch dieser Empfehlung zu der immerhin geübten „negativen“ Rechtskritik wurde offensichtlich nicht gespürt. Damit schlug die – um eine moderne Vokabel zu gebrauchen – im Ansatz „aufklärerische“ Tendenz, wie sie sich aus der

³⁵ οὐδὲν γὰρ ἔφασκεν οὔτε καλὸν οὔτ' αἰσχρὸν οὔτε δίκαιον οὔτ' ἀδίκον· καὶ ὁμοίως ἐπὶ πάντων μηδὲν εἶναι τῇ ἀληθείᾳ, νόμῳ δὲ καὶ ἔθει πάντα τοὺς ἀνθρώπους πράττειν· οὐ γὰρ μᾶλλον τὸδε ἢ τὸδε εἶναι ἕκαστον.

³⁶ Zur Begriffsgeschichte von „positiv“ s. nur Kuttner, RH 1936, 728 ff.; Gagnér, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, 1960, 240 ff. passim; vgl. auch die Diskussion bei Blühdorn-Ritter, Positivismus im 19. Jahrhundert, 1971, 27 ff. – Begriff und Geschichte des antiken „Gesetzespositivismus“ müßten präziser erörtert werden, als es hier möglich ist.

³⁷ Worte des Skeptikers L. Furius Philus bei Cic. de rep. 3.8.13 ff.; vgl. auch 3.11.18.

³⁸ S. nur Cic. de off. 2.3.9 passim. Philon (de mut. nom. 197) erwähnt den Satz σύμφερον ἢ δικαιοσύνη, ἀσύμφερον ἢ ἀδίκημα als heuchlerischen Gemeinplatz. Zum „Nutzen“ der Gesetze bei Aristoteles s. nur Allan, in „Ethik und Politik des Aristoteles“ (W.d.F. 208; ed. Hager, 1972) 410 ff. Weitere Lit. zur philosophischen Diskussion des σύμφερον bei Triantaphyllopoulos aaO (o. A. 19) 667 A. 55. Zum Gesichtspunkt der *utilitas publica* in Rom, insbesondere bei Cicero, s. etwa Mayer-Maly,

in „Das neue Cicero-Bild“ (W.d.F. 27, ed. Büchner, 1971) 317 ff.

³⁹ Vgl. nur Carneades bei Cic. de rep. 3.12.21 ff. Zum Verhältnis der *iustitia* zur *utilitas* s. auch Steinwenter, Festschrift Koschaker I, 1939, 84 ff. (87). S. auch unten IV 2.

⁴⁰ Selbstverständlich mußte die konsequente skeptische Position die Behauptung, daß es kein „Naturrecht“ gebe, ebenso in der Schwebe halten, wie die gegenteilige Behauptung. Man könnte weiterhin fragen, ob nicht auch die skeptische Haltung noch insoweit an einer „ontologischen“ Vorstellung der Rechtsordnung festhielt, als sie nicht so sehr die Existenz des Naturrechts als seine Erkennbarkeit leugnete. Doch ergeben sich hieraus keine praktischen Konsequenzen für unser Thema.

⁴¹ Bei Cic. de rep. 3.11.18: ... *legesque poena, non iustitia nostra comprobantur*.

⁴² S. nur Diog. Laert. IX 108; Sext. Emp. Pyrrh. Hyp. I 8.17; adv. Dogm. III 49; V 166. Zum Standard der *syntheia* in der skeptischen Sprachlehre s. Dihl, Hermes 86, 1957, 172.

Erkenntnis der Verschiedenheit und Veränderlichkeit der Gesetze ergeben könnte, in eine konservative Haltung um, die zum Gehorsam gegenüber den jeweils geltenden Gesetzen riet⁴³. Anders ausgedrückt: Die dem Skeptizismus zugrundeliegende „Rationalität“ führte zu der „irrationalen“ Empfehlung, sich in der Konfrontation von *ratio* und *auctoritas* eher an die letztere anzuschließen⁴⁴. Darüberhinaus näherte sich der Skeptizismus damit einer der Varianten der als nächstes zu besprechenden dogmatischen Haltung. Denn von der Hinnahme der Tradition und der väterlichen Gesetze zu ihrem Lob ist es kein allzu großer Schritt, den etwa der Skeptiker Celsus (bei Origines I 9) durchaus getan hat.

Es wäre zu überlegen, ob die hier skizzierte skeptische Haltung mit der auch der Antike bewußten *Maxime* der römischen Reichspolitik zusammenhängt⁴⁵, den Untertanen weithin ihre Gesetze und Gewohnheiten zu belassen. Demgegenüber müßte eine dogmatische Haltung auf Rechtsvereinheitlichung zielen. So wäre es vielleicht fruchtbar, die Einstellung der römischen Juristen (und der römischen Reichsverwaltung schlechthin) gegenüber den Volksrechten auch unter dem Aspekt von Skeptizismus und Dogmatismus zu untersuchen. Aber auch die Untertanen konnten sich die Argumente der skeptischen Philosophie zu eigen machen, wenn sie sich – im Streben nach Autonomie – gegen die Rechtsvereinheitlichung im römischen Imperium wenden wollten. Selbst die Resignation vor der Aufgabe der Rechtsvereinheitlichung kann man demgemäß sowohl politisch als auch philosophisch interpretieren⁴⁶.

Der skeptischen Haltung steht die epikureische nahe. Einige Stichworte mögen genügen. Gesetz und Gerechtigkeit sind für den Epikureer Produkte des Nutzens und werden als solche auf eine Art „Vereinbarung“ (*συνθήκη τις*) zwischen den Menschen zurückgeführt⁴⁷, die die gegenseitige Schadenszufügung verhindern soll. Der Weise wird den Gesetzen in der Regel ge-

horchen. Diese sind Recht und bleiben solange Recht, als sie nützlich sind. Sind sie unnütz oder werden sie es durch die Änderung der Umstände, so sind sie ungerecht. Dem zugleich privatistischen wie utilitaristischen Standpunkt der Epikureer entspricht es, wenn sie behaupten, daß die Gesetze der Philosophen wegen existieren, nicht damit diese kein Unrecht tun, sondern damit sie kein Unrecht erleiden⁴⁸. Trotz der utilitaristischen Tendenz, die an sich eine pragmatische Rechtskritik hätte tragen können, versperrte die grundsätzliche Gleichgültigkeit des epikureischen Weisen gegenüber der Gesellschaft eine Entwicklung dieses Ansatzes.

Sieht man vom Epikureismus ab, so ist es allen „dogmatischen“ Haltungen gemeinsam, daß sie auf verschiedene Weise legitimiertes, richtiges Recht voraussetzen, dem das positive Recht gegenübergestellt werden kann. Man darf den Dogmatismus vielleicht als eine Reaktion auf die als gefährlich erkannte Relativierung der „väterlichen Gesetze“ verstehen. Da die Tradition als stabilisierender Faktor zwar nicht völlig weggefallen, aber doch geschwächt war, versucht man die Stabilität auf „höherer Ebene“, auf der der „Physis“, zu erreichen. Dabei ist es ein Grenzfall, wenn – wie bei Cicero (s. u.) – der *mos maiorum* nicht nur die Funktion des positiven Rechts, sondern zugleich auch die stabilisierende Funktion des „Naturrechts“ übernimmt.

Nicht nur die Unmöglichkeit, im Rahmen unseres Themas in eine gründliche Untersuchung der antiken Auffassungen vom Naturrecht einzutreten und aus ihr Zusammengehörigkeit und Verschiedenheit der dogmatischen Argumente zu entwickeln, rechtfertigt eine zusammenfassende und schematisierende Darstellung. Vielmehr scheint es wenigstens vorläufig so, als ob für unser Thema eine solche Kurzfassung auch ausreichend ist. Vor allem kann von der komplizierten Lehre Platons über das Verhältnis der Einzelgesetze zum Idealrecht hier abgesehen werden; wenigstens unmittelbar scheint sie auf die uns

⁴³ S. nur Celsus bei Orig. II 1. Hierbei ist selbstverständlich auch die politische Situation der späten Prinzipatszeit zu beachten.

⁴⁴ Vgl. den akademischen Skeptiker Cotta bei Cic. de nat. deor. 3.4.9. – S. hierzu auch die Interpretation Hegels, *Phänomenologie* B IV B (Suhrkamp 159 ff.).

⁴⁵ S. nur Athenag. suppl. ad. Marc. Aur. 1.

⁴⁶ Vgl. nur die Resignation des Celsus bei Orig. VIII 72 mit der Emphase des Aristides (laud. Romae § 102 [K]).

⁴⁷ Vgl. nur Diog. Laert. X 150: Das τὸ τῆς φύσεως δίκαιον als σύμβολον τοῦ συμφέροντος. Vgl. auch 151 f.

⁴⁸ Epikur fr. 530 Usener: s. auch Hor. sat. 1.3. 96 ff. Vgl. zu dem Gesagten nur Überweg-Praechter, *Geschichte der Philosophie* I 460.

interessierende Epoche kaum eingewirkt zu haben⁴⁹. Dasselbe gilt — wenn auch aus anderen Gründen — von den radikalen Theorien der Kyniker und der ihnen nahestehenden Stoiker, die dem positiven Recht gegenüber grundsätzlich feindlich eingestellt waren⁵⁰. Die absolute Negation ließ ihnen nur geringe Chancen der praktischen Wirksamkeit. So drängte bereits Chrysipp — trotz Beibehaltung des Dogmas von der Zulässigkeit von Tabu-Brüchen — dieses Dogma im Ergebnis durch Einschränkungen und Reduzierungen ganz in den Hintergrund⁵¹. Spätestens seit der mittleren Stoa setzte sich eine — bis zur Prüderie gehende — Bindung an rechtliche und moralische Normen durch⁵².

Maßgeblich für die dogmatische Lehre vom Vorrang eines nicht positiven Rechts ist die stoische Naturrechts-Theorie⁵³, die — mit den im Rahmen unseres Themas weithin gleichzusetzenden Begriffen *physis (natura)*, *logos (ratio)*, *alethes nomos (vera lex)*, *agraphos nomos (lex non scripta)*, *theos* (als Gesetzgeber) arbeitend — die Priorität des Naturrechts vor dem positiven Recht festlegte⁵⁴. Wieweit aus dieser Theorie praktische Konsequenzen gezogen wurden, ist eine ganz andere Frage. Bei der Frage nach der praktischen Verwertbarkeit dieses Gegensatzes würde der Rechtshistoriker hier in erster Linie an die aristotelisch-stoische Mischkategorie des

ius gentium denken, das — neben anderen Bedeutungen — auch im Sinne eines der dogmatischen Konzeption entsprechenden Idealrechts gebraucht werden konnte⁵⁵. Doch ist diese Kategorie für unser Thema — sieht man vielleicht von einer Gaius-Stelle ab (s. u. VIII 1 bei A. 44) — unergiebig, so daß sich hier ein näheres Eingehen auf sie erübrigt⁵⁶. Die Gründe für diese Untauglichkeit des Begriffes des *ius gentium* als Maßstabes der Rechtskritik wären gesondert zu untersuchen. Es scheint so, als ob er nicht allein wegen seiner Vagheit und Ungenauigkeit, als insbesondere wegen des wenigstens *prima facie* eher beschreibenden, als normierenden Begriffsinhaltes für eine Bewertung von Rechtsnormen nicht angemessen ist.

Sieht man von den besonderen Problemen des *ius gentium* ab, so ist es sicherlich richtig, daß das „dogmatische Naturrecht“ als Maßstab zur Kritik des positiven Rechts verwendet werden konnte und auch als solcher verwandt wurde. Doch entspricht es anscheinend einer alten Denktradition, daß man aus der Wert-Hierarchie der Normen in der Regel nicht den Schluß auf eine die Wirksamkeit der Normen festlegende Hierarchie zog. Nicht nur was die Rechtspraxis betrifft, behält das positive Recht seinen Vorrang, bleibt das „Naturrecht“ bloßer Standard der Kritik⁵⁷. Die materiellen Sätze des Naturrechts

⁴⁹ Bekanntlich beschäftigt sich die platonische Renaissance seit dem 2. Jahrh. n. Chr. kaum mit der politischen Seite der platonischen Lehre.

⁵⁰ Vgl. nur Rist, *Stoic Philosophy*, 1969, 59 f. passim; dort auch (68 ff.) zur Einstellung Zenons, der weithin — wenn auch mit gewissen Varianten — die kynische Theorie teilte; s. etwa Diog. Laert. VII 10.

⁵¹ S. auch Rist aaO 78 ff.; Diog. Laert. VII 34.

⁵² S. Rist aaO 198 ff. zu Panaitios. Für die Kaiserzeit s. etwa Dion v. Prusa or. XXI 6. — Vgl. hierzu auch A. Gehlen, *Moral und Hypermoral*, 1969, 22 ff.

⁵³ Wir behalten diesen Terminus — trotz den beachtenswerten Einwendungen Vileys (s. etwa in „Das neue Cicerobild“ W.d.F. 27, ed. Büchner, 1971, 259 ff.) — bei. Eine nähere Auseinandersetzung mit ihnen ist hier nicht möglich. Sie wäre vielleicht auf mehreren Ebenen zu führen. Man könnte etwa die Notwendigkeit der von Viley gewollten Einschränkung des Naturrechtsbegriffes bestreiten, die Trennung von Recht und Moral, die seinen Auffassungen zugrunde liegt, für zu modernistisch halten, die Vermengung von Sein und Sollen in der stoischen Theorie betonen (s. Nörr, SZ 89, 1972, 88 ff. mit Lit.). Zur „nor-

mativen Physis“ vgl. die Lit. bei Stark, *Aristotelesstudien*, 1972, 13 A. 17.

⁵⁴ Vgl. nur die Texte in StVF I 262 (Zenon); III 308 ff.; Pohlenz, *Die Stoa* I 132 ff.; II 74 f.; de Vogel, *Greek Philosophy*, III 176 ff. (mit vielen Belegen); Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1951, 37 ff. Besonders häufig findet sich die Identifizierung von *lex* und *orthos logos* bei Philon; vgl. die Belege in „*Philo. Werke. Deutsch*“ VII 40. — Eine originelle, mit logischer Terminologie arbeitende (Diog. Laert. VII 81; Arist. Met. 1030a.22; vgl. nur Bonitz, *Ind. Aristot.*, Nachdruck 1955, 267) Nuance zum Verhältnis *physis-nomos* bringt die unter dem Namen des Philostratos überlieferte *Dialexis* (ed. Kayser II, 258 ff.; s. nur Solmsen RE XX 1.167): Die *physis* ist die *arche*, der *nomos* das *hepomenon*.

⁵⁵ Dagegen etwa Epikur bei Diog. Laert. X 150.

⁵⁶ S. nur Kaser, RPR I 202 ff. mit Lit. und die Stellen bei Lauria, *Ius* 1967³, 65 ff.; 174 ff.; zuletzt etwa Grosso, *Labeo* 17, 1971, 7 ff.

⁵⁷ Ein Vergleich mit dem entsprechenden Verhältnis von „Gesetz“ und „Billigkeit“ liegt nahe. Vgl. u. II 4 zur Gesetzesbewertung in der Rhetorik.

werden durch den quasi-naturrechtlichen „Meta-Satz“ überhöht und zugleich entwertet, daß das positive Recht absoluten Gehorsam verlangt⁵⁸.

Diese Auffassung herrschte bereits in der durchaus rechtskritischen Sophistik. Die bestehenden Gesetze sind gültig, auch wenn sie ungerecht sind; ihre Ersetzung durch das „ungeschriebene Recht“ blieb außer Betracht⁵⁹. Das dem auch die eher empirische Naturrechtsauffassung des Aristoteles folgte, für den es wohl überhaupt keine wirkliche Hierarchie zwischen Naturrecht und Satzungsrecht gab⁶⁰, liegt auf der Hand.

Was die Stoa betrifft, so macht eine — hier notwendige — summarische Darstellung Schwierigkeiten. Auf der einen Seite besteht die deutliche Erkenntnis, daß das positive Recht nicht schlechthin dem Naturrecht entspricht (s. nur StVF III 318 ff.). Auf der anderen Seite existiert eine gewisse Neigung, das positive Recht auf das Naturrecht zurückzuführen (s. nur Cic. de leg. 2.4.9 f.)⁶¹. Diese Haltung, die der bekannten Vermengung von aktuellen und ideellen Elementen im stoischen Naturbegriff entspricht, verhinderte eine klare Auflösung des Widerspruchs von positivem Recht und Naturrecht. Eine gewisse Harmonisierung beider Auffassungen konnte man allenfalls dadurch erreichen, daß man nur die der Natur entsprechende *lex* als *vera lex* bezeichnete (Cic. de leg. 2.5.11 ff.). Dieser Ansatz hätte verlangt, daß die „Übereinstimmung mit der Natur“ nicht nur als „Eigenschaft“ eines Gesetzes, sondern als „Merkmal“ des Gesetzesbegriffes verstanden worden wäre. Eine derartig scharfe Differenzierung scheint dem antiken Naturrechtsdenken fremd geblieben zu sein. Somit konnte man zwar die Ungültigkeit einer *falsa lex* „postulieren“. Doch unterblieb der nächste Schritt, die Festlegung der automatischen Unanwendbarkeit einer solchen *falsa lex*. Insoweit scheint es mir zulässig zu sein, mit

Villey (aaO 278) auch der stoischen Rechtslehre positivistische Züge zuzuschreiben.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß auch die stoische Naturrechtslehre im wesentlichen nur im Bereich der Rechtspolitik — durch Einwirkung auf den Gesetzgeber — wirksam werden konnte. Die Frage, wieweit ihre faktische Wirksamkeit ging, muß hier offen bleiben. Nicht nur dürfte ihr Einfluß in den verschiedenen Epochen verschieden intensiv gewesen sein; für die uns vor allem interessierende Epoche darf auf die breite Diskussion der Einwirkung stoischer Gedanken auf das Kaiserrecht hingewiesen werden. Zu bedenken ist aber auch, daß der stoische Naturrechtsbegriff — vor allem in der älteren Stoa — einen primär individual-ethischen Charakter hatte⁶², daß weiterhin die rechtspolitische Verwendbarkeit des Naturrechtsbegriffes seine Konkretisierung voraussetzte. Die sich aus den beiden zuletzt genannten Momenten ergebenden Schranken wurden anscheinend in der Antike nur selten überwunden.

Die römischen Theorien zum Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht halten sich grundsätzlich in dem hier gezogenen Rahmen. Für Cato, der insoweit sicherlich von griechischen Vorstellungen beeinflusst ist, ist das Naturrecht nur eine Richtlinie für die Rechtspolitik, nicht aber eine Grenze der Wirksamkeit des positiven Rechts⁶³: *Ac primum ea non incallide conquisivit, quae non iure naturae aut iure gentium fieri prohibentur, sed iure legum rei alicuius medendae aut temporis causa iussarum; sicut est de numero pecoris et de modo agri praefinito. In quibus rebus, quod prohibitum est, fieri quidem per leges non licet; velle id tamen facere, si liceat, inhonestum non est*⁶⁴.

Auch der lautstarke Propagandist des Naturrechts Cicero ist sich anscheinend dieser Schwäche des Naturrechts bewußt. Im Gegensatz zum absolut feststehenden *bonum*, das auf der Natur

⁵⁸ S. nur zu Platon Meyer-Laurin, Gesetz und Billigkeit, 1965, 48 mit Lit.; zuletzt Triantaphyllopoulos aaO (o. A. 19) 652 passim.

⁵⁹ S. nur Hippias bei Xenoph. Mem. IV 4.14; dazu allgemein Salomon, SZ 32, 1911, 147 ff., 163.

⁶⁰ S. nur Öhler, Antike Philosophie und byzantinisches Mittelalter, 1969, 325 f. mit Nachweisen. Wichtig vor allem J. Ritter, „Naturrecht“ bei Aristoteles, 1961.

⁶¹ Dazu etwa Lesky, Der Kampf um die Rechtsidee (o. A. 2); s. auch StVF III 314 ff.; Herakl. fr. 114.

⁶² Vgl. nur Villey aaO 263 ff. Dabei wäre zu prüfen, inwieweit sich im aristotelischen Naturrechtsbegriff ethische und juristische Elemente trennen lassen. Vgl. nur die aristotelische „Billigkeit“.

⁶³ Or. de Rhod. (bei Gellius 6.3.45 f.).

⁶⁴ Zum Verhältnis von *honestum* und *licet* vgl. D. Nörr, Schatzfund, 39, mit weiteren Angaben.

beruht, kann die Rechtsordnung aus dem Unrecht positives Recht machen; die *lex mala* ist geltendes Gesetz⁶⁵. Es ist deshalb nur konsequent, daß auch seine Qualifikation der dem Naturrecht entgegenstehenden *falsa lex* als Nicht-Lex (de leg. 2.5.11 ff.) keineswegs zu deren praktischen (nicht allein theoretischen) Ungültigkeit führte. Um nur Beispiele zu nennen, so mußten auch nach seiner Meinung die von ihm als demagogisch gekennzeichneten schlechten *leges Titiae, Apuleiae, Liviae* durch den Senat ausdrücklich kassiert werden⁶⁶. Überdies argumentiert Cicero, sobald es um ein praktisches Problem geht, in der Regel durchaus „positivistisch“. So hatte Sulla den Bewohnern von Volterra und Arezzo durch eine *lex* des Jahres 81 v. Chr. die *civitas* genommen⁶⁷. Als Cicero in der Rede pro Caecina 33,95 ff. diese *lex* angreift — ob zu recht oder zu unrecht, bleibe hier offen⁶⁸ — beruft er sich nicht auf die *lex naturae* oder einen anderen Maßstab höheren Rechts, sondern auf die dunkle Klausel⁶⁹: *si quid ius non esset rogari, eius ea lege nihilum rogatur* und entnimmt ihr die Nichtigkeit der Wegnahme des Bürgerrechts⁷⁰. Es darf hier schon darauf hingewiesen werden, daß auch in der Kaiserzeit grundsätzlich nichts anderes galt. So kann Quintilian (Inst. 3.6.84)⁷¹ durchaus das *ius* mit kritischem Akzent der *aequitas* entgegensetzen. Davon aber, daß die *aequitas* das *ius* „bricht“, ist keine Rede.

Zusammenfassend läßt sich vielleicht folgendes sagen: Man spricht gerne vom „Rationalismus“ der Stoa — vor allem der Stoa vor der Kaiserzeit⁷²; wenn man zum Rationalismus das Element der Effektivität zieht, so ist von ihm

in unserem Themenbereich nicht sehr viel zu spüren. Damit mag ein zweites zusammenhängen: Die Rezeption der stoischen Lehre durch Cicero erfolgt mit einem auffallenden Pathos (vgl. nur de leg. 2.14.35 f.; 1.3.17): Das *ius civile* ist nur ein kleiner Teil des *ius universum*, der *natura iuris*, die der *natura hominis* entspricht⁷³. Doch kann man kaum sagen, daß diesem Pathos ein besonders auffälliger praktischer Impetus entspricht.

Für unser Thema sind noch einige Variationen und Konkretisierungen des Dogmatismus von Bedeutung. Bereits auf die Sophistik und Platon geht die Diskussion über das Verhältnis der durch das „richtige Recht“ zu verwirklichenden wahren Gerechtigkeit zum „Nutzen“ zurück⁷⁴. Während Aristoteles in der Heranziehung des Gesichtspunktes des Nutzens bei der Diskussion der richtigen Gesetze nichts Anstößiges sieht (s. nur Politik III 6, 1278b), wird in der stoischen Ethik (vgl. vor allem Panaitios) — gerade im Gegensatz zum utilitaristischen Dogma der Epikureer⁷⁵ und zu den utilitaristischen Enthüllungen der Skeptiker (s. o.) — das Nützlichkeitsdenken sei es verbannt, sei es durch die Gleichsetzung von *iustitia* und *utilitas* neutralisiert⁷⁶. Daß damit auch die Möglichkeit konkreter Gesetzeskritik erschwert wurde, ist offensichtlich.

Eine weitere Frage betrifft die Möglichkeit der Erkenntnis der *vera lex*. Während es dem erwähnten ursprünglichen Rationalismus der Stoa am ehesten entsprochen hätte, diese Erkenntnis durch Erforschung des Wesens des Kosmos und des Menschen — gleichsam auf phänomenologische Weise — zu verfolgen, treten in der uns interessierenden Epoche die im Dogmatismus

⁶⁵ de leg. 1.16.44: *Aut cum ius ex iniuria lex facere possit, bonum eadem facere non possit ex malo?* Vgl. auch den Text Ciceros im folgenden.

⁶⁶ Vgl. de leg. 2.6.14. Zum historischen Hintergrund s. nur die Bemerkungen Cancelli in seiner Ausgabe von „De Legibus“, 1969, 204; s. auch u. V 1 bei A. 5.

⁶⁷ Vgl. zu ihr nur Rotondi, Leges, 352.

⁶⁸ Vgl. nur Lauria, Ius 1967³, 71 f.

⁶⁹ S. dazu die Lit. bei Kaser RPR I, 31 A. 164; s. auch Wieacker, Vom römischen Recht, 1961², 71.

⁷⁰ Mit diesem die ciceronianische Praxis beherrschenden Positivismus hängt es wohl zusammen, daß er das „*ius Verrinum*“ (in Verr. II 1.46.121) als gültig behandelte (s. nur Lauria aaO 98 f.; 91; Broggin, Coniectanea, 1966, 343 ff.). — Eine Ausnahme stellt hier Phil. XI 12.28 ein; vgl. u. bei A. 203.

⁷¹ ... *et aliquid aecum, sed prohibitum iure, ut libertas testamentorum*; s. dazu u. V 5 bei A. 141.

⁷² Vgl. nur Cic. Acad. post. 1.38.

⁷³ Vgl. auch 1.6.19; 1.10.28; 2.5.11 u. a.

⁷⁴ Vgl. Platon, Nomoi IV 6.714c; Pseudo-Demosth., Prooem. 22 (dazu Hunger, Prooimion, 1964, 31); Cic. de off. 3.3.11; Klem. v. Alex. Stromata 2.23.131; s. im übrigen auch Werner in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 1, 538 mit Lit.

⁷⁵ Diog. Laert. X 150, 152 f. passim; Lukrez 5.332 ff.; Horaz, sat. 1.3.99. Vgl. Lesky aaO 19 sowie die Lit. bei Fredouille, Tertullien, 246 A. 57.

⁷⁶ Vgl. nur Cic. de leg. 1.15.42; de fin. 3.21.71 u. öfter. Zum Begriff der *utilitas* bei Cic. außer Mayer-Maly (o. A. 36) auch Büchner ebenda p. XIV; beide betonen die Originalität Ciceros.

überhaupt, aber auch schon im stoischen Dogmatismus von vornherein angelegten irrationalen Elemente in den Vordergrund.

In erster Linie ist die Tendenz zur Identifizierung der *lex vera* mit dem *mos maiorum* zu nennen. Dabei kann offen bleiben, wie sich hier genuin römische⁷⁷ und importierte und adaptierte griechische Vorstellungen mischten. Für die Neigung zur Identifizierung des guten Rechts mit dem alten Recht finden sich in beiden Kulturkreisen viele Beispiele – wobei die römischen Auffassungen anscheinend einseitiger und unreflektierter sind als die griechischen. So ist – um nur ein Beispiel zu nennen – die Einstellung Platons⁷⁸ weit differenzierter als diejenige Ciceros. Das zeigt sich etwa in seiner Feststellung, daß anstelle der Legitimation der Gesetze durch die Unvordenklichkeit die „Einsicht“ treten kann. Doch neigen manche griechische Autoren der späteren Zeit, vor allem der Prinzipatszeit, eher zu einer irrationalen Haltung (s. u.).

Was Cicero angeht, der für diese Frage der wichtigste römische Autor ist, so enthält etwa sein Hinweis auf die Bewährung des Rechts durch *usus* und *vetustas*⁷⁹ noch durchaus den Kern einer rationalen Argumentation. Im übrigen aber ist seine fast ausschließliche⁸⁰ Identifizierung der altrömischen Verfassungs- und Rechtsordnung so, wie er sie verstand, mit der idealen Ordnung zumindest in der Stoa anschei-

nend ohne Beispiel⁸¹. Diese rückwärtsgewandte Utopie unterscheidet sich von den dichterischen und philosophischen Allegorien von einem goldenen Zeitalter⁸² dadurch, daß sie eine mehr oder weniger konkrete historische Epoche zum Vorbild nehmen wollte. Dabei sollte dieses Vorbild möglichst noch für alle Völker gelten (s. de leg. 2.14.35 f.), deren eigene Rechtsordnungen mit der Qualifikation des *inconditum ac paene ridiculum* versehen werden (de or. 1.44.197). So beschränkte sich die Suche nach dem richtigen Recht im wesentlichen auf die Feststellung und Wiederherstellung des alten Rechts⁸³. Bemerkenswert und für Cicero charakteristisch ist es, daß er einen Fortschritt innerhalb der Epoche, die zum *optimus status* des *mos maiorum* führte, durchaus nicht als Widerspruch empfindet⁸⁴. Es bleibe dahingestellt, inwieweit sich in dieser Identifizierung des richtigen Rechts mit dem *mos maiorum* römischer Stolz und Traditionalismus mit dem archaisierenden Geist der Epoche mischt. Obwohl Cicero regelmäßig das richtige Recht mit der konkret-historischen Situation des römischen Frühstaates zu verbinden sucht, findet sich auch bei ihm die häufig anzutreffende quasi-rationale Begründung der Bevorzugung des alten Rechts, nämlich die Behauptung, daß die Vorzeit den Göttern und damit auch der Wahrheit näher war, als es die Gegenwart ist⁸⁵. Diese

⁷⁷ S. dazu nur F. Schulz, *Prinzipien*, 57 ff.; Wieacker, *Vom Römischen Recht*, 1961², 13 f.; Kunkel, *Romanitas* XI, Vol. 9, 1970, 380 ff.; allgemein auch Bickerman, *Riv. di Fil.* 101, 1973, 73 f. – Vgl. hierzu die Überlegungen Schleiermachers (Gelegentliche Gedanken über Universitäten ..., 1808, Kap. I): „Selbst diejenigen, welche ihr Geschäft am allermeisten nach hergebrachter Gewohnheit behandeln, berufen sich auf die Voreltern; was gar keinen Sinn hat, wenn nicht das dunkle Gefühl darin liegt, diese müßten bei dem gleichen Verfahren nicht bloß das Recht der Gewohnheit für sich gehabt haben, sondern vielmehr einen höheren Grund.“

⁷⁸ Vgl. nur Plat. *Nomoi* VII 7.797b passim; vor allem auch 798a zur „Tabuisierung“ der Gesetze. Vgl. im übrigen auch *Politeia* IV 425d.

⁷⁹ Cato in de rep. 2.1.3.

⁸⁰ Einschränkung etwa in de leg. 1.22.57 f.; de imp. Cn. Pomp. 60; Phil. IX 3; s. auch die Äußerungen des Redners Antonius bei Cic. de or. 1.58.246; Liv. 4.4. Vgl. auch Demandt, *Geschichte als Argument*, 1972, 30 ff. – Zur Ambivalenz des Ausdrucks „*mos maiorum*“ im 1. Jhd. v. Chr. s. Raditsa, in „Aufstieg und Niedergang der röm. Welt“ (Festschr. Vogt) I 3, 1973, 426, 454.

⁸¹ Vgl. hierzu auch Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 1971, 11. – Zu untersuchen wäre, ob Poseidonios hier als Vorbild gewirkt hat. Vgl. nur Zeller, *Grundriß der Geschichte der griechischen Philosophie*, 1971¹⁴, 314 ff.

⁸² Eine Anspielung darauf immerhin in de leg. 1.14.40. Zur Anschauung vom goldenen Zeitalter vgl. etwa Poseidonios bei Seneca ep. 90; Ovid, *met.* 1.89 ff.; Vergil, *Georg.* 1.125 ff.

⁸³ Vgl. nur de leg. 2.10.23; 1.6.20; de rep. 2.1.2 u. ö. – Allgemein zu den Auffassungen über die Entstehung des Rechts in der griechischen und lateinischen Literatur auch Cancelli, *SDHI* 37, 1971, 328 ff.

⁸⁴ S. nur die Erzählung von der Entstehung des römischen Staats im 2. Buch der Republik. Vgl. vor allem 2.16.30: *Atqui multo id facilius cognoscas, inquit Africanus, si progredientem rem publicam atque in optimum statum naturali quodam itinere et cursu venientem videris*. S. hierzu Quellen und Literatur bei Fredouille, *Tertullien*, 246 A. 56.

⁸⁵ Vgl. de leg. 2.16.40: *optimus mos maiorum* ist der *antiquissimus et deo proximus*.

Begründung schlägt eine Brücke zur „göttlichen Offenbarung“ des richtigen Rechts.

Es verwundert nicht, daß die Idealisierung der gottnahen Vorzeit gerade auch in der Prinzipatszeit vertreten wird. Hier ist zuerst Philon zu nennen, dessen Identifizierung der *δικαιοσύνη* καὶ *πᾶσα ἀρετή* mit dem νόμος πατριος καὶ θεσμός ἀρχαῖος der Auffassung Ciceros entspricht. Doch betont er durch die weitere Identifizierung mit der hellenistisch interpretierten göttlichen Offenbarung (*φύσεως ἱεροὶ λόγοι*) das jüdische Verständnis einer personalistischen ersten Rechtsquelle⁸⁶. Unter diesem Aspekt ist die Unveränderlichkeit und Stabilität einer Rechtsordnung ein Wahrheitskriterium. So haben sich nach Philon alle nichtjüdischen Rechtsordnungen geändert, wobei Kriege, Despoten, das Fatum, Pest, Hunger, Leid und Bosheit, Wohlhabenheit und Überfluß als Faktoren genannt werden. Allein das jüdische Recht sei ewig und unveränderlich⁸⁷.

Ein weiteres Beispiel für die — häufig irrationale — Bewertung des Alten als des Guten und des Neuen als des Schlechten ist Dionysios v. Halikarnaß (II 6 ff.). Im Lobpreis der frührömischen Verfassungs- und Rechtsordnung folgt er durchaus dem Urteil Ciceros. Veränderungen sieht er eher als Verschlechterungen an (s. nur VIII 80). Von Philon⁸⁸ werden Augustus und Tiberius dafür gepriesen, daß sie bei den Römern wie bei den Peregrinen die *πάτρια* zu erhalten suchen. Wortbildungen, in denen die „Neuheit“ zum Ausdruck kommt (*νεοτερισμός* u. ä.; s. etwa leg. 31.218) haben bei ihm eine durchaus

negative Färbung. Immerhin zeichnet er sich dadurch aus, daß er den irrationalen Charakter der Vorliebe der Völker für ihre Traditionen — wenn auch vielleicht in taktischer Absicht⁸⁹ — betont (leg. 36.277): Jedes Volk schätzt seine *πάτρια*, auch wenn sie es nicht verdienen; denn hierüber urteile nicht die Vernunft (*λογισμός*), sondern triebhafte Zuneigung (*τὸ πάθος τῆς εὐνοίας*).

Bei Plutarch finden sich Äußerungen, die man als Warnungen vor einer rationalen Bewertung der (alten) Gesetze interpretieren kann (s. nur *de sera num. vind.* 4,549 E ff.). Noch deutlichere Äußerungen begegnen uns in der *Apollonios-Vita* des Philostratos⁹⁰. Nicht nur werden dort „neu und unrecht“ (*kainon kai adikon*) als zusammengehörende Begriffe verwendet (I 37)⁹¹. An Plutarch — aber auch an gewisse Äußerungen der Juristen (s. u. XI 3 bei A. 68) — erinnert die Mahnung (VI 20 [Loeb] p. 87), nicht bei allen alten Rechtseinrichtungen (*palaia nomima*) nach deren Gründen zu suchen. Auf die Verbindung dieses dogmatischen Irrationalismus mit den entsprechenden Konsequenzen des Skeptizismus soll hier nur hingewiesen werden. Beide Haltungen waren einer auf die Praxis gerichteten Rechtskritik nicht günstig.

Am aufschlußreichsten für die juristische Praxis ist aber das Lob des Antoninus Pius durch Mark Aurel (eis heaut. 1.16.15, 21): Niemals war der Kaiser geschmacklos oder neuerungssüchtig (*καινότομος*). Ohne sich den Anschein eines Traditionalisten zu geben, bewahrte er den *mos*

⁸⁶ de leg. spec. II 13. Zur teilweise anderen Auffassung der Rabbis vgl. D a u b e, *Civil disobedience in Antiquity*, 1972, 77 ff. (vgl. auch 95 f. zu Philon) und F a l k, *Introduction to Jewish Law of the Second Commonwealth I*, 1972, 29 ff.

⁸⁷ S. Philon, *Vita Mos.* II 12 (beeinflusst durch Plat. *Nomoi* IV 4, 709a?); 17 ff.; Flav. Jos. c. Ap. II 277; vgl. auch II 153 (Einfluß der Massen auf die Gesetzgebung). Zur Ewigkeit des Gesetzes s. auch Ev. Matth. V 18; Luk. XVI 17. Zur Unveränderlichkeit der Thora s. F a l k aaO 6; dort auch 26 ff., 29 ff. zur Rechtskritik und Rechtsreform im jüdischen Recht. Dahin steht, wie weit Philon und Flav. Jos. die jüdische Rechtswirklichkeit ihrer Zeit wiedergeben. Im Gegensatz zum jüdischen „Rechtsdenken“ mußte das Christentum auch Änderungen des Gesetzes zu begründen versuchen. Charakteristisch hierfür ist etwa die Reaktion des Origenes (adv. Cels. II 52; s. auch VIII 47), der Christus als göttlich legitimierten Rechtsreformer (oder gar Revolutionär) schildert.

⁸⁸ leg. ad Gai. 23.153; 24.161; vgl. auch de leg. IV 149 zur φυλακή τῶν ἀρχαίων ἐθνῶν. Weitere Stellen in „Philo. Werke. Deutsch“ VII 393. Immerhin erkennt er gelegentlich auch die Notwendigkeit neuen Rechts an; s. Vita Mos. II 203. Flav. Jos. (c. Ap. I 6 ff.) benutzt das Argument der Neuheit der griechischen Einrichtungen im Gegensatz zu denjenigen der Ägypter, Chaldäer, Phöniker, Juden als Kriterium für ihre Minderwertigkeit.

⁸⁹ Sonst lobt er eher τὰ κοινὰ τῆς φύσεως καὶ ἀκίνητα νόμια (de agric. 43) die dem ὁρθὸς λόγος (s. Belege in „Werke. Deutsch“ VII 40) entsprechen.

⁹⁰ Zum Irrationalismus des Apollonius s. nur S c h t a - j e r m a n, *Krise der Sklavenhalterordnung*, 1964, 266.

⁹¹ Die Gleichsetzung *novum ius* — *iniqum ius* findet sich auch in der Kommentierung des Ulpian zum Talion-Edikt angedeutet (D. 2.2.1); s. dazu V o n g l i s, *La lettre et l'esprit*, 33 f. mit Lit. Die Assoziation zu den Verrinen Ciceros drängt sich auf (vgl. II 1.41 ff.); s. auch Tac. Ann. 2.30.

maiorum: πάντα τε κατὰ τὰ πάτρια πράσσειν οὐδὲ αὐτὸ τοῦτο ἐπιτηδεύειν φαίνεσθαι, τὸ τὰ πάτρια φυλάσσειν.

Bei dieser Grundeinstellung lag es nahe, unter dem Aspekt eines einheitlichen und guten „Urrechts“ die Verschiedenheit und Veränderung der Gesetze in erster Linie als *depravatio* (Cic. de leg. 1.10.29) aufzufassen. Sicherlich gab es dazu auch eine Alternative, nämlich in gleichsam harmonisierender und legitimierender Weise die Einzelgesetze als Konkretisierungen des Naturgesetzes zu verstehen⁹². Wenn diese Alternative angedeutet wird, so in der Regel nicht in dem Sinne, daß ein entsprechender idealer Zustand bereits erreicht sei⁹³, sondern allenfalls im Sinne eines auf ihn gerichteten Postulats (s. nur Cic. de leg. 1.10.28 ff.).

Wenn die Behauptung der Depravation überhaupt begründet wird, so vorwiegend aus moralisierender Perspektive. Der Abstand etwa zur Analyse des Verfassungswandels durch Aristoteles⁹⁴ oder Polybios⁹⁵ ist frappierend. Cicero (de leg. 1.12.33) spricht davon, daß das Naturrecht der *corruptela malae consuetudinis* unterlegen sei und daß an der *opinionum varietas hominumque dissensio* vor allem die *voluptas* als *imitatrix boni* schuld sei⁹⁶. Mit dieser Aussage wird die Depravation von Rechtsnormen ähnlichen Kategorien unterworfen wie die Depravation der – von Natur aus guten – Individualcharaktere⁹⁷.

Etwas hintergründiger ist demgegenüber die Erörterung Philons⁹⁸. Er sieht, daß die Verschiedenheit der Gesetze auch mit dem Fehlen von Verbindungen zwischen Hellenen und Bar-

baren und jeweils untereinander zusammenhängt, daß Zeitumstände, geographische Situation und ähnliches als Gründe in Betracht kommen. Doch auch für ihn liegen die wahren und entscheidenden Faktoren in moralischen Qualitäten (Habgier und Mißtrauen). Mit ähnlichen Kategorien arbeitet der christliche Schriftsteller Justin⁹⁹; nach ihm beruht der Abfall vom wahren Recht auf Erziehung, schlechten Gewohnheiten und schlechten Gesetzen. Es ist nur eine Konsequenz dieser moralisierenden Auffassung, daß derselbe Justin (Apol. II 9.2) hinter der Verschiedenheit der Gesetze den Einfluß der Dämonen sehen konnte¹⁰⁰. Daß die römischen Juristen und wohl auch die römische Verwaltungspraxis dieser negativen Einstellung im Verhältnis zum Variantenreichtum der Rechtsordnungen nicht folgten, ist ihnen sicherlich nicht vorzuwerfen.

Ein anderer, kaum rationalerer Weg zur Erkenntnis des richtigen Rechts war derjenige der Hypostasierung des σοφὸς ἄνθρωπος als „Rechtspropheten“. Bei Platon (Politikos 33, 293c; 34, 294c) findet sich die Lehre, daß an sich die Herrschaft des Weisen der Herrschaft des Gesetzes vorzuziehen wäre; allerdings wird an ihrer Durchführbarkeit gezweifelt. Diese Lehre wird von der stoischen Auffassung vom Weisen als dem wahren Gesetzgeber (ἀληθὴς νομοθέτης)¹⁰¹ weitergeführt; sie dokumentiert sich in der vor allem von den Kynikern und kynisierenden Stoikern praktizierten Mißachtung von Recht und Sitte¹⁰². In der Prinzipatszeit scheint der Vorwurf der Gesetzesverachtung, wie er gegenüber

⁹² Vgl. nur die entsprechende Lehre von den einzelnen Religionen als Emanationen einer allgemeinen Religion; s. etwa Plut. de Is. 67.

⁹³ S. etwa Philons Lehre (StVF III 323), der entsprechend die Einzelverfassungen schlechte Zusätze zur natürlichen Verfassung sind.

⁹⁴ Politeia 5. Buch. Zu den Motiven der Gesetzgebung s. im übrigen auch Plat. Nomoi IV 4, 709a.

⁹⁵ Im 6. Buch.

⁹⁶ Ebd. 1.17.47; vgl. auch 1.10.29.

⁹⁷ S. nur Diog. Laert. VII 89 (zur Stoa); Reinhardt, RE XXII 1, 746 f. (zu Chrysipp und Poseidonios im besonderen).

⁹⁸ StVF III 323. Vgl. auch de agric. 43.

⁹⁹ dial. XCIII 1 (s. auch Orig. adv. Cels. III 65 ff. [69]). Eine ähnliche, mit Ideen Rosseaus verwandte Vorstellung

findet sich auch in dem von Africa, Science and State in Greece and Rome, 1968, 27 zitierten medizinischen Traktat περὶ ἀέρων ὑδάτων τόπων 16.24 (aus dem Corp. Hipp.; s. dazu nur Triantaphyllopoulos aaO (o. A. 19) 677 A. 80); danach verändern die menschlichen Institutionen das von Natur aus Gute zum Schlechten.

¹⁰⁰ Liegt darin eine Anspielung auf den Kaiser? Vgl. nur Orig. adv. Cels. VIII 63: Annäherung der Kaiser an die Dämonen.

¹⁰¹ S. Dion v. Prusa XXII 1 ff.; Diog. Laert. VII 122 ff.; s. aber auch Demokrit, Diels Doxogr. Gr. 590. Vgl. zu diesem Thema Nörr, iurisperitus sacerdos, 561 f.; Ruch, Gnomon 45, 1973, 358 ff.; Gehlen aaO (o. A. 52) 32 ff. Zum Begriff des θεῖος ἄνθρωπος s. die Lit. bei Triantaphyllopoulos aaO (o. A. 19) 654 A. 15.

¹⁰² S. nur Diog. Laert. VI 72 f.; Dion v. Prusa X 14 ff.

den Philosophen häufig erhoben wurde¹⁰³, eines der üblichen Argumente im Kampf gegen die philosophische Opposition gewesen zu sein. Daß dieser Vorwurf nicht ganz unbegründet war, läßt sich gerade aus der Reaktion der Philosophen erkennen. So erklärt etwa Epiktet (aaO), daß Einfältiges „eigentlich“ nicht Gesetz sei (νόμος δ' οὐκ ἔστι τὰ ἐπὶ μωροῖ); doch wenn die Dummen (μωροί) stärker seien, so müsse sich der Weise wenigstens in Äußerlichkeiten ihnen fügen. Apollonius von Tyana, der nach der Erzählung des Philostratos den ihm von Domitian gemachten Vorwurf der Gesetzesverachtung zurückweist (VII 33, VIII 7.1), hat demgegenüber in einem der ihm zugeschriebenen Briefe (ep. 33) festgestellt, daß die Gesetze über den Herrschenden (*archontes*), die Philosophen aber über den Gesetzen stünden¹⁰⁴.

Es ist an dieser Stelle nicht notwendig, die Fundamente dieser Einstellung zum Gesetz näher zu untersuchen, die den Ungehorsam gegenüber dem positiven Recht mit dem Gehorsam gegenüber einem höheren Recht legitimierte. Es ist bemerkenswert, daß der „wahre Weise“ für seine Person den herrschenden Gesetzespositivismus zurückzudrängen sucht. Nicht zu beantworten ist die Frage, ob sich in diesen philosophischen Thesen die Anschauungen sonst „sprachloser“ Bevölkerungsschichten spiegeln. Es mag auch dahinstehen, ob — wie gerade die Reaktion der römischen Obrigkeit vermuten läßt — diese Haltung zur „Herrschaftskritik“ im oben umschriebenen Sinne führte und als Gefahr für die „öffentliche Ordnung“ angesehen werden konnte. Konkrete Rechtskritik entwickelte sich

aus ihr nach unseren Quellen selten; wenigstens sind ihre Folgen kaum feststellbar. Allerdings ist zweierlei zu bedenken: Einmal wissen wir nicht, inwieweit gewisse humanitäre Züge gerade des römischen Rechts im 2. Jahrh. n. Chr. nicht nur auf den „Zeitgeist“, sondern konkret auf philosophische Lehren und Belehrungen zurückzuführen sind¹⁰⁵. Zum anderen wäre zu prüfen, ob der Gedanke der Rechtsoffenbarung durch den Weisen, der in Umkehrung seiner naturrechtlichen Herkunft zur Positivierung des Rechts führen konnte, nicht auch über den Topos des Herrscherphilosophen bei der Ausbildung der Gesetzgebung durch den Prinzeps und dem ihr folgenden Gesetzespositivismus des späteren römischen Rechts eine Rolle spielte¹⁰⁶.

Naturrechtsgedanke und Rechtsprophetie vermischen sich im Judentum und Christentum der Kaiserzeit in der Interpretation der göttlichen Rechtsoffenbarung. Selbstverständlich können wir hier auf die Vorläufer — wie Cicero¹⁰⁷, Epiktet¹⁰⁸, Plutarch¹⁰⁹ und Maximus v. Tyros¹¹⁰ —, die Voraussetzungen und Konsequenzen der Entwicklung des (vor allem christlichen) *ius divinum* nicht näher eingehen. Die jüdischen und christlichen Schriftsteller der Epoche bleiben weithin abhängig von philosophischen Denkkategorien. Philon bedient sich nicht nur stoischer Terminologie¹¹¹, sondern auch stoischer Rationalität; so begründet er in seinem Werk *de legibus specialibus* die Richtigkeit der jüdischen Gesetze in der Regel aus ihrer Vernünftigkeit, seltener aus Tradition und Autorität¹¹². Ebenso umschrieben die christlichen Schriftsteller das göttliche Recht teilweise mit der

¹⁰³ Vgl. nur Epiktet bei Arrian IV 7.33 ff.; Philostratos, V. Apoll. VII 33; allgemein hierzu und zur philosophischen Opposition MacMullen, *Enemies*, 46 ff. mit Quellen und Lit.

¹⁰⁴ Vgl. auch Philostratos, V. Apoll. VI 21: Die Untersuchung der Gerechtigkeit ist eher die Aufgabe der Philosophen als die der *Basileis* und der Strategen.

¹⁰⁵ Vgl. zu Ulpian Frezza SDHI 34, 1968, 363 ff.

¹⁰⁶ Zum *basileus* als *nomos empsychos* vgl. nur Musonius bei Stobaios IV 7 § 67; Philon, V. Mos. II 4; weitere Belege bei Barker, *From Alexander to Constantine*, 1956, 365, 378. S. im übrigen auch Rostovtzeff, *Gesellschaft und Wirtschaft I* 282; Aalders, in „*Politeia und Res Publica*“ (Gedächtnisschrift für R. Stark, 1969), 315 ff. Für Philon (de Abrah. 3 ff.) sind die frühen jüdischen Heroen *empsychoi kai logikoi nomoi*, die nach der *physis*, nach einer *agraphos nomothesia*, gelebt

hätten. Geschriebene Gesetze seien *υπομνήματα βίου τῶν παλαιῶν*.

¹⁰⁷ De leg. 2.8.10; *lex vera* als *ratio recta summi Jovis*.

¹⁰⁸ I 29.19; vgl. auch I 13.5: Formel vom νόμος τῆς φύσεως καὶ τοῦ θεοῦ.

¹⁰⁹ ad princ. inerud. 3.

¹¹⁰ Philosoph. 6.5d (s. Lauria, *Ius* 1967³, 159 ff.), der die Entgegensetzung Philons (s. die folgende Anm.) noch breiter entwickelt. Zu neuplatonischen Parallelen (Porphyrios) s. nur Lauria aaO 163 f.

¹¹¹ S. etwa Philon StVF III 360, wo der νόμος ἀψευδής, der ὁρθὸς λόγος, als πηγὴ τῶν νόμων dem φθαρτὸς ἐν καρτερίοις ἢ στήλαις ἄψυχος νόμος gegenübergestellt wird. — Vgl. auch Herklit fr. 114 (Diels).

¹¹² S. nur Heinemann, *Einleitung* zu Bd. 2² von „*Philo. Werke. Deutsch*“, 3 ff.

naturrechtlichen Terminologie¹¹³. Doch gab ihnen die Positivierung des höherrangigen Rechts in den kanonischen Schriften einen weit sichereren und wirkungsvolleren inhaltlichen Maßstab zur Rechtskritik in die Hand, als ihn die philosophische Naturrechtslehre jemals zur Verfügung hatte. Sowohl die jüdischen als auch die christlichen Auffassungen über das *ius divinum* konnten zur Rechtskritik führen¹¹⁴. Das für den Juristen interessanteste Beispiel hierfür ist Tertullian (und in geringerem Maße Laktanz), der von der als sicher angenommenen Basis des göttlichen Rechts aus Kriterien entwickelt, an denen er das römische Recht zu messen sucht¹¹⁵. Soweit sich die jüdische oder christliche Rechtskritik gegen konkrete Rechtseinwirkungen der Prinzipatszeit richtete, wird auf sie im folgenden wenigstens exemplarisch zurückzukommen sein. Daß sie auch — in der hier interessierenden Epoche — die Rechtssetzung beeinflusste, läßt sich kaum beweisen.

Die Lehre der skeptischen Agnostiker konnte zwar gewisse Voraussetzungen für eine Rechtskritik schaffen, diese selbst blieb ihnen grundsätzlich verschlossen. Der dogmatischen Rechtskritik setzten, sei es die hohe Abstraktion des Naturrechts, seien es die Zweifel über seinen Inhalt, sei es schließlich das Legitimationsproblem Grenzen. Der schwierige Weg einer konkreten, von einer einzelnen Institution oder einem einzelnen Rechtssatz ausgehenden, diese in ihrem Zusammenhang mit der Gesellschaftsordnung prüfenden, die Folgen von Änderungen ebenso

wie die Folgen des Beharrens abwägenden Kritik, wurde — wie der Lauf der Rechtsgeschichte zeigt — praktisch ständig begangen. Doch scheint es eine theoretische Diskussion über diese Methode in der uns interessierenden Epoche kaum gegeben zu haben. Das ist um so erstaunlicher, als sich bei Platon¹¹⁶ und vor allem bei Aristoteles grundlegende Gedanken zu diesem Thema finden. Anstelle einer eingehenden Darstellung sei nur kurz der Inhalt des vielleicht wichtigsten und auch heute noch keineswegs veralteten aristotelischen Textes¹¹⁷ wiedergegeben.

Prämisse ist für Aristoteles das Fehlen eines unveränderlichen Naturrechts¹¹⁸. Mit ihr dürften die beiden nur scheinbar sich widersprechenden Grundtendenzen seiner „Rechtspolitik“ zusammenhängen. Zum einen empfiehlt er Zurückhaltung gegenüber jeder Änderung der „väterlichen Gesetze“. Zum anderen konzidiert er, daß die alten Gesetze häufig allzu primitiv und barbarisch (Beispiele sind Frauenkauf und Mordverfolgung in Kyme) und damit verbesserungsbedürftig sind. Denn wichtiger als die Erhaltung der Tradition (*patrion*) sei die Erreichung des „Guten“ (*agathon*). Für dieses hätten die Vorfahren, die im Wesen nicht besser waren, als es die Zeitgenossen sind, keine besondere Autorität. Im übrigen ergebe sich die Verbesserungsbedürftigkeit der Gesetze, die als generelle und abstrakte Normen ihrem Wesen nach unvollkommen sind, gleichsam aus der Natur der Sache. Gegen ihre Änderung könne allerdings ihre auf der Gewohnheit (*ethos*) beruhende Autori-

¹¹³ S. nur Just., dial. XCIII 1 (Identifizierung des Naturrechts mit dem Dekalog); Laktanz, Div. Inst. 5.19.3 ff. (*ratio*).

¹¹⁴ Der universalistische Charakter des Christentums gab der christlichen Rechtskritik sicherlich einen viel weiteren Aktionsraum, als ihn die jüdische Rechtskritik jemals hatte. — Zum christlichen *ius divinum* s. nur Orig. adv. Cels. V 37 (vgl. auch V 27 ff.); Bardesanes bei Euseb. Praec. Ev. VI 9.2 f. passim; VI 10.46.

¹¹⁵ Vgl. zu ihnen nur Gonnella, RIFD 17, 1937, 23 ff., auf dessen Skizze der rechtskritischen Grundsätze der beiden Kirchenväter generell verwiesen werden darf.

¹¹⁶ Vgl. nur Nomoi V 14.769d (Notwendigkeit, die einmal gegebenen Gesetze zu verbessern); V 15.770b (das hierfür angemessene Verfahren); VII 7.797b passim (Gefahr von Neuerungen); IX 13.874e (Verhältnis von Gesetzgebung und richterlichem Ermessen); s. auch VIII 7.839b zu den *anoeta kai adynata nomima*. S. im übrigen auch den

Politikos 34, 295b; 35, 296a; 39, 300a. S. auch Luhmann, Rechtssoziologie 2, 1972, 238 f. passim.

¹¹⁷ Politeia, II 8, 1268b; vgl. auch III 16, 1287a; Nik. Eth. V 13.1137a; protr. fr. 13 (Ross); s. Stark, Aristotelesstudien, 1972², 8 ff. Vgl. hierzu auch Alkibiades bei Thukyd. VI 187.

¹¹⁸ S. Nik. Eth. V 10, 1134b; vgl. auch die *Magna Moralia* I 33, 1194b. Zum Problem ihrer „Echtheit“ s. nur Dirlmeier, Aristoteles' Werke VIII², 93 ff.; außerdem die einschlägigen Beiträge in „Ethik und Politik des Aristoteles“ (W.d.F. 208, ed. Hager, 1972). Dort auch (410 ff.) Allan eingehend zur Gesetzestheorie des Aristoteles. Möglicherweise hängt die undogmatische Haltung des Aristoteles auch mit seinem dialektischen Begriff der Gerechtigkeit zusammen. Vgl. hierzu Giuliani, La definizione aristotelica della giustizia, 1971; dort auch 100 zu Theophrast. Seine Schrift *peri symbolaion* (Stob. IV 2.20, Hense) ist ein Zeugnis der Rechtstatsachenforschung im Peripatos.

tät sprechen. So seien Art und Umfang der Änderung sorgfältig zu bedenken. Kleinere Fehler des Gesetzgebers seien eher zu dulden als zu verbessern.

Dieser nüchternen Einstellung des Aristoteles zur Gesetzgebung entspricht es, daß er in der Nikomachischen Ethik (V 1129b) auch die Befolgung nicht ganz vollkommener Gesetze als „gerecht“ bezeichnet, ohne Entrüstung davon spricht, daß die Gesetze entweder dem gesamten Volk, den „Besten“ oder den Mächtigen oder anderen Gruppen, die Einfluß ausüben können, nützlich sein wollen, und schließlich auch die beschränkte Möglichkeit der Gesetze erkennt, die ethischen Einstellungen der Gesetzesadressaten zu regeln¹¹⁹. Will man neue Gesetze schaffen, so ist nach seiner Auffassung die (empirische) Analyse früherer Rechtsordnungen notwendig (EN X 1181a). Sein Schüler Theophrast (bei Stob. III 37.20; 106 Wimmer) warnt vor der Gesetzesflut und empfiehlt „pragmatische“ Gesetze: Ὀλίγων οἱ ἀγαθοὶ νόμων δέονται· οὐ γὰρ τὰ πράγματα πρὸς τοὺς νόμους, ἀλλ' οἱ νόμοι πρὸς τὰ πράγματα τίθενται. Wie wir sehen werden, findet sich die „streng positivistische Gesetzesauffassung“¹²⁰ des Aristoteles auch im rhetorischen Schrifttum wieder.

Was die römische Literatur betrifft, so wird noch zu erörtern sein, daß den Juristen anscheinend die vor allem im Peripatos geführte Diskussion über die Leistungsfähigkeit der Gesetze bekannt war¹²¹. Aber auch der Streit über die Zweckmäßigkeit von Rechtsänderungen findet in der römischen Literatur ein Echo. Vom älteren Cato ist bekannt, daß er sich für die *leges* und *iura* der Völker interessierte¹²². Bei der Erörterung der Frage, ob die lange Reihe der Luxusgesetze eröffnende *lex Oppia* wieder aufzuheben sei, läßt ihn Livius¹²³ mit seinem Kontrahenten, dem Volkstribun L. Valerius, die gängigen Argumente austauschen: Cato stellt fest, daß die Abschaffung eines Gesetzes zur

Schwächung der Rechtsordnung im ganzen führt und daß es im übrigen kein Gesetz gebe, das allen genehm sei (34.1.4 f.):

... immo, ut, quam accepistis iussistis suffragiis vestris legem, quam usu tot annorum et experiendo comprobastis, hanc ut abrogetis, id est ut unam tollendo legem ceteras infirmetis. nulla lex satis commoda omnibus est; id modo quaeritur, si maiori parti et in summam prodest.

Demgegenüber unterscheidet der die Abschaffung der *lex Oppia* mit Erfolg betreibende Tribun zwischen denjenigen Gesetzen, die *perpetuae utilitatis causa in aeternum latae sunt*, und „Zeitgesetzen“ (34.6.4 ff.). Erstere — die er — verwirrend und charakteristisch zugleich — mit den *leges veteres* verbindet, dürften nicht geändert werden; letztere dagegen, die unter bestimmten historischen Voraussetzungen erlassen wurden, müßten bei Wegfall der Voraussetzungen wieder aufgehoben werden.

Dieses Beispiel mag ausreichen, um zu zeigen, daß auch in Rom die Argumente der griechischen Diskussion über die Zweckmäßigkeit von Rechtsänderungen bekannt waren. Auffällig ist jedoch, daß anscheinend jeder Ansatz einer systematischen Erörterung fehlt. Das gilt vor allem von Cicero, bei dem man eine solche am ehesten suchen würde.

3. Leistungsfähigkeit des Gesetzes, Gesetz und Billigkeit

In den Rahmen der Gesetzeskritik als einem wichtigen Spezialfall der Rechtskritik gehört auch die Frage der „Leistungsfähigkeit“ des Gesetzes. Dabei wird entweder — in apologetischer Absicht — auf die im Wesen des Gesetzes liegenden Schranken einer richtigen und vollständigen Regelung verwiesen¹²⁴ oder — eher aggressiv — die grundsätzliche Wertlosigkeit des Gesetzes behauptet¹²⁵. Es sind vor allem zwei Aspekte,

¹¹⁹ S. nur Allan aaO.

¹²⁰ Meyer-Laurin, Gesetz und Billigkeit im attischen Prozess, 1965, 48.

¹²¹ S. u. 3 u. XI 1 bei A. 9.

¹²² S. nur Bretonne aaO (o. A. 81) 10.

¹²³ 34.1 ff.; vgl. auch u. V 4 bei A. 100. Eine etwas andere Einstellung zeigt Cato bei Gell. 6.3.45 f. (zit. o. bei A. 63). Doch kann hier dahinstehen, ob diese andere Ein-

stellung sich aus der Redesituation ergibt oder ob sie nur scheinbar ist, hervorgerufen durch die Bearbeitung des Livius.

¹²⁴ Vgl. etwa die Bemerkung des Augustus zu seinen Ehegesetzen bei Cass. Dio. 54.16.4. — Zur gegenwärtigen Diskussion der Leistungsfähigkeit des Gesetzes s. nur Arthur Kaufmann, Festschrift Larenz, 1973, 36 ff. mit Lit.

¹²⁵ Vgl. nur Dion v. Prusa or. LXXX 5.

unter denen die Diskussion geführt wurde. Einmal geht es um das Problem der notwendigen Lückenhaftigkeit des Gesetzes und – damit verbunden – des Verhältnisses von Gesetz und „Billigkeit“, zum anderen um die Frage seiner ethischen „Relevanz“.

Es ist an dieser Stelle nicht daran gedacht, die Entwicklung des Verhältnisses von Gesetz und Billigkeit von den Diskussionen des 5. Jahrhunderts v. Chr. bis zur Praxis des Kaiserrechts im 2. und 3. Jahrhundert n. Chr. darzustellen. Zwar könnten die neueren Forschungen, die die geringe Bedeutung der *epieikeia* im griechischen Rechtsleben zu zeigen versuchten, dazu Anlaß geben, auch die Rolle der römischen *aequitas* neu zu überdenken. Doch zeigt schon ein kurzer Überblick, daß für unser Thema, die Rechtskritik, vor allem gerade die Kritik am römischen Recht, die Lehre von der *epieikeia-aequitas* weit unwesentlicher ist, als man auf den ersten Blick vermuten würde¹²⁶.

Seit Platon¹²⁷ und Aristoteles hatte sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Starrheit und

Unvollständigkeit der Gesetze „der Natur der Sache“¹²⁸ entspricht, daß somit auch der gute Gesetzgeber keine perfekten Gesetze machen kann. Diese natürliche Unvollkommenheit der Gesetze entbindet weder die Rechtsunterworfenen noch die Gerichte von dem Gehorsam gegenüber den Gesetzen. Nur dort, wo überhaupt eine gesetzliche Regelung fehlt, sind die Richter ermächtigt, nach der *δικαιοσύνη γνώμη* zu entscheiden¹²⁹. Aus dieser Situation ergeben sich folgende Konsequenzen: Einmal ist der einzelne aufgerufen, sich als *ἐπιεικής* zu verhalten¹³⁰ und von seinem formalen Recht abzustehen¹³¹. Zum anderen mag der Gesetzgeber – wenn er es für notwendig hält – im Einzelfall durch einen besonderen Beschluß abhelfen¹³². Schließlich – und hier allein wird die Frage von unserem Thema aus von Bedeutung – kann der Gesetzgeber verpflichtet sein, seine Generalisierung und Abstrahierung zu überprüfen¹³³; allerdings kann er dabei wiederum das Gesetz nur besser, aber nicht „perfekt“ machen¹³⁴.

Es ist hier nicht möglich, wäre wegen der

¹²⁶ Ausführlich mit Quellen und Literatur zur Geschichte der *epieikeia* Dirlmeier, Aristoteles' Werke VI, 1969⁵, 432 f.; zu Aristoteles zuletzt Maridakis, Xenion (Festschrift Zepos) I, 1973, 267 ff.; zur geringen Bedeutung der *epieikeia* im griechischen (athenischen) praktischen Rechtsleben und zum griechischen Gesetzespositivismus Meyer-Laurin, Gesetz und Billigkeit im attischen Prozess, 1965; zuletzt Meinecke, RIDA 3. S. 18, 1971, 357 f. (mit weiteren Nachweisen, vor allem zu H. J. Wolff) und Triantaphyllopoulos aaO (o. A. 19) 670 ff. mit weiterführender Lit.; s. im übrigen auch die Literatur zum griechischen Gesetzesbegriff o. A. 19; zu den Rechtslücken etwa Triantaphyllopoulos, Antologia Greca e Romana I, 1968, 49 ff.; zum Problem des *ius finitum* Nörr, Divisio und Partitio, 1972, 47 (dazu noch [Quint.] decl. 309 [p. 217], 331 [p. 301] und Bretonne aaO 54 f. [zu Tanta 18]); zum Verhältnis von *dikaion* und *philanthropon* Dihle, Der Kanon der zwei Tugenden, Arbg. Forschung NRW 1968 (vor allem zur seit dem 1. Jahrh. v. Chr. auftretenden Tendenz der Ersetzung von *dikaioi* durch *philanthropos*); zum Verhältnis der (rhetorischen) *quaestio iuris* zur *quaestio aequitatis* Bardon, Le vocabulaire de la critique littéraire chez Sénèque le rhéteur, 1940, 68 ff.; zum Verhältnis der *epieikeia* zur römischen *aequitas* zuletzt M. Fuhrmann, Studi Volterra II 69 ff.; zur Stellung des Gerichts in Athen und zu den Gesetzeslücken Ruschenbusch, *Dikasterion panton kyrion*, in „Zur griechischen Rechtsgeschichte“ (W.d.F. 45, 1968, ed. Berner, 1968) 350 ff.; zur *epieikeia* in den Papyri Seidl, SDHI 38, 1972, 369; weitere Angaben, vor allem zur römischen *aequitas* bei Kaser,

RPR I 194 f.; eine Textsammlung bei Lauria, Ius, 1967³, 43 ff.

¹²⁷ S. nur Politikos 33, 294a; vgl. auch seine Warnung (Nomoi VII 1, 788a; IX 13, 874e), unwichtige und schwer zu überprüfende Sachverhalte gesetzlich zu regeln, da darunter die Autorität des Gesetzgebers leiden würde; ähnlich Cic. de leg. 1.6.20. Auch vor der Regelung leicht entscheidbarer Tatbestände wird gewarnt (Nomoi IX 14, 876d, 876e [zur paradigmatischen Gesetzgebung]; vgl. auch Politeia IV 4, 425 B). Besonders wichtig sind die Äußerungen des Aristoteles (vgl. vor allem Nik. Eth. V 13, 1137a; 14, 1137a) und des Theophrast (bei Pomp. D. 1.3.3 und Paul. D. 1.3.6; s. auch Gell. 1.3.22).

¹²⁸ Aristoteles aaO: ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματος. Vgl. dazu Hegel, Enc. § 529

¹²⁹ Demosth. XX 118; s. dazu nur Meyer-Laurin aaO 28 ff.; Triantaphyllopoulos aaO (o. A. 19) 682 ff. Zur γνώμη δικαιοσύνη im ptolemäischen Ägypten s. Wolff, SZ 70, 1953, 45 A. 76; Modrzejewski, SZ 80, 1963, 68 A. 100.

¹³⁰ Vgl. nur E. Wolf, Griechisches Rechtsdenken IV 1, 1968, 373 A. 11.

¹³¹ S. Arist. Nik. Eth. V 14, 1137b; Rhetorik I 13, 1374a.

¹³² Arist. Nik. Eth. V 14, 1137b (*psephisma*).

¹³³ Angedeutet etwa bei Platon, Politikos, 34, 295a ff. und Arist. Rhetorik I 13, 1374a (zu den unfreiwilligen Verstößen des Gesetzgebers gegen die Billigkeit).

¹³⁴ Nicht zu erörtern ist hier, ob sich die Mahnung des Aristoteles (Nik. Eth. V 14, 1137b) über die „Berichtigung“ des Gesetzes nach dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers nur auf echte Gesetzeslücken oder auch auf solche

schlechten Quellenlage auch schwierig, die weitere Entwicklung des Verhältnisses von Gesetz und Billigkeit zu untersuchen. Wenn nicht alles täuscht, wurde zwar der *locus communis* der möglichen Entgegensetzung von Gesetz (Recht) und Billigkeit beibehalten¹³⁵; doch wurde anscheinend die Diskussion unpräzise¹³⁶. Eine mögliche Ursache dieses Verfalles der Diskussion dürfte es sein, daß die Erkenntnis der naturgemäßen Unvollkommenheit der Gesetze in den Hintergrund trat. Das hatte zur Folge, daß ein Gesetz, dessen Inhalt nicht der *aequitas* entsprach, problematisch wurde. Die *aequitas* tendiert somit dazu, ein Essentiale des Rechtes zu werden. Ein deutliches Zeichen dafür ist bereits ihre Gleichsetzung mit der *humanitas* und ähnlichen Werten. Wichtiger noch ist, daß in der Kaiserzeit die richtige Mischung von „Recht“ und „Billigkeit“ nicht nur zum typischen Bestandteil der (Gesetzes-) *Enkomia* wird¹³⁷, sondern auch als Selbstlob und Maßstab in den Rechtssetzungsakten erscheint¹³⁸. Unter diesen neuen Vorzeichen wandelt sich der Gegensatz von „Gesetz“ und „Billigkeit“ zum Gegensatz von strengem und billigem, hartem und humanem Recht – mit der mehr oder weniger offenen Empfehlung, das Recht der Billigkeit anzupassen¹³⁹. Was die Rechtskritik betrifft, so hätte

man damit einen – wenn auch etwas vagen – Bewertungsmaßstab gewonnen. Nach unseren Quellen aber wird er im Grunde als solcher nur von den Juristen verwendet (s. u. IX 5), während die Literaten sich seiner – von allgemeinen Redensarten abgesehen – kaum bedienen.

4. Die Einstellung der Rhetorik der Kaiserzeit zur Rechtskritik, *legum laus et vituperatio*, *aequitas* in der Rhetorik

Die Behauptung, daß der *aequitas* als Maßstab der Rechtskritik nur eine geringe Bedeutung zukommt, wird durch die Rhetorik der Kaiserzeit bestätigt. Etwas vereinfacht gesagt, gibt es zwar so etwas wie einen Topos der *laus legis*; bei seiner Anwendung konnte die *aequitas* als qualifizierendes Merkmal verwendet werden. Auch im Rahmen der Auslegungslehre war sie brauchbar; stört etwa der Wortlaut des Gesetzes, so kann die *aequitas* die Auslegung nach dem Willen verlangen. Dabei ist hervorzuheben, daß sich in diesen Fällen die Kritik weder gegen den Inhalt des Gesetzes noch gegen den durch den Gesetzgeber bezweckten Erfolg richtet, sondern allenfalls gegen die Gesetzestechnik¹⁴⁰. Wird schließlich ausnahmsweise einmal ein Gesetz als „unbillig“

Lücken bezieht, die erst durch „teleologische Reduktion“ entstanden sind. Unter diesen Umständen wäre – trotz prinzipieller Anerkennung des griechischen Gesetzespositivismus – nochmals die Rolle der *epieikeia* in der griechischen Gerichtspraxis zu überdenken. Daß Aristoteles bei seinen Ausführungen in erster Linie an den *ἐπεικὴς ἀνὴρ* denkt (Meyer-Laurin aaO 48 ff.), läßt sich so wohl kaum halten; zumindest ist auch der Gesetzgeber angesprochen (vgl. das Beispiel des *psephisma*).

¹³⁵ Vgl. nur Cic. Phil. IX 10 f. (zu Servius Sulpicius): *nec enim ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit. Ita et quae proficiscebantur a legibus et iure civili semper ad facilitatem aequitatemque referebat*. Weitere Stellen bei Levy, Ges. Schr. I 22 f.

¹³⁶ Immerhin kann die „Gesetzesbilligkeit“ schon auf Aristoteles zurückgeführt werden; s. Rhetorik I 13, 1374a. – Wenn Dion v. Prusa in rhetorischen Etuden (vgl. or. LXXV u. LXXVI) über die Stärken und Schwächen des Gesetzes spricht, so mag das ein Indiz dafür sein, daß das Thema von seinen Zeitgenossen nicht mehr allzu ernst genommen wurde. Es war offensichtlich abgegriffen. – Zu or. LXXVI jetzt Bove, *La consuetudine in diritto romano* I, 1971, 79 ff.

¹³⁷ Vgl. nur Pseudo-Aristid. or. XXXV (K) 17; Musurillo, *Acts of Pagan Martyrs*, 1954, 200; vgl. auch

X 13 ff. (Pap. Ox. 2177; Acta Athenodori; wohl aus der Zeit Trajans oder Hadrians) zu den Gesetzen der Athener und Alexandriner. Auch Philon lobt häufig die *epieikeia* und *philanthropia* des mosaischen Rechts; s. nur de leg. spec. II 110. In de decal. 164 bezeichnet er die Institution des Jobel-Jahres als *πρᾶγμα φιλανθρωπίας καὶ δικαιοσύνης μεστόν*. Zur Geschichte des Begriffes „*philanthropia*“ vgl. Stark aaO (o. A. 53) 96 ff.

¹³⁸ S. nur OGIS 502 (a. 125/6): Eine kaiserliche Entscheidung wird vom Kaiser selbst als Mischung des *philanthropon* und des *dikaion* gekennzeichnet. In BGU I 140 (FIRA I, leges, 78) interpretiert Hadrian *to austeroteron* seiner Vorgänger *philanthropoteron* (dazu Wubbe, Symb. David I, 1968, 245). Dem präziseren Gebrauch von *epieikeia* entspricht es eher, wenn Maecenas (Cassius Dio 52.34.6 ff.) die beschränkte Kraft der Gesetze betont und dem Kaiser die richtige Mischung von *nomos* und *epieikes* anempfiehlt.

¹³⁹ Vgl. nur Sueton, Claud. 14; Cass. Dio 75.5.7 (Loeb.): Pertinax gelobt, *δίκαιος ἄνευ ἀκριβολογίας* zu sein.

¹⁴⁰ Zuzugeben ist allerdings, daß die Rhetorik diese Unterscheidung möglicherweise nicht immer ganz scharf trifft. Vgl. aber immerhin Cic. pro Caec. 79 f: *exemplis uteretur multis ex omni memoria antiquitatis a verbo et ab scripto plurimis saepe in rebus ius et aequi et boni rationem*

bekämpft, so wird der Angreifer auf den Gesetzgeber verwiesen, der allein für das Problem der Richtigkeit des Gesetzes zuständig ist.

Sowohl in dem Zurücktreten des Topos der *vituperatio legis* im Verhältnis zur *laus legis*, als auch im Hinweis auf den Gesetzgeber als den zuständigen Adressaten für die Gesetzeskritik dokumentiert sich der antike Gesetzespositivismus¹⁴¹. Er zeigt sich auch noch in den rhetorischen Deklamationen, in denen die Vorstellung aufrechterhalten wird, daß der Advokat sich auf das Gesetz stützen muß, um seiner Sache zum Siege zu verhelfen. Die eben aufgestellten Behauptungen können hier nicht ausführlich begründet werden. Doch soll wenigstens versucht werden, sie glaubhaft zu machen. Dabei beschränken wir uns im wesentlichen für die Theorie auf die Institutionen Quintilians¹⁴², für die deklamatorische Praxis auf die ihm zugeschriebenen *declamationes minores*¹⁴³.

Im Rahmen der rhetorischen Elementarlehre (*de primis apud rhetorem exercitationibus*) erörtert Quintilian auch den locus communis der *legum laus et vituperatio*. Dem ersten Anschein nach wären wir damit im Zentrum unseres Themas; doch zeigt die Durchführung ein etwas anderes Bild¹⁴⁴. Quintilian stellt nämlich fest, daß

dieser Topos in erster Linie im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eine Rolle spielt¹⁴⁵. Wer einen Gesetzesantrag stellt, wird seinen Inhalt loben¹⁴⁶, wer sich gegen ihn stellt, wird sei es die formelle Berechtigung¹⁴⁷, sei es den Gesetzesantrag selbst angreifen. Dabei geht es um die *verba legis*¹⁴⁸ oder um den Gesetzesinhalt im engeren Sinne¹⁴⁹. Daß hierbei Erwägungen auftreten, die auch im Rahmen von Gerichtsreden bedeutsam sein können, darf nicht in die Irre führen. Etwas vereinfacht, reduziert sich die *laus et vituperatio legis* auf die *laus et vituperatio rogationis*. Nur wenn man – was Quintilian allerdings nicht tut – das bestehende Recht als Hintergrund für den Gesetzesantrag betrachtet, kann man diesen Topos zum Problembereich „Rechtskritik“ zählen.

Geht man zur Theorie der Gerichtspraxis über, so verschiebt sich die Fragestellung. Wer sich unmittelbar auf den Gesetzeswortlaut stützen kann, darf sich mit dem einfachen Lob des Gesetzes begnügen. Entspricht ein Rechtssatz dem *ius gentium*, so wird die *laudatio* noch leichter sein als in anderen Fällen¹⁵⁰. Handelt es sich dagegen um eine *lex asperissima* (oder um *poenariae actiones*)¹⁵¹, so empfiehlt Quintilian¹⁵², zu den Mitteln der „Stimmungsmache“ zu greifen;

esse seiunctam. Auch wenn man mit Wesel (Rhetorische Statuslehre, 41 passim) den *status scriptum et sententia* nicht auf die Auslegung, sondern auf die Restriktion bezieht, bleibt es doch dabei, daß das nicht angewandte Gesetz durch den wahren Willen des Gesetzgebers ersetzt wird, daß die Kritik – wenn eine solche überhaupt bezweckt wird – also wiederum nur die Gesetzestechnik treffen könnte. Im übrigen scheint mir, daß Wesel zwar möglicherweise von unserer Vorstellung von Auslegung und Restriktion her recht hat, daß er aber an die antike Rhetorik mit einem Präzisionsmaßstab herangeht, dem sie weder entsprechen kann noch wohl auch will (vgl. nur Cic. pro Caec. 53 f., 65). Doch bedarf es hier keiner endgültigen Entscheidung dieser Frage.

¹⁴¹ Vgl. für die Rhetorik nur die Auffassungen der Gründergeneration: Protagoras (Plat. Theait. 167c) und Hippias (Xenoph. Mem. IV 4.14). Auch Quintilian erkennt die Wirksamkeit von ungerechtem Recht an; vgl. nur inst. 3.6.84.

¹⁴² Selbstverständlich steht Quintilian hier in einer langen Tradition; vgl. zum Verhältnis von *sententia* (*legis*) und *aequitas* nur Cic. de inv. 2.47.138.

¹⁴³ Vgl. hierzu auch Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani*, 1938, 96 ff. passim, sowie Cousin, *Homm. Renard I*, 1969, 260 ff.

¹⁴⁴ Inst. 2.4.33 ff. Wegen der Länge der Ausführungen ist leider ein vollständiges Zitat ausgeschlossen. Vgl. zu

diesem Topos auch Aphthonios, progymn. 8 f. (ed. Spenkel II 35 ff.). Zu seiner praktischen Handhabung vgl. – mit Beispielen aus den Deklamationen – Asheri, *Studi Volterra I* 309 ff.

¹⁴⁵ Vgl. auch seine Anspielung auf die *graphe paranomon* in 2.4.33 ... *apud graecos enim lator earum* (sc. *legum*) *ad iudicem vocabatur*. Vgl. zur *graphe paranomon* H. J. Wolff, „Normenkontrolle“ und Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie, SB Heidelberg, 1970, sowie die Angaben bei Triantaphyllopoulos aaO (o. A. 19) 657 A. 23.

¹⁴⁶ S. nur 2.4.34: *nam et genera sunt tria, sacri, publici, privati iuris* (s. dazu Ulp. D. 1.1.1.2); *quae divisio ad laudem magis spectat, si quis eam per gradus augeat, quod lex, quod publica, quod ad religionem deum comparata sit* ...

¹⁴⁷ Beispiel: *contra intercessionem vel auspicia*; vgl. 2.4.35.

¹⁴⁸ Beispiel (37): *ambiguum*.

¹⁴⁹ *an sit honestum, an utile*; Einzelheiten in 38 f.

¹⁵⁰ Vgl. inst. 7.1.46 f. zum Rechtssatz des *ius gentium* über das Intestaterbrecht der (aller) Söhne: ... *hanc communem omnium legem leviter adornabit ut iustam*. Die ganze Diskussion Quintilians, die die rhetorische *lex: qui reo proditiōis patri non adfuerit, exheres sit*, erörtert, ist ein Modellstück für den Topos der *laudatio legis*.

¹⁵¹ S. etwa decl. 251 (p. 27 f.).

¹⁵² inst. 4.3.9 ff. zur *egressio*.

wenn er es auch nicht ausdrücklich sagt, so mag auch die *laudatio legis* eine Rolle gespielt haben.

Schwieriger ist es, wenn der Gesetzeswortlaut der jeweiligen Partei ungünstig ist. Wenn Quintilian hier fortfährt (Inst. 7.1.49): *quaeramus ergo, num infirmari in aliquam partem lex possit*, so zeigt der folgende Text, daß auch hier nicht an wirkliche Rechtskritik gedacht ist. Vielmehr geht es darum, den unmittelbaren Gesetzeswortlaut – sei es durch Auslegung, sei es durch Restriktion – beiseitezuschieben, nicht aber um eine Kritik des Gesetzeszweckes oder des gesetzgeberischen Willens. An dieser Stelle setzt die bekannte rhetorische Status-Lehre ein, deren Erörterung wir uns hier ersparen können¹⁵³. Ist der Gesetzeswortlaut *obscurum aut ambiguum* (inst. 7.5.6; 7.6.1 ff.), liegen (scheinbar) *leges contrariae* vor¹⁵⁴, wird es notwendig, mit einem Syllogismus (*collectio, ratiocinatio*) zu operieren (inst. 7.8.1 ff.), wird schließlich – der wichtigste Fall – die *sententia* oder *voluntas* des Gesetzes oder Gesetzgebers dem *scriptum* oder *verbum* entgegengesetzt – in allen Fällen trifft der rhetorische Angriff (um es so auszudrücken) nur das „Äußere“ des Gesetzes, dient er – zumindest nach dem Bewußtsein der Rhetoren – nicht der Auflösung einer gesetzestreuen, positivistischen Haltung, sondern ihrer besseren Verwirklichung¹⁵⁵.

Kehrt man jetzt zur *aequitas* zurück, so kann man sie als einen generalklausel-ähnlichen inhaltlichen Maßstab bezeichnen, zu dessen Durch-

setzung das Instrumentarium der Rhetorik dient. Entspricht das Gesetz (oder genauer: der Gesetzestext) den Intentionen des Rhetors, so genügt das Lob der *aequitas* des Gesetzes. Bedarf es des eben skizzierten komplizierten Instrumentars zur Durchsetzung des „eigentlichen“ Gesetzeszweckes, so ist es die *aequitas*, die den Einsatz dieses Instrumentars postuliert. Dabei kann von der Prämisse ausgegangen werden, daß auch dem Gesetzgeber die Verwirklichung der *aequitas* vorrangiges Ziel ist. Wenn Quintilian sagt: *dubium ius aequitatis regula examinandum est* (inst. 12.3.6), so meint er damit ganz konkret, daß sich etwa die *status* der *contrariae leges*, der *ratiocinatio*, von *scriptum* und *voluntas* letztlich auf die Billigkeit stützen¹⁵⁶. Von einem wirklichen Gegensatz von *ius* und *aequum* kann man nur dann sprechen, wenn man das *ius* mit dem *ius strictum* oder – auf die *lex* bezogen – mit dem *scriptum* identifiziert. Im übrigen ist die *aequitas* ein Element der Rechtsordnung selbst.

Noch deutlicher wird der „affirmative“ Charakter der *aequitas*, wenn man sich den *declamationes minores* zuwendet¹⁵⁷. Bereits eine oberflächliche Durchsicht zeigt, daß es das primäre Ziel der Ausführungen über die *aequitas* ist, die durch die Erörterung der *lex* gewonnenen Ergebnisse abzusichern; dabei dürfte die Schule nur der forensischen Praxis folgen¹⁵⁸. Selbst wenn man berücksichtigt, daß die Deklamationen „Plaidoyers“ sind, ist es doch auffällig, daß eine „gesetzeskritische“ *aequitas* kaum erscheint –

¹⁵³ Vgl. nur die häufiger zitierten Schriften von W e s e l, Rhetorische Statuslehre, 22 ff., und V o n g l i s, La lettre et l'esprit, 30 ff.; s. auch L a u s b e r g, Handbuch der literarischen Rhetorik, 1960, §§ 198 ff.

¹⁵⁴ Inst. 7.7.1 ff. Es entspricht dem rhetorischen Gesetzespositivismus, daß ein echter Gegensatz der Gesetze nicht existieren kann. Vgl. inst. 7.7.2: *omnibus autem manifestum est numquam esse legem legi contrariam iure ipso, quia, si diversum ius esset, alterum altero abrogaretur, sed eas casu collidi et eventu*. S. auch Aeschines or. III 35 ff. und die weiteren Belege bei V o l k m a n n, Rhetorik der Griechen und Römer, 1885², 197 f. Die Frage des Verhältnisses dieser Auffassung von der „Einheit der Rechtsordnung“ zum juristischen *ius controversum* (vgl. Gell. 12.13.3. u. K a s e r, Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, SB Wien, 1972, 21 f. mit Lit.) wäre gelegentlich zu untersuchen. Wahrscheinlich besteht hier eine Differenz zwischen „*ius*“ und „*lex*“.

¹⁵⁵ Vgl. auch V o n g l i s aaO 32: En réalité, l'orateur qui attaque la lettre à l'aide des arguments de Cicéron n'interprète pas la loi, il specule sur la volonté du légis-

lateur... Dem ist nur hinzuzufügen, daß der Gesetzespositivismus der Rhetoren diese „Spekulationen“ forderte, da sie vom Gesetz selbst nicht wegkommen konnten. Zur rhetorischen Auslegungslehre s. zuletzt M. F u h r m a n n, Studi Volterra II 57 ff.

¹⁵⁶ „*aequo nitantur*“, vgl. inst. 6.4.3; s. auch 7.6.7 sowie die Feststellung in inst. 7.1.63: *Plerumque autem in fine causarum de aequitate tractabitur, quia nihil libentius iudices audiunt. Aliquando tamen hunc ordinem mutabit utilitas, ut, si in iure minus fiducia erit, aequitate iudicem praeparemus*. S. auch Cic. pro Caec. 37 passim; ein echter Gegensatz von *ius* und *aequitas* etwa in inst. 3.6.84.

¹⁵⁷ Ähnlich auch Seneca, Controv. 1.1.13; 2.5.12.

¹⁵⁸ S. nur Cic. pro Caec. 104. Eine Parallele dazu ist es, daß die *voluntas* zur Absicherung der *verba* benutzt werden konnte; vgl. nur Quint. inst. 7.6.9; Pap. D. 48.5.12.5; Ulp. D. 50.16.6.1; s. dazu V o n g l i s aaO 195; Bund, Gnomon 42, 1970, 799 A. 2; Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht, 1972, 14. – S. auch decl. 308 (p. 213).

und wenn sie auftritt, zurückgewiesen wird. Charakteristisch für den Gleichlauf von *ius* (auch *ius scriptum* und *strictum*) und *aequitas* sind fast stereotype Wendungen wie: *haec circa ius, illa circa aequitatem* — nicht im Sinne eines Gegensatzes, sondern im Sinne einer Ergänzung¹⁵⁹. Als Beweismaterial seien einige Deklamationen vorgeführt; dabei muß allerdings die rhetorische Argumentation stark vereinfacht und auf das Problem der *aequitas* reduziert werden¹⁶⁰.

In der decl. 264 (p. 78 ff.) wird der *lex Voconia* folgender Satz zugeschrieben: *Ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare*¹⁶¹. Der Erblasser hatte zwei Frauen jeweils zur Hälfte eingesetzt, wogegen die gesetzlichen Erben angehen. Der Verteidiger der Testamentserbinnen kann sich hier auf den Wortlaut des Gesetzes stützen, da keine der beiden Frauen mehr als die Hälfte des Nachlasses erhalten hat. Gegen den Einwand der *voluntas legis* bringt er zuerst grundsätzliche Ausführungen. Wer sich auf die *voluntas* im Gegensatz zu den *verba* berufe, würde den *maiores nostri*, den *constitutores iuris*, denjenigen, *qui rudem civitatem legibus ac iure formarunt*, Rede- und Denkfähigkeit (*sermo, consilium*) absprechen. Zum anderen sei diese Argumentation für den Staat gefährlich und würde letztlich die Gesetze überhaupt überflüssig machen: *perniciossimam esse civitati hanc legum interpretationem. nam si apud iudicium hoc semper quaeri de legibus oportet, quid in his iustum, quid aequum, quid conveniens sit civitati, supervacuum fuit scribi omnino leges*. Doch begnügt sich der Rhetor nicht mit diesen und weiteren Ausführungen zur Rechtssicherheit. Vielmehr stützt er seine Argumente noch damit, daß auch die Interpretation nach dem Wortlaut der *ratio* und der *voluntas* entspreche: *Quid? si ne ratio quidem repugnat scripto et*

verbo legis istius? quid enim putas voluisse legislatorem, cum hoc ius constitueret? ne feminae nimias opes possiderent etc. Wenn somit das Schwergewicht der Argumentation auch auf dem *scriptum* und den *verba legis* liegt, so wird doch auch die sich auf das *aequum* berufende *voluntas*-Lehre nicht völlig vernachlässigt¹⁶².

Komplizierter ist die Rechtsfrage im folgenden Falle (decl. 331; p. 300 ff.): Es existieren zwei Rechtssätze: 1. Wer mit einer Kapitalklage nicht durchkommt, unterliegt selbst der Kapitalstrafe (*qui capitis reum non damnaverit, ipse puniatur*). 2. Wer dreimal wegen einer Persönlichkeitsverletzung verurteilt worden ist, unterliegt der Kapitalstrafe (*qui ter iniuriarum damnatus fuerit, capite puniatur*). Der Beklagte hatte einen bereits zweimal wegen *iniuriae* Verurteilten erfolglos aus *iniuria* belangt; dieser, der Kläger, verlangt nach dem 1. Rechtssatz, einer *iustissima lex* nach seinen Worten, seinen Kopf. Gegenüber dem Einwand, daß der Beklagte ihn ja nicht mit einer Kapitalklage, sondern nur mit der *actio iniuriarum* überzogen habe, antwortet der Kläger mit breiten, an Aristoteles erinnernden Ausführungen über die notwendige Unvollständigkeit des Gesetzestextes, durch die aber der Gesetzeszweck nicht berührt werde¹⁶³. Da die *actio iniuriarum* im konkreten Fall zu einer Kapitalstrafe geführt hätte und außerdem die *aequitas* und die *causa legis* die Bestrafung dessen, der einen anderen in Todesgefahr brachte, mit der Todesstrafe verlange, müsse der Beklagte verurteilt werden. Die Rede schließt mit einigen moralisierenden Bemerkungen.

Der Beklagte arbeitet in seiner Gegenrede zuerst mit dem strikten Wortlaut; die *actio iniuriarum* sei kein Kapitalverfahren. Auf den Einwand des Klägers, daß ein ähnlicher Fall vorliege¹⁶⁴, verweist der Beklagte ihn an den Gesetzgeber,

¹⁵⁹ Vgl. nur decl. 245 (p. 5), 250 (p. 26) u. a.

¹⁶⁰ Weitere Beispiele: decl. 280 (p. 142), 320 (p. 255), 270 (p. 102, 105 f.); zur „Theorie“ vgl. nur Cic. de inv. 2.44.128 ff.

¹⁶¹ Die *lex Voconia* (zu ihrer Geltung in der Prinzipatszeit s. u. V 3 bei A. 91) hat diesen Satz wahrscheinlich nicht gekannt; vgl. nur Kaser, RPR I 684 A. 37 mit weiteren Angaben. Doch kann die Frage der Historizität hier unerörtert bleiben.

¹⁶² Ein Vergleich mit der Argumentation des Q. Mucius Scaevola in der *causa Curiana* wäre reizvoll; wie Wie-

acker richtig gesehen hat (Antologia Giuridica I, 1968, 111 ff.), argumentiert Scaevola eher rhetorisch als juristisch.

¹⁶³ p. 301.: *nulla tanta providentia potuit esse eorum, qui leges componebant, ut species criminum complecterentur. nam et semper caventes nequitia vicisset, et ius ita multiplex atque diffusum esset, ut pro incerto haberetur ignotum. fecerunt ergo, ut rerum genera complecterentur et spectarent ipsam aequitatem. multa ergo invenientur frequenter, quae legum verbis non teneantur, sed ipsa vi et potestate teneantur; quale hoc est. — Vgl. Cels. D. 1.3.17.*

¹⁶⁴ p. 304 ... *et proximo iure utendum est et similitudine quadam legis.*

in dessen Kompetenz das Gericht nicht eingreifen dürfe; denn vor dem Gericht gehe es nicht darum, ob das Recht richtig (*aequum*), ob es vielleicht zu verbessern sei (*emendandum sit fortasse ius*); immerhin sei es geltendes Recht: *hoc interim vivimus, hoc utimur. multa autem iura decipiunt: neque ideo conscripta sunt, ut ignorantia fallant*. Doch begnügt sich der Beklagte nicht mit dieser — wie er sagt — dem *scriptum* und der *voluntas* entsprechenden Argumentation. Er bekämpft im folgenden noch die Anwendung der Analogie (*lex similis*) und weist überdies nach, daß die Klage auch der *aequitas* widerspricht.

Beide Parteien bedienen sich also des Standards der *aequitas*. Während der Kläger ihn zur Begründung der Analogie heranzieht, verwendet ihn der Beklagte, um mit ihm zur wort- und sinngemäßen Auslegung des Gesetzes zu kommen. Im übrigen ist die Hilferwägung des Beklagten bemerkenswert, mit der er die Berücksichtigung des *aequum* und *iustum* der Kompetenz des Gerichts zu entziehen und der Alleinkompetenz des Gesetzgebers zuschieben will.

Ähnlich ist die Argumentation in der decl. 341 (p. 345 ff.)¹⁶⁵. Auch hier verweist die Partei, die sich streng auf den Wortlaut des Gesetzes stützt, den Gegner, der von einem *ius iniquum* spricht, primär an den Gesetzgeber; aber auch hier schließt sie ihre Argumente mit dem Satz, daß *lex* und *aequitas* auf ihrer Seite seien. Unter den *declamationes minores* scheint nur eine einzige zu existieren, bei der ein Gesetz durch die Berufung auf die *iustitia* (hier im Sinne der *aequitas* gebraucht) beiseitegeschoben wird¹⁶⁶. Aber selbst hier fehlt nicht der Hinweis darauf, daß damit dem Gesetzeszweck Genüge getan wird.

Sicherlich kann die vorgelegte Skizze zur rhetorischen *aequitas* nur zu vorläufigen Ergebnissen führen. Bei einer genaueren Untersuchung müßte man vor allem nochmals das Verhältnis von *lex* und *aequitas* bei Aristoteles und die Bedeutung der rhetorischen *aequitas* näher präzi-

sieren, die sich anscheinend je nach dem Kontext, vor allem nach dem jeweiligen „Gegenbegriff“ wandelt.

Trotz dieses Vorbehaltes wird deutlich geworden sein, daß die rhetorische *aequitas* im Rahmen der Rechtskritik eine relativ geringe Rolle spielt. Vielleicht wäre unser Eindruck ein anderer, wenn uns weniger (echte oder fingierte) Gerichtsreden und mehr legislatorisches Material erhalten geblieben wäre. Denn soweit die *aequitas* rechtskritische Funktionen hat, wird sie von der Rhetorik dem Gesetzgeber zugeschoben¹⁶⁷. Wo es dagegen — wie bei den Gerichtsreden — um die Anwendung des Gesetzes geht, verlangt der Gesetzespositivismus wenigstens grundsätzlich die Gleichsetzung von *lex* und *aequitas* — was nicht ausschließt, daß diese Gleichsetzung erst mit rhetorischen (oder juristischen) Kunstgriffen erreicht werden kann. Diese Kunstgriffe selbst — vor allem die *verba-voluntas*-Lehre — mögen zwar in Wahrheit häufig eine Kritik des Gesetzes(-textes) enthalten. Nach außen hin treten sie als Mittel zur Verwirklichung des Gesetzes auf. Nicht zu vergessen ist schließlich, daß die Rhetorik angesichts der offenen Parteilichkeit der rednerischen Argumentation zwar eine „objektive“ Gesetzeskritik mit Gründen versehen kann, diese selbst aber ausschließen muß.

Zwei — allerdings noch näher zu überprüfende — Beobachtungen drängen sich auf. Vergleicht man die Haltung der Rhetorik mit derjenigen der Philosophie, vor allem der philosophischen Naturrechtslehre, so fallen die Parallelen stärker ins Auge als die Verschiedenheiten. Für beide gilt der grundsätzliche Gesetzespositivismus, der zwar Kritik nicht ausschließt, aber — von wenigen extremen Positionen abgesehen (vgl. etwa den Kynismus) — die Gültigkeit des existierenden Rechts nicht bestreitet. Daß die Rhetorik noch „affirmativer“ wirkt als die Philosophie, hängt mit dem ursprünglichen praktischen, im Schulbetrieb als Fiktion aufrechterhaltenen Zwang

¹⁶⁵ p. 345: „*Quod quis per publicanos inprofessum translulerit, commissum sit.*“ *Quidam rem furtivam transtulit per publicanos; non professus est. deprehensa res est. publicani cum domino contendunt. illi tamquam commissam rem vindicant, ille tamquam suam.*

¹⁶⁶ Decl. 241 (p. 27): „*Intra quinquennium non parientem repudiare liceat. Iniusti repudii sit actio.*“ *Quidam*

uxorem, quam ex raptu habere coeperat secundum optionem, intra quinquennium non parientem dimisit. agit illa iniusti repudii.

¹⁶⁷ Ähnlich schon — wenn auch in etwas anderem Zusammenhang — Pringsheim, Ges. Abhandlungen I, 154 ff.

zusammen, von der Basis der bestehenden Rechtsordnung aus zu argumentieren.

Für den Rechtshistoriker interessanter ist die Frage nach den Konsequenzen, die diese Feststellungen für die Rolle der *aequitas* im römischen Recht haben würden. Auch wenn man einer notwendigen eingehenden Erörterung (und den unten IX 5 angestellten skizzenhaften Überlegungen zur *aequitas* als Mittel der juristischen Rechtskritik) nicht vorgreifen will, so lassen sich doch jetzt schon einige Hypothesen formulieren. Soweit der Jurist innerhalb des bestehenden Rechts¹⁶⁸ zu bleiben wünscht, wird die *aequitas* für ihn allenfalls ein Anlaß sein, die juristischen Interpretationsmethoden auszuschöpfen, um zu einem ihr entsprechenden Ergebnis zu gelangen; eine selbständige Rolle – etwa als Gegenspielerin zum *ius civile* – ist ihr insoweit versagt; es ist nicht einmal notwendig, sie innerhalb der Argumentation ausdrücklich zu erwähnen. Anders ist es, wenn die *aequitas* als Faktor der bewußten Rechtsänderung eingesetzt wird – wobei als selbstverständlich unterstellt wird, daß auch im römischen Recht die Grenzen zwischen Auslegung und Rechtsänderung ähnlich schwer zu ziehen sind wie heute. Die von der Rhetorik eher vernachlässigte „legislatorische“ *aequitas* verwirklicht sich vor allem in der *aequitas*, *humanitas*, *benignitas* des Kaiserrechts. Doch braucht sie – angesichts der römischen Rechtsquellenlehre (s. nur Gai. 1.7)

– auch den *iurisconsulti* nicht fremd zu sein – wenn auch das Ausmaß ihrer Anwendung im Juristenrecht vorerst nicht weiter präzisiert werden kann. Festzuhalten ist nur, daß diese *aequitas* nicht unbedingt nach ihrem Inhalt, aber doch nach ihrer Funktion von der *aequitas* der Gerichtsrhetorik (und der Schuldeklamation) zu trennen ist¹⁶⁹.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß auch der Begriff der *ratio legis* (*iuris*), der überdies in der Rhetorik keine große Rolle gespielt haben dürfte¹⁷⁰, höchstens in Grenzfällen rechtskritische Funktionen haben konnte; bringt er doch die Verwirklichung des Gesetzeszweckes zum Ausdruck und unterscheidet sich somit nicht von der *aequitas* der Gerichts-Rhetorik¹⁷¹. Aus dem Inhalt des Begriffes ergibt sich somit, daß er nur dann rechtskritisch werden kann, wenn die *ratio legis* weggefallen ist, also im Bereich des für die mittelalterliche Rechtstheorie wichtigen Satzes: *cessante ratione legis cessat lex*¹⁷². Für diesen Gebrauch der *ratio legis*¹⁷³ kenne ich nur einen Beleg aus den Schriften Tertullians¹⁷⁴, der sich im übrigen auf das Verhältnis des Alten Testaments zum Neuen Testament bezieht und deshalb hier nicht genauer zu analysieren ist. Bei der Erörterung der Leviratsehe heißt es in der monog. 7 (a. A.): *et ita scient illa ratione iam cessante ex eis esse, quae evacuata sunt legis*¹⁷⁵. ... *Et ita ut praediximus, quod cessavit valere*

¹⁶⁸ Zu untersuchen wäre, ob nicht auch die Juristen einen Unterschied zwischen der Interpretation des *ius civile* und der Interpretation der *lex* (i. w. S.) machen. Vgl. nur Cels. D. 1.3.17 ff. Denn zumindest die von der Rhetorik erarbeiteten Interpretationsmethoden passen nur auf „autoritative Texte“. So ist es bemerkenswert, daß sie anscheinend bei der Gesetzesauslegung den „historischen Normzweck“ kaum berücksichtigten (s. Medicus in „Studien im römischen Recht“ (Festg. Kaser), 1973, 57 ff.), während zur Arbeit am *ius civile* offensichtlich die Frage nach der *origo* gehörte (s. nur Plin. ep. 1.22.2 f. zu Aristo). Doch soll der Bereich der *rationes decidendi* hier ausgespart bleiben. Vgl. auch A. 154.

¹⁶⁹ Zurückhaltend zum Einfluß der rhetorischen *aequitas* auf die Juristen auch M. Fuhrmann, Studi Volterra II 56; s. auch Wieacker, Iura, 20, 1969, 475.

¹⁷⁰ In den Institutionen Quintilians wird er nicht verwendet. Vgl. aber immerhin decl. 264 (p. 81) (s. dazu o.), sowie Cic. pro Caec. 93. Auch von Lanfranchi aaO 81 ff. 648, werden nur wenige Belege zitiert. S. im übrigen auch u. XI 2 bei A. 36. Da die *ratio legis* weithin der

voluntas legis (oder *legislatoris*) entsprach (s. nur die decl. 264), wurde sie von letzterer wohl verdrängt.

¹⁷¹ Eine Ausnahme könnte sich vielleicht in Sen. contr. 2.1.19 finden: *divisio ... et quod iure fit, verum est et quod sine iure, quod quidem rationem habeat, recte fit*. Es geht hier um den Gegensatz von juristischer und ethischer Richtigkeit. Doch ist es aus dem Kontext schwer zu entscheiden, ob der Versuch gemacht wird, mit Hilfe der ethischen Richtigkeit das Gesetz zu überwinden.

¹⁷² Vgl. dazu H. Krause, SZ (Kan. Abt.) 46, 1960, 81 ff.

¹⁷³ Der etwa mit dem Begriff des *orthos* oder *sophron logos* als Maßstab bei Just. (2. Apol. 9) nicht verwechselt werden darf.

¹⁷⁴ Zum Begriff *ratio* bei Tertullian s. im übrigen Gaudemet, RHD 1936, 150 ff. Zur Schrift *de monogamia* s. Fredouille Tertullien, 128 ff. (mit Nachweisen).

¹⁷⁵ Zu den Unklarheiten des Textes s. nur die „Bibliothek der Kirchenväter. Tertullian“ II 490 A. 1. – Zum „Gesetzespositivismus“ Tertullians s. A. Beck, Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian, Neudruck 1967, 20 A. 2.

cessante ratione. Allerdings unterstützt Tertullian dieses Argument durch die Berufung auf das Neue Testament, argumentiert also insofern wiederum „gesetzespositivistisch“ (c. 8). Wenn auch die *desuetudo* veralteten römischen Rechts letztlich ähnlich begründet werden könnte¹⁷⁶, so findet sich der Gedankengang Tertullians doch nirgends in der von ihm geprägten zugleich knappen und präzisen Gestalt.

5. Zur ethischen Fragwürdigkeit des positiven Rechts

Die philosophische Erkenntnis der sich aus der Natur der Sache ergebenden beschränkten Leistungsfähigkeit der Gesetze und die sich daran anschließende Diskussion über die *aequitas* hat nur wenige Anstöße zur Rechtskritik gegeben. Weit energischer sind die Angriffe auf die Gesetze wegen ihrer Unfähigkeit, ethisches Verhalten durchzusetzen. Auch hier dürfen einige Bemerkungen genügen¹⁷⁷.

Seitdem sich die griechische Philosophie mit der Gesetzgebung beschäftigt, steht das Thema „Erziehung durch Rechtssetzung“ oder – etwas weiter und vager gefaßt – „Verwirklichung der Ethik durch Recht“ im Zentrum des Interesses. Platon¹⁷⁸ und Aristoteles sind der Meinung, daß das Recht ein der Ethik entsprechendes Leben nicht nur ermöglichen, sondern fördern oder vielleicht sogar erzwingen soll. Um nur ein Bei-

spiel zu nennen, hält es Aristoteles¹⁷⁹ für die Aufgabe der Gesetzgebung, die Bürger gut und gerecht zu machen. Diese den Wert des positiven Rechts für das ethische Leben hoch einschätzende Lehre kreuzte sich mit der – ebenfalls spätestens zuerst bei Platon¹⁸⁰ auftretenden – These von dem θεός ἀνὴρ, der zugleich der ideale Gesetzgeber und der über dem positiven Recht stehende Weise ist. Da es den Philosophen kaum gelang, eine mit dem Erziehungsideal der Gesetzgebung vereinbare legislatorische Funktion in der Praxis auszuüben¹⁸¹, begnügten sie sich – und das seit klassischer Zeit¹⁸² – häufig mit dem negativen Aspekt der Sonderstellung der Philosophen, mit der Verachtung gegenüber dem positiven Recht. Unter Verzicht auf die weitere Darstellung dieser Gedankengänge mit ihren Varianten in hellenistischer Zeit, vor allem in der Stoa, sollen hier nur einige eher willkürlich zusammengestellte Äußerungen aus der Kaiserzeit erwähnt werden, die den Herrschaftsanspruch der Philosophie und Pädagogik über die Gesetzgebung erkennen lassen¹⁸³. Daß dabei auch das römische Recht bereits in den Blickpunkt tritt (und insoweit das Thema dieses Kapitels überschritten wird), dürfte unschädlich sein.

Wenn man das Programm des Maecenas (bei Cass. Dio 52.26.1 ff.) auf die gesamte Kaiserzeit projiziert, so war der Staatsführung die Bedeutung der Erziehung stets bewußt¹⁸⁴. In seiner Rede empfiehlt Maecenas dem Augustus, für

¹⁷⁶ Vgl. nur S. Caecilius (Africanus) bei Gell. 20.1.22: *Non enim profecto ignoras legum opportunitates et melas pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus ac pro utilitatum praesentium rationibus proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutari atque flecti neque uno statu consistere, quin, ut facies caeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus varientur*. Vgl. auch Liv. 34.6.4 ff. (dazu o. II 2 a. E.).

¹⁷⁷ Vgl. hierzu Nörr, Schatzfund, 33 ff.; zur Antinomie von Ethik und Recht in der Antike zuletzt M. Fuhrmann, Studi Volterra II 73 ff. passim; s. auch Gehlen aaO (o. A. 52) 32.

¹⁷⁸ S. hierzu nur Jäger, Paideia II, 1944, 128 ff.; 310 ff. passim. Immerhin finden sich gerade bei Platon auch Warnungen vor Übertreibungen; Nomoi VII 1, 788a. Vgl. zu diesem Thema auch die Äußerungen des Isokrates, Areop. 39 ff.; Antid. 79 ff.

¹⁷⁹ Politik III 9, 1280b; vgl. auch VII 1332b; VIII 1337a. – Skeptisch hierzu etwa Antonius bei Cic. de or. 1.58.246 f.

¹⁸⁰ S. Plat. Pol. V 18, 474c.

¹⁸¹ Vgl. auch die ironische Erörterung Plutarchs über den Gegensatz von Theorie und Praxis in der Stoa (Stoic. rep. 2); zur „Praxis“ der Philosophen zuletzt etwa Ruch, Gnomon 45, 1973, 358 ff. (mit weiteren Nachweisen).

¹⁸² Vgl. nur Demokrit bei Diels, Doxogr. Gr. p. 590; Antisthenes bei Diog. Laert. VI 11.

¹⁸³ Einige Hinweise dazu u. II 8 (zum Tabubruch) und in „iurisperitus sacerdos“, 561 ff.

¹⁸⁴ Zu beachten ist stets der tralatizische Charakter vieler der mit der Erziehung zusammenhängenden Gedankengänge, der die jeweilige Aktualität nicht immer mit Sicherheit erkennen läßt. Vgl. Dion v. Prusa or. LI 8 über die Wichtigkeit der Erziehung auch für Erwachsene (s. auch XXXVII 17 f.). – Sowohl das Thema der Erziehung durch Recht als auch der Erziehung zum Recht ist bekanntlich durchaus modern. Vgl. nur Ryffel, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3, 1972, 240 f.; Lautmann, ebda. 195 ff.; Luhmann, Rechtssoziologie 2, 224 f.

eine besonders sorgfältige Erziehung der Kinder aus der Oberschicht Sorge zu tragen¹⁸⁵. Zur kontinuierlichen Reflexion über die Notwendigkeit der Erziehung gehört auch der Bericht Dions v. Prusa (or. XIII 31 ff.) über seinen „Pädagogik“-Vortrag in Rom, in dem er die These von der allein und alle – Jugendliche und Erwachsene – seligmachenden Kraft der Erziehung vertreten hatte. Hierher gehört auch, wenn Messalla im Dialogus des Tacitus (28 ff.) den Verfall der Redekunst, der nur einen Teilaspekt des allgemeinen Verfalls darstellt, auf die verschlechterte Erziehung der Jugend zurückführt.

Komplizierte, wenn auch sicherlich nicht überall originelle Erwägungen zur Rolle der Gesetzgebung bei der Erziehung finden sich im 94. Brief des Seneca. Zwar müsse man zwischen *leges* und (ethischen) *praecepta* unterscheiden. Doch könnten auch die Gesetze zur moralischen Besserung dienen, wenn sie nicht nur befahlen, sondern auch belehren¹⁸⁶. Hierzu bedürfe es der Gesetzesprologe – womit sich Seneca in dem in der Antike breit ausgetragenen Streit für Platon und gegen Poseidonios entscheidet¹⁸⁷.

Wenn somit schon Seneca die erzieherische Leistungsfähigkeit der Gesetze nur mit gewissen Einschränkungen verteidigt, so ist der stoisierende Kyniker Demonax (bei Lukian Dem. 59) viel radikaler – obwohl auch er sich tradierter Gedankengänge bedient¹⁸⁸: Die Gesetze seien unnütz; denn die Guten bedürften ihrer nicht, die

Schlechten würden durch sie nicht besser. Da sich Demonax hier an einen τῶν νόμων ἔμπειρον, also wohl an einen römischen *iuris peritus* wendet¹⁸⁹, liegt es nahe, diesen Angriff auch – wenn auch nicht allein – auf das römische Recht zu beziehen¹⁹⁰.

Auf römischer Seite können als skeptische Beobachter der ethischen Leistungsfähigkeit der Gesetzgebung der ältere Plinius und Tacitus genannt werden. Plinius stellt resignierend fest, daß Gesetze nichts gegen den Sittenverfall vermögen (n. h. 36.3.3). Eine ähnliche Klage enthält das berühmte – an Theophrast (zit. o. bei A. 119) erinnernde – *dictum* des Tacitus¹⁹¹, in dem zumindest auch die Erkenntnis von der Diskrepanz von Gesetzgebung und Sozialethik anklingt: *corruptissima re publica plurimae leges*¹⁹².

Bei den zuletzt genannten Beispielen stand schon die römische Gesetzgebung zur Diskussion. Von Autoren, die anscheinend an die erzieherische Wirksamkeit der Gesetze glauben, wird gerade ihr die mangelnde Berücksichtigung der pädagogischen Ziele zum Vorwurf gemacht. Dafür hier nur einige Beispiele, die zeigen, daß es wiederum um ein tradiertes Motiv geht: Von Polybios berichtet Cicero – seinerseits mit kritischer Nuance –, daß er der römischen Gesetzgebung die Vernachlässigung der Kindererziehung vorgeworfen habe (de rep. 4.3.3): *principio disciplinam puerilem ingenuis, de qua Graeci*

¹⁸⁵ Vgl. aber auch die zurückhaltende Äußerung des Augustus bei Cass. Dio 54.16.2 f.

¹⁸⁶ S. auch Dion v. Prusa or. XII 40 ff.; LXXV 4. Vgl. auch schon Lykurg, in Leocr. 102 (wo anstelle der Philosophen die Dichter genannt werden).

¹⁸⁷ S. nur Platon, Nomoi IV 722e. Weitere Belege in „Schatzfund“ A. 126. S. dazu noch Hentschke, Philosophie und Politik bei Platon und Aristoteles, 1971, 298 passim; Philon, v. Mos. II 51; Flav. Jos. Ant. I 18 ff.; Philostratos v. soph. II 628 (gegen ausführliche Argumentationen in kaiserlichen Entscheidungen). Für das Problem der Edikts-*laudationes* (s. dazu u. XI 2 bei A. 27) ist es von Interesse, daß auch das Edikt mit einem Prolog versehen sein konnte; vgl. Cic. in Verr. II.1.43.111. – Heutige Überlegungen zu den Gesetzes-Proömien etwa bei Ryffel aaO 239.

¹⁸⁸ S. nur Plutarch, Stoic. rep. 11 (StVF III 520); dazu Pohlenz, Die Stoa II 17; Rist, Stoic Philosophy, 1969, 54 ff.; Dion v. Prusa, or. LXXX 5. Argumente dagegen schon bei Aristoteles Nik. Eth. X 10, 1179a; vgl. auch Allan in „Ethik und Politik des Aristoteles“ (W.d. F. 208, ed. Hager, 1972), 420 ff.

¹⁸⁹ Vgl. den ἐμπειρότατον νόμων Licinius Rufinus (Rev. Arch. 1907, 42, 140); hierzu auch Kunkel, Herkunft, 283, 325; L. Robert, Études Anatoliennes, 1937, 147 (mit weiteren Belegen).

¹⁹⁰ Auf die von der Sophistik bis ins Christentum laufende Diskussion über die aus der Schwäche der Gesetzgebung folgende Notwendigkeit übernatürlicher Sanktionen sei hier nur hingewiesen. Vgl. etwa Kritias (fr. 25; dazu Salomon, SZ 32, 1911, 150 ff.): Erfindung der Götter durch die Menschen, um die Gesetze vor heimlichem Tun zu schützen. Plut. Ep. I 7 (Diels, Doxogr. Gr. p. 298): Das Gesetz könne nur die offensichtlichen Vergehen verhindern, für das Verborgene sind die Götter da. Laktanz, de ira 8.9 (vgl. auch 20.7): ... *quoniam leges conscientiam punire non possunt, nisi aliquis desuper terror impendat ad cohibenda peccata*.

¹⁹¹ Ann. 3.27.3; s. auch dial. 36.3; Liv. 3.34.

¹⁹² Unter der Perspektive des Gegensatzes zur göttlichen *lex una* greift die christliche Literatur die unnütze Vielzahl der heidnischen Gesetze an; vgl. nur Laktanz, Div. inst. 5.8.9.

multum frustra laborarunt, et in qua una Polybius noster hospes nostrorum institutorum negligentiam accusat, nullam certam aut destinatam legibus aut publice expositam aut unam omnium esse voluerunt.

Plutarch hebt in der Biographie des Lykurg (XIII 1) die Vorsorge für die Kindererziehung hervor, während er Numa (und die meisten anderen Gesetzgeber) kritisiert, weil sie aus Unwissenheit (ἄγνοια) und Schwäche (ἀσθένεια) die Kindererziehung nicht ausreichend berücksichtigten¹⁹³. Schließlich klagt Apollonios von Tyana in einem ihm zugeschriebenen Brief¹⁹⁴ die römischen δικαιοτάι und die römischen Gesetze an, daß sie sich nicht um Kinder, Jugendliche und Frauen kümmern¹⁹⁵.

Anhangsweise ist hier noch daran zu erinnern, daß die ethische Neutralität des Rechts dem Laien, gerade auch dem philosophisch gebildeten Laien, generell Schwierigkeiten machen konnte. Da ich darüber an anderer Stelle ausführlicher gesprochen habe¹⁹⁶, darf hier der Hinweis auf des Gellius Klage (14.2) über die *lex Julia (iudiciorum privatorum)* und die Juristen genügen, die ihn bei seiner Suche nach Anweisungen über seine Pflichten als *iudex* im Stiche ließen. Angesichts seiner Zweifel, zu wessen Gunsten er sich bei einem Prozeß zwischen einem „anständigen“, aber beweislosen Kläger und einem „unanständigen“ Beklagten entscheiden soll, wendet er sich deshalb an den Rhetor und Philosophen Favorinus, der ihm letztlich – unter Berufung auf den älteren Cato – empfiehlt, sich auf die Seite der Moral zu schlagen. Gellius erkennt, daß er damit *de moribus*, nicht aber *de probationibus* entscheiden würde¹⁹⁷. Immerhin wagt

er es nicht, ein der Beweislage entsprechendes Urteil zu fällen, und zieht sich mit dem Eid „*sibi non liquere*“ aus dem Prozeß zurück¹⁹⁸.

6. Cicero und das richtige Recht

Die Ausführungen zur *epieikeia* und (vor allem) zum Verhältnis von Ethik und Recht dürften gezeigt haben, daß in der Antike starke Strömungen vorhanden waren, die die Leistungsfähigkeit der Gesetze skeptisch betrachteten. Folgte man Aristoteles, so konnte man sich zwar um eine ständige Verbesserung der Gesetze bemühen. Das Bewußtsein davon, daß auch ständige Verbesserungen niemals zur Vollkommenheit der Gesetzgebung führten, die Erkenntnis, vom wahren Recht nur „Schatten“ (*umbra*) und „Bilder“ (*imagines*) erfassen zu können (Cic. de off. 3.17.69), konnte auch zum Absehen von konkreter Rechtskritik veranlassen. Gleichsam an Stelle einer Zusammenfassung soll hier als letzter Zeuge für den Zwiespalt, in den die antiken Auffassungen vom Recht und vom Gesetz gerade einen theoretisch und philosophisch gebildeten, aber für die Praxis arbeitenden Römer führen mußten, nochmals Cicero, der pathetische Verteidiger der *lex vera*, der *lex naturae*, zu Worte kommen.

Im dritten Buch des Werkes *de officiis* erörtert er bekanntlich auch das Verhältnis von *utilitas* und *honestas* im geschäftlichen Leben¹⁹⁹. Soweit das Recht und die Rechtswissenschaft seiner Zeit der *honestas* vor der eigensüchtigen Verfolgung des Nutzens den Vorrang gibt, vermerkt er das beifällig²⁰⁰. Wo aber das Recht seiner Zeit die

¹⁹³ Lyk. u. Numa IV 1 ff. Zu den platonischen Vorstellungen über die Erziehung der Frauen und Kinder s. nur Jäger, *Paideia* II, 1944, 319 ff. Zur möglichen Beziehung der Kritik Plutarchs an der Gesetzgebung Numas auf die gegenwärtige römische Rechtsordnung s. Grelle, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, 1972, 104; ebendort 154 zum lobenden Vergleich Hadrians mit Numa (s. HA Hadrian 2.8; Fronto, *Princ. hist.* (ed. Haines II 119 ff.) 10; zu dieser Schrift s. Cova, *I Principia Historiae e le idee storiografiche di Frontone*, 1970.

¹⁹⁴ Ep. 54; vgl. zur Echtheit nur Lesky, *Geschichte der griechischen Literatur*, 1963², 893.

¹⁹⁵ Einzelheiten in „Schatzfund“, 34 f.; vgl. hierzu auch Cato bei Liv. 34.2. – Zu „Schatzfund“ A. 130 ist zu ergänzen, daß man daran denken könnte, statt δικαιοτάι zu lesen: δικαιοδόται. Hiermit könnten die *iuridici*, generell aber auch die Provinzstatthalter gemeint sein; vgl. die Belege

bei Summers, *Historia* 21, 1972, 124. Allerdings wäre die Zusammensetzung δικαιοδόται Πομαίων auffällig.

¹⁹⁶ „Schatzfund“, 36 f.

¹⁹⁷ Vgl. den ähnlich liegenden „Mantel-Fall“ in der Kyropädie (Xenoph. 1.3.17); dazu Meyer-Laurin, *Gesetz und Billigkeit im attischen Prozeß*, 46 mit Lit.

¹⁹⁸ Hier könnte man auch die Behauptung des jüngeren Plinius (pan. 80) zitieren, daß die Parteien vor dem Richter Trajan eher das Urteil über ihren Charakter, als das Urteil über ihren Fall fürchteten.

¹⁹⁹ 3.12.50 ff. Vgl. hierzu Villey, in „Das neue Cicerobild“ (W.d.F. 27, ed. Büchner, 1971), 298 ff.

²⁰⁰ S. nur 3.14.60 zur *dolus*-Definition des Aquilius Gallus, 3.15.61 zur Sanktion des *dolus* in den Gesetzen und in den Prozeßformeln; 3.16.65 f. zur Mängelhaftung, bei der nach 3.17.71 das *ius civile* und das *edictum aedilium* der *natura* folgen.

Gebote der *honestas* nicht übernommen hat, wird es von ihm nicht – mindestens nicht deutlich – kritisiert. Vielmehr behauptet er dann, daß diese Gebote nicht ins *ius civile* übernommen werden können. Das gelte etwa für gewisse Fälle des arglistigen Verschweigens (3.16.67): ... *quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur.* Diese Entscheidung ist zumindest bezüglich der *aedes pestilentes* kaum einsichtig²⁰¹. Weiterhin erkennt Cicero zwar, daß es auf der *depravatio consuetudinis* beruhe, daß solche Treuwidrigkeiten weder durch den *mos* noch durch ein Gesetz noch durch das *ius civile* verurteilt würden²⁰². Trotzdem wagt er es nicht, die Rechtsordnung deswegen anzugreifen. Vielmehr verweist er auf den Unterschied zwischen Recht und Philosophie (3.17.68): *sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias: leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia.*

Diese Stelle zeigt deutlich die Grenze der antiken, vor allem aber der römischen und ciceronianischen Rechtskritik. Sei es die Achtung vor dem geltenden Recht, sei es die Neigung, das römische Recht mit dem richtigen Recht wenn nicht zu identifizieren, so ihm doch nahezustellen, ließen eher eine *laudatio* als eine Kritik des Rechtes zu. Die Ansicht von den „wesensmäßigen Schranken der Gesetzgebung“ mußte diese Tendenz nur verstärken. So kommen wir wiederum zu dem Ergebnis, daß die an sich richtige Auffassung von den Möglichkeiten der Gesetzgebung nicht unbedingt zu konkreter Rechtskritik, sondern ebenso auch zum Absehen von der Rechtskritik führen konnte.

Es entspricht dem unklaren Charakter der Naturrechtsauffassung Ciceros, daß gerade er anläßlich einer extremen Situation die Verwendung des Naturrechts als allenfalls rechtspolitischer Kategorie und die – trotz Kritik – unbestrittene Anerkennung des positiven Rechts

zugunsten der rechtsschaffenden Kraft des Naturrechts aufgegeben hat. Als die römische Republik nach dem Tode Caesars ihren letzten Kampf kämpfte und Cicero als ihr letzter *princeps* alle Mittel einsetzte, um die Rettung des Staates zu erreichen, verwandte er die stoische Naturrechtslehre zur Aufhebung des verfassungsrechtlichen Legalismus (Phil. XI 12.28). Cassius und Brutus hatten sich der Provinzen Makedonien und Syrien bemächtigt: *Qua lege, quo iure? Eo quod Iuppiter ipse sanxit, ut omnia quae rei publicae salutaria essent legitima et iusta haberentur. Est enim lex nihil aliud nisi recta et a numine deorum tracta ratio, imperans honesta, prohibens contraria. Huic igitur legi paruit Cassius, cum est in Syriam profectus, alienam provinciam, si homines legibus scriptis uterentur, eis vero oppressis suam lege naturae*²⁰³.

Anstelle der notwendigen „legalen“ Ermächtigung – sei es durch ein Gesetz, sei es durch ein *senatus consultum*²⁰⁴ – trat die Ermächtigung durch die *lex naturae*. Allzu weit reichende Folgerungen wird man aus dieser Argumentation für unser Thema nicht ziehen dürfen. Nach den Worten Ciceros erschien das Naturrecht erst wegen der Unterdrückung des geschriebenen Rechts (*oppressis legibus scriptis*) auf dem Plan. Daß es „legale“ Akte gewesen sein könnten, durch die die *leges scriptae* beiseite geschoben wurden, wird von Cicero nicht erwähnt. Daraus ergibt sich zweierlei: Die *lex naturae* wird als Handlungsermächtigung interpretiert und füllt damit – prononciert gesagt – eine Lücke des positiven Rechts aus. Als kritische Kategorie zielt sie eher auf die Rechtfertigung an sich rechtswidrigen Handelns als auf die Gesetzgebung.

7. Beispiele für Kritik an nicht-römischen Rechtsordnungen (insbesondere Plutarch)

Wir haben uns bisher um die Klärung der weltanschaulichen und begrifflichen Voraussetzungen der Rechtskritik im römischen Imperium bemüht.

²⁰¹ Vgl. CJ 4.58.4.1 (Diokl.); die Haftung hierfür hat sich anscheinend erst sehr spät durchgesetzt. Allerdings ist zu bedenken, daß bei den Stoikern über die hier bestehenden Pflichten des Verkäufers keine Einigkeit bestand – wenn auch der Streit hierüber bisweilen eher wie eine dialektische Übung aussieht; s. nur Cic. de off. 3.12.51 ff.

²⁰² 3.17.69: *hoc quamquam video propter depravationem*

consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est.

²⁰³ Zu den Hintergründen s. nur Gelzer, RE VII A 1, 1064 ff.; Heuß, Römische Geschichte, 1971³, 223 f., 226 f.

²⁰⁴ Zur verworrenen Rechtslage in dieser Zeit s. nur De Martino, Storia III 46 ff.

Nur anhangsweise sollen ohne Anspruch auf Vollständigkeit und tieferes Eindringen einige Beispiele für die Kritik „nichtrömischen“ Rechts gegeben werden²⁰⁵. Sie dürften zeigen, auf wie engem Feld sich die antike Rechtskritik bewegt, wie wenig sie argumentiert, wie selten sie die Konsequenzen der vorzunehmenden Rechtsänderung bedenkt. Damit können diese Beispiele einen gewissen Hintergrund für die später zu erörternden Fälle der Kritik am römischen Recht geben. Zu beachten ist, daß hier zwei mögliche Haltungen ineinander übergehen: das bisweilen von einem schwächeren oder stärkeren Gefühl des Abgestoßenseins begleitete Betrachten fremdartiger Institutionen und die sie betreffende kritische Einstellung.

Die Gesetze Lykurgs fanden nicht nur Beifall, sondern auch relativ früh Kritik. Hier ist eine Schrift des jüngeren Pausanias, des vertriebenen spartanischen Königs, zu nennen, deren Thema ein Angriff auf die Lykurgischen Gesetze war²⁰⁶. Aristoteles kritisierte gewisse griechische *nomoi* als allzu primitiv und barbarisch²⁰⁷. Dieses Verdikt betrifft etwa Vorschriften über das Waffentragen, über den Frauenkauf, schließlich

noch ein geltendes Mordgesetz in Kyme. Auch läßt seine Reaktion erkennen, daß die Rechtmäßigkeit der Sklaverei zu seiner Zeit nicht unbestritten war²⁰⁸. Häufig erscheint sowohl in der Beschreibung fremder Rechte als auch in ihrer Kritik der persische Incest²⁰⁹. Ähnliche dem Laien besonders auffällige und anstößige Tatbestände sind die Geschwisterehe²¹⁰, die Frauengemeinschaft²¹¹, die Knabenliebe²¹², der Vatermord, der Selbstmord, die Menschenopfer²¹³, Uxorid und Fratricid²¹⁴. Bekannt ist auch das Urteil über die allzu große Strenge der Drakonischen Gesetze²¹⁵. Eher auf fremdartige Sitten als auf Rechtssätze im eigentlichen Sinne gehen die — Chrysipp folgenden — Bemerkungen Ciceros (Tusc. 1.45.108) zu gewissen als *errores* bezeichneten Bestattungsgebräuchen²¹⁶. Schließlich ist daran zu erinnern, daß auch Philon bei der Apologie des jüdischen Rechts nicht nur dieses rechtfertigt und preist (und damit implizit entgegenstehendes Recht kritisiert), sondern bisweilen auch ausdrücklich heidnisches Recht — meist ohne Präzisierung der Herkunft — attackiert. So rechtfertigt er etwa (de leg. spec. II 243 ff.) die Steinigungsstrafe für ungehorsame

²⁰⁵ Im Rahmen einer gründlichen Analyse wäre vor allem der jeweilige Kontext, in dem sich diese Kritik bewegt, zu beachten. Soweit sich die Kritik gegen identische römische und griechische Rechteinrichtungen wendet, wird sie im folgenden zu besprechen sein. — Praktizierte Rechtskritik bedeutet es, wenn die Römer dazu neigen, manchen peregrinen Rechtsinstitutionen (vgl. etwa das Problem der Geschwisterehe) die Anerkennung zu versagen. S. hierzu nur Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891, 125 ff.; Modrzejewski, *SZ* 81, 1964, 52 ff. Nach ihm beginnt die Unterdrückung der Geschwisterehe erst im 3. Jahrhundert.

²⁰⁶ FGrH 582; ca. 390 v. Chr.; s. Roobaert, *Historia* 21, 1972, 756 ff. mit Lit. Vgl. auch Quintilian inst. 1.10.15 über Lykurg, den *durissimarum Lacedaemoniis legum auctor*. Zur Beurteilung der kretischen Gesetze durch den Lykurg des Plutarch s. nur Lyk. IV 1.

²⁰⁷ Pol. II 11, 1269b.

²⁰⁸ Pol. I 6, 1255a.

²⁰⁹ Vgl. nur Dion v. Prusa or. X 29 f.; Phil. de leg. spec. III 13 ff.; Bardesanes, FGrH III C Nr. 719 F 3a.29; Tat in graec. XVIII 1 f.; Orig. adv. Cels. V 27 ff. Vgl. hierzu auch Funke, *Gewohnheit*, *Archiv für Begriffsgeschichte* 3, 1958, 92 f.; Sidler, *Zur Universalität des Incest-Tabus*, 1971.

²¹⁰ S. nur Philon de leg. spec. III 22 ff. zu Athen, Sparta und Ägypten.

²¹¹ Sokrat. Hist. Ekkl. I 18 (allerdings 5. Jhd. n. Chr.) zu Heliopolis (Baalbek): Lob des die Frauengemeinschaft abschaffenden *nomos semnos* des Theodosius II. Vgl. dazu Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891, 28 f.; ebendort 221 f. die Belege über die Polygamie in der Antike. Da die Polygamie der Patriarchen göttliches Recht ist, wird sie von Tertullian (de exhort. cast. 6) gleichsam historisch gerechtfertigt. Vgl. auch adv. Iud. 2.10: *Nec ademanus banc dei potestatem pro temporum condicione legis praecepta reformantem in hominis salutem*. Vgl. dazu Fredouille, *Tertullien* 258 ff. mit weiteren Belegen. Zu einem angeblichen Gesetz von Volsinii über die sexuelle Freiheit s. Val. Max. 9.1 ext. 2.

²¹² Tatian aaO; Philon aaO 37 ff.; de vita contempl. 59 ff.; Flav. Jos. c. Ap. II 273 f.

²¹³ Origenes aaO.

²¹⁴ Bardesanes aaO.

²¹⁵ Vgl. nur Gell. 11.18.1 ff.; Plut. Solon XVII 1.

²¹⁶ Gerade die Verschiedenheit der Bestattungsgebräuche spielte bei der Diskussion der Relativität aller menschlichen Einrichtungen eine große Rolle; vgl. nur den 5. skeptischen Tropos (Diog. Laert. IX 83). S. im übrigen auch die Einstellung Epikurs (Diog. Laert. X 118).

Kinder. Hierbei greift er die Gesetzgeber an²¹⁷, die anstelle der Steinigungsstrafe die Strafe des Handabschlagens verfügten.

Besonders reiches gesetzeskritisches Material findet sich bei Plutarch, der uns auch als Kritiker einiger römischer Rechtsinstitute begegnen wird und dessen Verhältnis zum Recht möglicherweise eine eigene Studie verdiente²¹⁸. Unter diesem Aspekt wären sowohl die vergleichenden Darstellungen zu den Biographien der Gesetzgeber²¹⁹ als auch die allgemeinen Betrachtungen zum Wesen der Gesetzgebung zu untersuchen²²⁰. Hier sind nur einige Texte, vor allem aus dem Bericht zur solonischen Gesetzgebung, zu nennen, in denen er konkrete – regelmäßig wohl obsolete – Rechtsinstitute mehr oder weniger deutlich kritisiert. Dabei dürfte seine Kritik bisweilen ungerecht sein, da er die kritisierten Normen nicht mehr versteht. Doch soll im übrigen die Historizität dieser Beispiele hier dahinstehen²²¹.

Allgemein bemerkt Plutarch – einer Feststellung des Aristoteles (Pol. Ath. 9.1) folgend – zu den solonischen Gesetzen, daß sie – bewußt – unklar und widersprüchlich abgefaßt

waren, um damit die Macht der Gerichtshöfe zu steigern²²². In einer gewissen Weise seien damit die Gerichtshöfe zu Herren der Gesetze (τῶν νόμων κύριοι) geworden²²³. Wird hier eine rechtspolitische Entscheidung Solons eher erklärt als kritisiert, so findet sich doch hinsichtlich einiger Normen und Institute die Verwendung von Qualifikationen wie „widersprüchlich“ (παράδοξος), „unsinnig“ (ἄτοπος), „lächerlich“ (γελοῖος), „unvernünftig“ (μὴ εὐλογος), „zweifelhaft“ (ἀπορίαν παρέχων), die mit verschiedener Gewichtigkeit eine kritische Attitüde erkennen lassen. Eigentümlich (ἴδιος) und paradox ist das Gesetz über die Verhängung der *Atimie* gegen denjenigen, der bei Parteikämpfen in der Stadt neutral blieb²²⁴; immerhin versucht Plutarch diese Norm zu erklären. Unsinnig und lächerlich erscheint ihm – zumindest auf den ersten Blick – eine auch heute nicht ganz leicht verständliche Vorschrift über die Erbtöchter²²⁵; der nächste agnatische Verwandte, der sie dem Recht entsprechend geheiratet hatte, mußte sie an den nächsten in der Sippe weitergeben²²⁶, wenn er ihr nicht beiwohnen konnte. Immerhin

²¹⁷ Ich kann als Beispiel nur den Codex Hammurabi § 195 und das rhetorische Gesetz bei Sen. Contr. IX 4 nennen. Zum römischen Recht vgl. Festus 230 s. v. *plorare* (Brunns, Fontes II⁷ p. 23); vgl. auch Ulp. D. 47.10.7.8 sowie Call. D. 48.19.28.8.

²¹⁸ Einige Ansätze bei H. Weber, Staatsrechtslehre Plutarchs von Chaironeia, 1959, 45 ff.; vgl. auch C. P. Jones, Plutarch and Rome, 1971, 110 ff.

²¹⁹ Vgl. nur Lykurg und Numa I 4: Kritik an Lykurg wegen der Gesetzgebung zuungunsten der Heloten; I 5: Lob des Numa dafür, daß er an den Saturnalia die Sklaven den Herren gleichstellt; IV 1 ff.: Kritik an Numa wegen Vernachlässigung der Kindererziehung in der Gesetzgebung. Für den tralatizischen Charakter dieser Vergleiche spricht Dion v. Prusa, or. LXXX 3: Streit über die Gesetze Solons, Drakons, Numas und Zaleukos'. Vgl. hierzu auch Greille, L'autonomie cittadina ..., 1972, 104. Zu Poseidonios als möglichem Vorbild vgl. Reinhardt, RE XXII 1, 638 f. – Vergleiche zwischen römischer und griechischer (athenischer, spartanischer) Gesetzgebung und Philosophie finden sich auch in der lateinischen Literatur; s. Cic. de or. 1.43 f., 191 ff.; de rep. 2.1 ff.; de leg. 2.22.55 ff. u. ö.; Gell. 11.18. Vgl. auch Rawson, JRS 62, 1972, 34, 38; Balogh, Scritti Ferrini Milano III, 1948, 1 ff. In einem weiteren Sinne gehören hierher auch die parallelen *vitae* und *exempla* bei Cornelius Nepos, Valerius Maximus und Plutarch. Ein Nachklang davon ist Inst. Just. 1.2.10, eine Stelle, deren Herkunft unbekannt ist. Sanio (Varroniana in den Schriften der römischen Juristen, 1867, 94 ff.) hat die wohl etwas einseitige Neigung, diese Vergleiche letztlich auf Varro zurückzuführen.

²²⁰ Vgl. nur in der vorigen Anmerkung die Überlegungen zum Verhältnis von Gesetzgebung und Erziehung. S. im übrigen etwa den Vergleich der Gesetzgebung mit einem Spinnennetz durch Anacharsis (Solon V 2: Die Gesetze fangen die Schwachen und Kraftlosen, werden dagegen „zerissen“ von den Starken und Reichen.), die Äußerungen über den Zusammenhang zwischen schlechter Technik der Gesetze und Macht der Gerichte (Solon XVIII 3), über die Anpassung der Gesetze an die Realitäten (Solon XXII 3; vgl. auch Theophrast, zitiert oben bei A. 119), die dem Solon von Dion v. Prusa vorgeworfen wird (or. LXXX 3 f.; zu den πονηροὶ νόμοι Solons), über die Möglichkeiten, gesetzgeberisch Motive zu erkennen (de ser. num. vind. 4, 549 E), über das Verhältnis von Veränderlichkeit und Schriftlichkeit des Rechts (Lyk. XIII 1).

²²¹ Vgl. zur solonischen Gesetzgebung nur Rusbusch, Solonos Nomoi, 1966; 46 f. zu Plutarch.

²²² Solon XVIII 3.

²²³ Eher als Historiker argumentiert er, wenn er in XIX 4 über die mögliche Unklarheit und Unvollständigkeit der die Gesetzgebung dokumentierenden *grammata* spricht.

²²⁴ Vgl. auch de ser. num. vind. 4.549 E; zum Problem zuletzt Goldstein, Historia 21, 1972, 538 ff.

²²⁵ Solon 20.2; vgl. Lipsius, Das attische Recht und Rechtsverfahren II 1, 1908, 349 mit Lit., sowie Rusbusch aaO 88 f. Dazu jetzt Karabelias, L'épiciélat attique (maschinenschriftl.), Paris 1974.

²²⁶ Während Solon wohl die Ehe mit dem nächsten Verwandten im Auge hatte, versteht Plutarch die Vorschrift im Sinne der bloßen Beiwohnung.

zitiert Plutarch hier einige (τινες), die für diese Vorschrift einen vernünftigen Grund zu finden glauben. Nur eine kritische Andeutung findet sich bei dem „wohl allzu strengen“ (σφοδρότερος) — aber an sich vernünftigen — Gesetz, das dem Vater keinen Unterhaltsanspruch gegenüber einem aus einem Konkubinat (ἐξ ἐταίρας) geborenen Kind gibt (Solon 22.4). Durch einen recht schwachen Erklärungsversuch eingeschränkt ist der Tadel an der Unsinnigkeit von rechtlichen Normen über die Frauen. Als Beispiel bringt Plutarch den Fall des bei der Tat erwischten Ehebrechers, der getötet werden darf, während derjenige, der eine freie „anständige“ Frau vergewaltigte, nur 100 Drachmen, derjenige, der sie durch Überredung zum Geschlechtsverkehr brachte, nur 20 Drachmen zu zahlen hatte (Solon 23.1) ^{226a}. Eine solche Differenz der Strafen bei ähnlichen Delikten sei unvernünftig (ἄλογον). Zweifel hat Plutarch noch am Sinn einer der Normen über die Verleihung des Bürgerrechts (24.2.). Schließlich darf noch auf seine Mißbilligung von lakedämonischen Gesetzen über das Schnurrbarttragen und den Gesetzesgehorsam hingewiesen werden (de ser. num. vind. 4,549 E).

Versucht man eine kurze Charakteristik der „Rechtskritik“ Plutarchs, so fallen zwei Tendenzen auf: Es handelt sich — wohl nicht allein durch das Thema veranlaßt, sondern auch durch seine Interessen — um Kritik an vergangenen Rechtszuständen. Zum anderen: Plutarch versucht — sei es aus Verehrung für das Altertum als Norm, sei es aus Erkenntnisinteresse — in der Regel eine Erklärung der absonderlichen Normen zu finden. Wo ihm das nicht gelingt, verweist er gern darauf, daß wir heute oft weder die *ratio legislatoris* noch die *causa* des Gesetzes

erkennen können ²²⁷. Allerdings ist auch hier — wie wohl stets bei der Interpretation von antiquarischen Berichten antiker Autoren — zu bedenken, daß die Wiederherstellung des alten Zustandes wenigstens propagandistisch und programmatisch stets wieder aktuell werden konnte. Gerade für das Athen Hadrians berichtet uns das Chronikon des Euseb (198 H), daß Hadrian bei seiner Gesetzgebung für Athen das Drakonische und das Solonische Recht benutzt habe: *Hadrianus Atheniensibus leges petentibus ex Draconis et Solonis reliquorum libris iura composuit* ²²⁸. Sicherlich dürften auch Hadrian und die Athener des 2. Jahrhunderts nicht an eine historisch getreue Erneuerung der vorklassischen Gesetze gedacht haben. Doch ist schon das Programm als solches, das einen restaurativen Antiquarismus enthält, bemerkenswert.

8. Kynische Enttabuisierung und christliche Reaktion

Wir haben gesehen, daß an Rechtssätzen Kritik geübt wird, daß aber die Kritik nur selten begründet wird. Meist gilt der Grundsatz der Evidenz ²²⁹. Daraus ergibt sich gleichsam zwingend, daß die Leugnung der Evidenz nicht nur zum Relativismus, sondern auch zur Behauptung der Zulässigkeit von an sich tabuisierten Handlungen führen konnte. In diese Richtung gingen bekanntlich manche Kyniker und ihnen nahestehenden Stoiker ²³⁰, die — meistens allerdings mit gewissen praktischen Vorbehalten — Frauengemeinschaft, Incest, Kannibalismus und Hierosylie zuließen und die Institution der Ehe ablehnten ²³¹. Dabei wird die Relativierung durch die Erkenntnis fremder Rechtsordnungen be-

^{226a} Vgl. Salviat-Vatin, *Inscriptions de Grèce centrale*, 1971, 63 ff.

²²⁷ de sera num. vind. 4, 550 C: καὶ ὅλως πολλὰς ἄν τις ἐξεῖποι νόμων ἀτοπίας μῆτε τὸν λόγον ἔχων τοῦ νομοθέτου μῆτε τὴν αἰτίαν συνιῇς ἐκάστου τῶν γραφομένων.

²²⁸ Zur Interpretation vgl. nur Grelle aaO 153; dort auch Lit. zur Gesetzgebung Hadrians (vor allem für Athen).

²²⁹ Vgl. zu diesem Begriff zuletzt Mayer-Maly, *Index* 3, 1972, 362 ff. mit weiterer Lit.

²³⁰ Zu Vorläufern im Athen des 5. Jhd. D o d d s, *Die Griechen und das Irrationale*, 1970, 99 f.

²³¹ S. etwa zu Zenon StVF I 77; Diog. Laert. VII 33; s. auch 121, 131; zu Chrysipp Diog. Laert. VII 188; zur Stoa schlechthin StVF III 743 ff.; zu Diogenes s. Dion v. Prusa X 29 f.; Diog. Laert. VI 72 f.; vgl. auch Orig. adv. Cels. IV 45. S. im übrigen auch P o h l e n z, *Die Stoa* I 137 ff.; II 75 f.; R i s t, *Stoic Philosophy*, 59 f., 63 ff. (vor allem zu Zenon). Diese Haltung dürfte mit dem kynisch-stoischen Autarkie-Ideal zusammenhängen; zu diesem etwa W e h r l i, *Theoria und Humanitas*, 1972, 30 f. Zur Zulassung des Ehebruchs durch Lykurg s. Plut., *Lykurg* XV 6 f.

sonders deutlich, wenn sich der Kyniker Diogenes bei der Verteidigung des Kannibalismus auf fremde Sitten (ἄλλότρεα ἔθη) beruft²³².

Im Gegenzug konnten die der Evidenz und dem Antirelativismus huldigenden christlichen Schriftsteller behaupten, daß die Gesetze der Philosophen schlechter seien als die der Griechen und Römer²³³. Damit hängt zusammen, daß das-

jenige, was man Rechtskritik nennen könnte, weithin an auffällige, eher ethnologisch als juristisch interessante Tatbestände anknüpfte, daß überdies sich der Eindruck aufdrängt, daß die genannten Tatbestände in der Regel nicht oder kaum von praktischem, gegenwärtigem Interesse waren. Insoweit ist die nichtjuristische Rechtskritik „literarisch“.

²³² Diog. Laert. VI 73; vgl. die Parodie bei Petr. Sat. 141.

²³³ Theoph. ad Autolyc. III 5 f. zu Stoikern, Kynikern, Platon und Epikur; in späterer Zeit Epiph. adv. Haer. III 39 (Diels, Doxogr. Gr. 5.93). Besonders kraß ist die

Charakterisierung des Sokrates durch Tertullian (Apol. 39) als *leno* (Kuppler) wegen der Befürwortung der Frauengemeinschaft. Zur christlichen Philosophenkritik s. im übrigen Fredouille, Tertullien, 301 ff.

III. RECHTSKRITIK UND SOZIALSTRUKTUR

1. Zur Opposition im römischen Imperium

Wenn wir im folgenden — mit den unter I 2 erläuterten Einschränkungen — die nichtjuristische Kritik am römischen Recht betrachten, so geht diese zwar bisweilen über den bisher besprochenen Rahmen hinaus, wirkt aber — was die Auswahl und die Argumentation betrifft — im allgemeinen recht undifferenziert und dürftig. Das ist deshalb umso erstaunlicher, als wir von langwierigen oppositionellen Strömungen im römischen Imperium wissen. Soweit es sich um die innerrömische Opposition gegen das Kaisertum handelt, die im übrigen spätestens mit dem Anbruch des 2. Jahrhunderts erloschen ist, ist es verständlich, daß römische Rechtsinstitutionen nicht gerade im Zentrum dieser selbst römischen Opposition standen. Aber auch im übrigen richtete sich die Opposition primär gegen die römische Herrschaft schlechthin oder gegen die römische Herrschaftspraxis.

Grundsätzliche Kritik — im Gegensatz zu der mit Loyalität gegenüber Kaisertum und Römertum zu vereinbarenden Kritik an einzelnen Rechtssätzen und Institutionen — wäre aus den Kreisen der „grundsätzlichen“ Opposition zu erwarten.

Wenn man der Darstellung von MacMullen¹

folgt, so kommen als professionelle Oppositionelle vor allem Philosophen in Betracht — und zwar weniger die Lehrstuhlphilosophen, wie sie etwa in Athen die verschiedenen Schulen vertraten, sondern eher wandernde Kyniker wie Lukians Demonax oder Peregrinus, aus der Unterschicht kommende Stoiker wie Epiktet, neupythagoreische Wanderphilosophen wie Apollonios von Tyana². Vielleicht nicht ganz ohne Beziehungen zu dieser Gruppe war das Oppositionszentrum Alexandria, wenn hier auch der besondere Charakter der Großstadt und die Konkurrenz zu Rom zusätzliche Faktoren darstellten; hervorzuheben ist, daß die oppositionelle Haltung gerade auch in der Oberschicht der Stadt vertreten war³. Während sich in Alexandria die Opposition auch in Rebellionen entläßt, ist der kulturelle Anti-Romanismus oder — schwächer — das kulturelle Selbstgefühl in gewissen intellektuellen Schichten des Ostens politisch anscheinend weniger aktiv gewesen⁴; doch dürften aus ihnen Vertreter der literarischen Rechtskritik gekommen sein. Keiner weiteren Belege bedarf die Feststellung, daß Kritik am römischen Recht auch bei den Außenseitern der antiken Gesellschaft, den Juden und Christen⁵, sich entfalten konnte; stammten doch aus ihnen viele Opfer der römischen Rechtsordnung.

¹ *Enemies of the Roman Order*, 1966; s. jetzt auch Daube, *Civil Disobedience in Antiquity*, 1972; grundlegend Fuchs, *Der geistige Widerstand gegen Rom*, 1938.

² Zu antikaiserlichen Philosophen in der Zeit des Commodus s. Rostovtzeff, *Gesellschaft und Wirtschaft* II 108, 330. Es kennzeichnet vielleicht die neue Lage im 3. Jhd., daß der Kynismus jetzt anscheinend von der Regierung eher begünstigt wird; s. Dill, *Roman Society from Nero to Marcus Aurelius*, 1925, 352.

³ Vgl. vor allem die alexandrinischen Märtyrerakten; s. etwa Musurillo, *Acts of Pagan Martyrs*, 1954, 255 ff. passim; MacMullen aaO 84 ff.

⁴ S. nur MacMullen aaO 90, 349, A. 30; s. im übrigen auch Musurillo aaO 258 mit Lit.

⁵ Hier wird vor allem die Rolle des Bardesanes diskutiert; s. zu ihm etwa — außer Mazzarino, *BIDR* 65, 1962, 57 ff. — MacMullen *AJP* 87, 1966, 48 mit Lit. Was den „christlichen Revolutionär“ Commodian betrifft (s. etwa Schtjerman, *Krise der Sklavenhalterordnung*, 1964, 134 ff.), so ist es ungewiß, welcher Epoche er angehört, (s. nur Kl. Pauly-Wissowa I 1260 f.); im übrigen findet sich bei ihm anscheinend keine konkrete Rechtskritik. Zum Verhältnis der Christen zum römischen Staat gibt es eine unübersehbare Literatur; vgl. hierzu nur die analytische Quellensammlung Laurias, *Ius*, 1967³, 100 ff.; s. im übrigen ders., *Nomen Christianum*, *Atti Acad. Napoli* 79, 1968, 201 ff.; Gaudemet, *L'église dans l'empire romain*, 1958, 21 ff.; Fuchs aaO 19 ff., 98 ff.; zu Tertullian besonders A. Beck, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian*, Neudruck 1967, XI f., 17 f.

2. Auf der Suche nach Indizien für Rechtskritik in den unteren Schichten

In den eben umschriebenen Kreisen der Bevölkerung wird man am ehesten römische Rechtskritik finden können. Versucht man dagegen, von der Einstellung gewisser intellektuell, religiös oder lokal abgegrenzter Schichten überzugehen zur Einstellung der jeweiligen Unterschichten, so stehen wir einem Schweigen gegenüber, das nicht nur durch unsere Quellen veranlaßt ist, sondern auch dem Bildungsstande dieser — hier nicht näher zu präzisierenden — Schichten und ihren Äußerungsmöglichkeiten entspricht. Demzufolge müßte man die kritische Einstellung dieser Schichten eher aus ihrem Handeln (vgl. etwa die Anachoresis oder die Sklavenflucht⁶ — ganz zu schweigen von revolutionären Bewegungen) als aus ihren verbalen Äußerungen erschließen. Vor allem könnte man auch den Verstoß gegen die Rechtsordnung, insbesondere den organisierten Verstoß, wie er sich im Brigantentum demonstriert⁷, als eine Form der aktiven Rechtskritik interpretieren. Allerdings bedeutet der Verstoß gegen eine Norm bekanntlich keineswegs unbedingt ihre grundsätzliche Ablehnung, fällt überdies das „Ausbrechen“ aus der Rechts- und Gesellschaftsordnung auch eher unter die Kategorien der Herrschafts- oder Zeitkritik als unter die der Rechtskritik in dem hier angenommenen konkreten Sinne. Gerade das berühmteste Beispiel einer möglichen Kritik der Unterschichten „durch Handeln“, der Spartakus-Aufstand, ist ein Zeugnis für die besonderen Interpretationsschwierigkeiten, die diese Art kritischen Verhaltens bietet⁸.

Im übrigen läge es nahe, diese Lücken durch

allgemeine Spekulationen über Klassegegensätze auszufüllen. Daß die Unterschicht gewissen Erscheinungen des römischen Rechts hätte kritisch gegenüberstehen können, ist nicht zu bestreiten. Zu denken ist etwa an die Rechtsstellung der Sklaven und Freigelassenen, die Lage der Bauern und Pächter, das weitgehende Fehlen sozialen Einschlags in der römischen *locatio conductio*⁹. Es ist auch durchaus denkbar, daß sich die kritische Haltung dieser Schichten etwa in der Kritik der Philosophen¹⁰ oder der Christen artikuliert. Auf der anderen Seite ist zu beachten, daß gerade die Unterschichten anscheinend zwar nicht dem Römertum schlechthin, so aber doch dem Kaisertum besonderes Vertrauen entgegenbrachten¹¹. Deshalb wäre die Präsumption einer grundsätzlich kritischen Haltung der Unterschichten gegenüber Kaisertum und römischem Recht nicht ganz unbedenklich.

Doch selbst wenn man diese Einschränkungen im Auge behält, so lassen sich doch einige wenige Indizien für die Existenz rechtskritischen Verhaltens in den Unterschichten auffinden. Ein zumindest mittelbares Zeugnis für die Sorge der Herrschenden vor der Rechtskritik der Unterschichten findet sich bei Philon (de conf. ling. 112). Im Rahmen der allegorischen Auslegung der Geschichte des Turmbaus von Babel legt er dar, daß der Pöbel — hier stehend für die bösen Leidenschaften der Seele — Gesetze zur Abschaffung der Gerechtigkeit fordert, da diese die Ursache der Armut und Verachtung sei und das Recht der Stärkeren unterdrücke.

Ist das Zeugnis des Philon nur als Indiz für Ängste in der Oberschicht bedeutsam, so finden sich daneben doch auch einige wenige direkte Zeugnisse. Wenigstens zu erwähnen sind die

⁶ Vgl. nur Bellen, Studien zur Sklavenflucht, 1971. Auch nach Daube aaO 52 ff. äußerte sich der Protest der Sklaven in erster Linie in Gewalt und Kriminalität.

⁷ Vgl. zum Brigantentum etwa MacMullen aaO 192 ff., 255 ff.; Shtajerman aaO 293 f. passim; Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft II 123 ff.; L. Robert, Études Anatoliennes, 1937, 96. Vgl. auch das Material in den Monumenta Talmudica V 1 (ed. Krauss) p. 161 Nr. 383 ff.

⁸ Vgl. nur Heuß, Römische Geschichte, 1971³, 191, 562; zuletzt etwa Levi, Index 3, 1972, 168 ff.

⁹ Vgl. Horaz, Carm. II 18 zur Klientel.

¹⁰ Zur sozialen Propaganda der Philosophen unter den

Flaviern s. etwa Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft, I 96 ff.; vgl. auch Shtajerman aaO 113 A. 11.

¹¹ Vgl. nur Yavetz, Plebs and Princeps, 1969, 137 ff.; Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft, II 79 ff., 109 f., 117 f., 335 passim (vor allem zur Einstellung der Bauern mit vielen Belegen), Gagé, Les classes sociales dans l'empire romain, 1964, 288 f. passim. Die Klagen gerade der Domänenbauern richteten sich nicht gegen die Rechtsnormen, sondern gegen die Praxis. Wie etwa das von Pfaff, Über den rechtlichen Schutz der wirtschaftlich Schwächeren, 1897 (vor allem 35 ff.), gesammelte Material zeigt, reagierte die Gesetzgebung nicht ganz selten zugunsten der Unterschichten.

von Scht a j e r m a n¹² analysierten Fabeln des Phädrus (III pr. 33 ff.). Dieser bezeichnet es als ihr Ziel, den sonst zum Schweigen verurteilten Sklaven eine Äußerungsmöglichkeit zu geben: ... *Servitus obnoxia / Quia quae volebat non audebat dicere / Affectus propriis in fabellas transtulit / Calumniamque fictis elusit iocis*. Sieht man von diesem nur leicht verhüllten Angriff auf die Sklaverei ab, so enthalten die Fabeln doch eher Gesellschafts- und Sittenkritik als konkrete Rechtskritik.

Mit dem Sklavenrecht hängt auch der nächste hier zu nennende Tatbestand zusammen. Im Jahre 61 n. Chr. richtete sich ein Volksaufstand in Rom gegen die Anwendung des die Sklaven besonders beschwerenden *senatus consultum Silanianum*¹³. Bekanntlich enthielt das SC die Vorschrift, daß beim gewaltsamen Tod des *dominus* alle *sub eodem tecto* anwesenden Haussklaven hingerichtet werden sollten, wenn sie nicht nachweisen konnten, daß sie dem Eigentümer zur Hilfe geeilt waren. Der Mord an dem *praefectus urbi* Pedanius Secundus, die über die Hinrichtung so vieler unschuldiger Sklaven aufgebrachte Menge, das Schwanken des Senats gaben dem Juristen Cassius bekanntlich Gelegenheit zu seiner berühmt-berüchtigten Rede über die Notwendigkeit der Durchsetzung geltenden Rechts¹⁴. Der Jurist drang durch; trotz des Widerstands der Menge wurde die Hinrichtung vollzogen. Zu bemerken ist, daß der Angriff auf das *SC Silanianum* sicherlich in erster Linie von dem über die Hinrichtung so vieler Unschuldiger auf-

gebrachten Volke ausging; immerhin beteiligten sich an ihm auch Mitglieder des Senats. Außerdem läßt der Bericht des Tacitus erkennen, daß die ausdrückliche Aufhebung des *SC Silanianum* nicht in Frage stand. Vielmehr scheint es — dem konkreten Anlaß gemäß — eher um seine Anwendung gegangen zu sein. Das schließt nicht aus, daß die Nichtanwendung in einem Falle als Exemplum für spätere Fälle hätte wirken können.

Ein weiterer Sachverhalt ist eher unter das Stichwort „Rechtskritik durch Handeln“ zu subsumieren. Trotzdem soll er ausführlicher erörtert werden, da die Quellen die Motive des Handelns erkennen lassen. Überdies war der Jurist Papinian als *praefectus praetorio* (etwa a. 206/7) in ihn verwickelt¹⁵. Damit wird deutlich, daß und wie die in ihren Schriften hinsichtlich Äußerungen sozialen Einschlags so abstinenten römischen Juristen in konkrete Sozialkonflikte verwickelt sein konnten.

Nach dem Bericht des Cassius Dio¹⁶ hatte ein gewisser Felix Bulla eine Bande von etwa 600 Mann, unter ihnen vor allem auch Mitglieder der kaiserlichen *familia*¹⁷, gesammelt und sich mit ihr einer Form des Brigantentums verschrieben, das in der Mischung von räuberischen, sozialen und antistaatlichen Motiven bis in die Gegenwart hinein italienischen Bedürfnissen zu entsprechen schien. Unter dem Auge der Kaiser und des kaiserlichen Militärs trieb er zwei Jahre lang sein Wesen; dabei wurde er offensichtlich auch von Teilen der Bevölkerung unterstützt. Dio be-

¹² aaO 114 ff.; s. auch D a u b e aaO 52 ff.; zur kulturellen Rolle und zum Selbstbewußtsein der Sklaven — vor allem im 2. Jhd. — s. M a z z a r i n o, *Il pensiero storico classico* II 2, 1966, 131 ff. Zur Kritik an der Sklaverei vgl. auch u. V 3.

¹³ Tac. ann. 14.42 ff.; zum *SC Silanianum* s. nur M o m m s e n, *Strafrecht* 630 f. mit Quellen; zuletzt etwa A r c h i, *Iura* 20, 1969, 360 f.; M a r t i n i, *Jus* 16, 1965, 363 ff.; s. auch u. IV A. 29.

¹⁴ Vgl. auch Y a v e t z, aaO 29 ff., 35.

¹⁵ Zur Zuständigkeit des *pr. pr.* für die Strafjustiz außerhalb Roms s. S i m s h ä u s e r, *Juridici und Municipalgerichtsbarkeit in Italien*, 1973, 184 (mit Quellen und Lit.).

¹⁶ Epit. LXXVII (LXXXVI) 10; zur Frage, ob sich CIL VI 234 auf diese Affaire bezieht, vgl. S c h t a j e r m a n, *Krise der Sklavenhalterordnung*, 329. S. im übrigen auch A. B i r l e y, *Septimius Severus, The African Emperor*,

1972, 242 f. — Mit Bulla ist der Deserteur Maternus (Herodian 1.10) zu vergleichen, dessen Unternehmungen fast den Charakter einer Rebellion gegen Commodus annahmen; allerdings warnt G. A l f ö l d y, *Hermes* 99, 1971, 445 vor einer Überbewertung dieses Sachverhaltes. Allgemein zu den outlaws M a c M u l l e n aaO 192 ff.

¹⁷ Zur *familia Caesaris* und zu den *Kaisareioi* vgl. etwa G a g é aaO 306, 327; W e a v e r, *Familia Caesaris*, 1972; B o u l v e r t, *Esclaves et Affranchis Imperiaux*, 1970; s. auch Epikt. III 24.117; G n o m o n des Idios Logos 109 (s. dazu R i c c o b o n o jr., *Il gnomon dell'Idioslogos*, 1950, 249 mit Lit.), Ditt. Or. Gr. 519. — Wie C h a n t r a i n e (*Freigelassene und Sklaven im Dienst der römischen Kaiser*, Wiesbaden, 1967, 67 ff.) festgestellt hat, nimmt die Freilassung kaiserlicher Sklaven seit Septimius Severus ab; vgl. hierzu auch die Literatur bei F l a m - Z u c k e r m a n n, *Historia* 21, 1972, 115 f. Möglicherweise hatte die Unzufriedenheit der Kaisareer auch mit dieser neuen Politik zu tun.

richtet über einige Handstreichs und betont im übrigen die soziale Komponente seiner Unternehmung. So gibt Bulla einem von ihm gefangenen Centurio bei der Freilassung die Botschaft mit: „Melde Deinen Herren: Ernährt Eure Sklaven, damit sie nicht Räuber werden.“ Als Grund für die Beteiligung gerade der „Kaisareer“ wird genannt, daß diese zum großen Teil keinen oder nur recht geringen Lohn erhielten. Als Felix Bulla durch Verrat gefangen und von Papinian gefragt wurde, warum er Räuber sei, antwortete er mit der Gegenfrage, warum Papinian Präfekt sei: καὶ αὐτὸν ὁ Παπινιανὸς ὁ ἐπαρχὸς ἀνῆρετο: „διὰ τί ἐλήστευσας;“ καὶ αὐτὸς ἀπεκρίνατο „διὰ τί σὺ ἐπαρχὸς εἶ;“ Es erfolgte dann die Verurteilung *ad bestias*.

Sicherlich entspricht die Antwort des Bulla einem alten Schema¹⁸. Trotzdem enthält sie eine spezielle Pointe. Sie scheint mir darin zu liegen, daß in ihr der „Beruf“ des Räubers und des Präfekten gleichgestellt wird. Damit wird einmal auf die übliche Gleichsetzung von *latro* (Räuber) und Rebell¹⁹, zum anderen auf die ihr entsprechende polemische Bezeichnung gerade des Kaisers als *latro*, ληστής oder ληστάρχης angespielt²⁰. Wahrscheinlich würde es zu weit gehen, wenn man die sozialen Züge dieser Rebellion zu einem Klassenkampf der Unterschichten gegen die Sklaverei als solche oder gegen die Ausbeutung der Unterschicht durch die Kaiser hochstilisieren würde. Auch ist hier weniger von der Kritik der Rechtsordnung als der (Rechts-)Praxis die Rede. Da diese aber unmittelbar an Papinian adressiert ist, vermag der Vorgang doch einen gewissen Einblick in die Atmosphäre zu geben, in der sich die Arbeit der Spätclassiker abspielte. Zugleich läßt er nicht aktualisierte Möglichkeiten grundsätzlicher Rechtskritik ahnen.

Doch äußerte sich das Mißtrauen der Bevölkerung gegen *ius* und Juristen nicht nur auf so dramatische Weise. Schon Mitteis²¹ hatte einige Belege dafür gesammelt, daß sich Personen an den Kaiser wenden, da sie mit Responsen der Juristen und selbst mit kaiserlichen Reskripten nicht zufrieden waren. So scheint sich der *miles* Sabinianus mit einem *responsum* Modestins über die Passivlegitimation bei der *actio ad exhibendum* nicht zufrieden gegeben zu haben²². Dasselbe könnte vielleicht für einen gewissen Felix gelten, der sich an Alexander Severus wandte; denn auch hier beschränkt sich der erhaltene Text des Reskripts auf die Bestätigung eines *responsum*²³. Caracalla²⁴ muß ein Reskript wiederholen, gegen das der Antragsteller remonstriert hatte. Das deutlichste Zeugnis ist das für das Schenkungsrecht und die späte *in integrum restitutio* wichtige Reskript der Kaiser Diokletian und Maximian an die Calpurnia Aristaeneta²⁵, in dem die kaiserliche Kanzlei auf die Unzufriedenheit der Antragstellerin reagierte: *Quoniam non contenta rescripto, quod ad primas preces acceperas, iterato supplicare voluisti, ex iure rescriptum reportabis*.

Zuzugeben ist, daß der fehlende Kontext dieser Reskripte — abgesehen vielleicht vom Fall der Calpurnia Aristaeneta — keine sicheren Feststellungen darüber erlaubt, ob die kaiserliche Kanzlei in den genannten Fällen überhaupt auf Angriffe gegen „Rechtsmeinungen“ zu antworten hatte; damit ist zugleich ausgeschlossen, etwas Genaueres über Objekt und Grund der Kritik auszumachen. Vor allem ist bei keinem der genannten Fälle eine spezifisch soziale Komponente des kritischen Verhaltens erkennbar. Trotzdem sind diese Belege angesichts der Spärlichkeit der hier einschlägigen Quellen wertvoll.

¹⁸ Vgl. nur Tac. ann. 2.40. ¹⁹ S. nur MacMullen aaO 359 A. 30, sowie Clou d, SZ 86, 1969, 278 ff.

²⁰ S. nur Acta mart. Alex. (Appian; Pap. Ox. 33; Corp. Pap. Iud. 159b) XI c. IV 8; Laktanz, de mort. pers. 37.6. Auch hier handelt es sich wohl um einen alten Topos. Vgl. nur die Gleichsetzung des römischen Imperialismus mit der Piraterie bei Cic. de rep. 3.14.24 (wohl nach Karneades).

²¹ Reichsrecht und Volksrecht, 1891, 157.

²² Gordian, CJ 3.42.5 (a.239): *Ad exhibendum actione non tantum eum qui possidet, sed etiam eum teneri, qui dolo fecit, quominus exhiberet, merito tibi a non contentendae auctoritatis iuris consulto Modestino responsum est*.

²³ CJ 2.19.1 (a.223): *Persecutionem eorum, quae vi vel furto ablata sunt, etiam si postea interciderunt, integram esse iure responsum est*.

²⁴ CJ 8.43.1 (a.212): *Iam tibi rescripsi posse apud iudicem quaeri, an sollemnibus verbis tutoris auctoritate interveniente soror tua acceptilatione debitorem suum liberaverit. quare si in repetenda pecunia, quam exsolvit, diversa pars perseveraverit, uteris defensionibus competentibus*.

²⁵ FV 282; CJ 3.29.4; s. auch CJ 8.53.6. Der erste, hier allein interessierende Satz ist — verständlicherweise — in den Codex nicht übernommen worden. Vgl. zur Stelle nur Archi, Studi Solazzi, 1948, 744 ff.; s. auch Kaser RPR I 713; RZP 391 mit weiteren Angaben.

Sie werden ergänzt und unterstützt durch einige Inschriften, in denen sich das Mißtrauen der Mittel- oder Unterschichten nicht nur gegen das *ius civile*, sondern auch gegen den Juristen in fast apotropäischen Formeln dokumentiert²⁶: *Dolus malus abesto et ius civile* (oder: *et iuris consultus*). Vorausgesetzt, daß diese Klauseln überhaupt eine juristische Interpretation vertragen²⁷, ist es zweifelhaft, wie sie zu interpretieren sind. Daher beschränken wir uns hier auf das für unser Thema Unerläßliche.

Vorauszuschicken ist, daß die eben genannten Klauseln (in dieser oder ähnlicher Form) fast nur in den Grabinschriften vorkommen und auch dort im Verhältnis zu der großen Menge der Inschriften nur recht selten erscheinen²⁸. Angesichts der „Exzentrizität“ der Klauseln wäre es aber verfehlt, aus dieser statistischen Verteilung den Gegenschuß zu ziehen und das Vertrauen der Bevölkerung in Recht und Rechtsanwender zu konstatieren.

Eher gegen den „Juristen“ als gegen die Rechtsordnung richtet sich die Formulierung: *Dolus malus abesto et iuris consultus*²⁹. Der erste

Teil der Klausel (*dolus malus abesto*), der häufiger allein stehend in Grabinschriften³⁰, Testamenten³¹, Stipulationen³² und anderen Rechtsgeschäften erscheint, dürfte nach Auffassung der Juristen überflüssig, „redundant“, gewesen sein³³. Das läßt sich wohl aus der Äußerung des Proculus zu entsprechenden Klauseln in Kaufgeschäften entnehmen³⁴: *Fere aliqui solent haec verba adicere: „dolus malus a venditore aberit“, qui etiam si adiectum non est, abesse debet*. Was die Fernhaltung des Jurisconsultus betrifft, so erinnert unsere Stelle an eine Testamentsklausel, in der der Testator mit Stolz verkündet, daß er das Testament ohne Juristen verfertigt habe, eher seiner Vernunft vertrauend als der Pedanterie des Juristen: *Sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam*³⁵. Diese Bemerkung erinnert an die Grabinschrift des Freigelassenen P. Pomponius Philadespotus aus Venafrum, der von sich mit gleichem Stolz verkündet, daß er 25 Jahre lang Testamente geschrieben habe *sine iuris consulto*³⁶. Daß diese Worte eine juristische Interpretation nicht vertragen, liegt auf der Hand.

²⁶ S. nur Luzzatto, Studi Redenti II, 1950, 3 ff. des S. A.; Michel, Mél. Cornil II, 1926, 125 ff.; Erman, SZ 24, 1903, 430; De Dominicis, Scritti Romanistici, 1970, 210 f.; Daube, Civil Disobedience, XI; Kaser, RPR I, 379. — Ob auch die Papyri rechtskritisches Material in dem hier gemeinten Sinne enthalten, wage ich nicht zu entscheiden. Man könnte vielleicht an den Dionysia-Papyrus c. VII (Pap. Ox. 237; dazu zuletzt Katzoff, SZ 89, 1972, 257 ff.; Ankum, RIDA 3 S. 18, 1971, 372 f.; Modrzejewski, Proc. XIIth Int. Congr. Pap. 1970, 332 f.; H. J. Wolff, SZ 91, 1974 (Rez.; im Druck)) denken, in dem der Präфекt Flavius Titianus im Jahre 128 dem Vater die ihm an sich nach ägyptischem Recht zustehende Befugnis versagt, die Tochter ihrem Ehemann wieder wegzunehmen (*apospasis*). Ähnlich wurde im Jahre 134 entschieden. Allerdings gehört dieser Papyrus eher unter das Stichwort „Kritik am peregrinen Recht“. Anders und zugleich gekünstelt wäre es, wenn man annähme, daß sich der Angriff der Parteien gegen die Unmenschlichkeit (*apanthropia*) der *apospasis* implizit auch gegen das wohl bis in die Zeit des Antoninus Pius bestehende Recht des Vaters der Frau (bei fortbestehender *potestas*) richtete, diese dem Manne wieder wegzunehmen (*abducere*). Vgl. hierzu nur Kaser, RPR I 322 mit Lit. — S. auch SB 7969.

²⁷ Vgl. zu den Grabinschriften nur die Bemerkungen von de Visscher, Le droit des tombeaux romains, 1963, 96 A.; anders Luzzatto aaO.

²⁸ Michel (aaO) hatte vier einschlägige Grabinschriften zitiert; Luzzatto nennt zwei weitere. Die Formel

dolus malus abesto et ius civile (u. ä.) findet sich in CIL VI, 8861, 8862, 13441 (dort allein „*ius*“); die Formel *dolus malus abesto et iuris consultus* in CIL VI 12133, die gleichwertige Formel *dolus malus abesto et iuris studiosus* in Bull. Arch. Crist. 1907 p. 231. Bei CIL VI 10525 läßt die Abkürzung IC beide Interpretationen: Abwehr des *ius civile* und Abwehr des *iuris consultus* zu.

²⁹ Vgl. nur CIL VI 12133 (Dessau 8365); Bull. Arch. Crist. 1907 p. 231; CIL VI 10525; Mommsen, Ges. Schr. III 123.

³⁰ Vgl. nur FIRA III, Negotia, 80 I, 84 m passim. Michel (aaO) zählt etwa 100 Inschriften mit der Klausel: *dolus malus abesto*; von ihnen tragen nur vier den hier interessierenden Zusatz.

³¹ FIRA III, Negotia, 50; vgl. dazu Amelotti, Il testamento romano I, 1966, 163 ff.

³² S. nur Kaser, RPR I 539; ders. SZ 90, 1973, 195 ff.

³³ Zu ihr vor allem Coing, Festschr. F. Schulz I, 1951, 97 ff.

³⁴ D. 18.1.68.1; dazu zuletzt Krampe, Proculi epistulae, 1970, 57 ff. mit Lit. S. auch Kaser, Festschrift Demelius, 1973, 127 ff.

³⁵ Scaev. D. 31.88.17; dazu u. VI 1. Vgl. auch Ulp. D. 48.20.6 a. E. über die *nimia diligentia* eines (übergenauen) Statthalters.

³⁶ CIL X 4919 (Dessau 7750); vgl. hierzu Kunkel, Herkunft, 148 A. 2; Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, 201 mit weit. Lit.

Sie sind nur ein Zeugnis für die weitverbreitete Abneigung des Laien gegen den Juristen.

Überträgt man dieses Ergebnis auf die Klausel der Grabinschriften, so müßte man auf eine juristische Interpretation verzichten. Anders wäre es nur, wenn man die gegen den Juristen gerichtete Klausel auf den Grabinschriften als Berufung auf die Autonomie des Sepulkralrechtes im Verhältnis zu dem von den Juristen beherrschten *ius civile* interpretierte³⁷. Damit würde sie zum Ausdruck bringen, daß Rechtsstreitigkeiten im Rahmen des Sepulkralrechtes an die *pontifices* oder an die kaiserliche Gerichtsbarkeit zu verweisen wären³⁸.

Die zuletzt genannte Interpretation läge vielleicht bei der Klauselfassung: „*dolus malus abesto et ius (civile)*“ näher³⁹. Auch hier könnte man daran denken, daß mit dem Hinweis der „ordentliche Rechtsweg“ ausgeschlossen werden sollte; neben die Zuständigkeit der *pontifices* oder des Prinzeips könnte hier auch das — im „weltlichen“ Notwegrecht übliche — administrative Verfahren treten⁴⁰. Doch selbst bei einer solchen — im übrigen keineswegs zwingenden⁴¹ — juristischen Interpretation läßt sich aus der Klausel eine gewisse kritische Haltung gegenüber dem *ius civile* entnehmen.

Einer besonderen Überprüfung bedürfte die schichtenmäßige Zuweisung dieser kritischen Äußerungen. Prima facie scheint es sich um Angehörige der Mittel- oder der hochgekommenen

Unterschichten (vor allem um Freigelassene) zu handeln⁴². In ähnliche Schichten — allerdings vor peregrinem Hintergrund — kommt man bei der einzigen mir bekannten Vertragsurkunde, die möglicherweise die Klausel „*ius civile abesto*“ enthält, der berühmten *emptio bovis Frisica*⁴³. Die Urkunde stammt aus der Zeit zwischen Tiberius und Nero. Das zeigt die Erwähnung der beiden *legiones* I und V, die sich allein zu dieser Epoche gemeinschaftlich in *Germania inferior* befanden⁴⁴. Vertragsparteien sind ein Römer, Gargilius Secundus (Veteran oder Händler), und ein Friese, Stelus, Sohn des Reperius; Kauf- und Urkundszeugen sind Römer, Kaufgegenstand ist ein Rind⁴⁵. Unter den Kaufklauseln erscheinen die Buchstaben RICA, die üblicherweise — aber ohne das man es zwingend beweisen könnte — mit „*redhibitio ius civile abesto*“ wiedergegeben werden; dabei könnte man anstelle von *redhibitio* mit gleichem oder ähnlichem Sinne auch das mit der *nota iuris R* wiedergegebene *restituere* (*restitutio*) setzen⁴⁶. Für eine Andeutung des Verbotes, den Kaufvertrag wieder aufzulösen, spricht vielleicht, daß an dieser Stelle der Urkunde im Formular üblicherweise die Sachmängel behandelt werden.

Keine geringeren Schwierigkeiten macht die Interpretation der Klausel *ius civile abesto* — wobei unterstellt wird, daß die Buchstaben ICA entsprechend aufzulösen sind. Weiß⁴⁷ zitiert Stellen zur Abneigung der Germanen gegen das

³⁷ So etwa de Visscher aaO 123; Luzzatto aaO 16 f.

³⁸ S. nur Pap. D. 5.3.50.1; Mommsen, Staatsrecht II 1, 70 ff.; Kaser, RPR I 260.

³⁹ FIRA III, Negotia 106c (CIL VI 8862): *iter ad sepulcrum*; CIL VI 8861; 13441; vielleicht auch 10525.

⁴⁰ S. nur Kaser aaO 407 mit weiteren Angaben.

⁴¹ Vgl. nur die Fluchklauseln in Bruns, Fontes⁷, 172, Nr. 29, 40 ff.

⁴² S. zum Problem De Robertis, Lavori e Lavoratori nel Mondo Romano, 1963, 26 f. passim. — In CIL VI 8861, 8862, 10525, X 4919 sind es Freigelassene.

⁴³ FIRA III, Negotia, 137; dort auch Lit. Vgl. noch E. Weiß, Forschungen und Fortschritte, 1926, 229 f.; Luzzatto aaO; Kunkel, Akten VII. Int. Kongr. f. Epigraphik, München 1972 (1973), 219 A. 44. Eine eingehende Interpretation der Inschrift ist hier nicht beabsichtigt.

⁴⁴ S. nur Ritterling, RE XII, 1211 ff.; ungenau ist die Datierung in FIRA III. Mit der Datierungsfrage beschäftigt sich ausführlich Luzzatto aaO 5 f. Allerdings würde ich auf die Nichteinhaltung der Vorschriften des SC

Neronianum (PS 5.25.6) bei einer stark „vulgarrechtlichen“ Urkunde, deren Text sich überdies gegenüber dem *ius civile* (oder den Juristen) so widerspenstig zeigt, nicht allzu großes Gewicht legen. Im übrigen erscheint es mir zweifelhaft, ob man die halbunabhängigen Friesen zu den *peregrini dediticii* zählen darf; so aber — außer Luzzatto aaO 8 — auch Lemosse, Le régime des relations internationales dans le Haut-Empire Romain, 1967, 24 (mit Lit.). Zumindest die rechtsrheinischen Friesen könnten allenfalls in den Jahren 12–28 und nochmals einige Jahre nach 47 *dediticii* gewesen sein — also in den Jahren, in denen sie unter direkter Oberhoheit Roms standen. Wie man sieht, dauerte die unmittelbare Herrschaft Roms in dem hier interessierenden Teil Frieslands nur kurze Zeit (s. nur Kl. Pauly-Wissowa II, 614; Plin. n. h. 25.3 [6]), und es ist keineswegs sicher, daß die Urkunde gerade aus diesem Zeitraum stammt.

⁴⁵ Zum wirtschaftlichen Hintergrund vgl. nur Tac. ann. 4.72 (Gründe des Friesenaufstandes vom Jahre 28 n. Chr.).

⁴⁶ Vgl. Probus in FIRA II, Auctores, 458 Nr. 18, 459 Nr. 70.

⁴⁷ S. auch Jahresh. öst. archäol. Inst. 23, 1926, 332 f.

römische Recht; bekanntlich war der Versuch des Varus, die römische Rechtspraxis in Germanien einzuführen, einer der Gründe für den Aufstand gewesen⁴⁸. Dabei richtete sich der Zorn der Barbaren verständlicherweise eher gegen die Vertreter des *ius civile* als gegen die Abstraktion des *ius civile* selbst⁴⁹. So wäre zu überlegen, ob man die Buchstaben ICA nicht eher im Sinne des im übrigen auch häufigeren „*Iuris Consultus Abesto*“ auslegen sollte. Wie dem auch sei, in beiden Ausdeutungen würde die Wachstafel das Mißtrauen eines Peregrinen dokumentieren, dessen Stamm überdies möglicherweise im Zeitpunkt der Errichtung der Urkunde nicht voll in das Imperium Romanum eingegliedert war⁵⁰. Dieser – kaum rationale – Gebrauch der Formel könnte wiederum ein Licht auf ihre Verwendung in den Grabinschriften werfen. Es mag sein, daß sie dort wie hier zu einem juristisch leeren, magisch aber umso wirkungsvolleren Abwehrmittel gegen die Gefahren geworden ist, die dem Rechtsverhältnis durch Bosheiten, Gaunereien, Spitzfindigkeiten Dritter – diese repräsentiert durch die Juristen – drohen könnten.

3. Juristenschicksale

Zur sozialen Lokalisierung der Kritik in den verschiedenen Bevölkerungsschichten gehört schließ-

lich noch ein kurzer Blick auf die Juristen selbst. Es ist ein bekannter Gemeinplatz, daß jede Herrschaftsform Juristen findet, die ihr Legitimität und Legalität zu verschaffen wissen⁵¹. Angesichts dieser in der Rechtsgeschichte vielfach dokumentierten Haltung der Juristen könnte es als eine überflüssige Feststellung gelten, wenn man einen grundsätzlichen Widerstand der Juristen gegen Staat, Recht und Herrschaft verneint. Doch lehren die Juristenbiographien, daß stärkere Differenzierungen angebracht sind. Da eine Einzeluntersuchung der Biographien – jeweils unter dem Aspekt der Motive des Widerstandes – hier nicht angebracht ist, muß eine Aufzählung genügen⁵².

Die bekannte gegen Augustus gerichtete Opposition von Juristen wie Cascellius⁵³ und Labeo⁵⁴ dürfte durch Konservatismus und republikanisches Freiheitsbedürfnis motiviert gewesen sein. Die Regierungszeit des Tiberius zeigt den zumindest auch politisch motivierten Selbstmord des älteren Nerva⁵⁵. Caligula (Suet. 34.2) plante die Auslöschung („*abolere*“) der *iuris scientia*. Auch die Einstellung des Claudius zu den Juristen war anscheinend alles andere als freundlich (Sen. Apok. 12.2). Nero verbannte den – schon von Caligula mit dem Tode bedrohten (Suet. Caligula 57.3) – Cassius⁵⁶. Einer der beiden Juristen Iuventius Celsus (*pater* oder *filius*) dürfte an einer Verschwörung gegen Domitian

⁴⁸ Vell. Pat. II 217 ff. (218): ... *ut se praetorem urbanum in foro ius dicere, non in mediis Germaniae finibus exercitui praeesse crederet*.

⁴⁹ Zum Wüten der Germanen gegen die gefangenen *causarum patronos* s. Flor. ep. 2.30; 4.12.

⁵⁰ s. o. A. 44.

⁵¹ Tocqueville, Der alte Staat und die Revolution, Anmerkung 1 (a. E.): „Einem Fürsten, der die Gesetze verletzte, hat es sehr selten an einem Juristen gefehlt, der versicherte, daß es nichts Rechtmäßigeres gebe, und wissenschaftlich bewies, die Gewalt sei gerecht und der Unterdrückte habe unrecht.“ Ausführlicher noch sind die Darlegungen Tocquevilles in „Die gesellschaftlichen und politischen Zustände in Frankreich vor und nach 1789“ (vgl. A. de Tocqueville, Das Zeitalter der Gleichheit. Eine Auswahl aus dem Gesamtwerk, hrsgg. von S. Landshut, Kröner, 1954, 137 f.). – Vgl. damit die Äußerungen Syme's (Tacitus, 1958, II 564): „Jurists under the principate were often the servants of expedience or power“.

⁵² Vgl. zum folgenden Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 1971, 19 ff.; Honoré, Gaius, 1962, 117 f. – Aus der Republik wäre die Ermordung des Q. Mucius Scaevola Pontifex im Jahre 82 v. Chr. durch

die Marianer (dazu Wieacker, Festgabe von Lübtow, 1973, 214) und der Selbstmord des Pacuvius Antistius Labeo, des Vaters des berühmten Labeo, nach der Schlacht bei Philippi zu erwähnen.

⁵³ Vgl. nur Val. Max. 6.2.12; s. auch Pomp. D. 1.2.2.45. Dazu Kunkel, Herkunft, 25 ff.

⁵⁴ S. nur Tac. ann. 3.75.

⁵⁵ S. dazu u. IX 2 bei A. 24.

⁵⁶ Vgl. nur Kunkel aaO 130 f. Zur Stellung des Cassius zum Prinzipat und zu seiner „Weltanschauung“ s. d'Ippolito, *Ideologia e diritto* in Gaio Cassio Longino, 1969, 19 ff. passim; Schiavone, *Studi nelle logiche dei giuristi romani*, 1971, 115 ff. (dazu Horak, Labeo 19, 1973, 213). – Sollte Proculus mit dem 67 n. Chr. durch Selbstmord umgekommenen P. Sulpicius Scribonius Proculus identisch sein, so wäre dies ein weiterer Fall des politisch motivierten Selbstmordes; zur Frage vgl. Kunkel aaO 123 ff. Caninius Rebilus, der von Tacitus (ann. 13.30) wegen seiner *peritia legum* gerühmt wurde, wählte – wegen der *cruciatus aegrae senectae* – den Tod (a. 56). Zur Einstellung des Aristo zum Selbstmord s. Plin. ep. 1.22.10; vgl. auch Dill, *Roman Society from Nero to Marcus Aurelius*, 1925, 183 f.

teilgenommen haben⁵⁷. Zur senatorischen Opposition gegen Hadrian könnte Neratius Priscus gehört haben⁵⁸. Einer gesonderten Untersuchung bedürfte es in den genannten Fällen, ob und inwieweit die hier dokumentierte Opposition sich gegen den Prinzipat als Institution, gegen die Beschneidung der Rechte des Senats⁵⁹ oder gegen einen schlechten Prinzipen richtete⁶⁰.

In der späten Prinzipatszeit häufen sich die Fälle, in denen Juristen Opfer kaiserlicher Willkür oder der politischen Umstände werden. Taruntenus Paternus (Ex-Prätorianerpräfekt und Senator) wurde von Commodus wegen (angeblichen?) Hochverrats hingerichtet⁶¹. Dasselbe Schicksal traf den als *iuris peritus* (CIL X 6662) bezeichneten M. Aurelius Papirius Dionysius, der zuletzt *praefectus annonae* war⁶². Papinian wurde von Caracalla hingerichtet⁶³, Ulpian und Paulus möglicherweise von Elagabal verbannt⁶⁴. Ulpian fand seinen Tod in einem Aufstand der Prätorianer (a. 233)⁶⁵. Zu bedenken ist schließlich auch, daß der eine oder andere Jurist – wie etwa die als Rechtskritiker besonders profilierten Juristen Gaius und Ulpian – möglicherweise Verbindungen zu den bereits gekennzeichneten Kreisen der östlichen Intelligenz hatten, in denen ein gewisser Anti-Romanismus gepflegt wurde⁶⁶.

Das hier summarisch vorgelegte Material zeigt, daß die Juristen gar nicht selten in Opposition standen, obwohl sie selbst zu dem gehörten, was man heute als Establishment zu bezeichnen pflegt⁶⁷. Doch wäre die Erwartung unberechtigt, daß sich ihre oppositionelle Haltung gerade in konkreter Rechtskritik niederschlägt. Wie bereits gesagt, ist gerade diese Form der Kritik mit loyaler Einstellung gegenüber der jeweiligen Obrigkeit nicht nur vereinbar, sondern setzt sie zuweilen sogar voraus. Sieht man im übrigen von den nicht allzu aktiven republikanischen Tendenzen der frühklassischen Jurisprudenz ab, so ist – und das ist wohl der entscheidende Punkt – eine grundsätzliche Opposition gegen das herrschende System nicht erkennbar. Zwar könnte man fragen, ob das Fehlen von Indizien einer solchen Haltung in den Juristenschriften nicht auf dem (vorsichtigen) Schweigen der Juristen oder auf späterer Tilgung beruht. Doch dürfte die Antwort hier nur verneinend lauten können.

Eine Ausnahme könnte Tertullian sein – wenn man unterstellt, daß er Jurist oder gar der in den Digesten zitierte Jurist war⁶⁸. Unter diesen Umständen könnte man seine Flucht von der Jurisprudenz zum Christentum zugleich als Symptom seiner grundsätzlichen Opposition gegen-

⁵⁷ Cass. Dio LXVII 13; vgl. nur Kunkel aaO 137 f.

⁵⁸ S. die Diskussion bei Grelle, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, 1972, 133 ff.; 156 ff.

⁵⁹ Von Gegensätzen zwischen dem Kaiser und den Senatsjuristen spricht Bretonne, *Labeo* 11, 1965, 19.

⁶⁰ Beispielsweise hebt Grelle (aaO) die guten Beziehungen des Neraz zu Trajan hervor; damit ist eine Opposition dieses Juristen gegen die Institution des Prinzipats nicht sehr wahrscheinlich.

⁶¹ S. nur Kunkel aaO 219; zuletzt A. A. Schiller, *Festg. von Lübtow*, 1970, 296 ff.; HA, v. Commodi 4.7 f. Vgl. jetzt auch zum Namen die *tabula Banasitana*, CRAI 1971, 468 ff.

⁶² Vgl. Kunkel aaO 222 f.

⁶³ Vgl. zuletzt den Boer, *Some Minor Roman Historians*, 1972, 98 ff.

⁶⁴ HA, v. Heliog. 16.4.; Aurel. Victor, *Caes.* 24.6. Vgl. aber auch Syme, *Emperors and Biography*, 1971, 146.

⁶⁵ S. nur Modrzejewski-Zaradzki, *RHD* 45, 1967, 565 ff.

⁶⁶ Vgl. zur provinziellen Herkunft der Juristen nur die Diskussion bei Kunkel aaO 304 ff., sowie den Vortrag von Liebs auf dem Salzburger Rechtshistorikertag 1970 (erscheint in „Aufstieg u. Niedergang der röm. Welt“ II, als S.-A. bereits veröffentlicht).

⁶⁷ Zu den Beziehungen von „Establishment“ und Opposition und zum Aufstieg potentieller oppositioneller Gruppen in die führende Schicht vgl. nur MacMullen, *Enemies of the Roman Order*, VII f.

⁶⁸ Vgl. dazu ablehnend zuletzt ausführlich Barnes, *Tertullian*, 1971, 22 ff.; ebenso geht Fredouille, *Tertullien et la conversion de la culture antique*, 1972 (s. etwa 23, 29 ff.; dort 242 ff. zum Rechtskritiker Tertullian) von einem „Tertullien rhéteur“ aus. Anders Waldstein, *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht*, 1964, 144 ff.; A. Beck, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian*, Neudruck 1967, X f. Mit Kunkel (Herkunft 236 ff.; ähnlich auch Bove, *La consuetudine in diritto romano I*, 1971, 163 f.), der die Identität mit dem Digestenjuristen ablehnt, möchte ich davon ausgehen, daß das juristische Wissen des Kirchenvaters wohl weit über dem Durchschnitt eines bloßen Gerichtsredners steht. Da der gerade in dieser Zeit nicht ganz seltene Übergang von juristisch hochgebildeten Advokaten in die Fachjurisprudenz (s. nur die Belege bei Kunkel aaO 235 ff.) das Fehlen einer wirklichen Unterscheidungsmöglichkeit zwischen einem juristisch überdurchschnittlich gebildeten Advokaten und einem rhetorisch überdurchschnittlich gebildeten Juristen zeigt, sehe ich keine Bedenken, den Kirchenvater als „Juristen“ zu qualifizieren. Ein freilich äußerliches Sym-

über dem „System“ seiner Zeit interpretieren⁶⁹. Mit ihm könnte man den ebenfalls vom Studium der (zusammen mit der Rhetorik gepflegten) Jurisprudenz zum Christentum konvertierten Gregorios Thaumaturgos vergleichen⁷⁰. Wäh-

rend letzterer allerdings auch als Christ dem römischen Recht freundlich gesonnen war, tritt Tertullian als einer der schärfsten Kritiker der römischen Rechtsordnung in Erscheinung.

ptom — das aber mehr aussagt als etwa Stellen zur „allgemeinen Rechtslehre“, bei der sich Rhetorik und Jurisprudenz kaum unterschieden — ist die Verwendung juristischer Blankettnamen; s. nur ad nat. 1.4.8 f.; vgl. im übrigen auch u. 66 A. 43.

⁶⁹ Vgl. dazu Fredouille aaO 242 ff.; Gonella, RIFD 17, 1937, 23 ff.

⁷⁰ Zu ihm zuletzt Modrzejewski, RHD 49, 1971, 317 ff. mit Lit. — Zur zugleich literarischen und juristischen Ausbildung in Bergtos vgl. die Grabinschrift bei Bean-Mitford, Journeys in Rough Cilicia, Öst. Ak. W. 1970, Nr. 49. Von Gilliam (ZPE 13, 1974, 147 ff.) wird die Inschrift in das 4. Jhd. datiert.

IV. GENERELLE ÄUSSERUNGEN DER KRITIK AM RÖMISCHEN RECHT

1. Relativierende und abwertende Äußerungen

Bevor wir auf einzelne von Nichtjuristen negativ beurteilte Institute des römischen Rechts eingehen, ist die Frage zu stellen, ob das römische Recht als ganzes einer negativen Beurteilung unterzogen wurde. Angesichts des bis in die Gegenwart reichenden Respekts vor den Leistungen des römischen Rechts, angesichts aber auch der Tatsache, daß gerade das Recht der Kaiserzeit fürsorgliche, humanitäre Züge trägt und den Untertanen Schutz zu gewähren sucht¹, angesichts schließlich der schweren Erfäßbarkeit des römischen Rechts ist eine solche Haltung kaum für naheliegend und weitverbreitet zu erachten. Immerhin ist es erstaunlich, daß gerade diese — vor allem durch die juristischen Kontroversen bedingte — Eigenart des römischen Rechts kaum kritisiert wurde (vgl. etwa Cic. de or. 1.56.238 ff.; Quint. inst. 12.3.8). Allenfalls gab sie Anlaß zur — später (VI) zu erörternden — „Juristenschelte“. Wenn im folgenden einige wenige kritische Stimmen zitiert werden, so ist stets zu beachten, daß nicht nur die Römer selbst², sondern weiterhin auch die Untertanen — sei es um sich über den Verlust der politischen Freiheit zu trösten, sei es in ehrlicher Bewunderung — von der nicht zuletzt durch das römische Recht bewirkten Legitimität der römischen Herrschaft überzeugt waren³. Im übrigen traf die Kritik weniger das römische Recht selbst als die Handhabung der rechtlichen Institutionen.

Wenn wir spekulieren dürfen, so liegt eine

Vorstufe der Kritik, noch keine Kritik selbst, in der (skeptischen) Attitüde, das römische Recht mit anderen, vielleicht sogar mit barbarischen Rechten in der Beschreibung auf eine Stufe zu stellen. Damit versuchte man in der Regel zu beweisen, daß es unmöglich ist, das „richtige Recht“ zu treffen. Ein Zeugnis hierfür ist etwa der Vergleich des römischen mit dem rhodischen Recht bei Sextus Empiricus (Pyrrh. Hyp. I 149): νόμον δὲ νόμῳ οὕτως ἀντιτίθεμεν παρὰ μὲν τοῖς Ῥωμαίοις ὁ τῆς πατρῴας ἀποστάς οὐσίας οὐκ ἀποδίδωσι τὰ τοῦ πατρὸς χρέα, παρὰ δὲ τοῖς Ῥοδίοις πάντως ἀποδίδωσιν . . .

In den Augen des Griechen war der Vergleich des römischen mit einem hellenischen Recht wohl nicht unbedingt als Herabsetzung gemeint. Weit wahrscheinlicher ist die polemische Absicht, wenn der provokatorisch sein Barbarentum betonende Bardesanes⁴, der am Hofe Abgars IX, also nicht unmittelbar unter römischer Herrschaft lebte, die skeptischen Argumente über das „normative Chaos“ benutzt, um die Eindeutigkeit und Überlegenheit der christlichen Normen hervorzuheben. Sein kaltblütiger Vergleich des römischen Diebstahlsrechts mit dem von Hatra (in Mesopotamien) und Baktrien mußte von einem römischen Juristen als Beleidigung aufgefaßt werden⁵: *posita est lex in Hatra, ut omnis scilicet qui aliquid furatus est, parvi licet pretii, reus sit lapidationis; apud Cuscianos illius, qui tale furtum commisit, inspuunt in faciem; apud Romanos is qui committit aliquod parvum furtum flagellatur et in exilium mittitur.*

Eine derartige Relativierung ist von einer

¹ Vgl. zu diesen Tendenzen nur Dulckeit-Schwarz, Römische Rechtsgeschichte, 1970⁵, 193 ff.

² Vgl. nur die berühmten Verse Vergils Aen. VI 852 f.; zu ihren Vorbildern s. R. Werner, in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 1, 1972, 526 passim.

³ Vgl. nur Bleicken, Der Preis des Aelius Aristides auf das römische Weltreich, Nachr. Ak. Göttingen 1966, 225 ff. (228 f., 234 ff.); Nörr, Imperium und Polis, 1969², 30 ff., 94 ff. — jeweils mit Quellen und Lit. Dabei ist allerdings häufig nicht recht zu unterscheiden, ob die etwa von Plutarch (Praec. reip. ger. 814 F), Polemon (bei Philostr.,

vita soph. I 25, 532) und Aristides (or. 26 [K] 37 f., 208 [364]) bezeugte Vorliebe der Provinzialen für die römische Gerichtsbarkeit mit der Güte des römischen Prozesses oder mit der Güte des römischen Rechts zusammenhängt.

⁴ S. MacMullen, Enemies, 221 f. Zur „Kolonie“ Edessa zuletzt d’Ors, SDHI 38, 1972, 457.

⁵ S. Jacoby, FrGH III C 719 F 3a.33 (zitiert nach der lateinischen Übersetzung von Nau, Patr. Syr. 12, 1907, 536 ff.: Buch der Gesetze der Länder); vgl. auch bei Euseb., Praec. Ev. VI (10) 23 f. Zur Zuschreibung an Bardesanes s. nur MacMullen aaO 359.

Kritik nicht mehr allzu verschieden. Ein Beweis dafür ist, daß Bardesanes mit den Vergleichen bezweckt, die Minderwertigkeit der vielfältigen heidnischen Rechte der einen, christlichen Sitten- und Rechtsordnung gegenüberzustellen⁶. Wenn man auch nicht behaupten kann, daß die Christen grundsätzlich die römische Rechtsordnung als ganze verurteilten⁷, so ist eine negative Bewertung des römischen Rechts durch sie doch naheliegend⁸. Besonders eindrucksvoll ist es, wenn Tertullian anlässlich der Verteidigung des Ungehorsams der Christen gegenüber antichristlichen römischen Gesetzen auf die ständige und durch die Gesetzgebung der Kaiser auch anerkannte Verbesserungsbedürftigkeit des römischen Rechts verweist; durch ihre gesetzgebenden Maßnahmen werden der Urwald der alten Gesetze, ihre Härten und Ungerechtigkeiten beseitigt (Tert. Apol. 4): *Vos (Sept. Severus und Caracalla) cottidie ... totam illam veterem et squalentem silvam legum novis principalium rescriptorum et edictorum securibus truncatis et caeditis. ... Quot adhuc vobis repurgandae latent leges!*⁹.

In diesen Worten könnte man den Appell zu einem Programm für die Rechtserneuerung finden, dessen Fehlen man den Hoch- und Spätclassikern häufig vorgeworfen hat¹⁰. Sicherlich ist der „reformatorische Impetus“ Tertullians ein anderer als der der Juristen hätte sein kön-

nen und müssen. Trotzdem drängt sich angesichts seiner Worte die Vermutung auf, daß das Problem der Reformbedürftigkeit des Rechts den römischen Juristen — so wenig sie es lösen konnten — doch nicht völlig fremd war.

Wir haben — durch die Stellungnahme des Bardesanes veranlaßt, der sich inhaltlich an die Skeptiker anschließt — die christliche Kritik bisher in den Vordergrund gestellt. Diese hatte auch sonst Gemeinsamkeiten mit der philosophischen Kritik. Selbst bei Cicero findet sich — abgesehen von seinen Äußerungen über das kleinliche Werk der Juristen¹¹ und den Formalismus des *ius civile* (s. nur pro Mur. 12.26) — trotz aller sonst beschworenen Hochachtung vor dem römischen Recht eine Gegenüberstellung des *ius civile* (also des römischen Rechts) mit dem *ius universum* und der *natura iuris*, die dem ersteren einen niederen Rang zuweist (de leg. 1.3.17):

*... sed nobis ita conplectenda in hac disputatione tota causa est universi iuris ac legum, ut hoc civile quod dicimus in parvum quendam et angustum locum concludatur; natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura, considerandae leges quibus civitates regi debeant; tum haec tractanda, quae composita sunt et descripta iura et iussa populorum, in quibus ne nostri quidem populi latebunt quae vocantur iura civilia*¹².

⁶ Vgl. auch die (syrische) Didascalia apost. 1.6.1 ff. (zitiert nach Fredouille, Tertullien, 420 A. 40): *Désire-t-on de l'histoire? Il y a les livres des Rois... Des lois, une morale? La glorieuse loi de Dieu.* — Zum *ius infinitum humanum* s. auch c. Tanta § 18; dazu Nörr, Divisio und Partitio, 1972, 47 A. 198.

⁷ S. nur Greg. Thaum. Pan. ad Orig. I 7 zu den *nomoi* der Römer als *hellenikotatoi*. Vgl. hierzu Modrzejewski, RHD 49, 1971, 317 ff.; Talamasca, Studi Volterra V 496 A. 79 mit Lit. S. auch Theoph. ad. Autolyk. III 6: Die bei den Griechen und Römern geltenden Gesetze seien besser als die von den Philosophen vorgeschlagenen. S. o. II 8.

⁸ Vgl. Bardesanes bei Eus., Praec. Ev. VI 10, 46; Laktanz, Div. Inst. 4.4.1; 5.14.19; allgemein auch 5.6.3. Weitere Stellen im folgenden. — Die Herabsetzung des *φασγός* ἐν καρτίδιος ἢ στήλαις ἄψυχος νόμος bei Philon (StVF III 360) kann sich auch auf die römischen Gesetze beziehen. Vgl. nur den Hinweis des Flav. Jos. (ant. XIV 266 ff.) auf die den Juden günstigen Erlasse der Römer, die sich bis heute auf den *χαλκαὶ στήλαι καὶ δέλτοι* ἐν

τῷ Καπετωλίῳ befinden. Dazu Piatelli, BIDR 74, 1971, 224 f.

⁹ Vgl. auch ad nat. 1.6: *... ceterum suspecta lex est, quia probari se non vult ... legis iniustae honor nullus est; ut opinor autem, dubitatur de iniquitate legum quarundam, cum quotidie novis consultis constitutisque duritias nequitiasque earum temperetis.* Vgl. auch 1.10. S. dazu A. Beck, Römisches Recht bei Tertullian Cyprian, Neudruck 1967, 20; Gonnella, RIFD 17, 1937, 28 f. passim.; C. Becker, Tertullians Apologeticum, 1954, 47 f., 234; Bove, La consuetudine in diritto romano I, 1971, 164 ff. — Allerdings kennt Tertullian durchaus — ähnlich Cicero (s. nur de leg. 2.16.40) — auch das Lob des verratenen guten alten Rechts; s. nur Apol. 6 (zu den Luxusgesetzen). Die jeweilige taktische Komponente darf nicht vergessen werden.

¹⁰ Vgl. nur F. Schulz, Rechtswissenschaft, 151 f.

¹¹ S. nur de leg. 1.4.14; pro Caec. 23.65 ff.; s. u. VI 2 bei A. 16.

¹² Vgl. auch de leg. 1.15.42; 2.5.11 ff.; 2.6.14. Allerdings ist nicht an allen Stellen die Beziehung auf das römische Recht offenkundig.

Schließlich ist zu beachten, daß die Adressaten der skizzierten¹³ philosophischen Äußerungen über das Naturrecht in diesen Abhandlungen möglicherweise kritische Untertöne gegenüber dem geltenden und somit auch gegenüber dem römischen Recht vernahmen, für die wir heute taub sind.

Offene Kritik des gesamten römischen Rechts durch die Philosophen ist selten. Bekannt sind die nicht gerade polemischen, aber doch die römische Jurisprudenz in ihre Schranken verweisenden Worte Epiktets über das Rangverhältnis zwischen dem Naturrecht und den „Gesetzen“ des Masurius Sabinus und des Cassius (Arrian IV 3.12)¹⁴: οὗτοί εἰσιν οἱ ἐκεῖθεν ἀπεσταλμένοι νόμοι, ταῦτα τὰ διατάγματα· τούτων ἐξηγητὴν δεῖ γενέσθαι, τούτοις ὑποτεταγμένον, οὐ τοῖς Μασουρίου καὶ Κασσίου.

Weitere Stellen haben wir bereits genannt, als wir die antiken Stimmen zur „ethischen Fragwürdigkeit“ der Gesetzgebung zu Worte kommen ließen¹⁵. So ist es wohl kein Zufall, daß sich der Kyniker Demonax (bei Luk. Demon. 59) gerade an einen *iuris peritus* wendet, als er die Nutzlosigkeit der Gesetze sowohl für die Guten als auch für die Schlechten behauptete. Zu erinnern ist auch nochmals an die Äußerungen des Polybios (bei Cic. de rep. 4.3.3), des Plutarch (Lykurg u. Numa IV 1 ff.) und des Apollonius von Tyana (ep. 54) über den grundlegenden Mangel der römischen Gesetzgebung, die Vernachlässigung der Erziehung. Diese Äußerungen lassen erkennen, daß die gerühmte grundsätzliche Trennung von Ethik und Recht, wie sie das römische Recht weithin vollzogen hat¹⁶, keineswegs den ungeteilten Beifall der Zeitgenossen fand.

Zugleich gewähren aber diese Äußerungen auch einen kleinen Einblick in den Hintergrund der stärker auf Humanität und Billigkeit bedachten Rechtsentwicklung in der Prinzipatszeit.

2. Zur römischen Gerechtigkeitsideologie

Ein letzter Punkt ist hier noch zu erwähnen, der wenigstens am Rande zu unserem Thema gehört. Dabei geht es nicht um die Kritik am Inhalt des römischen Rechts, sondern um die Kritik an der römischen „Rechtsideologie“, der pharisäerhaften Vorstellung, daß Römertum und Gerechtigkeit austauschbare Begriffe seien¹⁷. Auch hier treffen sich philosophische und christliche Kritik. Nach den Worten Ciceros (de rep. 2.17.31) preist Scipio den altrömischen König Tullus Hostilius für die Einführung des *ius fetiale*:

... *constituitque ius, quo bella indicerentur, quod per se iustissime inventum sanxit fetiali religione, ut omne bellum, quod denuntiatur indictumque non esset, id iniustum esse atque inpium iudicaretur.*

Es klingt wie eine Antwort auf das Lob des *ius fetiale*, wenn im folgenden Buch (3.15.24) L. Furius Philus, der hier wohl im wesentlichen Ausführungen des Karneades über das Verhältnis von *iustitia* und *utilitas* wiedergibt¹⁸, das Argument vorträgt, daß die Römer nicht mittels Gerechtigkeit, sondern mittels der ihren Nutzen bedenkenden Klugheit Herren der Welt geworden seien: ... *sapientia iubet augere opes, amplificare divitias, proferre fines ... imperare quam plurimis, frui voluptatibus, pollere regnare dominari; iustitia autem praecipit parcere omnibus,*

¹³ S. o. II 2 bei A. 53.

¹⁴ Vgl. auch IV 7.33 ff. In anderem Zusammenhang spricht Cicero (pro Mur. 14.30) über die „Scheinweisheit“ der Jurisprudenz (*simulatio prudentiae*). Wie eine Antwort darauf klingen die bekannten Worte Ulpians (D. 1.1.1.1.): ... *veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*. Dazu Nörr, *iurisperitus sacerdos*, 555 ff. – Der Topos der *simulatio* wird oft zur Charakterisierung von Philosophen verwendet. Vgl. Quint. inst. 12.3.12; Dion v. Prusa, or. LXXVII/VIII 34 f.; Luk. Pisc. 37; weitere Beispiele im Kommentar zu Quint. Inst. XII p. 97 f. von Austin.

¹⁵ S. o. II 5.

¹⁶ Vgl. nur F. Schulz, *Prinzipien*, 14. S. im übrigen auch die Diskussion über das Verhältnis von „*honestum*“ und „*licet*“; s. etwa Cato bei Gell. 6.3.44 ff.; Sen. de ira

2.27; von juristischer Seite Paul. D. 50.17.144 pr. (dazu Carcaterra, *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano*, 1968, 125 f.; Nörr, *Schatzfund*, 39 f.).

¹⁷ Vgl. zu diesem Abschnitt zuletzt R. Werner, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* I 1, 524 ff. (mit Lit.); s. auch Fuchs, *Der geistige Widerstand gegen Rom*, 1938, 3, 28, 83 ff. passim; Schottländer, *Römisches Gesellschaftsdenken*, 1969, 97 ff.; Triantaphyllopoulos, *Studi Volterra*, V 706; Longo, *Labeo* 18, 1972, 11 f.; Mazzarino, *Il pensiero storico classico* II 1, 1968, 330 ff.

¹⁸ Dazu Werner aaO 535 mit Lit.; Pohlenz, *Stoa* I 179; II 90. Zu beachten ist allerdings der skeptische und dialektische Charakter dieser Texte, die man zwar als Ausdruck möglicher Meinungen, aber nicht als Ausdruck der festen Meinung gerade der Sprecher interpretieren darf.

*consuli generi hominum, suum cuique reddere, sacra publica aliena non tangere ... Ut iam omit-tam alios, noster hic populus, quem Africanus hesterno sermone a stirpe repetivit, cuius im-perio iam orbis terrae tenetur, iustitia an sapien-tia est e minimo omnium (maximus factus)?*¹⁹

Die Gerechtigkeit sei Dummheit. Wollten die Römer gerecht sein, so müßten sie ihre Eroberungen zurückgeben und in ein armseliges Leben zurückkehren²⁰.

Diese den Nutzen und die Gerechtigkeit konfrontierende Argumentation wird später durch die Betonung des römischen *cant* verschärft. Minucius Felix (Oktavius 25, ca. a. 200) ironisiert die berühmte und bekannte Gerechtigkeitsliebe der Römer²¹ an beliebten Beispielen aus der frühromischen Geschichte (Rom als Verbrecherasyll, Brudermord etc.). Nicht durch ihre *pietas*, sondern durch Gewalt haben sie das Weltreich erobert. Auf den römischen Versuch der Harmonisierung von Legalität und Ungerechtigkeit weist Laktanz hin²²:

*Quantum autem ab iustitia recedat utilitas, populus ipse Romanus docet, qui per fetiales bella indicando et legitime iniurias faciendo semperque aliena capiando atque rapiendo possessionem sibi totius orbis comparavit*²³.

Die von Karneades zu Laktanz führende Linie²⁴ zeigt, daß hier wohl eine ständige Begleit-

melodie zum römischen Anspruch, das Volk des Rechts zu sein, erklingt. Die Kritik geht hier tiefer als diejenige an der römischen Rechtsordnung oder an einzelnen Normen. Wenn Ulpian²⁵ das römische Recht von der *iustitia* ableitet und in der Verwirklichung der Gerechtigkeit die Würde der Jurisprudenz sieht, so behauptet er damit eine ethische Basis des römischen Rechts, die durch Äußerungen wie die genannten in Frage gestellt wird. Man kann demgegenüber nicht einwenden, daß die römischen Juristen sich durch die Angriffe auf das Fundament der Ungerechtigkeit, auf dem das römische Imperium ruht, nicht berührt zu fühlen brauchten. Abgesehen von allgemeinen Gründen, die mit der repräsentativen Stellung der Juristen im Imperium der Kaiserzeit zusammenhängen, sei hier nur daran erinnert, daß Laktanz kurz vorher (Div. Inst. 5.11) auf die gegen die Christen gerichteten Ungerechtigkeiten gerade der Jurisprudenz hingewiesen hatte²⁶. Hier richtet sich der Angriff nicht gegen das Abstraktum des römischen Rechts, sondern gegen die klassischen Juristen selbst (s. auch u. VI 3).

Daß die Juristen das Verhältnis von Gerechtigkeit und Nutzen beschäftigt haben könnte, wird auch durch andere Indizien nahegelegt. Es geht hier nicht so sehr um die in der letzten Zeit²⁷ viel erörterte Verwertung der *utilitas*

¹⁹ S. auch den Vergleich mit dem Piraten in 3.14.

²⁰ 3.12.21 (nach Laktanz div. inst. 5.16.2 f.): ... *omnibus populis, qui florent imperio, et Romanis quoque ipsis, qui totius orbis potirentur, si iusti velint esse, hoc est si aliena restituant, ad casas esse redeundum et in egestate ac miseriis iacendum*. — Einen ähnlichen Gedankengang enthält die Erklärung des Samniten Pontius bei Liv. 9.11.8 f. (Hinweis von Dr. Wittmann). Vermittelnd dagegen Florus (epit. 1.1.2): ... *eo denique ferocem populum redegit (sc. Numa), ut quod vi et iniuria occuparet imperium, religione atque iustitia gubernaret*.

²¹ Oktavius 25: *At tamen ista ipsa superstitio Romanis dedit auxilium fundavit imperium, cum non tam virtute quam religione et pietate pollerent. nimirum insignis et nobilis iustitia Romana ab ipsis imperii nascentis incunabulis auspata est. nonne in ortu suo et scelere collecti et muniti immanitatis suae terrore creverunt? nam asylo prima plebs congregata est: etc.*

²² Div. inst. 6.9.3; s. auch 4.4.1.

²³ Zu Laktanz als Rechtskritiker s. nur Gonella, RIFD 17, 1957, 33 ff.; vgl. auch Ferrini, Opere II, 467 ff.; 481 ff.

²⁴ Weitere Beispiele bei Werner aaO 535. S. im übrigen auch Tac., Agricola 30; Hist. 4.74. Zur ambivalenten

Einstellung der Juden vgl. nur die Stellen in den Monumenta Talmudica (ed. Krauss 1914), 11, 45. — Belege für das „Recht“ des Stärkeren aus der griechischen Literatur bei Wiśniewski, Karneades, Poln. Ak. d. W. 1970, 125 ff.

²⁵ D. 1.1.1 pr. u. 1 (inst. 1): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellat: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*. Vgl. auch 10 h. t.

²⁶ S. u. V 3 bei A. 95. Vgl. auch zum Legitimationsbedürfnis der Spätclassik u. XI 2.

²⁷ Vgl. nur Ankum, Symb. David I, 1968, 1 ff.; ders. RIDA 3. S. 15, 1968, 119 ff.; Leptien, Utilitatis causa, Diss. Freiburg, 1967; Longo, Labeo 18, 1972, 7 ff. Vgl. aber auch schon aus früherer Zeit Steinwenter, Festschr. Koschaker I, 1939, 84 ff. Gaudemet, RHD 29, 1951, 465 ff.; Pólay, Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom, 1964, 316 ff.

(*publica*) als Hebel zur Weiterentwicklung des Rechts. Denn dieses Argument dient eher der Durchsetzung eines „billigen Rechts“ gegenüber dem älteren, starren Recht²⁸ als der Reflexion über das Verhältnis von Gerechtigkeit und Nutzen. Die Diskussion hält sich insoweit in dem platonisch-stoisch-ciceronianischen Rahmen der Harmonie von *iustitia* und *utilitas*. Mit Deutlichkeit bricht der Antagonismus in der berückichtigten Rede des Cassius, eines der großen Juristen des 1. Jhd., auf, in der er die Möglichkeit des Auseinanderklaffens von Gerechtigkeit und *utilitas publica* eingestehen muß (Tac. ann. 14.43 ff.). Als der Senat schwankte, ob in dem Fall der Ermordung des Stadtpräfekten Pedanius Secundus durch einen Sklaven das SC *Silanianum* anzuwenden sei²⁹, läßt Tacitus den Cassius zuerst einige rechtspolitische und (recht fadenscheinige) Gerechtigkeitsgründe vorbringen, um damit die Anwendung des SC zu rechtfertigen. Den Einwand, daß mit der Hinrichtung Unschuldige ge-

troffen würden, läßt er nicht gelten: *habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur*³⁰.

Zwar wird hier nicht die Gerechtigkeit schlechthin, sondern nur die Gerechtigkeit gegenüber einer einzelnen Person dem Gemeinwohl nachgeordnet. Doch ist damit sowohl die grundsätzliche Einheit von *iustitia* und *utilitas* als auch die *iustitia* als alleinige Basis der Tätigkeit der Juristen negiert³¹, wird der im übrigen sonst recht globale Vorwurf des Zwiespalts zwischen Gerechtigkeitsideologie und utilitaristischer Praxis als berechtigt erwiesen.

Sicherlich erlauben unsere spärlichen Quellen keine eindeutigen Schlüsse darüber, inwieweit sich die klassische Jurisprudenz schlechthin dieser möglichen Angriffe gegen die Fundamente ihres „Berufsethos“ bewußt war. Ausgeschlossen ist es aber nicht, daß sich hinter der glänzenden Fassade Unsicherheit und Anfechtung rührten.

²⁸ Vgl. vor allem Jul. D. 9.2.51.2: ... *multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest* ...; s. dazu nur An k u m, Symb. David I 23 f. mit Lit.

²⁹ Nach diesem SC wurden bekanntlich in dem Falle, daß ein *dominus* gewaltsam in seinem Hause starb, grundsätzlich alle im Hause befindlichen Sklaven hingerichtet, wenn sie nicht nachweisen konnten, daß sie dem Herrn zu Hilfe geeilt waren. Vgl. zum SC *Silanianum* zuletzt etwa D'Ippolito, *Ideologia e diritto* in Gaio Cassio Longino, 1969, 51 ff. mit Lit., sowie o. III A. 13. Wenn der Stil der Rede auch taciteisch ist, so hat Tacitus hier wahrscheinlich doch die *acta senatus* benutzt und den Gedan-

kengang des Cassius im wesentlichen wohl getreu wiedergegeben. Vgl. zur Rede des Cassius etwa außer D'Ippolito (vor allem 59 ff. zur *utilitas publica*) Syme, Tacitus II, 1958, 533, 563 f., 761; Koestermann, Cornelius Tacitus, Ann., IV, 105 ff. (mit reicher Lit.); s. auch o. III A. 56. Angaben zum SC *Silanianum* auch bei Kaser, RPR I, 283 A. 3.

³⁰ S. auch Koestermann aaO 111. Vgl. im übrigen auch Kaiphas im Ev. Joh. 11.50.

³¹ Tac. (ann. 14.42 ff.) läßt zwischen den Zeilen auch eine gewisse Kritik erkennen. Ob er die Milderung des SC *Silanianum* durch Hadrian (s. nur HA, Hadrian, 18.11) noch erlebte, ist fraglich.

V. EINZELFÄLLE DER RECHTSKRITIK IN DER AUSSERJURISTISCHEN LITERATUR

Die folgende Aufzählung einzelner konkreter Fälle außerjuristischer Kritik am römischen Recht ist sicherlich nicht vollständig. Auch zur Analyse der Hintergründe der Kritik, der Traditionen, Motive und sozialen Konstellationen soll sie eher anregen, als daß diese hier bereits durchgeführt werden könnte. Es sollen — nach Grund und Maßstab der Kritik — folgende Gruppen gebildet werden:

1. Gesetze als Instrumente politischen Kampfes.
2. Härte und Fremdartigkeit des Rechts (häufig bezogen auf archaisches Recht).
3. Benachteiligung gewisser Bevölkerungs-schichten.
4. (Damit eng zusammenhängend) allgemeine sozialpolitische Gründe.
5. Vorwurf der Dummheit und Lächerlichkeit.

1. Gesetze als Instrumente politischen Kampfes (Cicero, Tacitus)

Nur an wenigen Beispielen sei hier das für die Geschichte der römischen Innenpolitik — vor allem zur Zeit der Republik — wichtige Kapitel der Gesetzgebung als Mittel politischen Kampfes erläutert¹. Dabei darf als selbstverständlich unterstellt werden, daß — je nach Politik-Begriff — auch andere im folgenden zu erörternde Fälle der Kritik als politisch motiviert angesehen werden können, daß überdies selbst bei einer engeren Fassung dieses Begriffes, etwa im Sinne des Kampfes um die Macht im Staate, manche der unter einem anderen Aspekt zu erwähnenden Rechtsnormen als politische Instrumente zu

bezeichnen wären (etwa die *leges sumptuariae*; s. u. V 4). Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, eine Geschichte der römischen Gesetzgebung unter dem Aspekt zu schreiben, welche Bevölkerungsgruppen durch welche Gesetze politisch in Schach gehalten werden sollten. Ebenso wenig ist über den Einsatz der Gesetzgebung im Kampf für und gegen die revolutionären Bewegungen zu handeln, die die Geschichte der römischen Republik begleiten^{1a}. Was die hier vor allem interessierende Epoche des Prinzipats betrifft, so mußte diese Methode politischen Kampfes an Bedeutung verlieren. Weder versuchte ein Prinzeps die ihm gefährliche Opposition etwa durch Agrargesetze auszuschalten, noch konnte die mit dem Prinzeps um die Macht im Staate konkurrierende Oberschicht daran denken, ihn mit legislatorischen Mitteln zu bekämpfen.

Als Zeuge für die banale Feststellung, daß diejenigen *leges*, die als Kampfinstrumente für die Auseinandersetzung der Parteien in der Republik erlassen wurden, eine entsprechende Beurteilung durch die Gegner fanden, sei hier vor allem Cicero zitiert. Eher als Historiker verurteilt er die *duae tabulae iniquarum legum* der Decemvirn, zu denen vor allem jene *inhumanissima lex* gehörte, die die Ehen zwischen Patriziern und Plebejern verbot². Interessanter ist die Kritik an zeitgenössischen Gesetzen. Aus Lucilius (fr. 574 f. Krenkel, 573 f. Marx) ergibt sich die fast selbstverständliche Tatsache, daß manche Kreise die *lex Calpurnia repetundarum* (a. 149 v. Chr.) als *saeua lex* tadelten. Als Beleg für die These, daß man nicht alles positive Recht

¹ Vgl. dazu Serrao aaO (o. I Anm. 37) 819 ff.

^{1a} Vgl. zu diesen zuletzt die Beiträge in Index 3, 1972, 153 ff.

² de rep. 2.37.63; zum Problem dieser *lex*, die bekanntlich durch die *lex Canuleia* aufgehoben wurde, zuletzt etwa De Martino, in „Aufstieg und Niedergang der röm. Welt“ I 1, 1972, 225 mit Quellen und Lit. — Carca-

terra (Studi Volterra IV 627 ff.) versucht zu beweisen, daß die Parömie *summum ius summa iniuria* letztlich auf die sozialen Kämpfe zwischen Patriziern und Plebejern zurückkehrt (Kritik am *ius Quiritium*). Zur Parömie vgl. auch M. Fuhrmann, Studi Volterra II 52 ff. mit weiterer Lit. — Cato (de Rhod.) nennt eine *lex de modo agrorum „acerba“* (Gell. 6.3.37); vgl. Labruna, Vim fieri veto, 1971, 257 ff.

als gerecht qualifizieren könne³, nennt Cicero die tyrannischen Gesetze und unter ihnen die *lex de Sulla dictatore rei publicae constituendae et legibus scribundis*, die auf Antrag des *interrex* Lucius Valerius Flaccus dem Sulla die absolute Macht im Staate gab⁴. Als Beispiele für seine Auffassung, daß eine dem Recht widersprechende *lex* in Wahrheit eine nicht-*lex* sei, verweist er auf die „demagogischen“ *leges Titiae, Apuleiae* und *Liviae*; ein Beweis für ihre fehlende Gesetzeskraft sei es gewesen, daß sie vom Senat kassiert werden konnten, was mit wahren, der Natur entsprechenden Gesetzen niemals geschehen könne⁵.

In den Bereich des politischen Kampfes gehört schließlich auch der Angriff Ciceros gegen das Edikt des Verres über die Durchführung der *lex Voconia* (in Verr. II 1.41 ff.). Doch bedürfte es einer ins einzelne gehenden Analyse, um das präzise Ziel seiner Kritik festzustellen (Rückwirkung des Edikts, Mißbrauch der Ediktsform, um eine Einzelperson zu begünstigen, juristischer Vorwand für einen Angriff gegen Verres, (kaum) mittelbarer Angriff gegen die *lex Voconia*⁶). Ebenfalls nur erwähnt seien die dem Sallust zugeschriebenen⁷ *epistulae ad Caesarem*. Sie enthalten nicht nur direkte Vorwürfe gegen die Gesetzgebung des Pompeius (ep. II 3.2), sondern in den Gesetzgebungsvorschlägen auch

indirekte Kritik am bestehenden Rechtszustand⁸. Im gegnerischen Lager wiederum äußern die Worte Ciceros über Caesar, *qui omnia iura divina et humana pervertit*, eine allerdings recht generelle Kritik gerade an den gesetzgeberischen Maßnahmen des Diktators (de off. 1.8.28).

Während Cicero seine Urteile über die Gesetze als Beteiligter an den politischen Auseinandersetzungen gibt, ist das Urteil des Tacitus dasjenige des pessimistischen Betrachters der republikanischen Vergangenheit. In seiner berühmten Geschichte der römischen Gesetzgebung⁹ beginnt er mit einem Lob der frühen Gesetze als *leges simplices* und der 12 Tafeln (doppelt-sinnig?)¹⁰ als *finis aequi iuris*. Die nachfolgenden Gesetze seien — mit Ausnahmen — Maßnahmen des politischen Kampfes gewesen (3.27.1). Darauf folgen die — durch die Restaurationsepoeche Sullas nur kurz unterbrochenen — „demagogischen“ Gesetze. Die gesetzgeberischen Maßnahmen des Pompeius führten zu Schlimmerem, als sie beseitigen wollten¹¹. Schließlich gab die Gesetzgebung des Augustus einen beschwerlichen Frieden¹².

Von Tacitus wird die Gesetzgebung — sieht man von der Frühzeit ab — allein als schlechtes Mittel in einem schlechten politischen Kampfe bewertet. Wenn überhaupt einzelne Gesetze genannt werden, so als Beweisstücke für die These der

³ de leg. 1.15.42: *Iam vero illud stultissimum, existimare omnia iusta esse quae scita sint in populorum institutis aut legibus. Etiamne si quae leges sint tyrannorum? ... Nihil, credo, magis illa quam interrex noster tulit, ut dictator quem vellet civium vel indicta causa impune posset occidere*. Vgl. auch de leg. agr. 3.2.5; dazu Lauria, Ius, 1967³, 58, 71 und — vor allem zum historischen Hintergrund — Gabbia, in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 1, 800 passim mit Lit. Zur Kritik an der *lex Thoria* s. Brut. 36, 136; dazu die Lit. bei d'Ors, SDHI 38, 1972, 489, und K. Meister, Historia 23, 1974, 86 ff.

⁴ S. nur Cancelli in seiner Edition von Ciceros *de legibus*, 1969, 126 f.

⁵ de leg. 2.6.14. Die genannten Gesetze wurden zwischen 103 und 91 erlassen. Vgl. zu ihnen nur Cancelli aaO 204.

⁶ Vgl. in letzter Zeit etwa Broggin, Coniectanea, 1966, 380 ff.; Bartošek, Studi Scherillo II 649; jeweils mit weiterer Lit.; vgl. vor allem den Hinweis auf Cassisi, Annali Catania III, 1948, 490 ff.

⁷ Zum Problem vgl. nur Eisenhut, in der Tusculum-Ausgabe der Werke Sallusts, 484 ff.; Kl. Pauly-Wisowa IV 1514; C. Becker in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 3, 1973, 742 ff.

⁸ Vgl. etwa Kroymann in „Politeia und Res Publica“ (Gedächtnisschrift für R. Stark), 1969, 245 ff.; s. nur ep. II 7.11 f.

⁹ Ann. 3.25 ff.; vgl. nur Syme, Tacitus I, 1958, 371; II 709 f.; Koestermann, Cornelius Tacitus. Ann. I 430 f.; zu den möglichen Quellen s. auch Cancelli, SDHI 37, 1971, 333 f.; Dirksen, Hinterlassene Schriften I, 1871, 204 ff. Zur 12-Tafel-Zeit als „Epochengrenze“ s. Timpe in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 2, 1972, 938 ff. (allerdings ungenau zu Polyb. 6.11.1). Vgl. auch Crifò, ebenda 115 ff.; Pinna Parpaglia, Aequitas in libera republica, 1973, 9 ff.

¹⁰ „Ende“ des *ius aequum* oder „das Äußerste des gleichen Rechts“ (in diesem Sinne Ihering, Geist des römischen Rechts II 1, 91); s. dazu auch Koestermann aaO 467. S. auch „teleion“ bei Polyb. 6.11.1 (i. S. von *perfectum*); vgl. auch Liv. 3.37.7.

¹¹ Ann. 3.28.1: *Tum Cn. Pompeius, tertium consul corrigendis moribus delectus et gravior remediis quam delicta erant, suarumque legum auctor idem ac subversor, quae armis tuebatur, armis amisit*.

¹² Ann. 3.28.2: *Sexto demum consulatu Caesar Augustus, potentiae securus, quae triumviratu iusserat abolevit deditque iura, quis pace et principe uteremur. acriora ex eo vincla: ...*

allgemeinen Verderbnis. Auf den konkreten Gesetzesinhalt wird nicht eingegangen. Das Urteil über die Wirksamkeit der Gesetze im Falle eines Zusammenstoßes mit politischen Interessen ist pessimistisch¹³. Das geschichtliche Drama, das zum Ende der Republik führte, ist für Tacitus ausreichendes Zeugnis dafür, daß die Gesetze selbst entweder verderblich oder wenigstens hilflos waren gegenüber der allgemeinen Dekadenz¹⁴. Es ist vielleicht bemerkenswert, wie weit sich die von Pathos und aggressivem Pessimismus getragenen Reflexionen des Tacitus über das Schicksal der Gesetzgebung im politischen Streit von der neutralen, trockenen Nüchternheit unterscheiden, die — in der sich allerdings nur teilweise sachlich deckenden — Rechtsgeschichte des ein bis zwei Generationen jüngeren Pomponius herrscht (D. 1.2.2.1 ff.). Die Frage nach den Gründen dieser Differenz kann hier nicht erörtert werden¹⁵. Möglicherweise erzwang allein die literarische Form, die Pomponius gewählt hatte, die Abstinenz von jedem Pathos. Doch ist es auch denkbar, daß sein anderes Geschichtsbild durch den Generationenwechsel oder Momente wie soziale Herkunft und Erziehung veranlaßt war.

Geht man zur Prinzipatszeit über, so kommt als „gesetzliches“ Mittel des politischen Kampfes wohl in erster Linie die augusteische *lex Julia de maiestate* in Betracht, die im wesent-

lichen eine Wiederholung der entsprechenden *lex Cornelia* war¹⁶. Republikanischer Gesetzestechnik entsprechend werden in dem Gesetz eine Reihe von Tatbeständen aufgezählt, die man heute etwa als Aufruhr, Landes- und Hochverrat, Desertion, Amtsmißbrauch qualifizieren könnte¹⁷. Es ist auffällig — wenn auch sicherlich erklärlich —, daß die Polemik gegen die *lex maiestatis*, deren Existenz bekanntlich die ständige Gefahr der Pervertierung des Prinzipats zum Terrorregime anzeigte, keineswegs besonders aggressiv war. Sei es daß man die Notwendigkeit eines solchen Gesetzes bejahte, sei es daß man eine allzu harte Kritik nicht wagte, fast immer geht die Kritik eher gegen die Interpretation und das Verfahren bei der Anwendung als gegen die *lex* selbst¹⁸. Einige Belege aus den Annalen des Tacitus mögen diese Behauptung beweisen.

Die Tatbestände der *lex Julia maiestatis* waren so abgefaßt, daß bloße *dicta* ursprünglich nur in Ausnahmefällen den Tatbestand des Gesetzes erfüllen konnten. Doch war bereits unter und durch Augustus die Sanktionswirkung der *lex* auf *famosi libelli* erweitert worden, soweit diese sich gegen Angehörige der Oberschicht richteten¹⁹. Wie — allerdings späte — Stellen aus den Juristenschriften zeigen²⁰, wurde diese erweiterte Interpretation auch von den Juristen akzeptiert; anscheinend qualifizierten diese die

¹³ S. auch ann. 2.51 für die Kaiserzeit.

¹⁴ Ann. 3.27.3: ... *et corruptissima re publica plurimae leges*. Zum „Topos“ der Gesetzesflut s. auch Liv. 3.34.6; Just. Nov. 60 praef. (dazu Martini, Studi Scherillo II 761 ff.)

¹⁵ Ansätze zu einem Vergleich bei Sanio, Varroniana in den Schriften der römischen Juristen, 1867, 22 A. 50; doch betont Sanio eher die inhaltlichen Ähnlichkeiten. Weiteres bei D. Nörr, Pomponius oder „Zum Geschichtsverständnis der röm. Juristen“ IV, in „Aufstieg u. Niedergang...“ (Festschrift J. Vogt; im Druck). Zur „zweiten Jugend“ des Imperiums unter Hadrian s. nur Grelle, L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano, 1972, 28.

¹⁶ Ein kurzer Überblick über die mit dem *crimen laesae maiestatis* in der Prinzipatszeit verbundenen Probleme findet sich im Kl. Pauly-Wissowa III 897 ff. — Vgl. im übrigen Cloud, SZ 80, 1963, 206 ff.; Kunkel, Über die Entstehung des Senatsgerichts, SB Ak. München, 1969, 33 ff.; Bleicken, Senatsgericht und Kaisergericht, Abh. Ak. Göttingen, 1962, 17 ff.; Garnsey, Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire, 1970, 21 passim; Levy, in „Pauli Sententiarum Fragmentum Leiden-

se“ (ed. Archi u. a. 1956), 65 f., 75 f.; Archi ebda. 84 f., 102 ff.; Bretonne, Tecniche e ideologie dei giuristi romani, 1971, 42 ff.; Bauman, Impietas in Principem, 1973; ders. The „crimen maiestatis“ in the Roman Republic and Augustan Principate, 1967; Gaudemet, Synt. Arangio-Ruiz I, 1964, 69 ff.; Levi, PP 125, 1969, 89 ff. — Zu den von Tacitus geschilderten Majestätsprozessen vgl. auch Mendell, in „Tacitus“ (WdF 97, ed. Pöschel, 1969), 443 ff.; Zaeck, Die Majestätsprozesse unter Tiberius in der Darstellung der Tacitus, 1971.

¹⁷ Bequem zusammengestellt bei Cloud aaO.

¹⁸ Vgl. nur Tac. ann. 4.6 zu den ersten Jahren des Tiberius: ... *legesque, si maiestatis quaestio eximeretur, bono in usu*. Anders Plin. pan. 42.1: *maiestas singulare et unicum crimen eorum, qui crimine vacarent*.

¹⁹ Tac. ann. 1.72: ... *facta arguebantur, dicta impune erant. primus Augustus cognitionem de famosus libellis specie legis eius (sc. maiestatis) tractavit, commotus Cassii Severi libidine, qua viros feminasque inlustres procacibus scriptis diffamaverat*. Vgl. dazu Kunkel aaO 37 f.; Hennig, Chiron 3, 1973, 245 ff.

²⁰ S. nur PS 5.29.1; dazu etwa Levy aaO 75 f.

Erweiterung als analoge Anwendung der *lex*²¹. Tacitus kritisiert an mehreren Stellen die Bestrafung von bloßen *dicta* nach der *lex Julia*. Wenn auch Tiberius anfangs anscheinend dieser Erweiterung ablehnend gegenüberstand²², so wurde die Zurückhaltung doch wohl bald wieder aufgegeben. Im Falle des Ritters Clutorius Priscus (ann. 3.49; 21 n. Chr.) sprach der Senat für ein *carmen* ein Todesurteil aus²³. Zwar trat Tiberius diesem Vorgehen des Senats noch entgegen; doch wurde bereits im Jahre 25 der Historiker Cremutius Cordus wegen eines ähnlichen Delikts belangt²⁴. Wenigstens nach der Aussage des Tacitus²⁵ wurde dann diese weite Anwendung der *lex* zur Regel. Seine Kritik war — wie vor allem auch die zitierten Äußerungen der Juristen zeigen — folgenlos²⁶.

Fast noch bitterer ist die Kritik des Tacitus an gewissen Verfahreneigentümlichkeiten der *lex Julia*. Bekannt sind seine häufigen Klagen über das Delatorenunwesen²⁷. Doch geht es hier eher um Mißbräuche als um die Institution selbst. Für unser Thema interessanter ist die von Augustus eingeführte, von Tiberius und seinen Nachfolgern bei Majestätsverbrechen beibehaltene Praxis, die Sklaven *in dominos* zu foltern²⁸. Nach dem Bericht des Tacitus existierte ein *vetus senatus consultum*, durch das die *quaestio in caput domini prohibebatur* (ann. 2.30). Von Tacitus wird nicht ausdrücklich erwähnt, daß bereits die *Lex Julia de adulteriis* eine praktische

Durchbrechung dieses Grundsatzes erlaubte. Um die Folterung der eigenen Sklaven des Ehebrechers zu ermöglichen, befahl das Gesetz die Enteignung des Sklaven zugunsten des Staates (Ulp. D. 48.5.28.6, 11 ff.; vgl. auch Tac. ann. 14.60). Augustus übertrug dieses Verfahren anscheinend auf die *Lex Julia de maiestate*. Nach dem Bericht des Cassius Dio (LV 5) umging er — entsprechend dem Verfahren bei der *Lex Julia de adulteriis* — den alten Rechtssatz über das Folterungsverbot dadurch, daß er gegebenenfalls den Verkauf der zu folternden Sklaven an sich oder das Ärar befahl; diese Maßnahme wurde teils als Gesetzesverstoß getadelt, teils als notwendig gerechtfertigt. Im Prozeß gegen Drusus Libo²⁹ nahm Tiberius dieses Verfahren auf, wofür er von Tacitus — der über die augusteischen Präzedenzfälle schweigt — als *callidus et novi iuris repertor* angegriffen wird³⁰. Wie die Folgezeit zeigt, war auch diese Kritik des Tacitus erfolglos. Eher könnte man von einer Verschärfung sprechen, da man sich anscheinend in der späteren Zeit den Umweg über die vorherige Enteignung des Sklaven ersparte³¹.

Eine grundsätzliche Ablehnung des *crimen maiestatis* und des mit ihm verbundenen Verfahrens scheint auch weiterhin nur selten gewesen zu sein³². Es bleibt bei den Ermahnungen der kaiserlichen Kanzlei und auch der Juristen, die *lex Julia* mit Mäßigung anzuwenden³³.

²¹ Vgl. nur Mod. D. 48.4.7.3: ... *si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est*. Für nachklassische Herkunft dieses Fragments allerdings Cloud aaO 223 ff., dessen Gründe sich aber nicht auf die hier interessierenden Worte beziehen. Für die Klassizität sprechen m. E. auch die u. in A. 23 zitierten Worte des Lepidus bei Tac. ann. 3.50.

²² S. Suet. Tib. 28; einen anderen Anschein erweckt Tacitus in ann. 1.72; vgl. aber Kunkel aaO 42.

²³ Vgl. auch die Worte des für eine mildere Strafe plädierenden M. Lepidus (3.50): *cedat tamen urbe et bonis missis aqua et igni arceatur; quod perinde censeo ac si lege maiestatis teneretur*. Die „analoge Anwendung“ war sicherlich das Werk des Senatsgerichts, das weniger streng an die Tatbestände der *lex Julia* gebunden war als die *quaestiones*; s. dazu Bleicken aaO 44 ff. Zum Verschwinden der *quaestio maiestatis* im ersten Jahrhundert s. Kunkel, RE XXIV 776 s. v. *quaestio*.

²⁴ S. ann. 4.34 f. Aus der Verteidigungsrede ergibt sich wiederum die Kritik an der auf die bloßen *dicta* gestützten Anklage.

²⁵ Vgl. nochmals ann. 1.72; s. auch Koestermann aaO I 236 f. z. St.

²⁶ An den Prozessen der beiden Juliae tadelt Tacitus (ann. 3.24) die Vermischung des Ehebruchsvorwurfes mit dem der *laesae religionis ac violatae maiestatis*.

²⁷ Vgl. nur ann. 1.74; 2.28; 4.30 u. ö.

²⁸ Vgl. nur Mommsen, Strafrecht, 414 f.; s. auch die Belege im Kl. Pauly-Wissowa III 898. Zur *quaestio de adulteriis* s. zuletzt Garnsey, JRS 57, 1967, 56 ff.; Bauman, Antichthon 2, 1968, 74 f.

²⁹ Vgl. dazu zuletzt Shotton, Historia 21, 1972, 88 ff.; s. auch Koestermann aaO I 304 f. Weitere Fälle werden in ann. 3.22 f.; 3.67; 4.29 geschildert.

³⁰ Vgl. auch den eine ähnliche Gesetzesumgehung enthaltenden Fall der Tochter des Sejan (ann. 5.9).

³¹ S. CJ 9.41.1 pr (Sept. Sev.); Pap. D. 48.18.17 pr (Mark Aurel und Sept. Severus).

³² Vgl. immerhin die allerdings historisch fragwürdige *vita Taciti* (HA 9), die im Kontrastbild von der Abschaffung der Sklavenfolter *in caput domini* durch den als Senatskaiser gerühmten Tacitus spricht. Vgl. zu dieser Vita Syme, Emperors and Biography, 1971, 237 ff.

³³ Vgl. nur CJ 9.8.1 f. (Alex. Sev.); Mod. D. 48.4.7.3.

2. Härte und Fremdartigkeit römischer Rechtsinstitutionen (vor allem archaischer Zeit)

Weit verbreiteter als der Kampf gegen Gesetze als Instrumente politischer Auseinandersetzung ist in der Prinzipatszeit der Vorwurf der altertümlichen Härte und Unverständlichkeit. Bei Gell. 20.1.1 ff. findet sich ein — nicht unbedingt originelles, sondern wohl von der früheren Rhetorik beeinflusstes³⁴ — Schema derjenigen Vorwürfe, die man generell dem archaischen Recht zu machen pflegte. Es wird von dem der akademischen Skepsis nahestehenden Rhetor Favorinus vorgetragen, der deshalb konsequent es offen läßt, ob diese Vorwürfe zutreffen³⁵: ... *sed quaedam istic* (sc. in den 12 Tafeln) *animadvertuntur aut obscurissima* (aut *durissima*) *aut lenia contra nimis et remissa aut nequaquam ita, ut scriptum est, consistentia* (Gell. 20.1.4).

Favorin nennt hierfür einige Beispiele, die nach ihm schon deshalb durchschlagend sind, weil die entsprechenden Rechtssätze gerade wegen ihrer Mangelhaftigkeit aus der Praxis verschwunden sind. *Inhumaniter scriptum* sei die Vorschrift über die *in ius vocatio* des Kranken (11): ... *quod, si homo in ius vocatus morbo aut aetate aeger ad ingrediendum invalidus est, arcera non sternitur, sed ipse aufertur et iumento imponitur atque ex domo sua ad praetorem in comitium nova funeris facie effertur. Quam enim ob causam morbo adfectus et ad respon-*

dendum pro sese non idoneus iumento adhaerens in ius adversario deportatur?

Als allzu milde bezeichnet er — unter Hinweis auf die bekannte, von Labeo erzählte Anekdote über L. Veratius — die Sanktion der 12 Tafeln bei der *iniuria* (12 ff.)³⁶. Nicht nur brutal, sondern auch inkonsistent sei die *lex talionis*³⁷. Weder was die Quantität des *membrum ruptum*, noch was die subjektive Seite (Vorsatz, *imprudencia* oder Zufall) betreffe, könne man zu einer exakten Bestimmung der Talion kommen. Jede Geltendmachung dieser Sanktion müsse also zu einer weiteren Talion führen — und so *ad infinitum*³⁸. Es ist bemerkenswert, daß demgegenüber Philon³⁹ — entgegen den Tendenzen der orthodoxen jüdischen Gelehrsamkeit⁴⁰ — gerade unter dem Gesichtspunkt der *ισότης* (Gleichheit) das Talionsprinzip nicht nur lobt, sondern auch diejenigen Rechtsordnungen angreift, die es nicht anwenden und bei Mißhandlungen Geldstrafen, bei Mord Verbannung auferlegen⁴¹. Die Schwierigkeiten des Talionprinzips — etwa bei der *iniuria atrox* — werden von Philon gesehen, aber nicht gelöst. Allerdings ist hier — wie häufig bei diesem Autor — zweifelhaft, ob er genügend Kenntnisse vom römischen Recht hatte, um sich mit seiner Kritik gerade auch gegen dieses zu richten⁴². Bemerkenswerterweise verhält sich demgegenüber Tertullian, nachdem die Talion durch das Verbot der Vergeltung des Bösen aufgehoben ist⁴³, „historisch“; das frühere göttliche

³⁴ S. nur Quint. inst. 7.5.6 passim; Plut. Solon 18.3. Zu den juristischen Texten in den *noctes Atticae* des Gellius s. D i r k s e n, Hinterlassene Schriften I, 1871, 21 ff. (auch zur Frage, ob reale Gespräche vorliegen).

³⁵ 20.1.9: *Scis enim solitum esse me pro disciplina sectae, quam colo, inquirere potius quam decernere*. Vgl. hierzu Cic. de fin. 2.1.2; 5.4.10; de nat. deor. 1.5.11 (u. ö., jeweils zur Neuen Akademie), sowie G r e l l e, L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano, 1972, 108 ff. Auch uns interessiert die Berechtigung der Vorwürfe nicht. Gell. 20.1.1 ff. gibt die Möglichkeit, einen Einblick in das „Weltbild“ der römischen Juristen zu bekommen; dazu N ö r r aaO (o. A. 15) III. Vgl. auch das ironische Homer-Zitat des S. Caecilius bei Ulp. D. 48.5.14.1.

³⁶ *Si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt*. Vgl. Gell. 20.1.12 ff.; Gai. 3.223. Vgl. dazu B i r k s, in „Daube Noster“, 1974, 39 ff.

³⁷ 20.1.14 ff.; s. dazu zuletzt v. L ü b t o w, Untersuchungen zur lex Aquilia, 1971, 85.

³⁸ Ähnlich ist die Argumentation des Aristoteles (Nik. Eth. V 2.1129a; s. auch 1132b). Zum Verhältnis des Aristoteles zu pythagoreischen Auffassungen s. G i u l i a n i, La definizione aristotelica della giustizia, 1971, 81 ff.

³⁹ de leg. spec. III 181; vgl. auch III 85 über die „Milde“ der Talion bei Mord.

⁴⁰ S. nur babyl. Talmud, Bawa kamma 83b, 84a; zur *lex talionis* im jüdischen Recht vgl. vor allem D a u b e, Biblical Law, 1947, 102 ff.

⁴¹ Eine ähnliche Kritik findet sich bei Flav. Jos. c. Ap. II 276.

⁴² Wenn sich Philon auf fremde Gesetze bezieht, so in der Regel nur auf griechische (s. nur quod omnis probus liber sit 45 ff.). Immerhin war ihm wenigstens die römische *patria potestas* bekannt (leg. ad Gai. 28), die aber wiederum zu den Auffälligkeiten des römischen Rechts gehörte (s. im Text). — Auch beim Lob des Zinsverbotes (Phil. de virt. 82 ff.) ist nicht sicher, ob er damit die entgegengesetzten Regeln über das Zinsnehmen gerade des römischen Rechts treffen will. Vgl. immerhin zum Fehlen von Darlehen und Zinsen bei den Germanen Tac. Germ. 26; s. auch ann. 6.16. Zum Zinsverbot für Senatoren s. C r i f ò, Studi Scherillo I, 433.

⁴³ de exhort. cast. 6.3.: *Sicut oculum pro oculo, dentem pro dente* (Exod. 21.24), *iam senuit ex quo invenit malum pro malo nemo reddat* (Röm. 12.17). *Puto autem etiam in humanis constitutiones atque decreta posteriora pristinis*

Gesetz sei durch ein neues göttliches Gesetz ersetzt⁴⁴.

Um auf Favorin zurückzukommen, so weist er nach diesem Fall einer *ridicula atrocitas* noch auf die fast unaussprechliche Entsetzlichkeit (*inmanitas*) der Vollstreckung gegen den nichtzahlenden Schuldner mehrerer Gläubiger durch das „*partes secare*“ hin (Gell. 20.1.19). Gerade diese Sanktion wurde auch sonst als Beweis für das Auseinanderfallen von positivem Recht und Gerechtigkeit zitiert⁴⁵. Nicht direkt aus den Worten des Favorin, sondern aus der Verteidigung des S. Caecilius (Africanus) — dessen den Favorin überzeugende (20.1.55) Argumente uns hier im übrigen nicht weiter interessieren — können andere mögliche Angriffspunkte in den 12 Tafeln entnommen werden; allerdings ist es nicht ganz sicher, ob diese Beispiele von Afrikan nicht in polemischer Absicht gewählt wurden, um die Härte des Gesetzes leichter für moralisch unanfechtbar erklären zu können. So nennt er die Todesstrafe für den bestechlichen Richter (20.1.7 f.)⁴⁶, die Versklavung des *fur manifestus*, das Tötungsrecht beim *fur nocturnus*⁴⁷, den Sturz des falschen Zeugen vom Tarpeischen Felsen (20.1.53). Dabei darf bemerkt werden, daß der Streit über die Güte der 12 Tafeln anschei-

nend ein beliebter Gegenstand literarischer Auseinandersetzungen war⁴⁸.

Bei den bisher genannten Bestimmungen der 12 Tafeln handelt es sich nicht um geltendes Recht. Doch richtet sich die Kritik auch gegen altertümliche — nicht unbedingt mit den 12 Tafeln zusammenhängende — Institute der gegenwärtigen römischen Rechtsordnung. Als nicht nur einzigartig⁴⁹, sondern auch als abstoßend konnte Nichtrömern das Institut der *patria potestas* gelten. So berichtet Sextus Empiricus⁵⁰, daß die sklavenähnliche Stellung der Hauskinder von manchen als „*tyrannikon*“ angesehen wurde. Demgegenüber priesen die *philoromaioi* auch dieses Institut als vorbildlich⁵¹. Wie schon Mitteis gezeigt hat⁵², wurde im übrigen die *patria potestas* sehr schnell rezipiert — was vor allem mit der Freiheit der *sui heredes* von der Erbschaftsteuer zusammenhängen kann⁵³. Demzufolge konnte der Redner bei Dion v. Prusa (or. XV 20) sagen, daß diese extreme Form der väterlichen Gewalt sich bei vielen Völkern und gerade auch bei solchen mit guten Gesetzen finde: παρὰ πολλοῖς καὶ σφόδρα εὐνομούμενοις τὰυτα ἄλγεῖς ἔξεστι τοῖς πατράσιν. Eine ganz andere — hier nicht zu erörternde — Frage ist es, ob die Provinzialen dieses römische Institut, das im

praevalere. — Zum letzten Satz s. Cic. de inv. 2.49.145; zum Problembereich der *leges posteriores* außer Paul D. 1.2.26 u. 28 auch Tert. D. 1.3.27 (Indiz für die Identität des Digestenjuristen und des Kirchenvaters?).

⁴⁴ Da hierfür — anders als im Vorhergehenden bei der Polygamie — keine Gründe angegeben werden, läge eine voluntaristische Deutung nahe; vgl. aber die Belege bei Fredouille, Tertullien, 258 ff. zur Rechtsänderung *ad tempus et praesentis causae necessitatem*.

⁴⁵ Quint. 3.6.84; Tert. Apol. 4.

⁴⁶ Zur Bestrafung des bestechlichen Richters vgl. Tac. ann. 4.31; s. auch Mommsen, Strafrecht, 674 ff.; Levy, Ges. Schr. II, 438 A. 24, 447; Pugliese, Iura 21, 1970, 125 ff.

⁴⁷ Vgl. aber das Lob des decemviralen Diebstahlsrechtes bei Gell. 11.18.6 ff.

⁴⁸ Vgl. etwa positiv Liv. 3.34.6; Cic. de or. 1.43.193; Horaz, ep. 2.23 f.; ambivalent Tac. ann. 3.27 (s. auch o. V 1 bei A. 9); negativ Seneca, nat. quaest. 4.18; Lakt. Div. inst. 6.9.2. Zur „ideologischen“ Bedeutung der 12 Tafeln s. Bretonne aaO (o. A. 16) 7; s. auch die Lit. o. A. 9. Auffällig ist es, daß Livius trotz Betonung der Aktualität der 12 Tafeln nichts über ihren Inhalt sagt. — Über ihre sprachliche Form (Subjektswechsel) mokiert sich Lucilius

fr. 553 f. Krenkel, 552 f. Marx (vgl. Pascucci, St. It. Fil. Class. 40, 1968, 1 ff. des S.-A.); anders Afrikan bei Gell. 20.1.4 (*elegans atque absoluta brevis verborum*).

⁴⁹ Vgl. Gai. 1.55. Zum ägyptischen Recht s. Diod. I 77. Das jüdische Recht kannte ursprünglich wohl eine der römischen *patria potestas* ähnliche Gewalt (Deut. 21.28; s. auch Phil. de leg. spec. II 232; Flav. Jos. ant. IV 264; c. Ap. II 206, 217); doch wurde diese in der hier interessierenden Epoche wohl nicht mehr praktiziert (s. nur die Talmud-Stellen bei „Philo. Werke. Deutsch“ II 172 A. 2). Zum Verkauf der Kinder in die Sklaverei, die für Phrygien in der Prinzipatszeit bezeugt ist (Philostr. v. Apoll. VIII 7.12) s. nur Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, 1891, 359 ff.

⁵⁰ Pyrrh. Hyp. III 211; vgl. hierzu auch Mazzarino, BIDR 62, 1965, 59. Dagegen wird der Unterschied von *manus*-Ehe und freier Ehe und das (theoretische) *ius vitae ac necis* des Ehemannes von Bardesanes (Jacob FrGH III C 719 F 3a.29) — verständlicherweise — übersehen.

⁵¹ S. nur Dion. v. Hal. II 26 f.; VIII 79. Zu *patria potestas* und *manus* nach den *leges regiae* s. Watson, JRS 62, 1972, 102.

⁵² Reichsrecht und Volksrecht, 1891, 153.

⁵³ S. auch Mommsen, Staatsrecht III 1, 130.

übrigen während der Prinzipatszeit schon viel von seiner strikten Form zu verlieren begann⁵⁴, wirklich richtig verstanden haben⁵⁵.

Weniger Kritik als das Gefühl des Fremdartigen riefen — bei so verschiedenen Autoren wie Tacitus und Plutarch — *confarreatio* und *diffarreatio* hervor⁵⁶. Für Tacitus (ann. 4.16.3; Rede des Tiberius) stammt die *confarreatio ex horrida illa antiquitate*. Plutarch (quaest. Rom. 50) qualifiziert das Ritual der *diffarreatio* mit den Adjektiven: schauerlich (φοβώδης), abnorm (ἀλλόκοτος), finster (συνθροπός). Kritik klingt auch an, wenn Plutarch das altrömische Verbot der Ehescheidung durch die Frau als „übertrieben“ (σφοδρός) bezeichnet⁵⁷. Lächerliches (γελοῖον) und Unvernünftiges (παράλογον) erkennt er (de sera num. vind. 4,549 F) in der *vindicta* bei der Freilassung⁵⁸ und im Auseinanderfallen von *familiae emptor* und *heres* beim Manzipationstestament (s. Gai. 2.101 ff.). Doch läßt er es offen, ob diesen Akten nicht doch vielleicht irgendein Sinn zugrundeliegt. Unter dem Schlagwort der *rudis antiquitas* erörtert Seneca (nat. quaest. 4.18) das *alienos fructus excantare* der 12 Tafeln.

Entsetzlich erschien vielen Zeitgenossen die

Wiederaufnahme der rituellen Bestrafung der unkeuschen Vestalin durch Domitian, der *immanitate tyranni licentia domini* (Plin. ep. 4.11; s. auch Cass. Dio 67.3; Suet. 17.3) die *virgo maxima* Cornelia lebendig begraben ließ. In der Brutalität vergleichbar ist die in gewissen Fällen des Verwandtenmordes auch in der Prinzipatszeit verhängte Strafe der „Säckung“ (*culleus*)⁵⁹. Die Kritik Senecas⁶⁰ richtet sich hier sowohl gegen ihre Verhängung durch den ihm verhaßten Claudius als auch allgemein gegen Normen, die durch die Sanktion erst das Interesse am Delikt erwecken⁶¹. Dabei geht es ihm nicht so sehr um die Härte der Strafe als um die Sanktionierung selbst. Rechtspolitisch an sich klug argumentierend, seine Argumentation aber (wenigstens für uns) durch rhetorische Zuspitzungen schwächend, stellt Seneca fest, daß kriminelle Handlungen erst durch die Strafen herbeigeführt werden, daß besonders üble Untaten in den Gesetzen besser nicht erwähnt würden, daß allzu viele Bestrafungen schließlich jedem potentiellen Täter zeigten, daß er sich bei einer Straftat in großer Gesellschaft befinden würde⁶². Daß solchen Argumenten eine gewisse Beliebigkeit innewohnt, zeigen die Worte des

⁵⁴ Vgl. nur Matringe, Studi Volterra, V 191 ff.

⁵⁵ Vgl. hierzu nur Pap. Ox. XLI 2150 Z. 20 (a. 267); dort wird der *filius* als der *patria potestas* unterworfen und zugleich als verkaufender Eigentümer bezeichnet. S. auch Pap. Ox. IX 1208; X 1268; dazu Seidl, Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz, 1973, 137 ff.

⁵⁶ Im 2. Jahrh. wohl noch geltendes Recht; s. Gai. 1.112. Zum Thema zuletzt Knüttel, SZ 88, 1971, 68 ff. mit Lit.

⁵⁷ Romulus XXII; zum Problem s. nur Kaser RPR I 82 mit Lit.

⁵⁸ S. auch Pers. Sat. V 73 ff.

⁵⁹ S. nur Mod. D. 48.9.9; vgl. dazu Mommsen, Strafrecht, 921 ff.; Düll, Atti Roma II, 1935, 361 ff.; Kupiszewski, Studi Volterra IV 601 ff. (611 ff.); Cloud, SZ 88, 1971, 1 ff. Vgl. zuletzt Tondo, Leges regiae et paricidas, 1973, 131 ff.

⁶⁰ de clem. 1.23 (dazu Cloud aaO 26 ff.): *Praeterea uidebis ea saepe committi, quae saepe uindicantur. Pater tuus plures intra quinquennium culleo insuit, quam omnibus saeculis insutos accepimus. Multo minus audebant liberi nefas ultimum admittere, quam diu sine lege crimen fuit. Summa enim prudentia altissimi uiri et rerum naturae peritissimi maluerunt uelut incredibile scelus et ultra audaciam positum praeterire quam, dum uindicant, ostendere posse fieri; itaque parricidae cum hac lege coeperunt, et illis facinus poena monstrauit; pessimo uero loco pietas fuit,*

postquam saepius culleos uidimus quam cruces. In qua ciuitate raro homines puniuntur, in ea consensus fit innocentiae et indulgetur uelut publico bono. Putet se innocentem esse ciuitas, erit; magis irascetur a communi frugalitate desciscitentibus, si paucos esse eos uiderit. Periculosum est, mihi crede, ostendere ciuitati, quanto plures mali sint. — Neutral äußert sich Quint inst. 7.8.7. Vgl. im übrigen auch Suet., Claud. 34.

⁶¹ Ein ähnlicher Gedankengang findet sich schon bei Cicero (de domo 127): *neque enim id fieri fas erat, neque quisquam fecerat, neque erat causa cur prohibendo non tam deterrire uideretur quam admonere.* Der Tabestand des *parricidium* interessiert die Literaten besonders. Plutarch (Romulus XXII, 4) hält es für eine Eigentümlichkeit des römischen Rechts, daß man den normalen Mord als „Verwandtenmord“ qualifizierte. Grund dafür sei die Ungeheuerlichkeit des ersteren, die Undenkbarkeit des letzteren. Möglicherweise handelt es sich dabei um einen alten Topos (s. Herodot I 137). Mit etwas anderen Gründen nimmt (Quint.) decl. 227 (p. 418 ed. Ritter) zum ursprünglichen Fehlen einer Strafe für *parricidium* Stellung: *Parricidium aliquando legem non habuit, nec immerito, quis enim se facile vinclis naturae exolvat?* — Zu psychoanalytischen Deutungsversuchen s. Dodds, Die Griechen und das Irrationale, 1970, 32 ff.

⁶² Der Gedankengang erinnert in etwa an die Worte des Apostels Paulus über das Verhältnis der Sünde zum Gesetz (s. nur Römer 7.7 ff.).

S. Caecilius (Africanus) bei der Verteidigung der Sanktion des „*partes secare*“ des säumigen Schuldners: Die Brutalität der Sanktion sei eine Gewähr dafür, daß man sie niemals verhängen müsse⁶³. Immerhin ist zu betonen, daß Seneca, der auch sonst an den Theorien der Strafzwecke interessiert ist⁶⁴, — über die übliche mit vordergründiger moralischer und rationaler Evidenz arbeitende Kritik hinaus — hier die rechtspolitischen Hintergründe des Strafrechts zu erhellen unternimmt.

Eine besondere Angriffsfläche bot das römische Recht — wie andere antiken Rechte⁶⁵ — wegen der Zulassung der Kindsaussetzung⁶⁶. Dabei richtete sich die Kritik vor allem der jüdischen⁶⁷ und der christlichen Schriftsteller (s. nur Tert. ad nat. 1.15) nicht gegen eine Rechtsnorm, sondern gegen eine von der Rechtsordnung geduldete sittenwidrige Praxis⁶⁸. Sie dürfte auch nicht von allen Römern gebilligt worden sein. So prägte Tacitus, dem das Fehlen der Kindsaussetzung sowohl bei den Juden als auch bei den Germanen auffiel⁶⁹, im Rahmen dieser Darlegungen die bekannte Sentenz über die Germanen: *plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges*.

Zum Vorwurf der Brutalität gehört es schließlich auch, wenn Dionys v. Halikarnaß (VIII 80) und Philon (de leg. spec. III 164) (griechische) Gesetze angreifen, die bei Tyrannen und Landesverrättern die Sippenhaftung eingeführt haben⁷⁰. Die römische Rechtsordnung wurde durch diesen Vorwurf an sich nicht getroffen⁷¹. Immerhin berichtet Dionys von Halikarnaß davon, daß diese alte Rechtsgewohnheit (*ethos*) in den Bürgerkriegen und im Bundesgenossenkrieg außer Kraft gesetzt war. So wurde (wenigstens nach Plut. C. Gracchus 17.5) Licinnia, die Ehefrau des C. Gracchus, rechtswidrig ihrer Mitgift beraubt, als das Vermögen ihres Mannes konfisziert wurde⁷². Auch war Philon ein Zeitgenosse des Tiberius, der die Hinrichtung der Kinder Sejans zumindest duldete (Tac. ann. 5.9). Da diese vom Prinzeps gedeckte Rechtsverletzung leicht als legitimiert angesehen werden konnte, ist auch eine rechtskritische Andeutung in dem Philon-Text nicht auszuschließen — nicht zuletzt deshalb, weil er wahrscheinlich nur wenige Jahre nach dem Tode Sejans (31 n. Chr.) geschrieben wurde⁷³.

⁶³ Gell. 20.1.50 ff.: *Nihil profecto inmitius, nihil inmanius, nisi, ut re ipsa apparet, eo consilio tanta inmanitas poenae denunciata est, ne ad eam umquam perveniretur. Addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt, dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi neque audiri, quoniam saevitia ista poena contemni non quitast.* — Eine andere Tendenz zeigt das Raisonnement des Cato über die Gesetzgebung bei Liv. 34.4.7 ff.: *sicut ante morbos necesse est cognitos quam remedia eorum, sic cupiditates prius natae sunt quam leges, quae iis modum facerent.* Ähnlich Thräsea bei Tac. ann. 15.20.

⁶⁴ Zur Diskussion über Gesetzeszwecke und Gesetzensgrenzen s. auch den Antrag des Dolabella und die Antwort des Tiberius bei Tac. ann. 3.69. Zur Theorie der Strafzwecke in der römischen Jurisprudenz zuletzt Gioffredi, Studi Volterra II 333 ff.

⁶⁵ Vgl. die Belege in „Philo. Werke. Deutsch“ II 217 A. 3; s. hierzu auch Mitteis aaO 361. Zum Problem des Verhältnisses von „Faktizität“ und „Recht“ s. H. J. Wolff, SZ 90, 1973, 68.

⁶⁶ Vgl. nur die Stellen bei Mommsen, Strafrecht 619. Bemerkenswert ist die moralisch neutrale Haltung, mit der Trajan und Plinius das Problem der *expositi* erörtern (Plin. ep. 10.65 f.). Kritik am Verkauf der Kinder deutet Plut. Numa XVII 4 an. — Neuere Lit. in RHD 51, 1973, 501; vgl. auch Germain, RHD 47, 1969, 177 ff.

⁶⁷ Philon de leg. spec. III 110 ff. gibt den Heiden hier die üblicherweise den Juden gemachten Vorwürfe zurück;

vgl. nur das Vokabular: ἀπανθρωπία, μισάνθρωποι, νόμους φύσεως καταλύοντες.

⁶⁸ Ob ein — beschränktes — Verbot der Kindsaussetzung in den *leges regiae* enthalten war, kann dahinstehen. Vgl. nur Kaser, RPR I 61 mit Lit.; zuletzt noch Watson aaO (o. A. 51).

⁶⁹ Hist. 5.5; Germania 19.

⁷⁰ Philon nennt die Herkunft dieser Gesetze nicht. Von griechischen Gesetzen spricht Dionys. v. Hal. VIII 80. Ein makedonisches Gesetz bezeugt Cic. de inv. 2.144.

⁷¹ Vgl. nur Dionys. v. Hal. VIII 80; Paul D. 48.19.20; Divi fratres (Call.) 26.h.t.; s. auch Mommsen, Strafrecht, 593 f. (mit weiteren Belegen) und neuerdings Brasiello, Studi Volterra IV 325 ff. — Zum Problem der Wirkung der *publicatio bonorum* auf Dritte — vor allem zum Schicksal der *dos* — s. zuletzt Waldstein, Index 3, 1972, 343 ff. (mit weiteren Angaben) u. Wieacker, Festg. v. Lübtow, 1973, 212. Zur Rechtslage nach attischem Recht s. Talamanca, Xenion (Festschrift Zepos) I, 1973, 599 ff.

⁷² Jav. D. 24.3.66 pr. Allerdings ist die Rechtslage in der Literatur sehr umstritten; vgl. dazu jetzt Waldstein aaO 352 ff.; Streicher, Periculum Dotis, 1973, 28 f.; Wieacker aaO 211 ff.

⁷³ Das Werk *de legibus specialibus* wurde wahrscheinlich nach der Gesandtschaft der alexandrinischen Juden zu Caligula, d. h. am Anfang der vierziger Jahre, vollendet; vgl. de leg. spec. 3.1 ff., sowie Leisegang, RE XX 1.

3. Benachteiligung gewisser Bevölkerungsschichten (Sklaven, Provinziale, Frauen, Christen)

Nach dem bisher Gesagten ist sicherlich systematische Rechtskritik zugunsten benachteiligter Bevölkerungsgruppen nicht zu erwarten. Das ist um so bemerkenswerter, als etwa bei dem Historiker Herodian, einem Zeitgenossen des Spätclassikers Modestins, anscheinend durchaus die Erkenntnis der die Reichskrise des 3. Jahrhunderts beeinflussenden sozialen Probleme vorhanden war⁷⁴. Was die Sklaverei betrifft, so könnte die humanitäre Tendenz der Kaiserzeit, die sich sowohl in der herrschenden stoischen Philosophie, als auch im Recht zeigt⁷⁵, als Reaktion sowohl der Angst als auch der Tugend interpretiert werden. Grundsätzliche Verurteilung des Instituts der Sklaverei ist recht selten. So hat zwar der Grammatiker P. Valerius Cato, der vor seiner Freilassung in Gallien Sklave gewesen sein soll, in einer „*indignatio*“ genannten Schrift erklärt⁷⁶, daß er in Wahrheit frei geboren sei (Suet. de gramm. XI): ... *ingenuum se natum ait et pupillum relictum eoque facilius licentia Sullani temporis exutum patrimonio*. Eine Verurteilung des Instituts der Sklaverei wird man in einer solchen Aussage ebenso wenig sehen dürfen, wie in der Klage des Freigelassenen Gaius C. Ofellius Aemnestus aus Narbo, daß er unverdientermaßen Sklave gewesen sei⁷⁶. Auch die bis in die Gegenwart dringende Klage des

Narcissus (CIL X 4917, Grabinschrift aus Venafrum) über die Verhinderung seiner Freilassung durch seinen vorzeitigen Tod richtet sich eher gegen die die Freilassung einschränkende *lex Aelia Sentia* als gegen die Sklaverei: *Narcissus ... vixit an. XXV debita libertas iuveni mihi negata — morte immatura reddita*.

Im übrigen gibt es — spätestens seit der Sophistik⁷⁷, doch fast häufiger in der Jurisprudenz als im übrigen Schrifttum⁷⁸ — Äußerungen, in denen von der natürlichen Gleichheit aller Menschen und der Einführung der Sklaverei durch das *ius gentium* gesprochen wird. Mehr als eine kritische Nuance wird man in solchen Aussagen nicht erkennen dürfen. Die Stoa setzte sich für die humane Behandlung der Sklaven, aber nur selten für die Abschaffung der Sklaverei ein⁷⁹.

Möglicherweise waren die negativen Äußerungen zur Sklaverei in den Unterschichten deutlicher. So läßt Petronius (Sat. 71.1) den (Freigelassenen) Trimalchio sagen: ... *et servi homines sunt et aequae unum lactem biberunt etiam si illos malus fatus oppresserit*. Radikaler noch klingt die Polemik des früheren Sklaven Epiktet⁸⁰; von ihm werden die „elenden“ (ταλαίπωροι) menschlichen Gesetze über das Eigentum am Sklaven den göttlichen Gesetzen (νόμοι τῶν θεῶν) gegenübergestellt. Allerdings richtet sich diese Kritik nicht speziell gegen das römische Recht.

Bekanntlich hat sich auch das Christentum in diesem Bereich eher abstinenter verhalten⁸¹. Dasselbe gilt — sieht man von den Essenern ab⁸² —

⁷⁴ S. Alföldy, Hermes, 99, 1971, 441 ff.

⁷⁵ Zur Stoa s. zuletzt etwa Tillitzsch, Seneca im literarischen Urteil der Spätantike I, 1971, 13 f. mit Quellen und Lit.; Bodson, La morale sociale des derniers stoïciens, 1967; Milani, La schiavitù nel pensiero politico, 1971, 179 ff.; zu Poseidonios Gigon, Studien zur antiken Philosophie, 1972, 252 f.; aus marxistischer Sicht Schtjerman, Die Krise der Sklavenhalterordnung, 1964, 70 ff. Zum Einfluß auf das Recht vgl. nur Kaser, RPR I, 283 f. mit weiteren Angaben.

⁷⁶ Zu Valerius Cato vgl. Granarolo, in „Aufstieg u. Niedergang ...“ I 3, 1973, 294 ff.

⁷⁷ CIL XII 5026. Vgl. nur Schtjerman aaO 155.

⁷⁸ S. Alkidamas bei Aristoteles, Rhet. I 12, 1373 b (vgl. dazu aber Stark aaO (o. II A. 53), 110 ff.); vgl. auch Pol. I 3, 1253b; I 6, 1255a.

⁷⁹ S. Marcian D. 40.11.2; Ulp. D. 1.1.4; 50.17.32; Flor. D. 1.5.4 pr. u. 1; Tryph. D. 12.6.64; vgl. Lit. bei Kaser aaO 284 A. 7; dazu Bretonne aaO (o. A. 16) 37. S. im übrigen auch die Lehre vom *partus ancillae* (s. nur Gai. D. 22.2.18; Kaser aaO 284 A. 12).

⁷⁹ Vgl. nur Petr. Sat. 71.1; Diog. Laert. VII 121 f. und die 14. und 15. Rede des Dion v. Prusa. Zum Problem s. auch Reinhardt, RE XXII 1, 627, 632 ff. (zu Poseidonios); Barker, From Alexander to Constantine, 1956, 45 f.; Pohlenz, Die Stoa, I 136; Bodson aaO 73 f., 112 f.

⁸⁰ Bei Arrian I 13.5; vgl. auch zu Felix Bulla o. III 2 bei A. 16.

⁸¹ S. immerhin die Andeutung bei Laktanz, Div. Inst. 5.14.17 ff. zur fehlenden Gleichheit im Recht der Römer und Griechen. Eine Vertiefung dieses viel erörterten Problems erübrigt sich an dieser Stelle; vgl. nur die Belege bei Barker, aaO 405 ff. passim. — Nach Aristoteles (EN 1134a) kann es zwischen Unfreien und Ungleichen keine wahre Gerechtigkeit geben; vgl. dazu nur Giuliani aaO (o. A. 38) 99 f.

⁸² Zur Ablehnung der Sklaverei durch die Essener s. nur Philon, quod omnis probus liber sit, 75 ff.; de vita contempl. 70. Zu den Essenern vgl. Lit. bei Falk, Introduction to Jewish Law of the Second Commonwealth I, 1972, 41 ff.

auch von den Juden. So ist die Haltung Philons unsicher (de leg. spec. II 28 f., 123; III 173). Allenfalls könnte man die Ausführungen Philons (de leg. spec. III 137) über das Verbot der Sklaventötung nach jüdischem Recht als eine Kritik des entgegenstehenden römischen Rechts interpretieren.

Ebenso selten ist — wenigstens in der Kaiserzeit — eine Kritik an den römischen Rechtsnormen zulasten der Provinzialen. Zwar mag die Ausbreitung des römischen Rechts und die Zurückdrängung der einheimischen *leges* bisweilen Widerstand hervorgerufen haben⁸³. Doch hat diese Opposition für uns nur insoweit Interesse, als sie zur Polemik gegen einzelne Normen des römischen Rechts führte; im übrigen gehört sie zum Thema der Herrschaftskritik im römischen Imperium. Auch könnte darüber spekuliert werden, ob die in diesem Kapitel zitierten kritischen Äußerungen östlicher Intellektueller über das römische Recht auch mit seiner Ausbreitung zu tun haben. Soweit ich es übersehe, wird wenigstens ausdrücklich eine solche Verbindung an keiner Stelle hergestellt.

Diese Zurückhaltung ist deshalb um so auffälliger, weil die Provinzialen durchaus den Mut hatten, über das sie belastende Verhalten römischer Beamter offen Klage zu führen^{83a}. Es stellt eine Ausnahme dar, daß die sicherlich weitverbreitete provinzielle Kritik an dem bisweilen unternommenen Versuch der Römer, Weinbau (und Ölproduktion) in Italien zu monopolisieren⁸⁴, durch Philostratos in der Vita des Apollonios (VI 42; gegen Domitian) ausdrücklich bezeugt wird. Was die Klagen über die römischen

Steuereinnahmer betrifft⁸⁵, so liegt es nahe, sie als versteckte oder von der Institution des Steuersystems auf die Person des Steuereinnehmers übertragene Kritik an der Steuerordnung selbst zu verstehen. Ein Beleg dafür ist Philon (de leg. spec. III 159 ff.), der ausdrücklich auf die hinter den Steuereinnehmern stehenden *δεσποτικά ἐπιτάγματα* verweist, unter denen man wohl in erster Linie die römischen Steuergesetze zu verstehen hat. Es mag noch weitere Belege für eine Kritik der Provinzialen am römischen Recht zulasten der Provinzialen geben. Trotzdem bleibt es auffällig, wie selten die die Provinzialen drückenden Normen in unserer Epoche Gegenstand expliziter Kritik wurden.

Als benachteiligte Bevölkerungsgruppe kommt schließlich noch die der Frauen in Betracht⁸⁶. Die juristische Benachteiligung der Frauen wird auch von Gaius kritisch bemerkt (vgl. u. VIII 1). Den wichtigsten Anstoß für die Erörterung dieses Problems gab die *lex Voconia* (wohl 169 v. Chr.), die die Testierfreiheit beschränkte, soweit Erblasser, die der ersten Censuskategorie angehören, Verfügungen zugunsten von Frauen treffen wollen⁸⁷. Diese Einschränkung konnte — ebenso wie die Einschränkung durch die augusteischen Ehegesetze — unter dem Aspekt der durch den Gesetzgeber gestörten Testierfreiheit beurteilt werden⁸⁸. Doch konnte sich die Kritik auch unmittelbar auf die Benachteiligung der Frauen beziehen. Nicht allzu lange nach Erlass des Gesetzes scheint Karneades anlässlich der sog. Philosophen-Gesandtschaft (a. 156/5 v. Chr.) diese *lex* zu einem entscheidenden Beweisstück nicht nur für die Veränderlichkeit der römischen

⁸³ S. nur Grelle, *L'autonomia cittadina*, 1972, 83 f. passim. Auf die komplexen Beziehungen des Reichsrechts zum Volksrecht braucht hier nicht eingegangen zu werden, da wir uns hier auf die explizite Kritik am römischen Recht beschränken.

^{83a} Vgl. die Beispiele bei Brunt, *Historia* 10, 1961, 189 ff.

⁸⁴ S. auch Philostr. v. soph. I 21, 520; Suet. Domit. 7.2; 14.2; Statius Silv. IV 3.11 ff.; s. auch schon Cic. de rep. 3.9.16; Plin. n. h. 14.16.94 ff.; s. dazu Gabbia, in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 1, 772 A. 42; Rostovtzeff, *Gesellschaft und Wirtschaft* I, 166, 323 f.

⁸⁵ Vgl. nur Philon, de leg. spec. 2.92 ff.; 349 ff., der aber die Römer nicht ausdrücklich erwähnt. Zur Brutalität bei

der Eintreibung der Abgaben s. nur Rostovtzeff aaO II 95 ff. — Vgl. im übrigen auch SB 7969.

⁸⁶ Vgl. dazu jetzt Daube, *Civil Disobedience in Antiquity*: 1972, 23 ff.: Widerstand der Frauen gegen ihre rechtliche Benachteiligung ist in der Antike selten spürbar. Zur Rolle der Frauen beim Bacchanalien-Skandal s. Galilini, *Protesta e integrazione nella Roma antica*, 1970, 31 f. — Die Manus-Ehe wird durch Dionys. v. Hal. II 25 ausdrücklich gelobt.

⁸⁷ S. nur Kaser aaO 684 mit Quellen und Lit. Vgl. vor allem v. Woelfel, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, 1911, 70 ff.; in letzter Zeit etwa Wesel, SZ 81, 1964, 308 ff.; Bartošek, *Studi Scherillo* II 652 ff. (mit weiteren Angaben); Ménager, RIDA 3. S. 19, 1972, 390 ff.

⁸⁸ S. Quint. inst. 3.6.84: ... *et aliquid aecum, sed prohibitum iure, ut libertas testamentorum*.

Rechtsnormen, sondern auch für ihre Ungerechtigkeit und Inkonsistenz verwertet zu haben⁸⁹: ... *quae quidem ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae. cur enim pecuniam non habeat mulier? cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae? cur autem, si pecuniae modus statuendus fuit feminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris miliens salva lege, mea triciens non posset?*

Die *lex Voconia* hat auch weiterhin die römischen Literaten beschäftigt. In (Quint.) decl. 264 (p. 78 ff. ed. Ritter) wird aus der *lex* — wohl unrichtigerweise⁹⁰ — eine neue, immerhin ihrer Tendenz entsprechende Rechtsnorm entwickelt: *ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare*. Dabei preist der Rhetor die *ratio legis* (p. 81): *ne feminae nimias opes possiderent, ne potentia earum civitas premeretur*. Ein weiteres Zeugnis für dieses Interesse ist schließlich die Darstellung des Gellius, bei dem S. Caecilius (Africanus) durch die laudatio des Gesetzes die Kritik des Karneades und seiner Nachfolger vielleicht sogar bewußt zurückweist (20.1.23): ... *quid utilius plebiscito Voconio de coercendis mulierum hereditatibus? ... Omnia tamen haec obliterata et operta sunt civitatis opulentia quasi quibusdam fluctibus exaestuantis*. Der Hinweis auf das „*utile*“ ist verräterisch. Karneades, der von der *lex* als *utilitatis virorum gratia lata* sprach, hätte dem Afrikan insoweit nicht widersprochen. Im übrigen lassen die Worte Afrikans erkennen, daß die *lex Voconia* nicht mehr praktisch war. Zwar berichtet Gaius⁹¹, daß die *lex* durch *fideicommissa* umgangen werden kann

und setzt damit ihre grundsätzliche — wenn auch vielleicht nur teilweise⁹² — Weitergeltung voraus. Doch sind die Aussagen Afrikans und des Gaius miteinander vereinbar, da die von Gaius erwähnte Umgehungsmöglichkeit im praktischen Ergebnis zur Beseitigung des Gesetzesinhalts geführt hatte.

Zum Thema „Benachteiligung der Frau“ soll noch ein weiterer Punkt erwähnt werden, obwohl es sich hier eher um die Durchsetzung einer neuen Ethik als um den Schutz der Frau vor rechtlichen Nachteilen geht. Es handelt sich um die in der Tendenz auch dem Kaiserrecht nicht fremde⁹³ christliche Mißbilligung der *lex publica*, die im Gegensatz zur *lex divina* den Ehebruch des Mannes straflos läßt⁹⁴. Diese Kritik ist ein Teil der im 6. Buch der *Divina Institutio* des Laktanz resümierten christlichen Kritik an den Gerechtigkeitsvorstellungen der Heiden.

Von einer systematischen Gesetzeskritik zugunsten einer vom römischen Recht besonders belasteten Bevölkerungsgruppe kann man nach unseren Quellen nur bei den Christen sprechen. Origenes (adv. Cels. VIII 26) nennt die Gesetze, die das Erbringen von Opfern für die Dämonen gebieten, οὐδὲ κυρίως νόμους ἢ φαύλων νόμους, οἷς οὐ πιστευτέον. Doch ist der Vorgang zu bekannt, als daß es längerer Ausführungen bedürfte. Das gesamte apologetische Schrifttum bringt eine Reihe von Zeugnissen für die christliche Gegenwehr gegen heidnische Gesetze. So sollen hier nur die die Vorwürfe gegen Kaiserrecht und Jurisprudenz zusammenfassenden und eine Epoche zugleich abschließenden Worte des Laktanz

⁸⁹ Cic. de rep. 3.10.17 nach den auf der Rede des Karneades aufbauenden Worten des L. Furius Philus; das schließt nicht aus, daß einzelnes von L. Furius oder von Cicero selbst stammt. Was Karneades betrifft, ist allerdings stets die „Meinungslosigkeit“ der akademischen Skeptis zu beachten.

⁹⁰ S. nur Kaser aaO 684 A. 27; Rotondi, Leges, 283 f.; ein einleuchtender Erklärungsversuch bei Wesel, SZ 81, 1964, 313 A. 13; vgl. auch o. II 4 bei A. 161.

⁹¹ Gai. 2.274: *Item mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest*.

⁹² Cass. Dio. 56.10.2; s. im übrigen auch den Gnomon des Idios Logos 30. Vgl. Kaser, RPR I 684 mit Lit. Zu erwägen wären die Konsequenzen dieses Vergleichs für die *desuetudo*-Lehre.

⁹³ Antoninus Caracalla C. Greg. 14.2 (überliefert bei Aug. de coniug. adult. 2.7; vgl. Coll. III 241; ohne Quelle zitiert von Ulp. 48.5.14.5; s. Gualandi, Legislazione imperiale, II 45 f.): *Sane meae litterae nulla parte causae praeiudicabunt. neque enim si penes te culpa fuit, ut matrimonium solveretur et secundum legem Iuliam Eupasia uxor tua nuberet, propter hoc rescriptum meum adulterii damnata erit nisi constet esse commissum. habebunt autem ante oculos hoc inquirere, an cum tu pudice viveres, illi quoque bonos mores colendi auctor fuisti; periniquum enim mihi videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibet. quae res potest et virum damnare, non ob compensationem mutui criminis rem inter utrumque componere vel causam facti tollere*.

⁹⁴ Laktanz, Div. inst. 6.23.21: *non enim, sicut iuris publici ratio est, sola mulier adultera est, quae habet alium; maritus autem, etiamsi plures habeat, a crimine adulterii solutus est*.

zitiert werden⁹⁵: ... *quidam etiam sceleratissimi homicidae contra pios iura impia condiderunt; nam et constitutiones sacrilegae et disputationes iuris peritorum leguntur iniustae. Domitius de officio proconsulis libro septimo rescripta principum nefaria collegit, ut doceret quibus poenis adfici oporteret eos qui se cultores dei confiterentur. (5.12) Quid iis facias, qui ius vocant carnificinas veterum tyrannorum adversus innocentes rabide saeventium? Et cum iniustitiae crudelitatisque doctores iustos se esse tamen ac prudentes videri volunt?*

4. Allgemeine sozialpolitische Motive der Kritik (vor allem an den *leges sumptuariae* und den augusteischen Ehegesetzen)

Wenn wir jetzt zu den sozialpolitischen Motiven der Kritik übergehen, so braucht nicht betont zu werden, daß sie bereits dann im Spiel sind, wenn die Benachteiligung gewisser Bevölkerungsschichten mißbilligt wird. Allerdings konnten wir der Mehrzahl der antiken Autoren hier kaum besonders „destruktive“ Tendenzen nachsagen. Dieser Eindruck wird durch die im folgenden zu erwähnenden Beispiele der Rechtskritik aus sozialpolitischen Motiven bestätigt. Es sind im Grunde nur zwei legislatorische Interessenbereiche, für die sich ein breiteres kritisches Echo in der Literatur feststellen läßt: zum einen — und in geringerem Maße — bei den *leges sumptuariae* (im weiteren Sinne), zum an-

deren und vor allem bei den Ehegesetzen des Augustus.

Was die Luxus-Gesetze betrifft, so können wir uns hier kurz fassen⁹⁶. Zwar gibt es auch in der Kaiserzeit noch einschlägige Maßnahmen, hat sich vor allem die Literatur dieser Epoche mit diesem Thema gern beschäftigt⁹⁷; doch liegt die weitaus größere Zahl legislatorischer Versuche auf diesem Gebiet in republikanischer Zeit. Seit den Bestimmungen der 12 Tafeln über die Einschränkung des Bestattungsaufwandes⁹⁸ und der nach unserer Kenntnis zum ersten Mal gegen den Kleiderluxus (hier der Frauen) auftretenden *lex Oppia* vom J. 215 v. Chr. häufen sich Gesetze, magistratische Edikte und zensorische Maßnahmen, die gerade durch ihre ständige Wiederholung ihre Vergeblichkeit zeigen. An dieser Stelle genügen einige wenige Beispiele, bei denen uns die Quellen — mehr oder weniger historisch getreu — die Diskussion über Wert und Unwert dieser Maßnahmen deutlich erkennen lassen. Dabei sei vorausgeschickt, daß es es einerseits fast zum guten Ton der Literaten — auch der Kaiserzeit — gehörte, den Luxus zu verurteilen⁹⁹, daß aber auch die Erkenntnis der geringen Wirksamkeit der Luxus-Gesetze allgemein verbreitet war¹⁰⁰.

Im Jahre 195 v. Chr. stellten zwei Volkstribunen den Antrag, die *lex Oppia* vom Jahre 215, die den Luxus der Frauen einschränken sollte (Verbot des Tragens gewisser wertvoller Schmuck- und Kleidungsstücke, sowie der Benutzung von zweispännigen Kutschen in der

⁹⁵ Div. inst. 5.11 f.; vgl. auch Ferrini, Opere, II, 469 ff.; 481 ff.

⁹⁶ Ausführlich berichtet über die Gesetzgebung Kübler, RE IV A 1, 901 ff. s. v. sumptus; dort auch zu den Edikten und zensorischen Maßnahmen. Unersetzlich sind die Angaben Rotondis, Leges, 254 passim. Über den Frauenaufstand gegen die *lex Oppia* s. Daube, Civil Disobedience, 27 ff.; s. auch die Angaben bei Straub, Bonner Historia-Augusta-Colloquium 1964/5, 1966, 236 ff., sowie bei Badian in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 1, 698. Zur Rolle der *leges sumptuariae* im Rahmen der römischen Gesetzgebung allgemein Wieacker, Vom römischen Recht, 1961², 62 f.; zum Verhältnis von Luxus und moral decline in der Republik Lintott, Historia 21, 1972, 626 ff. Speziell zur Kaiserzeit s. Schtjerman, Krise der Sklavenhalterordnung, 1964, 55; vgl. auch die Beispiele bei Mommsen, Staatsrecht III 1, 218 f. Ein plastisches Bild über den Luxus der Kaiserzeit entwirft Friedländer, Darstellungen aus

der Sittengeschichte Roms, III 1 ff. Weitere Lit. im Artemis-Lexikon der Alten Welt, s. v. *leges sumptuariae* (Sp. 1787).

⁹⁷ Vgl. nur die Geschichte der Luxusgesetze bei Gell. 2.24 (aus den *coniectanea* Capitos) und bei Macrob. 3.17; vgl. auch Marshall, Historia 22, 1973, 463.

⁹⁸ Dazu zuletzt etwa Wieacker, Studi Volterra, III 772 ff.

⁹⁹ Vgl. nur Sallust (?), ep. ad. Caes. I 5.4; Val. Max. 9.1; Plin. n. h. 19.4.19; 36.2 f. u. ö.; s. auch die Sammlung der einschlägigen Stellen aus Philon in „Philo. Werke. Deutsch“ VII 345. Objektiver urteilt Tacitus ann. 3.55.

¹⁰⁰ Für die *desuetudo*-Lehre geben sie reichliches Material. Vgl. außer den später zu zitierenden Stellen nur Rotondis, Leges, 367 f. zur *Lex Antia*; Plin. n. h. 36.3.3; S. Caecilius (Africanus) bei Gell. 20.1.25; Macrob. 3.17.13. S. zum Problem zuletzt Bove, La consuetudine in diritto romano I, 1971, 91 ff.

urbs), wieder aufzuheben. Dieser Antrag wird von einer „Frauenbewegung“ unterstützt, die — ein Symptom für die in dieser Zeit herrschende soziale Unruhe¹⁰¹ — anscheinend für Rom ungewohnte Formen annahm. Der ältere Cato, der sich auch sonst am Kampf gegen den Luxus beteiligte¹⁰², wird bei Livius (34.1 ff.) als Verteidiger der *lex Oppia*, der Tribun L. Valerius als ihr Kritiker dargestellt. In den Reden finden sich vermischte Äußerungen zur Gesetzgebung im allgemeinen¹⁰³ mit Äußerungen gerade zur *lex Oppia*. Wenn auch der „Angreifer“, der Tribun L. Valerius, das Gewicht seiner Argumentation nicht gerade auf die Berechtigung von Luxus-Gesetzen schlechthin legt, sondern eher die konkrete historische Situation betont, so mag doch die Vermutung gerechtfertigt sein, daß Livius bei der Abfassung der Reden die etwa zum gleichen oder zu einem naheliegenden Zeitpunkt (a. 18 v. Chr.) erlassene *lex Julia sumptuaria* des Augustus, den letzten größeren — und mißlungenen — Versuch eines Luxus-Gesetzes, im Auge hatte¹⁰⁴.

Der Gedankengang Catos bewegt sich nach Livius auf drei Ebenen: Es sei gefährlich für Staat und Gesellschaft, wenn die Gesetzgebung durch die Frauen beeinflusst würde; dabei nimmt Cato die Gelegenheit wahr, allgemein über Familienmoral zu sprechen. Ebenso riskant sei es, ein einmal erlassenes Gesetz wieder aufzuheben; damit würde die gesamte Rechtsordnung geschwächt. Schließlich sei das Gesetz sozial zweckmäßig; es diene der Bekämpfung der *luxuria*, eines der schlimmsten Übel, unter denen das gegenwärtige Rom leide. Dieses letzte hier allein interessierende Argument wird vor allem durch zwei Gedanken verstärkt: Durch die Einschrän-

kung des Luxus gerade unter den Frauen würden soziale Rangkämpfe vermieden, außerdem würde nach Aufhebung des verbotenden Gesetzes die Situation schlimmer sein, als wenn es niemals erlassen worden wäre.

Demgegenüber verteidigt der Tribun zuerst das Verhalten der Frauen (Liv. 34.5.1 f.) und wendet sich dann dem von Cato behaupteten Risiko der Aufhebung einmal erlassener Gesetze zu. Wie er durch breite Schilderung der Situation zur Zeit des Erlasses der *lex Oppia* im 2. punischen Krieg nachzuweisen sucht, habe es sich um ein „Zeitgesetz“ gehandelt, das wegen des Wegfalls der Voraussetzungen wieder aufzuheben sei. Was den Inhalt des Gesetzes betrifft, so verweist der Tribun vor allem auf die soziale Unruhe (*dolor et indignatio*), die durch das Weiterbestehen des Gesetzes verursacht werde, auf seine Unbilligkeit (etwa im Verhältnis zu den Männern, die den Purpur gebrauchen dürften, und zu den Frauen der *socii Latini nominis*, die durch das Gesetz nicht betroffen würden¹⁰⁵), schließlich auf die berechtigten Ansprüche der Frauen, sich zu schmücken und Bequemlichkeiten zu genießen.

Wenn auch bekanntlich Cato in diesem Streit unterlag, so wurden doch immer wieder die verschiedensten Versuche gemacht, den Luxus einzuschränken. Die zwischen Anerkennung, Polemik, Spott und Umgehung schwankende Reaktion der Öffentlichkeit auf diese Gesetze läßt sich aus vielen Anspielungen in den Satiren des Lucilius erkennen¹⁰⁶. Im Ergebnis traf aber die (späte) Formel des Macrobius (3.17.13) zu: *obstinatio luxuriae et vitiorum firma concordia nullo abrogante irritam (sc. legem) fecit*¹⁰⁷. Nach dem Versuch des Augustus (a. 18 v. Chr.) scheint der

¹⁰¹ S. etwa den Bacchanalien-Skandal und die Giftmord-Prozesse der achtziger Jahre. — Vgl. dazu zuletzt Ernst Meyer in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 2, 1972, 978 ff.; Gallini, Protesta e integrazione nella Roma antica, 1970, 11 ff. passim; Kunkel, Untersuchungen zur Entwicklung des Kriminalverfahrens..., Abh. Bay. Ak. d. W. 1962, 68, sowie Quellen und Lit. bei Simshäuser, Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien, 1973, 157 und bei Schwind, Zur Frage der Publikation im römischen Recht, 1973², 203.

¹⁰² S. nur Rotondi, Leges, 276 zur *Lex Orchia*. Der Vorrang der Männer lag Cato besonders am Herzen; vgl. nur Gell. 10.23; 17.6.

¹⁰³ S. dazu o. II 2 bei A. 123; der Text bei Livius dürfte wohl Gedankengänge Catos enthalten. Vgl. Kienast, Cato der Censor, 1954, 21 ff. passim; Cassola, I gruppi

politici romani nel III secolo a. C., 1962, 286 ff.; dort auch 347 ff. zur politischen und sozialen Stellung Catos (mit Lit.).

¹⁰⁴ Vgl. etwa Rotondi, Leges, 267 f., 447. Zur davon zu unterscheidenden *Lex Julia sumptuaria* Caesars vgl. außer Rotondi aaO 421 auch De Martino, Storia, III 244.

¹⁰⁵ Zum Problem der Geltung einzelner *leges sumptuariae* für Nicht Römer s. Harris, Historia 21, 1972, 644.

¹⁰⁶ S. zur *Lex Fannia* Lucilius fr. 1192 Krenkel, 1172 Marx; 1370 K, 1353 M; zur *Lex Licinia* 1223 K, 1200 M, sowie Laevius bei Gell. 2.24.8 f. (dazu Granarolo aaO (o. A. 75a) 316 f.). Vgl. auch Val. Max. 2.9.5.

¹⁰⁷ Vgl. zum Widerstand der Vornehmen gegen die *lex Aemilia* Rotondi, Leges, 320, zum Schicksal der *lex Licinia*, die durch die *lex Dronia* (a. 98 v. Chr.) abge-

römische Gesetzgeber müde zu werden. Zwar kennt auch die Kaiserzeit noch Maßnahmen gegen den Luxus¹⁰⁸. Doch lassen vor allem die Annalen des Tacitus die Resignation erkennen. Als im Jahre 16 n. Chr. (Tac. ann. 2.33) Octavius Fronto ein eben beschlossenes relativ mildes *senatus consultum* (SC) über die Einschränkung des Tafelluxus zu verschärfen suchte, wird ihm die Berechtigung des Luxus in der Gegenwart entgegengehalten. Ähnlich ergeht es dem Severus Caecina¹⁰⁹. Er stellt im Jahre 21 n. Chr. den Antrag, den Statthaltern (wieder) die Mitnahme ihrer Frauen in die Provinzen zu verbieten. Sein Antrag wird nicht nur mit Hinweis auf die veränderten Verhältnisse, sondern auch wegen der Schädlichkeit eines solchen Verbotes zurückgewiesen.

Besonders charakteristisch ist schließlich das Schreiben des Tiberius an den Senat (a. 22) anlässlich einer dieses Jahr beherrschenden Diskussion über die Anwendung der *lex Julia sumptuaria* und die Notwendigkeit weiterer Anti-Luxus-Maßnahmen¹¹⁰. Aus diesem für die Staats- und Gesellschaftsauffassung des Tiberius wichtigen Schreiben seien nur die Argumente erwähnt, mit denen er – trotz moralischer Verurteilung des Luxus – ein staatliches Eingreifen ablehnt: Der Luxus sei gerade in der obersten Schicht übermächtig und zu weit verbreitet, als daß man ihn ausrotten könne. Sicherlich würden viele theoretisch Luxus-Gesetze verlangen. Wür-

den sie aber erlassen, so wären dieselben Leute die ersten, die darüber klagten, daß die Gesellschaft umgestürzt, die Oberschicht zugrunde gerichtet würde, daß praktisch jeder wegen Verstoßes gegen das Gesetz belangt werden könne. Die bisherige Gesetzgebung habe sich als nutzlos und damit eher schädlich erwiesen¹¹¹. Im übrigen gebe es dringendere Probleme als den Kampf gegen den Luxus. Die Gesundung der Gesellschaft könne nur von innen erfolgen, nicht durch staatliche Akte.

Tacitus selbst scheint die Enthaltensamkeit des Prinzeps zu billigen¹¹². Sein berühmter Exkurs über den Rückgang des Luxus seit Vespasian (ann. 3.55) ist zugleich eine Erklärung dafür, daß die staatlichen Maßnahmen gegen den Luxus später überflüssig geworden sind¹¹³.

So sei hier abschließend nur noch auf ein von Seneca (de clem. 1.24.1) erwähntes SC hingewiesen, das im weiteren Sinne zu den Maßnahmen gegen den Luxus gehörte. Von Interesse ist hier die sozialpolitische Motivierung, die zu seiner Aufhebung führte. Es lag im Rahmen der Gesellschaftspolitik vor allem der frühen Prinzipatszeit¹¹⁴, in Kleidung und Tracht die wirkliche oder vermeintliche republikanische Sozialethik wiederherzustellen. In dem von Seneca erwähnten Senatsbeschluß wurde den Sklaven besondere Kleidung anbefohlen. Der Beschluß fand Kritik und wurde beseitigt; nicht aus stoisch-humanitären, sondern aus Gründen der

schaft, durch die *lex Cornelia* (a. 81) im wesentlichen wiederhergestellt wurde, R o t o n d i, Leges, 327 f., 334, 354 f.

¹⁰⁸ Vgl. nur Kübler aaO, der als letzten Hadrian (HA, Hadrian, 22.5) nennt. Doch gehört vielleicht auch noch das SC *de sumptibus gladiatorum* (FIRA Leges 49; Zeit Mark Aurels) in diesen Rahmen; zu ihm Lit. bei Möller, Historia 21, 1972, 127.

¹⁰⁹ Ann. 3.33 f.; vgl. dazu nur Syme, Tacitus II 535, und Volterra, St. Grosso II, 1968, 1 ff. Der Fall gehört nur am Rande zum Thema der Luxusgesetze.

¹¹⁰ Tac. ann. 3.52 ff.; dazu Syme aaO 444; Koestermann, Cornelius Tacitus, Annalen, I 516 ff. Zur Frage der Authentizität der Äußerungen des Tiberius s. nur Syme, Entr. sur l'ant. class. (Fond. Hardt) IV, 1965, 192 f.

¹¹¹ Für die *desuetudo*-Lehre ist die Unterscheidung in ann. 3.54 wichtig; danach sind die republikanischen Gesetze durch *oblivio*, die *lex sumptuaria* des Augustus durch *contemptus* abgeschafft (*abolitae*) worden. Daraus könnte man schließen, daß erstere durch *desuetudo* auch rechtlich aufgehoben wurden, während die *lex* des Augustus sich nur „tatsächlich“ nicht durchsetzen konnte.

¹¹² Anders wäre wohl die Haltung des älteren Plinius gewesen; s. nur n. h. 36.2.2.

¹¹³ Der Vollständigkeit halber sei noch auf die Unbeliebtheit der *lex Cincia* verwiesen, soweit sie die Anwalts-honorare verbot; vgl. nur Tac. ann. 11.5 ff.; 13.5, 42. Die Argumente, die zu einer Einschränkung der *lex* führten, sind durchaus rechtspolitischer Art und lassen erkennen, daß die Voraussetzungen (zu diesen Cassola aaO 284 ff.), die einst für den Erlaß des Gesetzes gegeben waren, weggefallen waren. Doch kann auf die *lex Cincia* hier nicht weiter eingegangen werden. Vgl. nur die Lit. bei Kaser, RPR I 602 ff. Zu Tac. ann. 11.5 ff. vgl. Kunkel, Herkunft, 287 A. 609. – Kritik am Verbot der Schenkung unter Ehegatten ist mir – trotz der Unsicherheiten seiner Motivierung (s. nur D. 24.1.1 ff.) – nicht bekannt; vgl. dazu zuletzt Giuffrè, Vicende del divieto di „donatio inter virum et uxorem“, Atti Acc. Napoli 83, 1972. Besteht hier ein Zusammenhang mit den Luxusgesetzen des 2. Jhd.?

¹¹⁴ S. nur Mommsen, Staatsrecht III 1, 219 ff.; vgl. auch Sueton, Augustus, 40.5: *etiam habitum vestitumque pristinum reducere studuit*...

inneren Sicherheit: ... *apparuit, quantum periculum immineret, si servi nostri numerare nos coepissent*¹¹⁵.

Stützt sich der Angriff gegen die *leges sumptuariae* auf eine eher permissive Ethik, so kann auch das Umgekehrte eintreten: der Vorwurf gegen den Gesetzgeber, moralische Normen nicht rechtlich abzusichern. So tadelt Dion v. Prusa (or. VII 133 ff.) — allerdings ohne ausdrückliche Spitze gegen Rom¹¹⁶ — die Gesetzgeber, die die Prostitution zulassen.

Bei dem im ganzen geringen Umfang gesetzekritischer, vor allem konkreter kritischer Äußerungen ist es auffällig, wie sehr sich die Opposition auf die augusteischen Ehegesetze konzentriert. Dabei kann hier nicht daran gedacht werden, von neuem die Voraussetzungen, Motive und Folgen dieser Gesetzgebung zu schildern¹¹⁷. Diese Opposition läßt erkennen, daß das Argument des politischen Druckes allein nicht ausreicht, um die Zurückhaltung der antiken Autoren gegenüber allem, was mit der Rechtskritik zu tun hat, zu erklären. Die Konzentration gerade auf dieses Gesetzgebungswerk zeigt — ebenso wie der Umstand, daß es von Tacitus zum Anlaß seiner bitteren Geschichte der Gesetzgebung genommen wurde (ann. 3.25 ff.; s. o. V 1 bei A. 9), — daß es sich hier um Normen handelte, die als besonders belastend galten. Die Belastung war einmal eine materielle; denn die Gesetze stellten vielfältige Möglich-

keiten zur Vermögenskonfiskation zur Verfügung¹¹⁸. Sieht man von diesem ökonomischen Interesse ab, so ist schwer zu entscheiden, wie weit hinter der Kritik das moralische Interesse an Freiheit vor staatlichem Eingreifen in den „Intimbereich“ oder das gestörte Vergnügen am Genuß dieser Freiheit stand. Ersterem konnte der Gesetzgeber durch mehr oder weniger glaubwürdige¹¹⁹ Hinweise auf altrömische Tradition und Tugend¹²⁰, letzterem durch moralische Appelle an den Sinn für das Gemeinwohl begegnen¹²¹.

Selbst bei nicht allzu gründlicher Betrachtung der literarischen Äußerungen zu den Ehegesetzen fällt auf, daß es der moralische Standard der Kritiker an sich nicht erlaubt, den Standard der Gesetze zurückzuweisen. Das schließt zwar nicht aus, daß man den Nachteilen der Gesetze durch Privilegien (s. nur Sueton, Claudius 19) oder durch scheinbaren Gehorsam¹²² zu entgehen sucht, daß man auch bereit sein kann, eher die negativen Folgen der Gesetze auf sich zu nehmen, als auf die Vorteile des gesetzeswidrigen Lebens zu verzichten (s. nur Cass. Dio 56.1 ff.) und daß man schließlich generell über die Härte der Gesetze klagt (s. nur Tac. ann. 3.25 ff.; Cass. Dio 56.1.2). Ausgeschlossen ist aber grundsätzlich eine radikale Kritik am Gesetzeszweck. Um einen Ausdruck der gegenwärtigen amerikanischen Soziologie zu benutzen¹²³, hätten die augusteischen Ehegesetze somit hohe „symbo-

¹¹⁵ Vgl. auch Tac. ann. 4.27. Weder aus Gründen der Sicherheit der Sklaveneigentümer noch aus humanitären Gründen, vielmehr eher zum Zwecke der Aufrechterhaltung von „Ruhe und Ordnung“ wird ein entsprechender Plan des Alexander Severus nach der *Vita* (SH 27.1 f.) von Ulpian und Paulus abgelehnt. Vgl. aber zum Problem der Historizität der *Vita Syme*, *Emperors and Biography*, 1971, 146 ff.

¹¹⁶ Zum Vorgehen gegen Prostituierte aus dem Ritterstand s. Tac. ann. 2.85.

¹¹⁷ Vgl. hierzu eine Reihe von Schriften Astolfis (SDHI 31, 1965, 15 ff.; BIDR 68, 1965, 323 ff.; La *lex Julia et Papia*, 1971). Vgl. im übrigen auch Spruit, *De lex Julia et Papia Poppaea*, 1969; Lauria, *Ius*, 1967³, 246 ff.; zuletzt Humbert, *Le remariage à Rome*, 1972, 138 ff. Weitere Lit. bei Wieacker, T 37, 1969, 334 und Kaser, RPR I 318.

¹¹⁸ Ein plastisches Bild gewährt hier der sog. Gnomon des Idioslogos; zu seiner Charakterisierung und zu seinem Verhältnis zum „echt“römischen Recht s. nur Modrzejewski, *Studi Volterra VI*, 104; Kaser, RPR I, 221 A. 39; Swaney, *The Ptolemaic and Roman Idios Logos*, 1970, 119 ff.; Seidl, *Studi Betti IV*, 1962, 119 f.; ders., *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz*, 1973, 13 ff.

¹¹⁹ Vgl. nur Spruit aaO 7 f.

¹²⁰ Vgl. nur Sueton, Augustus, 89.2; Liv. epit. 59; Gell. 1.6. (Rede des Q. Metellus Macedonicus *de prole augenda*); Cass. Dio. 56.6.4.

¹²¹ S. nur die Rede des Augustus bei Cass. Dio 56.1 ff.

¹²² Zu Scheinehen und Scheinadoptionen s. nur Sueton, Tib. 35.2; Tac. ann. 15.19. — Hier könnte man auch die von Gellius 2.15.8 bezeugte Nichtanwendung des 7. Kapitels der *lex Julia* nennen, das die Kinderzahl als Maßstab für die Priorität bei den *fascies* festgelegt hatte. Vgl. zum Problem des Ranges der Konsuln D. Nörr, *Drei Miszellen zur Lebensgeschichte des Juristen Salus Julianus*, in „Daube Noster“ (Essays in Legal History...), 1974, 240 mit Lit. Einen Fall der Vernachlässigung der *lex* schildert Tac. ann. 2.51. Auf die Umgehungsmöglichkeiten, die das Fideikommißrecht bietet, spielt möglicherweise auch Dion v. Prusa or. LXXIII 3 an.

¹²³ S. Gusfield bei L. M. Friedman, *Jahrbuch für Rechtssoziologie u. Rechtstheorie* 3, 1972, 210.

liche“ Wirkung gehabt, da sie die Wertungen der Gesellschaft wirksam zum Ausdruck brachten — womit über ihre Befolgungswirksamkeit noch nichts gesagt ist.

Unter diesen Umständen gab es zwei Auswege. Der eine, dessen genauere Analyse man den (Sozial-)Psychologen überlassen muß, bestand in den sonst für Gesetze atypischen häufigen, ironischen Anspielungen in der gesamten Literatur, durch die man anscheinend die Belastung zu neutralisieren suchte¹²⁴. Im übrigen machte sich das Mißbehagen durch Kritik an den an der Gesetzgebung beteiligten Personen, die ihrerseits den Gesetzesansprüchen nicht genügten, sowie an einzelnen Inkonsistenzen und Konsequenzen der Gesetzgebung Luft. Die heuchlerische Moral des seinen eigenen Gesetzen nicht entsprechenden Augustus wurde angeprangert (Cass. Dio 54.16.3). Mit Ironie wurde vermerkt, daß die beiden Konsuln des Jahres 9 n. Chr., die einem Teil der Gesetzgebung ihren Namen gaben (M. Papius Mutilus, Q. Poppaeus Secundus), selbst ehe- und kinderlos waren (Cass. Dio 56.10.3).

Die Unstimmigkeiten innerhalb des offensichtlich nicht allzu sorgfältig harmonisierten und durchdachten Gesetzgebungswerkes boten manche Angriffsflächen. Was die *lex Julia de adulteriis* betrifft, so unterlag ihren Sanktionen grundsätzlich nur die *matrona*, die „anständige Frau“. Wenn eine solche bisher dieser Gruppe zuzurechnende Frau dem Gesetz ausweichen

wollte, so mußte sie nur aus diesem Status aussteigen¹²⁵. Es bedurfte eines *amendments* der Zeit des Tiberius¹²⁶, um diese Umgehungsmöglichkeit auszuschließen.

Auch die eigentlichen Ehegesetze boten ursprünglich entsprechende Fluchtmöglichkeiten¹²⁷. Im übrigen führten sie zu dem — erst durch eine Verschärfung Domitians beseitigten¹²⁸ — absurden Ergebnis, daß die *meretrices* vor den kinderlosen *uxores* bevorzugt wurden. Erstere konnten ein Viertel, letztere dagegen nur ein Zehntel der Erbschaft erwerben¹²⁹. Keine klare Regelung scheint das Gesetz für den Fall gegeben zu haben, in dem ein über 60jähriger Mann eine Frau unter 50 Jahren heiratete¹³⁰. Tiberius nahm den milderen Standpunkt ein und befreite den Sechzigjährigen von den Lasten der Gesetze; ein von Claudius veranlaßtes SC entschied im entgegengesetzten Sinne¹³¹.

Mit besonderer, aus dem Kontext verständlicher Polemik wird schließlich von Tertullian (Apol. 4) ein Widerspruch zwischen der *lex Julia de maritandis ordinibus* und der *lex Papia Poppaea* gerügt: *Nonne vanissimas Papias leges, quae ante liberos suscipi cogunt quam Juliae matrimonium contrahi, post tantae auctoritatis senectutem heri Severus, constantissimus principum, exclusit?*¹³². Anscheinend geht es hier um folgenden Sachverhalt: Für die erbrechtlichen Sanktionen legte die *lex Papia Poppaea* fest, daß der Mann mit 25 Jahren und die Frau mit

¹²⁴ Vgl. etwa Seneca bei Lakt. Div. Inst. 5.15.10; Martial 9.66; weitere Nachweise bei Spruit aaO 32 f. passim; s. auch Lauria, Matrimonium-Dote, 1952, 26. Vergleichbar sind die Anspielungen des Lucilius auf die Luxusgesetze; s. o. bei A. 106. — Für die Spätzeit vgl. das Spott-epigramm des Ausonius (91); dazu Guarino, Index 3, 1972, 545.

¹²⁵ Suet. Tib. 35.2: *feminae famosae, ut ad evitandas legum poenas iure ac dignitate matronali exoluerentur, lenocinium profiteri coeperant*. Vgl. auch Tac. ann. 2.85 zum Fall der Vestilia und dem ihm folgenden SC.

¹²⁶ Suet. ebenda; Pap. D. 48.5.11.2: *mulier quae evitandae poenae adulterii gratia lenocinium fecerit aut operas suas in scaenam locavit, adulterii accusari damnarique ex senatus consulto potest*.

¹²⁷ S. nur o. A. 122 zur Scheinehe und zu den Scheinadoptionen. Vgl. auch Paul. D. 39.6.35 pr zur *donatio mortis causa*.

¹²⁸ Suet., Domitian, 8.3.: *Probris feminis lecticae usum ademit iusque capiendi legati hereditatisque*. Vgl. Lit. bei Spruit aaO 58 A. 95.

¹²⁹ Quint. Inst. 8.5.19 (Zitat aus einer vor Gericht gehaltenen Rede): *placet hoc ergo, leges, diligentissimae pudoris custodes, decimas uxoris dari, quartas meretricibus*. Dazu McCa11, Ancient Rhetorical Theories of Simile and Comparison, 1969, 262. Vgl. auch Ulp. ep. 15.1; 16.2; Gnomon des Idioslogos 31.

¹³⁰ Bekanntlich unterlagen Männer über 60, Frauen über 50 nicht mehr den Sanktionen der Gesetze; s. Ulp. ep. 16.1.

¹³¹ Suet., Claudius, 23.1: *... capiti Papiae Poppaeae legis a Tiberio Caesare, quasi sexagenarii generare non possent, addito obrogavit*. Ulp. ep. 16.3.: *... sed Claudiano senatus consulto maior sexagenario si minorem quinquagenaria duxerit, perinde habebitur, ac si minor sexaginta annorum duxisset uxorem*. Ebenso der Gnomon des Idioslogos 25.

¹³² Vgl. auch Paul. D. 1.3.28: (*lib. V ad legem Juliam et Papiam*): *sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur*. Die Stelle zeigt, daß die Juristen über das Verhältnis beider Gesetze Festlegungen treffen mußten; s. Lene1, Paling. I 1128 A. 7.

20 Jahren nicht nur verheiratet sein, sondern auch bereits ein Kind haben mußten¹³³. Demgegenüber knüpfte die *lex Julia* allein die Ehepflicht an diese Jahresdaten. Septimius Severus hat diesen Widerspruch nach Tertullian durch eine im übrigen unbekannte Entscheidung beseitigt.

Neben den eher gesetzestechnischen Schwächen rügte die Kritik auch die Folgen der Gesetze. Hierbei geht es vor allem um das Delatorenwesen¹³⁴; doch wird auch die Möglichkeit, den moralischen und bevölkerungspolitischen Zweck der Gesetze zu erreichen, bezweifelt. An dieser Stelle muß die oben aufgestellte Behauptung, daß die Kritik sich gleichsam auf Nebenpunkte stürzte, da sie die Moral der Gesetze nicht anzuzweifeln wagte, etwas eingeschränkt werden¹³⁵. Wenn sich auch Tacitus nicht gegen die Gesetzeszwecke wendet, so bestreitet er aber nicht nur, daß sie erreicht worden seien; vielmehr hätten die Gesetze eher den sozialen Frieden gestört, *utque antehac flagitiis, ita nunc legibus laborabatur*¹³⁶. Es wurde bereits gesagt, daß Tacitus diese Bemerkung zum Anlaß nimmt, um über die Gesetzgebung schlechthin — oder wenigstens wie sie in Rom betrieben wird — als untaugliches Mittel sozialer Reform zu sprechen. Dabei greifen verschiedene Argumente ineinander: Gesetze würden als politische Maßnahmen, nicht zur Förderung des *ius aequum* erlassen; die Sozialmoral sei nicht durch Gesetze zu verbessern; die Nebenfolgen einer vielleicht an sich gut gemeinten Gesetzgebung könnten schlimmer sein als die mit ihr erreichbaren Zwecke¹³⁷.

Die Vermutung, daß die allgemeinen Moralvorstellungen es nicht zuließen, grundsätzlich und offen gegen die Ehegesetze zu polemisieren, wird durch die gesetzgeberische Reaktion auf

die Kritiken bestätigt. Vorbehaltlich einer eingehenderen Untersuchung erweckt sie den Eindruck, daß zwar im einzelnen und gelegentlich Erleichterungen erfolgten¹³⁸, daß aber die „Verbesserung“ der Gesetze in der Regel zu einer Verschärfung führte¹³⁹. Diese Situation zeigt die Grenzen einer Kritik, die von den moralischen Standards des kritisierten Rechts nicht freikommt, sich deshalb auf Nebenpunkte konzentriert und dadurch eher eine konsequentere und damit schärfere Fassung dieser Standards erreicht als ihre Milderung.

5. Vorwurf der Dummheit und Einfalt (Testament, Schatzfund)

Wenn wir jetzt zur letzten Gruppe, zum Vorwurf der Dummheit und Lächerlichkeit übergehen, so darf zuerst auf das verwiesen werden, was zur Kritik am altertümlichen Recht gesagt wurde. Denn anstößig erschien hier häufig nicht allein die barbarische Brutalität, sondern auch die lächerliche Einfalt der Regelung(vgl. o. V 2). Hier sollen abschließend noch zwei Problem-bereiche erwähnt werden, bei denen sich der Angriff — man möchte sagen — gegen „Heiligtümer“ des römischen Rechtsbewußtseins wendet, gegen das Testament und gegen die evidente Rationalität der juristischen Entscheidung („Judiz“).

Wir haben bereits gesehen, daß Plutarch¹⁴⁰ — wenn auch nicht ohne Vorbehalte — die Formalitäten des Manzipationstestaments als lächerlich und unvernünftig qualifizierte. Tiefer, auf Wesen und Zweck des römischen Testaments, zielt der Spott des Stoikers Nigrinus bei Lukian¹⁴¹. Wenn ich die Stelle richtig verstehe, so besagt sie, daß die Römer von Kindheit an —

¹³³ Ulp. ep. 16.1: *Aliquando vir et uxor inter se solidum capere possunt: velut si uterque vel alteruter eorum nondum eius aetatis sint, a qua lex liberos exigit, id est si vir minor annorum XXV sit aut uxor annorum XX minor.*

¹³⁴ S. nur Tac. ann. 3.25; Suet., Nero, 10.1.

¹³⁵ Ob die Gesetze die gewollten Wirkungen tatsächlich erreichten, kann hier dahinstehen. Vgl. nur Spruit aaO 32 ff.; s. auch die Angaben u. XII 1 A. 15.

¹³⁶ Tac. ann. 3.25.1; vgl. auch 3.28.3 f.

¹³⁷ S. Tac. ann. 3.25–28.

¹³⁸ S. nur Tiberus bei Tac. ann. 3.28; Suet., Claudius, 23.2; Nero 10.1.

¹³⁹ Vgl. außer den bereits genannten Beispielen etwa die bei Ulp. ep. 16.3 f.; D. 23.1.16 pr; Paul. D. 23.2.16 pr; 39.6.35 pr zitierten SCA; vgl. auch Spruit aaO 59 f. A. 112; Humbert aaO 170 ff. Zur Haltung der Juristen s. u. IX 2 bei A. 11.

¹⁴⁰ de sera num. vind. 4.549 E; s. o. V 2 bei A. 58.

¹⁴¹ Nigr. 30: Μετὰ δὲ ταῦτα ἐτέρου δράματος ἤπτετο τῶν ἀμφὶ τὴν νέκυιάν τε καὶ διαθήκας καλινδουμένων, προστιθεὶς ὅτι μίαν φωνὴν οἱ Ῥωμαίων παῖδες ἀληθῆ παρ' ὅλον τὸν βίον προΐενται, τὴν ἐν ταῖς διαθήκαις λέγων, ἵνα μὴ ἀπολαύσωσι τῆς σφετέρως ἀληθείας. ἃ δὲ καὶ μεταξὺ λέγοντος αὐτοῦ γελᾶν προήχθη, ὅτι καὶ

unter Aufopferung der eigenen „Wahrheit“ (wohl im Sinne der Vernunft) — an die „Wahrheit“ der Testamentsbestimmungen zu glauben lernen, während — richtig betrachtet — gerade die Testamente nur Zeugnisse der Unwissenheit und Dummheit der Testatoren sind. Das zeigen etwa die Anordnungen über die Bestattung, die Grabmonumente und ihre Bewachung. Sicherlich richtet sich die Polemik hier primär nicht gegen das Testamentsrecht, sondern gegen die Bestattungssitten. Doch ist es wohl nicht gekünstelt, wenn man die Stelle auch als Spott über die extreme Anerkennung der Testierfreiheit, die Bindung der Nachkommen an den Willen des Erblassers, das Rechtsinstitut des Testaments schlechthin auffaßt.

Das wird vielleicht auch durch das Mißfallen bestätigt, das die Athener, deren eigenes Recht an sich das Institut der testamentarischen Enterbung nicht kannte¹⁴², zeigten, als Herodes Atticus (Philostr. v. soph. II 1.558) seinem Sohn nur die mütterlichen Güter übergab, seinen *Oikos* im übrigen aber seinen Pflegekindern (*trophimoi*) vererbte. Allerdings ist nicht ganz auszuschließen, daß sich die Beurteilung der Enterbung als *ἀπάνθρωπον* durch die Athener in ertser Linie auf die konkreten Umstände des Falles bezog¹⁴³. Bezeichnend ist, daß demgegen-

über der spanische Römer Quintilian in der Einschränkung der Testierfreiheit einen Verstoß gegen die *aequitas* erblickt¹⁴⁴.

Man könnte die zitierte Lukian-Stelle als eine indirekte Bestätigung der weit verbreiteten Ansicht¹⁴⁵ interpretieren, derzufolge die Römer eine fast übermäßige Hochachtung vor dem Testament hatten. Dabei zeigen zwei die Sitte der Testamente rechtfertigende Stellen — eine möglicherweise auf Antiochos v. Askalon zurückgehende Cicero-Stelle (Tusc. 1.30 f.)¹⁴⁶ und ein Text des Areios Didymos (Stob. II 7, p. 120 W)¹⁴⁷ —, daß dieser „Vorwurf“ auch die Griechen traf. Die hohe Bewertung der Testamente ist als lächerlich auch einem — allerdings professionell-kritischen — stoisierenden und kynisierenden Philosophen aufgefallen¹⁴⁸. Daß er damit auch die Meinung römischer Moralisten traf, läßt sich vielleicht aus zwei Stellen der römischen Literatur erschließen. So bemerkt Tacitus (Germania 20) mit verstecktem Lob, daß den Germanen das Testament fremd ist. Der ältere Plinius (n. h. 7 pr 5) deutet Kritik an der übermäßigen Vorsorge *post vitam* an.

Aufschlußreicher noch ist der zweite Tatbestand, bei dem es um die Schatzfund-Entscheidung Hadrians geht¹⁴⁹. Allerdings ist zuzugeben, daß es gewisser Hypothesen und Spekulationen

συγκατορύττειν ἑαυτοῖς ἀξιοῦσι τὰς ἀμαθίας καὶ τὴν ἀναληγίαν ἔγγραφον ὁμολογοῦσιν, οἱ μὲν ἐσθῆτας ἑαυτοῖς κλεῖοντες συγκαταπλέγεσθαι τῶν παρὰ τὸν βίον τιμίων, οἱ δὲ καὶ παραμένειν τινὰς οἰκέτας τοῖς τάφοις, ἔνιοι δὲ καὶ στέφειν τὰς στήλας ἀνθεσιν, εὐήθεις ἔτι καὶ παρὰ τὴν τελευτὴν διαμένοντες.

¹⁴² S. nur Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 336 f.; Wurm, *Apokeryxis, Abdicatio und Exhereditio*, 1972, 4 mit Lit. Für die Prinzipatszeit gibt es kaum Quellen; vgl. nur Wurm aaO 39 ff. Die verschiedene Einstellung von Athen und Rom zur Testierfreiheit mag sich aus der verschiedenen Sozialstruktur ergeben; s. nur H. J. Wolff, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des Hellenistisch-Römischen Ägyptens*, 1962, 237 f.; s. a. ders. SZ 90, 1973, 72 f. Wenn Herodes Atticus die mütterlichen Güter dem im übrigen enterbten Sohne überließ, so folgte er insoweit Vorstellungen des klassischen athenischen Rechts (s. nur Wolff, *Beiträge* ..., 184 ff.). Doch verfolgte auch das (spätere) SC *Orfitianum* (a.178) ähnliche Tendenzen; s. im übrigen auch CT 8.18.1 ff.

¹⁴³ S. aber auch Mitteis aaO 154, 337. Vgl. auch Triantaphyllopoulos, *Atti VI Int. Kongr. Epigr. München* 1972, 1973, 171.

¹⁴⁴ Quint. Inst. 3.6.84: ... *et aliquid aecum, sed prohibitum iure, ut libertas testamentorum*.

¹⁴⁵ S. nur v. Woelf, *Das römische Erbrecht und die*

Erbanwärter, 1911, 45 ff.; einschränkend Jörs-Kunkel, RR 310 A. 8; Daube, *Roman Law*, 1969, 71 ff.; ders. Tul. Law Rev. 39, 1965, 243 ff.

¹⁴⁶ S. Reinhardt, RE XXII 1, 582 f. (Poseidonios).

¹⁴⁷ Nach Reinhardt (aaO) geht der Areios-Text letztlich ebenfalls auf Antiochos v. Askalon zurück.

¹⁴⁸ Demgegenüber möchte Cicero in de leg. 2.22.55 ff. eingehend die Bestattungssitten regeln; anders vielleicht wieder Tacitus, Germ. 27, der die Einfachheit der germanischen Bestattungssitten rühmt.

¹⁴⁹ Inst. Just. 2.1.39: *Thesaurus, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit qui invenerit. idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit. et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. cui conveniens est, ut, si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.* — Nach Ferrini, *Opere* II 359 stammt die Stelle aus den *res cottidianae*. Ein Indiz dafür könnte es sein, daß die beiden benachbarten Paragraphen 37 (vgl. D. 22.1.28) und 40 (D. 41.1.9.3) aus diesem Werk stammen. Doch ist zumindest nach der Gruppierung in der Palingenesie Lennels (I 255 ff.) die Reihenfolge der Texte eine andere. Unter diesen Umständen ist auch die Her-

bedarf, um Ziele und Motive der Kritik an dieser Entscheidung festzustellen. Da ich die Argumente an anderer Stelle ausführlich dargelegt habe¹⁵⁰, darf ich mich hier auf eine zusammenfassende Darstellung beschränken.

Nach der *vita Apollonii* des Philostratos (II 39) wurde dem Wunder- und Wanderphilosophen von dem als Idealbild eines Philosophenkönigs vorgestellten indischen König ein Fall vorgelegt, der einen Streit zwischen Verkäufer und Käufer eines Grundstücks über das Eigentum an einem nach dem Kauf gefundenen Schatz zum Inhalt hatte. Der indische König verweist auf die Möglichkeit, den Schatz zu teilen; doch könne eine solche Entscheidung auch „jedes alte Weib“ fällen¹⁵¹. Der Philosoph empfiehlt ihm, den Lebenswandel der Parteien zu untersuchen. Als sich die „Schlechtigkeit“ des Verkäufers und die „Tugend“ des Käufers herausstellt, wird diesem der Schatz als Geschenk der Götter zugesprochen.

Vorerst ist zweierlei festzustellen. Was den Schatzfund betrifft, so beschäftigen sich die römischen Juristen zwar mit Besitz- und Eigentumsfragen¹⁵². Im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer war anscheinend die Zuweisung an den Käufer als Eigentümer des Grundstücks (und normalen Finder) unproblematisch (arg. Scaev. D. 6.1.67). Wenn die Erzählung des Philostratos somit als Anspielung auf die Entscheidung Hadrians interpretiert werden soll, so gilt das nur für das — allerdings besonders auffällige

— Ergebnis. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß der Schatzfund ein beliebtes märchenhaftes literarisches Motiv ist. Trotzdem dürfte die Beziehung gerade auf die hälftige Teilung des Schatzes zwischen Finder und Grundstückseigentümer durch Hadrian wahrscheinlich und ihre Bewertung als „Altweiberentscheidung“ gewollt sein.

Die Erwähnung der Entscheidung Hadrians in der *Vita* der Historia Augusta¹⁵³ zeigt, daß sie sich unter den zeitgenössischen Intellektuellen einer gewissen Volkstümlichkeit erfreute. Philostratos, der Zeitgenosse des Marius Maximus, gibt zwar vor, daß er seine *Vita* des wahrscheinlich unter der Regierung Nervas gestorbenen Apollonios weitgehend mit Hilfe einer Biographie eines Jüngers des Apollonios, des Damis, geschrieben habe. Sollte dieser Bericht richtig sein und sollte überdies diese Biographie aus der Feder des Damis auch die Erzählung vom Hofe des indischen Königs enthalten haben, so wäre eine Beziehung auf Hadrian fast ausgeschlossen. Doch dürfte es der heute vorwiegenden Meinung entsprechen, daß die Damis-Vita eine Fiktion ist¹⁵⁴. Berücksichtigt man weiterhin, daß selbst bei Existenz dieser älteren Vita Philostratos wohl eigenes Material verwendet hat, daß schließlich gerade die Qualifizierung der salomonischen Entscheidung als „Altweiberentscheidung“ jedenfalls durch die Redaktion des Philostratos „gedeckt“ ist, so ist ein Vergleich der Äußerung

kunft aus einem anderen Werk, etwa aus den Institutionen Marcians, denkbar; aus ihnen haben die Kompilatoren anscheinend andere Teile dieses Institutionentitels entnommen.

¹⁵⁰ „Schatzfund“ in BIDR 75, 1972, 11 ff. Dort auch weitere Quellen und Lit. — Im folgenden einige Nachträge: Zur Familie der Julia Domna vgl. zuletzt Cassola, Studi Volterra IV, 494 A. 1 (mit Lit.). Zur Delatorenprämie von einem Viertel bei der *Lex Julia de maiestate* s. Tac. ann. 4.20. Über die „Rolle“ des Apollonios v. Tyana in der Spätantike s. jetzt Bickerman, Rev. di Fil. 101, 1973, 28 ff. Zum Stil der Gerichtsbarkeit unter Caracalla vgl. auch Crook, Consilium principis, 1955, 142 ff. Zur Gohariener-Inschrift Lewis, TAPhA 1965, 255 ff. (s. d'Ors, SDHI 38, 1972, 493 f.). Zur Regelung des Schatzfundes in republikanischer Zeit außerhalb Roms vgl. den „Cippus von Abella“ (Vetter Nr. 12; s. Maniet, in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 2, 1972, 539 ff.). Der Gedankengang bei Ulp. D. 1.1.1.3 könnte auch peripatetisch sein; vgl. Stark, Aristotelesstudien, 1972², 99 (zu Theophrast).

¹⁵¹ γράϋς; es handelt sich hier um ein nicht unbeliebtes

Schimpfwort. Vgl. etwa Luk. Philops. 9; Cic. Tusc. 1.48.

¹⁵² S. nur Paul. D. 41.2.3.3. Wohl die beste Darstellung des Schatzrechtes ist die von Bonfante, Corso II 2 (Neudruck 1968) 127 ff.; vgl. im übrigen Quellen und Lit. bei Kaser, RPR I 426 f. — Aus Paul. D. 41.2.3.3 dürfte sich ergeben, daß nach Auffassung der *veteres* der Schatz durch Ersitzung erworben wurde. Wie gerade der — häufig als interpoliert angenommene — Satz: *Sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse*, zeigt, führt Paulus diese Auffassung ad absurdum.

¹⁵³ 18.6.: *De thesauris ita cavit, ut si quis in suo reperisset, ipse potiretur, si quis in alieno, dimidium domino daretur, si quis in publico, cum fisco aequabiliter partiretur.* — Bekanntlich gehört die Biographie Hadrians zu den guten Viten; der Hinweis könnte aus der Selbstbiographie des Kaisers, aus Marius Maximus oder von dem „Ignotus“ Syme's stammen, der ebenfalls Zeitgenosse des Philostratos war. Vgl. nur Kl. Pauly-Wissowa II 1193; weitere Angaben bei Grelle, L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano, 1972, 93 f.

¹⁵⁴ Vgl. nur Solmsen, RE XX 1, 125 f.

des indischen Königs und des römischen Kaisers keineswegs abwegig. Diese Hypothese wird dadurch gestützt, daß die *vita Apollonii* auch sonst Anspielungen auf politische, gerade auch rechtspolitische, Probleme der Zeit des Philostratos enthält¹⁵⁵.

Fragt man nach den Motiven des Angriffes gegen die Entscheidung, so ist es zwar nicht ausgeschlossen, aber doch nicht sehr wahrscheinlich, daß sie sich gegen die Person des seit dem 2. Jahrhundert als „Gesetzeskaiser“ gerühmten¹⁵⁶ Hadrian richtete, dessen törichte Entscheidung mit dem vernünftigen Zögern des Philosophenkönigs verglichen werden sollte. Zwar war das Urteil über die moralischen Qualitäten des Kaisers unter seinen Zeitgenossen und unter den nachfolgenden Generationen keineswegs besonders positiv. Gerade auch die Literaten beteiligten sich an der Polemik gegen den Kaiser¹⁵⁷. Doch spricht nichts dafür, daß Philostratos diese negative Bewertung teilte¹⁵⁸. Eher könnte man an die nicht so sehr praktisch oppositionelle, als resignierend herablassende oder polemisierende Haltung gewisser östlicher Intellektueller gegenüber allem Römischen denken, als deren Vertreter von Philostratos auch Apollonios geschildert wurde¹⁵⁹. Insoweit würde die Kritik an der römischen Rechtsentscheidung die römische Kultur schlechthin treffen wollen.

Eine weitere gut begründbare Hypothese scheint es mir zu sein, wenn man die Polemik mit einer möglichen Konkurrenz zwischen Juristen und Literaten in Verbindung setzt. Für einen solchen Antagonismus¹⁶⁰ spricht vor allem folgendes Argument: In der hier interessierenden Epoche gab es — abgesehen vom Militärdienst — zwei Wege, um in die politisch führende Schicht aufzusteigen: Jurisprudenz und litera-

rische Bildung (Philosophie und Rhetorik)¹⁶¹. Trifft die ziemlich einhellige Meinung der Rechtshistoriker zu, daß sich gerade Septimius Severus bei seiner Politik vorzugsweise auf die Juristen stützte, so sind Ressentiments der Literaten sicherlich zu erwarten. Aber selbst wenn man von der vermuteten Bevorzugung durch Septimius Severus absieht, darf man wohl eine gewisse, sich vielleicht nur in Spott äußernde¹⁶² Abneigung zwischen den beiden Professionen gleichsam als ein Apriori unterstellen.

Wenn man eine solche, letztlich auf das „Allzu-Menschliche“ zielende Argumentation für zu banal hält, so kann man die Motivierung des Gegensatzes schlagwortartig dem Problembereich „Recht und Ethik“ zurechnen. Wie wir gesehen haben (s. o. II 5), besteht unter den Literaten die deutliche Tendenz, entweder die ethische und pädagogische Funktion der Gesetzgebung zu betonen oder — radikaler — den Wert der Gesetzgebung wegen ihrer fehlenden ethischen und pädagogischen Funktion zu leugnen. Dabei richtet sich der Vorwurf der ethischen Nutzlosigkeit gerade auch gegen die römischen Gesetze, wofür nicht zuletzt ein dem Apollonios zugeschriebener Brief (ep. 54) zeugt. Weiterhin sahen wir, daß bei Prozessen die selbst heute dem Laien verständliche Neigung bestand, nicht die bessere Sache, sondern den besseren Menschen siegen zu lassen.

Diese ethisierenden, sich gegen die „formaljuristische“ Behandlung wendenden Tendenzen, die im übrigen anscheinend auch einen gewissen Eindruck bei den spätklassischen Juristen machten¹⁶³, liegen offensichtlich auch der Empfehlung des Apollonios an den indischen König zugrunde, an die Stelle der Untersuchung einer abstrakten Rechtsfrage die Untersuchung des Lebenswan-

¹⁵⁵ Vgl. die Belege in „Schatzfund“, 22 ff. S. auch Scht a j e r m a n, Krise der Sklavenhalterordnung, 1964, 258 ff. zum politischen Programm der Vita. Vor Übertreibungen warnt Sol m s e n aaO 145 f.

¹⁵⁶ S. nur Quellen und Lit. bei G r e l l e aaO 153 f.

¹⁵⁷ Vgl. auch S y m e, Hadrian the Intellectual, in „Les empereurs romains d'Espagne“, 1965; s. auch G r e l l e aaO 91 f. passim mit weiteren Angaben.

¹⁵⁸ Vgl. nur v. soph. I 8, 489 mit Cass. Dio 69.3 f.

¹⁵⁹ S. nur v. Apoll. IV 5, 22; VI 42 (zum Weinbau; s. auch o. V. 3 bei A. 84) u. a.

¹⁶⁰ Vgl. außer „Schatzfund“, 28 ff., „iurisperitus sacerdos“, 569 ff., sowie u. VI 2 zur „Juristenschelte“.

¹⁶¹ Belege hierfür finden sich in Fülle einerseits in dem bekannten Werk K u n k e l s über die „Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen“ (vor allem 290 ff.), andererseits in den Sophisten-Biographien des Philostratos und dem Werk B o w e r s o c k s über „Greek Sophists in the Roman Empire“ (1969). Allerdings bedürfte die Frage, ob die soziale und lokale Herkunft beider Professionen in dieser Epoche im wesentlichen die gleiche ist, einer gesonderten Untersuchung. — Vgl. jetzt auch L i e b s aaO (o. III Anm. 66).

¹⁶² Vgl. die Philosophenverspottung durch die Juristen; s. dazu N ö r r, iurisperitus sacerdos, 564 f.

¹⁶³ S. u. XI 2, sowie „Schatzfund“, 37 f.

dels der Beteiligten zu setzen. Dabei kann er sich sowohl auf eine volkstümliche Tradition¹⁶⁴ als auch auf die moralphilosophische Reflexion stützen; beider Abneigung gegen die als formal abqualifizierte Jurisprudenz ist keine Besonderheit der Antike. Dahingestellt bleibe, ob nicht die „salomonische“ Entscheidung Hadrians einmal

gerade wegen dieser ihrer Qualität volkstümlich, zum anderen aber gerade wegen ihres quantifizierenden, rechenhaften Charakters dem Vorwurf der Willkür und des Formalismus besonders — und das vielleicht nicht zu Unrecht — ausgesetzt war.

¹⁶⁴ Vgl. nur Cato bei Gell. 14.2.21: *Atque ego a maioribus memoria sic accepi*...

VI. JURISTENSCHELTE

1. „*iuris consultus abesto*“

Bereits im vorhergehenden Kapitel haben wir auf die möglichen Spannungen zwischen Juristen und Literaten (Philosophen, Rhetoren) hingewiesen, die nicht nur als solche, sondern auch in ihren Folgen für die Einstellung der Juristen selbst (etwa bei der Ausarbeitung der allgemeinen Rechtslehre) zu untersuchen wären. An dieser Stelle soll anhand weniger Beispiele auf das Problem der Kritik am „Juristen“ hingewiesen werden. Wie die Quellen selbst zeigen, ist trotz aller Kontakte zwischen Rechtskritik und Juristenkritik zwischen beidem zu unterscheiden¹.

Was das Verhältnis der sonst „sprachlosen“ Schichten zu den Juristen betrifft, so darf in erster Linie nochmals auf die Klausel „*iuris consultus abesto*“ verwiesen werden². In ihr dokumentierte sich ebenso die Abneigung gegen den Fachjuristen wie in der Grabinschrift, in der der Freigelassene, ein einfacher *librarius*, dafür gerühmt wird, daß er 25 Jahre lang Testamente ohne Hilfe eines Juristen verfertigt habe (CIL X 4919, Dessau 7750), oder in dem Testamentsvermerk, in dem betont wird, daß der Testator sein Testament ohne Juristen verfertigt hat (Scaev. D. 31.88.17). Die zuletzt genannte

Stelle verdient eine eingehendere Analyse (I. 3 resp.):

„*Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*“: *deinde heredes instituit. quaesitum est intestati eius bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt. respondi secundum ea quae proponerentur posse.*

Nicht nur gibt hier der Testator seiner Abneigung gegen die Juristen und deren *nimia et misera diligentia* freien Ausdruck. Interessanter noch ist die Reaktion des Juristen Scaevola. Das Testament war aus irgendwelchen Gründen nichtig³. Damit tauchte das Problem auf, ob die Worte: *et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*, als Kodizillarklausel zu verstehen sind⁴ — mit der Folge der Konversion der Erbeinsetzungsquoten in fideikommissarische Zuweisungen⁵. Sollte der Erblasser diese Worte nicht als Kodizillarklausel verstanden haben, so war es durchaus zweifelhaft, ob die testamentarischen Bestimmungen in Fideikommisse umgedeutet werden konnten⁶. Scaevola, der auch

¹ S. zum Verhältnis von Jurisprudenz und Rhetorik einstweilen D. NÖRR, RE Suppl. X 639 ff. s. v. pragmaticus.

² S. o. III 2 bei A. 26.

³ Gothofredus verweist — kaum überzeugend — auf Pomp. D. 30.55: *Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, quia nec tempore aut loco aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.* — Sollte in den Worten des Testators: *et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas* eine Kodizillarklausel gesehen werden, so steht sie zwar vor der Erbeinsetzung; doch selbst unterstellt, daß sie deshalb unwirksam wäre, so würde sich die Unwirksamkeit kaum auf das ganze Testament erstrecken. Vgl. dazu Kaser RPR I 686 mit Lit. Am wahrscheinlichsten ist die Annahme der Glosse

z. St., daß Scaevola, dem es im Text anscheinend allein um die Kodizillarklausel geht, die Unwirksamkeit des Testaments (aus anderen Gründen) voraussetzt. Vgl. auch Voci, Diritto Ereditario Romano, II, 1963², 585 f. Mit Sicherheit steht fest, daß die Testamentserben mit den zur b. p. intestato berechtigten identisch sind.

⁴ Vgl. etwa das Beispiel einer solchen Klausel in Paul. D. 28.1.29.1. — Zum Ausdruck *pro iure legitimo* s. Mommsen, SZ 12, 1891, 271; nach ihm heißt *ius legitimum* hier vollgültiges Recht im Gegensatz zum mangelhaften Recht.

⁵ Vgl. Jul. D. 29.7.2.4; Ulp. D. 28.3.12.1.

⁶ Vgl. Pap. D. 29.7.13.1 und Ulp. D. 29.7.1; s. dazu Wieling, Testamentauslegung im römischen Recht, 1972, 256; Kaser RPR I 694 (mit Lit.); II 355 (zum Problem der stillschweigenden Kodizillarklausel).

in einem anderen Falle mit Hilfe der *benigna interpretatio* bei nichtiger Erbeinsetzung zu einem Universalfideikommiß gekommen war⁷, verhalf auch dem Testament des Verächters der Fachjurisprudenz zur Wirksamkeit. Es dürfte keine Überinterpretation der Stelle sein, wenn man in dem Zitat des Testaments und dem Responsum eine gewisse spöttische Genugtuung des Juristen zu verspüren meint.

2. Ironie und Spott

Doch kehren wir nach diesem Ausflug in die Rechtspraxis zur nichtjuristischen Literatur zurück. Die frühesten Zeugnisse des mehr oder weniger aggressiven Spottes über die Juristen finden sich m. W. in den Satiren des Lucilius. Allerdings läßt sich meist nicht mit Sicherheit feststellen, wieweit das eigentlich „Juristische“ Motiv des Spottes ist. So dürfte die Gegnerschaft des Lucilius zu P. Mucius Scaevola (Konsul a. 133) wohl politische Gründe gehabt haben⁸. Die hohe Gelehrsamkeit des M'. Manilius wird ironisch erwähnt⁹. Großzügige Möglichkeiten der Juristenbeschimpfung bot anscheinend die zweite Satire, in der Lucilius den Prozeß des T. Albucius gegen Q. Mucius Scaevola Augur schilderte¹⁰. Wenn Scaevola auch in diesem Prozeß siegte, so hat ihn doch nicht nur der Ankläger

recht grob beschimpft¹¹ und dabei wahrscheinlich auch seine Rolle als Jurist aufs Korn genommen¹²; auch Lucilius selbst dürfte ihn nicht geschont haben¹³.

Das reichste Material zur Juristenkritik findet sich bei Cicero, der zugleich deutlich erkennen läßt, daß man zwischen Rechtskritik und Juristenkritik zu unterscheiden hat. Wir haben gesehen, daß er bei allem Preis des „Naturrechts“ dazu neigt, das *ius civile* als seinen Ansprüchen genügend darzustellen (s. o. II 2 (bei A. 79) u. 6). Ein ähnlicher Zwiespalt findet sich bei seiner Beurteilung der Juristen. In *de officiis* (2.19.65) preist er die Jurisprudenz als eines der geeignetsten Mittel, Einfluß und Ansehen zu erreichen — früher vorbehalten den *principes*, heute allerdings hineingezogen in den allgemeinen Verfall¹⁴. Diesem hohen Lob steht spottende Verachtung gegenüber. Dabei ist zu bemerken, daß die Gründe für diese zwiespältige Haltung weniger in der Unsicherheit Ciceros zu suchen sind als in der jeweiligen Sprechsituation¹⁵.

Äußerungen über die Kleinlichkeiten des juristischen Geschäftes sind bei Cicero in Fülle zu finden¹⁶. Als Beispiele mögen die verhältnismäßig eingehenden Beschimpfungen in *de legibus* und *pro Murena* genügen¹⁷. In *de legibus* geht es Cicero darum, das von ihm unternommene große Werk, die für den idealen Staat notwendigen, mit den römischen Gesetzen weit-

⁷ D. 36.1.78. Zu überlegen wäre der Einfluß des Scaevola auf die „*humanior interpretatio*“ (Marcell. D. 28.4.3), deren sich Mark Aurel vor allem im Testamentsrecht bediente (vgl. nur die Belege bei Gualandi, *Legislazione imperiale*, I, 1963, 136 ff.). Zur *humana interpretatio* im Testamentsrecht (zugleich Auseinandersetzung mit Interpolationsannahmen) Meinhardt T 33, 1965, 230 ff. (259 ff.). Scaevola war bekanntlich Konsiliar des Kaisers (HA v. Marci, 11.1), wofür jetzt die *tabula Banasitana* (a.177; s. Seston-Euzennat, CRAI 1971, 468 ff.) einen neuen Beleg (mit dem vollen Namen: Q. Cervidius Q. f. Arn. Scaevola) gibt. Vgl. zu dem Juristen — außer Kunkel, *Herkunft*, 217 ff. (mit Lit.) — Pflaum, *Bonner Historia-Augusta-Colloquium*, 1968/9, 1970, 217.

⁸ fr. 1279 Krenkel, 1261 Marx (Pers. 1.114) und fr. 1371 f. K, 1354 f. M (Juv. 1.151) dürften sich wohl auf ihn beziehen; vgl. nur Kl. Pauly-Wissowa s. v. Mucius Nr. 8 (III 1143) mit Lit. Zur politischen Einstellung des Lucilius s. nur ebda. s. v. Lucilius Nr. 10 (III 752 ff.). — Auf die Palliata „*iuris perita*“ weist Jörs, *Römische Rechtswissenschaft I*, 1888, 265, hin.

⁹ fr. 591 ff. K, 595 ff. M. — Freundschaftlich gesonnen ist Lucilius dagegen dem M. Junius Congus Gracchanus (fr. 591 ff. K, 595 ff. M; vgl. auch 674 K, 671 M und

682 K, 611 M). Zu diesem zuletzt Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 1971, 12 ff., 59 f.; Mazzarino, *Atti II^o Congr. Int. SISD 1967 (1971)*, 456 ff.; ders. *Index 3*, 1972, 181.

¹⁰ 56 ff. K, 55 ff. M.

¹¹ S. 60 ff. K, 66 ff. M.

¹² S. 57 K, 81 M.

¹³ Vgl. nur fr. 1259 K, 1241 M. (Cic. de or. 1.16.72); 74 f. K, 84 f. M.

¹⁴ Vgl. zur Stelle Kunkel, *Herkunft*, 37 ff. S. auch F. Schulz, *Rechtswissenschaft*, 82 passim; zu Servius Sulpicius s. Brutus 41.152 u. ö.

¹⁵ Vgl. nur sein aus dem Zweck der *oratio pro Murena* verständliches despektierliches Urteil über Servius Sulpicius mit seinen sonstigen Äußerungen über diesen Juristen; dazu Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 1971, 87 (mit Quellen).

¹⁶ s. nur F. Schulz aaO 61.

¹⁷ Vgl. im übrigen auch de or. 1.236: *ita est tibi iuris consultus ipse per se nihil nisi leguleius quidam cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum*. Dazu K. Schneider, *RE XXI 1*, 1199: „Den bescheidenen *praeco* mag dieser Vergleich mit den berühmten Juristen geschmeichelt haben“. — S. auch Cic. pro Caec.

hin identischen Gesetze zu geben, von der juristischen Tätigkeit als solcher gebührend abzuheben. Sicherlich gebe es *summi viri* in Rom, die das *ius civile* interpretierten und respondierten; doch versteckten sich unter ihren großen Worten unwesentliche Dinge. Die Bedeutung des *ius civitatis* widerspreche durchaus dem kleinlichen, wenn auch notwendigen Werk der Juristen. Ihm, Cicero, gehe es nicht um so geringfügige Dinge, wie Trauf- und Mauerservituten oder *formulae stipulationum et iudiciorum*, sondern um die platonische Aufgabe der Feststellung des *optimus rei publicae status*¹⁸.

An anderer Stelle des Werkes (2.19.47 ff.) wird der bekannte Topos vorgetragen, daß das Recht im Grunde einfach sei, daß es nur die Juristen seien, die aus Eitelkeit oder Unkenntnis die Rechtskunde erschwerten: ... *sive erroris obiciundi causa, quo plura et difficiliora scire videntur, sive, quod similis veri est, ignoratione docendi — saepe quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiuntur*. Wie absurd sei es überdies, daß die *pontifices*, bei denen es *de sacris, de votis, de feriis, de sepulcris* ginge, sich mit Kleinigkeiten wie dem Dienstbarkeitsrecht (*ius parietum aut aquarum aut luminum*) beschäftigten. Es folgt dann eine herbe Kritik der Pontifikaljurisprudenz, die das alte gute *ius pontificium* zur Sukzession in die *sacra* durch die Verbindung mit den Problemen der Vermögenssukzession verfälscht habe¹⁹.

Offensichtlicher noch ist der Zweck der — nicht ganz ernsten — Juristenschelte in der Rede

pro Murena, wo es Cicero darum geht, seinen Mandanten, einen „Soldaten“, der mit Servius Sulpicius um den Konsulat konkurrierte, gegenüber dem Juristen herauszustreichen (11.23 ff.). Im Gegensatz zum Militär und zur Rhetorik bringe das *artificium* des *ius civile* weder besondere Würde noch besonderen Nutzen (*admirabilis dignitas, pergrata utilitas*). Es sei eine „dünne“ Wissenschaft (*scientia tenuis*), die aus Wortklauberei bestehe und nur lange mit Erfolg versucht habe, sich als *mysterium* auszugeben. Beim Spott über den juristischen Formelkram häufen sich — der rhetorischen Technik der *geloioptoiia* entsprechend²⁰ — Worte wie: *absurdum, ridiculum, ineptiae, stultitia*²¹. Auch fehlt nicht die von Cicero am Beispiel der Entleerung der Frauentutel demonstrierte Entgegensetzung der Güte der Gesetze mit ihrer Verfälschung durch die Juristen (12.27): *Nam cum permulta praeclare legibus essent constitutae, ea iure consultorum ingenii pleraque corrupta et depravata sunt*. Alles in allem sei die Jurisprudenz eine *simulatio prudentiae* (14.30).

Nicht mehr in den Bereich der Juristenschelte, sondern eher in den des „gemütlichen“ Spottes gehört es schließlich, wenn Cicero in einem Brief an Trebatius (ad. fam. 7.17) den juristischen Stil und die juristische Argumentationsweise parodiert. Hier trifft er sich mit der bekannten — ebenfalls an Trebatius gerichteten — Satire des Horaz (II 1), deren allerdings recht sanfte Spitze sich gegen die manierierte Knappheit des *responsum* richtet²². Bissiger ist die Bemerkung des

23.65 ff.: Lob des eigentlichen *ius civile*, mit Ausfällen und Kritik (*callidum versutumque ius*) vermischtes Lob der *iuris consulti*. Die berühmten, letzten Endes vielleicht auf Aristoteles (Nik. Eth. V 14, 1138a: ἀκριβοδίκαιος) zurückgehenden Sätze über das *summum ius* treffen nicht allein die *iuris consulti* (de off. 1.10.33); ... *Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimia callida, sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud „summum ius summa iniuria“ factum est iam tritum sermone proverbium*. Es folgen Beispiele aus dem Völkerrecht. Zu dem *proverbium* s. Kornhardt, Hermes 81, 1953, 77 ff. und die Lit. o. V A. 2 mit weiteren Hinweisen.

¹⁸ de leg. 1.4.14: *Summos fuisse in civitate nostra viros, qui id interpretari populo et responsitare soliti sint, sed eos magna professo in parvis esse versatos. Quid enim est tantum quantum ius civitatis? Quid autem tam exiguum quam est munus hoc eorum qui consuluntur? Quamquam est populo necessarium. Nec vero eos qui ei muneri praeferunt universi iuris fuisse expertis existimo, sed hoc civile quod vocant eatenus exercuerunt, quoad populo praestare*

voluerunt; id autem in cognitione tenue est, in usu necessarium. Quam ob rem quo me vocas, aut quid hortaris? ut libellos conficiam de stillicidiorum ac de parietum iure? An ut stipulationum et iudiciorum formulas componam? Quae et conscripta a multis sunt diligenter, et sunt humiliora quam illa quae a nobis expectari puto. Vgl. auch 1.3.17. Nach Sanio (Varroniana in den Schriften der römischen Juristen, 1867, 27 f.) antwortet Pomponius im Encheiridion (D. 1.2.2.35) auf die Polemik Ciceros.

¹⁹ Zu den damit verbundenen Fragen s. nur Cancelli in seiner Ausgabe von „de legibus“, 1969, 207 ff.; Kaser RPR I, 151 f., jeweils mit Lit.

²⁰ S. nur Quint. inst. 6.3.23 ff.; vgl. auch Trillitzsch, Senecas Beweisführung, 1962, 57.

²¹ Vgl. etwa 12.26: *inanissima prudentiae reperta sunt, fraudis autem et stultitiae plenissima*.

²² S. auch Horak, Rationes Decidendi I, 1969, 71 f.; vgl. auch die Kritik des Antonius (bei Cic. de or. 2.32. 173 ff.) an der Darstellungsweise der *veteres*.

Horaz (ep. 1.3.130 ff.) über den schlaun (*vafer*) Alfenus, der sein ganzes Leben lang seine Herkunft als *tonsor* (oder *sutor*) nicht verleugnen konnte²³.

Es sind vor allem zwei Argumente, mit denen im Rahmen der Juristenschelte gearbeitet wird: die Entgegensetzung von „Recht und Jurist“ und die Verspottung des juristischen Geschäfts als eines kleinlichen. Dagegen fehlt — anders als bei den Rhetoren und den aus der Rhetorik stammenden Advokaten²⁴ — die Satire auf den Charakter der Juristen. Über Skrupellosigkeit, Geldgier, Unwissenheit der Juristen wird nicht geklagt.

So konzentriert man sich auch in der Kaiserzeit vor allem auf den Spott über den juristischen Kleinkram und die juristische Methode²⁵. Petronius macht sich — wie Isidor (orig. 5.26.7) allerdings ohne Verständnis für die spöttische Nuance berichtet — über die juristischen Etymologien lustig: *Quid est, iudices, dolus? nimirum ubi aliquid factum est, quod legis dolet. habetis dolum, accipite nunc malum*²⁶. Nach Quintilian (inst. 12.3.8) soll der *orator* sich nicht durch die abweichende Meinung eines Juristen beunruhigen lassen; denn auch unter sich seien die Juristen häufig uneinig. Im übrigen (12.3.9 ff.) sei die Jurisprudenz ein einfaches Geschäft, zugänglich für jeden Rhetor, Zuflucht für die rhetorischen Versager. Die Popularität des Servius Sulpicius

und Labeos, vor allem aber des Masurius Sabinus und seines juristischen Grundrisses provozierte ironische Anspielungen. Im Satyrikon des Petronius heißt es (137.9), daß — wer Geld hat — *atque esto quicquid Servius*²⁷ *et Labeo*. Persius Flaccus, der jüngere Zeitgenosse des Sabinus, erwähnt die *rubrica Masuriana*²⁸, Epiktet vergleicht die Gebote des Naturrechts mit denen des Masurius und Cassius²⁹, Gellius³⁰ beklagt sich, daß er in der *lex Julia* und in den Kommentaren des Masurius Sabinus und anderer Juristen nur über die *ritus legitimi*, nicht aber über die inhaltlichen *officia* eines *iudex* unterrichtet werde. Dabei ist sicherlich die häufige Zitierung gerade der *libri iuris civilis* des Sabinus in den *noctes Atticae*³¹ ein Zeichen für die auch außerjuristische Popularität dieses Werkes. Selbst der junge Mark Aurel kann es sich nicht versagen, in einem Brief an seinen Rhetorik-Lehrer Fronto seine manierierte Schilderung des neapolitanischen Klimas mit den *deliramenta* (Haarspaltereien) *Masuriana* zu vergleichen³². Auch im Gastmahl des Athenaios tritt der Jurist Masurius wahrscheinlich eher als Prototyp des römischen Juristen denn als konkrete historische Person auf³³.

Als letztes — allerdings mehr der Person als der Profession geltendes — Zeugnis des Literatenspottes über die Juristen sei noch der Brief des Plinius (ep. 6.15) erwähnt, in dem dieser sich über das Verhalten des Javolen bei einer

²³ Zur Beziehung auf den Juristen vgl. Porphyrio z. St.; s. auch Kunkel, Herkunft, 29; Schulz, Rechtswissenschaft, 49; Pasquali, Storia della tradizione..., 1962², 383. — Lobend dagegen erwähnt Horaz den A. Cascellius (ars poet. 371).

²⁴ S. nur F. Schulz, Rechtswissenschaft, 129. Auf sie und die Winkel-Notare dürfte sich auch Dion v. Prusa or. VII 123 f. beziehen.

²⁵ Etwas anderes ist es, wenn sich Seneca (Apok. 12) eher mit Sympathie der nach dem Tode des Claudius aus ihren Löchern hervorkommenden *iuris consulti* annimmt. Vgl. nur F. Schulz aaO.

²⁶ Nach Norden, Antike Kunstprosa I, Nachdruck 1971, 71, verbinden sich auch in den Wortspielen Varros Witz und Etymologie. Könnte man daraus nicht entnehmen, daß auch die Etymologien der Juristen (etwa Labeos) bisweilen nicht ganz ernst gemeint sind?

²⁷ Auf ihn spielt auch Manilius (Astron. IV 209 ff.) an; vgl. Guarino, Ineptiae iuris Romani II (Estr. Acta Acad. Pont. 1973), 10 f.

²⁸ V 90: *Excepto, si quid Masuri rubrica vetavit*.

²⁹ Bei Arrian IV 3.12; vgl. o. IV 1 bei A. 14. In diesen

Worten liegt vielleicht eine Anspielung auf die *libri iuris civilis* beider Autoren.

³⁰ 14.2.1; vgl. o II 5 bei A. 196.

³¹ Vgl. die Indices.

³² II 6.3. (ed. Haines I p. 144, a.143): *sed quid ego, qui me paucula scripturum promisi, deliramenta Masuriana congero?* — Wenn man will, kann man hier eine Reaktion auf seinen juristischen Lehrer Maecian (HA v. Marci 3.6) sehen, der — vielleicht sogar als Schüler Julians (s. Kunkel, Herkunft, 174, A. 299 mit Belegen) — der Schule der Sabinianer nahestand und den künftigen Kaiser wohl mit dem Lehrbuch der Schule plagte.

³³ Deipnosophistae; vgl. den Index bei Kaibel. Zu einer solchen Deutung neigt auch Kunkel, Herkunft, 250 A. 522. — Nicht erklären kann ich mir, warum in einer jüdischen Quelle (vgl. Monumenta Talmudica V I [ed. Krauss], 1914, 45 Nr. 80) *Sabiniani* neben *Varroniani* und *Severiani* als typische römische Namensformen erscheinen. Daß die Endung *-iani* politische Parteigänger einer Person kennzeichnen soll (so Molthagen, Der römische Senat und die Christen, 1970, 32) ist keineswegs sicher; s. etwa den Begriff der *Καυσαριανοί* (Gnomon des Idios Logos 109).

Rezitation mokierte. Dieser sei zwar von zweifelhafter geistiger Gesundheit; doch würde er seine juristische Tätigkeit weiter ausüben — was ein recht herablassendes Urteil des Plinius über die Voraussetzungen des juristischen Berufes implizieren könnte³⁴.

3. Polemik

Die literarischen Spötteleien über die Juristen lassen sicherlich kaum Bitterkeit, noch weniger Haß erkennen. Herber ist schon das Urteil des Cassius Dio über seinen Zeitgenossen Ulpian. Dabei ist allerdings zu bedenken, daß die negative Bewertung Ulpians wohl eher dem Politiker als dem Juristen gegolten hat; denn Cassius Dio als Vertreter der Senatorenschicht mußte in fast natürlichem Gegensatz zu dem *eques* und kaiserlichen Beamten Ulpian stehen³⁵. Eine gewisse Distanzierung könnte man schon in der bekannten Wendung sehen, mit der er den Juristen einführt: ... Δομῆτιον τὸν Οὐλπιανῶν. . .; immerhin könnte das abwertend klingende "τίς" von Cassius Dio auch neutral gebraucht sein³⁶. Gravierender ist sein Vorwurf, daß Ulpian durch die Beseitigung der früheren Prätorianer-Präfecten dieses Amt erlangt habe (80.2.2). Dieser Vorwurf trifft immerhin einen Juristen und Po-

litiker, der vor allem in seinen Institutionen (D. 1.1.1) den Juristen als Philosophen und als exemplarischen Vertreter ethischen Verhaltens gepriesen hat. Es ist auch zu erwägen, ob nicht die Empfehlung des Maecenas (Cass. Dio 52.24.5), die Befugnisse der Prätorianer-Präfecten — auch im Bereich der Jurisdiktion — einzuschränken, mit einer gewissen Abneigung des Cassius Dio gegen die Juristen im kaiserlichen Dienst zusammenhängt³⁷.

Weit härter noch sind die Äußerungen des Laktanz³⁸. Zwar benutzt auch er die ciceronischen Verspottungs-Topoi über die Nichtigkeiten des juristischen Geschäfts³⁹. Doch beläßt er es nicht bei diesen Sticheleien. An einer bereits zitierten Stelle⁴⁰ bekämpft er nicht nur die *constitutiones sacrilegae*, sondern auch die *disputationes iuris peritorum iniustae*. Als Exemplar der *doctores iniustitiae crudelitatisque*, die sich für *iusti ac prudentes* halten, wird wiederum Ulpian genannt⁴¹. Hier geht es nicht um Schrulligkeiten und Lächerlichkeiten der Juristen, sondern um den Widerspruch von offizieller Jurisprudenz und wahrer Gerechtigkeit. Würde man in den Kategorien von Laktanz' Schrift *de morte persecutorum* denken, so wäre das Ende der klassischen Jurisprudenz die göttliche Sanktion für die von den Juristen geförderten Christenverfolgungen⁴².

³⁴ Ep. 6.15.3: *Est omnino Priscus dubiae sanitatis, interest tamen officii, adhibetur consilii atque etiam ius civile publice respondit: Quo magis quod tunc fecit et ridiculum et notabile fuit*. Immerhin ist zu überlegen, ob sich „sanitas“ hier nicht auf die körperliche Gesundheit bezieht. Vgl. z. St. die Lit. bei F. Schulz aaO 123 A. 1. — Die Äußerung Quintilians (inst. 10.1.23) über den *iudex ineruditus* bezieht sich nicht auf den „Berufsjuristen“.

³⁵ Cass. Dio 80.1.1 (Loeb.); vgl. dazu auch „Schatzfund“, 32 A. 115, sowie Syme, Proc. Am. Phil. Soc. 116, 1972, 406 ff.

³⁶ Vgl. nur 49.3.3 (Herodes); 62.15.7.1a (Thraseas); weitere Belege in „Schatzfund“, 33 A. 116.

³⁷ Wenn man will, so kann man auch die Erzählung über das Auftreten Bullas vor Papinian (s. o. III 2 bei A. 16) als Angriff gegen den Juristen Papinian deuten.

³⁸ Ausgewogener ist das Urteil des Origenes in seiner Antwort auf den Panegyrikus seines Schülers Gregorius Thaumaturgos (ep. ad Greg. 1, Sources Chrétiennes 148

(ed. Croucel) p. 187 ff.; PG 11, 88 ff.); s. auch Frezza, SDHI 34, 1968, 371): Die εὐφυΐα des Gregor habe diesem die Möglichkeit gegeben, sowohl ein guter (römischer) Jurist als auch ein guter (griechischer) Rhetor, als auch schließlich ein guter Christ zu werden.

³⁹ Div. inst. 1.1.12: Bei den Juristen gehe es nur *de stillitidiis aut aquis arcendis aut de manu conserenda*.

⁴⁰ Div. inst. 5.11 f.; s. o. V 3 bei A. 95.

⁴¹ Nach Ferrini (Opere II, 482) haben die Institutionen Ulpians das Modell für die *divina institutio* des Laktanz abgegeben. Vgl. Div. inst. 1.1.12.

⁴² Zur Kritik an den Juristen, besser an den als Juristen ausgebildeten Advokaten, in der folgenden Epoche s. nur Amm. Marcel. 30.4 und (Bischoff-)Nörr, Eine unbekannte Konstitution Kaiser Julians, Abh. Ak. München, 1963, 25 passim. S. auch das Epigramm 91 des Ausonius auf einen *iuris consultus*; dazu Guarino, Index 3, 1972, 545.

VII. MOTIVE DER KRITIK (ZUSAMMENFASSUNG)

1. Spekulationen über Motive und Entwicklung der Rechtskritik

Jede kritische Äußerung in der antiken Literatur bedürfte an sich einer genauen Analyse ihres sozialen Kontextes. Wir haben uns hier eher mit Andeutungen und Vermutungen begnügt. Im folgenden soll versucht werden, ein notwendigerweise unscharfes zusammenfassendes Bild aus dem bisher Gesagten zu entwerfen. Dazu vorweg einige generelle Überlegungen.

Häufig läßt sich vermuten, daß hinter den ausgesprochenen oder aus der Situation verhältnismäßig leicht erschießbaren Gründen der Kritik weitere Motive liegen, die entweder absichtlich nicht ausgesprochen wurden oder überhaupt nicht klar artikuliert werden konnten. Solche latenten Motive könnten zu Spekulationen Anlaß geben, die sich sei es auf eine bestimmte geschichtsphilosophische Auffassung, sei es auf mehr oder weniger gesicherte Vorstellungen über die Natur des Menschen stützen müßten. Im allgemeinen werden wir hier von solchen Spekulationen absehen. Sicherlich dürfen wir davon ausgehen, daß auch im römischen Imperium einzelne Gruppen herrschten, andere unterdrückt waren, daß in den herrschenden Gruppen Rang- und Machtkämpfe ausgetragen wurden, daß es Gruppen gab, die stärker am „Gemeinwohl“ orientiert waren als andere — wobei es offenbleiben kann, ob das Schema des Klassenkampfes dergleichen Antagonismen ausreichend erklärt. Weiterhin gab und gibt es sicherlich Normen, die dem einzelnen lästig sind, die er widerwillig akzeptiert oder geschickt zu umgehen sucht, gegen die er sich selbst dann wehrt, wenn er nicht umhin kann, die Zwecke der Norm als solche zu bejahen. Wir dürfen von der banalen Annahme überzeugt sein, daß das Bedürfnis zu kritisieren und zu lästern ein anthropologisches Grundbedürfnis ist — ohne daß wir uns hier auf weitere individual- oder sozialpsychologische Analysen einlassen dürfen und müssen.

In unseren einleitenden Bemerkungen haben wir darzulegen versucht, wie die Rechtskritik zur Verfassungskritik, zur Herrschaftskritik und zur allgemeinen Zeitkritik steht und aus welchen Gründen wir uns hier auf die Rechtskritik im engeren Sinne beschränken. Auch hinsichtlich der latenten Motive ist stets und stärker, als es hier ausdrücklich geschieht, zu berücksichtigen, daß die Rechtskritik als ein Spezialfall oder als Teil des „Systems des kritischen Verhaltens“ schlechthin zu sehen ist. Doch war und ist hierauf nur insoweit einzugehen, als sich diese Beziehungen von Teil und Ganzem deutlich aus den Quellen ergeben.

Eine letzte allgemeine Beobachtung drängt sich auf, die — je nach der eingenommenen Perspektive — die schlechte Quellenlage oder die Unzulässigkeit von aprioristischen Feststellungen beweist. Wenn man den hier vor allem betrachteten Zeitraum von der ausgehenden Republik bis zum Ende der Prinzipatszeit unter dem Gesichtspunkt der Rechtskritik nach Epochen einzuteilen sucht, so würde sich folgende zu vermutende Gliederung anbieten: In der unruhigen Endzeit der Republik und bis zur Stabilisierung des Prinzipats wäre wahrscheinlich nicht allzu viel an „konkreter“ Rechtskritik zu erwarten; allgemeine negative Äußerungen über die Rechtsordnung könnten aber häufiger sein. In der Blütezeit des Prinzipats, vor allem im 2. Jahrhundert, sollte eher das Umgekehrte gelten, wobei die zu vermutende relative Zufriedenheit allerdings auch für die konkrete Rechtskritik nicht allzu große Spielräume lassen dürfte. Mit dem Einbruch der sozialen Unruhe — beginnend in der zweiten Hälfte des 2. Jahrhunderts, sich verstärkend in der Zeit der Severer bis zur Krise der Mitte des 3. Jahrhunderts — wäre wiederum ein Aufblühen wenigstens der allgemeinen Kritik an der römischen Rechtsordnung zu erwarten, die — konservierend oder revolutionierend — als Reaktion auf die neuen sozialen Probleme interpretiert werden könnte¹.

¹ Vgl. nur die Übersicht bei Walbank, *The awful revolution*, 1969, 36 ff. passim.

Die Quellen würden ein solches Schema allenfalls mit Not und Zwang ertragen. So ist sicherlich etwa die christliche Rechtskritik, die eine deutliche Tendenz zur Herabsetzung der gesamten römischen Rechtsordnung hat, vor allem ein Produkt des 3. Jahrhunderts; doch bleibt offen, wie weit das mit der Entwicklung des Christentums oder der christlichen Literatur oder mit der sozialen Unruhe dieser Epoche zu tun hat. Auch begnügt sich — von wenigen Ausnahmen abgesehen — die literarische Welt des 2. Jahrhunderts eher mit „akademischer“, nicht auf praktische Veränderung gerichteter Kritik. Zu stärkeren Emotionen als zu Ironie und Spott scheint sie selten geführt zu haben. Damit ist zugleich ein für die Literatur der hier interessierenden Epoche charakteristisches Problem angesprochen. Der tralatizische Charakter der Kritik, die — beispielsweise von der Stoa über die akademische Skepsis bis zu den gelehrten Antiquaren und den radikalen Skeptikern — häufig mit denselben und ähnlichen Argumenten arbeitet, erlaubt es kaum, Schwerpunkte zu setzen, besondere Nöte einer Zeit zu erkennen, über die soziale Bedingtheit der „Tralatizität“ hinaus auch die jeweilige soziale Bedingtheit der Kritik selbst zu erkennen.

Schließlich ist nicht zu vergessen, daß der hier a priori gesetzte Parallelismus zwischen dem Auf und Ab der Rechtskritik und dem ständigen Gradwechsel der sozialen Unruhe keineswegs selbstverständlich ist. Wie bereits angedeutet, könnte gerade konkrete Kritik an Rechtsnormen häufig eher dann zu erwarten sein, wenn die grundsätzliche Zufriedenheit mit der Rechts- und Herrschaftsordnung hierfür Zeit und Spielraum läßt. Auch könnte das anscheinend am Ende des 2. Jahrhunderts auftretende Dekadenzgefühl, die Verzweiflung an einer sozialen Sicherheit und privates Glück zerstörenden Diesseits, die Erkenntnis, daß die Katastrophe durch Kritik am wenigsten aufzuhalten ist, dazu führen, daß die Rechtskritik erlischt, daß der verborgene

Optimismus der Kritik sich verwandelt in den Rückzug der bisher als Kritiker auftretenden Schichten aus der politischen Aktivität².

Es müßte also nicht allein an der Dürftigkeit der Quellen liegen, daß wir keine rechte „Entwicklungsgeschichte“ der Rechtskritik schreiben können. Vielmehr ist — wenigstens bisher — das Verhältnis der Rechtskritik zur politischen und sozialen Situation, zu den jeweiligen Präferenzen geistiger und anderer Interessen viel zu unklar, als daß sich ein geordnetes Bild ergeben würde.

2. Historisch bezeugte Motive

Wenn wir von diesen vielleicht zwangsläufig recht breiten Raum einnehmenden allgemeinen Überlegungen zu den einzelnen Motiven der Kritik übergehen, so kann man — vielleicht etwas vordergründig — in erster Linie von „weltanschaulichen“ Motivierungen sprechen. Kritisch äußern sich die Philosophen, sei es vom dogmatischen³, sei es vom skeptischen⁴ Standpunkt aus. Positives Recht muß an den häufig nicht sehr klaren Anforderungen von Naturrecht und Moral gemessen als fehlerhaft erscheinen; für den skeptischen Rationalismus ergab sich seine Schwäche (und damit seine Angreifbarkeit) aus seiner Beliebigkeit. Dogmatisch ist auch die christliche Kritik als Nachfolgerin und Konkurrentin der philosophischen Kritik.

Sehr viel unsicherer ist der Versuch einer sozialen Ortung der Kritik. Zwar konnten wir Indizien dafür vorbringen, daß den Unterschichten eine gewisse Abneigung gegen Recht und Juristen nicht fremd war. Doch ist es wegen der Unmöglichkeit einer selbst groben Quantifizierung ausgeschlossen, ihre Verbreitung und damit auch ihren Einfluß auf das soziale Leben zu erkennen. Weiterhin ist zu überlegen, ob nicht die Christen und unter den Philosophen vor allem die kynisierenden Stoiker (wie Epiktet, Demo-

² Vgl. zu dem zuletzt genannten Punkt nur Walbank aaO 61; zum Insuffizienz- und Krisenbewußtsein der Epoche s. etwa Jonas, *Gnosis und spätantiker Geist*, I, 1934, 196 passim; G. Alföldy, *Hermes* 99, 1971, 429 ff.; Mazzarino, *Trattato* II, 338; zur Abwendung von Staat und Gesellschaft vgl. etwa MacMullen, *Enemies*, 199 f. Zu verweisen ist auch auf den in der Stoa sich bereits seit Seneca bemerkbar machenden Rückgang

des rationalistischen Monismus der frühen Stoa; s. nur Abel, *Antike und Abendland* 13, 1967, 170 f. Es wäre interessant zu wissen, wie sich diese langsam zunehmende irrationale „Stimmung“ auf die Rechtskritik auswirkte.

³ Epiktet, Demonax, Nigrinus, Apollonius v. Tyana, vielleicht auch Seneca; in gewisser Hinsicht auch der sich sonst als Skeptiker gebarende Cicero.

⁴ Carneades, Favorin, Sextus Empiricus.

nax, Nigrinus) in der Rechtskritik als Sprachrohr der schweigenden Schichten fungierten. Sieht man aber etwa von der zitierten Äußerung Epiktets über die Sklaverei ab⁵, deren Tendenz durch die aggressiven Bemerkungen des Räubers und Rebellen Felix Bulla bestätigt wird⁶, so sind konkrete Feststellungen kaum möglich. Um nur die ausführlichsten Ausfälle gegen das römische Recht bei Tertullian und Laktanz zu erwähnen, so beziehen sie sich fast durchgängig auf die antichristlichen Gesetze, nicht aber auf Gesetze zulasten der Unterschichten. Es ist eine Ausnahme, wenn Laktanz (Div. inst. 5.14.9 ff. [19 f.]) das Fehlen der wahren Gerechtigkeit unter Griechen und Römern auf die fehlende soziale Gleichheit, auf die Existenz von verschiedenen Klassen (*gradus*) in der Gesellschaft zurückführt. Doch unterläßt Laktanz auch hier eine konkrete Ausfüllung dieser Behauptung⁷. So wird man allenfalls die vorsichtige Vermutung wagen können, daß nicht so sehr die konkrete Belastung durch bestimmte Normen als eine vage Mißstimmung über die soziale Lage mit zu den kritischen Äußerungen beigetragen hat.

Kaum deutlicher wird — vor allem in der Prinzipatszeit — die Gesetzeskritik als Instrument des politischen Kampfes. Soweit Griechen und hellenisierte Orientalen sich an ihr beteiligten, kann man die bekannten Phänomene des geistigen, aber kaum aktiven Widerstandes in Rechnung stellen. Soweit die Äußerungen konkret werden, beziehen sie sich — etwa in republikanischer Zeit — auf gesetzgeberische Maßnahmen der jeweils feindlichen Parteien. Politische Motive im engeren Sinne dürften auch bei Tacitus eine Rolle gespielt haben, wenn hier wohl auch eine Stimmungslage vorwiegt, die vielleicht weniger philosophische⁸ als „anthropologische“ Gründe hat. Zu den politischen Motiven kann man vielleicht auch die von Karneades bis Laktanz gehenden Bemerkungen über die „Ungerechtigkeit“ als Fundament der römischen Herrschaft rechnen. Die Polemik trifft hier den von den Römern für das Imperium erhobenen Legitimitätsanspruch.

Es ist eigentümlich, daß die konkrete Belastung durch gesetzgeberische Maßnahmen nur selten Kritik herausfordert. Äußerungen wie die Senecas⁹ oder des Philostratos (zum Schatzfund; s. o. V 5 bei A. 149) sind zwar Angriffe auf die legislatorische Geschicklichkeit, aber — wenigstens in der Person der Kritiker — eher vom Interesse am „Gemeinwohl“ als von einem privaten Interesse getragen, bestimmten Belastungen durch die Gesetze zu entgehen. Sieht man etwa ab von der Verurteilung des Verbotes Domitians, in Kleinasien Weinbau zu treiben, von den fast selbstverständlichen Angriffen auf steuerliche Maßnahmen oder von der rechtlichen Benachteiligung der Frauen, so sind es eigentlich nur die Luxusgesetze und — vor allem — die augusteische Ehegesetzgebung, gegen die sich eine — ihre Motive allerdings nicht immer offen preisgebende — allgemeine Kritik richtet.

Was der Rechtskritik in der hier interessierenden Epoche anscheinend vor allem eine besondere Färbung gibt, ist ihr „literarischer“ Charakter. Zwar sprachen einige Indizien dafür, daß hier auch die Konkurrenz von Literaten und Juristen zum Austrag kommen konnte. Doch drängt sich zugleich der Eindruck auf, daß das interesselose Wohlgefallen am Auffinden von Absonderlichkeiten, an der Auseinandersetzung mit dem Altertum, am mehr oder weniger intelligenten Spott dem rechtskritischen Verhalten einen spielerischen (oder auch rein wissenschaftlichen) Zug gab. Wenn die philosophische Skepsis in der Erkenntnis der Relativität der Gesetze oder die stoische Naturrechtslehre in der Vergleichung des positiven und des „wahren“ Rechts auch noch Lebensprobleme zu lösen suchten¹⁰, so wird das von diesen philosophischen Richtungen zusammengestellte Material und seine späteren Anreicherungen in der hohen Prinzipatszeit wohl weithin ein Thesaurus für literarische Plaudereien. Mit der Einschränkung, daß auch hier jede monistische Deutung fehlerhaft ist, wären so verschiedene Autoren wie Quintilian, Plutarch, Gellius (Favorin), Lukian (Nigrinus) und Philo-

⁵ S. o. V 3 bei A. 80. Kritisch zum Vorurteil eines „natürlichen“ Gegensatzes von Ober- und Unterschichten Raditsa, in „Aufstieg und Untergang der röm. Welt“ I 3, 1973, 443 f.

⁶ S. o. III 2 bei A. 16.

⁷ Vgl. zur Einstellung der christlichen Autoren zur Sklaverei o. V 3 bei A. 81.

⁸ S. zum Problem nur Kroymann, in „Tacitus“ (W.d.F. 97, 1969, ed. Pöschel) 130 ff.

⁹ Beispielsweise zur *culleus*-Strafe; s. o. V 2 bei A. 59.

¹⁰ Das bereits häufiger erwähnte Werk des Chrysipp über absurde Gesetze (Cic. Tusc. 1.45.108) dürfte kaum den Zweck gehabt haben, eine Kuriositätensammlung darzustellen.

stratos (Apollonios) als Vertreter einer literarischen Rechtskritik zu nennen, der selbst der Tiberius des Tacitus¹¹ nicht ferne steht. Für diese Richtung ist es kennzeichnend, daß sie sich gerne mit obsoleten oder als Fossilien in die Gegenwart hineinreichenden Rechtseinrichtungen, mit dem Lächerlichen und Antiquierten¹², befaßt. Etwas prononciert ausgedrückt, handelt es sich um das für uns widersprüchliche Gebilde einer Kritik, die der Rechtsentwicklung nicht voraus-, sondern ihr hinterherläuft. Die Frage nach den sozialen Gründen der Rechtskritik wandelt sich um in die Frage nach den sozialen Gründen für das literarische Spiel und die gelehrte Beschäftigung mit dem Altertum.

Bei der Zeichnung dieses — eher negativen — Bildes ist allerdings ein recht wesentlicher Aspekt bisher außer Betracht geblieben. Die Rechtsentwicklung ist in den hier interessierenden Jahrhunderten keineswegs stillgestanden. Jede

Rechtsänderung kann aber auch als Reaktion auf Rechtskritik verstanden werden. Aus dem Tempo der Veränderung könnte man weiterhin auf die Intensität der Kritik schließen. Unsere Fragestellung würde damit auf ein Gebiet geschoben, in dem sich wegen der Schwierigkeit, Maßstäbe zu finden, nur schwer sichere Ergebnisse erreichen lassen. Geht man von der wohl üblichen Ansicht aus, daß in der Prinzipatszeit — trotz der deutlich feststellbaren Humanisierungstendenzen¹³ — die Rechtsentwicklung eher ruhig verlief¹⁴, so könnten wir hierin eine Bestätigung der bisherigen Vermutungen über die Schwäche rechtskritischen Verhaltens finden. Da aber sowohl die Hypothese der Parallelität von Rechtsrevolution und Rechtskritik keineswegs gesichert, als auch das Ausmaß der tatsächlich vollzogenen Veränderungen schwer einschätzbar ist, soll es mit diesen wenigen Bemerkungen an dieser Stelle sein Bewenden haben.

¹¹ S. ann. 4.16 zur *confarreatio*. Zum Interesse des Tacitus für *antiquitates* s. Syme, Entr. sur l'ant. class. (Fond. Hardt) IV, 1956, 195.

¹² Vgl. die Wortverbindung *γελοῖος καὶ ἀρχαῖος* bei Dion. v. Prusa or. XII 36. Antiquarisches Interesse und blinde Verehrung für das Altertum müssen keineswegs koinzidieren.

¹³ An denen die stoische Sozialethik mitgewirkt haben dürfte; s. zu dieser zuletzt Bodson, La morale sociale des derniers stoïciens, Sénèque, Epictète et Marc Aurèle, 1967.

¹⁴ S. nur F. Schulz, Rechtswissenschaft, 149 ff.; zum Kaiserrecht vgl. etwa Kunkel, Rechtsgeschichte, 122.

VIII. GAIUS ALS RECHTSKRITIKER

1. Einzelfälle

Gaius ist derjenige unter den juristischen Schriftstellern Roms, dessen Einstellung zur Rechtskritik am besten zu erfassen ist. Es kann hier nicht darum gehen, das Problem des „Juristen“ Gaius von Grund auf neu zu erörtern¹. Wenn sich aus dem folgenden auch bisweilen die Versuchung zu pauschalierenden Urteilen ergeben wird, so wollen wir uns doch hier im wesentlichen auf den Rechtskritiker Gaius beschränken. Dabei geht es uns nicht so sehr um eine Erfassung aller Stellen, an denen sich Gaius kritisch zum Recht äußert, sondern eher um die Kategorien, unter denen er Rechtskritik treibt. Wie erst kürzlich wieder zu Recht betont wurde², scheut sich Gaius im Bereich des hier nicht weiter interessierenden *ius controversum* durchaus nicht vor der Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen. Allerdings hat man dabei manchmal den Eindruck, daß er den Streit eher in den Formen des „Philologengezänks“³ als in denjenigen der juristischen Diskussion führt. Unter den Juristen lassen sich mit ihm in dieser Tendenz nur Celsus und Paulus vergleichen. Dieser Eindruck wird jedenfalls teilweise durch die-

jenigen Stellen bestätigt, in denen sich Gaius kritisch mit Rechtssätzen oder Rechtsinstituten beschäftigt⁴. Gleichgültig ist es uns, ob Gaius mit seiner Kritik „recht“ hatte oder nicht.

Gaius befaßt sich kritisch besonders gern mit Gegenständen, die auch die „Literaten“ interessieren. Wie bereits dargelegt (s. o. V 3 bei A. 86), ist es eine – wohl auf Karneades zurückführbare – literarische Tradition, insbesondere bei der Erörterung der *lex Voconia* das ungerechte Verhalten der Männer gegen die Frauen zu rügen⁵. Gaius nimmt diese kritische Diskussion auf – allerdings nicht bei der Behandlung der *lex Voconia*, die für ihn aus anderen Gründen angreifbar ist⁶, sondern im Rahmen der Behandlung der Frauen-Tutel (inst. 1.190):

*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur*⁷.

¹ Vgl. nur die Lit. in *Divisio und Partitio*, 1972, 48 f.; s. im übrigen die abgewogene Stellungnahme Kunkels, *Herkunft*, 186 ff., die anregende Darstellung von Honoré, *Gaius*, 1962, sowie die Aufsätze in dem Sammelband „Gaio nel suo tempo“, 1966; zuletzt Liebs aaO (o. III A. 66) 7 ff.

² Vgl. nur Diósdí, *Études Macqueron*, 225 ff.; zur Kritik an der Schule der Sabinianer durch Gaius s. auch Bund, *Festgabe v. Lübtow*, 1970, 356 f. (zu inst. 3.98 mit Lit.). Zur Polemik unter den Juristen s. Lit. o. I A. 39 (vor allem auch zu Celsus). Wie Liebs („Gaio nel suo tempo“ 70 f.) feststellt, geht die Polemik bei Gaius häufig ins Leere.

³ Vgl. nur die „Atmosphäre“, die sich aus den Diskussionen zwischen Literaten bei Gellius ergibt; s. etwa 4.1; 6.17; 14.5; 20.10 (dazu Dirksen, *Hinterl. Schr. I*, 1871, 29 A. 27). Zu Q. Remmius Palaemon s. Suet. *de gramm.* 23. Der Grammatiker Domitius galt als so zänkisch und schlecht gelaunt, daß er den Beinamen *Insanus* erhielt. Wenn man Vergnügen an eher romanhaften Kombinationen hat, so könnte man diesen Domitius mit dem Domi-

tius Labeo, dem Korrespondenten des Celsus (D. 28.1.27), identifizieren und damit auch die an sich unverständliche Grobheit der Antwort des Celsus verständlich machen.

⁴ Selbstverständlich sind die Grenzen zur Auseinandersetzung vor allem mit einer feststehenden und damit quasi institutionell gewordenen Juristenmeinung flüchtig. Vgl. etwa Gai. 2.232: *Post mortem quoque heredis inutiliter legatur, id est hoc modo cum heres meus mortuus erit, do lego, aut dato. ita autem recte legatur cum heres (meus) morietur, quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo vitae eius tempore. Rursum ita non potest legari pridie quam heres meus morietur; quod non pretiosa ratione receptum videtur.*

⁵ Cic. *de leg.* 3.11.17.

⁶ Vgl. inst. 2.224 ff.; s. dazu im folgenden.

⁷ Vgl. auch inst. 1.144: *... Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.* Vgl. hierzu Maschi, *Diritto Romano I*² (prosp. stor.), 172 f., 426; s. auch die Lit. bei Kaser, *RPR I* 367 A. 2, sowie Medicus, *Studien im römischen Recht* (Festg. Kaser), 1973, 70.

Nach Gaius ist die Begründung mit der *levitas animi* eher „blendend“⁸ als wahr — ein Urteil, dem man angesichts des Umstandes, daß der behauptete „Schutz“ der Frau vor sich selbst gerade durch ein Privileg (*ius trium liberorum*) zunichte gemacht werden konnte, kaum widersprechen kann⁹. Sowohl das Thema als auch das Vokabular sind „literarisch“. Dafür nur einige Belege.

Anläßlich der Diskussion des Jahres 195 v. Chr. über die Abschaffung der *lex Oppia*¹⁰ behauptet Cato bei Liv. (34.1.1 ff.; insbesondere 3.1 ff.), daß die Zurücksetzung der Frauen durch das Recht vernünftig ist; allerdings ist sein Urteil über das Wesen der Frau überdurchschnittlich scharf und heftig¹¹, während sein Gegner, der Tribun L. Valerius, eher neutral von der *infirmas* der Frauen spricht (34.7.15). Die Vokabel „*infirmas*“ wird zum einschlägigen Stichwort — sowohl bei den Juristen¹² als auch bei den Literaten¹³. Die Institution der *tutela mulierum* wird von Cato¹⁴ gerechtfertigt, von seinem Gegner nicht angegriffen. Cicero (pro Murena 12.27)¹⁵ verbindet das Lob der Frauentutel mit der Beschimpfung der Juristen, die Umgehungsmöglichkeiten zugelassen haben. Wenn Gaius von *levitas* statt von *infirmas* spricht¹⁶, so benutzt er ein synonymes Wort¹⁷; allenfalls mag

in der Verwendung gerade dieser Vokabel noch eine gewisse polemische Zuspitzung liegen. Wenn Gaius im übrigen in diesem Zusammenhang die Einzigartigkeit der römischen *tutela mulierum* betont, so agiert er eher als Ethnograph denn als Jurist¹⁸. Dabei bleibe dahingestellt, ob für ihn diese Sonderstellung des römischen Rechts zugleich auch ein Argument der kritischen Erörterung ist; denn immerhin weiß er, daß die Frauen bei fast allen Völkern *quasi in tutela* sind¹⁹.

Bereits diese wenigen Stellen lassen vermuten, daß Gaius — um es prononciert zu sagen — eher in einer literarischen, als in einer juristischen Diskussion Stellung nimmt²⁰. Vorbehaltlich einer näheren Überprüfung der Quellen wird man ihm bei seinem Urteil einen gewissen „Modernismus“ nicht absprechen können — vor allem, wenn man mit seiner Kritik das Lob der den Frauen nachteiligen *lex Voconia* durch seinen Zeitgenossen S. Caecilius (Africanus) vergleicht²¹. Fraglich ist es, ob dieser Modernismus mehr als nur verbal ist; denn wie häufig, trifft seine Kritik eine Institution, deren praktische Wirksamkeit nach seinen eigenen Ausführungen in seiner Zeit minimal war²².

Im folgenden sollen — ohne eingehende Ana-

⁸ *speciosus*: glänzend, brilliant; die Übersetzung mit „blendend“ trifft wohl am besten den ambivalenten Sinn. Vgl. Liv. 1.23.7: *si vera potius quam dictu speciosa dicenda sunt*. Tac. ann. 1.81: *speciosa verbis, re inania aut subdola*. S. im übrigen noch Tac. hist. 4.73; Quint. inst. 11.1.60; 2.20.7; 8.6.49; Cic. Brut. 71.250. Es handelt sich hier um einen terminus technicus der literarischen Beurteilung; s. nur Bardon, Vocabulaire de la littérature chez Sénèque le rhéteur s. v. Bemerkenswert ist, daß sich Gaius dieses Ausdrucks der literarischen Kritik bedient.

⁹ S. C. Aísa Garín, El concepto de ius singulare en derecho Romano, 1968, 84 f.

¹⁰ Dazu o. V 4 bei A. 102. Vgl. auch die Reden bei Tac. ann. 3.33 f.; Cato bei Gell. 10.23. S. auch nochmals Daube, Civil Disobedience in Antiquity, 1972, 27 ff.

¹¹ Liv. 34.2.13; *impotens naturae et indomitum animal*; 34.2.2: *impotentia muliebris*; 34.3.1: *licentia*.

¹² S. nur Ulp. ep. 11.1; vgl. auch Ulp. D. 16.1.2.2 f. (zum SC Vellaeum).

¹³ Vgl. nur (Quint.) decl. 272 (p. 117); Cic. de Mur. 12.27; Phil. leg. ad Gai. 40.319; Lakt. Div. inst. 5.13.3 Eine kritische Nuance enthalten die Äußerungen des Dion v. Prusa (or. LXXIV 9 f.) zum athenischen Recht. Zum ähnlich formulierten Urteil der Rabbiner s. Mishna, Qiddushin 4.12 und den Protest der Beruriah, der Frau des Rabbi Meir (Babyl. Qidd. 80b); s. Daube aaO 31 ff.

¹⁴ Liv. 34.2.11; vgl. auch das Lob der *manus*-Ehe durch Dionys. v. Hal. II 25.

¹⁵ Cic. pro Mur. 12.27: *Nam, cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnis propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum qua potestate mulierum continerentur.*

¹⁶ Vgl. auch die „*imbecillitas*“ in der *laudatio* des SC Vellaeum D. 16.1.2.2 durch Ulpian.

¹⁷ Zur Wortbedeutung s. Gell. 6.11.1 ff. Aus den Belegen bei Heumann-Seckel ergibt sich die Austauschbarkeit von *levitas* und *infirmas*. Cicero spricht an einer Stelle (Lael. 64) von *levitas infirmitasque*.

¹⁸ S. zum Problem nur Kunkel, Herkunft, 201 f.; dort allgemein zu Anspielungen auf peregrines Recht bei den Juristen. Aristo (Gell. 11.18.16) interessierte sich sogar für obsoletes ägyptisches Recht.

¹⁹ Gai. 1.193: *Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt; ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse iubet aut filium eius puberem.*

²⁰ Noch Justinian (Inst. 2.8 pr.; CJ 5.13.1.15) spricht von der *sexus muliebris fragilitas*.

²¹ Bei Gell. 20.1.23. s. o. V 3.

²² Über die zu seiner Zeit herrschende Knechtschaft der Frau in Griechenland klagt Dion v. Prusa or. LXXIII 4.

lyse — einige weitere Beispiele aufgezählt werden, die bezeugen, daß Gaius — meist kritisch — Themen der römischen Literatur aufnimmt. Seine Beurteilung der Legisaktionen²³ wirkt nur wie ein Resümee des spöttischen Berichts Ciceros über den Formelkram bei der alten *legis actio sacramento* (pro Mur. 12.26)²⁴. Die *quaestio lance et licio*, die Gaius (3.193) als lächerlich (*ridicula*) bezeichnet, wird von Gell. (11.18.9) kurz und neutral erwähnt²⁵, von dem Juristen bei Gell. 16.10.3 ff. als *ius Faunorum et Aboriginum*, als *illa duodecim tabularum antiquitas* qualifiziert. In der Terminologie erinnert sowohl das Urteil des Gaius als auch das des anonymen Juristen an die rhetorische *geloioptia*²⁶, im Inhalt an die negativen Bewertungen altrömischer Rechtseinrichtungen durch Cicero²⁷, Favorin²⁸ oder Plutarch²⁹. Der bekannte Bericht über die Originalität der römischen *patria potestas*³⁰ spiegelt — ebenso wie das von Gaius zitierte Edikt Hadrians — literarische Diskussionen wider, in denen für und wider dieses Institut gestritten wurde³¹.

Auffällig ist es, daß bei fast allen der genannten Themen, die Gaius mit Literaten gemeinsam

sind, Rechtsinstitute von allein antiquarischem Interesse im Spiel sind. Das gilt im wesentlichen auch von der *tutela mulierum*. Bei einem Rechtsinstitut dagegen, das — wie die *patria potestas* — noch in wenn auch eingeschränkter Geltung ist, vermeidet Gaius eine kritische Würdigung.

Daß die Kritik des Gaius im wesentlichen „akademisch“ auf nicht mehr geltendes Recht gerichtet ist, zeigt sich auch sonst. Bei der Betrachtung der Vorgeschichte der *lex Falcidia* spricht Gaius mit kritischem Unterton von der Ineffizienz der vorhergehenden, nicht mehr geltenden *leges*, der *lex Furia* und der *lex Voconia*³²; die *lex Falcidia* als geltendes Recht scheint ihn zu befriedigen. Auf die eben genannte *lex Furia* bezieht sich auch seine Kritik an der hier früher gebräuchlichen Formel der *legis actio per manus iniunctionem*, für deren Bestandteil „*pro iudicato*“ es keine *ratio* gebe³³. Sehr negativ ist auch sein Urteil über das Erbrecht der 12 Tafeln³⁴; diese Kritik war gefahrlos, da längst diese *iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt*³⁵.

Hierher gehört noch seine Stellungnahme zur *improba possessio et usucapio* bei der *usucapio pro herede* (2.52; s. auch 3.201), die bekanntlich

Vgl. als Beispiel Philostr. v. soph. II 1, 555 f.: Die Frau des Herodes Attikus wird auf Befehl ihres Mannes von einem Freigelassenen gezüchtigt (und stirbt daraufhin). Die Züchtigung als solche wird weder mißbilligt noch gar für unrechtmäßig erklärt.

²³ Inst. 4.30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet.*

²⁴ Der ironische Bericht des Cicero kann hier wegen seiner Länge nicht zitiert werden. Vgl. im übrigen auch die Anspielung bei Gell. 16.10.3 ff.

²⁵ Gell. 11.18.9: *Ea quoque furta, quae per lancem et licium concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt.*

²⁶ S. o. VI 2 A. 20.

²⁷ Pro Mur. 12.26.

²⁸ Bei Gell. 20.1.14 ff.

²⁹ De sera num. vind. 4.549 f.

³⁰ Inst. 1.55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreauimus. Quod ius proprium ciuium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus. Idque diuus Hadrianus edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo ciuitatem Romanam petebant, significauit. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse. Vgl. dazu zuletzt etwa Casavola, Labeo 14, 1968, 252 ff.*

³¹ Vgl. o. V 2; s. auch die Bemerkungen zur Iniuria-Buße der 12 Tafeln bei Gai. 3.223 und Gellius (Favorin und Afrikan) 20.1.12 und 31 ff. Beachtenswert ist der Unterschied in der Begründung bei Gaius und Afrikan.

³² Inst. 2.224 ff. Zur Historizität des Berichts s. einerseits Wesel SZ 81, 1964, 308 ff., andererseits Watson, Law of Succession, 1970, 162 ff. und Medicus, SZ 89, 1972, 446.

³³ Inst. 4.24: *Nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae pro iudicato verbum inseri, cum in ipsa lege non sit; quod videtur nulla ratione factum.* Vgl. dazu v. Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia, 1971, 29 mit Lit., und Kaser, RZP, 100.

³⁴ Inst. 3.18 ff.; 3.39 ff.: *iuris iniquitates, aperte iniquum, iniuria.*

³⁵ S. auch Gai. D. 38.8.2 (16 ad ed. prov.): *Hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficiant...* Allerdings ist es unsicher, ob hier eine Kritik am *ius civile* gewollt ist. In jedem Fall ist es auffällig, daß die kritischen Äußerungen in den Institutionen des Gaius härter sind als in seinem Ediktskommentar. Auch wenn sonst von den Juristen (s. u. IX 5) *ius (civile)* und *aequitas* gegenübergestellt werden, läßt sich nicht immer mit Sicherheit eine polemische Nuance gegen das *ius civile* erschließen. — Vgl. im übrigen zur Verbesserung des alten Rechts durch den Praetor Pomp. D. 19.5.11 und Favorinus bei Gell. 20.1.9 ff.; s. vor allem den Hinweis auf Labeo ebenda 13.

auch dem unredlichen Nachlaßbesitzer nach Ablauf eines Jahres zum Berechtigten machte. Die Wirkungen dieser Form der *usucapio* waren durch ein von ihm zitiertes *senatus consultum* (SC) unter Hadrian beseitigt worden. Immerhin findet sich hier eine kleine Besonderheit. Ähnlich wie Plutarch³⁶ die Lächerlichkeit und Unvernunft von Freilassungs- und Testamentsformalitäten im römischen Recht zwar angreift, aber die Möglichkeiten von Gründen dieser Formalismen offenläßt, versucht Gaius die auf den ersten Blick ungerechte *usucapio pro herede* zu legitimieren (2.55):

Qua re autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerint veteres maturius hereditatis adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.

Aus den genannten Belegen wird deutlich geworden sein, daß die *antiquitas* für Gaius ebenso wenig wie für den Juristen bei Gell. 16.10.3 ff. oder für manche Grammatiker, die sich nicht in *antiquitates* auskennen³⁷, ein positives Urteil impliziert.

Bisweilen liebt es Gaius, den Gesetzgeber wegen der Fassung der Gesetze zu kritisieren³⁸. Der *lex Papia Poppaea* wirft er unsorgfältige Ausdrucksweise vor (inst. 3.47): . . . *quamvis parum diligenter ea pars legis* (über den Nachlaß einer *liberta*) *scripta sit*. Die *lex Aelia Sentia*

hatte gewisse Regelungen über den Nachlaß der *dediticii* getroffen³⁹. Unklarheiten konnten sich einmal aus dem Gesetzestext selbst⁴⁰, zum anderen aus dem Verhältnis der *lex Aelia Sentia* zur 15 Jahre später erlassenen *lex Junia* ergeben⁴¹. Es ist charakteristisch für das „a-perspektivische“ oder unhistorische Denken des Gaius, das er das zeitliche Verhältnis beider Gesetze nicht beachtet. Vielmehr begnügt er sich mit einer Rüge des Gesetzgebers der *lex Aelia Sentia*, er habe seinen Willen nicht ausreichend deutlich erklärt. Die Parallele zur Erörterung des Gesetzeswortlauts in der Rhetorik liegt auf der Hand⁴².

Nicht ganz so weit geht der wiederum unhistorische Vorwurf des Gaius gegen das 2. Kapitel der *lex Aquilia*; die dort gegen den *adstipulator* vorgesehene Bußklage sei wegen der Existenz der *actio mandati* überflüssig (*non necessarium*). Immerhin erkennt Gaius, daß die *lex Aquilia* im Unterschied zur *actio mandati* die Verurteilung *in duplum* ermöglicht⁴³. Im übrigen stellt Gaius auch hier wiederum Mängel an einem obsolet gewordenen Rechtsinstitut fest.

Besonders aufschlußreich für die Tendenz des Gaius, sich in der Kritik an nicht mehr existentes Recht — und zwar auch neueren Datums — zu halten, ist seine Diskussion der *regula iuris gentium*, daß das Kind der *condicio matris* folgen solle⁴⁴. Gaius erörtert in inst. 1.65 ff. recht ausführlich die Rechtsstellung von Kindern, deren

³⁶ De sera num. vind. 4.549; vgl. auch u. XI 3 bei A. 65.

³⁷ S. Gell. 4.1; 6.17; 20.10; im übrigen auch 14.5. Vgl. auch die „*horrida antiquitas*“ bei Tac. ann. 4.16. Fraglich ist, ob der zerrüttete Text in inst. 3.43 eine kritische Nuance enthielt.

³⁸ Vgl. auch u. im Text zur *lex Minicia*.

³⁹ Gai. inst. 3.74 ff.: *Eorum autem, quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit, bona modo quasi ciuium Romanorum libertorum, modo quasi Latinorum ad patronos pertinent. Nam eorum bona qui, si in aliquo uitio non essent, manumissi ciues Romani futuri essent, quasi ciuium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur. Non tamen hi habent etiam testamenti factionem; nam id plerisque placuit, nec inmerito: nam incredibile uidebatur pessimae condicionis hominibus uoluisse legis latorem testamenti faciendi ius concedere. Eorum uero bona qui, si non in aliquo uitio essent, manumissi futuri Latini essent, proinde tribuuntur patronis, ac si Latini decessissent. Nec me prae- terit non satis in ea re legis latorem uoluntatem suam uerbis expressisse.* — Vgl. hierzu Medicus aaO (o. A. 7) 68 f.

⁴⁰ S. fragm. Berol. I 2: . . . *Sed cum lege de bonis rebus-*

que eorum hominum ita ius dicere iudicium reddere prae- tor iubeatur, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent, uideamus, ne uerius sit quod qui- dam senserunt et de uniuersis bonis et de singulis. Sollen die *dediticii* wie Sklaven oder wie *cives Romani* behandelt werden?

⁴¹ S. auch die ausführliche Diskussion bei Wesel, Rhetorische Statuslehre, 76 ff. und Von glis, La lettre et l'esprit, 35 ff. (mit Lit.).

⁴² Vgl. nur Quint. inst. 7.5.6: *scriptum aut apertum aut obscurum aut ambiguum.*

⁴³ Gai. inst. 3.215 f.: *Capite secundo <aduersus> adsti- pulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur. Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci mani- festum est. Sed id cauere non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege aduersus infittantem in duplum agitur.* Vgl. dazu nur v. Lü b- to w, Untersuchungen zur lex Aquilia, 1971, 20 mit Lit.

⁴⁴ Vgl. vor allem inst. 1.82 ff.; dazu etwa Maschi, Studi Biondi II, 1967, 734 ff.; Honoré, Gaius, 1962, 108 ff.; Nö r r, SZ 89, 1972, 42 f. (mit weit. Lit.). Zur

Eltern verschiedene *status* (*civitatis* oder *libertatis*) haben. Dabei geht es um die Probleme des *iustum matrimonium*, der *patria potestas*, der „Staatsangehörigkeit“ und der Freiheit. Die *regula iuris gentium* müßte an sich in jedem Falle dazu führen, daß das Kind dem *status* der Mutter folgt, gleichgültig ob dieser besser oder schlechter ist als der des Vaters. Doch wird diese Regel an vielen Stellen durch positives Recht durchbrochen⁴⁵.

Keine echte Durchbrechung ist es, wenn die Kollision durch Verleihung der Zivität an den Partner beseitigt wird (vgl. 1.66 ff.). Ebenso ist es für Gaius eine unproblematische Durchbrechung, wenn das *conubium* als Sonderrecht die Regel durchbricht (1.76 ff.). Eine echte Durchbrechung enthält dagegen die *lex Minicia* aus der Zeit vor dem Bundesgenossenkrieg⁴⁶. Da die *lex* anscheinend in diesem Punkte noch gilt, nimmt Gaius die Durchbrechung kritiklos hin. Es findet sich nur die „schulmeisterliche“ oder „erklärend“ gemeinte Bemerkung, daß dieses Gesetz, soweit es um Ehen zwischen einem *civis Romanus* und einer *peregrina* geht, die *regula iuris gentium* wiedergibt und deshalb überflüssig ist (1.78): *Qua parte autem iubet lex ex cive Romano et peregrina peregrinum nasci, supervacua videtur; nam et remota ea lege hoc utique iure gentium futurum erat.*

Weit kritischer ist seine Darstellung der Rechtsverhältnisse bei „Ehen“ zwischen Freien und

Sklaven. Die *regula iuris gentium* müßte verlangen, daß das Kind den *status* der Mutter erhält; doch entscheidet das positive Recht bisweilen anders⁴⁷. Ein *SC Claudianum*⁴⁸ habe dem Kind aus dem vom Sklaveneigentümer gebilligten Verkehr zwischen einer *civis Romana* und einem *servus* den *status* eines Sklaven zugewiesen; im Falle des entgegenstehenden Willens des Eigentümers wird auch die römische Bürgerin zur Sklavin gemacht (1.91). Hadrian habe die „logische Inkorrektheit und ästhetische Unstimmigkeit“ (*inelegantia*)⁴⁹ und die Ungerechtigkeit (*iniquitas*) des positiven Rechts beseitigt und die *regula iuris gentium* wiederhergestellt; damit folgt das Kind wiederum dem hier besseren *status* der Mutter.

Weiterhin berichtet Gaius von der Bestimmung eines unbekannten Gesetzes⁵⁰, derzufolge bei einer Ehe zwischen einem *civis* und einer *ancilla*, die der *civis* für eine Freie gehalten hatte, die Söhne dem *status* des Vaters, die Töchter dem der Mutter folgen sollten. Vespasian hat diese sicherlich etwas willkürliche Regelung durch die — eine Verschärfung bringende — Anwendung der *regula iuris gentium* beseitigt. Daß alle Kinder jetzt dem *status* der Mutter folgen, konnte zwar nicht als Wiederherstellung der *aequitas*, aber doch als Herstellung der *elegantia iuris* betrachtet werden. Deshalb begnügt sich Gaius an dieser Stelle mit dem Vorwurf der *inelegantia* der früheren Regelung⁵¹.

Lücke in Gai. 1.85 s. Castello, Riv. It. Fil. Class. 36, 1964, 190 ff.

⁴⁵ Vgl. auch den Gnomon des Idioslogos 13, 38 ff.; dazu Riccobono jun., Il Gnomon dell'Idios Logos, 127 f., 174 ff.

⁴⁶ S. nur Kaser, RPR I, 280 mit Lit.; zum zerrütteten Text von inst. 1.78 vgl. den Kommentar von Davidson I 97 ff. Die hier interessierenden Worte lauten: *lege Minicia cautum est, ut is quidem deterioris parentis condicionem sequatur.*

⁴⁷ Gai. inst. 1.82 ff.: *Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et serva liber nascitur. Animadvertere tamen debemus, ne iuris gentium regulam vel lex aliqua vel quod legis vicem optinet, aliquo casu commutaverit. Ecce enim ex senatusconsulto Claudiano poterat civis Romana quae alieno servuo volente domino eius coit, ipsa ex pactione libera permanere, sed servum procreare; nam quod inter eam et dominum istius servi conuenerit, eo senatusconsulto ratum esse iubetur. Sed postea diuus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat.*

⁴⁸ S. zu diesem Hoetink, Mél. Levy-Brühl, 1959, 153 ff.

⁴⁹ Diese schwerfällige Übersetzung dürfte wohl den zwischen ästhetischem und logischem Aspekt schwankenden Wortgebrauch am besten wiedergeben. Vgl. z. St. zuletzt Ankum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XVIII, 1972, 351 f.; zum Wortgebrauch des Julian s. ders. in „Flores Legum“ (Festgabe für Scheltema), 1 ff. des S.-A.; dort auch weitere Lit. Vgl. vor allem auch P. Stein, L.Q.R. 77, 1961, 242 ff.

⁵⁰ der *lex Minicia* nach Castello, Studi Solazzi, 242 ff. In Betracht kämen auch die augusteischen Freilassungsgesetze.

⁵¹ inst. 1.85: ... *ex ancilla et libero poterant liberi nasci; nam ea lege cautum est, ut si quis cum aliena ancilla quam credebatur liberam esse coierit, si quidem masculi nascantur, liberi sint, si uero feminae, ad eum pertineant, cuius mater ancilla fuerit. Sed et in hac specie diuus Vespasianus inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut omni modo etiamsi masculi nascantur, servi sint eius cuius et mater fuerit.*

Daß die Kritik nur aufgehobenen Regeln gilt⁵², wird besonders beim Vergleich mit dem folgenden Paragraphen deutlich⁵³. Nach dem zitierten unbekannten Gesetz werden die Kinder aus einer Verbindung zwischen einer Freien und einem fremden Sklaven, von dem die Freie wußte, daß er Sklave ist, als Sklaven geboren. Diese weiter geltende Regelung, die gegen die *regula iuris gentium* verstößt, wird von Gaius wenigstens explizit nicht kritisiert; ob er „innerlich“ mit diesem „uneleganten“ Ergebnis zufrieden war, läßt sich selbstverständlich nicht sagen.

Die hier zutage tretende „literarische“ Bevorzugung des *ius gentium* wird vielleicht auch durch die Begründung bezeugt, mit der Gaius die Erörterung des Eigentumserwerbs nach dem *ius gentium* vor derjenigen nach dem *ius civile* rechtfertigt; erstere sei historisch früher⁵⁴. Allerdings ist bei Gaius die Pflege der *antiquitas* keineswegs identisch mit ihrer Verehrung, so daß hier ein sicheres Urteil nicht möglich ist.

Es darf daran erinnert werden, daß die Art, mit der Gaius aufgehobenes Recht, das dem *ius gentium* widerspricht, kritisiert, existierendes Recht dagegen kritiklos referiert, nicht unbedingt eine Eigentümlichkeit des Juristen ist. Wie wir gesehen haben⁵⁵, propagiert auch Cicero die

Überlegenheit des *ius gentium* über das *ius civile*, ohne aus dieser Überlegenheit praktische Konsequenzen zu ziehen. Es wäre zu überlegen, ob die Selbstverständlichkeit, mit der Gaius das positive Recht dem überpositiven Recht vorordnet, eine gleichsam unreflektierte, sich an den tatsächlichen Gegebenheiten orientierende ist oder ob sie sich auf bestimmte philosophische Prämissen bezog, wie sie oben kurz skizziert wurden⁵⁶.

2. Kritik am Kaiserrecht

Geht man von der Prämisse aus, daß die kritische Einstellung positiv zu bewerten ist, so wird das Bild, das wir von Gaius gewinnen, etwas heller, wenn wir seine Haltung zu den kaiserlichen Konstitutionen betrachten^{56a}. Allerdings wendet er sich auch hier in erster Linie wiederum gegen Konstitutionen, deren Rechtsfolgen nicht mehr galten⁵⁷.

Hatte ein Sklave bei der Freilassung nur den *status* der Latinität erhalten, so war er bekanntlich nicht testierfähig; sein Nachlaß fiel in erster Linie an den Freilasser. Trajan hatte zugunsten des Patronus und zulasten des Freigelassenen

⁵² Es ist unwahrscheinlich, daß Gaius nur die in den Konstitutionen Vespasians und Hadrians zum Ausdruck kommende Kritik des früheren Rechts wiederholt. Das Wort *inelegantia* gehört nicht zum Wortschatz der Konstitutionen; s. nur Anklam, Anka Univ. Huk. Fak. XVIII, 344.

⁵³ Inst. 1.86: *Sed illa pars eiusdem legis salua est, ut ex libera et seruo alieno, quem sciebat seruum esse, serui nascantur. Itaque apud quos talis lex non est, qui nascitur iure gentium matris condicionem sequitur et ob id liber est.*

⁵⁴ D. 41.1.1 pr (2 res cott.; vgl. auch Inst. Just. 2.1.11, sowie Maschi, Diritto Romano I² (Prosp. stor.), 1966, 36 ff.): *Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.* — Der Gedanke entspricht in etwa demjenigen des Prologs zum 12-Tafel-Kommentar (D. 1.2.1); vgl. dazu Nörr, Divisio und Partitio, 49 f. Zur Erörterung von Gai. D. 1.2.1 ist nachzutragen, daß der Satz *et certe cuiusque rei potissima pars principium est*, möglicherweise auf einem griechischen Sprichwort beruht; s. Polyb. V 32. Zu Nörr aaO 47 A. 198 (c. Tanta § 18) s. auch Orestano, Introduzione allo studio storico del diritto romano, 1961², 119 f.

⁵⁵ Vgl. o. II 6 zu Cic. de off. 3.16.67 ff.; ähnlich auch Tryphonin (vgl. u. IX 6).

⁵⁶ s. o. II 2 passim.

^{56a} Vgl. hierzu Dell'Oro, Studi Grosso II, 1968, 363 ff. (auch zu Julian).

⁵⁷ Inst. 3.72 f.: *Aliquando tamen ciuis Romanus libertus tamquam Latinus moritur, uelut si Latinus saluo iure patroni ab imperatore ius Quiritium consecutus fuerit. Nam, ut diuus Traianus constituit, si Latinus inuito uel ignorante patrono ius Quiritium ab imperatore consecutus sit, [quibus casibus] dum uiuit iste libertus, ceteris ciuibus Romanis libertis similis est et iustos liberos procreat, moritur autem Latini iure, nec ei liberi eius heredes esse possunt; et in hoc tantum habet testamenti factionem, ut patronum heredem instituat eique, si heres esse noluerit, alium substituere possit. Et quia hac constitutione uidebatur effectum, ut ne umquam isti homines tamquam ciues Romani morerentur, quamuis eo iure postea usi essent, quo uel ex lege Aelia Sentia uel ex senatusconsulto ciues Romani essent, diuus Hadrianus iniquitate rei motus auctor fuit senatusconsulti faciendi, ut qui ignorante uel recusante patrono ab imperatore ius Quiritium consecuti essent, si eo iure postea usi essent, quo ex lege Aelia Sentia uel ex senatusconsulto, si Latini mansissent, ciuitatem Romanam consequerentur, proinde ipsi haberentur ac si lege Aelia Sentia uel senatusconsulto ad ciuitatem Romanam peruenissent.*

festgelegt, daß — wenn letzterer ursprünglich durch die Freilassung nur die Latinität erhalten und danach ohne Wissen und Willen des Patronus durch ein kaiserliches Privileg die Zivität erlangt hatte — der Freigelassene trotz nunmehr bestehenden Bürgerrechts wie ein *libertus Latinus* vom Patron beerbt werden sollte. Damit wurde ihm die an sich mit dem Bürgerrecht verbundene Testierfähigkeit entzogen⁵⁸; außerdem verloren seine Kinder ihr — mit der Verleihung der Zivität an sich verbundenes — gesetzliches Erbrecht⁵⁹. Diese Regelung wollte den Patron in seiner Anwartschaft auf den vollen Nachlaß seines Freigelassenen schützen. Doch schoß sie über das an sich angestrebte Ziel hinaus. Denn sowohl nach der (älteren) *lex Aelia Sentia* als auch nach einem SC, *quod Pegaso et Pusione consulibus factum est*, durfte der *libertus Latinus* unter bestimmten engen Voraussetzungen⁶⁰ auch ohne den Willen des Patronus die Zivität erreichen und damit dessen Anwartschaft auf den Nachlaß beschränken⁶¹. Die Kritik des Gaius an Trajan dokumentiert sich in dem Hinweis auf die Motivierung, die Hadrian zu einer Änderung dieser Regel führte. Hadrian — *iniquitate rei motus* — veranlaßte ein SC, das eine sinngemäße Einschränkung der Konstitution Trajans zum Inhalt hatte.

Vielleicht läßt sich der „Vorwurf“ gegen Gaius, bei der Kritik sich als treuer Vertreter der bestehenden Rechts- und Herrschaftsordnung nur an die Vergangenheit zu halten, auch dann abmildern, wenn man bereit ist, aus gewissen stilistischen Nuancen kritische Töne zu erschließen⁶². Bereits häufiger ist die vage Ausdrucksweise des Gaius in inst. 2.221 aufgefallen⁶³. Als Sabinianer lehnt Gaius anscheinend die Zulässigkeit eines *legatum per praeceptionem* an einen *extraneus* ab, während die Prokulianer — durch Wegstreichen der Silbe: *prae* — das Praeceptions-

legat an einen *extraneus* als Vindikationslegat interpretieren und aufrechterhalten⁶⁴. Wenn Gaius fortfährt, daß diese Meinung der Prokulianer — wie man erzählt (*dicitur*) — durch eine Konstitution Hadrians bestätigt wurde, so kann das sicherlich auch so ausgelegt werden, daß Gaius (aus welchen Gründen auch immer) von diesem Erlaß keine genaue Kenntnis hatte. Möglicherweise ist die vage Formulierung aber auch darauf zurückzuführen, daß es Gaius schwerfällt, die endgültige Beseitigung der von ihm vertretenen Schulmeinung klar einzugestehen.

Vielleicht läßt sich eine versteckte Kritik des Gaius an einem *ex auctoritate* Hadrians ergangenen SC auch in inst. 2.112 f. erkennen⁶⁵. Die Konsequenz des gesetzgeberischen Eingriffes war es, daß *feminae sui iuris* bereits vom 12. Lebensjahr an testieren konnten; war — wie wohl meistens, aber nicht selbstverständlich — ein *tutor (mulieris)* vorhanden, so bedurften sie dessen *auctoritas*. Demgegenüber erwarb der *masculus* erst mit 14 Jahren die Testierfähigkeit. Gaius vermerkt die bessere Stellung (*melior condicio*) der Frauen. Doch dürfte sie — wie die weitere Entwicklung zeigt — nicht als sozial störend empfunden worden sein. Denn die aus dem verschiedenen Mündigkeitsalter resultierende Ungleichheit blieb bestehen — selbst nach dem endgültigen Verschwinden der *tutela mulierum*⁶⁶.

3. Naturrecht als rechtskritische Kategorie?

Besonders charakteristisch — sowohl für das Verständnis der juristischen Methode des Gaius als auch für die Meinungen der Antike über die Schranken der Positivierung des Rechts — sind zwei Stellen, an denen Gaius deutlich die Grenzen des positiven Rechts im Verhältnis zum „Naturrecht“ zu ziehen sucht. Dabei geht es

⁵⁸ Gai. inst. 1.23.

⁵⁹ S. nur Kaser RPR I 697.

⁶⁰ Etwa Ehe mit *civis Romana* oder *Latina*, Existenz eines einjährigen Sohnes etc.; s. Gai. inst. 1.28 ff. (dazu De Dominicis, Studi Romanistici, 1970, 186 ff.). Zu anderen Fällen des Erwerbs der Zivität, die Gaius bei der Erörterung der Erbfolge aber nicht erwähnt, s. Gai. inst. 1.32 ff.; vgl. Girard, Manuel, 1906⁴, 125 f.; Kaser RPR I 280.

⁶¹ S. nur Kaser aaO 701, 708 ff.

⁶² Ironische Anspielungen des Gaius erwägt auch Honoré, Gaius, 1964, 125.

⁶³ Vgl. z. St. etwa Longo, Labeo 18, 1972, 21; s. auch Kaser RPR I 744 mit Lit.

⁶⁴ Gai. inst. 2.221: *Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse proinde ac si ita scribatur Titius hominem Stichum capito, superuacuo adiecta prae syllaba; ideoque per vindicationem eam rem legatam uideri. Quae sententia dicitur diui Hadriani constitutione confirmata esse.*

⁶⁵ Vgl. nur Kaser aaO 683 sowie den ausführlichen Kommentar von David und Nelson II, 323 ff.

⁶⁶ S. nur PS 3.4a.1; Inst. Just. 1.22 pr.; 2.12.1.

weniger um ethische Schranken des positiven Rechts als um Einschränkungen aus der „Natur der Sache“⁶⁷. Anders ausgedrückt: Das „Naturrecht“ verhindert grundsätzlich nicht bestimmte „Ergebnisse“ der gesetzlichen Regelung, sondern nur bestimmte gesetzliche Konstruktionen.

An heutige Diskussionen⁶⁸ erinnert die Streitfrage, ob man im Falle der 12-Tafelbestimmung, die den Tatbestand der bei einer feierlichen Haussuchung (*quaestio lance et licio*) gefundenen Diebstahlsache als *furtum manifestum* qualifiziert, von einem *furtum manifestum*, wenn auch nicht „*natura*“, so doch „*lege*“ sprechen dürfe. Gaius lehnt diese Lösung ab; denn das Gesetz könne zwar ein *furtum nec manifestum* wie ein *furtum manifestum* „behandeln“, nicht aber jemanden, der kein *fur manifestus* ist, zu einem solchen machen⁶⁹.

Während es hier wieder einmal um obsoletes Recht geht, bringt Gaius an einer anderen Stelle denselben Gedankengang bei der Erörterung des durch ein SC eingeführten „*quasi-ususfructus*“ (D. 7.5.2.1):

Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi.

Nach Gaius ist es also ausgeschlossen, an verbrauchbaren Sachen einen echten Nießbrauch zu bestellen. Dies könne auch durch eine legisla-

torische Maßnahme nicht erreicht werden. Möglich ist allenfalls die Unterwerfung der Nutznießung verbrauchbarer Sachen unter die Nießbrauchsregel⁷⁰.

Die zuletzt zu nennenden Stellen fallen nicht nur durch ihre verbale Aggressivität aus dem bisher gezogenen Rahmen. Vielmehr geht es in ihnen nicht allein um bloße Qualifikationsprobleme, sondern um das Problem der realen Grenzen des *ius civile* – wobei allerdings wiederum der mit einer gewissen Heftigkeit verfochtene Gegensatz⁷¹ von *ratio naturalis* und *ratio civilis* praktisch folgenlos bleibt. Im Zentrum steht hier die *capitis deminutio*. In inst. 1.158 stellt Gaius fest, daß diese die Bande der Agnation lösen könne, diejenigen der Kognition dagegen nicht; denn die *civilis ratio* könne zwar *civilia iura* „korrumpieren“, nicht aber *iura naturalia*⁷². Eine genauere Ausführung dieses Gedankens unterbleibt, was nicht zuletzt an seiner Inhaltslosigkeit liegen kann. Geht es um diejenigen Fälle der *capitis deminutio*, in denen Freiheit oder Zivität verloren wird, so muß man schon Konstruktionen⁷³ erfinden, um überhaupt die Bedeutung der Aufrechterhaltung der Kognition zu erkennen. Geht es dagegen – was weit näher liegt – allein um die den *status familiae* verändernde *capitis deminutio*, so ergibt sich schon aus dem „Begriff“ der *capitis deminutio minima* (s. nur Gai. 1.162), daß sie allein die Bande der Agnation zerstört⁷⁴.

⁶⁷ Vgl. zu diesen Stellen auch Honoré aaO 109 f.

⁶⁸ Etwa über den Wert der juristischen Fiktion, die Qualifikationsfreiheit des Gesetzgebers und die von ihm zu beachtenden „sachlogischen Strukturen“.

⁶⁹ Inst. 3.194: ... *Neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter uel homicida sit. At illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum uel adulterium uel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit.*

⁷⁰ Vgl. auch Inst. Just. 2.4.2. S. hierzu die Lit. bei Kaser aaO 453 f.; zuletzt Wesener, Studi Donatuti III, 1973, 1393 (mit Lit.) und Crifò, Studi Scherillo I 427 ff. (vor allem zum Zeitpunkt des SC). Die Studie Crifòs ist auch deshalb im Rahmen unseres Themas von Interesse, da er die Kritik Nervas an gesetzgeberischen Maßnahmen des Tiberius erörtert; vgl. dazu u. IX 2 bei A. 24. – Die Argumentation des Gaius erinnert an den Vorwurf, den Favorin dem alten Recht wegen seiner „Inkonsistenz“ macht (s. Gell. 20.1.1 ff.).

⁷¹ Sicherlich können die *naturalis* und die *civilis ratio* auch harmonieren; vgl. Gai. D. 3.5.38: ... *naturalis enim*

simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidam etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse. Vgl. z. St. etwa Seiler, Der Tatbestand der *negotiorum gestio* im römischen Recht, 1968, 90 A.27. S. im übrigen auch Paul. D. 48.20.7 pr.; Ulp. D. 25.3.5.16, jeweils ohne feststellbare Kritik. – Als Begründungs-Topos wird die *naturalis ratio* anscheinend schon von Sabinus und Cassius verwendet (bei Gai. D. 41.1.7.7). Dazu jetzt P. Stein, in „Daube Noster“, 1974, 305 ff.

⁷² Inst. 1.158: *Sed agnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognitionis uero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia uero non potest.* – Dieses Argument erinnert nicht nur in der Formulierung an ein Dictum des Tyrannen Dionysios bei Plut., Solon XX 4: ἔφη τοὺς μὲν τῆς πόλεως νόμους λελυκέναι τυραννῶν, τοὺς δὲ τῆς φύσεως οὐκ εἶναι δυνατόν βιάζεσθαι, γάμους νυμφαγωγῶν παρ’ ἡλικίαν.

⁷³ Etwa Verlust der Zivität mit nachfolgender Verleihung des *conubium*; dann Ehehindernis der *cognatio*.

⁷⁴ Etwas vereinfacht ausgedrückt, sagt somit Gaius: Die Aufhebung der Agnation ist nicht identisch mit der Aufhebung der Kognition.

Ebenso leer läuft das Pathos in Gai. D. 4.5.8 (4 ad ed. prov.)⁷⁵: *Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. itaque <de dote> actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutionem.*

Auf den ersten Blick hin möchte man annehmen, daß Gaius hier durchaus sinnvoll argumentiert. Da er bekanntlich die *naturalis ratio* vom *ius gentium* nicht trennt (s. nur inst. 1.1), würde er von der sicherlich respektablen Prämisse ausgehen, daß allenfalls die Verpflichtungen aus dem strengen Zivilrecht bei der *capitis deminutio* erlöschen⁷⁶, nicht dagegen die *obligationes* aus dem *ius naturale* oder aus dem *ius gentium*. Gleicht man dann weiterhin die *a. rei uxoriae* den *bonae fidei iudicia* an⁷⁷, so ergibt sich das an sich schlüssige Argument, daß die Zugehörigkeit der *actio rei uxoriae* zu den *naturalia iura* der Grund für ihr Weiterbestehen trotz *capitis deminutio* ist. Die in dem Wort „*corrumpere*“ liegende Degradierung der *civilis ratio* gegenüber der *naturalis ratio*, die an ähnliche pathetische (und folgenlose) Stellen Ciceros erinnert⁷⁸, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß Gaius nicht „produktiv“ argumentiert, das überpositive Recht nicht zur Korrektur des positiven Rechts heranzieht, sondern daß er es allein zur Legitimation des sowieso schon geltenden Rechts verwendet.

Der Eindruck von dem bloß ornamentalen Gebrauch des überpositiven Rechts wird auf fast deprimierende Weise durch die Institutionen-Stelle 3.153 bestätigt: *Dicitur etiam capitis de-*

minutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

Gaius mußte sich damit auseinandersetzen, daß nach dem *ius civile* — vielleicht in Anlehnung an das alte *consortium* — die *societas* möglicherweise mit der *capitis deminutio* endete. Obwohl diese Entscheidung zumindest im Falle der *emancipatio* nicht nur nicht unstrittig war⁷⁹, vielmehr sogar eine Autorität wie Julian das Weiterbestehen der *societas* annahm, übernimmt Gaius hier die entgegenstehende Lösung (*nova societas* bei faktischer Weiterführung der Gesellschaft) — ohne sie irgendwie (etwa auf den Fall der *adrogatio*) einzuschränken. Weiterhin begründet er sie mit der *civilis ratio*, die streng genommen nur für das *consortium* hätte gelten können, und übersieht, daß er an dieser Stelle ausdrücklich (s. inst. 3.154) von der *societas* des *ius gentium* spricht. Dagegen ist von der *naturalis ratio* keine Rede mehr; vielmehr sieht es eher so aus, als ob Gaius hier die *civilis ratio* „analog“ auf ein Institut des *ius gentium* anwenden will.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß Gaius zwar bisweilen mit dem Maßstab der *naturalis ratio* die *ratio civilis* mehr oder weniger verhüllt angreift. Doch ist dieser Angriff folgenlos, da er nur den bereits erreichten Fortschritt der Rechtsordnung noch einmal „rationalisiert“, mehr noch, er ist inkonsequent, da Gaius selbst in einem Fall, in dem er sich ohne allzu große Originalität auf die Seite der *naturalis ratio* hätte stellen können, entgegengesetzt entscheidet⁸⁰.

Anhangsweise darf noch auf zwei Stellen aus

⁷⁵ Vgl. dazu Kaser, SZ 70, 1953, 154 A. 89 mit Lit. Sieht man von der Ersetzung der *a. rei uxoriae* durch die *a. de dote* ab, so dürfte die Stelle echt sein.

⁷⁶ Vgl. nur Gai. inst. 4.38 zur *restitutio in integrum*. Vgl. hierzu nur Siber, Römisches Recht, Neudruck 1968, II 27; Lenel, Edictum Perpetuum, 1927³, 116 f. Da nicht alle zivilen Obligationen erlöschen (vgl. nur die Deliktobligationen), hat Gaius verständlicherweise nicht den „positiven“ Satz über den Untergang der zivilen Obligationen, sondern allein den „negativen“ Satz über den Nichtuntergang der *naturalia iura* formuliert. Eine Erörterung der damit verbundenen Probleme der Naturalobligationen würde hier zu weit führen. Vgl. zuletzt die Übersicht von Burdese, Studi Scherillo II, 485 ff. mit reichen Literaturangaben.

⁷⁷ Vgl. dazu nur Kaser, RPR I 337.

⁷⁸ S. nur nochmals de leg. 1.4.14.

⁷⁹ S. das „*quaeritur*“ in Ulp. D. 17.2.58.2. Julian läßt die *societas* — zumindest nach dem uns vorliegenden Text — bestehen bleiben. S. dazu Arangio-Ruiz, La società in diritto romano, 1950, 165 ff.; Wieacker 69, 1952, 504 f.; Guarino, *societas consensu contracta*, 1972, 85 ff. Ob im übrigen die meist als interpoliert angesehenen entgegenstehenden Paulus-Stellen (D. 17.2.63.10; 65.11; s. nur den Ind. Interpol.) nicht eine andere oder modernere Meinung wiedergeben, kann an sich hier dahinstehen. Immerhin ist zu bedenken, daß sich Gaius zurückhaltend ausdrückt („*dicitur*“) und daß auch zwischen der Lösung des Gaius (*nova societas* durch weiterbestehenden *consensus*) und des Paulus (Weiterbestehen der *societas*) im Ergebnis kaum ein Unterschied besteht.

⁸⁰ Die Entgegensetzung: *ratio civilis* — *ratio naturalis*, erinnert an den Gegensatz *res iuris* — *res facti* im Besitzrecht (s. dazu Bonfante, Corso III, Nachdruck 1972,

den Institutionen Justinians hingewiesen werden, die nicht mit voller Sicherheit auf Gaius zurückgeführt werden können. Wahrscheinlich aus den *res cottidianae* stammt Inst. Just. 3.1.11⁸¹, wo der Satz: *naturalia enim iura civilis ratio peremere non potest* zwar vernünftig, aber wiederum nicht „produktiv“ verwendet wird. Während der Prätor die emanzipierten natürlichen Kinder zur *bonorum possessio* (unde liberos) zuläßt, besteht zugunsten der emanzipierten Adoptiv-Kinder nur ein Recht auf *bonorum possessio* am Nachlaß des natürlichen Vaters, nicht aber an dem des Adoptivvaters⁸². Sicherlich beruht diese Unterscheidung auf dem Fortbestehen der natürlichen Verwandtschaft zwischen dem Vater und dem emanzipierten Kind. Doch ist es künstlich, daraus zu schließen, daß ein — sonst selten spürbarer — genereller Vorrang der *iura naturalia* vor der *ratio civilis* bestünde.

Da Gaius von allen uns bekannten Juristen der stärkste Deklamator für die Würde des Naturrechts ist, liegt es nahe, ihm auch die Gegenüberstellung der ewig gleichen göttlichen *iura naturalia* und der ständig veränderlichen mensch-

lichen Gesetze in den Institutionen Justinians (1.2.11) zuzuschreiben:

Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.

Wenn auch der Hinweis auf die *divina providentia* justinianisch sein dürfte⁸³, so entspricht die Entgegensetzung im übrigen völlig stoischem Gedankengut, so daß mit der Herkunft aus unserer Epoche gerechnet werden darf⁸⁴. Allerdings läßt gerade die weite Verbreitung dieses Gedankens die Frage offen, ob er nicht aus einem der Institutionenwerke anderer Juristen in die justinianischen Institutionen übernommen worden ist⁸⁵. Wie dem auch sei, die Abwertung des positiven Rechts mag hier — wie an anderen Stellen — rechtspolitisch gefährlich sein, da sie die Rechtsordnung zu untergraben geeignet ist; unmittelbare Konsequenzen dürften aus ihr nicht gezogen worden sein⁸⁶.

Fassen wir zusammen. Sowohl in der Form

223 ff.; vgl. auch Kaser, RPR I, 284, 395 mit Lit.). Wenn Paulus in diesem Zusammenhang an einer Stelle sagt: *res facti infirmari iure civili non potest* (D. 41.2.1.4.; vgl. z. St. Kaser aaO 331 A. 27 mit Lit.; Bonfante aaO 263), so geht es ihm offensichtlich nicht um eine Kritik am *ius civile*, sondern um den Versuch, das „Wesen“ der *possessio* zu beschreiben.

⁸¹ Inst. Just. 3.1.11 (vgl. Ferrini, Opere II 378 f.): *Minus ergo iuris habent adoptivi quam naturales. namque naturales emancipati beneficio praetoris gradum liberorum retinent, licet iure civili perdunt: adoptivi vero emancipati et iure perdunt gradum liberorum et a praetore non adiuvantur. et recte: naturalia enim iura civilis ratio peremere non potest, nec, quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiaeve aut nepotes neptesve esse: adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia ius nomenque filii filiaeve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt.*

⁸² S. nur Kaser aaO 698.

⁸³ Vgl. auch Tanta § 18 (Lit. bei Nörr, Divisio und Partitio, 47 A. 198; dazu noch Bretone, Tecnica e ideologie dei giuristi romani, 1971, 54 f.).

⁸⁴ S. nur o. II 2 bei A. 53. — Gerade die wenig autoritäre Haltung, mit der auf den *tacitus consensus populi* angespielt wird, spricht gegen eine justinianische Erfindung.

⁸⁵ Zum Problem vgl. Lit. bei F. Schulz, Rechtswissenschaft, 385. Ferrini aaO 334 ist unentschieden.

⁸⁶ Der Vollständigkeit halber ist noch auf Inst. Just. 4.2 pr. hinzuweisen: *Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti (quis enim magis alienam rem invito domino*

contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est eum improbum furem esse): sed tamen propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum et est intra annum quadrupli, post annum simpli. quae actio utilis est, etiamsi quis unam rem licet minimam rapuerit. quadruplum autem non totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus: sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto sive non. ridiculum est enim levioris esse condicionis eum qui vi rapit, quam qui clam amovet. Diese Stelle (vgl. auch Gai. inst. 3.209) würde nur hierher gehören, wenn die Äußerung aus den *res cottidianae* des Gaius (s. zu diesen nur Liebs, Klagenkonkurrenz im römischen Recht, 1972, 44 mit Lit.) stammt und wenn sich die Kritik überdies nicht auf „strittiges Juristenrecht“ bezieht. Für die Herkunft aus Gaius mag die Ausdrucksweise („*ridiculum*“) sprechen; überdies paßt diese Qualifizierung der Besserbehandlung des Räubers im Verhältnis zum Dieb schlecht zu Justinian, der gerade im Ergebnis den Räuber besser stellt als wenigstens den *fur manifestus*. So erklärt sich auch das spätere Bemühen des Theophilos (Paraph. 4.2), den Sinn des Institutionentextes durch die Unterscheidung des *furtum manifestum* vom *furtum nec manifestum* zu retten. Es ist kaum denkbar, daß die Verfasser der Institutionen Justinians, zu denen Theophilos selbst gehörte, sich — unabhängig von einer Textvorlage — in diese Schwierigkeiten gebracht hätten (etwas anders allerdings Liebs aaO 51 ff.). Unter diesen Umständen wird es zweifelhaft, ob Gaius (inst. 4.8: *Poenam tantum*

als auch im Inhalt entspricht die Rechtskritik des Gaius weithin der literarischen Kritik. Dabei sind drei Züge besonders auffällig: Zum einen trifft die Kritik in der Regel nicht mehr geltendes Recht. Zum anderen: Wo geltendes Recht auf dem Spiele steht, läßt sich die Kritik allenfalls erschließen. Schließlich preist Gaius das *ius gentium* und die *natura* und neigt dazu, verbal das positive Recht herabzusetzen; doch zieht er aus dieser Herabsetzung keine praktischen Konsequenzen.

Es bleiben einige Probleme, die hier nur durch Vermutungen gelöst werden können. Gaius ist der Jurist, bei dem wir — und zwar ausschließlich in den Institutionen — am meisten Kritik finden. Das wäre ein Argument für unsere Hypothese, daß sich auch andere Juristen an sich häufiger kritisch äußerten, als es die Digesten erkennen lassen. Auch wenn man diese Hypothese nicht aufgeben will, so fordert sowohl die Person des Gaius als auch die Art seiner Kritik zur Vorsicht auf. Denn wie gesagt, Gaius kriti-

siert weithin „wie ein Literat“⁸⁷ — wenn er auch verständlicherweise als juristischer Schriftsteller durch die Quantität seiner kritischen Äußerungen hervorsticht. Je mehr man Gaius als Sonderfall betrachtet, desto weniger ist es möglich, aus der Fülle seiner kritischen Äußerungen Konsequenzen für die sonstige juristische Literatur zu ziehen. Das mag auch für seine Bevorzugung der Kritik an obsoletem Recht gelten. Wir können nicht ausschließen, daß — kritische Äußerungen bei anderen Juristen unterstellt — diese auch oder vorzugsweise gerade das geltende Recht betrafen. Allerdings ist wiederum zu berücksichtigen, daß wir dort, wo andere Juristen sich vielleicht — ebenso wie Gaius — mit obsoletem Recht kritisch befaßten, mit Auslassungen in den Digesten rechnen müssen — nicht allein deshalb, weil diese Äußerungen kritisch sind, sondern auch weil sie antiquiert sind. Im folgenden Abschnitt sollen wenigstens einige Lösungsansätze für die hier aufgezählten Probleme gegeben werden.

persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit.) sich wirklich auf eine zu seiner Zeit längst aufgegebene Juristenmeinung bezieht. Daher dürfte die Stelle eher in den Bereich der Kontroversen unter den Juristen als in den hier interessierenden Bereich der Rechtskritik gehören. Vgl. zum Problem (außer der Lit. bei Kaser RPR I 626 f.) Liebs aaO 51 ff., 161 ff.; Nehlsen, Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter I, 1972, 135 f. — Zu beachten ist, daß in manchen antiken Rechtsordnungen der Raub milder bestraft wird als der Diebstahl; s. Philo. Werke. Deutsch II 246 A. 1; anders Philon de leg. spec. IV 1 ff. Es wäre zu erwägen, ob nicht in der den Räuber begünstigenden Auffassung die volkstümliche, besonders

negative Bewertung der heimlichen Tat im Verhältnis zur offenen Gewalt zum Ausdruck kommt. Zur Rolle der „vis“ in der Frühzeit vgl. die Beobachtungen von Labruna, Vim fieri veto, 1971, 12 passim; ders. Index 3, 1972, 525 ff. Zu überlegen wäre auch, ob sie nicht auch Ursache dafür war, daß die Unersitzbarkeit geraubter Sachen erst lange nach der Unersitzbarkeit gestohlener Sachen festgelegt wurde (Gai. 2.45). Doch würde eine Untersuchung dieser Frage, die vor allem auf die Entwicklung des *furtum*-Begriffes einzugehen hätte, hier zu weit führen.

⁸⁷ Nicht überall; s. etwa inst. 2.52 ff.; 3.18 ff. (25). Wie Medicus (aaO (o. A. 7) 68 f.) festgestellt hat, hat Gaius auch insoweit eine Sonderstellung, als er geneigt ist, den historischen Normzweck zu berücksichtigen.

IX. RECHTSKRITISCHE ÄUSSERUNGEN IN DER KLASSISCHEN JURISPRUDENZ

1. Vorbemerkungen, Adoption und Testamentsformalismus

Es wurde darauf hingewiesen, daß Rechtskritik in dem hier verstandenen Sinne bei den römischen Juristen nicht allzu häufig zu finden ist. Soweit die Texte ein Urteil erlauben, erfolgt die Auseinandersetzung regelmäßig innerhalb des Bereichs der Rechtswissenschaft selbst. „Von außen“ kommende Normen werden durch Auslegung (im weitesten Sinne) den Bedürfnissen angepaßt¹. Sicherlich kann die Auslegung einer Norm — vor allem dann, wenn sie sich vom Wortlaut entfernt — eine stillschweigende Kritik des geltenden Rechts einschließen. Das gleiche gilt auch von „Rechtsänderungen“, die durch das Juristenrecht veranlaßt sind. Doch bleiben beide Bereiche außerhalb unseres Themas.

Bevor im folgenden ohne Anspruch auf Vollständigkeit kritische Überlegungen der Juristen zu den *leges*, *senatusconsulta* und den *edicta* zu erörtern sind, ist kurz auf zwei kritische Äußerungen zu überlieferten Rechtsinstitutionen hinzuweisen, die ihrerseits nicht auf bestimmte rechtssetzende Akte zurückführbar sind. Dabei geht es einmal um eine — charakteristischerweise außerhalb der *Digesten* überlieferte (Gell. 5.19.11 ff.) — Bemerkung des Sabinus zum altzivilen Institut der *arrogatio*, zum anderen um einen Bericht Justinians über rechtskritische Äußerungen der *antiquitas* zum Testamentsformalismus (Inst. Just. 2.20.34). In beiden Fällen ist die

Grenze zum *ius controversum* nicht scharf zu ziehen.

Wenn sich Sabinus auch mit früheren Juristenmeinungen über *Arrogation* und *Adoption* auseinandersetzt, so liegt der Akzent bei ihm doch eher auf der Kritik einer juristischen Fossilie, die es gestattete, über die *Adoption* den Sklaven und Freigelassenen den Status eines *ingenuus* zu verschaffen². In Stil und Tendenz erinnert die Äußerung des Sabinus an die Worte des unbekannten Juristen bei Gell. 16.10.7 ff. über *illa duodecim tabularum antiquitas*. Nicht zu verkennen ist aber, daß für Sabinus diese *antiquitas* eine die geltende Rechtsordnung bedrohende Wirkung hat, daß sie also keineswegs bloß antiquarisches Interesse besitzt.

Schwieriger ist die Bewertung der Äußerung Justinians (Inst. Just. 2.20.34):

... *sed quia incivile esse putavimus ordinem quidem scripturae sequi (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus, ut liceat et ante heredi institutionem et inter medias heredum institutiones legatum relinquere et multo magis libertatem, cuius usus favorabilior est*³.

Was das in der Stelle angesprochene Sachgebiet betrifft, so begann man bekanntlich bereits in klassischer Zeit an dem Grundsatz zu rütteln, daß die Erbeinsetzung *caput et fundamentum totius testamenti* sei und daß deshalb Verfügungen, die vor der Erbeinsetzung stehen, nichtig

¹ S. nur Wesel, *Rhetorische Statuslehre*, 42 ff.; Vonglis, *La lettre et l'esprit*, 75 ff.; zu Celsus zuletzt Hausmaninger, *Studi Grosso* V, 1972, 245 ff.

² Gell. 5.19.11 ff.: *Libertinos vero ab ingenuis adoptari quidem iure posse Masurius Sabinus scripsit. Sed id neque permitti dicit neque permittendum esse umquam putat, ut homines libertini ordinis per adoptiones in iura ingenuorum invadant. Alioquin, inquit, si iuris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per praetorem dari in adoptionem potest. Idque ait plerosque iuris veteris auctores posse fieri scripsisse.* Zu Cato vgl. Inst. Just. 1.11.12.

Lit. bei Kaser RPR I 67 A. 22; vgl. im übrigen auch Dirksen, *Hinterlassene Schriften* I, 1871, 25 ff. und Schtajer man, *Krise der Sklavenhalterordnung*, 1964, 49 f. Zur Zeit des Sabinus war diese Art der Adoption wohl ausgeschlossen. Anders wieder bei Justinian (Inst. 1.11.12; CJ 7.6.1.10). Vgl. hierzu auch Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik*, 1966, 53 A. 10.

³ S. auch CJ 6.23.24 (a.528); zum Vergleich beider Stellen s. nur Archi, *Iura* 5, 1954, 171 ff.; ders. *Giustiniano Legislatore*, 1970, 161 f.

seien (vgl. Gai. 2.229 ff.). Auf die Einzelheiten dieser Entwicklung, vor allem auch auf die Frage, ob und inwieweit der von Justinian endgültig festgelegte Rechtszustand nicht schon in vorjustinianischer Zeit existierte, braucht nicht eingegangen zu werden⁴.

Hier interessiert allein die Frage, wie die Äußerung Justinians, daß schon die *antiquitas* die strenge Regel tadelte (*vituperare*), zu verstehen ist. Wenn wir auch festgestellt haben, daß gerade auch die literarische Kritik sich zwar nicht auf den Satz über die *heredis institutio*, so aber doch schlechthin auf den römischen Testamentsformalismus richtete (s. o. V 5), so ist es doch wohl ausgeschlossen, den von Justinian bezeugten Tadel der *antiquitas* außerhalb der juristischen Literatur zu suchen. Als möglicher Ansatzpunkt bietet sich der bekannte Streit der Rechtsschulen über die Frage an, ob wenigstens die Einsetzung des *tutor* vor der Erbeinsetzung vorgenommen werden darf; die Prokulianer entschieden sich bekanntlich für die großzügigere Auffassung (Gai. inst. 2.231). Möglicherweise existierten ähnliche Streitigkeiten auch hinsichtlich anderer Verfügungen⁵. Unter diesen Umständen läßt sich aber nicht mehr mit Sicherheit entscheiden, ob sich die Kritik der *antiquitas* gegen die (wohl ungeschriebenen) Normen richtete, die die Reihenfolge bei testamentarischen Verfügungen bestimmten — so eher der Text von Inst. Just. 2.20.34 — oder ob es sich um den uns nicht weiter interessierenden Streit der Juristen über die „Auslegung“ dieser Normen handelte (*ius controversum*). Bemerkenswert ist, daß wir hier einen der nicht allzu zahlreichen Fälle vor uns haben, bei denen literarische und juristische Rechtskritik wenigstens in gewisser Weise zusammenfallen.

2. Kritik an Volksgesetzen

Geht man zur Kritik der Juristen an Volksgesetzen über, so ist zuerst eine Äußerung des Pomponius zu einem — zu seiner Zeit nicht mehr aktuellen — Gesetz (wohl aus dem 2. Punischen Krieg) zu erwähnen (37 ad Q. Muc.; D. 49.15.5.3)⁶. In dem berühmten und auch in der Antike viel erörterten Fall des Dolmetschers Menander⁷ bestand für diesen das Risiko, daß er — als zuerst kriegsgefangen, dann freigelassen und schließlich im Auftrag des römischen Volkes in seine Heimat geschickt — kraft des *postliminium* die römische Zivität verlieren könnte. Daher wurde — ähnlich wie im Falle des Hostilius Mancinus⁸ — ein Gesetz erlassen, das ihm sein Bürgerrecht konservieren sollte. Pomponius hält das Gesetz für überflüssig (*lex supervacua*). Dabei berücksichtigt er ebenso wenig wie Gaius⁹ und (vielleicht auch) Labeo¹⁰ in ähnlichen Fällen die historische Perspektive. Denn er rechnet nicht damit, daß die Struktur des *postliminium* in hochrepublikanischer Zeit möglicherweise eine andere war als zu seiner Zeit, daß insbesondere noch nicht ausgetragene Streitfragen existierten.

Wenn man überhaupt von einer Konzentration der Gesetzeskritik auf eine bestimmte Materie sprechen kann, so bei den familienpolitischen Gesetzen des Augustus; hier ist die Parallele zur nichtjuristischen Gesetzeskritik evident. Nach Ulp. D. 24.3.64.9¹¹ tadelt Labeo eine durch ein Versehen (*quasi omissum*) entstandene Lücke der *lex Julia de maritandis ordinibus*. Während das Gesetz der Ehefrau bei einer Freilassung von Dotalsklaven durch den Ehemann eine Klage gegen diesen oder seine Erben gab, ist in ihm von einer Klage gegen den eventuellen Gewalthaber des Ehemanns keine Rede. Ob Labeo eine

⁴ Vgl. nur Kaser, RPR I 686; II 351 mit weiteren Hinweisen.

⁵ S. nur die Beispiele bei Kaser, RPR I 686 A. 9.

⁶ D. 49.15.5.3.: *Captivus autem si a nobis manumissus fuerit et pervenerit ad suos, ita demum postliminio reversus intellegitur, si malit eos sequi quam in nostra civitate manere. ... et ideo in quodam interprete Menandro, qui posteaquam apud nos manumissus erat, missus est ad suos, non est visa necessaria lex, quae lata est de illo, ut maneret civis Romanus: nam sive animus ei fuisset remanendi apud suos, desineret esse civis, sive animus fuisset revertendi, maneret civis, et ideo esset lex supervacua.*

⁷ Dazu nur Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuri-*

sti romani, 1971, 175 ff.; Kaser, RPR I, 281 A. 28; Wieacker, Festg. v. Lübtow, 1973, 208 ff. (jeweils mit Quellen und Lit.).

⁸ D. 50.7.18; ebenfalls aus dem 37. Buch ad Q. Muc. Vgl. dazu nur Bretonne aaO 176 f. mit weiteren Angaben, sowie Wieacker aaO 204 ff.

⁹ S. o. VIII 1 bei A. 43.

¹⁰ S. u. IX 4 bei A. 40.

¹¹ D. 24.3.64.9: *De viro heredeque eius lex tantum loquitur: de socero successoribusque soceri nihil in lege scriptum est: et hoc Labeo quasi omissum adnotat. in quibus igitur casibus lex deficit, non erit nec utilis actio danda.* Anders (auch ohne Gesetzeskritik) Pomp. D. 19.5.11.

actio utilis geben wollte, kann hier offen bleiben¹². Wenn man den Grund der Kritik schlagwortartig qualifizieren will, so liegt er nicht in allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen, sondern im Bereich der juristischen Konsequenz oder der Systemharmonie¹³.

Ebenfalls auf die *lex Julia* bezieht sich Paul. D. 23.2.44.5, eine Stelle, die nicht zuletzt deshalb erwähnt sei, um die unscharfen Grenzen von Kritik und Auslegung zu zeigen¹⁴. Bei der Auslegung der Gesetzesworte zum Eheverbot für die Senatoren¹⁵ erschien den Juristen die schrankenlose Einbeziehung der infamierenden Vergangenheit des Vaters der potentiellen Ehefrau des Senators offensichtlich als unbillig. Doch enthielten sich Pomponius und Paulus einer offenen Kritik — sei es am Gesetzeswortlaut, sei es am Gesetzeszweck — und versuchten, mit Berufung auf die *sententia legis* Abhilfe zu schaffen¹⁶.

Nach der *lex Julia de adulteriis* durften die Ehefrau (und ihr Vater) innerhalb von sechzig Tagen nach der Scheidung Sklaven weder freilassen noch veräußern; damit sollte verhindert werden, daß diese der *quaestio* wegen des Ehebruchs entzogen werden könnten. Die Juristen haben die Tendenz, diese *lex* — soweit sie zu Lasten der Sklaven geht¹⁷ — streng auszulegen

und nur dort vom Wortlaut abzugehen, wo er den Sklaven allzu günstig zu sein scheint¹⁸.

Was die enge Auslegung betrifft, so werden auch Sklaven, die typischerweise für die *quaestio* nicht in Betracht kommen, von Ulpian (und Afrikan) mehr oder weniger schikanös dem Gesetze unterworfen¹⁹. In der berühmten Bemerkung Ulpians: *quod quidem durum est, sed ita lex scripta est*, könnte man auch ein Zeichen von Heuchelei oder schlechtem Gewissen sehen; daher muß offenbleiben, ob sie als kritische Äußerung interpretiert werden darf. Mit ihr könnte man die Worte Papinians (D. 48.3.2.1)²⁰ konfrontieren, wo eine *interpretatio* zuungunsten des Sklaven als *perdura, pernimum severa* zurückgewiesen wird. Allerdings geht es hier nicht um die Kritik an der gesetzlichen Bestimmung, sondern um die Ausfüllung einer Lücke durch Interpretation. Der Wendung Ulpians dagegen stehen die Worte des Tiberius zu den als überstreng beurteilten *iudicia maiestatis* näher: ... *exercendas esse leges* (Suet. Tiberius 58)²¹.

Wo es um die Anwendung der *lex* zu Lasten der Sklaven geht, setzen sich die Juristen vom Wortlaut des Gesetzes ab. So notiert Afrikan unter Zustimmung Ulpians, daß die 60-Tage-Frist bei komplizierten Verfahren zu kurz sei.

¹² Vgl. die Diskussion bei Wesel aaO 94 f. — Zur Neigung Labeos, sich an die *verba* zu halten, vgl. P. Stein, *Cambr. Law Journ.* 31, 1972, 9 ff.; s. auch u. A. 97.

¹³ Vielleicht darf man auch aus der Benutzung von „omittere“ durch Marcian bei Auslegung der *lex Pompeia de parricidiis* (s. zu ihr Lit. o. V 2 A. 59; vgl. auch Wesel aaO 95) auf eine Kritik des Gesetzeswortlautes schließen (D. 48.9.3): ... *sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur*.

¹⁴ D. 23.2.44.5: *An et is noceat, qui antequam adoptaret artem ludicram fecerit? atque si naturalis pater antequam filia nasceretur fecerit? et si huius notae homo adoptaverit, deinde emancipaverit, an non possit duci? ac si talis pater naturalis decessisset? sed de hoc casu contrariam legis sententiam esse Pomponius recte putat, ut eis non communerentur*. — Vgl. dazu nur Vonglis, aaO 124 ff.; Astolfi, *La lex Julia et Papia*, 1970, 18.

¹⁵ D. 23.2.44 pr: *Lege Iulia ita cavetur: Qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit. neve senatoris filia neptisve ex filio proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive qui ipse cuiusve pater materve artem ludi-*

cram facit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto.

¹⁶ Weitere Beispiele für einschränkende Auslegung der augusteischen Ehegesetze bei Wesel aaO 115 ff.

¹⁷ Dem widerspricht nicht CJ 9.9.3 (a.213); dort wird die Ausweitung des Gesetzes auf nicht im Gesetz genannte Sklaveneigentümer verboten.

¹⁸ Vgl. die Diskussion bei Wesel aaO 99 f., 127 f. und Vonglis, *La lettre et l'esprit*, 43 f.; vgl. auch Yaron, *RIDA* 3. S. 2, 1955, 384 ff.

¹⁹ D. 40.9.12.1 und 2: *Ipsa igitur quae divertit omnes omnimodo servos suos manumittere vel alienare prohibetur, quia ita verba faciunt, ut ne eum quidem servum, qui extra ministerium eius mulieris fuit vel in agro vel in provincia, possit manumittere vel alienare: quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est. Sed et si post divortium servum mulier paravit aut alia ratione adquisiit, aequae, quod ad verba attinet, manumittere non poterit: et ita Sextus quoque Caecilius adnotat*.

²⁰ S. dazu Paul. D. 48.16.16; vgl. auch Waldstein, *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht*, 1964, 115 f. mit Lit.

²¹ S. dazu o. V 1 bei A. 16.

Für verdächtige Sklaven hat spätestens Ulpian deshalb eine Verlängerung der Frist für zulässig gehalten²².

Will man die Worte über die „Härte“ der *lex Julia* als Kritik interpretieren, so dürfte diese durch die Unbilligkeit des Gesetzes motiviert sein; Folgen werden aus der Kritik nicht gezogen. Wo dagegen über den Gesetzeswortlaut hinaus die 60-Tage-Frist verlängert wird, geht es um die Verwirklichung des Gesetzeszweckes, der mit dem vom Gesetzgeber angegebenen Mittel nicht stets erreichbar ist.

Bereits aus dem Gesagten dürfte sich ergeben, daß die Juristen keineswegs systematisch eine Einschränkung der Ehegesetze verfolgten. Eher dürfte ihre Haltung in den Worten des Terentius Clemens²³ zum Ausdruck kommen: *legem enim utilem, rei publicae subolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione*. Daraus folgt, daß es bei der Anwendung der augusteischen Ehegesetze auf den Gesetzeszweck ankommen soll, der je nach Fall durch Einschränkung oder durch Ausdehnung im Verhältnis zum Wortlaut zu verwirklichen ist.

Im zuletzt zu nennenden Fall einer möglichen Kritik an einer *lex* gerät man in den Bereich der hohen Politik. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die tragische Affäre des Selbstmordes des älteren Nerva als rechtskritisches Verhalten interpretiert werden kann. Ein tieferes Eingehen an dieser Stelle erübrigt sich nicht nur deshalb, da die Gründe, die Nerva nach den Quellen zum Selbstmord führten, offensichtlich mit der Rechtspolitik des Prinzipats generell zu tun hatten, nicht also „fachspezifisch“ waren, sondern da erst

kürzlich Crifò die Texte gründlich analysiert hat²⁴. Während Tacitus (ann. 6.26) als Motiv für den Selbstmord die Situation des römischen Staates zur Zeit des Tiberius generell nennt, wird Cassius Dio (58.21.4 f.) konkreter²⁵:

... καὶ ὁ Νέρουας μηκέτι τὴν συνουσίαν αὐτοῦ φέρον ἀπεκατέρθησεν διὰ τε τᾶλλα, καὶ μάλιστα ὅτι τοὺς νόμους τοὺς περὶ τῶν συμβολαίων ὑπὸ τοῦ Καίσαρος τεθέντας, ἐξ ὧν καὶ ἀπιστία καὶ ταραχὴ πολλή γενήσεσθαι ἐμελλεν, ἀνενεώσατο, καὶ πολλὰ γε αὐτοῦ παρακαλοῦντος ὅπως τι ἂν φαίη οὐδ' ἀποκρίνασθαι τι ἠθέλησε, ...

Wenn man der Darstellung des Cassius Dio Glauben schenkt, so war es in erster Linie die Wiederaufnahme der Gesetze Caesars über die Schuldverträge durch Tiberius, die zur endgültigen Entfremdung zwischen Nerva, dem alten Freunde des Kaisers, und Tiberius führte. Obwohl nicht mit Sicherheit zu sagen ist, auf welche gesetzgeberische Maßnahmen Caesars Cassius Dio sich bezieht²⁶, so legt doch die Motivierung mit dem zu erwartenden „Vertrauensschwund“ (*apistia*) und „Aufruhr“ (*tarache*) einen Eingriff in bestehende Schuldverhältnisse nahe — ähnlich wie ihn Caesar mit der *lex de pecuniis mutuis* vom Jahre 49 durch Zinsenerlaß und Zulassung der Hingabe von Grundstücken an Zahlungstatt²⁷ vorgenommen hatte. Dieser Plan des Tiberius dürfte im Zusammenhang mit der Wirtschaftskrise des Jahres 33, dem Todesjahr Nervas, gestanden haben²⁸. Nach dem Bericht des Tacitus (ann. 6.16 f.) hatte das in der Zwischenzeit nicht mehr beachtete Gesetz Caesars wohl vor allem auch Angehörige der Senatorenschicht betreffende, im ein-

²² D. 40.9.12.6: *Sextus Caecilius recte ait angustissimum tempus legem praestitisse alienandis manumittendisve servis. finge, inquit, ream adulterii intra sexagesimum diem postulatam: quae cognitio tam facile expediri potuit adulterii, ut intra sexagesimum diem finiatur? et tamen licere mulieri quamvis postulatae adulterii servum suspectum in adulterio vel quaestioni necessarium, quod ad verba legis attinet, manumittere. sane in hunc casum subveniendum est, ut destinati servi quasi conscii vel quasi nocentes non debeant manumitti ante finitam cognitionem.*

²³ D. 35.1.64.1 (5 ad leg. Jul. et Pap.); dazu Kaser RPR I 321 A. 31 mit weit. Angaben.

²⁴ Studi Scherillo I 427 ff.; dort auch weitere Lit. und Quellen. Nicht ganz klar ist mir allerdings der von Crifò behauptete Zusammenhang der Äußerung Nervas (bei Ulp. D. 7.5.3) über das Legat des *quasi-ususfructus* mit den Maßnahmen des Tiberius (vgl. Tac. ann. 16.16 f.).

Eine solche Verbindung ließe sich wohl allenfalls bei einer nicht-testamentarischen Bestellung eines *quasi-ususfructus* ziehen. Eher dürfte das — bereits Sabinus bekannte (D. 7.5.5.1) — SC zur Vermeidung der in Cic. top. 3.17 geschilderten Konsequenzen erlassen worden sein.

²⁵ Zur Historizität vgl. Crifò aaO 432 f.; Koestermann, Cornelius Tacitus. Ann. II 311.

²⁶ S. außer Crifò auch Rotondi, *Leges*, 415, 420 (dort eine Sammlung der Quellen); De Martino, *Storia III*, 192 f.; dort auch zur Frage, ob es zwei solche Gesetze (vom Jahre 49 u. 46 v. Chr.) gab. Vgl. letzthin auch V. Giuffrè, *Labeo* 18, 1972, 173 ff.

²⁷ Vgl. zur *aestimatio* (Suet., *Div. Jul.* 42) Kunkel, *SZ* 90, 1973, 150 ff.; ders., *Studi Betti II* 605 ff.

²⁸ Tac. ann. 6.16 f.; vgl. dazu Mazzarino, *Trattato II*, 1956, 97; Koestermann aaO II, 277 ff.

zelen schwer zu ermittelnde Einschränkungen des *modus credendi possidendique intra Italiam* festgelegt. Tiberius verzichtete zwar auf eine sofortige Herstellung des dem Gesetz entsprechenden Zustandes und gab eine Anpassungsfrist von 1½ Jahren. Trotzdem kam es zu einer Verschärfung der Krisis, die zur Notwendigkeit von weiteren bei Tacitus ann. 6.17 geschilderten Maßnahmen führte.

Der Vorwurf des Nerva bezog sich also — die Richtigkeit des Berichtes des Cassius Dio unterstellt — anscheinend darauf, daß Tiberius durch die Wiederbelebung des älteren Gesetzes in die bestehenden Schuldverhältnisse eingriff. Eine Qualifikation dieser Kritik ist an dieser Stelle schwer möglich, nicht zuletzt deshalb, da die gesetzgeberischen Maßnahmen im einzelnen schwer durchschaubar sind. Will man die Kritik Nervas negativ bewerten, so wird man die unsoziale Haltung des „konservativen“ Senators hervorheben, der die mittleren und kleineren Landbesitzer der Willkür der Wucherer überließ. Zieht man eine positive Bewertung vor, so wird man — einem in der Prinzipatszeit häufig gebrauchten Argument folgend²⁹ — die Vernunft des Juristen loben, der zugunsten der Rechtssicherheit und der sozialen Ruhe auf die strikte Durchführung eines seit langem mißachteten Gesetzes wenigstens für die Vergangenheit (ob auch für die Zukunft, ist zweifelhaft) verzichten will.

3. Kritische Äußerungen zum SC *Pegasianum*

Während in dem soeben erwähnten Falle fundamentale Gegensätze innerhalb der den römischen Staat führenden Schichten zur Rechtskritik führten, kommen wir im folgenden wieder auf Probleme zu sprechen, die zwar rechtspolitisch belangvoll, aber doch vorwiegend einer fachspezifischen Diskussion zugänglich sind. Wäh-

rend hier das prätorische Edikt reicheres Material gibt, kann ich für die Kritik an einem Senatusconsultum (SC) nur ein einziges und zugleich etwas kompliziertes Beispiel nennen.

Bekanntlich bietet die Regelung des Universal-fideikommisses bei den Klassikern „ein übles Durcheinander“³⁰. Das *ius antiquum* bewirkte einen sowohl für den Erben als auch für den Universal-fideikommissar ungünstigen Rechtszustand, da es dem Erben letztlich das Risiko für die Erbschaftsschulden auferlegte und ihm deshalb den Nichtantritt der Erbschaft nahelegte, wodurch das Recht des Fideikommissars hinfällig werden konnte. Konnte doch der Übergang der Erbschaftsschulden (und -forderungen) nur auf dem Wege wechselseitiger Stipulationen und der Einsetzung des Bedachten zum *cognitor* oder *procurator in rem suam* erreicht werden, so daß der Erbe im Außenverhältnis (zu den Erbschaftsgläubigern) etwa bei Zahlungsunfähigkeit des Fideikommissars nicht ausreichend gesichert war.

Durch das SC *Trebellianum* (a. 56–57 n. Chr.) wurde der Erbe zwar von der Haftung für die Erbschaftsschulden und damit von dem Risiko befreit, von den Gläubigern belangt zu werden; doch wurde übersehen, daß die Befreiung vom Risiko allein keinen ausreichenden Anreiz zum Erbschaftsantritt darstellte. Hier sollte das etwas spätere SC *Pegasianum* eingreifen, das dem Erben ein Recht auf die falzidische Quart als Prämie für den Erbschaftsantritt gab. Im übrigen beseitigte dieses SC aber teilweise wieder die Normen des SC *Trebellianum*, so daß sich ein aus dem *ius antiquum* und den Regeln der beiden SCa bestehender verwickelter Rechtszustand ergab, der wohl auch für den gebildeten Laien des 2. Jahrhunderts kaum entwirrbar war. Materiellrechtlich führte das (teilweise) Wiederaufleben des *ius antiquum* zu dem für den Erben nachteiligen Wiederaufleben der *stipulationes* und damit zur Gefahr, den Erbschaftsgläubigern gegenüber wieder haftbar zu werden³¹.

²⁹ Vgl. nur Trajan bei Plin. ep. 10.115: ... *cuius* (sc. der *lex Pompeia*) *vim si retro quoque velimus custodire, multa necesse est perturbari*. Vgl. auch die Beispiele bei Nörr, Entstehung der *longi temporis praescriptio*, 1969, 63 ff., sowie Bove, *La consuetudine in diritto romano*, 1971, 86 ff., 103 ff.

³⁰ So Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts, 1955², 238. Vgl. hierzu vor allem Gai. inst. 2.247 ff. Da uns Einzelprobleme hier nicht interessieren, darf auf die

Gesamtdarstellungen von (Jörs-) Kunkel, Römisches Recht (= RR), 1949³ § 227 und Kaser (RPR I 761 ff.; II 395 ff.) verwiesen werden, die auch die Spezialliteratur enthalten.

³¹ Eine besondere Komplikation bestand darin, daß dann, wenn der Erbe die Erbschaft freiwillig antrat und die falzidische Quart einbehielt, die Rechtslage der *partitio legata* galt; das bedeutete für den hier interessierenden Fall, daß er nach außen hin Erbschaftsschuldner (und -gläubiger)

Unter diesen Umständen ist es nicht verwunderlich, daß Justinian, der Verfechter der *simplicitas legum*³², hier reformierend eingriff³³. Dabei ging er vom SC *Trebellianum* aus — womit die für den Erben, bei den *stipulationes partis et pro parte* aber auch für den Fideikommissar gefährliche Übertragung von Erbschaftsschulden und -forderungen durch die *stipulationes* wegfiel. Von dem im übrigen aus den Texten getilgten SC *Pegasianum* wurden — wie es bei Justinian auf der Basis einer recht eigentümlichen Theorie der Rechtsquellen heißt — zwei Bestimmungen (Recht des Erben auf die Quart und Zwang des Erben zum Erbschaftsantritt) in das ältere SC *Trebellianum* „überführt“³⁴. Justinian berief sich zur Rechtfertigung seiner Reformen gern auf die klassische Jurisprudenz³⁵. Für unser Thema ist es wichtig, daß er uns damit rechtskritische Äußerungen der klassischen Juristen überliefert hat.

Etwas vage ist seine Darstellung in der *constitutio Tanta* § 6a (ähnlich Dedoken § 6a):

... *solum autem senatus consultum Trebellianum ponendum esse existimavimus: captiosas etenim et ipsis veteribus odiosas Pegasiani senatus consulti ambages et utriusque senatus consulti ad se tam supervacuas quam scrupulosas diversitates respuentes totum ius super his positum Trebelliano senatus consulto adiudicavimus.*

Nimmt man den Satz wörtlich, so waren die verfänglichen, trügerischen, verwirrenden Sätze (*captiosae ambages*) des SC *Pegasianum* bereits den *veteres*, den klassischen Juristen „verhaßt“ (*odiosas*)³⁶; der Vorwurf der *tam supervacuae quam scrupulosae diversitates* der beiden SCA entstammt dagegen der Feder Justinians (und seiner Helfer). Dieses Ergebnis wird bestätigt und zugleich etwas präzisiert durch Inst. Just.

2.23.7: *Sed quia stipulationes ex senatus consulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatus consulti placuit exploso senatus consulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatus consulto praestare, ...*

Dieser Text läßt immerhin erkennen, daß es vor allem die durch das SC *Pegasianum* wieder eingeführten *stipulationes* waren, die wegen ihrer Verfänglichkeit („*captiosas*“) den alten Juristen und dem namentlich genannten Papinian mißfielen. Dabei dürfte das „Trügerische“³⁷ der Regelung des SC *Pegasianum* vor allem darin liegen, daß der Erbe glaubt, durch die *stipulationes* mit dem Fideikommissar von der Haftung gegenüber den Erbschaftsgläubigern endgültig frei zu sein, und nicht daran denkt, daß er — wenn auch nur in Sonderfällen — durchaus noch zur Zahlung der Erbschaftsschulden verpflichtet sein kann, obwohl er aus der Erbschaft selbst nichts oder wenig erhalten hat. Doch ist nicht zu vergessen, daß die *stipulationes* auch für den Fideikommissar „*captiosae*“ sein konnten, der die Einziehung der Erbschaftsforderungen dem Erben überließ und darauf vertraute, daß dieser ihm den jeweiligen Anteil zukommen lassen würde.

Während somit das rechtspolitische Motiv der Kritik Papinians deutlich ist, müssen weitere Fragen unbeantwortet bleiben. So können wir nicht sagen, ob Papinian versuchte, die Ergebnisse des SC *Pegasianum* zu korrigieren, ob er auch im übrigen die durch das SC *Pegasianum* angerichteten Komplikationen beklagte, welcher

blieb und nur im Innenverhältnis über die *stipulationes partis et pro parte* ein Ausgleich mit dem Fideikommissar erfolgte. Verzichtete er dagegen auf die falzidische Quart, so wurde durch die den *stipulationes emptae venditae hereditatis* nachgebildeten Stipulationsformulare wenigstens erreicht, daß der Fideikommissar als *cognitor* oder *procurator in rem suam* die Erbschaftsprozesse zu übernehmen hatte; doch war auch damit — etwa bei Zahlungsunfähigkeit des Fideikommissars — das Risiko für den Erben nicht völlig beseitigt. Vgl. dazu Gai. inst. 2.254, 257.

³² S. dazu Schindler, Justinians Haltung zur Klassik, 1966, 339 ff. Nach ihm (S. 340 A. 21) ist hier einer

der wenigen Fälle gegeben, wo Justinian wirklich zu einer Vereinfachung des Rechts kam.

³³ Inst. Just. 2.23.7; Tanta § 6a; Dedoken § 6a.

³⁴ „*transponere*“ in Inst. Just. 2.23.7, „*adiudicare*“ in Tanta § 6a.

³⁵ S. Schindler aaO 342. Zu den rechtshistorischen Teilen der Proömien s. Hunger, Proömion, 1964, 173 ff.

³⁶ Vgl. das „*in odium venire*“ des Gaius (4.30).

³⁷ Möglicherweise stammt die Qualifizierung als „*captiosus*“ bereits von Papinian; vgl. Pap. D. 2.15.5 („*liberalitatem captiosam*“); dazu ausführlich Sturm, Stipulatio Aquiliana, 1972, 364 ff.

Formen und welcher Argumente er sich bei seiner Kritik im einzelnen bediente, schließlich auch, ob und inwieweit sich andere klassische Juristen an dieser Kritik beteiligten. Immerhin bleibt die Tatsache bestehen, daß die klassische Jurisprudenz durchaus fähig war, die Schwächen des geltenden Rechts mit aller Deutlichkeit zu sehen und auszusprechen.

4. Ediktuskritik

Wie die Gesetze und Senatusconsulta stehen auch die Edikte dem Juristenrecht als „heteronome“ Rechtsquelle gegenüber³⁸. Auch hier wird sich die Kritik häufig im Handeln — in der Beteiligung an der Reform des Edikts — ausgedrückt haben. So wird von einer im übrigen nicht überaus glücklichen und wieder aufgegebenen Veränderung des Edikts durch Cassius berichtet, der die *exceptio metus causa* für überflüssig gehalten hatte³⁹.

Auch sonst wird die Frage erörtert, ob ein Edikt überflüssig ist⁴⁰. Ulpian (D. 47.10.15.26) berichtet, daß Labeo das *edictum ne quid infamandi causa fiat* als *supervacuum* bezeichnet habe, da es das allgemeine Injurienedikt gebe. Doch scheint bereits Labeo selbst, dem Ulpian ausdrücklich zustimmt, erwogen zu haben, daß

rechtspolitische Gründe zur Aufnahme dieses speziellen Edikts geführt haben. Historische Erwägungen — etwa über die ursprüngliche Enge des Injuriatbestandes⁴¹ — finden sich in dem uns überlieferten Text nicht; vielmehr herrscht — wie bei Gaius — eine „synchrone“ Betrachtungsweise. Das ist um so auffälliger, als dem Labeo, der anscheinend Kenner der Historie der *iniuria*⁴² war, möglicherweise das zeitliche Verhältnis von *a. iniuriarum generalis* und *edictum ne quid infamandi causa fiat* bewußt war; der Vorwurf des *supervacuum* müßte sich dann gegen die fehlende Anpassung des Edikts an die neue Rechtslage richten. Wie dem auch sei, der Text ist für die Erkenntnis des „historischen Bewußtseins“ Labeos aufschlußreich.

Mit moralisierenden Erwägungen wird die Notwendigkeit des *edictum: nautae caupones stabularii ut recepta restituant* — trotz Existenz der *locatio conductio* (und des *depositum*) — gerechtfertigt⁴³. Der von Ulpian zitierte Pomponius, dessen Erwägungen möglicherweise wieder auf Labeo zurückgehen, begründet die Existenz des Edikts einmal mit der besonderen Ausgestaltung der Haftung, zum anderen — rechtspolitisch — mit der Notwendigkeit besonderer und ausdrücklicher Sanktionen gegen *nautae, caupones* und *stabularii*. Es ist auffällig, daß die „kritischen“ Punkte der angegebenen

³⁸ Es braucht nicht betont zu werden, daß damit die Mitwirkung der Juristen an der Entwicklung des Honorarrechts nicht geleugnet wird. Zur Frage, ob die Juristen bei der Auslegung der Edikte freier waren als bei derjenigen der Gesetze, Vonglis, *La lettre et l'esprit*, 192 ff.

³⁹ Ulp. D. 44.4.4.33: *Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem. etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiciatur, verumtamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici possit.*

⁴⁰ Vgl. auch die Behauptung des Gaius (1.78), daß ein Teil der *lex Minicia* überflüssig sei (s. o. VIII 1 bei A. 46); zu Pomponius s. o. IX 2 bei A. 6.

⁴¹ S. nur Kaser RPR I, 623 f.; Daube, ACI Verona III 411 ff. (434 ff.); Rabe, Grundlagen klassischer Injuriensprüche, 1969, 5 f.; Wittmann, Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht,

1972, 32 ff. (jeweils mit weiterer Lit.). — Ulp. D. 2.14 7.10 zeigt, daß Labeo auch sonst mit der Figur der *lex supervacua* arbeitet (Hinweis von Dr. Wittmann).

⁴² S. Gell. 20.1.13; Labeo libri ad XII tab.; dazu jetzt Birks, in „Daube Noster“, 1974, 39 ff.

⁴³ Ulp. D. 4.9.3.1: *Ait praetor: nisi restituent, in eos iudicium dabo. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit neccessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.* — Vgl. die reiche Literatur bei Kaser aaO 586 A. 30.

Edikte die Juristen eher zur Legitimierung als zur Polemik veranlassen.

Angesichts der kritischen Haltung Labeos zum Edikt ist es nicht ausgeschlossen, daß er auch gegen das Edikt über die *missio in bona damnatorum* polemisierte (Call. D. 49.14.1.1)⁴⁴:

An bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit etiam ea, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere. sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veniunt, si ex his fisco adquiri nihil possit.

Voraussetzung wäre allerdings, daß das der *sententia* Labeos widersprechende Edikt schon zu seiner Zeit existierte; doch ist das nicht beweisbar.

Ein solcher — allerdings den Juristen selbst nicht völlig überzeugender — Legitimierungsversuch findet sich auch anläßlich der Verwunderung Ulpian's⁴⁵, daß es kein Sachmängel-Edikt bei der *locatio conductio* gebe (D. 21.1.63):

Sciendum est ad venditiones solas hoc edictum pertinere non tantum Mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum. cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur: haec tamen ratio redditur vel quia numquam istorum de hac re fuerat iurisdictio vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt.

Während der Hinweis auf die fehlende Jurisdiktion der kurulischen Ädile auch den modernen Betrachter befriedigen könnte und zugleich zeigt, daß Ulpian den historischen Aspekt berücksichtigt, ist der Hinweis auf die fehlende Ähnlichkeit von *emptio venditio* und *locatio conductio* nur dann kein leeres Gerede, wenn Ulpian an die tatsächlichen Vorgänge beim Marktkauf (etwa an die Fehleranzeigen und *stipulationes*) dachte.

Während die Kritik auch hier zur Rechtfertigung führte und daher eher mit den *Ediktslaudationes* zu parallelisieren ist (s. u. XI 2 bei A. 27), findet sich gerade auch bei Ulpian — dem wir vielleicht nicht nur aus Überlieferungsgründen eine relativ große Zahl von kritischen Äußerungen verdanken⁴⁶ — eine nicht durch einen Legitimationsversuch aufgehobene Kritik am Edikt. Anläßlich einer sich auf die *actio iudicati* beziehenden Ediktsklausel⁴⁷ vermerkt Ulpian, daß der gewählte Ausdruck *iurisdictio* zu eng sei; vielmehr hätte der weitere, auch die *cognitio* betreffende⁴⁸ Terminus „*notio*“ gewählt werden müssen (D. 42.1.5 pr):

Ait praetor: cuius de ea re iurisdictio est. melius scripsisset: cuius de ea re notio est: etenim notionis nomen etiam ad eos pertineret, qui iurisdictionem non habent, sed habent de quavis alia causa notionem.

Diese Kritik könnte berechtigt sein, da die prätorischen Vollstreckungsmöglichkeiten dem Prozeßsieger bekanntlich auch im Verfahren der *cognitio* zustanden⁴⁹. Auf die Gründe der Wahl des Wortes „*iurisdictio*“, die wiederum mit der Geschichte der Gerichtsverfassung zusammenhängen dürften, geht Ulpian nicht ein.

An der zweiten hier zu erwähnenden Stelle befaßt sich Ulpian mit dem Restitutionsedikt zugunsten des Mündels, für das ein Scheintutor die *auctoritas* eingelegt hatte⁵⁰. Bei der Kommentierung der Edikts Worte „*quod eo auctore, qui tutor non fuerit*“ bemerkt Ulpian: „*verbis edicti multa desunt*“. Er belegt diese Behauptung — gestützt auf die frühere Kommentierung des Pomponius — durch mehrere Beispiele⁵¹. Wie häufiger, trifft die Kritik des Juristen hier nicht den Inhalt und den Zweck der Norm, sondern allein ihre ungenaue Formulierung. Den Weg

⁴⁴ Lenel, *Edictum Perpetuum*, 1927³, 421. Vgl. die Diskussion bei Waldstein, *Index* 3, 1972, 358.

⁴⁵ „*mirum*“; vgl. das „*miratur*“ in D. 4.9.3.1. Nach Kaser, *SZ* 73, 1956, 427 A. 22 ist die Stelle interpoliert; anders Mayer-Maly, *Locatio conductio*, 1956, 69.

⁴⁶ Vgl. immerhin auch die Andeutung einer kritischen Bemerkung bei Paul. D. 37.8.2. Zur *nova clausula Iuliani* auch Marcell. 3. h. t.; Ulp. D. 37.9.1.13; Lenel, *Edictum Perpetuum*, 1927³, § 146; Vonglis aaO 113 f.

⁴⁷ S. Lenel aaO 409.

⁴⁸ Vgl. nur Ulp. D. 50.16.46 pr und Kaser *RZP* 136 A. 54 (mit Lit.).

⁴⁹ S. Kaser aaO 405. Die Echtheit des mit dem zumindest nach früherer Auffassung (s. Heumann-Seckel

s. v.) für Interpolationen typischen Wort „*etenim*“ beginnenden Satzteiles kann hier an sich dahinstehen; sachliche Unehtheitsindizien dürften nicht bestehen.

⁵⁰ Für unsere Zwecke ist es gleichgültig, ob sich in klassischer Zeit das Edikt nur auf die Prozeßführung bezog und die Einbeziehung sonstiger Handlungen justinianisch ist; vgl. nur Lenel aaO 119 f.; Kaser *RPR* I 267 (mit Lit.); im übrigen auch Vonglis aaO 104 f.

⁵¹ D. 27.6.1.2–5; „*Quod eo auctore, inquit, qui tutor non fuerit. verbis edicti multa desunt: quid enim si fuit tutor, is tamen fuit qui auctoritatem accommodare non potuit? puta furiosus vel ad aliam regionem datus. Sed Pomponius libro trigensimo scribit interdum quamvis a non tutore gestum est, non pertinere ad hanc partem edicti:*

zur Behebung dieses Fehlers öffnen die normalen Interpretationsmethoden (hier die extensive Auslegung).

Zuletzt seien noch einige Stellen erwähnt, die nicht nur unter dem Aspekt der Ediktskritik, sondern mehr noch unter dem hier nicht zu vertiefenden Aspekt der julianischen Ediktsredaktion von Interesse sind. Das Fragment D. 37.5.6⁵² enthält die Anfrage eines Aristo an Julian nach der Rechtslage eines Legates zugunsten des Vaters des Erblassers in dem Falle, daß der übergangene emanzipierte Sohn des Erblassers die *bonorum possessio contra tabulas* beantragt hatte. Nach dem Edikt⁵³ mußte der Sohn dem Vater des Erblassers als einer *persona excepta* das Legat zahlen. Bei der Beantwortung der viel-

fach gegliederten Frage⁵⁴ läßt Julian das nicht interessierende Problem der *aditio hereditatis* unbeachtet und kommt sofort zum Kern der Anfrage, nämlich der Höhe des dem *pater* zustehenden wirtschaftlichen Anteils am Nachlaß. Er beginnt seine Ausführungen mit der Bemerkung, daß das Edikt hier zu einigen Beanstandungen (*nonnullas reprehensiones*) Anlaß gebe. Denn wenn dem Vater des Erblassers etwa Dreiviertel des Nachlasses vermacht seien, so erhielte er nach dem Ediktswortlaut mehr als der *filius emancipatus* (der praktisch auf die falcidische Quart beschränkt wäre). Daher müsse durch ein Dekret dafür gesorgt werden, daß der *filius* mindestens soviel erhalte wie der Vater des Erblassers⁵⁵. Die Kritik Julians am prätorischen Edikt dürfte

quid enim si duo tutores, alter falsus, alter verus auctoritatem accommodaverint, nonne valebit quod gestum est? Item hoc edictum licet singulariter scriptum sit, si tamen plures intervenerint, qui tutores non erant, tamen locum habere debere Pomponius libro trigesimo scribit. Idem Pomponius scribit, etiamsi pro tutore negotia gerens auctoritatem accommodaverit, nihilo minus hoc edictum locum habere, nisi forte praetor decrevit ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est: tunc enim valebit per praetoris tuitionem, non ipso iure.

⁵² D. 37.5.6: *Salvius Aristo Juliano salutem. Qui filium emancipatum habebat, praeterito eo patrem suum et extraneum heredem instituit et patri legatum dedit: filius contra tabulas bonorum possessionem petit: quaero, si aut uterque hereditatem adisset aut alter ex his aut neuter, an et quantum legatorum nomine patri debeatur. respondit: saepe animadverti hanc partem edicti, qua emancipatus accepta contra tabulas bonorum possessione liberis et parentibus legata praestare iubetur, habere nonnullas reprehensiones: nam si dodrans legatus fuerit, plus habiturus est cui legatum erit quam emancipatus. decreto itaque ista temperari debebunt, ut et hereditatis partem emancipatus praestet ita, ne scriptus heres amplius habeat quam emancipatus, et legatorum modus temperaretur, ut nihil plus ex legatis ad aliquem perveniat, quam apud emancipatum bonorum possessionis nomine remansurum est.* — Ob der als Anfragender genannte Aristo der Jurist ist, läßt sich nicht mit Sicherheit sagen. Von *Mommsen*, der das Wort „Salvius“ tilgt, wird das anscheinend vermutet. Gegen die an sich naheliegende Emendation „*Aristo Salvio Juliano salutem*“ könnte vielleicht der Grundsatz der *lectio difficilior* sprechen. Die Lebensdaten des Titius Aristo und des Salvius Julianus (s. *Kunkel*, *Herkunft*, 141, 157) ließen einen Briefwechsel des alten Aristo mit dem wesentlich jüngeren Julian an sich zu. Ob dieser Briefwechsel aber nach 130, dem vermuteten Datum der Ediktsredaktion, geführt worden sein kann, ist allerdings sehr zweifelhaft. Aristo scheint einen lebhaften Briefwechsel gerade auch mit seinen juristischen Zeitgenossen geführt zu haben (vgl. nur die Angaben bei *Kunkel* aaO 320), so mit den beiden noch in der Zeit Hadrians lebenden Juristen Neratius Pris-

cus (Paul. D. 20.3.3; zu den Lebensdaten s. *Kunkel* aaO 144) und mit Celsus (wohl dem *filius*), dem älteren Zeitgenossen Julians (s. *Pomp.* D. 40.7.29.1; 2.14.7.2). Ob Aristo eher den Sabinianern (s. D. 4.8.40) oder den Prokulanern (s. *Honoré*, *Gaius*, 1962, 24 f.; ders. T. 32, 1964, 6) nahestand, läßt sich schwer sagen. Sollte letzteres zutreffen und er außerdem die (boshafte) Anfrage an den Sabinianer Julian nach der Ediktsredaktion gestellt haben, so ließen sich weitere kühne Hypothesen über den Charakter der beteiligten Juristen und die Beziehungen unter ihnen aufstellen. Doch sind allzu viele Glieder der Kette unsicher. — Vgl. zur „Selbstkritik“ Julians auch *Honoré*, *Gaius*, 1962, 54.

⁵³ Ulp. D. 37.5.1 pr: *Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum.* — Vgl. *Lenel* aaO 314 f.

⁵⁴ Vgl. im Text die Worte *quaero — debeatur*.

⁵⁵ Einzelheiten interessieren hier im übrigen nicht. Vgl. etwa *Kaser* RPR I 708 A. 13; *Voci*, *Diritto ereditario romano* II, 1963², 659 A. 54. Fraglich könnte sein, ob die im Julian-Text erwähnte Regelung, daß bei Erbeinsetzung einer der *personae exceptae* diese den Erbteil in entsprechender Höhe erhielten, erst durch Antoninus Pius (Tryph. 7 h. t.) eingeführt wurde. Damit würde sich eine andere Interpretation des Julian-Textes ergeben. Doch erscheint mir eine solche Annahme nicht notwendig, da Julian diese Regelung möglicherweise schon früher vorgeschlagen hat. Daß der Julian-Text erst nach der Konstitution des Antoninus Pius entstanden ist, ist nach seinem Wortlaut unwahrscheinlich. Sollte im übrigen der in Tryph. D. 37.5.7 genannte *legatus Numidiae* Tuscus Fuscianus mit dem Statthalter Mattucius Fuscianus identisch sein — dessen möglicher Vorgänger ein M. Valerius Etruscus war (Kontamination der Namen?) —, so stammt die Konstitution aus den letzten Regierungsjahren des Antoninus Pius; s. *Thomasson*, *Die Statthalter der römischen Provinzen Nordafrikas*, 1960, 175 ff.

durch den Wunsch motiviert gewesen sein, den im Wege der *bonorum possessio contra tabulas* den *liberi* gewährten Rechtsschutz durch die Ediktsklausel über die Legate nicht allzu sehr einzuschränken; sollte es doch für die *personae exceptae* in erster Linie um den *honor*⁵⁶, nicht so sehr um wirtschaftliche Vorteile gehen.

Die Probleme, die dieser Text im Zusammenhang mit der julianischen Ediktsredaktion stellt, können hier nur angedeutet werden. Wer — wie Guarino⁵⁷ — die julianische Ediktsredaktion für eine Legende hält, könnte sich durch den Text bestätigt fühlen. Geht man dagegen von der Historizität der kodifikatorischen Tätigkeit Julians aus, so sind mehrere Möglichkeiten zu erwähnen, die untereinander wieder kombiniert werden können. Kaum denkbar ist es, daß die Anfrage im Rahmen der Ediktsredaktion selbst geschah; denn dann wäre zu erwarten gewesen, daß Julian das Edikt entsprechend geändert hätte. Gegen eine solche Änderung spricht aber die erwähnte (s. o. A. 55) Konstitution des Antonius Pius (D. 37.5.7). Denkbar wäre, daß die Vollmacht zur Ediktsredaktion die Änderungsmöglichkeiten eng begrenzte⁵⁸; dann konnte Julian unbefangen das Edikt kritisieren. Besonders „erfreulich“ wäre die dritte Möglichkeit: Julian erkennt großzügig die Mängel des Edikts und darin eingeschlossen seine Verantwortlichkeit für diese Mängel an. Eine solche „Selbstbeziehung“ könnte durch das entsprechende Verhalten Papinians nahegelegt werden, der offen frühere Meinungen berichtigt⁵⁹.

Wiederum aus dem Bereich der *bonorum pos-*

sessio contra tabulas stammt ein weiterer — vielleicht ebenfalls auf Julian zurückgehender — Afrikan-Text⁶⁰, der ähnliche Probleme stellt. Es geht hier um folgende Fragen⁶¹: Werden *liberi* im Testament übergegangen, d. h. weder eingesetzt noch enterbt, so können sie die *bonorum possessio contra tabulas* verlangen. Eingesetzte *liberi* haben diese Möglichkeit grundsätzlich nicht, da ihnen die *bonorum possessio secundum tabulas* zustand; nur wenn andere *liberi* die *b.p.c.t.* verlangen können, dann wird auch ihnen die *b.p.c.t. commissio per alium edicto* erteilt⁶². Nicht ausdrücklich geregelt war der Fall, in dem ein an sich zur *b. p. commissio per alium edicto* Berechtigter die Erbschaft bereits angetreten hatte. Die hier interessierende Stelle beschäftigt sich mit diesem Problem. Seine Lösung — Nichtzulassung zur *b.p.c.t.*, aber in gewissem Umfang „Schutz“ (*tueri*) der Erbenstellung durch den *praetor* — interessiert hier nicht weiter. Für unsere Fragestellung sind allein die Worte: *quamvis verbis edicti parum expressum sit* von Bedeutung, denen wohl ein kritischer Unterton nicht abzusprechen ist. Während in der eben besprochenen Julianstelle (D. 37.5.6) die Befolgung des Ediktswortlauts zu unerwünschten Konsequenzen geführt hätte, liegt hier eher eine Regelungslücke vor, die durch Zurückgehen auf allgemeine Grundsätze geschlossen wird: Zum einen, wer den Willen des Testators dadurch anerkannt hat, daß er die Rechte aus dem Testament geltend macht, kann sich nicht mehr *contra tabulas* wenden; zum anderen, die *liberi* sollen nach dem Grundgedanken der *b.p.c.t.* in ihrer Beteiligung

⁵⁶ S. nur Ulp. D. 37.5.3.2.

⁵⁷ Vgl. zuletzt etwa Storia del diritto romano, 1963³, 352 f. Anders die herrschende Meinung; s. nur Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, 1972⁶, 88. Weitere Angaben bei Nörr aaO (o. V Anm. 122) 243 u. A. 109 (mit Lit.).

⁵⁸ Vgl. zum Problem nur F. Schulz, Rechtswissenschaft, 149 f.; 178 mit Lit.

⁵⁹ D. 18.7.6.1.: *Nobis aliquando placebat ... sed in contrarium me vocat Sabini sententia ...* (z. St. vgl. Holtzöfer, Jus Commune, 1, 1967, 150 ff.; Wilinski, Index 3, 1972, 443 ff. mit Lit.); vgl. auch Justinian in CJ 6.2.22.3a: *Et licet ab antiquis variatum est et ab ipso Papiniano in contrarias declinante sententias ...* In beiden Fällen geht es um Probleme der (vertraglichen oder gesetzlichen) *poena*. Zur Verwendung des Topos der Meinungsänderung bei der Erklärung von Widersprüchen innerhalb des Corpus Iuris in der Literatur des 16. Jahrhunderts vgl. Troje, Graeca leguntur, 1971, 135 f.

⁶⁰ D. 37.4.14 pr: *Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit, quia iudicium patris secutus sit: nec enim emancipatum, si legatum acceperit, admitti ad bonorum possessionem, sive ab heredibus institutis sive ab his, qui contra tabulas petierint, acceperit, sed illud observandum, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem qua scriptus sit tueri debeat, ...* — Vgl. hierzu Lenel aaO 343 f.; Voci aaO 658 f.

⁶¹ Vgl. nur Kunkel, RR 328, Kaser RPR I 708.

⁶² Ulp. D. 37.4.3.11: *Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet: cum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? plane si alius committat edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittetur.*

am Nachlaß geschützt werden. Sollte auch diese Stelle letztlich von Julian stammen, so stellt sich wiederum die Frage nach den Konsequenzen, die man aus ihr für die julianische Ediktsredaktion zu ziehen hätte.

5. „*aequitas*“ als rechtskritische Kategorie

Die bisherigen Beispiele haben gezeigt, daß die fachjuristische Rechtskritik nur wenige Kontakte zur laienhaften Kritik hat, daß sie aber auch der Art des Gaius verhältnismäßig fern steht. Zur Vermeidung von Einseitigkeiten sind hier noch einige Stellen zu erwähnen, die das bisherige zwar nicht widerlegen, aber doch — im Sinne einer stärkeren Integration der Juristen in ihre Umwelt — einschränken.

In erster Linie geht es hierbei um die Rolle der *aequitas*⁶³. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, die gängigen Vorstellungen über die Bedeutung der *aequitas* in der klassischen Jurisprudenz, wie sie vor allem durch die grundlegenden Untersuchungen von Pringsheim⁶⁴ geprägt wurden, zu überprüfen. Anlaß zu einem neuen Ansatz gäbe nicht zuletzt die moderne Auffassung über Zahl und Erheblichkeit der Interpolationen; denn die Vorstellung von einer relativ geringen Wirkung der *aequitas* (im Sinne der „Billigkeit“) im klassischen römischen Recht beruht in erster Linie auf einer Unzahl von Interpolationsannahmen⁶⁵. Wenn im folgenden über einige Texte zu referieren ist, in denen eine rechtskritische Funktion der *aequitas* anklingt⁶⁶, so geschieht das kursorisch und mit dem Vorbehalt, daß nur eine Gesamtdarstellung Wesen,

Funktion und auch den Bereich der Klassizität der *aequitas* annähernd befriedigend umschreiben könnte.

Was die *aequitas* innerhalb der Rhetorik betrifft, so haben wir gesehen, daß sie weit überwiegend *legis adiuvandae gratia* wirkte⁶⁷, also gerade nicht rechtskritische Funktionen hatte. Gaius benutzt die *aequitas* als Schlagwort, um mit ihr Rechtsänderungen (durch das Edikt oder durch Konstitutionen) verständlich zu machen. Wenn der Überblick nicht täuscht, so stimmt das Verhalten der übrigen Juristen zum Teil mit dem Verhalten des Gaius überein; doch benutzen sie die Kategorie bisweilen auch zur Begründung von Rechtsänderungen. Es ist vielleicht nicht überflüssig zu betonen, daß sich damit der juristische Gebrauch nicht nur in Nuancen von dem in der Rhetorik üblichen unterscheidet. Wenn auch keineswegs Einflüsse aus der Rhetorik geleugnet werden sollen, so ist doch so etwas wie eine produktive Rezeption rhetorischer Vorstellungen zu erwägen. Selbst wenn man im übrigen rhetorische Parallelen als Interpolationsindizien gelten ließe, wären sie gerade hier mit großer Vorsicht zu verwerten.

Bereits Labeo scheint den Gedanken verwertet zu haben, daß die *aequitas* den Prätor zu Eingriffen in das *ius* veranlaßte. Das Edikt enthielt eine Klageverheißung gegen den testamentarisch Freigelassenen, der die ruhende Erbschaft durch *furtum* oder Sachbeschädigung beeinträchtigt hatte (Ulp. D. 47.4.1 pr). Hier bestand ursprünglich eine Rechtslücke, da er die Tat noch als Sklave begangen hatte, aber für sie nach *ius civile* weder als Sklave noch als Freier belangt werden konnte. Dazu führt Labeo aus (bei Ulp.

⁶³ Wenigstens was unser Thema betrifft, sind die „*humanitas*“ und die vor allem bei der Auslegung verwendete „*benignitas*“ von der *aequitas* nicht zu trennen. Als Gegensatz zum strengen Recht werden die Begriffe erwähnt in Cels. D. 8.3.11; Jav. D. 39.5.25; Jul. D. 12.1.20; Pomp. D. 40.4.4.2. Ein näheres Eingehen auf diese Stellen ist hier weder möglich noch erforderlich. Sie müßten zum einen unter den neuen Aspekten der Quellenkritik erörtert werden (s. zu *benignus* nur Wubbe, *Symbolae David I*, 1968, 237 ff.; vgl. auch Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, SB Wien, 1972, 92), zum anderen scheinen sie zumindest bei kursorischer Betrachtung das Bild zu bestätigen, das die Quellen vom Verhältnis des *ius* zur *aequitas* bieten. — Zu den Hintergründen der *humanitas-philantropia* s. etwa Wehrli, *Theoria und Humanitas*, 1972, 5 ff.

⁶⁴ Jetzt in den *Gesammelten Abhandlungen I* 133 ff. Vgl. in letzter Zeit etwa auch Mayer-Maly, *Festg. v. Lübtow*, 1970, 339 ff.; Waldstein, *SZ* 89, 1972, 477 ff.; Liebs, *Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, 1972, 257 f.; Lauria, *Ius* 1967³, 74 ff. passim; weitere Lit. bei Triantaphyllopoulos, *Xenion (Festschrift Zepos)*, I, 1973, 637 A. 73.

⁶⁵ Vgl. nur die Bemerkungen Kasers aaO 93 f. zur Notwendigkeit, ein differenzierteres Bild von der römischen *aequitas* zu entwerfen.

⁶⁶ Die rechtskritische Funktion der *aequitas* wird im übrigen auch von Pringsheim bejaht; vgl. aaO 160. — Zur Rolle der *aequitas* bei den Prokulianern (seit Labeo; s. Ulp. D. 47.4.1.1) s. Honoré, *Gaius*, 1962, 37 f.

⁶⁷ S. o. II 4.

D. 47.4.1.1)^{67a}: *Haec autem actio ... naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit...*

Dem folgend berichten sowohl Gaius⁶⁸ als auch Paulus — von dem man im übrigen den Eindruck hat, daß er der entschiedenste Vertreter der *aequitas* unter den klassischen Juristen ist⁶⁹ — von der Beseitigung von *iniquitates* des *ius* durch das Edikt. So hatte das *ius legitimum* den *liberi* bei der *capitis deminutio* ihr Erbrecht genommen; der Prätor dagegen behandelt die *capitis deminutio* „propter aequitatem“ als nicht geschehen und gibt die *bonorum possessio*⁷⁰. So verhindert der Prätor einen möglichen Gegensatz zwischen *ius civile* und *naturalis aequitas* durch die Gewährung der *exceptio doli*⁷¹.

An den genannten Stellen hatte bereits das Edikt das im übrigen nicht ausdrücklich attackierte *ius* geändert. Doch finden sich auch Stellen, an denen dem jeweiligen Gerichtsmagistrat empfohlen wird, vom *ius* abzugehen und der *aequitas* zu folgen, oder an denen — umgekehrt — eine Korrektur des *ius* durch die *aequitas* abgelehnt wird. Dabei tritt diese deutlich in reformierender Funktion in Erscheinung — wiederum mit der Besonderheit, daß ein verbaler Angriff gegen das *ius* fehlt. Allerdings ist nicht immer mit Sicherheit zu entscheiden, ob und inwieweit

die Juristen hier das Kaiserrecht wiedergeben, das bekanntlich weithin durch die auf Billigkeitsrücksichten sich stützende Tendenz zur Beseitigung von Härten des *ius* — sei es generell, sei es für einen Einzelfall — gekennzeichnet ist⁷².

Bereits bei der ältesten hier einschlägigen Stelle läßt sich dieser Zweifel nicht beheben (Jul. D. 28.2.13 pr):

Si ita scriptum sit: si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto: ex reliqua parte uxor mea heres esto. si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto: ex reliqua parte uxor heres esto, et filius et filia nati essent, dicendum est assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his filius quattuor, uxor duas, filia unam partem habeat: ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit quam uxor, item uxor altero tanto amplius quam filia: licet enim subtili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen cum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est, quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit.

Nach dem *ius civile* wäre das Testament, das nur die Möglichkeit eines *suus heres* berücksichtigt, ein *testamentum ruptum*, da nach Testamentserrichtung zwei *sui heredes*, Tochter und Sohn, existieren; es wird aber *humanitate suggerente* aufrechterhalten, wobei die vom Testator festgelegte Teilung des Nachlasses an die neue Lage angepaßt wird⁷³. Für den Inhalt des Fragments ergeben sich keine Unehtheits-

^{67a} Vgl. dazu etwa Niederländer, SZ 67, 1950, 244 ff. Interpolationsvermutungen etwa von Beseler, SZ 66, 1948, 310 (u. ö.).

⁶⁸ Inst. 3.25, 41; D. 38.8.2.

⁶⁹ D. 50.17.90: *In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.* — Die Stelle dürfte mit dem Stipulationsrecht zusammenhängen; doch ist Näheres nicht feststellbar.

⁷⁰ D. 37.1.6.1: *... quamvis enim iure civili deficient liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor...*

⁷¹ Paul. D. 44.4.1.1: *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.*

⁷² S. nur u. X 2, 3; vgl. auch Pringsheim aaO

229 ff.; Lauria aaO 131 ff.; Gualandi, Legislazione imperiale, II, 131 ff., 138 ff.

⁷³ Es ist auffällig, daß der Testator offensichtlich mit der Geburt nur eines Kindes rechnete. Zur Erklärung dieses Verhaltens schlägt Dr. Wittmann folgenden Sachverhalt vor: Der Testator errichtete das Testament während der Schwangerschaft und starb vor der Niederkunft seiner Frau. Daher konnte er davon ausgehen, daß er mit den beiden *si*-Klauseln die in Betracht kommenden Fälle erfaßt hatte. Mit der Geburt von Zwillingen rechnete er aber nicht. — Da nach dem Testament die Tochter die Hälfte des Anteils der Mutter, die Mutter die Hälfte des Anteils des Sohnes erhalten sollte, ergibt sich folgende Teilung: Tochter $\frac{1}{7}$, Mutter $\frac{2}{7}$, Sohn $\frac{4}{7}$. Ist es zu gewagt, wenn man an einer solchen Stelle wiederum die bekannte Freude des Juristen (s. nur Miq u e l, SZ 87, 1970, 85 ff.) — hier nicht an logischen, so doch — an arithmetischen Problemen zu spüren vermeint?

indizien⁷⁴. Was die Form betrifft, so läßt sich nicht bestreiten, daß der Satz von *licet enim bis placuit* für Julian etwas ungewöhnlich klingt; doch ist deshalb seine Klassizität nicht unbedingt zu verwerfen. In ihm wird die *subtilis iuris regula*⁷⁵, die die Unwirksamkeit des Testaments gebietet, mit der *humanitas* konfrontiert, die zu Gunsten der bei einer Unwirksamkeit des Testaments leer ausgehenden *uxor* spricht. Die — kritische — Kategorie der „*subtilitas*“ ist durch Gai. inst. 4.30⁷⁶ als klassisch erwiesen; sie ist in Texten Julians⁷⁷ und seiner Zeitgenossen⁷⁸ bezeugt und dient in ihnen häufig der Charakterisierung des durch Billigkeit zu korrigierenden *ius civile*⁷⁹. Sicherlich bedürfte es einer genauen Überprüfung, inwieweit diese Texte echt sind, inwieweit sie von den Juristen selbst oder aus dem Kaiserrecht stammen; doch ist ihre globale Verwerfung sicherlich unzulässig⁸⁰.

Allerdings ist zu überlegen, ob Julian in D. 28.2.13 pr nicht — ähnlich wie an anderer Stelle⁸¹ — eine Entscheidung des Antoninus Pius referiert. Dabei kann dahinstehen, ob diese Entscheidung wie in der zitierten Stelle eher als Bestätigung der Meinung Julians verwendet oder originär zitiert wird. Während einerseits die Entscheidung den klassischen Tendenzen zu

einem stärkeren Schutz der Ehefrau entspricht und ihre Begründung mit der „*humanitas*“ — angesichts des entgegenstehenden *ius civile* — durchaus sachgemäß ist, scheint der Stil der Aussage eher zu einer kaiserlichen Konstitution als zu einem Juristentext zu passen⁸². Gerade von Antoninus Pius, unter dessen Regierung Julian besonders einflußreich war, ist bekannt, daß er sich mit dem Thema des *testamentum ruptum* beschäftigt hat⁸³, daß er zu einer großzügigen Behandlung der Testamente neigte⁸⁴ und dabei auch von einer *humanior interpretatio* (D. 28.4.3 pr) spricht und daß er schließlich generell der „Billigkeit“ als Instrument zur Korrektur des strengen Rechts zugetan war⁸⁵. So mag das Julian-Fragment vielleicht eher zu dem hier nicht zu erörternden Thema der billigenden Übernahme des — das *ius* durch die *aequitas* berichtenden — Kaiserrechts von Seiten der Jurisprudenz gehören⁸⁶.

An zwei weiteren, recht umstrittenen Stellen spricht wenigstens der überlieferte Text von einer autonom-„rechtswissenschaftlichen“ Empfehlung an den Gerichtsmagistrat, der *aequitas* zum Siege zu verhelfen. In Ulp. D.15.1.32 pr⁸⁷ — einer Stelle, die insoweit zumindest gegen den Verdacht justinianischer Interpolationen durch

⁷⁴ Zum *favor uxoris* vgl. nur Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht, 1972, 26, 120 passim; vgl. z. St. auch Schindler, SZ 74, 1957, 204 A. 7, sowie die Literatur (vor allem die Schriften Riccobono) im Itp-Index. Der Satz *licet — fin.* wird von vielen Autoren für unecht gehalten. Zu Celsus vgl. auch Ulp. D. 28.5.9.13.

⁷⁵ Zum Gebrauch von *regula* an dieser Stelle s. die kurzen Hinweise in SZ 89, 1972, 39, 41.

⁷⁶ S. auch Gai. D. 50.16.58 pr.

⁷⁷ S. nur D. 9.2.51.2; 12.1.20; vgl. auch Afric. D. 17.1.34 pr.

⁷⁸ S. nur Gai. D. 39.5.25; Cels. D. 8.3.11; Pomp. D. 41.3.32.2; 4.4.4.2.

⁷⁹ S. nur die Stellen o. A. 63.

⁸⁰ Vgl. auch Kaser, Zur Methodologie (o. A. 63), 92. Zum entsprechenden Sprachgebrauch in der philosophischen Lit. s. A. Michel, in „Aufstieg und Niedergang der römischen Welt“ I 3, 1973, 146 f., 159.

⁸¹ D. 28.2.13 pr; Lit. bei Schipani, Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale, 1971, 179 A. 13. — Vgl. aber die Erwähnung des Celsus.

⁸² Vgl. als Parallelfall etwa Ulp. D. 28.3.12; s. auch Ulp. D. 28.5.1.5; 36.1.1.17; 37.5.5.6; 37.10.3.5 sowie Ulp. frag. Arg. III.

⁸³ Das zeigt ein kurzer Blick in die bei Kaser, RPR I 690 ff. zitierten Quellen. — Antoninus Pius pflegte auf Experten zu hören; s. Mark Aurel, eis heaut. I 16.21.

⁸⁴ S. nur Ulp. D. 28.5.1.5; Marcell. D. 28.4.3 pr. u. 1; vgl. im übrigen auch Paul D. 5.2.28 zu Hadrian (dazu Wieling aaO 146).

⁸⁵ Vgl. nur Pap. D. 29.2.86 pr, wo möglicherweise die Entgegensetzung von *strictum ius* und *humanitas* aus dem Reskript stammt. S. auch D. 29.2.52 pr u. 1. In Marcell. D.4.7.1 pr wird ein Reskript des Antoninus wörtlich zitiert, demzufolge die *sollemnia* der *aequitas evidens* zu weichen haben. Zu Antoninus Pius als Richter s. auch C. P. Jones, JRS 62, 1972, 144.

⁸⁶ S. nur Pap. D. 29.2.86 pr oder Ulp. D. 2.14.52.3, wo die *aequitas* allerdings nur als Instrument der potentiellen Korrektur des *ius* erscheint.

⁸⁷ D.15.1.32 pr: *Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo vel libero esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet qui convenitur, condemnnetur, idque ita Iulianus scripsit. idemque est et si in alterius rem fuerit versum. sed si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur.*

das fragm. Arg. I A⁸⁸ gesichert ist — folgt Julian noch dem strengen *ius*; wenn mehrere als Beklagte aus einem *peculium* in Betracht kommen, so läßt die *litis contestatio* mit einem den Anspruch gegenüber den anderen hinfällig werden, obwohl der jeweils Beklagte nur in Höhe des Teiles haftet, der ihm aus dem *peculium* zugekommen war. Demgegenüber empfiehlt Ulpian aus Billigkeitsgründen die Gewährung eines *iudicium rescissorium*, das dem Gläubiger Ansprüche gegen die übrigen Inhaber des *peculium* verschafft.

Während man heute wohl durchwegs der Ansicht ist, daß der Text — zumindest soweit er durch das Straßburger Fragment bestätigt wird — sachlich echt ist⁸⁹, hat man lange Zeit gerade an der Formulierung: „*aequitas dictat*“ Anstoß und die Stelle als Beleg für vorjustinianische Interpolationen in Anspruch genommen⁹⁰. Demgegenüber dringt heute die Meinung vor, daß auch die Terminologie durchaus spätklassischen Ursprungs sein könnte⁹¹. Auch hier bedürfte es zur Klärung einer umfassenden Untersuchung der (spät-)klassischen *aequitas*. Für die neuere Meinung spricht vor allem die Erkenntnis, daß rhetorisches Instrumentar nicht ohne weiteres als Interpolationsindiz verwendet werden darf. Dazu kommt, daß — wie bereits bemerkt — gerade keine sklavische Nachahmung der rhetorischen *aequitas* vorliegt, daß überdies bei einem derart gravierenden Verstoß gegen Grundprinzipien

der auf dem *ius* beruhenden Konsumptionslehre eine Begründung mit der *aequitas* recht nahe liegt.

Ähnliches gilt von einer ebenso umstrittenen Paulus-Stelle, bei der ebenfalls der Schlußsatz als interpoliert gilt (D. 39.3.2.5):

... *quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus*⁹².

In dem Streit zwischen Alfenus und Labeo über die Möglichkeit einer Klage im Falle des Bruches eines Dammes, *cuius memoria non exstat*, nimmt Paulus zugunsten der Meinung des Labeo Stellung, wobei er sich gegen das *ius* auf die *aequitas* beruft; dabei schließt das zögernde „*opinor*“ wohl aus, daß sich Paulus hier auf Kaiserrecht stützt. Sicherlich ist der Text nicht ganz intakt; doch ist auch hier — gerade bei Paulus — die Klassizität der Entgegensetzung von *ius* und *aequitas* durchaus wahrscheinlich⁹³.

Nur der Formulierung wegen sei D. 4.4.24.1 erwähnt⁹⁴; dort weist Paulus den Gerichtsmagistrat an, den *minores* die *in integrum restitutio* nur *ex aequo et bono* zu gewähren⁹⁵. Es handelt sich hier nicht eigentlich um eine rechtskritische Äußerung des Paulus, sondern um die Auslegung der das prätorische Ermessen kennzeichnenden

⁸⁸ Fragm. Arg. I A: . . . (*sed et si duo sint fructuarii uel bonae fidei possessores, alterum conuentum alterum libera(re Julianus ait) quamuis non maio(ris peculii quam) penes eum est, (condemnari) debeat. (Sed licet hoc iure con)tingat, tamen (aequitas) dictat res (cissorium iudi)cium in (eos dari, qui occasione iuris liberantur).*)

⁸⁹ Vgl. zur Sache zuletzt vor allem Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, 1965, 330 f. mit Lit. (etwa Riccobono, Chiazzese, Marrone); vgl. im übrigen auch Levy, *Gesammelte Schriften* II 293 A. 45 mit weiteren Nachweisen.

⁹⁰ S. vor allem die eingehende Darstellung bei Wieacker, *Textstufen*, 385 ff.; dort auch zur älteren Literatur.

⁹¹ S. nur Liebs aaO 257 ff.; Kaser, *Zur Methodologie* (o. A. 63), 59.

⁹² Vgl. nur Wieacker aaO 387 und die Literatur bei F. Peters, *SDHI* 35, 1969, 153 ff., 155 A. 99, und bei D. Nörr, *Entstehung der longi temporis praescriptio*

1969, 46 ff. Der Wortgebrauch von *deficere*, *deesse* (u. ä.) wäre in diesem Zusammenhang vielleicht untersuchenswert. Möglicherweise würde sich herausstellen, daß mit ihm die Lückenhaftigkeit des Rechts kritisiert werden soll.

⁹³ Vgl. nur Nörr aaO 48 (mit Andeutung von Gründen); Liebs aaO 257 A. 125.

⁹⁴ D. 4.4.24.1: *Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo huius aetatis homines adficientur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur. itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam neglegenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet.* — Es ist strittig, ob die den Text den Sentenzen zuweisende Inskription in den Digesten richtig ist oder ob die Stelle nicht eher aus dem 11. Buch des Ediktcommentars stammt. Vgl. nur Lenel, *Paling.* I 985 A. 3.

⁹⁵ Itp. nach Wieacker aaO 387; dort auch 268 f. zur *exceptio ex bono et aequo* bei Ulp. D. 2.11.2.8; vgl. hierzu generell Raggi aaO 360 ff.

Worte des Restitutionsedikts: *uti quaeque res erit, animadvertam*⁹⁶, durch eine generalklausel-ähnliche Formel. Eher zu unserem Thema gehört noch FV 306, wo Paulus — entgegen der Meinung des Labeo, der dem Gesetzeswortlaut folgt⁹⁷ — unter Berufung auf die *aequitas* zu einer großzügigeren Anwendung der Ausnahmen der *lex Cincia* kommt:

Quaesitum, an et cognata cognatae ultra exceptum gradum donare possit. Labeo scribit non posse; sed ratio aequitatis aequae in feminis est.

Diese Stelle läßt sich allerdings ebensogut unter der Perspektive der extensiven Auslegung des Gesetzeswortlauts wie unter derjenigen der Gesetzesberichtigung interpretieren.

Interessanter — und deshalb einer ausführlichen Erörterung wert — ist es schließlich, daß sich Paulus — ähnlich wie der Rhetor Quintilian im Testamentsrecht⁹⁸ — dem *ius civile* anzu-schließen scheint, obwohl dieses der *aequitas* widerspricht (D. 42.1.21; 6 ad Plaut.):

Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur. an si cum socero ex promissione dotis agatur, in id quod facere potest dammandus sit? quod et id aequum esse videtur: sed alio iure utimur, ut et Neratius scribit.

Danach halten es anscheinend Neraz und Paulus für billig, daß das dem *maritus* bei der *a. rei uxoriae* zustehende Haftungsprivileg auch dem die Mitgift versprechenden *socer*, dem Vater der Ehefrau, bei der Klage des Ehemannes auf die Mitgift gewährt wird. Das geltende Recht entschied anders. Daß es beide Klagen unterschiedlich behandelte, dürfte mit ihrer formalen Struk-

tur zusammenhängen; während die *a. rei uxoriae* in der Formel den Hinweis auf die Billigkeit enthält (*quod eius melius aequius erit*), beruht die Klage gegen den Schwiegervater auf dem strengen Recht. Wollte man die Symmetrie herstellen, so bedurfte es hier der Einfügung einer *exceptio doli*⁹⁹.

Der eben zitierten Stelle scheint — wenn man vom Wortlaut ausgeht — D. 24.3.17 pr (Paul 7 ad Sab.) zu widersprechen:

Ex diverso si socer ex promissione a marito conveniatur, solet quaeri, an idem ei honor habendus sit: Neratius libris membranarum et Proculus scribunt hoc iustum esse.

Paulus berichtet dort, daß Neraz (und Proculus) es für „gerecht“ hielten, auch dem *socer* das Haftungsprivileg zu geben. Davon, daß das geltende Recht anders entschieden hat, ist an dieser Stelle keine Rede. Daß auch Paulus der Meinung des Neraz ist, ergibt sich aus der eben zitierten Stelle nicht unmittelbar; doch sprechen dafür seine übrigen Äußerungen zum Thema des Haftungsprivilegs des *socer*.

Der Widerspruch¹⁰⁰ beider Texte scheint mir unter dem Aspekt der Textgeschichte erklärbar zu sein; allerdings muß hier auf eine eingehendere Erörterung verzichtet werden¹⁰¹. Was das *beneficium competentiae* im Falle der Klage des Ehemannes gegen den Schwiegervater auf die Herausgabe der Mitgift betrifft, so kann folgende Entwicklung angenommen werden: Labeo¹⁰² hatte die Beschränkung der Verurteilung in *id quantum facere potest* abgelehnt. Später setzte sich eine Differenzierung durch, je nachdem ob der *maritus manente* oder *soluto matri-*

⁹⁶ S. nur Lenel, *Edictum Perpetuum*, 1927³, 116; Kaser, RPR I 277 mit weit. Angaben.

⁹⁷ FV 298: *Paulus libro LXXI ad edictum, ad Cinciam. Personae igitur cognatorum excipiuntur his uerbis: 'Siue quis cognatus cognata inter se, dum sobrinus sobrinae propiusue eo sit, siue quis in alterius potestate manu mancipioe erit, qui eos hac cognatione attinget quorumue is in potestate manu mancipioe erit, eis omnibus inter se donare capere liceto'.* — Zum Schwanken des Labeo zwischen Willen und Wortlaut im Testamentsrecht s. nur Wieling aaO 61; vgl. aber auch P. Stein aaO (o. A. 12).

⁹⁸ inst. or. 3.6.84; zitiert o. II 2 A. 71.

⁹⁹ Vgl. auch Paul D. 24.3.17.1 und Mod. D. 42.1.20.

¹⁰⁰ Vgl. dazu bereits Enant. Schol. εἴγε zu D. 24.3. 17 pr (Bas. 28.8.17; Heimbach III 254, Scheltema B V 1901).

¹⁰¹ Das kann um so eher geschehen, als sich ein ausführlicher Literaturbericht zum *beneficium competentiae* in einer erst kürzlich erschienenen Abhandlung Litewski's findet (Studi Volterra IV, 469 ff. [509 ff.]). Auf ihn darf generell verwiesen werden. Vgl. jetzt auch Streicher, *Periculum dotis*, 1973, 41 ff.

¹⁰² D. 23.3.84: *Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. Paulus: immo quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est. ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur. si dirempto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto: quid enim si socer specie futurae dotis induxerit generum et cum sciret se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur?*

monio an den Schwiegervater herantrat. Möglicherweise hatte schon Sabinus (bei einer Klage während der Ehe) die Meinung vertreten, daß die Verurteilung nur *in id quod facere potest* erfolgen solle¹⁰³. Ob er allerdings zwischen der Klage *manente* und der Klage *soluto matrimonio* bereits differenzierte, läßt sich bei ihm ebenso wenig mit Sicherheit sagen wie bei Neraz und Proculus¹⁰⁴. Es ist nicht ganz auszuschließen, daß er generell für die Kondemnationsbeschränkung eintrat, während Proculus und Neraz ebenso generell die Billigkeit dieser Meinung anerkannten, sich aber — mit Labeo — an das *ius* gebunden fühlten. Auch die in Ulp. D. 23.3.33 (s. o. A. 103) zitierte Meinung des Julian, der die Einschränkung der Kondemnation ablehnte, bezieht sich nach dem Kontext wahrscheinlich auf die Klage *manente matrimonio*.

Mit Sicherheit findet sich die Differenzierung erst bei Pomponius¹⁰⁵, der das Kondemnationsprivileg ausdrücklich allein dem *manente matrimonio* verklagten *socer* zuspricht. Möglicherweise beruht sie auf einem Reskript oder auf analoger Anwendung eines Reskripts¹⁰⁶. Das würde erklären, warum diese Auffassung zur herrschenden wird. Ihr folgen sowohl Ulpian¹⁰⁷ als auch — was für unser Problem wichtiger ist — Paulus¹⁰⁸. Immerhin deutet er an beiden Stellen einen Zweifel dahingehend an, ob das Privi-

leg nicht auch auf den Fall der Klage „*soluto matrimonio*“ anzuwenden ist. In D. 42.1.41 pr läßt sich dieser Zweifel aus der Wendung *maxime si constante matrimonio petat* entnehmen, die die Einschränkung der generellen Regel recht zurückhaltend formuliert. Deutlicher ist die *nota* zum Labeo-Text¹⁰⁹. Nach Feststellung der von ihm befolgten herrschenden Meinung über den Fall *manente matrimonio* vertritt Paulus die Meinung („*puto*“), daß das Problem *dirempto matrimonio ex causa et persona* zu lösen ist; allerdings wählt er nach dem überlieferten Text dann Beispiele, in denen auch nach seiner Meinung eine Kondemnationsbeschränkung nicht am Platze ist¹¹⁰; doch sind diese so gestaltet, daß die Meinung des Paulus deutlich wird, daß im Normalfall auch der Schwiegervater das Privileg haben sollte.

Etwas anders nuanciert Paulus den Problemstand in D. 41.1.21 (zitiert o. bei A. 98). An dieser Stelle, für deren Echtheit nicht zuletzt eine „analoge“ Anwendung des Satzes der *lectio difficilior* spricht, bleibt Paulus bei der Deklaration, daß die großzügige Anwendung des Kondemnationsprivilegs der *aequitas* entspricht; doch wagt er es hier nicht — ebensowenig wie Neraz —, dem „geltenden Recht“ entgegenzutreten¹¹¹. Damit ergibt sich für den (wenigstens scheinbar) entgegengesetzten Paulus-Text D.

¹⁰³ Zu erschließen aus Ulp. 23.3.33: ... *sed si vel pater vel ipsa promiserunt, Iulianus quidem libro sexto decimo digestorum scribit etiam si pater promisit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est. debet igitur mulieris esse periculum: nec enim quicquam iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit. recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret quod pater vel ipsa mulier promisit viri periculo non esse, quod debitor, id viri esse, quod alius, scilicet donaturus, eius periculo ait, cui acquiritur: acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit.*

¹⁰⁴ S. D. 24.3.17 pr.

¹⁰⁵ D. 42.1.22 pr: *Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio: verum si manente matrimonio dos ab eo petatur, succurrendum utique est, ut ne maioris summae condemnatur, quam quantum facere potest.*

¹⁰⁶ S. nur die in D. 23.3.33 zitierte Konstitution des divus Pius; in den o. A. 103 zitierten Text nicht aufgenommen. Vgl. auch den ähnlichen Fall in Mod. D. 42.1.20.

¹⁰⁷ Wie bereits gesagt, bezieht sich D. 23.3.33 insoweit nach dem Kontext nur auf den Fall *manente matrimonio*.

¹⁰⁸ S. D. 23.3.84 (s. o. A. 102) und D. 42.1.41 pr: *Nesennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis? et si in solidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegavero? et, quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito eius dotem promiserit? respondit: nulla creditor exceptione summo-veretur, licet is, qui ei delegatus est, poterit uti adversus eum, cuius nomine promisit: cui similis est maritus, maxime si constante matrimonio petat. et sicut heres donatoris in solidum condemnatur et ipse fideiussor, quem in donando adhibuit, ita et ei, cui non donavit, in solidum condemnatur.*

¹⁰⁹ D. 23.3.84; s. o. A. 102.

¹¹⁰ Gegenbeispiele mögen von den Kompilatoren aus Vereinheitlichungsgründen unterdrückt worden sein.

¹¹¹ Aus dem Kontext dürfte sich ergeben, daß sich D. 42.1.21 auf den Fall „*soluto matrimonio*“ bezieht; denn die vorher genannten Beispiele der Dotalklage gegen den *maritus* und den Vater des *maritus* können nur *soluto matrimonio* erhoben werden. Doch ist sicherlich auch eine Textverkürzung nicht ausgeschlossen. Zum „Gleichbehandlungsgrundsatz“ bei Paulus s. auch FV 306; dazu u. XI 2 A. 46.

24.3.17 pr folgende nächstliegende Erklärungs-möglichkeit: Im vorhergehenden Text¹¹² hatte Paulus mit der herrschenden Meinung bei der Dotalklage den Vater des Ehemanns dem Ehemann gleichgestellt und ihm das Kondemnationsprivileg gegeben. Für den Gegenfall (*ex diverso*) einer Klage gegen den Vater der Ehefrau weist er zuerst darauf hin, daß es sich um eine strittige Frage handle. Von der – möglicherweise ausführlichen – Erörterung dieser Streitfrage übernahmen die Kompilatoren nur den – der Parallelstelle D. 41.1.21 entsprechenden – Satz, daß Neraz (und Proculus) die Erteilung des Privilegs – generell oder auch im Falle *soluto matrimonio*¹¹³ für richtig hielten. Wie aber „Enantiophanes“ (o. A. 100) bereits gesehen hat, ergibt sich daraus für das justinianische Recht allenfalls ein Schönheitsfehler; denn die vom Gesetzgeber gewollte Beschränkung auf den Fall *manente matrimonio* wird durch die anderen Texte bewiesen.

Die – etwas ausführlich geratene – Darstellung der Meinungen zum Kondemnationsprinzip regt zu verschiedenen Überlegungen an, die hier wenigstens kurz zu skizzieren sind: Wenn der *socer* das „*beneficium competentiae*“ geltend machen wollte, so kam als Rechtsmittel gegen die Stipulationsklage des *maritus* nur die *exceptio doli* in Betracht¹¹⁴. Streng genommen bezieht sich somit hier die von Paulus gegenüber der herrschenden Meinung vertretene *aequitas* auf die im Bereich des *ius honorarium* zu lösende Frage, ob der Gerichtsmagistrat *iuris civilis corrigendi gratia* eingreifen soll. Diese Frage möchte

Paulus – zugunsten des *socer*, zuungunsten des Ehemannes, eventuell aber auch der Ehefrau¹¹⁵ – im bejahenden Sinne lösen, sieht sich daran aber durch eine – vielleicht durch das Kaiserrecht besonders autorisierte – herrschende Meinung gehindert. Damit erhält zwar die Berufung auf die *aequitas* einen rein deklaratorischen Charakter. Doch während man sonst den (juristischen) Standard der *aequitas* nur mit Vorbehalten als Kategorie der Rechtskritik ansehen kann, da sie normalerweise mit ihrer Erkenntnis auch schon innerhalb der Rechtsordnung verwirklicht wird, zeigt sie gerade im Falle des Unvermögens zur Rechtsänderung ihre kritische, dem *ius* gegenüber überstehende Funktion.

Zuletzt sei noch eine durch die Kennzeichnung als *responsum* mit Sicherheit dem Juristenrecht zuzuweisende Äußerung des Scaevola zitiert, die besagt, daß weder das *ius* noch die *aequitas* die Haftung des *praepositus mensae nummulariae* verlange, der dem Gläubiger die Belastung der Bank des *patronus* und die Zahlungspflicht brieflich bestätigt hatte¹¹⁶. Wenn hier auch ein Eingreifen der *aequitas* ausdrücklich abgelehnt wird, so tritt sie doch als potentielle Korrektur des *ius civile* in Erscheinung.

Zweierlei scheint mir für die Verwendung der *aequitas*¹¹⁷ als reformierenden Maßstabes durch die Juristen charakteristisch zu sein. Wenn sie auch anscheinend meist die zumindest explizite Korrektur des *ius civile* durch die *aequitas* dem Kaiserrecht überlassen, so verwenden sie dieses Instrument der Korrektur des Rechts doch bisweilen auch autonom und setzen sich damit so-

¹¹² D. 24.3.15.2: *Socero quoque, cum quo nurus (de dote) agit, idem honor habetur, ut in id damnetur quod facere potest.*

¹¹³ S. o. bei A. 104.

¹¹⁴ Im Edikt dürfte eine ausdrückliche Normierung gefehlt haben; vgl. L e n e l, *Edictum Perpetuum*, 1927³, 307 zum *beneficium competentiae* des Ehemannes.

¹¹⁵ Vgl. die verschiedenen – von K a s e r RPR I 336 ff. geschilderten – Möglichkeiten der Herausgabe der *dos* durch den *maritus*.

¹¹⁶ Scaev. D. 14.3.20: *Lucius Titius mensae nummulariae quam exercebat habuit libertum praepositum: is Gaius Seio cavit in haec verba: 'Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salutem. habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas Maias.' quaesitum est, Lucio Titio*

defuncto sine herede bonis eius venditis an ex epistula iure conveniri Terminalis possit. respondit nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset. – Zu den in der Stelle verwandten Namen s. L e n e l, *Paling*. II 221 A. 2; zum Bankwesen s. nur P r i n g s - h e i m, *Gesammelte Abhandlungen* II 114 f.; T h i e l - m a n n, *Die römische Privatauktion*, 1961, 43 ff., sowie die Lit. bei Kaser, RPR I 543 ff. Die Parallele zur Terminologie in dem in Ulp. D. 2.14.52.3 zitierten Reskript ist auffällig. Nach G. L o n g o, *Studi Scherillo* II 612, der sich auf B e s e l e r beruft, ist der Schlusssatz interpoliert.

¹¹⁷ Selbstverständlich kann der konsequenten Anwendung des *ius civile* auch ohne ausdrückliche Berufung auf die *aequitas* ausgewichen werden; s. nur Paul. D. 17.1.22.3; Gai. inst. 3.60; ähnlich die *utilitas* in Pap. D. 11.7.43 (itp. ?); vgl. auch Paul. D. 1.3.16.

wohl von der Rhetorik als auch von Gaius ab¹¹⁸. Zum anderen: Wie wir gesehen haben, erfolgt die Korrektur ohne ausdrückliche Kritik am *ius civile*. Man könnte das damit erklären, daß die „kritische Praxis“ verbale Vorwürfe erübrigte; man könnte aber auch an die grundsätzliche Achtung vor dem *ius civile*, vielleicht sogar an die Vorstellung denken, daß auch die *aequitas* trotz ihrer Konfrontation mit dem *ius* im Einzelfall letztlich nur ein Instrument der Entwicklung des *ius civile* selbst ist¹¹⁹. In diesem Sinne verstanden, darf das Operieren der Juristen mit der *aequitas* nur als Randerscheinung der antiken Rechtskritik betrachtet werden.

6. Tryphonin als Rechtskritiker

Aus dem Stil der bisherigen rechtskritischen Äußerungen der Juristen fällt die Diskussion Tryphonins über die Rückgabe des *depositum* im Falle der Konfiskation des Vermögens des Hinterlegers heraus (D. 16.3.31 pr; 9 disp.):

Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.

Tryphonin stellt das *ius naturale* und *gentium*, das die Rückgabe des *depositum* an den Hinterleger befiehlt, dem *ius civile* und der *ordo legum* gegenüber, die das *depositum* dem Staat zusprechen. Es entspricht der — vor allem anlässlich der Erörterung von Cicero- und Gaius-Texten¹²⁰ festgestellten — Tendenz, dem positiven Recht den praktischen Vorrang vor dem Naturrecht zu geben, daß Tryphonin zu erkennen gibt, daß das Recht des Fiskus vorgeht. Dabei bedarf es sogar einer gewissen „Überinterpretation“ des Textes, um überhaupt in der Konfrontation beider Rechtsordnungen eine kritische Nuance gegenüber dem positiven Recht zu finden. Aber nicht nur in der betonten Verwendung der — möglicherweise — kritischen Kategorien des *ius naturale* und *ius gentium* setzt sich hier Tryphonin — immerhin Konsiliar des Septimius Severus¹²¹ — von dem bei den anderen Juristen Gewohnten ab und nähert sich dem „Juristen und Literaten“ Gaius; auch das Thema selbst, das in fr. 31.1 noch weiter ausgesponnen wird, das Problem der Pflichtenkollision bei Rückgabe des *depositum*, ist ein durchaus philosophisches, zum Problembereich der *kathekonta* gehörendes¹²². Wenn auch eine ins einzelne gehende Prüfung dieses Fragmentes und der *disputationes* Tryphonins schlechthin — die auch sonst Themen der literarischen Diskussion anklingen lassen¹²³ — hier zu weit führen würde, so scheint mir doch angesichts der zu vermutenden Zugehörigkeit des Juristen zur Intelligenz des Ostens sein Argumentationsstil als solcher unverdächtig zu sein¹²⁴.

¹¹⁸ Ebenso ferne allerdings sind sie von der radikalen Abwertung der vor der *aequitas* nicht bestehenden *lex*, wie sie — aus naheliegenden Gründen — von Tertullian vollzogen wird (Apol. 4.3 ff. [10]): *Quas (sc. leges) neque annorum numerus neque conditorum dignitas commendat, sed aequitas sola et ideo cum iniquae recognoscuntur, merito damnantur.* (s. Fredouille, Tertullien, 242 mit Belegen für stoische Vorgänger). Doch geht selbst Tertullian selbst nicht so weit, die „automatische Nichtigkeit“ dieser Gesetze zu postulieren; vielmehr verlangt er (nur) ihre Aufhebung.

¹¹⁹ So deutlich Celsus bei Paul. D. 45.1.91.3 (über die Schwierigkeiten bei der Feststellung der *mora*): *... esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur.* Anders vielleicht Paulus in D. 42.1.21; s. dazu o. bei A. 105.

¹²⁰ S. o. II 6; VIII 3.

¹²¹ Vgl. Kunkel, Herkunft, 231 ff.; Liebs aaO (o. III A. 66) 3 f.

¹²² S. nur Cic. de off. 1.10.31; 3.25.94 ff. Auch abgesehen von den Kollisionsfällen ist das *depositum* eine Art Leitfall für rechtsethische Erörterungen; s. Daube, Juridical Rev. 3, 1964, 1 ff. des S.-A.; s. Plat. Politeia I 331e, sowie die Belege aus dem griechischen und jüdischen Recht in „Philo. Werke Deutsch“ II 255 A. 2. Vgl. auch Philon, de leg. spec. IV 30; Iuvenal Sat. XIII 1 ff.; Plin. ep. 10.96.7 u. a.

¹²³ Vgl. zum Schatzfund D. Nörr, BIDR 75, 1972, 29. Vgl. zu Interpolationsannahmen allgemein F. Schulz, Rechtswissenschaft, 295 f.; s. aber auch Kunkel aaO 231 A. 459.

¹²⁴ So auch Seidl, Eranion Maridakis I, 1963, 232 ff.

7. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist zu sagen: Sieht man von Tryphonin (und Gaius) ab und läßt man das nur mit Vorbehalten der eigentlichen Rechtskritik angehörende Operieren der Juristen mit der Kategorie der *aequitas* beiseite, so fällt die Nüchternheit der Kritik und — um es so auszudrücken — ihre Anknüpfung an das positive Recht auf. Es geht den Juristen um die Ausfüllung von Lücken¹²⁵, um Redundanzprobleme¹²⁶ und um die konsequente Verwirklichung der von der rechtssetzenden Stelle angestrebten, aber unvollkommen ausgedrückten Zwecke¹²⁷. Demgegenüber gibt es nur wenige Andeutungen dafür, daß die Intentionen des normsetzenden Organs selbst in Zweifel gezogen würden¹²⁸. Allgemeine rechtspolitische Tendenzen werden in diesem Rahmen kaum ausdrücklich erwähnt, sind auch schwer zu erschließen. Allein die — dramatische — Affäre des älteren Nerva (Cass. Dio 58.21.4 f.) fällt aus dem „fachspezifischen“ Rahmen. Das gilt sowohl für die deutliche sozialpolitische Tendenz der Kritik, wie auch für die Konsequenzen, die der Senator, Jurist und Freund des Prinzipes aus ihr gezogen hat.

Hinter der hier skizzierten Einstellung der Juristen mag nicht nur die Vorliebe des Spezia-

listen für konkrete, pragmatische, auf machbare Änderungen gerichtete Kritik stehen, sondern vielleicht auch die hier nicht weiter zu erörternde¹²⁹ Einstellung der Juristen zur Gerechtigkeitsproblematik schlechthin. Anders als Philosophen und Literaten haben die Juristen grundsätzlich nicht den Versuch gemacht, eine allgemeine Theorie der Gerechtigkeit zu entwickeln — eine Abstinenz, die man ihnen — angesichts der wenigstens für die Rechtskritik und für die hier interessierende Epoche im ganzen sterilen Versuche der nicht-juristischen Literatur — nicht allzu sehr vorwerfen kann. Um es mit der der Realität entsprechenden Ungenauigkeit zu formulieren, so orientiert sich die Suche nach der gerechten Problemlösung am Problem selbst, am Vergleich mit anderen entsprechenden, schon feststehenden Lösungen, an den Ergebnissen von — abgelehnten — Lösungsalternativen, an dem *consensus* der Autoritäten. Erst in der vor allem spätclassischen Verwendung der *aequitas* — wie sie in erster Linie, aber nicht allein im Kaiserrecht praktiziert wird — zeigt sich ein Ansatz zur Bildung des abstrakten Gerechtigkeitsprinzips. Doch reicht seine Kraft — aus welchen Gründen auch immer — nicht aus, mehr als punktuelle Reformen des überlieferten Rechts zu verwirklichen¹³⁰.

¹²⁵ S. nur Labeo bei Ulp. D. 24.3.64.9; Ulp. D. 21.1.63; 27.6.1.2 ff.; Afric. D. 37.4.14 pr.

¹²⁶ Labeo bei Ulp. D. 47.10.15.26; Pomp.-Ulp. D. 4.9.3.1.

¹²⁷ Vgl. etwa Afric.-Ulp. D. 40.9.12.6; Ulp. D. 41.1.5 pr; Jul. 37.5.6; Afric. D. 37.4.14 pr.

¹²⁸ Etwa Ulp. D. 40.9.12.1 f.; Pap. bei Inst. Just. 2.23.7; allenfalls noch Inst. Just. 2.20.34 und Sabinus bei Gell. 5.19.11 ff. Über das Verhältnis der Juristen zur *lex* jetzt K a s e r, Gedächtnisschrift f. R. Dietz, 1973, 3 ff. (20 ff.) mit Lit. Vgl. auch o. II A. 154 u. 168.

¹²⁹ S. nur Wieacker, Vom römischen Recht, 1961², 75 f. Diese Einstellung mag mit dem römischen „Realismus“ zusammenhängen. Wie etwa Bardon (in „Aufstieg u. Niedergang... I 2, 1972, 857 ff.) darlegt, streben die Römer eher nach der *imitatio* der „Natur“ als der platonischen Idee. Zur Formulierung des Rechtsprinzips als abstraktes Kriterium allgemein L u h m a n n, Rechtssoziologie 1, 187 ff.

¹³⁰ Vgl. zum Problem der rechtspolitischen Argumentation bei den römischen Juristen zuletzt B u n d, Studi Volterra, I 575 f., 581.

X. JURISTENKRITIK AM KAISERRECHT

1. Vorbemerkungen

Das Kaiserrecht könnte für unser Thema unter verschiedenen Aspekten interessant werden. Wenn man es etwa dem *ius civile* gegenüberstellt, so könnte man diejenigen Konstitutionen, die unter den Kriterien der *aequitas*, *benignitas*, *humanitas* (u. ä.) das *ius civile* veränderten, als Beiträge zur Kritik des römischen Rechts bewerten. Doch wäre eine solche Interpretation einseitig, da gerade in der Prinzipatszeit das Kaiserrecht nicht nur weithin von der Fachjurisprudenz getragen wurde, sondern sich auch — ähnlich dieser — gerade an der Weiterentwicklung des *ius civile* beteiligte¹. Dabei hat das Kaiserrecht bekanntlich die reformatorischen Möglichkeiten, die ihm — im Verhältnis zu den bisherigen Rechtsproduzenten — gegeben waren, zumindest in der hier interessierenden Epoche bei weitem nicht ausgeschöpft². Es sind also nicht nur Gründe der Darstellungsökonomie, sondern auch in der Sache liegende Gründe, die eine umfassende Erörterung der Konfrontation von Kaiserrecht und *ius civile* hier verbieten.

Doch soll wenigstens eine Stelle zitiert werden, derzufolge Claudius — ein Prinzeps, der sich anscheinend ohne intensivere juristische Beratung und in relativ großer Freiheit gegenüber der Tradition³ — im Rechtsleben bewegte, praktizierte Kritik am überlieferten Recht übte (Suet. Claud. 41):

... *nec semper praescripta legum secutus duritiam lenitatemve multarum ex bono et aequo, perinde ut adficeretur, moderatus est; nam et iis, qui apud privatos iudices plus petendo formula excidissent, restituit actiones et in maiore*

fraude convictos legitimam poenam supergressus ad bestias condemnavit.

Es ist recht fraglich, ob eine große Anzahl der Neuerungen des Claudius seine Regierungszeit überlebte. Nach einer Äußerung Senecas (de clem. pr I 4) wurden in den ersten Jahren Neros die Gesetze wiederhergestellt⁴.

Aber auch die hier stärker interessierende umgekehrte Fragestellung, die Auseinandersetzung der Juristen mit dem Kaiserrecht (genauer: mit den *rescripta* und *decreta*), stellt besondere Probleme, die sich einer gründlichen Erörterung an dieser Stelle entziehen. Wie schon angedeutet, nehmen die *rescripta* und *decreta* in der hier interessierenden Epoche eine eigentümliche Zwitterstellung ein. Zum einen sind sie Einzelfallentscheidungen, deren Geltungskraft über den entschiedenen Fall hinaus zwischen der Wirkung eines *exemplum* und derjenigen eines bindenden Präjudizes schwankt; nur wenn man die Betonung auf die zuletzt genannte Seite legt, gehören sie in unser Thema hinein. Zum anderen wirken bei ihrem Erlass nicht nur die Juristen mit; vielmehr sind die genannten Typen von Konstitutionen in den Problemen und ihren Lösungen, in der Auseinandersetzung mit den Kontroversen, so eng mit dem eigentlichen Juristenrecht verbunden, daß man — sieht man von ihrer größeren Autorität und (wichtiger noch) ihrer größeren Freiheit gegenüber dem bisher geltenden Recht ab⁵ — häufig geneigt sein könnte, sie der hier nicht zu erörternden innerjuristischen Diskussion zuzurechnen. Im Hintergrund steht die viel behandelte Frage nach der Geltungsgrundlage und nach der Geltungskraft des Kaiserrechts schlechthin, deren ausführliche Erörte-

¹ Vgl. zum Problem Kunkel, Rechtsgeschichte, 122; Bretonne, *Tecnica e ideologie dei giuristi romani*, 1971, 226 ff. und weiterhin im Text.

² Vgl. Brasiello, *Studi de Francisci IV*, 1956, 471 ff. mit weiteren Angaben.

³ S. nur Crook, *Consilium principis*, 1955, 101 f.; vgl. auch 44 ff. zum *consilium* des Claudius. Sein Verhältnis zu

den Juristen beleuchtet satirisch Seneca, Apok. 12. Zu Claudius als Gesetzgeber vgl. G. May RHD 1936, 55 ff.; 213 ff.

⁴ ... *legibus quas ex situ ac tenebris in lucem evocavi* ...; vgl. Préchac (Budé), CXVI (dort auch zu den Justizmaßnahmen Senecas — Neros am Anfange der Regierungszeit des Kaisers).

⁵ S. nur Gualandì, *Legislazione imperiale*, II, 131 ff.

rung unsere Problemstellung übermäßig belasten würde⁶. Trotz dieser mannigfachen Bedenken läßt sich aber nicht leugnen, daß die autoritative Basis der Konstitutionen diese dem Juristenrecht gegenüberstellt, daß sie zwar nicht unbedingt inhaltlich, aber doch formal — ähnlich den *leges* und den *edicta* — für die Juristen vorgegeben sind, von außen kommende Normen enthalten⁷. Deshalb ist an dieser Stelle zwar das Problem der Kritik der Kaiserkonstitutionen nicht umfassend darzustellen oder gar zu lösen, so doch wenigstens — eher aphoristisch — an einigen Beispielen anzudeuten.

Dabei ist die — fast selbstverständliche — Bemerkung vorwegzuschicken, daß die Juristenschriften ein grundsätzliches Bedenken an der — wie auch immer gearteten — Geltung der Konstitutionen nicht erkennen lassen. Allerdings ist trotz den emphatischen Worten des Gaius⁸ nicht zu bezweifeln, daß es auch unter den Juristen Diskussionen über die Reichweite vor allem bestimmter Typen von Konstitutionen gegeben hat⁹. Auf den ersten Blick könnte es naheliegen, auch im Rahmen unserer Fragestellung die einzelnen Typen der Konstitutionen zu unterscheiden, da ihre Geltungskraft — wenigstens zeit-

weise — verschieden gewesen sein könnte. Doch lassen die Quellen — was die Frage der Rechtskritik betrifft — keine Unterschiede erkennen, so daß hier nicht weiter differenziert werden muß¹⁰.

Wenn die Juristen — sei es beschreibend, sei es wertend — über Änderungen oder Widersprüche im Kaiserrecht selbst sprechen, so handelt es sich in erster Linie um „Rechtskritik durch Rechtsänderung“; wenn sie im übrigen über diesen Tatbestand reflektieren, so geschieht das nicht auf der Basis der „autonomen Jurisprudenz“, sondern innerhalb der Aktualisierung des Kaiserrechts¹¹. Ebenso wenig gehört es streng genommen in den Rahmen unseres Themas, wenn die Juristen an die Konstitutionen (wie an sonstige normative Texte) mit den Mitteln der Auslegung herantreten. Wie vor allem Von glis¹² gezeigt hat, konnte eine solche verbessernde Auslegung nicht zuletzt durch Berufung auf die *sententia constitutionis* (im Gegensatz zu den *verba*) erreicht werden.

Auffällig ist es, daß die Juristen dazu neigen, zu weit gefaßte Konstitutionen restriktiv auszulegen. Um nur ein besonders deutliches Beispiel zu nennen, so hatte sich Ulpian¹³ mit einem Re-

⁶ Vgl. das Auftreten des Kaiserrechts in den Rechtsquellenkatalogen; s. D. Nörr, *Divisio und Partitio*, 1972, 66 ff. — Zur Geltung des Kaiserrechts gibt es eine umfangreiche Literatur; vgl. nur Kunkel aaO 117 ff.; Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 1967², 149 ff.; ders. aaO (o. X A. 128) 29 (zur Konstitutionenkritik); P. Krüger, *Geschichte der Quellen*, 1912², 111 ff.; Wlassak, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen*, 1884, 113 ff.; Gualandi aaO II 120 ff. passim; Lauria, *Ius*, 1967³, 125 ff., 241 ff.; Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, 1967, 580 ff.; ders. *Festschrift Rabel II*, 1954, 169 ff.; Orestano, *BIDR* 44, 1936/37, 219 ff.; ders. *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, 1937; De Robertis, *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali*, 1942 (dazu Wenger, *SZ* 63, 1943, 490 ff.), s. vor allem S. 133 ff. zur Konstitutionenkritik; Steinwenter, *Studi Arancio-Ruiz II* 163 ff.; Westermann-Schiller, *Apokrimata*, 1954, 68 ff.; Levy, *Gesammelte Schriften II*, 433 ff.; Honoré, *SDHI* 28, 1960, 218 (zu den *libri decretorum* des Paulus); weitere Lit. bei F. Schwind, *Zur Frage der Publikation im römischen Recht*, 1973², 218 f. Vgl. auch die Beispiele für die Verwendung von Konstitutionen als *exempla* bei Plin. ep. 10.65 f. (u. ö.) und in den Papyri (gesammelt von Katzoff, *SZ* 89, 1972, 273 ff.). — Zur Konstitutionenkritik jetzt auch Liebs aaO (o. III A. 66) 38 f.

⁷ Zum Vorrang der Konstitutionen vor den *responsa*

der Juristen s. nur Gaudemet, *Institutions ...*, 584 A. 6; vgl. auch Gai. inst. 2.195.

⁸ Gai. inst. 1.5: *Constitutio principis est quod imperator decreto uel edicto uel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis uicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*

⁹ Vgl. nur Ulp. D. 1.4.1.2 (dazu De Robertis aaO 24 A. 1 mit Lit.); HA Macrinus 13.1; s. auch Kaser, *Röm. Rechtsgesch.*, 149.

¹⁰ Was die Geltungskraft betrifft, so könnte es für die *rescripta* und *decreta* eigentümlich sein, daß sie in den Juristenschriften in verschiedener Weise zu den Juristenmeinungen in Parallele gesetzt werden; vgl. nur De Robertis aaO 101 ff.; Gualandi aaO 107 ff. passim; Archi *SZ* 87, 1970, 20 ff. (zu Jul. D. 1.3.11).

¹¹ Vgl. etwa Ulp. D. 48.18.1.26 (dazu etwa De Robertis aaO 62 f.); dort werden als *pleniora* bezeichnete *rescripta* wegen ihrer größeren Elastizität *quibusdam rescriptis* gegenübergestellt. Ähnlich wird in Ulp. D. 48.18.1.19 über die Abweichung von einer augenscheinlich von Ulpian mißbilligten, von Trajan begründeten Praxis durch *constitutiones posteriores* berichtet.

¹² *La lettre et l'esprit*, 162 ff. (zu Tryph. D. 26.6.4.1). — Ähnlich geht auch Philon bei der Auslegung des mosaischen Rechts vor; s. nur de leg. spec. II 132.

¹³ D. 30.74: *Licet imperator noster cum patre rescripserit videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae*

skript der Kaiser Septimius Severus und Caracalla auseinanderzusetzen, demzufolge die zu-lasten des eingesetzten Erben gehenden Legate auch den Ersatzerben belasten sollten. Ulpian will diese Lösung auf den Fall einschränken, in dem sich nicht aus dem Testament ein offensichtlich anderer Wille des Erblassers ergibt¹⁴. Selbstverständlich finden sich aber auch Fälle der ausdehnenden Interpretation eines Reskripts. Als Beispiel sei nur der Erlaß des Kaisers Septimius Severus über die Pflicht der Mutter zitiert, für ihre Kinder *tutores* zu beantragen (Mod. D. 26. 6.2.2). Von Ulpian wird das Reskript in bestimmten Fällen auf die Beantragung von *curatores* ausgedehnt (D. 38.17.2.29)¹⁵:

Quid si curatores non petiit? verba rescripti deficient, sed dicendum est, si quidem impuberibus curatores non petiit, eandem esse rationem, si iam puberibus, cessare debere.

2. Einzelfälle

In dem eben genannten Fall sind wie in vielen anderen auch die Grenzen zwischen präzisierendem und kritisierendem Vorgehen flüchtig. Betrachtet man aber die von Modestin (D.

27.1.13.2)¹⁶ erwähnte Konstitution Mark Aurels über die Fristen, innerhalb derer sich ein *tutor* exkusieren kann, so sind die Grenzen wohl in Richtung auf die Kritik hin schon überschritten. Mark Aurel hatte hier eine Regelung getroffen, die demjenigen *tutor*, der von der „Polis“ und ihrer Umgebung weiter entfernt wohnte, längere Fristen geben wollte als dem ortsansässigen. Doch war die Regelung so ungeschickt ausgefallen, daß bestimmte in der unmittelbaren Umgebung der Stadt wohnende Kandidaten für die Vormundschaft längere Fristen erhielten als weiter entfernt wohnende. Wie Modestin berichtet, haben Scaevola, Paulus und Ulpian die Konstitution gegen den Wortlaut nach dem Willen des Gesetzgebers berichtigt¹⁷.

Den eben geschilderten Fall könnte man auch zur nächsten Gruppe ziehen, innerhalb derer sich die Juristen mit ungenauen oder „unlogischen“ Konstitutionen zu befassen haben. Paulus (D. 22.1.17 pr¹⁸) zitiert ein Reskript Mark Aurels, in dem dieser den unbillig belasteten Schuldner an den Statthalter verweist, der ihm helfen solle. Der Jurist kritisiert — ob zu Unrecht oder zu Recht, ist hier gleichgültig — die Undeutlichkeit des Reskripts¹⁹ und präzisiert die Anweisung an den Statthalter.

ab instituto fuerant relicta, tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas: quae ex multis colligetur, an quis ab herede legatum vel fideicommissum relictum noluerit a substituto deberi. quid enim si aliam rem reliquit a substituto ei fideicommissario vel legatario, quam ab instituto non reliquerat? vel quid si certa causa fuit, cur ab instituto relinqueret, quae in substituto cessaret? vel quid si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum? in obscura igitur voluntate locum habere rescriptum dicendum est. — Vgl. dazu Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht, 1972, 184 f.; Grosso, I legati, Parte Generale, 1962², 166 ff.

¹⁴ Ähnliche Fälle: Pap. FV 224; Paul. D. 40.12.38 pr (da-zu Kaser RPR I 293 A. 5 mit Lit.); Ulp. D. 48.1.5.1; 48.2.7.2; 48.19.5 pr (vgl. zum Problem nur Schiller, An American Experience in Roman Law, 1971, 166 ff.).

¹⁵ Vgl. auch 2.23 h. t. Vonglis aaO 104 A.3 setzt dieses Vorgehen Ulpians mit Recht zu dessen Kritik am Edikt über die *auctoritas* durch einen Schein-Tutor (D. 27.6.1.2) in Parallele. Vgl. o. IX bei A. 50. Zu Ulp. D. 38.17.2.40 s. Vonglis aaO 149 f.

¹⁶ Vgl. Vonglis aaO 167 A. 1 mit älterer Lit.

¹⁷ D. 27.1.13.2: ... ἔσται οὖν ἐν χείρονι τάξει ὁ πόρρωθεν διατρίβων τοῦ ἐντὸς ἑκατὸν μιλίων ὄντος ἢ ἐν αὐτῇ τῇ πόλει, εἴγε τοῦτοις μὲν ἀεὶ πεντήκοντα ἡμέραι προθεσμίας εἰσὶν, ἐκείνοις δὲ ἐλάττους. ἀλλ' εἰ καὶ τὰ μάλιστα τὸ ἥττον τοῦ νόμου ταύτην ἀποτελεῖ τὴν διάνοιαν,

ὅμως ἡ γνώμη τοῦ νομοθέτου ἄλλο βούλεται ... Vgl. die Einzelheiten im Text Modestins. Ist es ein Zufall, daß im Text der Scaevola nennenden Institutionen Justinians (1.25.16), die hier wahrscheinlich aus den Institutionen Marcians schöpfen (s. D. 27.1.21; Ferrini, Opere II 350), die Kritik nicht erscheint? Allerdings wäre zu überlegen, ob die kritische Note nicht bereits bei Marcian oder gar bei Scaevola fehlte, der bekanntlich Konsiliar Mark Aurels war (vgl. jetzt die tabula Banasitana (CRAI 1971, 468 ff.), wo auch der volle Name des Juristen erscheint) und auf den wahrscheinlich die verbessernde Interpretation der Entscheidung Mark Aurels zurückgeht.

¹⁸ D. 22.1.17 pr: *Cum quidam cavisset se quotannis quincunces usuras praestaturum et, si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniae ex die qua mutuatus est semisses soluturum et redditus per aliquot annos usuris mox stipulatio commissa esset, divus Marcus Fortunato ita rescripsit: Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus es, ad modum iustae exactionis rediget. haec constitutio ad finitum modum excedit: quid ergo? sic temperanda res est, ut in futurum dumtaxat ex die cessationis crescat usura.*

¹⁹ Anders Gaudemet, Institutions ... 603, und De Robertis aaO 133 f., die beide hier keine kritische Äußerung sehen. Sicherlich ist der Text von *haec constitutio bis excedit* verstümmelt (vgl. nur den Emendationsversuch Lenels, Pal. I 1300 A. 5). Doch genügt das

Hierher gehört auch die schon zitierte Ulpian-Stelle zum Abigeat²⁰. Nach dem Wortlaut des Hadrianischen Reskripts sah es so aus, als ob Hadrian die *poena gladii* für leichter als die *poena metalli* gehalten habe. Ulpian überlegt, ob Hadrian vielleicht mit der *poena gladii* die *damnatio ludi* gemeint habe²¹. Bemerkenswert ist hier — wie an anderen Stellen auch — die unauffällige Art, in der die Kritik geübt wird.

Eine weitere, nicht ungeschickte Methode der Rechtskritik könnte es sein, daß der Jurist zuerst von seiner eigenen Lösung eines Rechtsproblems spricht und dann ein widersprechendes Reskript zitiert; dabei lassen seine Ausführungen meist erkennen, daß er sich diesem Reskript beugt²². Am deutlichsten ist die auf diese Weise zum Ausdruck gebrachte Mißbilligung in zwei Ulpian-Texten. In D. 24.1.3.1²³ kämpft Ulpian mit starken Worten („sed fas non est“) gegen die an sich konsequente Auffassung, nach der eine als Schenkung unter Ehegatten gemeinte Schenkung bei nichtiger Ehe²⁴ wirksam sei; denn man dürfe die (Pseudo-)Ehegatten, *qui deliquerunt*, nicht besser behandeln als gesetzmäßige Eheleute. Dennoch hätten nach den Worten Ulpians Septimius Severus und Caracalla im Falle der freigelassenen „Schein-Ehefrau“ des Senators

Pontius Paulinus anders entschieden — welche Entscheidung Ulpian allerdings durch den Hinweis auf die Entscheidungsbegründung (Fehlen der *affectio maritalis*) zu entschärfen sucht.

An der anderen Stelle wendet sich Ulpian gegen ein Reskript derselben Kaiser, die — im Rahmen der dem freigelassenen Sklaven eher ungünstigen Normsetzung²⁵ bei einem Legat des *peculium* — die Anrechnung von Pekuliarschulden des *dominus* ausschlossen (D. 33.8.6.4):²⁶

Sicut autem aes alienum, hoc est quod debetur domino, minuit legatum peculium, ita per contrarium id quod dominus debet servo augere debet. sed huic sententiae adversatur rescriptum imperatoris nostri et patris eius, quod ita est: 'Cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniae, quam se in rationem domini impendisse dicit'. quid tamen si haec voluntas fuit testatoris? cur non possit consequi? certe compensari debet hoc quod impendit cum eo quod domino debetur...

Ulpian beginnt seine Ausführungen mit der Darstellung der älteren²⁷, von ihm geteilten Lehre, die gleichsam aus Gründen der Reziprozität, vielleicht aber auch zugunsten des Freigelassenen, die Anrechnung sowohl von Schulden als auch von Forderungen des *peculium* verlang-

ungehaltene „quid ergo“, um den kritischen Ton erkennen zu lassen. So wurde Paulus auch von Stephanos verstanden (s. Sch. ἐδανείσθαι zu Bas. 23.3.17; Heimbach II 696; Scheltema B IV 658).

²⁰ Coll. 11.7.1.1 ff.; s. Text und Lit. o. I bei A. 8. S. jetzt auch Liebs aaO (o. III A. 66) 28 ff.; 35 A. 231.

²¹ Möglicherweise ließe sich der Sinn des Hadrianischen Reskriptes folgendermaßen retten: Hadrian wollte als ausreichende Höchststrafe (*sufficere, maximum*) die *poena gladii*, für (einfache) Rückfalltäter die *poena metalli*, im übrigen leichtere Strafen (*opus* oder *opus temporarium*; vgl. auch Ulp. Coll. 11.8.1 ff.) festsetzen. Zum Strafen-system s. zuletzt etwa Garnsey, Social status and legal privilege, 1970, 103 ff. mit weit. Angaben; s. auch D. Nörr, SZ 88, 1971, 410 ff.

²² Bisweilen erscheint das Reskript so abrupt im Juristentext zitiert, daß man sich fragen könnte, ob es durch den Autor „nach Fertigstellung des Manuskripts“ oder in einer späteren Ausgabe (durch den Autor oder durch einen Bearbeiter) angefügt wurde. Vor allem bei Ulpian (D. 24.1.3.1; 33.8.6.4) ist an die *repetita praelectio* des Sabinus-Kommentars zu denken, die allerdings von der Autorität Wieackers (Textstufen, 310 f.; vgl. auch F. Schulz, Rechtswissenschaft, 266) der Nachklassik zugewiesen wird. — S. auch Mac. D. 49.13.1.1; Arc. Lhar. D. 50.4.18.26 (vgl. CJ. 10.42.8).

²³ D. 24.1.3.1: *Videamus, inter quos sunt prohibita* do-

nationes. et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui deliquerunt. divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.

²⁴ S. nur Paul. D. 23.2.16 pr.

²⁵ S. nur Inst. Just. 2.20.20.

²⁶ Vgl. zur Stelle Wieling aaO 203 ff.; De Robertis aaO 158 f.; Voci, Diritto ereditario II, 1963², 333 ff. (334 A. 328 Parallelstellen); Gualandi aaO II 136; Wieacker, Textstufen, 319. Wieacker sieht die wiederholten Fragen als Interpolationsindiz an. Doch sind solche rhetorischen Fragen gerade bei Ulpian häufig. (s. Wieacker aaO; vgl. auch o. A. 13 zu D. 30.74). Man darf sie ihm als rhetorisch ausgebildeten Juristen durchaus zutrauen. Im übrigen haben wir gerade Ulpian häufiger als Rechtskritiker kennengelernt. Sollte man die in den Fragen liegende Kritik am Kaiserrecht eher einem Nachklassiker zuschreiben, in dessen Zeit die Autorität des Kaiserrechts noch größer war?

²⁷ S. nur Jav. D. 40.7.28.

te. Das entgegenstehende Reskript veranlaßt ihn — ähnlich wie in D. 30.74²⁸ — zu ungehaltenen Fragen nach der Berücksichtigung des Erblasserwillens. Durch die von dem Reskript nicht ausdrücklich ausgeschlossene Einräumung der Kompensationsmöglichkeit gelingt es ihm, die mißbilligten Ergebnisse des Kaiserrechts etwas einzuschränken²⁹.

Angesichts der immer wieder feststellbaren, wohl nicht allein durch die Quellenlage nahegelegten Neigung Ulpianus zur Rechtskritik ist es nicht ausgeschlossen — wenn auch nicht sicher erweisbar —, daß die Art, wie er über die Reskripte berichtet, die dem *filius* die Möglichkeit verschafften, *curator furiosi* seines Vaters zu werden, eine Mißbilligung enthält³⁰. Der Hinweis auf das *indecorum* einer solchen Situation, mit dem Celsus und die Mehrheit der Juristen bisher die Zulässigkeit der Kuratel des Sohnes abgelehnt hatten, könnte zu verstehen geben, daß die kaiserlichen Entscheidungen es an den richtigen Standards für die Bewertung des Verhältnisses zwischen Vater und Sohn fehlen ließen. Deutlich wird, daß das Kaiserrecht —

dem Wandel der Familienstruktur folgend und ihn fördernd — progressiver ist als das Juristenrecht³¹.

Zurückhaltender als Ulpian ist Papinian, der sich in D. 34.9.18³² einer als *benigne*³³ bezeichneten, juristisch inkonsequenten Entscheidung des Septimius Severus beugt. Es geht dabei um die Herausgabe der Früchte bei einer dem Fiskus verfallenen Erbschaft³⁴. Auf Einzelheiten der im Text gestörten Stelle, vor allem auf die anscheinend noch nicht gelöste Frage, wie weit die Früchte zu verzinsen sind, soll hier nicht eingegangen werden. Mit Sicherheit geht aus ihr hervor, daß das *responsum* Papinians bei den aus den Früchten erzielten Zinsen nach dem Zeitpunkt der *litis contestatio* differenzierte, während Septimius Severus den Fiskus auf die Zinsen schlechthin verzichten ließ³⁵. Das *decretum* des Severus geht dem *responsum* Papinians vor. Da es außerdem von diesem als *benigne* bezeichnet wird, ist die Kritik — wenn eine solche überhaupt vorliegt — sehr verhalten.

Ebenfalls um die juristische Konsequenz scheint es auch bei Paul. D. 35.2.1.14³⁶ zu gehen.

²⁸ S. o. A. 13. — Möglicherweise enthält auch der Kommentar Ulpianus zu einem Reskript über die *a. funeraria* (D. 11.7.14.7; s. auch Sen. de ben. 5.20) eine kritische Nuance; z. St. vgl. Rabel, Studi Bonfante IV, 1930, 298 (Ges. Aufsätze IV, 459 f.).

²⁹ Im hier nicht abgedruckten zweiten Teil der Stelle geht es um die ähnliche Frage nach der Anrechnung von Schulden, die der Erblasser *dominus* ausdrücklich als solche anerkannt hatte. Nach Aufzählung von Juristenmeinungen und Erwähnung eines Parallelfalles kommt Ulpian — charakteristischerweise — zu der dem *rescriptum* entsprechenden Lösung: ... *quod verum est, quia consonat rescripto*.

³⁰ Ulp. D. 26.5.12.1: *Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare: quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit patrem a filio regi, attamen divus Pius Instio Celeri, item divi fratres rescripserunt filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis quam extraneum*. S. auch Ulp. D. 27.10.1.1.

³¹ Vgl. auch die Abweichung Mark Aurels von der Mehrheitsmeinung der Juristen in Marcell. D. 28.4.3 pr (s. auch Pap. D. 34.9.12; 34.9.16.2). Vgl. dazu zuletzt Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht, 1972, 144 f.

³² D. 34.9.18 pr: *Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus, quos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi, quod bonae fidei possessor fuisse non videtur exemplo bonorum fisco vindicatorum. post motam de tacito fideicommisso controversiam ante pretia fructuum percepta cum usuris esse*

restituenda respondi, sed omnium fructuum quorum pretia percepta fuerant: quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit. sed divus Severus bonorum tacite relictorum citra distinctionem temporis fructus dumtaxat deberi, non etiam usuras eorum benigne decrevit: quo iure utimur.

³³ S. zum Wortfeld von „*benignus*“ Wubbe, Festschrift Herdlitzka, 1971, 295 (mit weit. Angaben); s. auch o. IX A. 63); Hausmaninger, Studi Grosso V, 1972, 276 ff. (mit Lit.). Vgl. auch CJ 3.31.1 (a. 170); Pap. D. 5.3.51.1; Antoninus Pius bei Paul. D. 22.1.17.2; s. im übrigen auch Sept. Sev. CJ 6.35.1.

³⁴ Vgl. Kaser, Restituere als Prozeßgegenstand, 1968², 14 f., 197 f. mit Lit.; ders. SZ 72, 1955, 120 ff.; Siber, Römisches Recht, Neudruck 1968, II 393 (mit älterer Lit.); zum *fideicommissum tacitum* s. nur Kaser, RPR I 758 A. 14.

³⁵ Anders CJ 6.35.1.1 f. (a. 204): *Ex hereditate autem rerum distractarum vel a debitoribus acceptae pecuniae post motam litem bonorum usuras inferant. Quod in fructibus quoque locum habere, quos in praediis hereditariis inventos aut exinde perceptos vendiderint, procul dubio est*.

³⁶ D. 35.2.1.14: *Si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra et illam vindicavero, Cassius confundendas esse partes existimat, Proculus contra: in qua specie et Iulianus Proculo adsensit, quam sententiam probabilior esse puto. sed et divus Antoninus iudicasse dicitur commiscendas esse utrasque partes in computatione legis Falcidia*.

Der wegen Erwerbsunfähigkeit eines Miterben verfallene Erbschaftsteil³⁷ ist durch Legate erschöpft, der des ihn vindizierenden Miterben ist von Legaten frei. Sind für die Berechnung der falzidischen Quart die beiden Erbteile zu „konfundieren“? Nach der Rechtslage in ähnlichen Fällen³⁸ neigt Paulus zur Verneinung dieser Frage. Ohne weitere Stellungnahme fügt er dann eine gegenteilige kaiserliche Entscheidung an³⁹, die sich auf die Meinung des Cassius, vielleicht auch auf eine wohl angreifbare Analogie zum Falle der Substitution des einen Miterben durch den anderen stützen könnte⁴⁰. Die kritische Einstellung des Paulus ergibt sich allenfalls aus der Gegenüberstellung der Meinungen; dabei ist zu betonen, daß das Kaiserrecht hier zu einem unter den Juristen strittigen Fall Stellung nimmt⁴¹.

Weniger um die dogmatische Stringenz als um die Zweckmäßigkeit geht es bei der vorsichtigen Kritik (wahrscheinlich) Marcians⁴² an einem Reskript des Antoninus Pius, der den Analphabeten das Recht gegeben hatte, sich von einer Vormundschaft zu exkusieren. Aus dem wohl verkürzten Text ergibt sich der Einwand des Juristen, daß auch Analphabeten zur Vermögensverwaltung fähig sein können (Inst. Just. 1.25.8):

Similiter eum qui litteras nesciret excusandum esse divus Pius rescripsit: quamvis et imperiti litterarum possunt ad administrationem negotiorum sufficere.

Es ist bemerkenswert, daß — wenigstens nach

dem Digestentext (Paul. bei Mod. D. 27.1.6.19) — aus der Kritik Folgerungen gezogen wurden: ... *eius qui se neget litteras scire, excusatio accipi non debet, si modo non sit expers negotiorum.*

3. Pauli decretorum libri tres

Auf dem sich einer näheren Fixierung entziehenden Grenzgebiet von „Kritik“ und „anderer Meinung“ bewegt sich Paulus auch in den bekannten Fragmenten der *libri decretorum*, in denen er erkennen läßt, daß er im kaiserlichen *consilium* nicht mit seiner Meinung durchgedrungen ist⁴³. Ein Sonderfall ist hier D. 29.2.97:

Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat: scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. dicebam non repudiare eum, qui putaret posterius valere. pronuntiavit Clodianum intestatum decessisse.

Während Paulus — wohl allgemeinen Grundsätzen folgend⁴⁴ — der billigeren Lösung folgt und die Wirksamkeit der Erbschaftsausschlagung von der vollständigen Kenntnis der möglichen Berufungsgründe abhängig macht, schließt sich der Kaiser in dem konkreten Falle, dessen Hintergründe wir allerdings nicht kennen⁴⁵, der

³⁷ S. nur Lenel, Paling. I 1123; vgl. auch Gualandi, Legislazione imperiale II 121 f.

³⁸ Vgl. 1.13. h. t.: ... *sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non, quisquis mihi heres erit*. — 1.15 h. t.: *Si coheredem meum post aditam hereditatem adrogavero, non dubitabitur, quin separandae sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres exstissem*. Vgl. auch das Scholion des Kalokyros (vgl. zu diesem Heimbach VI 199) Δοκεῖ zu Bas. 41.1.1 (Heimbach IV 92, Scheltema B VI 2404).

³⁹ Wohl des Antoninus Pius (vgl. Gualandi aaO 194). Der Ausfall eines „non“ (so Huschke in der Anmerkung der Digesten-Ausgabe) ist nach dem in der vorherigen Anmerkung zitierten Scholion unwahrscheinlich. — Auffällig ist das „dicitur“.

⁴⁰ Zum Unterschied vgl. das in A. 38 erwähnte Scholion.

⁴¹ Wenn Marcian in D. 38.2.22 eine *sententia* Julians einem *rescriptum* Hadrians gegenüberstellt, so kann hierin (muß aber nicht) auch eine Kritik der Entscheidung Hadrians liegen. Vgl. auch Kaser aaO (o. IX A. 128), 29. Was Julian betrifft, so hätte er an sich die Entscheidung

Hadrians kennen können. Zur (unsicheren) Datierung der Digesten Julians s. nur Serrao, Atti Congr. int. epigr. 3, 1959, 411 ff. mit Lit.; Nörr, Pomponius (o. V A. 15) II 4a.

⁴² Inst. Just. 1.25.8; s. Ferrini, Opere II, 351. Vgl. auch Mod. D. 27.1.6.19; Paul. FV 244. Möglicherweise wurde die Kritik aus einer *anteoccupatio* (*prokatalipsis*) im Reskript entwickelt. Überdies ist die Textlage schwierig. S. nur Wieacker, Textstufen, 417 ff., wo aber der hier interessierende letzte Satz von D. 27.1.6.19 nicht erwähnt wird.

⁴³ Zu seiner Tätigkeit im *consilium* s. nur Kunkel, Herkunft, 244 A. 503; zu den hier interessierenden Fragmenten vgl. etwa Sanfilippo, Pauli decretorum libri tres, 1938², 22 ff., 41 ff., 119 ff., 175 ff.; Honoré, SDHI 28, 1962, 218; Voltera, Atti 20 Congr. SISD 1967 (1971), 979 ff. (mit Lit.); Wubbe, Festg. Herdlitzka, 1972, 309 ff.

⁴⁴ S. nur Ulp. D. 29.2.15 f.; Siber, Römisches Recht II 385; Kaser, RPR I, 718 A. 45; Voci, Diritto ereditario I, 1967², 624 A. 22.

⁴⁵ Begünstigung der *heredes legitimi* oder gar des *fiscus*?

entgegengesetzten, eher formalistischen Ansicht Papinians an und versagt dem Erben, der aus dem zweiten unwirksamen Testament die Erbschaft angetreten hatte, den Erbschaftsantritt aus dem ersten Testament. An den meisten Stellen vertritt Paulus dagegen — um es so auszudrücken — die juristisch saubere Lösung, während der Kaiser Billigkeitserwägungen folgt. Als solche konnten sie zwar einem Juristen dogmatisierender Tendenz, wie Paulus es war, mißfallen; doch ist zu vermuten, daß — wenigstens für den entschiedenen Einzelfall — die Billigkeit des Ergebnisses die Intensität des Mißfallens einschränkte.

In dem langen Fragment D. 4.4.38 pr geht es um die *in integrum restitutio* einer *pupilla*. Einzelheiten der Stelle können hier unerörtert bleiben. Paulus vertritt die an sich den allgemeinen Grundsätzen entsprechende Meinung, daß Restitutionsgründe fehlen, da das fragliche Geschäft noch von dem Vater der Erblasserin abgeschlossen worden sei. Darauf, daß die (Potestativ-) Bedingung erst nach dem Tode des Erblassers eingetreten ist, könne es nicht ankommen. Der Kaiser will auf den Zeitpunkt des Bedingungseintrittes abstellen. Dem hält Paulus einen Parallelfall entgegen⁴⁶ und bietet ihm eine nach seiner Auffassung dogmatisch saubere Begründung für die vom Kaiser gewünschte Entscheidung an (stillschweigender Verzicht des Gläubigers auf die Geltendmachung des Bedingungsausfalls). Der Kaiser nimmt diesen Ausweg nicht an, sondern entscheidet im Sinne des Minder-

jährigenschutzes, wobei ihn — wie Paulus bemerkt — auch das Motiv leitete, das die früheren Vormünder der *pupilla* „*suspecti pronuntiati*“ waren.

In einem recht schwierigen Text aus dem 1. Buch der *decreta* (D. 14.5.8)⁴⁷ wird der Problembereich angesprochen, den man heute unter den Stichworten „Schein- oder Duldungsvollmacht“ abzuhandeln pflegt⁴⁸. Titianus Primus hatte seinen Sklaven zu Darlehens- und Pfandgeschäften ermächtigt. Der Sklave dehnte seinen Geschäftsbereich auf Getreidegeschäfte aus. Dabei pflegte er für die Käufer des Getreides die Kaufpreisschuld zu übernehmen (wohl durch *stipulatio*) und sie auch zu bezahlen; offen bleibt, zu welchem Zeitpunkt er den Kaufpreis von den Käufern erhielt⁴⁹. Der Sklave war geflohen; der Getreideverkäufer will sich wegen des Kaufpreises an den *dominus* halten. Dieser wendet ein, daß dem Sklaven die Ermächtigung für den Getreidehandel gefehlt habe. Der *praefectus annonae* gibt der Klage statt, da feststehe, daß der Sklave auch andere Geschäfte geführt, Getreidespeicher gemietet und an viele Verkäufer gezahlt habe. Bemerkenswert ist, daß von einem Wissen oder Wissenmüssen des *dominus* nirgends die Rede ist, ein solches also allenfalls unterstellt werden kann.

In der Diskussion vor dem Kaisergericht gibt Paulus zu bedenken, daß der *servus* eine Art von Bürgschaft übernommen habe, auf die sich die Ermächtigung des *dominus* nicht erstrecke. Leider läßt die wohl verderbte Stelle die Argumen-

⁴⁶ *Non me moveri, quod dies postea transisset, non magis quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita.*

⁴⁷ D. 14.5.8: *Titianus Primus praeposuerat servum multis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institutoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse. sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.*

⁴⁸ Vgl. z. St. vor allem Salkowski, Zur Lehre von der Novation, 1866, 431 ff.; in jüngster Zeit etwa Claus, Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht, 1973, 280 f., der aber auf die Argumentation des Paulus nicht weiter eingeht. Sozialgeschichtlich interessant, juristisch ungenau Riccobono, RIDA 1. S. 3, 1949, 288 f.; Belege aus der Praxis jetzt in den *tabulae Pompeianae* (vgl. etwa Bouveret, RH 51, 1973, 54 ff. (mit Lit.)).

⁴⁹ Anders der allerdings nicht unmittelbar, sondern nur über die *Synopsis maior* (Y IV 24) und den Tipoukeitos überlieferten Basilikentext 18.3.8 (Heimbach II 238, Scheltema A II 883), demzufolge der Käufer den Kaufpreis dem Sklaven gibt, damit dieser ihn dem Verkäufer weitergibt. Entscheidend ist aber, daß auch nach den Basiliken der Verkäufer als Kläger auftritt, daß also zwischen ihm und dem *servus* eine Obligation bestanden haben muß. Vielleicht ist diese Interpretation der Basiliken durch die schwierigen Worte des Digestentextes: *cum pro alio bis suscipit debitum* veranlaßt; vgl. die folgende Anmerkung.

tation des Paulus nicht mehr deutlich erkennen: . . . *dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum; non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse*⁵⁰. Möglicherweise bewegte sich die Argumentation auf ähnlicher Ebene wie die Papinians in D. 14.3.19.3⁵¹. Danach kann der Sklave, der zu Darlehensgeschäften ermächtigt ist, den Eigentümer durch eine Interzession nicht verpflichten. Wird aber eine Schuld auf die Weise begründet, daß der Darlehensschuldner den Sklaven anweist, die Auszahlung der Summe einem Dritten zu versprechen, so gilt das als Darlehensgeschäft; der *dominus* hat die *a. pecuniae creditae* gegenüber dem Darlehensnehmer, der Dritte die *a. institoria (ex condictione)* gegen den *dominus*.

Auf unseren Fall angewandt würde das bedeuten: Die Übernahme einer bestehenden Schuld des *emptor* gegen den *negotiator* bindet als *intercessio* den *dominus* nicht. Anders wäre es möglicherweise, wenn der Sklave die Kaufpreissumme als Darlehen dem Käufer hätte zukommen lassen wollen und dafür dem *negotiator*

promittierte. Doch kommt Paulus mit dergleichen Subtilitäten vor dem Kaisergericht nicht durch. Mit der Erwägung, daß der Sklave vom Eigentümer gleichsam „Generalvollmacht“ erhalten habe (*in omnibus eum suo nomine substituisset*), wird die Entscheidung des *praefectus annonae* aufrechterhalten.

Wahrscheinlich wird man auch hier den Gegensatz zwischen der zugleich konservativen wie auch dogmatischen Haltung des Juristen und der freieren Gestaltung durch die Beamtenkognition und das Kaiserrecht erkennen können⁵². Während Paulus sich an das „*praepondere mutuis pecuniis dandis*“ des Eigentümers — eventuell mit seiner weiteren Interpretation durch die Jurisprudenz⁵³ — hält, rechnet der *praefectus annonae* und der Kaiser dem *dominus* auch ein Verhalten des Sklaven zu, zu dem der Eigentümer nicht ausdrücklich ermächtigt hatte; denn offensichtlich durften Dritte das Verhalten des Sklaven und auch des *dominus* so deuten, daß auch die über die Darlehensgeschäfte hinausgehenden Geschäfte von einer solchen Ermächtigung getragen sind.

An der letzten hier zu nennenden Stelle⁵⁴ geht

⁵⁰ Schwierigkeiten macht seit langem der Satz: *cum pro alio — suscipit debitum*. Nimmt man ihn beim Worte, so liegt eine *quasi fideiussio* dann vor, wenn der *servus* für einen anderen zahlt, nicht aber wenn er die „Schuld übernimmt“. Allenfalls wäre das Gegenteil akzeptabel; denn die Schuldübernahme steht der Bürgschaft näher als die reale Zahlung (vgl. auch Pap. D. 14.3.19.3; dazu im Text). Stilistisch erweckt weniger das doppelte „*debitum*“ als der Wechsel: *solveret — suscipit* und *pro alio — pro aliis* Bedenken. In der *Vulgata* fehlten die Worte: *non pro aliis suscipit debitum*; doch sind diese nicht nur durch die *Florentina*, sondern auch durch die — im übrigen ungenaue — Basilikenüberlieferung (s. die vorige Anmerkung) gedeckt. Ihre Auslassung erklärt sich auch leicht dadurch, daß der ausgefallene Satz wie der nachfolgende mit „*non*“ beginnt und wie der vorhergehende mit „*debitum*“ endet. Da die — in unserem Fall nicht ganz vollständige — Gleichförmigkeit von Basiliken und *Florentina* nicht ganz eindeutig beweist, daß der Text insoweit ursprünglich justinianisch ist (vgl. zum Problem nur Miquel, SZ 80, 1963, 259 ff. passim), so ist hier entweder mit einer vorjustinianischen oder mit einer Textverderbnis im 6. Jhd. zu rechnen. Über Emendationsmöglichkeiten und -vorschläge berichtet Salkowski aaO 432 A. 30; Mommsen will das „*non*“ (vor *pro aliis*) durch *nam* ersetzen. Otto (bei Otto-Schilling-Sinten) schließt den Satz nach „*esse videri*“ mit einem Semikolon; der darauffolgende Satz würde dann nicht die Begründung des vorhergehenden, sondern eine — allerdings stilistisch und vom Gedanken-

gang her unerfreuliche — selbständige Weiterführung darstellen (etwa: nur dann wenn er zahlen würde, übernimmt er keine Schuld — und damit liegt auch keine *quasi fideiussio* vor). Die größten Bedenken erwecken die Worte „*pro alio solveret debitum*“, die auch in der *Vulgata* enthalten sind (vgl. auch Cuiacius), da im vorliegenden Falle eben gerade keine Zahlung an den Verkäufer erfolgte. Doch erscheint es mir im Moment nutzlos, mit einem neuen Emendationsvorschlag aufzuwarten — um so mehr als die Frage für unser Problem nicht von Bedeutung ist. Am ehesten leuchtet mir noch der Vorschlag von Salkowski ein, der die Worte „(ut) *pro aliis solveret debitum*“ hinter „*mandasse*“ setzt.

⁵¹ D. 14.3.19.3: *Servus pecuniis tantum faenerandis praepositus per intercessionem aes alienum suscipiens ut institorem dominum in solidum iure praetorio non adstringit: quod autem pro eo, qui pecuniam faeneravit, per delegationem alii promisit, a domino recte petetur, cui pecuniae creditae contra eum qui delegavit actio quaesita est.* — Vgl. dazu zuletzt Sacconi, Ricerche sulla delegazione in diritto romano, 1971, 68 f.; aus der älteren Literatur vgl. wieder Salkowski aaO 435 f.

⁵² So etwa Riccobono aaO; Kaser, RPR I, 264 A. 39.

⁵³ S. Pap. D. 14.3.19.3.

⁵⁴ D. 32.27.1: *Pompeius Hermippus filium Hermippum ex dodrante, filiam Titianam ex quadrante heredes instituerat et praedia certa singulis praelegaverat: praeterea, si sine liberis Hermippus moreretur, aliam possessionem filiae*

es um zwei Nachlaßprätendenten, den Fiskus als „Nachfolger“ des Sohnes des Erblassers und die Tochter des Erblassers. Der Erblasser hatte seinen Sohn zu $\frac{3}{4}$, seine Tochter zu $\frac{1}{4}$ als Erben eingesetzt und ihnen gewisse Grundstücke vorweg vermacht; außerdem sollte die Tochter, wenn der Sohn kinderlos sterben sollte, Grundbesitz (*possessio*) fideikommissarisch erhalten. Das Testament wurde durch ein Kodizill geändert, in dem der Vater, der der Tochter inzwischen einige Grundstücke hatte zukommen lassen, anordnete, daß sie mit diesen zufrieden sein sollte: *eamque his contentam esse voluit pro omni hereditate et his, quae in testamento reliquerat*⁵⁵. Nachdem das Vermögen des Sohnes inzwischen an den Fiskus gekommen war, geht der Streit um die fideikommissarisch unter der Bedingung der Kinderlosigkeit des Sohnes hinterlassene *possessio*.

Entsprechend den juristischen Lehren seiner Zeit will Paulus nach dem Willen des Erblassers entscheiden und der Tochter das Fideikommisß absprechen. Der Kaiser trifft eine Billigkeitsentscheidung (*placuit humanius interpretari*) und schränkt den im Kodizill enthaltenen Widerruf ein. An dieser Stelle wird es deutlich, daß Jurist und Kaisergericht auf verschiedenen Ebenen argumentieren, die „kritisch“ kaum vergleichbar sind. Paulus argumentiert juristisch; der Kaiser fällt eine Art „Gnadenentscheidung“, die zu-

lasten des Fiskus geht. Man könnte daran zweifeln, ob Paulus als „Richter“ eine solche Entscheidung überhaupt hätte fällen dürfen.

4. Kritik an strafrechtlichen Sanktionen, Gerichtsbarkeit der *procuratores*

Auch bei der folgenden Gruppe läßt sich nur mit Vorbehalten von einer Kritik der Konstitutionen sprechen. Es handelt sich um strafrechtliche Sanktionen; von ihnen hat Levy⁵⁶ überzeugend nachgewiesen, daß ihre „Festlegung“ in kaiserlichen Rechtsakten keine Fixierung der Strafen im strengen Sinne bedeutete, sondern daß sie eher als Richtlinie für die Zukunft dienen sollte⁵⁷. Immerhin ist auch auf diesen Typus wenigstens insoweit hinzuweisen, als die Juristen billigend von einer grundsätzlich anderen Praxis berichten oder sogar der Rechtspraxis abweichende Anweisungen geben. Denn in diesen Fällen läßt sich eine Kritik der kaiserlichen Richtlinie unterstellen. Allerdings ist schwer zu entscheiden, ob nicht auch die abweichenden Meinungen der Juristen bisweilen auf neueren kaiserlichen Entscheidungen beruhen.

Nach Paulus⁵⁸ hatte Hadrian für den Tatbestand des „Doppelverkaufs“ — ob auch des Versuchs der Richterbestechung, ist zweifelhaft — die *poena falsi* (also in der Regel Deportation und

dari iusserat: post testamentum factis codicillis filiae certa praedia dederat eamque his contentam esse voluit pro omni hereditate et his quae in testamento reliquerat: Hermippi bona ad fiscum pervenerant: Titiana soror fideicommissum petebat. quaerebatur, utrum pro hereditate tantum an et pro his, quae post mortem frater rogatus erat restituere, pater eam voluisset accipere ea quae codicillis reliquerat. mihi ab omni voluntate recessum videbatur. placuit humanius interpretari ea sola, quae vivente fratre acceptura erat, adempta videri, non etiam quae post mortem eius reliquerat, si sine liberis decederet, et ita pronuntiavit. — Eingehend wird die Stelle zuletzt von W u b b e, Festg. Herdlitzka, 308 ff., interpretiert.

⁵⁵ Nach dem Text ist es nicht ganz ausgeschlossen, daß die Tochter die Grundstücke, als deren Gegenleistung sie auf sonstigen Erwerb aus dem Testament verzichten sollte, erst durch das Kodizill, also von Todes wegen erhielt. — Problematisch ist es, daß weder Paulus noch der Kaiser hier auf die *regula* „*hereditas adimi non potest*“ eingeht, die gerade auf das Kodizill paßt und vielleicht aus dem Kodizillarrecht stammt (ungenau insoweit N ö r r, SZ 89, 1972, 52 f. (mit Lit.); dort störender Druckfehler: statt „28.2.31“ muß es heißen: „28.2.13.1“); vgl. im übrigen

Scaevola D. 36.1.78; Mod. D. 28.7.27.1. Die *regula* schloß es aus, daß der Tochter das Erbrecht durch das Kodizill entzogen wurde. Zu denken wäre immerhin an eine Umdeutung in ein Fideikommisß; vgl. hierzu Scaev. D. 36.1.78 und W u b b e aaO.

⁵⁶ Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht I (Die Strafzumessung), BIDR 45, 1938, 57 ff.; hier zitiert nach Ges. Schriften II, 433 ff.

⁵⁷ Vgl. auch Ulp. D. 1.4.1.2; doch bezieht sich die Stelle — was ihre strafrechtliche Seite betrifft — nur auf kaiserliche Strafurteile.

⁵⁸ D. 48.10.21: *Qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit, poena falsi coercetur, et hoc et divus Hadrianus constituit. is adiungitur et is qui iudicem corrumpit. sed remissius puniri solent, ut ad tempus relegantur nec bona illis auferantur.* — Zum schwer verständlichen Kriminal-Tatbestand des Doppelverkaufs s. nur Levy, Gesammelte Schriften II 439 A. 32 mit Lit.; Levy erwägt als zum Bereich des SC *Turpilianum* gehörend den Straftatbestand, daß ein Ankläger sich doppelt verkauft. Zur Richterbestechung s. nur Levy aaO 438, 468; De Robertis aaO 77; s. auch o. V 2 bei A. 46.

Vermögenseinziehung; s. Marc. D. 48.10.1.13) festgelegt; inzwischen pflege aber die Praxis milder (*remissius*) zu bestrafen (temporäre Relegation). Im Bereich des schon häufiger erörterten Abigeats⁵⁹ schränkt Ulpian für die *honestiores* die von Hadrian festgelegten Strafen (*poena metalli* [temporarii] oder *gladii*) ein und empfiehlt mildere Sanktionen (Relegation oder Entfernung aus dem *ordo*). Im übrigen berichtet er von einer stadtrömischen Praxis, derzufolge die Strafe der *abigei* verschärft wurde (Verurteilung *ad bestias*); diese Strafverschärfung billigt er für schwere Fälle des Abigeats⁶⁰. Schließlich legt Ulpian⁶¹ für die *poena gladii* die Hinrichtung durch das Schwert fest und schließt es aus, daß die Verurteilten sich die Strafart selbst auswählten. Allerdings hätten die *divi fratres* einmal anders reskribiert: *Divi tamen fratres rescripserunt permittentes liberam mortis facultatem*.

Wieweit die von kaiserlichen Konstitutionen abweichenden Strafempfehlungen der Juristen sozial bedingt sind, läßt sich schwer sagen. Sicherlich vertritt Ulpian beim Abigeat eine Strafmilderung für die *honestiores* und hält eine Strafverschärfung für die *humiliores* in gewissen Fällen nicht für unbillig. Andererseits wendet er sich möglicherweise gegen das Reskript der *divi fratres* (über die freie Wahl der Todesart), das praktisch nur den *honestiores* „zugute“ gekommen sein kann.

An der jetzt zu nennenden Stelle sind dagegen soziale Gründe für die Kritik der kaiserlichen Konstitutionen erkennbar. Es ist — wohl kaum zufällig — wiederum Ulpian, der die von Konstitutionen Caracallas gedeckte Kompetenzüberschreitung der *procuratores* — die im übrigen

ein altes Problem war⁶² — zwar akzeptieren muß, aber klar mißbilligt (Coll. 14.3.1–3):

*Frequens est etiam legis Fabiae cognitio in tribunalibus praesidium, quamquam quidam procuratores Caesaris usurpauerint tam in provinciis quam Romae. Sed enim iam eo peruentum est constitutionibus, ut Romae quidem praefectus urbis solus super ea re cognoscat, si intra miliarium centesimum sit iniuria commissa: enimvero si ultra centesimum, praefectorum praetorio erit cognitio. In provincia est praesidium provinciarum, nec aliter procuratori Caesaris haec cognitio iniungitur, quam si praesidis partibus in provincia fungatur. Plane post sententiam de Fabia latam procuratoris partes succedunt huiusce rei. Attamen procurator qui nullam provinciam regit licet de capitalibus causis cognoscere nec soleat, tamen ut de lege Fabia possit cognoscere, imp. Antoninus constituit. Idem legis Iuliae de adulteris coercendis constitutione imperatoris Antonini quaestionem accepit*⁶³.

Zur Zeit Ulpians flossen die mit dem *plagium* (und dem *adulterium*⁶⁴) verbundenen Vermögensstrafen an den Fiskus⁶⁵. Für die Prozeßführung waren beim *plagium* in Rom der *praefectus urbi*, in Italien der *praefectus praetorio*, in den Provinzen der *praeses* zuständig. Für das *adulterium* existierten in Rom noch zur Zeit des Septimius Severus die Quaestionengerichte⁶⁶; im übrigen dürfte eine ähnliche Zuständigkeitsverteilung existiert haben wie beim *plagium*. Allein diejenigen *procuratores Caesaris*, die *vice praesidis* fungierten, hatten die Kompetenzen des Statthalters. Wegen des „Sachzusammenhanges“ hatten auch andere *procuratores* diese Kompetenz usurpiert⁶⁷. Caracalla legalisierte eine be-

⁵⁹ S. o. bei A. 20.

⁶⁰ Coll. 11.8.3 u. 4: *Quamquam autem Hadrianus metalli poenam temporari uel etiam gladii praestituerit, attamen qui honestiore loco nati sunt non debent ad hanc poenam pertinere, sed aut relegandi erunt aut remouendi ordine. Romae tamen etiam bestiis subici abigeos uidemus: et sane qui cum gladio abigunt, non inique hac poena adficiuntur*.

⁶¹ D. 48.19.8.1; vgl. auch die Textemendation Mommsens.

⁶² S. nur Tac. ann. 4.6; 4.15; 12.60; Suet. Claud. 12; sowie die Stellen bei Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, 129 A. 4. Zur Kompetenz der *procuratores* vgl. etwa O. Behrendts, SZ 88, 1971, 223 (mit Lit.); Pflaum, RE XXIII 1, 1269; ders. Les procureurs équestres sous le Haut-Empire Romain, 1950, 152 f.; Brunt, Procuratorial Jurisdiction, Latomus 1966, 461 ff.; Stockton, Historia 10, 1961, 116 ff.; Dirksen, Hinterlassene

Schriften I, 1871, 210 ff. Vgl. im übrigen auch M. von, Les avocats du fisc dans le monde romain, Aix-en-Provence, 1971 (polycopié); dazu Boulvert, Index 3, 1972, 22 ff. Zur Fiskalgerichtsbarkeit in den Senatsprovinzen s. De Dominicis, Synt. Arangio-Ruiz II 653 ff.

⁶³ Vgl. z. St. etwa Mommsen, Strafrecht, 780 ff.; Wieacker, Textstufen, 406 f.; De Robertis aaO 49, jeweils mit Lit. Vgl. auch die Emendationen bei Lenel, Paling. II 985.

⁶⁴ S. Mommsen aaO 698 f.

⁶⁵ Vgl. fragm. de iure fisci 9 mit Ulp. Coll. 14.3.5.

⁶⁶ S. Mommsen aaO 220 A. 5.

⁶⁷ Allerdings hat das lateinische „*usurpare*“ einen neutraleren Ton als das deutsche „*usurpieren*“. Vgl. dazu Paul. D. 41.3.2 und die Belege bei Sano, Varroniana in den Schriften der römischen Juristen, 1867, 142 ff.

stehende Praxis und ließ es zu, daß die *procuratores* gleichsam als Richter in eigener Sache amtierten.

Schon die normale richterliche Tätigkeit der *procuratores* in Fiskalsachen⁶⁸ wurde allgemein als unbillig empfunden, wie die bekannte sehnüchtige Bemerkung des Casisus Dio⁶⁹ über die frühere Stellung des *procurator* als Prozeßpartei zeigt. Die Kompetenz in Kriminalsachen mußte als eine Verschärfung dieser Unbilligkeit empfunden werden⁷⁰. Ulpian scheint bei seinem wahrscheinlich zur Zeit Caracallas⁷¹ geschriebenen Bericht nichts von einer Abschaffung dieser unbilligen Praxis zu wissen. Doch war sie spätestens im Jahre 239 beseitigt⁷².

In den Zusammenhang der durch die Gewohnheit legalisierten⁷³ Übergriffe der *procuratores* — hier zugunsten des Fiskus — dürfte auch die Äußerung gehören, mit der ein unbekannter spätclassischer Autor⁷⁴ die Übertragung der augusteischen Regelung über die *res litigiosa* auf *fundi provinciales* tadelt. Während die Geldstrafe im Falle des Erwerbs einer streitbefangenen Sache nach dem Edikt des Augustus nur dann zu erheben war, wenn es sich um ein italisches Grundstück handelte, wurde diese Regelung später auch auf Provinzialgrundstücke ausgedehnt (fragm. de iure fisci 8):

Qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam a non possidente comparavit, praeterquam quod emptio nullius momenti est, poenam quinquaginta sestertiorum fisco repraesentare com-

*pellitur ... Sed hoc in provincialibus fundis prava usurpatione optinuit*⁷⁵.

Diese — primär wohl aus fiskalischen Gründen⁷⁶ — vollzogene Übertragung der Regelung auf die Provinzen wird als *prava usurpatione* („schlechte Gewohnheit“) bezeichnet. Je nach Perspektive kann man in dieser Qualifizierung einen Angriff gegen eine zum Recht gewordene Gewohnheit⁷⁷ oder gegen eine rechtswidrige Praxis sehen.

5. Zusammenfassung und Folgerungen

Die geringe Zahl der einschlägigen Texte verbietet allzu kühne Generalisierungen. Selbst Ulpian, den man wohl als den offensten Kritiker des Kaiserrechts bezeichnen darf, ist bei der Formulierung seiner Kritik recht zurückhaltend. Die Geltung der vorsichtig mißbilligten Konstitutionen wird nicht bestritten; allenfalls wird von einer abweichenden Praxis oder einer abweichenden Meinung berichtet. In der Regel muß man die Kritik aus der Konfrontation der eigenen Meinung des Juristen mit der kaiserlichen Konstitution erschließen. Der gefahrloseste und zugleich erfolgreichste Weg der „kritischen“ Bewältigung des Kaiserrechts war anscheinend die restriktive Auslegung der Konstitutionen. Was den Inhalt der abweichenden Meinungen betrifft, so können diese teilweise mit den Streitigkeiten innerhalb des *ius controversum* der Juristen ver-

⁶⁸ Vgl. dazu auch die Quellen und Literatur bei Kaser, RZP 356, 370.

⁶⁹ 57.23.5.; vgl. auch o. A. 62.

⁷⁰ S. nur Mommsen aaO 275.

⁷¹ Nach dell'Oro, I libri de officio nella giurisprudenza Romana, 1960, 119 hat Ulpian die *libri de officio proconsulis* zur Zeit Caracallas geschrieben; ebendort 187 f. zu Ulp. Coll. 14.3.1 ff.

⁷² Gordian CJ 9.20.4: *Non valet procuratoris sententia, si vicem praesidis non tueatur, qui legi Fabiae locum esse pronuntiavit, cum eius legis disceptatio ad praesidis provinciae pertineat notionem.*

⁷³ Vgl. hierzu Nörr, Divisio und Partitio, 1972, 15 mit Hinweis auf SEG XVII Nr. 755 (Domitian); dort weitere Angaben; dazu noch Bove, La consuetudine in diritto romano I, 1971, 74 ff.

⁷⁴ Nach Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, 1891, 129 f. ist an Ulpian zu denken (wofür die relative Häufigkeit ähnlicher kritischer Äußerungen gerade bei diesem Autor sprechen könnte; vgl. auch u. XII 2), nach Levy, Gesammelte Schriften I 111 f. und F. De Marini

Avonzo, I limiti alla disponibilità della „res litigiosa“ nel diritto romano, 1967, 306 ff. dagegen an Paulus. Zum Problem s. auch Wieacker, Textstufen, 146.

⁷⁵ S. zum letzten Satz zuletzt ausführlich De Marini Avonzo aaO 317 ff.; vgl. auch Mitteis aaO 129 f.

⁷⁶ Möglicherweise auch im Interesse des *adversarius*, wofür der Streit über die Ausdehnung des Veräußerungsverbotes der *lex Julia* für Dotalgrundstücke auf *fundi provinciales* sprechen könnte. Vgl. Gai. inst. 2.63 (dazu etwa Wesel, Rhetorische Statuslehre, 112 ff.). Wenn Gaius im 12-Tafelkommentar über die — von ihm zögernd zuungunsten des Fiskus entschiedene — Konkurrenz von Fiskus und Privatmann hinsichtlich der *poena dupli* im Falle der Konsekration einer *res litigiosa* spricht, so bleibt unklar, ob er einen praktischen Streit erörtert (D. 44.6.3).

⁷⁷ Vgl. die Ausdrucksweise der ep. Domitians (SEG XVII, Nr. 755 Z. 14 ff.: ... μένει γὰρ μέχρι νῦν παλαιὰ καὶ εὐτονος συνήθεια, κατ' ὀλίγον χωροῦσα εἰς νόμον, εἰ μὴ ἰσχύει[ν] κωλυθεῖν δυνάμει — Vgl. auch den Kampf Ulpians gegen eine rechtswidrige Praxis in D. 47.10.13.7 (Einschränkung der Freiheit des Fischfanges).

glichen werden; die im kaiserlichen *consilium* unter Zuziehung von Juristen zustande gekommene Entscheidung ist dann nur eine besonders autoritative Stellungnahme im Juristenstreit.

Wenn man überhaupt eine allgemeine Tendenz der abweichenden Meinungen feststellen kann, so die der Verteidigung des *ius civile* gegen Neuerungen, die in die überlieferte Dogmatik schwer einzubauen sind. So scheinen die Juristen vor allem zu versuchen, das Kaiserrecht an die Strukturen des Juristenrechtes zu binden; das gilt vor allem von Paulus, aber auch von Ulpian⁷⁸. Demgegenüber kann man die Haltung der Kaiser – je nach Perspektive – als Neigung zur Kadijustiz oder als Tendenz zu einer fortschrittlichen, elastischen, der Billigkeit Raum gebenden Anwendung des *ius civile* charakterisieren⁷⁹. Es liegt auf der Hand, daß die Kritik einer sich auf *aequitas*, *humanitas*, *benignitas* stützenden kaiserlichen Entscheidung – trotz ihres Widerspruchs gegenüber dogmatischen Strukturen – gerade wegen der fehlenden Möglichkeit, moralisch zu argumentieren, nur begrenzte Durchsetzungskraft hatte. Das gilt umso mehr, wenn es richtig ist, daß auch Juristen bisweilen geneigt waren, nach einer konsequent dogmatischen Argumentation das damit errungene Ergebnis zugunsten einer „besseren“ Entscheidung wieder aufzuheben⁸⁰.

In manchen Fällen⁸¹ geht es den Juristen um

die Verwirklichung der schlecht formulierten Intentionen des Kaiserrechts. Soziale Gegensätze als Grundlage der abweichenden Meinungen lassen sich kaum feststellen. Eine solche Motivierung ist auch kaum zu erwarten, da Kaiser und Juristen in der Regel der gleichen oder wenigstens sich nahestehenden Gesellschaftsschichten angehören⁸². Wenn man darüber überhaupt etwas zu sagen wagt, so werden die Juristen durch eine gewisse Bevorzugung der *honestiores* und durch die Sorge für Rechtssicherheit und Verwaltungsintegrität motiviert.

Auch über die Gründe einer dissenting opinion, die die Gültigkeit der kaiserlichen Entscheidung auch für die Zukunft nicht angreift, läßt sich nur spekulieren. Es mögen die mit dem *ius controversum* verbundenen professionellen Gewohnheiten im Spiele sein. Weiterhin konnte die sich ausbreitende Sitte der *laudationes*⁸³, die an den Sinn gesetzgeberischer Maßnahmen (i. w. S.) anknüpften, auch in Kritik umschlagen. Vielleicht diente die ausdrückliche Notierung der abweichenden Meinung auch nur zur Beruhigung des juristischen Gewissens. Schließlich konnte der Jurist die „suspekte“ Hoffnung haben, daß ein wagemutiger Beamter⁸⁴, oder die erlaubte Hoffnung, daß eine neue kaiserliche Entscheidung seinen abweichenden Standpunkt einmal durchsetzen werde.

⁷⁸ Ein Beispiel dafür ist sein Postulat der Berücksichtigung des Erblasserwillens beim Testament.

⁷⁹ Vgl. nur Casa v o l a, Labeo 14, 1968, 258 f.; s. aber auch die Haltung Ulpian in D. 33.8.6.4.

⁸⁰ So B u n d in der Besprechung von W i e l i n g, Testamentsauslegung, 1972, in SZ 91, 1974 bei A. 27. Zur *aequitas* bei den Juristen s. o. IX 5.

⁸¹ Vgl. nur Mod. D. 27.1.13.2.

⁸² Vgl. zu einer ähnlichen Frage M a c M u l l e n, Enemies, 95: Establishment und Opposition gehören derselben Schicht an. – Ob die Tatsache, daß eine Reihe von Juristen der Spätclassik aus der Provinz stammte (vgl. L i e b s aaO (o. III A. 66)), auf ihre Einstellung Einfluß hatte, kann hier nicht nachgeprüft werden. Auffällig ist – etwa bei Gaius, Ulpian, Paulus, Tryphonin – die Verwertung des allgemeinen Bildungsgutes.

⁸³ Auch Konstitutionen werden nicht ganz selten „gelobt“; vgl. nur Ulp. D. 50.2.3.1 (CJ 10.61.1 [a. 212]; Pap.

Giss. 15 II 40); D. 28.6.2.4; Pap. D. 31.67.10; vgl. auch das Lob eines SC bei Fronto ad Marc. Caes. III 20 (Haines I p. 172). Zur *laus* und *vituperatio legum* s. o. II 4.

⁸⁴ Vgl. immerhin den Gesichtspunkt der *necessitas*; etwa SB 7696 (a. 250) in Verbindung mit der Entscheidung der *divi fratres* bei Mod. D. 50.4.11.2; Pap. Phil. 1.35 ff.; s. zu diesen Papyri zuletzt K a t z o f f, SZ 89, 1972, 271 f., 276 f., 284 ff. Einschränkung dagegen Ulp. D. 50.17.123.1: *temporis mutatio ius provinciae non innovat*. Anders wieder (Quint.) decl. 260 p. 67 (Ritter): *multum contra iustitiam necessitas valet*. Vgl. auch decl. 262 p. 72 f. Zum Topos der *necessitas* s. L a u s b e r g, Handbuch der literarischen Rhetorik, § 190, sowie – vom juristischen Aspekt aus – mehrere Beiträge von M a y e r - M a l y; vgl. Études Macqueron, 1970, 477 ff.; Studi Grosso I, 1968, 179 ff.; SZ 83, 1966, 47 ff.; Studi Volterra II 113 ff. (Natur der Sache und *necessitas*). Zum Gebrauch bei Tertullian (Apol. 4) G o n e l l a RIFD 17, 1937, 27 f. (*necessitas* als Gegensatz zur *veritas*).

XI. JURISTISCHE REAKTIONEN AUF NICHT-JURISTISCHE KRITIK

1. Parallelen (insbesondere Dig. 1.3.)

Angesichts der Fülle des überlieferten juristischen Materials ist die Ausbeute für unser Thema nicht allzu groß. Sicherlich haben wir Indizien dafür gefunden, daß in den originalen Schriften bisweilen mehr Kritik enthalten war, als die Überlieferung es vermuten läßt. Insofern bedarf der erste Eindruck einer gewissen, wohl aber nicht allzu kräftigen Korrektur. Auch ist zu bedenken, daß das kritisierbare Material an „heteronomen“ Rechtsnormen (*leges, edicta* u. ä.) im Verhältnis zum gesamten Rechtsstoff des *ius civile* gering ist. Im übrigen ist nochmals daran zu erinnern, daß die Juristen auf den verschiedensten Wegen „kritisch handeln“ konnten (als Respondenten, Magistrate, Mitglieder der verschiedenen *consilia*), daß sie vor allem auch mit den gängigen juristischen Methoden ohne ausdrückliche Kritik das geltende Recht zurechtrücken konnten. Aufschlußreiches Material hierfür haben die neueren Untersuchungen zur Interpretationspraxis der Juristen ergeben¹. Wenn der Gesamteindruck nicht täuscht, so haben sich die Juristen gern zum Zwecke der Rechtsfortbildung auf die *sententia legis* berufen². Es bedürfte einer besonderen Untersuchung, ob und inwieweit die Juristen bei der Auslegung von Rechtsnormen latente Rechtskritik trieben.

Zwei weitere Problemkreise sollen hier wenigstens angedeutet werden, obwohl zu ihrer Darstellung weiter ausholende Untersuchungen erforderlich wären. Einmal geht es um die Kennt-

nis der Juristen von den Inhalten und Kategorien der außer-juristischen Kritik. Hierbei handelt es sich um einen Ausschnitt aus der umfassenderen Frage, ob und inwieweit die römischen Juristen bei der Handhabung des Rechts die sozialen Aspekte bewußt berücksichtigten³. Was den Inhalt betrifft, so könnten etwa die umstrittenen augusteischen Ehegesetze Material für die Untersuchung der Beziehungen zwischen juristischer und nicht-juristischer Rechtskritik bieten; im Bereich der Kategorien geht es um die bisher noch nicht ausreichend erforschte „Allgemeinbildung“ der Juristen und ihres Einflusses auf die Jurisprudenz, vor allem auf die allgemeine Rechtslehre⁴. Zum anderen erhebt sich die Frage, ob und inwieweit die Juristen der verschiedenen Epochen das Bedürfnis hatten, ihre Entscheidungen (etwa auch gegen außer-juristische Kritik) zu legitimieren; um Genaueres sagen zu können, müßte man auf die Methode der römischen Juristen schlechthin eingehen. In beiden Punkten müssen wir uns mit einigen aphoristischen Bemerkungen begnügen.

Der bisherige Überblick hat ergeben, daß die Juristen mit dem wohl am nächsten liegenden kritischen Argument, dem Natur(rechts-)begriff, zumindest in dieser Funktion selten operieren⁵. Sicherlich kannten sie die fast zur Trivialbildung zählenden philosophischen Diskussionen⁶. Doch finden sich allein bei Gaius⁷ Ansätze zur Rechtskritik und zur generellen Abwertung des positiven Rechts mittels dieses Maßstabes. Weit zweifelhafter ist es schon, ob man noch die juri-

¹ S. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi*, 1968; Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung*, 1967.

² Nicht *legislatoris*; s. Vonglis aaO 164. Anders die Rhetorik; s. nur o. II 4 bei A. 161.

³ Dazu Archi, *Atti 1º congr. int. SISD*, 1966, 71 ff.

⁴ Hier wäre vor allem der Gebrauch von „Handbüchern“ durch die Literaten der Kaiserzeit zu prüfen. Vgl. einstweilen Fredouille, *Tertullien*, 386, 411 passim. — Zu philosophischen *Epitomai*, die in der Zeit Ciceros in Ge-

brauch waren, s. Gigon, *Das neue Cicerobild* (ed. Büchner, WdF 27), 246 f.

⁵ Vgl. auch Gaudemet, *RIDA* 2. S. 1, 1952, 445 ff.; s. aber auch Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 1971, 37, 66.

⁶ Vgl. zur allgemeinen Rechtslehre zuletzt Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln*, 1970, 173 ff. mit weiteren Angaben; vgl. im übrigen auch v. Lübtow, *SZ* 66, 1948, 458 ff., sowie zu Ulpian den häufiger zitierten Aufsatz von Frezza, *SDHI* 34, 1968, 363 ff.

⁷ S. o. VIII 3.

stischen Sentenzen über die natürliche Freiheit aller Menschen⁸ zur Rechtskritik zählen darf.

Gerade für Juristen hätte es nahegelegen, sich über die gleichsam „natürlichen“ Schranken gesetzlicher Regelungen Gedanken zu machen. Allgemeine theoretische Ausführungen zu diesem Thema fehlen. Wenn sie in einem Einzelfall auf das Problem der Grenzen des Gesetzes stoßen, dann arbeiten sie mit den griechischen, vor allem von Platon, Aristoteles und dem von ihnen zitierten Theophrast vorgearbeiteten, aber auch der lateinischen Literatur nicht unbekannten⁹ Denkfiguren. Besonders kennzeichnend – in ihrem kuriosen Zusammenhang und ihrer literarischen Abhängigkeit – ist die Äußerung des Paulus (VII ad Plautium), die von den Kompilatoren nicht nur im Sachzusammenhang¹⁰, sondern auch im 3. Titel des 1. Buches isoliert als allgemeiner Grundsatz zitiert wird (D. 1.3.6): *Τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δις, ut ait Theophrastus, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται*¹¹.

Es geht etwa um folgenden Sachverhalt: Wenn die Ehefrau des Erblassers, der bereits *sui heredes* hinterlassen hat, schwanger ist, so ist es bei der *missio in possessionem ventris nomine* fraglich, wieviele Erbteile dem „*venter*“ vorzubehalten seien; denn die Frau kann Zwillinge, Drillinge etc. gebären. Paulus legt fest, daß nur die „Drillingsalternative“ zu berücksichtigen sei, da eine größere Zahl von gleichzeitigen Geburten allzu unwahrscheinlich sei (D. 5.4.3):

... *prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint: τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δις, ut ait Theophrastus, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται. ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit.*

Der vor allem von Aristoteles begründete Satz¹², daß der Gesetzgeber nur typische Fälle regeln könne, wird von Paulus, der sich auf

⁸ Vgl. etwa Ulp. D. 1.1.4; s. auch o. V 3 A. 78.

⁹ S. nur o. II 2 bei A. 117 und II 3 bei A. 127. – Material zur allgemeinen Rechtslehre findet sich vor allem im Titel 1.3 der Digesten. Vgl. zu diesem Titel etwa Daube, SZ 76, 1959, 191 ff.; zuletzt van Warmelo, Studi Volterra I 409 ff.; zu den Celsus-Fragmenten in D. 1.3 s. Hausmaninger, Studi Grosso V, 1972, 245 ff.; zum „Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie“ zusammenfassend Wieacker, Iura 20, 1969, 448 ff.

¹⁰ D. 5.4.3; nach F. Schulz, Rechtswissenschaft, 271 (mit Lit.) und Albertario, Studi V 367 ff., ist die Stelle verfälscht. Auf die Kritik des Textes (wie auch der dazugehörenden Texte Paul. D. 5.1.28.5 und Jul. D. 46.3.36) kann hier im einzelnen nicht eingegangen werden; vgl. weitere Angaben bei D. Nörr aaO (o. V. A. 122) 244. (Nachzutragen wäre ein Hinweis auf Gaius D. 34.5.7 pr, wo der Name der Alexandrinerin [Serapias] genannt wird, und auf Plin. n. h. 7.3.3 [„Kurioses“ zu Schwangerschaften]. Zum Problem der Mehrfachgeburten vgl. Latosse, Labeo 1, 1955, 195 ff. und zuletzt (nicht mehr verwertet) Sturm, Studi Donatuti III, 1973, 1249 ff. Es ist Albertario zuzugeben, daß wenigstens auf den ersten Blick D. 5.4.3 (17 ad Plautium) wie eine Paraphrase von D. 5.1.28.5 (nach der Inschrift in den Digesten: 7 ad Plautium) aussieht. Doch scheint mir – bei möglichen Unebenheiten im einzelnen – mehr für die grundsätzliche Echtheit der Stelle zu sprechen. Folgende Argumente wären zu erwägen: D. 5.1.28.5 handelt von der *plus petitio*, D. 5.4.3 (und 4.5.5) von der *bonorum possessio* im Falle der zu erwartenden Geburt eines *postumus*; damit scheidet „echte“ Paraphrase aus. D. 5.4.3 paßt zwar in der Systematik der *libri ad Plautium* nicht

an diese Stelle; doch ist die Möglichkeit der assoziativen Verknüpfung von Lenei (Paling. I 1174 A. 1) richtig gesehen. Überdies ist es nicht ausgeschlossen, daß beide Fragmente aus dem 7. Buch stammen (vgl. F² zu D. 5.1.28). Dafür könnte vielleicht auch die Stellung des parallelen Textes Jul. D. 46.3.36 (1 ad Urseium Ferocem) sprechen. Die von Albertario gerügten Wiederholungen fallen weniger ins Gewicht, wenn man bedenkt, daß sie einmal als Äußerungen des Sabinus und des Cassius, zum anderen als die – die Meinungen der *iuris auctores* lobend wiedergebenden – Äußerungen des Paulus selbst stilisiert sind. Charakteristischerweise interessiert sich Paulus auch für literarische Äußerungen zur Dauer der Schwangerschaft (s. D. 1.5.12; PS 4.9.5; vgl. auch Gell. 3.16.1 ff.; Plin. n. h. 7.3.3.5). Daß der Hinweis auf Theophrast kein Interpolationsindiz ist, dürfte sich aus der neueren Bewertung literarischer Einflüsse auf die Jurisprudenz ergeben (vgl. nur Kaser, Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, SB Wien 1972, 43 ff.). Das stärkste, hier aber nicht weiter zu verfolgende Argument müßte sich auf die literarische Persönlichkeit des Paulus stützen, dessen Werke häufig außerjuristischen Einfluß zeigen; damit wäre auch der Verweis auf Paradoxa und Kuriositäten verständlich. Zu dem in Paul. D. 1.3.36 enthaltenen Gedanken vgl. etwa Platon, Nomoi, VII 4, 793a; Sen. contr. 1.1.14; zur Formulierung von 1.3.16 s. Quint. 4.2.118. Vgl. auch zum Gegensatz von *honestum* und *licet* o. IV 1 A. 16.

¹¹ Zum Naturrecht als *ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ* (Aristoteles, Physik II 8, 198b u. ö.) s. auch Öhler, Antike Philosophie und Byzantinisches Mittelalter, 1969, 325 f.

¹² S. o. II 3 bei A. 127. – Vgl. auch Ulp. D. 4.6.26 zur unvermeidlichen Unvollständigkeit des Restitutionsedikts; dazu etwa Von glis aaO 182.

Theophrast bezieht und die *iuris auctores* dem Gesetzgeber (*nomothetes*) gleichstellt, als Argument verwendet. Dabei läßt sich jetzt nicht mehr eindeutig feststellen, ob die Maxime die Rechtssetzung oder die Rechtsanwendung betrifft.

Inhaltlich ähnlich, aber etwas anders formuliert ist der von Pomponius (1.3.3) zitierte Satz des Theophrast¹³: *iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his quae ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidunt, non quae ἐκ παραλόγου*. Der Zusammenhang, in dem Pomponius dieses Argument verwendet hat, ist unklar¹⁴. Ohne weitere Quellenangaben formuliert schließlich Celsus an zwei überlieferten Stellen einen parallelen Gedanken: D. 1.3.4 (5 dig.): *ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur*¹⁵. — D. 1.3.5 (17 dig.): *nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt*.

Verglichen mit den bisher genannten Juristen könnte Julian eine gewisse Sonderstellung einnehmen, da er anscheinend¹⁶ den auch von den anderen Juristen ausgesprochenen Gedanken in der Einleitung zu seinen Digestenbüchern über Gesetze und Senatusconsulta formulierte und durch die Stellung seine generelle Bedeutung hervorhob (1.3.10; 59 dig.): *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri*.

Selbst dort, wo die Juristen die Erkenntnis von der begrenzten Leistungsfähigkeit des Gesetzes nicht unter Berufung auf die philosophische Literatur formulieren, wird man annehmen dürfen, daß sie letztlich von ihr abhängig waren.

Das ist deshalb umso wahrscheinlicher, als die Juristen bekanntlich bei der Formulierung allgemeiner methodischer Leitsätze meist nicht nur zurückhaltend, sondern auch eher unoriginell waren¹⁷.

Als einen möglichen Ansatz zur Rechtskritik haben wir auch den Bereich der „Rechtsethnologie“ (i. w. S.) kennengelernt. Wenn hier auch die Überlieferung täuschen könnte¹⁸, so ist es doch auffällig, daß — neben Gaius¹⁹ — allein Titius Aristo, der juristisch und sozial eine Sonderstellung einnahm²⁰, als an fremden Rechten interessierter Jurist bekannt ist. So hat er sich nach Gell. 11.18.16²¹ mit ägyptischem Diebstahlsrecht befaßt. Zwar hat auch die römischen Juristen die Notwendigkeit, sich in den Provinzen mit fremden Rechtsordnungen auseinanderzusetzen, vor Probleme gestellt, die sie mit neuen Mitteln zu lösen hatten. So dürfte die Lehre vom Gewohnheitsrecht bekanntlich vor allem von der Beschäftigung mit den im Bereich des Imperiums geltenden fremden Rechten beeinflußt sein²². Dafür, daß die Erkenntnis fremder Rechte zur kritischen Betrachtung des eigenen Rechts Anlaß gab, haben wir²³ keine Zeugnisse.

2. „Legitimationsversuche“ der Juristen (insbesondere: *ratio, aequitas, utilitas*)

Besonderes Interesse verdiente eine Untersuchung der „Legitimationsversuche“ der Juristen. Es handelt sich hier um ein recht vielschichtiges Problem, zu dem sowohl der Preis von Recht und Rechtswissenschaft, wie die *rationes decidendi*, die Entwicklung von emotional geladenen (Leer-)Formeln (wie *aequitas, ratio, utilitas*),

¹³ Zur Lektüre des Theophrast im 2. Jahrhundert n. Chr. s. Gell. 1.3.10 ff.; dort auch 21 ff. ein D. 1.3.6 entsprechender Gedanke (angewandt auf die Ethik).

¹⁴ Im 25. Buch ad Sabinum behandelt Pomponius die Verbalobligationen; s. Lenel, Paling. II 134.

¹⁵ Die Stelle gehört vielleicht zum Problemkreis des Paulus-Textes; s. nur Lenel, Paling. I 133 A. 1.

¹⁶ S. nur Lenel, Paling. I 464. — Vgl. zu diesen Stellen und ihren rhetorischen Parallelen auch Vonglis aaO 102 ff. Zu Jul. D. 1.3.12 s. Vonglis aaO 158 ff. mit Lit. Im übrigen notiert auch Levy einige mit Fragmenten aus D. 1.3 verwandte rhetorische Stellen (Gesammelte Schriften I 24 f.).

¹⁷ Vgl. zu Mod. D. 1.3.7 nur Plut. de stoic. rep. XI 1 und Fronto, ad Verum imp. II 1.8 (ed. Haines II 128 ff.). Zu den Institutionen Ulpian s. nur Nörr, iuris peritus

sacerdos, 555 ff.; zu Call. D. 1.18.19 s. Favorin bei Gell. 14.2.12 ff.

¹⁸ Vgl. nur Kunkel, Herkunft, 201 f.

¹⁹ Vgl. etwa inst. 1.193; 3.96; 3.134; zu inst. 1.55 s. auch o. VIII 1 A. 30.

²⁰ S. nur Kunkel aaO mit weiteren Angaben.

²¹ *Id etiam meminisse legere me in libro Aristonis iure-consulti, hautquaquam indocti viri, apud veteres Aegyptios, quod genus hominum constat et in artibus rependiendis solertes extitisse et in cognitione rerum indaganda sagaces, furta omnia fuisse licita et impunita.*

²² S. Nörr, Divisio und Partitio, 14 ff.; Bove, La consuetudine in diritto Romano I, 1971, 65 ff. passim.

²³ Wenn wir nicht etwa Gai. inst. 1.55 so interpretieren wollen; s. o. VIII 1 bei A. 30.

schließlich auch der Verweis auf die unbegründbare Autorität des Rechts gehören. Hierbei wäre zu untersuchen, inwieweit diese sich vor allem seit der hohen Klassik und verstärkt in der Spätklassik zeigende Tendenz²⁴ eine Antwort auf Angriffe gegen Recht und Juristen darstellte; dabei ist es durchaus fraglich, ob die Juristen — etwa bei der Entwicklung der allgemeinen Rechtslehre — zeitgemäße Antworten fanden. Auch hier dürften einige Andeutungen genügen.

Zwar finden wir auch in der sonstigen juristischen Literatur aphoristische Bemerkungen zur allgemeinen Rechtslehre. Doch ist es auffällig, daß anscheinend Ulpian als erster durch Aufnahme gängiger philosophischer, meist stoischer Phraseologie in seinen Institutionen²⁵ versucht, das römische Recht aus seiner bloßen Positivität zu lösen, ihm seine Basis in der Gerechtigkeitsidee zu geben, schließlich — mit Übernahme und Verwertung gängiger Formeln — die Juristen als Priester des Rechts und die Jurisprudenz als die wahre Philosophie zu preisen²⁶. Dem entspricht es, daß er — vielleicht aufgrund früherer An-

sätze²⁷ — nach unseren Quellen als erster²⁸ systematisch die Edikts-*laudationes* entwickelt, daß er weiterhin — in Reaktion auf den Vorwurf der ethischen Bedeutungslosigkeit der Gesetze²⁹ — die Erziehungsfunktion des Rechts und der Juristen betont³⁰. Es liegt die Hypothese nahe, daß diese neue Tendenz mit der beginnenden Reichskrise, die auch eine Rechtskrise sein konnte, zusammenhängt.

Auch die Funktion von Begriffen wie *ratio*, *aequitas*, *utilitas* innerhalb der hoch- und spätklassischen Interpretationspraxis kann hier nicht näher dargestellt werden — was umso unschädlicher ist, als auf sie wohl Horak in dem zu erwartenden 2. Bande seiner „*Rationes decidendi*“ eingehen wird. Zu vermuten ist, daß ihr gehäuftes Auftreten vor allem in spätklassischer Zeit „irgendwie“ mit Legitimierungsbedürfnissen zusammenhängt, deren Hintergründe ihrerseits wieder einer genaueren Erörterung bedürften³¹. Daß bei solchen Appell-Formeln häufig eine genauere Inhaltsfixierung ausgeschlossen ist, liegt auf der Hand.

²⁴ Zu möglichen Ansätzen in der republikanischen Jurisprudenz s. Frezza, Storia, 1968², 372; ders. SDHI 34, 1968, 363 (Hinweis auf Augustin de civ. dei 4.27; 6.8; 7.5). Zur Charakterisierung der Jurisprudenz der Severerzeit vgl. jetzt auch Bretonne, *Tecnica e ideologia dei giuristi romani*, 1971, 32 ff. — Nur am Rande des hier interessierenden Problembereiches liegt die Frage der Urteilsbegründung im römischen Recht; dazu zuletzt Visky, RIDA 3. S. 18, 1971, 735 ff. mit weiteren Angaben.

²⁵ Vgl. nur D. 1.1.1.1, 4, 6; vgl. auch Ulp. 1 reg. (1.1.10); zu den Inst. Ulpian s. auch Bretonne aaO 34, 64.

²⁶ Dazu Einzelheiten bei D. Nörr, *iuris peritus sacerdos*, 555 ff. Noch einige Nachträge: Cato spricht — in unbekanntem Zusammenhange — von *iurum legumque cultores* (orig. VII 14 [Jordan]), Quint. (inst. 11.1.69) nennt Servius Sulpicius einen *iuris antistes*. Zum Problem: Stoa und *merces* s. Pohlenz, Stoa I 140. Über die Bezahlung der Rechtslehrer vgl. jetzt auch dell'Oro, Studi Volterra II 49 ff. Als *locatio conductio* wird der Vertrag mit dem Rhetorik-Lehrer von Plinius (ep. 4.13.6 f.) bezeichnet. Zum „Mysterien-Vergleich“ und zum Verhältnis der *artes* untereinander s. Schröter in „Varron“, Entr. sur l'ant. class. IX. 1962, 89 ff.; s. auch die Diskussion 108 ff. Der Ausdruck „δικαιοσύνης μυστήριον“ erscheint bei Pseudo-Phokylides Z. 229 (jüdischer Einfluß? Vgl. Kl. Pauly-Wissowa IV 807). Zum μυστήριον des Prozesses Pollux, Onom. VIII 141. Belege über die politische Leistung der Philosophen bei Aelian, var. hist. 3.17.

²⁷ Vgl. etwa die *laudatio actionis* Labeos bei Ulp. D. 47.4.1.1, sowie Pomp. D. 24.3.1; Gai. D. 2.2.4; 41.3.1. Vgl. auch die in ein Lob ausmündende Diskussion über die „Güte“ der 12-Tafeln bei Gell. 20.1.1 ff. Cic. in Ver. II 1, 43.111 berichtet von einem Edikts-Prolog. — Mit Recht

besteht heute die Tendenz, die Echtheit der Edikts-*laudationes* anzuerkennen; vgl. zu ihnen Mayer-Maly, Studi Grosso I, 1968, 189; ders. SZ 83, 1966, 49; Kaser, Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, SB Wien, 1972, 56; Leptien, *Utilitatis causa*, Diss. Freiburg, 1967, 15 (dort auch Lit. über Interpolationsvermutungen); Vonglis, *La lettre et l'esprit*, 33 ff., 178; G. Longo, Studi Scherillo II 586 passim; Seidl, Studi Betti IV, 1962, 121 f. (127 zu Paulus); Riccobono, BIDR 44, 1936/7, 1 ff.; Medicus aaO (o. VIII A. 7), 64 f. Zu berücksichtigen ist vor allem, daß die *laudationes* einem eigenen Stilgesetz folgten; vgl. zu den Proömien die Lit. bei D. Nörr, Schatzfund, 34.

²⁸ Möglicherweise täuscht bei Paulus die Quellenlage; vgl. nur D. 44.4.1.

²⁹ S. nur Lukian, Dem. 59 u. o. II 5.

³⁰ S. nur D. 1.1.1.1: „... bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes ...“ In die gleiche Richtung gehen die stoischen *praecepta* in D. 1.1.10.1.

³¹ Vgl. für *aequitas* und *ratio* die Tabellen Honorés (SDHI 28, 1962, 178 ff.) und die Belege bei Lauria, Ius, 1967³, 130 f. Schwierigkeiten macht die Bedeutungsbreite dieser Begriffe. Zu *ratio* s. nur Heumann-Seckel s. v. Zu *ratio legis* (*iuris*) s. auch Biondi, NNDI XIV 895 f.; Carcattera, SDHI 38, 1972, 316 f. (mit Lit.). Nach Hausmaninger, Studi Grosso V, 277 A. 97 kommt der Begriff *ratio* in den Juristenschriften erst seit Celsus vor. Dagegen hat nach Stein, Cambr. Law Journ. 31, 1972, 15, Labeo die *ratio* unter die Rechtsquellen eingeordnet. — Auf Interpolationsprobleme kann bei dieser kursorischen Übersicht nicht eingegangen werden. Vgl. jetzt auch Mayer-Maly, in „Daube Noster“, 1974, 228 ff.

Die *aequitas*, der die *humanitas*³² nahesteht, zielt sowohl auf die allgemeine Gerechtigkeitsidee als auch auf die Einzelfall-Gerechtigkeit. Wir haben festgestellt, daß sie von Jurisprudenz und Kaiserrecht als Instrument der Kritik des bestehenden Rechts verwendet wurde³³. Nicht zu vergessen ist aber auch, daß sie auch „affirmativ“, eine bestehende Norm rechtfertigend, gebraucht werden kann³⁴.

Bei der Berufung auf die *utilitas* geht es meist um das Gemeinwohl, seltener um das Einzelinteresse³⁵. Daß dieser Begründungstopos in der Prinzipatszeit an Bedeutung gewinnt, ist vielleicht kein Zufall. Jede Despotie neigt bekanntlich dazu, die Beschränkung der Individuen und die zur Aufrechterhaltung der Despotie nützlichen Rechtsnormen mit dem Gemeinwohl zu begründen. Auch hier bedürfte es einer näheren Untersuchung, ob und inwieweit die Argumentation mit der *utilitas* (oder der *necessitas*) mit der zum unbeschränkten Absolutismus führenden Entwicklung der späteren Prinzipatszeit zusammenhängt.

Wegen seines recht breit gestreuten Bedeutungsfeldes entzieht sich das Wort „*ratio*“ an sich einer kursorischen Betrachtung. Deshalb ist der vorläufige Charakter der folgenden Feststellungen besonders zu betonen. Anscheinend war das Wort bei den Juristen beliebter als bei den Rhetoren³⁶. Zwar ist es zweifelhaft, ob bereits dort, wo der Ausdruck *rationem habere* (o. ä.) verwendet wird, die Assoziation von

„Vernunft“, „Sinn“, „Konsequenz“ mit anklingt. Denn mit ihm wird – in dem hier interessierenden Zusammenhang – nur die „Berücksichtigung“ einer Norm angesprochen³⁷. Eine Anspielung liegt aber nahe, wenn etwa mit dem Begriff der *ratio iuris (civilis)* die Rechtsordnung schlechthin gemeint ist³⁸. Doch braucht man sich mit solchen undeutlichen Hinweisen nicht zu begnügen. Wenn Plinius (ep. 1.22.2 ff.) von dem Juristen Aristo schreibt: ... *et tamen plerumque haesitat dubitat, diversitate rationum, quas acri magnoque iudicio ab origine causisque primis repetit discernit expendit*, so haben wir hier das von einem Literaten (unter Verwendung juristischer Stilmittel) geschilderte Bild eines nach Ursprung und Gründen fragenden „rationalistischen“ Juristen³⁹. Der Zeitgenosse des Aristo, Celsus, stellt an einer berühmten Stelle (D. 9.4.2.1) die *ratio* der 12 Tafeln der *ratio* der *lex Aquilia* gegenüber:

... *Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi, utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset*⁴⁰.

Hier entspricht der Ausdruck „*ratio legis*“ dem

³² S. etwa Paul D. 28.5.85; vgl. zum Wortfeld nur Wubbe, Festg. Herdlitzka, 1972, 301 f., der eine gewisse Neigung Justinians zu seiner Verwendung feststellt, diese als solche aber nicht für unklassisch hält.

³³ S. o. IX 5, X 2 u. 3.

³⁴ Vgl. nur die *ratio aequissima* eines Edikts bei Ulp. D. 13.4.1; ähnlich die Verwendung des Begriffes der *aequitas civilis* bei Ulp.-Labeo D. 47.4.1.1.

³⁵ Vgl. etwa Plin. pan. 67.8; weitere Stellen bei Lauria aaO 134 f.; s. im übrigen die Lit. o. IV 2 A. 27. Bemerkenswert ist es, daß in der Rhetorik der Begriff der *utilitas* in diesem Sinne kaum verwendet wird; s. nur Lanfranchi, *Il diritto nei rhetori romani*, 1938, 665. Vgl. immerhin Quint. inst. 2.4.39. Zur *utilitas* als Auslegungstopos s. Cic. de inv. 1.38.68 ff.; vgl. Fuhrmann, Symp. Wieacker, 1970, 95. – Zur modernen Verwendung s. Stolleis, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Verwaltungs-Archiv 65, 1974, 1 ff. (zum gleichnamigen Buch Häberle's).

³⁶ Quintilian benutzt den Ausdruck *ratio iuris* (oder *legis*) in den Institutionen anscheinend niemals. Nach der nicht ganz vollständigen Übersicht von Lanfranchi

aaO 648 wird *ratio* einmal im Sinne von Zweck (Willen) des Gesetzes (decl. 264 p. 79, 81; vgl. dazu o. II 4 bei A. 161), ein weiteres Mal im Sinne der „Rechtsordnung“ verwendet (Calp. Flaccus decl. 24 [p. 22]. Zu Sen. contr. 2.1 vgl. o. II. 4 A. 171. Die übrigen Stellen bei Lanfranchi sind nicht einschlägig. Cicero spricht in pro Caec. (58, 93) von *ratio aequitatis* und *iuris*; doch bedürfte sein Sprachgebrauch einer eigenen Untersuchung.

³⁷ S. beispielsweise Ulp. D. 9.1.1.16 zur *lex Aquilia*.

³⁸ Vgl. nur Pap. D. 48.19.33; Ulp. D. 20.6.4.2; Marcian D. 35.1.33 pr; s. auch Bretone aaO (o. A. 24) 45.

³⁹ Vgl. zum Problem der Rationalisierung der Rechtswissenschaft – außer dem für die republikanische Jurisprudenz grundlegenden Werk von Horak, *Rationes decidendi I*, 1969, 288 ff. passim – auch (allzu zurückhaltend) F. Schulz, RIDA 2. S. 1, 1952, 557 ff.

⁴⁰ Vgl. Hausmaninger, Studi Grosso V, 1972, 263 ff.; dort zum Gebrauch von *ratio* durch Celsus. Zur anderen Auslegungstechnik des Julian an dieser Stelle Nörr, SZ 89, 1972, 66 (mit Lit.). Vgl. auch Ulp.-Cels. D. 24.1.5.15; Cels. D. 1.3.39, sowie letztthin Stein aaO (o. VIII A. 77).

von der Rhetorik bevorzugten⁴¹ Ausdruck *voluntas* oder *sententia legis* (-litoris). Vom „Zweck“ einer Norm ist auch die Rede, wenn die *ratio* zur „analogen“ Anwendung einer Rechtsnorm führt⁴². An das anscheinend vor allem seit dem 2. Jahrhundert n. Chr. (wieder) spürbare Bedürfnis nach systematischer Ordnung des Rechts rührt es schließlich⁴³, wenn mit der *ratio* die logische Konsequenz oder — um mit Favorin bei Gell. 20.1.4 — zu sprechen, die „Konsistenz“ der Rechtssätze und Rechtsinstitute angesprochen wird⁴⁴. Synonym mit *aequitas* wird *ratio* gebraucht, wenn es um die Vernünftigkeit und Billigkeit des Ergebnisses geht⁴⁵. Daß schließlich die *aequitas* ihre eigene *ratio* hat, zeigt die massierte Anwendung der Verbindung von *ratio aequitatis* — wobei kaum zu entscheiden ist, ob das jeweilige rechtliche Problem „mit Rücksicht“ auf die *aequitas* oder wegen der der *aequitas* innewohnenden Vernunft gelöst wurde⁴⁶.

Treten Begriffe wie *aequitas*, *utilitas*, *ratio*

isoliert auf, so ist es häufig schwierig, ihre Bedeutung zu präzisieren. Diese Aufgabe wird leichter, wenn die in ihnen ausgedrückten „Werte“ kollidieren. Widersprechen sich *ratio* und *utilitas*, so siegt in der Regel das „Gemeinwohl“ über die konsequente Anwendung des Rechts. So definiert Paulus das *ius singulare* (D. 1.3.16) als das Recht, *quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*⁴⁷. Ein Rechtsinstitut wie das *testamentum militis* besteht nach Julian (D. 1.3.15⁴⁸) *contra rationem iuris*; daß höherwertige Interessen (der Begünstigung des die Monarchie tragenden Militärs) zu dieser Einschränkung des Zivilrechts führten, liegt auf der Hand⁴⁹. Bekannt ist die Äußerung Julians anläßlich der Erörterung von Kausalitätsproblemen bei der *actio legis Aquiliae*⁵⁰, derzufolge die *utilitas* häufig die *ratio*, die logisch-konsequente Argumentation zurückdrängt: ... *multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate com-*

⁴¹ S. o. II 4 bei A. 161.

⁴² Vgl. nur Ulp. D. 40.5.26.1: ... *nam qua ratione decretum et a divo Severo constitutum est in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa, quae minoribus relicta sunt, multo magis debet etiam in libertatibus hoc idem admitti*. Die Verwandtschaft des *argumentum a minore ad maius* mit der Analogie ist offensichtlich. Vgl. auch Ulp. D. 38.3.1.

⁴³ Vgl. dazu nur D. Nörr, Festschr. Felgenträger, 1969, 359 ff.

⁴⁴ Vgl. nur Paul. D. 19.4.1 pr (zum Unterschied von Kauf und Tausch) ... *sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis*. Möglicherweise klingt diese Bedeutung auch an Stellen wie Paul. D. 1.3.14, 16, Jul. D. 1.3.15 an. Besonders auffällig ist der Verweis auf die *ratio* dann, wenn „systemwidrig“ entschieden wird; vgl. nur Paul. D. 17.1.22.3; Gai. inst. 3.160. Zu Jul. D. 9.2.51.2 vgl. weiter im Text. — Zur Bedeutung von *ratio* als „Analogie“ s. Varro, de ling. lat. IX passim.

⁴⁵ Vgl. nur Alexander Severus bei Paul. D. 31.87.3: *Imperator Alexander Augustus Claudiano Iuliano praefecto urbi. Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querellae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari*. — S. dazu die Lit. bei Kaser, RPR I, 713.

⁴⁶ Nach früherer Auffassung wurde in diesen Fällen stets mit Interpolationen gerechnet (s. nur Pringsheim, Gesammelte Abhandlungen I 133 A. 19); doch sollte die etwa von Mark Aurel gebrauchte griechische „Übersetzung“: τῆς δικαιοσύνης ὁ λόγος (eis heaut. 6.50) hier vor Über-eilungen warnen. So ist die Wendung etwa in einem

Reskript (Severus und Caracalla bei Marcian D. 48.17.1 pr zum rechtlichen Gehör) völlig unverdächtig. Im übrigen zeigt ein Blick in das VIR, daß sie fast ausschließlich bei Papinian, Ulpian und Paulus auftritt. Unter diesen Umständen neige ich dazu, den seit Cuias (s. dazu Wieacker, Textstufen, 217; zuletzt etwa Litewski, Studi Volterra IV 504 ff.) für unecht gehaltenen letzten Satz von Mod. D. 42.1.20 (zur Verurteilung *in quantum facere potest*: ... *quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio*) für klassisch zu halten. Eine inhaltlich und formal ähnliche Wendung findet sich bei Paulus FV 306 (itp. nach Wieacker aaO 275): *Quaesitum, an et cognata cognatae ultra exceptum gradum donare possit. Labeo scribit non posse; sed ratio aequitatis aequae in feminis est*. Daß Paulus nicht ungern gegen Labeo opponiert, zeigt vor allem die Schrift *Pithanorum a Paulo epitomatorum libri VIII* (Lenel, Paling. I 528 ff.). Selbst das Wortspiel „*aequitatis-aequae*“ dürfte bei einem Manieristen wie Paulus nicht allzu sehr befremden. Vgl. auch o. IX A. 111.

⁴⁷ Zur Stelle etwa die Lit. bei C. Aisa Garin, El concepto de ius singulare, 1968. — Ein gewisser Gegensatz von *ratio civilis* und *utilitas* klingt auch in Inst. Just. 2.25 pr an; vgl. dazu Bretone aaO (o. A. 24) 178 ff. Nach Ferrini, Opere II, 377 stammt der Text aus Marcian, der nach Bretone einen Pomponius-Text verwendete.

⁴⁸ Dazu zuletzt etwa Schmidlin, Die römischen Rechtsregeln, 1970, 34 f.

⁴⁹ Vgl. nur Trajan bei Ulp. D. 29.1.1 pr.

⁵⁰ D. 9.2.51.2; vgl. dazu etwa Schindler, SZ 74, 1957, 227 f.; Bund, Untersuchungen zur Methode Julians, 1965, 28 A. 3; weitere Lit. bei Kaser, RPR I 503 A. 2.

*munī recepta esse innumerabilibus rebus probari potest*⁵¹.

Daß die Kollision von *aequitas* und *utilitas* zum Problem werden kann, hat die Diskussion unter den Philosophen gezeigt⁵². Sie spiegelt sich wider in den Worten des Cassius⁵³: *habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur*. Daß *aequitas* und *utilitas* sich gelegentlich widersprechen können, darf man vielleicht auch aus einem bekannten Paulus-Text entnehmen (D. 1.1.11):

*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum et bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile*⁵⁴.

Doch ist es psychologisch verständlich, daß die (spät-)klassische Jurisprudenz eher danach strebte, diesen für die Rechtsordnung möglicherweise fatalen Gegensatz nicht zu betonen, wobei die philosophischen Anstrengungen (vor allem in der Stoa), die die Gleichsetzung von *utilitas* und *aequitas* zu erreichen suchten, eine Rolle gespielt haben können. Nicht zu vergessen ist schließlich, daß auch in der Rechtswirklichkeit ein Antagonismus von Gerechtigkeit und Nutzen kaum „normal“ ist. So stellt sich etwa Mark Aurel an vielen Stellen seiner Selbstbetrachtungen (s. nur IV 12) die Aufgabe, den „Nutzen“ der Menschen zu fördern; von der Möglichkeit, daß damit etwas anderes gemeint sein kann, als gerecht zu leben und zu handeln, ist hier keine Rede⁵⁵. Einen weiteren Beleg gibt der Vergleich eines Papinian-Textes mit einem Scaevola-Text. Während Papinian die großzügige Auslegung einer Testamentsklausel als Fideikommiß wegen ihrer *summa utilitas* preist (D. 31.67.10), assoziiert Scaevola bei dem gleichen Reskript die *humani-*

tas (D. 32.39 pr.). Es braucht nicht betont zu werden, daß hier kein Widerspruch der Wertungen vorliegt⁵⁶.

Der mögliche Antagonismus von *aequitas* und *ratio* (*iuris civilis*) ist nur zu erwähnen. Die Erörterung der *aequitas* als rechtskritische Kategorie hat uns bereits zu einer ausführlicheren Diskussion der einschlägigen Stellen veranlaßt, auf die hier verwiesen werden darf⁵⁷.

Unterstellt man die Legitimationsbedürftigkeit des Rechts, so liegt es nahe, die trotz allen Inkompatibilitäten weitgehende Übereinstimmung von *ratio*, *aequitas* und *utilitas* auch in der Argumentation aufleuchten zu lassen. Dabei drohen die schon an sich unscharfen Konturen dieser Begriffe noch mehr zu verschwimmen. Von einer eher emotional als rational aufgeladenen Wort- und Wertinflation zeugt etwa ein Fragment des Paulus, in dem die Begriffe *aequitas*, *naturalis*, *ratio*, *ius*, *iustum* appellativ verwendet werden, wobei der Appell sich nicht so sehr an die Rechtsunterworfenen als an die Obrigkeit wendet (D. 50.17.85.2):

*Quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est*⁵⁸.

Denselben Adressaten dürfte Modestin im Auge haben, wenn er in wenigen Zeilen die *iuris ratio*, die *aequitatis benignitas*, die *utilitas hominum* kumulativ bemüht (D. 1.3.25⁵⁹):

Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

Möglicherweise stammen beide Texte aus kaiserlichen Reskripten. Doch ebenso wie sich hier der Zusammenhang mit der Sprache der Kanzlei

⁵¹ Vgl. auch Pap. D. 11.7.43 (itp. ?); s. auch Paul D. 1.3.16.

⁵² S. o. II 2 bei A. 38 passim.

⁵³ Bei Tac. ann. 14.44.4; s. dazu o. IV 2 bei A. 29.

⁵⁴ Vgl. zu ihr nur Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen, 1884, 14; Kaser, RZP, 134 A. 23. Zum geistesgeschichtlichen Hintergrund s. nur o. II 2 bei A. 123.

⁵⁵ Vgl. die weiteren Stellen bei Lauria, Ius, 1967³, 134 f. Eine gründlichere Ausarbeitung ist hier nicht möglich; vgl. zum Problem nur Leptien, Utilitatis causa, Diss. Freiburg, 1967, 12, 143 ff., 170, 172 ff.

⁵⁶ So bezeichnet Papinian den *princeps* in diesem Zusammenhang als *providentissimus et iuris religiosissimus*. Vgl. zum Reskript auch Gualandi, Legislazione imperiale, II 97 f. S. auch die Verbindung von *utilitas* und *benignior interpretatio (iuris)* bei Gai. inst. 3.109.

⁵⁷ Vgl. o. IX 5 zum Juristen-, X 2 u. 3 zum Kaiserrecht.

⁵⁸ Nach Lenel, Paling. I 1200 A. 2 gehört die Stelle zum Problembereich der *excusationes*.

⁵⁹ Z. St. vgl. zuletzt – interpolationenkritisch – G. Longo, Labeo 18, 1972, 19 f. Lenel aaO I 747 A. 1 vermutet einen ähnlichen Zusammenhang wie bei Ulp. D. 37.10.3.5 (*Edictum Carbonianum*); vgl. dazu Stiegler, Statusstreit und Kindeserbrecht, 1972, 32 passim.

aufdrängt, so auch das Problem der fortschreitenden Sinnentleerung dieser Begriffe. Gerade infolge ihrer massierten Anwendung mußten sie die Eignung verlieren, den durch sie an sich zu befriedigenden Legitimationsbedürfnissen wirklich gerecht zu werden.

3. Tradition und Autorität, irrationale Strömungen

Die bisher besprochenen Begriffe dienen der Begründung von Entscheidungen und der Rechtfertigung von Instituten. Ihr jeweiliger Inhalt ist so weit, daß es einer nicht gar zu ungeschickten Argumentation immer gelingen mußte, mit ihnen zu einem Ergebnis zu gelangen. Doch besteht neben dieser rationalen Tendenz ein zweiter, nicht allein den Juristen vorbehaltener Legitimationsweg. Positiv formuliert, stützt er sich auf Tradition und Autorität, negativ formuliert, lehnt er die „Rationalisierung“ des Rechts wegen der nicht absehbaren Folgen eines umfassenden Begründungspostulates ab⁶⁰.

Auf das viel erörterte Verhältnis von *auctoritas* und *ratio* im römischen Sozial- und Rechtsleben soll hier nicht näher eingegangen werden⁶¹. Drei Belege mögen genügen: Bei Cicero (*de natura deorum* 3.2.6; 3.4.9) konfrontiert Cotta innerhalb des Sakralbereiches die *ratio* mit der *auctoritas*. Es ist charakteristisch, daß er — obwohl oder gerade weil er der skeptischen Akademie angehört — der *auctoritas* den Vorzug gibt, der auch *nulla ratione reddita* zu folgen ist. Geht es hier um die Autorität von (Rechts-) Instituten, so bei Seneca (ep. 94.27) um die Autorität der Juristen, deren *responsa* auch ohne Begründung wirken: *Quid quod etiam sine probationibus ipsa monentis auctoritas prodest? sic*

quomodo iuris consultorum valent responsa, etiamsi ratio non redditur. In einer Mischung von Scherz und Ernst verwendet schließlich Plinius — bei einer Diskussion mit Tacitus über die richtige Länge einer Rede — den tradierten Topos (ep. 1.20.24): *rectius tamen arbitror in tanta re ratione quam auctoritate superari*.

Was das Vertrauen in die juristische Autorität betrifft, so haben es auch noch viele spätere Juristen gewagt, ihre *responsa* ohne oder mit nur knapper Begründung abzugeben⁶². Doch scheint gerade im 2. Jahrhundert an die Juristen häufiger das Ansinnen gestellt worden zu sein, Rechtsätze und Rechtsinstitute zu rechtfertigen. Wie etwa die Ediktslaudationen und die Rede des S. Caecilius Africanus (bei Gell. 20.1.5 ff.) zeigen, konnten die Juristen positiv reagieren und mehr oder weniger überzeugende Gründe zu liefern versuchen. Wenn Begründungsversuche scheiterten, so bestand für sie die Möglichkeit, für eine möglichst enge Umgrenzung der Norm oder des Instituts zu sorgen⁶³. Zu radikalen Änderungen, wie sie etwa Tertullian (Apol. 4) verlangte, waren sie aus den verschiedensten Ursachen nicht imstande. Doch konnten sie — von gewissen Ansätzen in der außerjuristischen Literatur ausgehend — den Mangel zur Tugend machen, die Irrationalität für einen notwendigen Wesenszug des Rechtes erklären. Dafür zuerst einige Beispiele aus der außerjuristischen Literatur.

Philon stellte fest, daß die überlieferten Institutionen nicht auf der Vernunft (*logismos*), sondern auf der „Zuneigung“ (*τῆς εὐνοίας πάθος*) beruhen⁶⁴. Häufiger ist die Neigung, die Existenz von Gründen zu behaupten oder offen zu lassen, aber das Fragen nach ihnen zu beschränken und ihre Erkennbarkeit zu leugnen. So findet sich bereits bei Cicero der Gesichtspunkt, daß das Recht zwar *ex ratione utilitatis*

⁶⁰ Vgl. hierzu schon — wenn auch in einem etwas anderen Zusammenhange — Platon, Protagoras 362c.

⁶¹ Vgl. nur Wieacker, Vom römischen Recht, 1961², 134; Horak, Rationes decidendi, I, 1969, 71 ff.; F. Schulz, Rechtswissenschaft, 146 ff. Zum Vorrang des Gesetzes vor der *ratio* vgl. auch Broggin, Coniectanea, 1966, 29 A. 18. Zur Geschichte des Gegensatzes außerhalb der Jurisprudenz s. nur Andresen, Gnomon 39, 1967, 260 ff. S. auch Quint. 3.8.48; Cels. D. 33.10.7.2.

⁶² Vgl. nur Pernice, Labeo I 61 f.; nach ihm neigten Marcellus, Papinian und Paulus zu Begründungen, während diese bei Scaevola und Modestin sehr selten sind.

S. aber auch die übrige Literatur bei Horak aaO 70 A. 19.

⁶³ Ähnlich auch Celsus (23 dig.; D. 1.3.39): *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet*. — Zum Verhältnis von *ratio* und *consuetudo* s. nur Bove, La consuetudine in diritto romano I, 1971, 102 ff. passim; Gaudemet, RHD 1938, 141 ff. (dort auch 153 f. zum Verhältnis von *naturalis ratio* und *civilis ratio*).

⁶⁴ leg. ad Gai. 36.277. Allerdings ist die Situation zu beachten; es gilt, den Caligula zur Anerkennung jüdischer Institutionen zu überreden.

entstanden sei, daß diese *ratio* aber nicht immer *perspicua*, sondern bisweilen *obscura* sei (de inv. 2.22.65). An einer häufiger zitierten Stelle⁶⁵ erwähnt Plutarch lächerliche Rechtsinstitute der Römer, fügt aber hinzu, daß man bisweilen Gesetze für unsinnig hält, wenn man den *logos* des Gesetzgebers oder die Ursache des Gesetzes nicht kennt und nicht kennen kann. Athenaios (Deipn. VII 50, 297 d) zitiert aus Agatharchides (2. Jhd. vor Chr.) die Äußerung eines Bötters, in der sich Fremdenfeindlichkeit und Abwehr der Rationalität verbinden: τὸν Βοιωτὸν φάσκειν τε ὅτι δεῖ τηρεῖν τὰ προγονικὰ νόμιμα καὶ ὅτι μὴ καθήκει τοῖς ἄλλοις ὑπὲρ αὐτῶν ἀπολογίζεσθαι.

Schließlich wendet sich in der Vita des Apollonios von Tyana⁶⁶ ein ägyptischer Weiser gegen die Versuche, bei allen alten Rechtseinrichtungen (*palaia nomima*) nach Begründungen zu suchen, da dies unheilvolle Konsequenzen haben könnte. Bereits hier wird die Irrationalität — wie es den Tendenzen dieser Epoche entsprach — fast zu einem Positivum⁶⁷.

In diesen Rahmen gehören auch die berühmten Äußerungen des Julian und des Neraz zur Begründungs(un)fähigkeit des Rechts. Julian D. 1.3.20: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.* — Neraz D. 1.3.21: *et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri*

non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.

Da beide Äußerungen an ihrem ursprünglichen Orte nicht Bestandteile einer allgemeinen Rechtstheorie gewesen sein können, darf man ihre Bedeutung nicht überschätzen; auch ist eine sichere Interpretation unmöglich, da der Kontext fehlt⁶⁸. So wie sie dastehen, unterscheiden sie sich deutlich. Zwar gehen sowohl Julian als auch Neraz davon aus, daß die Institute des alten Rechts irgendeine *ratio* gehabt hatten (und damit auch noch haben). Doch während Julian sich mit der etwa an Cicero oder Plutarch erinnernden Feststellung begnügt, daß die *ratio* nicht stets mehr feststellbar sei, verbietet Neraz — wie der ägyptische Weise bei Philostratos — aus Sorge um die Rechtssicherheit das Forschen nach den *rationes*⁶⁹.

Beide, Neraz und Julian, waren literarisch gebildete und interessierte Juristen. Neraz liebte — manieristischen Strömungen seiner Epoche folgend — Buchtitel wie *membranae* und *regulae* und war historisch interessiert⁷⁰. Was Julian betrifft, so genügt ein Hinweis auf seine Kenntnis der stoischen Logik⁷¹ und auf das Zeugnis der Grabinschrift für seinen philosophischen Freund Euaretos⁷²: *Q. Aelio Egrilio Euareto philosopho, amico Salvi Juliani, Aelia Timoclia uxor cum*

⁶⁵ de sera num. vind. 4, 549 E; s. nur o. V 2 bei A. 58.

⁶⁶ Philostratos, VI 20, p. 87 (Loeb).

⁶⁷ Vgl. aber immerhin die recht rationalen Empfehlungen an den *ab epistulis Graecis* bei Philostratos, v. soph. II 628. — Unter diesen Umständen ist es verständlich, daß auch christliche Schriftsteller ohne weiteres die Unerklärlichkeit gewisser Schriftstellen zugeben können (s. nur Iren. adv. Haer. II 28.2).

⁶⁸ Der genaue Sachzusammenhang ist unklar; vgl. Lenel, Paling. I 461, 771. Die Julianstelle (55 dig.) dürfte aus dem Bereich der prätorischen Stipulationen stammen; dabei könnte sich Julian etwa mit einem so altertümlichen Institut wie der *cautio pro praede litis et vindictiarum* bei Prozessen vor den *centumviri* befaßt haben (vgl. Gai. 4, 91 ff.). Bei der aus den *membranae* (lib. 6) stammenden Neraz-Stelle läßt der Charakter des Werkes (s. zuletzt Greiner, Opera Neratii, 1973, 11) auch eine annähernde Lokalisierung nicht zu. S. auch Orestano, Introduzione allo studio storico del diritto romano, 1961², 116 ff.; Medicus, Studien im röm. Recht (Festg. Kaser), 1973, 72 f.

⁶⁹ Vgl. zu Neraz auch Grelle, L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano, 1972, 135 f., 163 f. — Würde man Paul. D. 50.17.85.1 u. 2 auf die „Rechtsordnung“ beziehen können, so wäre die Stelle hier einschlägig. Doch dürfte die Meinung Lenels (Paling. I 1200 A. 2) zu-

treffen, daß es hier um Einzelanordnungen (Bestellung zum Tutor) geht.

⁷⁰ Vgl. Nörr, SZ 89, 1972, 36 f. Neuerdings wird die Echtheit der *regulae* von Greiner aaO 115 ff. bestritten. Über historische Äußerungen des Neraz zum Sponsalienrecht s. Gell. 4.4.4. Vgl. auch seine Bemerkungen zu den 12 Tafeln bei Paul. D. 24.1.63. Auffällig für einen Juristen ist die Erwähnung eines quasi-aktuellen, anekdotischen Rechtsfalles bei Ulp. D. 12.4.3.5.

⁷¹ Vgl. den *liber de ambiguitatibus* (D. 34.5.13); dazu Miquel, SZ 87, 1970, 103 ff. mit Lit.; s. jetzt auch Torrent, Salvius Julianus, liber singularis de ambiguitatibus, 1971 (dazu Horak, SZ 90, 1973, 411 ff.); Seidl, Festg. v. Lübtow, 1970, 215 ff.; Nörr aaO (o. V A. 122) 251 A. 107; Mayer-Maly, Festg. Herdlitzka, 1972, 181 ff. (zum Sorites; s. Jul. D. 50.17.65; Ulp. D. 50.16.177).

⁷² Dessau 7776; vgl. Kunkel, Herkunft, 157 A. 242. Julian hat sich also anscheinend auch noch in späteren Lebensjahren (zur Datierung der Statthalterschaft in *Germania inferior* zwischen 150 und 161 s. Kunkel aaO) mit Philosophie beschäftigt, was für die zeitliche Einordnung des *liber de ambiguitatibus* von Bedeutung sein könnte. Vgl. hierzu auch Nörr aaO 233 ff. Hier noch einige Nachträge: Dem dort zur Geburtszeit des Juristen Gesagten wäre hinzuzufügen, daß man — wenn man den allerdings gewagten Angaben Fittings über die Ent-

filis. Argumente für mögliche literarische Einflüsse auf die Formulierung der beiden Stellen sind also gegeben. Überdies können die Texte vielleicht als Symptome einer teilweise überalterten Rechtsordnung gewertet werden, die sich in der Defensive befindet und keine rationalen Argumentationen mehr wünscht⁷³. Will man weitere Spekulationen vermeiden, so läßt sich mit

Sicherheit nur sagen, daß die Abwehr der unbegrenzten Rationalisierung des Rechts nichts „typisch Juristisches“ ist, daß sie vielmehr mit einer stets vorhandenen, aber seit dem 2. Jahrhundert zur Herrschaft drängenden irrationalen Einstellung zusammenhängt⁷⁴, deren Einfluß auf die Juristen noch weitgehend im Dunkeln liegt⁷⁵.

stehungszeit der Schriften Julians folgt (Alter und Folge der Schriften römischer Juristen, Neudruck 1965, 23 ff.) – diese kaum nach der Wende zum 2. Jahrhundert ansetzen kann. Zu weiteren Datierungspindizien („*Julianus noster*“ und „*fuisse*“ in D. 37.14.17 pr) s. Fitting aaO 3 f.; Levy-Bruhl, *Études Girard* I, 1912, 100 ff., 104 A. 1; Honoré, Gaius, 1962, 11 A. 1. – Zu *scientia* – *doctrina* s. Gell. 1.22.7; dieser Text spricht für die Auffassung Guarinos, daß mit der *doctrina* (primär) die außerjuristische Gelehrsamkeit gemeint ist. – Vgl. auch o. A. 10.

⁷³ Vgl. auch die schwankende Bewertung der *ratio* bei Tertullian, de corona 2, 4, 5: Einmal wird die *ratio* nur als Bestätigung eines bereits kraft *consensus* geltenden Zustandes qualifiziert; zum anderen wird sie – jetzt wohl im Sinne der göttlichen Vernunft – als Basis alles geschriebenen und ungeschriebenen Rechtes bezeichnet. Vgl. hierzu Fredouille, Tertullien, 141 A. 259, 242 ff.

⁷⁴ Dazu etwa Th. W. Africa, Science and the State in Greece and Rome, 1968, 86 ff.: Kapitulation der Rationalität vor Religion und Obskurantismus.

⁷⁵ S. auch die Andeutungen zur „juristischen Astrologie“ bei Nörr, SZ 84, 1967, 416 ff.; vgl. vor allem zu Paulus Artem. 4.80; s. aber auch PS 5.21.1. Paulus interessierte sich wohl auch für die Lehre der Pythagoreer; s. PS 4.9.5 (etwas anders D. 1.5.12). Die Einstellung Ulpian's scheint eher skeptisch gewesen zu sein; vgl. nur D.28.7.8 pr; 50.13.13; Coll. 15.2. Das würde auch nicht dadurch wider-

legt, daß möglicherweise seine Institutionen (D. 1.1.1.3: zum *ius naturae* unter den *animalia* – nicht der Menschen mit den *animalia*) orphisch-pythagoreische Elemente enthalten (so wenigstens Wieacker, Textstufen, 214; s. auch Bretonne aaO [o. A. 24] 37). Einmal finden sich ähnliche Ideen in der Lehre der eine Rechtsgemeinschaft zwischen Mensch und Tier ablehnenden (s. nur Diog. Laert. VII 129; StVF III 367 ff.) Stoa (Diog. Laert. VII 108; s. auch Plut. de stoic. rep. XII 4); demgegenüber ist für die Pythagoreer gerade die – von Ulpian nicht direkt angesprochene – Gemeinschaft zwischen Menschen und Tieren charakteristisch (s. nur Diog. Laert. VIII 13; vor allem aber Plutarch, de sollertia animalium). Vgl. hierzu auch Hirzel, Agraphos Nomos, Abh. Sächs. Ak. d. W. 1900, 53; Ehrhardt, Politische Metaphysik I, 1959, 31. Zum anderen handelt es sich hier eher um konventionelles Bildungsgut (s. nur Ael. de. nat. anim. VI 61; IX 9; Cic. de off. 1.4.11; 1.17.54; de rep. 3.11.19). – Einer besonderen Studie bedürfte die Frage des Einflusses abergläubischer Vorstellungen auf die Führung und Entscheidung von Rechtshandeln; reiches Material dazu in der *naturalis historia* des Plinius. Vgl. 9.25.79; 28.8.27; 29.3.12 (besonders aufschlußreich, da praktischer Fall); 29.4.20; 33.1.4; vgl. auch Lukian, Alex. v. Abon. 44; Plin. ep. 1.18. Weitere Angaben bei Nörr, „Schatzfund“, 30 A. 102. Zum Aberglauben in den Oberschichten s. Bowersock, in „Le culte des Souverains...“, Entr. sur. l'ant. class. (Fond. Hardt) XIX, 1973, 179 ff.

XII. DIE CHARAKTERISTISCHEN ZÜGE DER RECHTSKRITIK IN DER RÖMISCHEN ANTIKE

1. Traditionalismus, Programmlosigkeit,
Kaisertum und Rechtsordnung, „A-Politismus“,
institutionelle und moralische Kritik,
Gegensatz von Rechtsordnung und Rechtspraxis

Die fragmentarischen Notizen über rechtskritische Äußerungen in der juristischen und außerjuristischen Literatur lassen Zusammenfassung und Generalisierung nur in Grenzen zu¹. Man könnte zwar behaupten, daß es soziale Bedingungen gab, die nach Rechtskritik „schrien“, daß überdies auch die Reflexion über das Recht – vor allem was die griechische Philosophie angeht – soweit fortgeschritten waren, daß man über das bloße Unbehagen an der Rechtsordnung hinaus Kategorien und Maßstäbe der Kritik hätte entfalten können. Trotzdem erwecken die sporadischen, in ihrer Gesamtheit aber wohl nicht völlig täuschenden Quellen aus der hier interessierenden Epoche von der späten Republik bis in das 3. Jahrhundert den Eindruck, daß die Rechtskritik eher eine Randerscheinung ist. Das gilt sowohl für die „Literaten“ als auch für die „Juristen“. Grundsätzliche Kritik findet sich allenfalls bei Außenseitern (wie bei Juden und Christen oder vielleicht bei manchen Kynikern und ihnen nahestehenden Philosophen). Im übrigen befaßt sich die literarische Kritik vorwiegend mit antiquierten Rechtskuriositäten; sie ist eher rückwärts gerichtet als zukunftsorientiert. Das primäre Interesse der juristischen Kritik zielt

auf Einzelfragen des positiven Rechts. Dem Gaius (vor allem der Institutionen) wird man eine Zwischenstellung mit deutlicher Neigung zur literarischen Attitüde zusprechen dürfen.

Die Gründe für diese auffällige Abstinenz sind wohl zu tief in der Einstellung der Menschen dieser Epoche zum Leben verwurzelt, als daß sie völlig aufklärbar wären oder gar in dem engen Rahmen unserer Untersuchung aufgeklärt werden könnten. Daher begnügen wir uns hier damit, einige Elemente zu nennen, die zur Erklärung beitragen könnten. Es geht um folgende miteinander verwobene Faktoren: die grundsätzlich positive römische Einstellung zur traditionellen Rechtsordnung, das Fehlen ausgearbeiteter politischer Programme, die Beziehungen von Kaisertum und Rechtsordnung, den Rückzug von Staat und Gesellschaft, das Verhältnis von praktischer Moral und Institution.

Für Cicero² ist die traditionelle römische Staats- und Rechtsordnung³ im wesentlichen die ideale, der Natur entsprechende Rechtsordnung (vgl. de leg. 2.25.62⁴): *gaudeo nostra iura ad naturam accomodari, maiorumque sapientia admodum delector*. Das Lob der *institutio maiorum* ist auch für die Kaiserzeit ein zu bekannter Topos, als daß es hier vieler Belege bedürfte⁵. Hier hat wahrscheinlich auch der mit der konservativen Einstellung der Juristen eher tautologisch wiedergegebene juristische Traditionalismus eine seiner Wurzeln⁶. Dazu kommt das Legitima-

¹ Vgl. auch die Zusammenfassungen der einzelnen Abschnitte.

² S. auch o. II 2 (bei A. 77) u. 6 passim.

³ Vgl. etwa Cic. de rep. 1.21.34: *optimum longe statum civitatis esse eum quem maiores nostri nobis reliquissent*. Cic. de off. 2.19.65: *optime constitutum ius civile*. Cato bei Cic. de rep. 2.1.2: *... nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus*. S. weiterhin de leg. 1.6.20; 2.10.23; 2.16.40. Eine kleine Einschränkung macht Cicero hinsichtlich der Tradition in de leg. 1.22.57. Vgl. auch o. II A. 80.

⁴ Die Stelle bezieht sich nach dem Zusammenhang auf einzelne Institute des römischen Rechts.

⁵ Vgl. nur Dionys. v. Hal. II 6 ff., sowie o. II bei A. 86. Zur Reduzierung der verpflichtenden Tradition zum angepriesenen Bildungsgut s. Gell. praef. 13 passim.

⁶ Vgl. nochmals Cassius bei Tac. ann. 14.43 f., sowie Schulz, Prinzipien, 57 ff.; Grosso, Annali Catania 6/7, 1951/3, 1 ff.; zuletzt Diósdí, Index 2, 1971, 166 ff. Wichtige Bemerkungen über Evolution und Konservativismus bei L. Lombardi, Saggio di diritto giurisprudenziale, 1967, 33 ff.

tionsproblem eines Juristenrechts, dem die „Souveränität“ zur großzügigen Gestaltung der Rechtsordnung fehlt. Seine Autorität beruht primär weder auf politischer Macht noch auf persönlichem Charisma, sondern eher auf der Kontinuität einer – ständiger Bewährung ausgesetzten – professionellen Arbeit am Recht. Vorsichtiger Fortschritt ist möglich; ein „Traditionsbruch“ würde die Autorität zerbrechen.

Sicherlich gab es nicht nur unter den Literaten, sondern auch unter den Juristen „Modernisten“⁷, und die Tatsache der Rechtsveränderung als solche beweist mit hinreichender Deutlichkeit die praktische Effektivität der zu Neuerungen führenden Tendenzen. Doch zeigt sich die Vorherrschaft der „archaisierenden Ideologie“ etwa in der Notwendigkeit, die Einführung von Neuem als die Wiederherstellung des Alten zu begründen⁸. Demgegenüber ist wiederum zu erwägen, daß bei den Juristen – vor allem im 2. Jahrhundert – eine durchaus nüchterne Einstellung zum *ius vetus* besteht⁹.

Dieser Gedankengang ist hier nicht weiter zu verfolgen. Vielleicht lassen sich die Überlegungen zum Traditionalismus so zusammenfassen: Nur dort, wo innerhalb oder außerhalb der Jurisprudenz der Modernismus herrschte, wäre zwar eine Rechtskritik denkbar, die mehr als zufällig und willkürlich ist; juristische „Revolutionen“ wären auch dann nicht zu erwarten.

Soweit die Verehrung für das „an sich“ geltende, traditionelle Recht geht, kann die Kritik – streng genommen – nur eine degenerierte Praxis, nicht aber die Rechtsordnung selbst treffen. Damit wird sie aber eher auf dem Gebiet der Moral als dem der rechtlichen Institutionen tätig.

In einer noch näher zu klärenden Beziehung zum Traditionalismus¹⁰ steht das Fehlen politischer Programme, die ein stabiles Fundament für die Rechtskritik hätten abgeben können¹¹. Selbst wenn man die staatsrechtlichen Utopien als Programme interpretieren würde, so fehlte es ihnen einmal am Realismus schlechthin; im übrigen ist – trotz des Berichtes der *Historia Augusta* über die Cicero- und Plato-Lektüre des Alexander Severus¹² – irgendein Einfluß auf die Anschauungen der hier interessierenden Epoche nicht erkennbar. Die christliche (und jüdische) Rechtskritik war in dieser Zeit allzu apologetisch orientiert, als daß sie ein umfassendes und konkretes Programm der Rechtserneuerung hätte liefern können. Was die römischen „Politiker“ und „Staatsphilosophen“ betrifft, so sind sie anscheinend über das Ziel der Wiederherstellung des *mos maiorum* nicht hinausgekommen; als eigenständiger Wert bot die Zukunft keine Alternative. Ein deutlicher Beweis hierfür ist die Schrift Ciceros „*de legibus*“, die man als „Kodifikationsentwurf“ bezeichnet hat^{12a}. In ihr ver-

⁷ Vgl. den „Innovator“ Labeo bei Pomp. D. 1.2.2.47; dazu Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 1971, 22 f. Zum Modernismus in der Literatur der Kaiserzeit s. nur Leeman, *Orationis Ratio* I, 1963, 219 ff. passim. – Zur Erkenntnis des Rechts- und Sprach-Wandels s. nur Cic. de or. 1.58.246 f.; Varro, de lingua latina IX 15; Africanus bei Gell. 20.1.20 ff.; Tertull. apol. 4.

⁸ Vgl. nur Augustus im Mon. Anc. II 8; s. dazu etwa Lauria, *Ius*, 1967³, 83 f., sowie im übrigen Rostovtzeff, *Gesellschaft und Wirtschaft* I 34 ff. – Ausgeschlossen ist eine Änderung der Gesetze durch Menschenhand, wenn die Vorstellung herrscht, daß sie göttlicher Offenbarung entstammen (vgl. nur Düll, *Studi Albertario* I, 1953, 330). Doch würde das hier notwendige Eingehen auf den jüdischen und christlichen Begriff der *lex divina* zu weit führen.

⁹ Hierfür sind weniger die aggressiven Äußerungen des anonymen Juristen bei Gell. 16.10.5 ff. als die Stellen zur Entgegensetzung des *ius vetus* zum geltenden Recht von Interesse; vgl. auch Lauria aaO 132 ff.

¹⁰ Zur Dialektik von „Wachsen“ und „Machen“ im modernen Konservatismus s. Greifenhagen, *Das Dilemma des Konservatismus*, 1971, 213 ff. passim.

¹¹ Selbstverständlich ist davon die durchaus vorhandene Vorstellung von der „Machbarkeit“ des Rechts zu unterscheiden. Auffällig ist es, daß es philosophische Richtungen gab, die eine Art rudimentärer Verhaltensforschung an Tieren trieben und daraus zwingende Schlüsse für rechtliches Verhalten der Menschen zu ziehen versuchten; s. nur die Diskussion bei Plut. de amore proles I; de stoic. rep. XXII; anders etwa Tert. de pudic. 12.

¹² HA v. Alex. Sev. 30.1 f.; skeptisch zur Historizität etwa Syme, *Emperors and Biography*, 1971, 101. – An das Ende der hier interessierenden Epoche fällt der plotinische Plan zur Gründung einer „Platonopolis“ in Kappanien; s. nur Überweg-Praechter, *Geschichte der Philosophie* I², 599; Barker, *From Alexander to Constantine*, 1956, 332. Es geht nicht an, ihn als Symptom eines politischen Programmes zu werten; vgl. nur den Bericht des Porphyrios (v. Plot. 12). Wie Barker aaO 334 mit Recht sagt: „he (sc. Plotin) sought to anticipate St. Benedict rather than to restore the polis of Plato“.

^{12a} K. Büchner, in „Aufstieg u. Niedergang d. röm. Welt“ I 2, 1972, 768; zum Stil vgl. Pascucci, *St. it. fil. class.* 40, 1968, 1 ff. des S.-A.

wendet Cicero bewußt altertümliche Inhalte und Stilmittel.

Wie vor allem Wieacker gezeigt hat, ist bereits die römische Volksgesetzgebung nicht zuletzt dadurch gekennzeichnet, daß sie eher auf konkrete Anlässe hin reagiert, als daß sie für die Zukunft „spontan“ tätig wird. Damit dürfte nicht nur zusammenhängen, daß die Anlässe zur Gesetzgebung häufig „anekdotisch“ konstruiert werden, sondern vor allem auch, daß der „historische Normzweck“ anscheinend bei der Gesetzesinterpretation kaum interessiert^{12b}. Vor allem fehlt ihr auch die Neigung zur prinzipiellen Neuordnung eines mehr oder weniger umfassenden sozialen Problems¹³. Besonders kennzeichnend dafür ist, daß gerade in den beiden unsere Epoche einschließenden Krisenzeiten, der späten Republik und dem 3. Jahrhundert, die „revolutionären Kräfte“ anscheinend kein revolutionäres Programm hatten¹⁴.

Die Abneigung oder Unfähigkeit, sich mit rechtspolitischen Programmen auseinanderzusetzen, vermag vielleicht auch die Vehemenz zu erklären, mit der man sich bei der Rechtskritik gerade auf die augusteische Ehegesetzgebung stürzte. Denn wenigstens in der hier interessierenden Epoche ist sie das einzige Beispiel eines Versuches, im Wege der Gesetzgebung eine Umorientierung der gesellschaftlichen Anschauungen

und Haltungen — auf dem Gebiet von Ehe und Familie — zu erzwingen. Ob dieser Versuch geglückt ist, bedarf keiner näheren Untersuchung, ist auch nicht zuletzt angesichts der Unmöglichkeit, den hypothetischen Kausalverlauf im Falle der Nichtexistenz der Gesetzgebung festzustellen, schwer zu beurteilen¹⁵. Wichtiger ist, daß sich ein ähnlich breit angelegtes sozialpolitisches Programm in der ganzen Prinzipatszeit nicht mehr wiederfindet. Bekanntlich hat Augustus selbst — aus welchen Gründen auch immer — von der in der öffentlichen Meinung geforderten Agrarreform abgesehen¹⁶.

Die Zurückhaltung gegenüber dem Einsatz der Gesetzgebung zur „Gesellschaftsprogrammierung“ läßt sich auch hier besser verstehen, wenn man das römische Recht — auch der Prinzipatszeit und trotz den sich anbahnenden Änderungen an ihrem Ende — unter dem Aspekt des „Juristenrechts“ betrachtet. Auch ohne eingehendere Analyse kann sicherlich der allgemeinen Meinung gefolgt werden, daß das an sich zum Traditionalismus neigende Juristenrecht wenigstens dort, wo keine prinzipiellen Änderungen notwendig sind oder erwartet werden, auf neue Bedürfnisse elastisch zu reagieren fähig ist¹⁷, daß es aber als Instrument einer — nicht einmal umfassenden — Gesellschaftsplanung, über deren Möglichkeit und

^{12b} Vgl. dazu Medicus in „Studien im römischen Recht“ (Festg. Kaser), 1973, 61 ff., 79 ff.; s. aber auch F. Ebel, Über Legaldefinitionen, 1974, 157 A. 39.

¹³ Vom römischen Recht, 1961², 5, 61 ff. — Zu prüfen wäre der Zusammenhang der „Programmlosigkeit“ mit dem antiken Zeitbegriff. Vgl. zu diesem etwa Gernet, Anthropologie de la Grèce antique, 1968, 261 ff. (der aber den hier angedeuteten Aspekt nicht erörtert); Mazzarino, Il pensiero storico classico II 1, 1968, 470 ff.; II 2, 1966, 412 ff.; Giuliani, La definizione aristotelica della giustizia, 1971, 71 (zum Zeitbegriff der antiken Dialektik). Zur Zukunftsorientiertheit von Normsetzungen allgemein von Lübtow, Reflexionen über Sein und Werden in der Rechtsgeschichte, 1954, 24 ff. (gegen Spengler).

¹⁴ Vgl. zu den *populares* nur Ch. Meier, RE Suppl. X 590, 611 (s. v. *populares*); zu den „anti-städtischen Bauernheeren“ Rostovtzeff, Wirtschaft und Gesellschaft II, 212; dabei kann dahinstehen, ob die mit dieser Feststellung verbundene Theorie Rostovtzeffs über den Untergang von Staat und Gesellschaft der Prinzipatszeit zutrifft. Vgl. dazu etwa Mazzarino, Das Ende der antiken Welt, 1961, 164 ff. — Zu erwägen wäre immerhin, ob nicht Caesar ein zukunftsorientiertes, umfassendes Reformprogramm hatte, das über einzelne Maßnahmen hinausging; s. nur Heuß, Römische Geschichte, 1971³, 210 ff. Zum

Kodifikationsplan Caesars (Suet. Caes. 44) s. Pólay, Iura 16, 1965, 27 ff.; zu einem möglichen entsprechenden Plan des Pompeius s. ders. Acta Ant. Hung. 13, 1965, 85 ff. — Zu den *populares* vgl. aber auch J. Martin, Die Popularen in der Geschichte der späten Republik, Diss. Freiburg/Br. 1965, 161 ff. passim.

¹⁵ Vgl. hierzu nur Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, 1973⁷, 61; Wieacker aaO (o. A. 13) 77 ff.; skeptisch zuletzt vor allem Brunt, Italian Manpower, 1971, 558 ff.; nuanciert Humbert, Le remariage à Rome, 1972, 174 ff.; weitere Lit. bei Kaser, RPR I 318 A. 3 (dazu noch Medicus in „Studien im römischen Recht“ [Festg. Kaser], 1973, 65 f.). Weder die Großzügigkeit der oberen Gesellschaftsklassen in julisch-claudischer Zeit noch die anscheinend recht stabile Moral der Mittelschichten reichen aus, um den Erfolg der Gesetze — negativ oder positiv — zu bewerten.

¹⁶ S. nur Rostovtzeff aaO I 56. Zur Zurückhaltung gegenüber wirtschaftlichen Programmen vgl. Rostovtzeff aaO 63 passim.

¹⁷ Vgl. nur Koschaker, Europa und das römische Recht, 1947, 190 ff.; L. Lombardi, Saggio sul diritto giurisprudenziale, 1967, 33 ff.; allgemein auch Luhmann, Rechtssoziologie 1, 183.

Wünschbarkeit zu allen Epochen verschiedene Meinungen existieren können, ungeeignet ist. Soweit die Reskriptenpraxis der Kaiser wenigstens formal den Stil der kasuistischen Jurisprudenz beibehält, gilt für sie nichts anderes. Da dieser kasuistische Zug — originär und vielleicht auch angesteckt durch das Juristenrecht — auch denjenigen Akten zukommt, die man in der Spätzeit *leges generales* nennen wird, bleibt die bewußt zukunfts-gestaltende Wirkung der Rechtsordnung notwendigerweise beschränkt¹⁸. Zu überlegen ist, ob nicht die relativ geringe Bedeutung der Rechtskritik nur ein Korrelat zur relativ geringen Bedeutung der Gesetzgebung für die gesellschaftliche Entwicklung der hier interessierenden Epoche ist.

Die rechtspolitische Programmlosigkeit ist um so bemerkenswerter, als gerade im 2. Jahrhundert durchaus Zeugnisse dafür existieren, daß das Problem der Gestaltung der Gesellschaft durch die Gesetzgebung diskutiert wurde. So bemerkt Plutarch bei der Charakterisierung der solonischen Gesetzgebung — einen Gegensatz von Lykurg und Solon andeutend —, daß letzterer die Gesetze eher an die Pragmata anpaßte als umgekehrt¹⁹. Wichtiger noch ist das Zeugnis Mark Aurels. Wenn auch seine Äußerungen vor dem Hintergrunde gerade seiner Lebenszeit und zugleich als Ausdruck seiner besonderen Persönlichkeit zu sehen sind, so glaube ich doch, daß sie zugleich für die ganze Epoche symptomatisch sind²⁰. Sein Appell, nur das Nächstliegende zu tun, nicht auf einen platonischen Staat zu hoffen, da er eine grundlegende Änderung der Menschennatur voraussetzen würde, ist zugleich der eingestandene Verzicht auf ein gesetzgeberisches Programm von seiten des Gesetzgebers selbst.

Die eher punktuell auf Einzelbedürfnisse als systematisch reagierende Praxis der Konstitutionen (nicht nur Mark Aurels), die der Arbeitstechnik der an der Entwicklung des Kaiserrechts beteiligten Juristen entsprach, ist das deutlichste Zeichen für die Verwirklichung dieser theoretischen Erkenntnis²¹. Nicht zu übersehen ist immerhin auch ein möglicher positiver Aspekt dieser Zurückhaltung: eine nüchterne Vorstellung von den „Grenzen der Wirksamkeit des Staates“ (W. v. Humboldt), die erst in der Not des 3. Jahrhunderts (endgültig) zerbrach.

Zum Ideal des *mos maiorum*, das man in der Vergangenheit irgendwann einmal verwirklicht sah, und zur Abstinenz gegenüber rechtspolitischen Programmen trat als Hemmnis in der Kaiserzeit die durchaus realistische Scheu vor den Folgen einer Rechtskritik, die zugleich als Kritik am Kaisertum verstanden werden konnte²². Es ist bereits häufiger bemerkt worden, daß weite Bereiche der Literatur in der Kaiserzeit unmittelbar nur wenig über die politische Situation aussagen, daß vor allem auch die im 2. Jahrhundert herrschenden philosophischen Richtungen weiterhin „unpolitisch“ sind²³. Daß es sich dabei um eine pauschale Behauptung handelt, die im einzelnen zu nuancieren wäre, ist wohl überflüssig zu betonen. Unter den sehr verschiedenen Gründen dieses Rückzugs von Staat und Gesellschaft²⁴ wog sicherlich die Furcht vor Repressionen bei mißliebigem politischem Verhalten und die Hoffnungslosigkeit politischer Traumverwirklichungen angesichts der Übermacht von Kaiser, Bürokratie und Heer besonders schwer.

Wer Kritik üben wollte, tat besser daran, sie zu verstecken²⁵. Man konnte sich — wie Apollonios v. Tyana bei Philostratos²⁶ — hinter alten Legen-

¹⁸ Hierfür wären Belege zu erbringen. An dieser Stelle darf der Hinweis auf die *longi temporis praescriptio* genügen; vgl. Nörr, Die Entstehung der *longi temporis praescriptio*, 1969, vor allem 74 ff.

¹⁹ Solon XXII 3: Σώλον δὲ τοῖς πράγμασι τοὺς νόμους μᾶλλον ἢ τὰ πράγματα τοῖς νόμοις προσαρμόζων, ... Vgl. dazu Theophrast (Stobaios III 37.20, zit. o. II bei A. 119) und Dion v. Prusa, or. LXXX 3 f.

²⁰ eis heaut. 9.29; dazu etwa Schtaylor, Krise der Sklavenhalterordnung, 1964, 255 ff.

²¹ s. auch Wieacker aaO 80 f. mit Hinweis auf die Neuorientierung im Dominat: Versuch der vollständigen Regelung des sozialen Lebens.

²² Vgl. nur die Philosophenverfolgungen des 1. Jahr-

hunderts; s. für alle MacMullen, Enemies, vor allem 46 ff.

²³ Vgl. nur Ehrhardt, Politische Metaphysik, I, 1959, 222 (zur späten Akademie und zum Neupythagoreismus), 229 (zur Literatur der Zeit allgemein).

²⁴ Vgl. MacMullen aaO 199 f.

²⁵ Verdeckte Kritik erscheint auch in den jüdischen Quellen; vgl. nur Monumenta Talmudica V 1 (ed. S. Krauss) 1914, 43; dort auch 148 (A. 1 zu Nr. 346) über den Brauch, die römischen Kaiser unter dem Namen der babylonischen Könige aufzuführen. — Nicht überzeugend ist es, wenn L. Herrman, RIDA 1. S., 2. 1949 (Mél. de Visscher I), 421 ff., behauptet, daß in der Elegie „*nux*“ Kritik an Nero und den Prokulanern versteckt sei.

²⁶ III 25. Weitere Beispiele bei Nörr, Schatzfund, 22 ff.

den (Minos und Tantalus) verbergen. Maximos von Tyros²⁷, der das menschliche, vergängliche, nur scheinbare Gesetz dem wahren göttlichen Gesetz gegenüberstellt, benutzt als Beispiele nicht Gesetze der Gegenwart, sondern das Recht Athens, Spartas und Kretas. Wenn Tacitus in der „Germania“ ein von Sympathie getragenes Bild der nordischen Barbaren entwirft, so scheint dieses eine Kritik am Kontrastbild der römischen Gegenwart zu implizieren²⁸. Zwar läßt sich in den genannten Fällen nicht stets mit Sicherheit sagen, daß die Autoren einen direkten Angriff auf die gegenwärtige Rechtsordnung beabsichtigten; doch scheint die Bevorzugung der latenten Kritik ein „Stilmerkmal“ der Epoche zu sein.

An anderen Stellen wird die Beziehung auf das Kaisertum deutlicher. Zwischen den Zeilen von Angriffen gegen die Despotie der Perserkönige oder Alexanders des Großen konnte der Wissende die Kritik am römischen Kaisertum lesen²⁹. Im Lob der kaiserlichen Gesetze — etwa aus der Feder eines Christen (vgl. Athenag., suppl. ad Marc. Aurel. 1) —, in der Beschreibung eines Prozesses vor dem Kaiser, wie er sein sollte (vgl. Philon, leg. ad Gai. 44.350), schließlich in der höfischen Panegyrik schlechthin³⁰ konnte unter dem Mantel des Lobes einer scheinbaren Gegenwart die Kritik der Realität sichtbar werden. Bisweilen mag man auch mit aller Vorsicht wie Seneca in seiner Schrift *de clementia* oder Dion v. Prusa in seinen Reden *peri basileias* direkte Mahnungen an den Kaiser gerichtet haben. So gehören die — traditionellen³¹ — Aufforderungen

an die Herrscher, sich an die Gesetze zu halten, zu den üblichen Bestandteilen der zeitgenössischen Fürstenspiegel³².

Möglicherweise war dabei bisweilen die Bereitschaft der *principes*, sich an die Gesetze zu halten, größer als die Erwartung der Untertanen. Als Beispiel sei die Antwort des Tiberius³³ auf einen Antrag zitiert, der ihm die freie Entscheidung in Fällen gewähren wollte, in denen gesetzeswidriges Handeln noch nicht geschehen, aber zu erwarten war:

... *ideo leges in facta constitui, quia futura in incerto sint. sic a maioribus institutum, ut, si antissent delicta, poenae sequerentur. ne verterent sapienter reperta et semper placita. satis onerum principis, satis etiam potentiae. minui iura, quotiens gliscat potestas, nec utendum imperio, ubi legibus agi possit.*

Im übrigen war gerade der *mos maiorum* — unter seinen verschiedenen Aspekten³⁴ — durch die kaiserliche Rechtssetzung, die schnellere und effektivere Rechtsänderungen bewirken konnte, besonders gefährdet. Es wäre zu überlegen, ob die Appelle an den Kaiser, sich an die Gesetze zu halten, nicht ebensosehr der Erhaltung des alten Rechts und der Vermeidung einer Art von „Gesetzespositivismus“ diente wie der Vermeidung von Willkür und Tyrannei.

Auch im juristischen Schrifttum finden sich die Mahnungen an den Kaiser, sich an die Gesetze zu halten³⁵. Wenn sie auch als solche preiswürdig sind, so wird ihr Wert als Zeugnis juristischen Mutes doch dadurch eingeschränkt, daß

²⁷ Philosoph. 6, 5; nach Lauria, Ius, 1967³, 159 ff.

²⁸ Vgl. nur Germania 19 (Kindsaussetzung), 20 (*nullum testamentum*), 25 (*liberti*), 26 (*fenus* und *usurae*), 27 (Bestattungssitten). Daß mit dieser Bemerkung nichts Abschließendes über Wesen und Zweck der Germania des Tacitus gesagt sein soll, versteht sich von selbst; vgl. zum Problem nur E. Wolff, Hermes 69, 1934, 121 ff. (auch in „Tacitus“, W.d.F. 97, ed Pöschel, 241 ff.); C. W. Mendell, in „Tacitus“ (W.d.F. 97), 480 ff.

²⁹ Vgl. nur A. Alföldi, Monarchische Repräsentation, 1970, 12 passim; Ehrhardt aaO 219; C. P. Jones, Plutarch and Rome, 1971, 114 A. 27.

³⁰ Vgl. nur Smallwood in der Ausgabe der *legatio ad Gaium* des Philon, 1970, 158; Philon, leg. ad Gai. 2.8; Plin., Paneg., u. a.

³¹ S. Plat. Nomoi IV 7, 715c; vgl. auch Aristoteles Pol. III 15, 1286a.

³² S. nur Philostr. v. Apoll. V 28 ff.; Dion v. Prusa, or. I–IV, LVI, LX; Plut., ad princ. inerud.; Philon de leg. spec. IV 160 ff.; Musonius, p. 33 (Hense). Weiteres dazu bei Lauria aaO 127 f.; Barker aaO 256; Ros-

tovtzeff aaO I 102 f. Zum Kaiser, der seine eigenen Gesetze nicht hält, s. auch noch die Monumenta Talmudica V 1 (ed. Krauss), 1914, 131 Nr. 302.

³³ Bei Tac. ann. III 69; zur Frage, ob Tacitus hierbei Senatsprotokolle verwendete, vgl. Syme, Tacitus II, 700 ff.

³⁴ Vgl. nur auf der einen Seite die Verteidigung des alten jüdischen Rechts durch Philon (leg. ad Gai. 3.22), auf der anderen Seite Labeos Kampf gegen staatsrechtliche Neuerungen (Gell. 13.12.2). Auffällig ist es demgegenüber, daß Labeo im *ius civile* zu Neuerungen neigte; s. Pomp. D. 1.2.2.47.

³⁵ Vgl. nur Paul. D. 32.23: *Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa imperatorem vindicare inverecundum est: decet enim tantae maiestati eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.*; s. auch PS 4.5.3. Die „politische“ Bedeutung von Ulp. D. 1.3.31 wird auch durch Serv. (auct.) Aen. 11.206 relativiert: *imperatores et virgines Vestae, qui a legibus non tenentur, in civitate habent sepulcra.*

die Juristen hier anscheinend entsprechende in der kaiserlichen Kanzlei formulierte Aussprüche kaiserlicher Konstitutionen wiederholten (s. Inst. Just. 2.17.8):

*Secundum haec divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: „licet enim“ inquiunt „legibus soluti sumus, tamen legibus vivimus“*³⁶.

Sicherlich wäre es eine Übertreibung, wenn man hinter jedem Lob, hinter jeder Ermahnung versteckte Kritik suchen würde. Im übrigen macht zwar die Gefahr offener Kritik, die Notwendigkeit, sich solcher Anspielungen zu bedienen, die Seltenheit grundsätzlicher Polemik verständlich. Das Zurücktreten von — wie man heute zu sagen pflegt — konstruktiver Kritik ist damit aber kaum erklärlich.

Unter diesen Umständen liegt es nahe, den Rückzug von der rechtspolitischen Diskussion nicht allein durch den Druck von oben zu erklären. Dazu kommt, daß selbst in den Äußerungen Mark Aurels, sowohl in den Selbstbetrachtungen (vgl. etwa 9.29) als auch in seinem Briefwechsel mit Fronto, der (rechts-)politische Aspekt sehr zurücktritt. Bekannt ist auch die a-politische Haltung des Neuplatonismus, der philosophischen Strömung, die am Ende unserer Epoche vorzuherrschen beginnt³⁷. Das mit dem Ende des 2. Jahrhunderts übermächtig werdende Krisenbewußtsein³⁸ erzeugte zwar im einzelnen auch Reformvorschläge³⁹ und irrationale Hoffnungen auf das Heil durch den Kaiser⁴⁰; im ganzen aber scheint es die Kraft zur Kritik und zur Reform gelähmt zu haben.

Die Zurückhaltung gegenüber der Rechtskritik dürfte mit einem weiteren Moment zusammenhängen, der Bevorzugung moralischer Kategorien im Verhältnis zu „institutionellen“. Syme⁴¹ umschreibt die Auffassung des Tacitus über die römische Verfassung folgendermaßen: Men and character matter, not system and doctrine. Um nur ein weiteres — gerade wegen der intellektuellen und moralischen Qualitäten des Autors besonders eindrucksvolles — Beispiel zu erwähnen, beschränken sich die Bemerkungen Dions v. Prusa, die man unter dem Stichwort „Rechtskritik“ abhandeln könnte, auf längst obsolete Gesetze (s. nur or. LXXX 3 ff.). Sobald Dion v. Prusa in die Gegenwart geht, kritisiert er die schlechte Verwaltung durch die Statthalter⁴², läßt seine Mißbilligung entarteter *principes* erkennen⁴³ und bringt eine Überfülle von Mahnungen an die Kaiser, sich an die Gesetze zu halten und vernünftig und gerecht zu regieren⁴⁴. Zwar betont er die Notwendigkeit guter Gesetze (s. nur or. LXX 6, 8); doch wichtiger noch ist nach ihm die entsprechende moralische Gesinnung (s. or. LXX 8 f.).

Dementsprechend werden die Kaiser generell und primär nicht nach der Güte des Kaiserrechts beurteilt, sondern je nachdem, ob sie gute oder böse Charaktere haben, oder — anders ausgedrückt — gegenüber der Beurteilung des Charakters ist die der Gesetze gleichsam eine bloß abgeleitete. Nach Laktanz (s. *de morte persecutorum*) gibt es *mali* und *boni principes*, deren Qualitäten er weithin aus ihrer Einstellung zu den Christen und der entsprechenden Gesetz-

³⁶ Nach Ferrini, Opere II 370, stammt Inst. Just. 2.17.8 aus den Institutionen Marcians. S. im übrigen auch Alexander Severus CJ 6.23.3, sowie die Schmähung des Caracalla (HA v. Carac. 10.2 f.) als *legibus solutus*. Allgemein hierzu Gaudemet, Institutions, 587, und Bretonne aaO (o. A. 7) 35, 65 (zu Ulp. D. 1.3.31 mit weiteren Angaben).

³⁷ Vgl. auch die Gleichgültigkeit des Apollonius v. Tyana bei Philostr. (V 35) gegenüber dem Problem der besten Verfassung.

³⁸ Vgl. nur G. Alföldy, Hermes 99, 1971, 429 ff.; ders. Historia 22, 1973, 379 ff.; Mazzarino aaO 34 ff.; den Boer, Some minor Roman Historians, 1972, 93 ff. (zu Aurelius Victor). — Der Frage, inwieweit sich dieses Krisenbewußtsein von dem in der Prinzipatszeit häufig auftretenden Dekadenzgefühl quantitativ und/oder qualitativ unterscheidet, kann hier nicht nachgegangen werden; s. die Belege bei Mazzarino aaO 29 ff.; vgl. etwa Plin. n.h.

14.1.2 ff.; Philon, de plantat. 126 ff.

³⁹ S. etwa die Rede des Maecenas bei Cass. Dio 52.1 ff.; dazu steht im Gegensatz der Pessimismus von Cass. Dio in 71.36.4.

⁴⁰ S. nur Aristides, or. IX (35 K) (*eis basilea*; ed. Dindorf I 98 ff.); zur Echtheit C. P. Jones, JRSt 62, 1972, 134 ff.; Bengtson, Kl. Schr., 1974, 643.

⁴¹ Entr. sur l'ant. class. (Fond. Hardt) IV, 1956, 198 f.; s. auch Mazzarino, Il pensiero storico ... II 1, 324 passim. Anders vielleicht Cato, der die Namen der Handelnden verschweigt (und dafür einmal den Namen eines „tapferen“ Elefanten nennt, Plin. n. h. 8.11); vgl. K. Büchner aaO (o. A. 12a) 761; s. Bretonne aaO 8 ff.

⁴² S. nur or. XXXVIII 33, 36 f.; XLIII 11.

⁴³ S. nur or. LXVI 6 u. ö.

⁴⁴ Beispiele finden sich vor allem in den orationes I–IV; s. im übrigen auch or. LVI, LXII 2 f., 7.

gebung erschließt; doch steht die moralische Bewertung im Vordergrund⁴⁵. Es ist eine bekannte Tatsache, daß dieser Tendenz die gesamte römische Historiographie und Philosophie⁴⁶ folgt. Für unser Thema ist sie unter zwei Aspekten von Bedeutung. Einmal richten sich — gerade bei den Juristen — die kritischen Ermahnungen vor allem an die „Praxis“ der Rechtsausübung, zum anderen finden sich Äußerungen, die deutlich die Güte des römischen Rechts der Verderbtheit der Praxis gegenüberstellen.

Es entspricht dem Werkcharakter vor allem der *libri de officio* Ulpian⁴⁷, daß sich in ihnen nicht nur Ratschläge und Empfehlungen (gleichsam zur Kritikverhütung)⁴⁸ finden, sondern daß diese auch als Warnungen oder als Kritik einer entgegenstehenden Praxis formuliert sind. So wendet sich Ulpian an einer schon besprochenen Stelle gegen die Kompetenzüberschreitungen der *procuratores* (9 de off. proc.; Coll. 14.3.1 ff.), über deren rechtswidrige Praxis auch sonst geklagt wird⁴⁹. In D. 48.19.8.9⁵⁰ tadelt er den Mißbrauch derjenigen *praesides*, die die „Haft“ als Strafmittel benutzten. In D. 1.18.6.2,4 mahnt er zum Schutz der *humiliores*⁵¹. Weiterhin gibt Ulpian dem *praetor* Anweisungen (D. 37.10.3.5; 41 ad ed.), welche Überlegungen er bei der *cau-*

sae cognitio im Rahmen des *edictum Carbonianum*, konkreter bei der Frage, ob die *bonorum possessio* sofort oder erst im Zeitpunkt der Pubertät des Antragstellers gegeben werden soll, anzustellen hat⁵². Die Grobheit des Ausdrucks (*aut stulti aut iniqui praetoris erit rem in tempus pubertatis differe cum summo eius incommodo, cuius consultum velit*) läßt eine „schlechte“ Praxis vermuten. Nicht eigentlich Kritik, sondern Pessimismus spricht aus den Worten Ulpian, mit denen er am Anfang seiner Monographie über die Appellationen das Institut der Appellation lobt⁵³; sie ist wegen der *iniquitas* und *imperitia* der Richter (erster Instanz) nötig — wenn auch bisweilen die zweite Instanz eine richtige Entscheidung „*in peius reformet*“. Zuletzt darf noch ein Text Papinian⁵⁴ angeführt werden, in dem sich der Jurist gegen die Magistrate wendet, die in Unkenntnis der Rechtslage die *iurisdictio* weiter delegieren.

Sind die hier beispielsweise angeführten Ermahnungen an die Beamten gerichtet, so die oben angeführten Stellen über die Bindung der Kaiser an die Gesetze an den Kaiser selbst. Ihnen entsprechen außerjuristische Kritiken — sei es am Verhalten der Kaiser⁵⁵, sei es an dem der Verwaltung und Rechtssprechung⁵⁶, sei es schließ-

⁴⁵ Vgl. auch die Beschimpfungen von Kaisern als *θηγλον* (Apoll. bei Philostr. IV 38 zu Nero) oder als Tyrann und Räuberhauptmann (Acta mart. pag., ed. Musurillo, 1954, XI (Acta Appiani, Pap. Oxy. 33) zu Commodus).

⁴⁶ So konzentriert sich bekanntlich die römische Stoa in der Kaiserzeit weithin auf die Ethik.

⁴⁷ Zu ihnen etwa F. Schulz, Rechtswissenschaft, 1961, 309 ff.; Wieacker, Textstufen, 391 ff.; Dell' Oro, I libri de officio nella giurisprudenza Romana, 1960 (dazu Mayer-Maly T 32, 1964, 261); Bretonne aaO (o. A. 7) 39 ff.

⁴⁸ Vgl. nur D. 1.16.4; 9.h.t.; 2.12.7; 5.1.82; 22.1.33; 48.19.6 pr. Zu erwähnen ist auch die berühmte „Richterermahnung“ des Callistratus (de cogn. 1; D. 1.18.19); dazu etwa Bonini, I libri de cognitionibus di Callistratus, 1964, 29 ff.; Luzzatto, Studi Volterra II 754 f. mit Lit. — Zur Bestechlichkeit der Richter s. Petron. Sat. 14.2.

⁴⁹ S. nur fragm. de iure fisci 8; vgl. auch o. X 4 bei A. 62.

⁵⁰ 9 de off. proc.: *Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet. nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.* Dazu Eisenhut, in „Aufstieg u. Niedergang...“ I 2, 1972, 282. — Vgl. auch den Bericht über die „kaiserliche“ Kritik der Vermögensziehung bei Verurteilung zu temporärer Relegation in D. 48.22.7.4 (9 de off. proc.).

⁵¹ Zur Sozialpolitik des Septimius Severus vgl. Rostovtzeff, Wirtschaft und Gesellschaft, II 117 f.

⁵² Vgl. z. St. D. Simon, SZ 83, 1966, 173 ff.; s. im übrigen auch Stiegler, Statusstreit und Kindeserbrecht, 1972, 32 mit Lit.

⁵³ D. 49.1.1 pr: *Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat: licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimum sententiam laturus est.* — Vgl. zu diesen Fällen der Appellation nur Kaser, RZP 400 A. 24.

⁵⁴ D. 1.21.1 pr (1 quaest.): *Quaecumque specialiter lege vel senatus consulto vel constitutione principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur; quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. et ideo videntur errare magistratus, qui, cum publici iudicii habeant executionem lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Iuliae de adulteriis et si quae sunt aliae similes, iurisdictionem suam mandant...*

⁵⁵ Vgl. zu Commodus HA v. Comm. 14.4–7.

⁵⁶ S. nur ep. Apoll. 30, 54; vgl. auch Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft II 99; Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, 1891; 131 f., 134 passim. Zur Kritik der Juden an der römischen Verwaltung s. nur die Beispiele bei Sperber, RIDA 3. S. 19, 1972, 29 ff., sowie die Stellen in den Monumenta Talmudica V 1 (ed. Krauss), 1914, 44. Besonders plastisch ist Nr. 76: Ein Richter vertraut bei einer Gerichtsverhandlung über Diebstahl, Ehebruch und Zauberei, seinem *synkletikos* (Assessor?) an,

lich an den *potentes* schlechthin, gegen die der Arme schutzlos ist⁵⁷. Daß die römische Rechtsordnung als solche durch diese Kritik nicht berührt wird, ergibt sich besonders deutlich aus denjenigen Stellen, in denen den Kaisern vorgeworfen wird, daß sie zwar scheinbar (und formal) den Gesetzen folgen, in Wahrheit aber das Recht beugen⁵⁸. Dabei darf dahinstehen, ob sich in diesem heuchlerischen Verhalten eher Achtung oder Verachtung für das geltende Recht dokumentiert⁵⁹. Auch der kulturelle Antiromanismus gewisser intellektueller Schichten des Ostens trifft bekanntlich weniger das Herrschaftssystem der Römer als die Schlechtigkeit (*kakia*) der die Herrschaft Ausübenden⁶⁰.

Diese Einstellung kann sich bis zum ausdrücklichen Lob der römischen (Rechts-)Ordnung bei gleichzeitiger Beschimpfung der Rechtsanwender steigern. Wie bereits erwähnt, findet sich bei Cicero häufig die Entgegensetzung des guten römischen Rechts und der schlechten Praxis, die die Juristen daraus entwickelt haben⁶¹. In der späten Prinzipatszeit bedienen sich Bauern aus Lydien in einer Bittschrift (wahrscheinlich an Septimius Severus und Caracalla) einer ähnlichen Argumentation⁶². Sie verbinden die Klage über die Bedrückung durch kaiserliche Beamte und die Bitte um Abstellung der Mißstände mit einem lobend gemeinten Hinweis auf die kaiserlichen Gesetze (Z. 9 ff.): Καὶ τοῦτο δεόμεθ' ἀπιδόντας ὑμᾶς, μέγιστοι καὶ θεϊότατοι τῶν πόποτε αὐτοκρατόρων, πρὸς τε τοὺς ὑμετέρους νόμους τῶν τε προγόνων ὑμῶν καὶ πρὸς τὴν εἰρηνικὴν ὑμῶν περὶ πάντας δικαιοσύνην...

Vielleicht dürfen hier noch zwei Stellen aus der Dominanzzeit zitiert werden, wenn sie auch zeitlich aus dem uns gesteckten Rahmen herausfallen⁶³. Besonders deutlich ist eine Äußerung bei Priscus⁶⁴, in der ausdrücklich die Güte der römischen Rechts- und Verfassungsordnung der Schlechtigkeit der Herrschenden entgegengesetzt wird: ὥς οἱ μὲν νόμοι καλοὶ καὶ ἡ πολιτεία Ῥωμαίων ἀγαθή, οἱ δ' ἄρχοντες οὐχ ὅμοια τοῖς παλαιοῖς φρονοῦντες αὐτὴν διαλυμαίνονται.

Aber auch Salvian⁶⁵ läßt erkennen, daß die römische Rechtsordnung an sich in Ordnung ist und der Verfall des Reiches auf ihrer schlechten Durchführung beruht. Trotz der geringen Beweiskraft dieser beiden Stellen für die uns interessierende Epoche läßt sich doch vermuten, daß die der römischen Rechtsordnung Unterworfenen nicht nur schlechthin Heil und Unheil weniger in der Güte des Rechts, als in der Güte der Rechtsanwender suchten und fanden, sondern daß die Tendenz bestand, die römische Rechtsordnung als solche zu akzeptieren. An diesen beiden Gründen dürfte es vor allem gelegen haben, daß kritische Äußerungen zum römischen Recht so selten sind.

2. Umwertung der Werte

(Kynismus und Christentum), *laudatio iuris*

Eine mehr als punktuelle Kritik am römischen Recht von Seiten der Juristen hätte wohl zur Voraussetzung haben müssen, daß diese die mit dem 3. Jahrhundert einsetzende „Umwertung der Werte“ mit vollzogen hätten⁶⁶. Zu einer

daß er alle diese Handlungen selbst in der vergangenen Nacht verübt habe. — In diesen Fragenbereich gehören auch die Untersuchungen Kellys (Roman Litigation, 1966, vor allem 10 ff.), die sich weniger auf das römische Prozeßrecht als auf die römische Prozeßpraxis beziehen; vgl. auch Garnsey, Social Status and Legal Privilege, 1970, 181 ff.; D. Nörr, SZ 88, 1971, 411 f.; H. Galsterer, GGA 1973, 45. Ein viel positiveres Bild von der römischen Gerichtspraxis bei O. Behrends, Die römische Geschworenenverfassung, 1970, 207.

⁵⁷ S. nur Cyprian ad Demetr. 10 f.

⁵⁸ S. nur Philon, leg. ad Gai. 5.30; etwas anders 17.119 (zu Caligula); Philostr. v. Apoll. VIII 14 (zu Nero und Domitian); ähnlich Tac. ann. 4.19 (s. auch ann. 2.30) zu Tiberius.

⁵⁹ Für letzteres Cic. de off. 1.13.41: ... totius autem iniustitiae nulla capitalior quam eorum, qui tum, cum maxime fallunt, id agunt, ut viri boni esse videantur.

⁶⁰ S. nur MacMullen, Enemies, 190, 349 A. 30.

⁶¹ Vgl. nur pro Murena 12.27; pro Caec. 23.65 ff.; s. auch o. VI 2. Doch ist gerade bei den Reden Ciceros der Ort dieser Entgegensetzung „im Leben“ stets zu beachten.

⁶² Keil-Premmerstein, Dritte Reise in Lydien, Nr. 28; dazu Rostovtzeff aaO II 118, 335; zum Problem auch Gagé, Les classes sociales dans l'empire romain, 1964, 284 ff.

⁶³ Vgl. dazu D. Nörr, SZ 80, 1963, 136 ff.; dort auch zum Verhältnis von moralischer und institutioneller Kritik.

⁶⁴ FHG, ed. Müller, VI 88.

⁶⁵ de gub. dei VII 21 (93): ecce quid valeant statuta legum, ecce quid proficit definitio sanctionum, quae illi spernunt maxime qui ministrant ... ac sic in ipsis legibus et in ipsa iusta rerum praeceptione maximum iniustitiae scelus agitur, cum ea minores quasi sacra observare cogantur, quae maiores iugiter quasi nulla conculcant.

⁶⁶ S. nur Rostovtzeff aaO 203.

solchen Haltung war aber weder der römische Jurist noch auch sein durchschnittlicher intellektueller Zeitgenosse in der Lage. Man kann — vergrößernd — als die Grundstimmungen in der Endperiode der klassischen Jurisprudenz den Skeptizismus und den Irrationalismus bezeichnen⁶⁷; beide Stimmungen konnten zur Resignation und zum Fatalismus und schließlich zur gänzlichen Abwendung von Staat und Gesellschaft führen. Unterstellt man weiterhin, daß die römischen Juristen von diesen Stimmungen und ihren Folgen nicht frei waren, so war an eine grundsätzliche Änderung des Rechts nicht zu denken. Wir haben die ethische Fundamentalentscheidung der Skeptiker kennengelernt, daß man angesichts der Unmöglichkeit, die „Richtigkeit“ von Normen zu erkennen, an den überkommenen Normen festhalten soll. Daß Fatalismus und Resignation keine Anstöße zur Rechtserneuerung geben konnten, braucht nicht näher ausgeführt zu werden.

Vielleicht liegt hier ein oder auch der Schlüssel für die häufig bemerkte⁶⁸ Unfähigkeit der klassischen, vor allem der spätklassischen Juristen zu einer durchgreifenden Rechtsreform. Differenzierung, Verfeinerung, Verbesserung in Einzelheiten ließen sich mit der Grundstimmung der Epoche wohl vereinbaren. Für eine zugleich planmäßige und umfassende Reform bedurfte es eines größeren Optimismus, als ihn die Zeitgenossen der spätklassischen Juristen hatten. Auch wenn man Mark Aurel nicht als den Repräsentanten der spätklassischen Epoche schlechthin ansehen darf, so zeigen doch seine bereits erwähnten Äußerungen über die fundamentale Wertlosigkeit politischer Betätigung eine jedem Reformismus feindliche Tendenz, die vielleicht nicht ohne Einfluß und Parallele bei den Zeitgenossen, nicht zuletzt auch bei den Juristen, war. Die Revolution des 3. Jahrhunderts voll-

zog sich ohne die Juristen. Es ist zu vermuten, daß der in diese Epoche fallende Untergang der klassischen Rechtswissenschaft⁶⁹ nicht zuletzt eine Folge dieser fehlenden Möglichkeit oder Fähigkeit der Anpassung an die „neue Zeit“ war.

Es ist nicht verwunderlich, daß die „Umwertung der Werte“ zuerst in Außenseitergruppen stattfand. Es gab eine alte, vom Kynismus und den kynisierenden Richtungen der Stoa getragene Tradition, die den Tabubruch⁷⁰ propagierte und die geltenden Normen in ihren Wurzeln angriff. Ihr entspricht es, daß man — in Umkehrung der normalen Auffassungen — die barbarischen Sitten und Gesetze (*nomima barbarika*) über die hellenischen Gesetze stellte⁷¹. Eine besondere Variante dieser Neigung zur Provokation stellt es dar, wenn Apollonios (bei Philostr., III 25) den Richter der Toten, Minos, das gängige Symbol für einen gerechten und unbestechlichen Richter⁷², herabsetzte und Tantalos, das Symbol für die menschliche Hybris, lobte. Die praktischen Auswirkungen dieser Provokationen waren gering. Es ist nicht nur ihre lebensfremde Radikalität, die bisweilen an der Ernsthaftigkeit des Realisierungswillens zweifeln läßt⁷³, sondern auch ihr — um es so auszudrücken — individualistisches Ziel, das zwar die *imitatio* durch einzelne Sektierer, aber nicht die Umgestaltung der Rechtsordnung erlaubte. Es ging hier um die Dokumentierung der Freiheit des einzelnen, um eine — man möchte fast sagen — „formale“ Emanzipation, die sich weithin in der Negierung der bisherigen Werte erschöpfte⁷⁴, nicht aber um konkrete und im Diesseitigen verhaftete Rechtsreformen. Als sich das primäre Interesse in der spätklassischen Epoche immer stärker vom Problembereich: Individuum — Staat und Gesellschaft, zum Problembereich: Individuum — Transzendenz verschob⁷⁵, konnte die für die

⁶⁷ S. nur Windelband-Goedeckemeyer, Geschichte der abendländischen Philosophie im Altertum, 1923⁴, 265 ff. — Zum „Skeptizismus“ des Stoikers Mark Aurel s. nur eis. heaut. XII 5 u. ö.

⁶⁸ Vgl. nur F. Schulz, Rechtswissenschaft, 148 ff.; nuancierend Kunkel, Herkunft, 274 ff. und Archi, Atti 1^o Congr. int. SISD, 1966, 88 ff.

⁶⁹ Dazu zuletzt Wieacker, RH 49, 1971, 201 ff.

⁷⁰ Inzest, Kannibalismus etc.; vgl. o. II 8, sowie Barker aaO 41 f.

⁷¹ S. nur Norden, Antike Kunstprosa, 1961⁶ II 463 f.; vgl. auch Bd. VIII der „Entretiens sur l'antiquité

classique“ (Fond. Hardt), 1962, über das Thema: „Grèce et Barbares“, und Stier, Die geschichtliche Bedeutung des Hellenennamens, Arbeitsgem. Forschung NRW, H. 159, 1970, 40 ff.

⁷² S. für alle Plut., de sera num. vind. 4, 549 F.

⁷³ S. nur Pohlenz, Die Stoa I 137.

⁷⁴ Vgl. Rist, Stoic Philosophy, 1969, 59 f.

⁷⁵ S. nur Schtjajerman aaO 282 ff. Charakteristisch hierfür sind vor allem die gnostischen Strömungen; zu diesen etwa Jonas, Gnosis und spätantiker Geist I², II, 1954. — Vgl. im übrigen auch A. Alföldi, Studien zur Geschichte der Weltkrise im 3. Jahrhundert, 1967, 237 passim.

Rechtskritik und die Rechtsreform übrig bleibende Energie nur mehr recht gering sein.

Unter diesen Umständen wäre eine planmäßige Rechtskritik und -reform allein von einer konsequent durchgebildeten, die Massen ergreifenden, an einen neuen Menschen glaubenden, auch das Diesseits verändern wollenden „Weltanschauung“ zu erwarten gewesen. Als das Christentum — wenigstens in seiner herrschenden Form — die unmittelbare Endzeiterwartung und zugleich auch seine sektiererische Radikalität⁷⁶ abgestreift hatte, wären vielleicht die notwendigen Voraussetzungen gegeben gewesen. So findet sich bei den christlichen Schriftstellern die für eine mehr als punktuelle Kritik und Umgestaltung notwendige Umwertung der Werte. Wenn Celsus (bei Orig. adv. Cels. VIII 68) sagt, daß man dem Kaiser gehorchen müsse, da sonst die Barbaren an die Herrschaft kämen, so wendet Origenes ein, daß eine christliche Barbarenherrschaft kein Übel sei⁷⁷. Der alte philosophische Standard des gemeinschaftlichen Gesetzes der Menschheit (*νόμος κοινός*) wird durch den des Gesetzes der göttlichen Wahrheit (*νόμος ἀληθείας*) ersetzt⁷⁸.

Wichtiger noch ist, daß die christlichen Schriftsteller an den direkten Angriff auf das römische Recht gewohnt sind. Dabei verbleiben die Äußerungen des Laktanz über die Ungerechtigkeit des dem Nutzen dienenden römischen Rechts⁷⁹ eher noch im Bereich der philosophisch-ethischen

Rechtsordnung. Tertullian, der sowohl den ständigen Rechts- und Kulturfortschritt⁸⁰, die Anpassung alten Rechts an neue Verhältnisse⁸¹, als auch schließlich die Notwendigkeit des völligen Umdenkens kennt, wird demgegenüber viel konkreter. Er fordert die Kaiser auf (Apol. 4), in der ständigen Verbesserung des römischen Rechts fortzufahren⁸². Doch würde hier ein neuer Diskurs beginnen, der Reform und zugleich Rezeption des römischen Rechts durch das Christentum zum Inhalt haben müßte⁸³.

Daß das römische Recht in vielen Teilen den Umwälzungen, die mit den tiefgreifenden staatlichen und gesellschaftlichen Veränderungen in der Spätantike, aber auch mit dem Christentum verbunden waren, widerstanden hat, daß es seine Kraft auch in der Folgezeit bewiesen hat, könnte zu heute weniger modischen Überlegungen führen, die nicht die Geschichte der Kritik am römischen Recht, sondern die Geschichte seines Lobes zum Gegenstand haben würden⁸⁴. Aber auch der moderne Betrachter wird mit der Vermutung schließen dürfen, daß die Seltenheit der Kritik am römischen Recht in der Antike nicht allein mit der Besonderheit der politischen und sozialen Situation (Angst, Resignation, Unkenntnis und philosophische Realitätsferne) und mit den Defekten der Zeitgenossen zu tun hat, sondern auch mit gewissen Qualitäten des römischen Rechts selbst.

⁷⁶ Vgl. etwa die kommunistische Sekte des Epiphanes nach Klemens v. Alex., Strom. III 5.1 ff. — Im apokalyptischen Schrifttum findet sich zwar herbe Kritik an den gegenwärtigen Zuständen, nicht aber ein Appell zu reformierendem Handeln; s. nur Daube, Civil disobedience, 1972, 480 ff. Zur antinomistischen Tendenz der Gnosis vgl. Jonas, Gnosis und spätantiker Geist, I², 1954, 384.

⁷⁷ Zum Topos des Vorrangs der Barbaren s. etwa Klemens v. Alex., Strom. I 66.1 ff.; II 4.1 ff. passim; Tatian, or. in Graec. I 1; s. dazu auch Ehrhardt, Politische Metaphysik II 188, und o. II 1 bei A. 12.

⁷⁸ Orig. adv. Cels. I 1.

⁷⁹ Div. Inst. 4.4.1; s. o. IV 2 bei A. 22.

⁸⁰ S. nur Fredouille, Tertullien, 245 ff.

⁸¹ Vgl. die Belege bei Fredouille aaO.

⁸² S. o. IV 1 bei A. 9.

⁸³ Vgl. nur Kaser, RPR II, 8 ff. mit Lit.

⁸⁴ Vgl. nur Polybios Buch VI, Cic. de re publica; Aristides, laudatio Romae 102 (K); Greg. Thaum. in Orig. 1.7; Dessau 8763 (Syll.³ 543; a. 214 v. Chr.: König Philipp V. lobt die römische Freilassung mit Bürgerrechtsfolge; dazu

Chantraine, in „Aufstieg und Niedergang ...“ I 2, 1972, 59 ff.); weiteres Material bei W. Gernentz, Laudes Romae, Diss. Rostock 1918, 86 f., 132 ff., Lauria, Ius, 1967³, 144 f. und Fuchs, Der geistige Widerstand gegen Rom, 1938, 14, 40 ff. Zur rhetorischen *laudatio legum* s. nur Quint. inst. 7.1.46 f.; 2.4.33 ff.; vgl. auch die 75. Rede Dions v. Prusa (*peri nomou*; s. aber auch or. LXXVI, *peri ethous*), sowie (Quint.) decl. 279 p. 137 (Ritter) u. ö. Bekanntlich hat gerade der Verweis auf die Überflüssigkeit von *laudationes legum* im Rahmen der *laudationes* von Städten (s. etwa Dio. v. Prusa or. LXXIX 1) durch Menander (ed. Spengel III 363 f.; vgl. auch Pseudo (?) Menander [ed. Spengel III 385]) neuerdings wieder Anlaß zu Überlegungen über die Einwirkung der *constitutio Antoniniana* auf die städtischen Gesetze gegeben. Vgl. Talamanca, Studi Volterra V, 433 ff. — Apologetisch ist das Lob der jüdischen Gesetze durch Philon (vgl. vor allem *de legibus specialibus*) und Flavius Josephus. Zum Lob römischen Rechts durch die Juristen s. nur Lep-tien, Utilitatis causa, Diss. Freiburg, 1967, 12 ff. — Zu Dessau 8763 vgl. jetzt auch Gauthier, Mél. Seston, 1974, 207 ff.

QUELLENINDEX

I. Vorjustinianische (römische) Rechtsquellen

<i>Codex Gregorianus</i> (aus Augustin. de coniug. adult. 2.7)	1.32 ff. 98 ⁶⁰	3.72 f. 97 ⁵⁷
14.2 72 ⁹³	1.55 67 ⁴⁹ , 94 ³⁰ , 136 ¹⁹ , 23	3.74 ff. 95 ³⁹
<i>Cod. Theod.</i>	1.65 ff. 95 f.	3.96 136 ¹⁹
8.18 ff. 79 ¹⁴²	1.76 ff. 12 ¹³ , 96, 96 ⁴⁶ , 109 ⁴⁰	3.109 140 ⁵⁶
<i>Collatio Legum Romanarum et Mosaicarum</i>	1.82 ff. 95 ⁴⁴ , 96 ⁴⁷ , 51, 97 ⁵³	3.134 136 ¹⁹
11.7 f. 12 ⁸ , 125 ²⁰	1.91 96	3.153 f. 100
11.8 12 ⁸ , 125 ²¹ , 131 ⁶⁰	1.112 68 ⁵⁶	3.160 139 ⁴⁴
14.3 131 f., 131 ⁶⁵ , 132 ⁷¹ , 150	1.144 12 ¹³ , 927	3.193 12, 94
15.2 143 ⁷⁵	1.158 99, 99 ⁷²	3.194 99 ⁶⁸
<i>Fragm. Arg.</i>	1.162 99	3.201 94 f.
I A 116, 116 ⁸⁸	1.190 12 ¹³ , 92	3.209 101 ⁸⁶
III 115 ⁸²	1.193 93 ¹⁹ , 136 ¹⁹	3.215 f. 95 ⁴³
<i>Fragm. Berol.</i>	2.45 102 A.	3.223 66 ³⁶ , 94 ³¹
I 2 95 ⁴⁰	2.52 ff. 94 f., 102 ⁸⁷	4.8 101 ⁸⁶
<i>Fragm. de iure fisci</i>	2.63 132 ⁷⁶	4.24 94 ³³
8 132, 150 ⁴⁹	2.101 ff. 68	4.30 94 ²³ , 108 ³⁶ , 115
9 131 ⁶⁵	2.112 f. 98	4.38 100 ⁷⁶
<i>Fragmenta Vaticana (FV)</i>	2.195 1237	4.91 ff. 142 ⁶⁸
224 124 ¹⁴	2.221 98, 98 ⁶⁴	<i>Pauli Sententiae (PS)</i>
244 127 ⁴²	2.224 ff. 92 ⁶ , 94 ³²	3.4a.1 98 ⁶⁶
282 51 ²⁵	2.229 ff. 103 f.	4.5.3 148 ³⁵
298 117 ⁹⁷	2.232 92 ⁴	4.9.5 143 ⁷⁵
306 117, 118 ¹¹¹ , 139 ⁴⁶	2.247 ff. 107 ³⁰	5.21.1 143 ⁷⁵
<i>Gai institutiones</i>	2.254 108 A.	5.25.6 53 ⁴⁴
1.1 22, 100	2.257 108 A.	5.29.1 64 ²⁰
1.5 123 ⁸	2.274 72 ⁹¹	<i>Ulp. ep.</i>
1.7 39	3.18 ff. 94 ³⁴ , 102 ⁸⁷	11.1 93 ¹²
1.23 98 ⁵⁸	3.25 114 ⁶⁸	15.1 77 ¹²⁹
1.28 ff. 98 ⁶⁰	3.39 ff. 94 ³⁴ , 114 ⁶⁸	16.1 77 ¹³⁰ , 78 ¹³³
	3.43 95 ³⁷	16.2 77 ¹²⁹
	3.47 95	16.3 (f.) 77 ¹³¹ , 78 ¹³⁹
	3.60 119 ¹¹⁷	

II. Corpus Iuris Civilis

<i>Inst. Just.</i>	2.23.7 12, 108, 108 ³³ , 34, 121 ¹²⁸	<i>Digesta</i>
1.2.10 45 ²¹⁹	2.25 pr 139 ⁴⁷	1.1.1 35 ¹⁴⁶ , 59 ¹⁴ , 60 ²⁵ , 80 ¹⁵⁰ , 87, 137 ²⁵ , 30, 143 ⁷⁵
1.2.11 101	3.1.11 101, 101 ⁸¹	1.1.4 70 ⁷⁸ , 135 ⁸ , 137 ²⁵
1.11.12 103 ²	4.1.4 12	1.1.6 137 ²⁵
1.22 pr 98 ⁶⁶	4.2 pr 101 ⁸⁶	1.1.10 60 ²⁵ , 137 ²⁵ , 30
1.25.8 127, 127 ⁴²	<i>Digesta (Einführungskonstitutionen)</i>	1.1.11 140
1.25.16 124 ¹⁷	const. Deo auctore	1.2.1 97 ⁵⁴
2.1.11 97 ⁵⁴	7 passim 17 ⁴¹	1.2.2.1 ff. 64
2.1.37 ff. 79 ¹⁴⁹	const. Omnem	1.2.2.35 85 ¹⁸
2.4.2 12 ¹³ , 99 ⁷⁰	1 17 ⁴¹	1.2.2.45 54 ⁵³
2.8 pr 93 ²⁰	const. Tanta	1.2.2.47 145 ⁷ , 148 ³⁴
2.12.1 98 ⁶⁶	6a 13 ¹⁵ , 108, 108 ³³ , 34	1.3 134 ff.
2.17.8 149, 149 ³⁶	18 33 ¹²⁶ , 58 ⁶ , 97 ⁵⁴ , 101 ⁸³	1.3.3 33 ¹²⁷ , 136
2.20.20 125 ²⁵	const. Dedoken	1.3.4 f. 136
2.20.34 12 ¹² , 13 ¹⁵ , 103 f., 121 ¹²⁸	6a 108, 108 ³³	

1.3.6 33¹²⁷, 135 f., 136¹³
 1.3.7 136¹⁷
 1.3.10 136
 1.3.11 123¹⁰
 1.3.12 136¹⁶
 1.3.14 139⁴⁴
 1.3.15 139, 139⁴⁴
 1.3.16 119¹¹⁷, 139, 140⁵¹
 1.3.17 ff. 37¹⁶³, 39¹⁶⁸
 1.3.20 f. 142
 1.3.25 140
 1.3.26 f. 67 A.
 1.3.28 67 A., 77¹³²
 1.3.31 148³⁵, 149³⁶
 1.3.36 135¹⁰
 1.3.39 138⁴⁰, 141⁶³
 1.4.1.2 123⁹, 130⁵⁷
 1.5.4 pr u. 1 70⁷⁸
 1.5.12 135¹⁰, 143⁷⁵
 1.16.4 150⁴⁸
 1.16.9 150⁴⁸
 1.18.6.2.4 150
 1.18.19 136¹⁷, 150⁴⁸
 1.21.1 pr 150⁵⁴
 2.2.1 28⁹¹
 2.2.4 137²⁷
 2.11.2.8 116⁹⁵
 2.12.7 150⁴⁸
 2.14.7.2 111⁵²
 2.14.7.10 109⁴¹
 2.14.52.3 115⁸⁶, 119¹¹⁶
 2.15.5 108³⁷
 3.5.38 99⁷⁷
 4.4.4.2 115⁷⁸
 4.4.24.1 116 f., 116⁹⁴
 4.4.38 pr 128
 4.5.5 135¹⁰
 4.5.8 100
 4.6.26 135¹²
 4.7.1 pr 115⁸⁵
 4.8.40 111⁵²
 4.9.3.1 109⁴³, 110⁴⁵, 121¹²⁶
 5.1.28.5 135¹⁰
 5.1.82 150⁴⁸
 5.2.28 115⁸⁴
 5.3.50.1 53³⁸
 5.3.51.1 126³³
 5.4.3 135 f., 135¹⁰
 6.1.67 80
 7.1.3 121³
 7.5.2 121³, 99
 7.5.3 106²⁴
 7.5.5.1 106²⁴
 8.3.11 113⁶³, 115⁷⁸
 9.1.1.16 138³⁷
 9.2.51.2 61²⁸, 115⁷⁷, 139⁴⁴, 50
 9.4.2.1 138 f.
 11.7.14.7 126²⁸
 11.7.43 119¹¹⁷, 140⁵¹
 12.1.10 113⁶³
 12.1.20 115⁷⁷

12.4.3.5 142⁷⁰
 12.6.64 70⁷⁸
 13.4.1 138³⁴
 14.3.19.3 129, 129⁵⁰, 51, 53
 14.3.20 119¹¹⁶
 14.5.8 128, 128⁴⁷
 15.1.32 pr 115 f., 115⁸⁷
 16.1.2.2 f. 93¹², 16
 16.3.31 pr u. 1 120
 17.1.22.3 119¹¹⁷, 139⁴⁴
 17.1.34 pr 115⁷⁷
 17.2.58.2 100⁷⁹
 17.2.63.10 100⁷⁹
 17.2.65.11 100⁷⁹
 18.1.68.1 52³⁴
 18.7.6.1 112⁵⁹
 19.4.1 pr 139⁴⁴
 19.5.11 94³⁵, 104¹¹
 20.3.3 111⁵²
 20.6.4.2 138³⁸
 21.1.6.3 110, 121¹²⁵
 22.1.17 pr 124, 124¹⁸
 22.1.17.2 126³³
 22.2.18 70⁷⁸, 79¹⁴⁹
 22.1.33 150⁴⁸
 23.1.16 78¹³⁹
 23.2.16 pr 78¹³⁹, 125²⁴
 23.2.44 pr 105¹⁵
 23.2.44.5 105, 105¹⁴
 23.3.33 118, 118¹⁰³, 106, 107
 23.3.84 117¹⁰², 118¹⁰⁸, 109
 24.1.1 ff. 75¹¹³
 24.1.3.1 125, 125²², 23
 24.1.5.15 138⁴⁰
 24.1.63 142⁷⁰
 24.3.1 137²⁷
 24.3.15.2 119¹¹²
 24.3.17 pr 117, 118¹⁰⁴, 119
 24.3.17.1 117⁹⁹
 24.3.64.9 104 f., 104¹¹, 121¹²⁵
 24.3.66 pr 69⁷²
 25.3.5.16 99⁷⁷
 26.5.12.1 126³⁰
 26.6.2.2 124
 26.6.4.1 123¹²
 27.1.6.19 127, 127⁴²
 27.1.13.2 124, 124¹⁷, 133⁸¹
 27.1.21 124¹⁷
 27.6.1.2 ff. 110⁵¹, 121¹²⁵, 124¹⁵
 27.10.1.1 126³⁰
 27.14.17 pr 174¹
 28.1.27 92³
 28.1.29.1 83⁴
 28.2.13 pr 114 f., 115⁸¹
 28.2.13.1 130⁵⁵
 28.3.12 pr 115⁸²
 28.3.12.1 83⁵
 28.4.3 pr 84⁷, 115, 115⁸⁴, 126³¹
 28.5.1.5 115⁸², 84
 28.5.9.13 115⁷⁴
 28.5.85 138³²

28.6.2.4 133⁸³
 28.7.8 pr 143⁷⁵
 28.7.27.1 130⁵⁵
 29.1.1 pr 139⁴⁹
 29.2.15 f. 127⁴⁴
 29.2.52 pr u. 1 115⁸⁵
 29.2.86 pr 115⁸⁵, 86
 29.2.97 127 f.
 29.7.1 83⁶
 29.7.2.4 83⁵
 29.7.13.1 83⁶
 30.55 83³
 30.74 123¹³, 125²⁶, 126
 31.67.10 133⁸³, 140
 31.87.3 139⁴⁵
 31.88.17 52³⁵, 83 f.
 32.23 148³⁵
 32.27.1 129⁵⁴
 32.39 pr 140
 33.8.6.4 125, 125²², 133⁷⁹
 33.10.7.2 141⁶¹
 34.5.7 pr 135¹⁰
 34.5.13 142⁷¹
 34.9.12 126³¹
 34.9.16.2 126³¹
 34.9.18 126, 126³²
 35.1.33 pr 138³⁸
 35.1.64.1 106²³
 35.2.1.13 127³⁸
 35.2.1.14 126 f., 126³⁶
 36.1.1.17 115⁸²
 36.1.78 84, 130⁵⁵
 37.1.6.1 114⁷⁰
 37.4.3.11 112⁶²
 37.4.14 pr 112⁶⁰, 121¹²⁵, 127
 37.5.1 pr 111⁵³
 37.5.3.2 112⁵⁶
 37.5.5.6 115⁸²
 37.5.6 111, 111⁵², 112, 121¹²⁷
 37.5.7 111⁵⁵, 112
 37.8.2 f. 110⁴⁶
 37.9.1.13 110⁴⁶
 37.10.3.5 115⁸², 140⁵⁹, 150
 37.14.17 pr 143 A.
 38.2.22 127⁴¹
 38.3.1 139⁴²
 38.8.2 94³⁵, 114⁶⁸
 38.17.2.23 124¹⁵
 38.17.2.29 124
 38.17.2.40 124¹⁵
 39.3.2.5 116, 116⁹²
 39.5.25 113⁶³, 115⁷⁸
 39.6.35 pr 77¹²⁷, 78¹³⁹
 40.4.4.2 113⁶³
 40.5.26.1 139⁴²
 40.7.28 125²⁷
 40.7.29.1 111⁵²
 40.9.12.1 f. 105¹⁹, 121¹²⁸
 40.9.12.6 106²², 121¹²⁷
 40.11.2 70⁷⁸
 40.12.38 124¹⁴

41.1.1 pr 97⁵⁴
 41.1.1.7 99⁷⁷
 41.1.9.3 79¹⁴⁹
 42.2.1.4 101 A.
 41.2.3.3 80¹⁵²
 41.3.1 137²⁷
 41.3.2 131⁶⁷
 41.3.3.2.2 115⁷⁸
 42.1.5 pr 110, 121¹²⁷
 42.1.20 117⁹⁹, 118¹⁰⁶, 139⁴⁶
 42.1.21 117, 118, 118¹¹¹, 119, 120¹¹⁹
 42.1.22 pr 118¹⁰⁵
 42.1.41 pr 118, 118¹⁰⁸
 44.4.1.1 116⁷¹, 137²⁸
 44.4.4.33 109³⁹
 44.6.3 132⁷⁶
 45.1.91.3 120¹¹⁹
 46.3.36 135¹⁰
 47.4.1 pr u. 1 113 f., 113⁶⁶, 137²⁷,
 138³⁴
 47.10.7.8 45²¹⁷
 47.10.13.7 132⁷⁷
 47.10.15.26 109, 121¹²⁶
 47.14.1 128
 48.1.5.1 124¹⁴
 48.2.7.2 124¹⁴
 48.3.2.1 105
 48.4.7.3 65²¹, 33
 48.5.11.2 77¹²⁶
 48.5.12.5 36¹⁵⁸
 48.5.14.1 66³⁵
 48.5.14.5 79⁹³

48.5.28.6,11 ff. 65
 48.9.3 105¹³
 48.9.9 68⁵⁹
 48.10.1.13 131
 48.10.21 130⁵⁸
 48.16.16 105²⁰
 48.17.1 pr 139⁴⁶
 48.18.1.19 123¹¹
 48.18.1.26 123¹¹
 48.18.17 pr 65³¹
 48.19.5 pr 124¹⁴
 48.19.6 pr 150⁴⁸
 48.19.8.1 131⁶¹
 48.19.8.9 150
 48.19.20 69⁷¹
 48.19.26 69⁷¹
 48.19.28.8 45²¹⁷
 48.19.33 138³⁸
 48.20.6 52³⁵
 48.20.7 99⁷⁷
 48.22.7.4 150⁵⁰
 49.1.1 pr 150⁵³
 49.13.1.1 125²²
 49.14.1.1 110
 49.15.5.3 104, 104⁶
 50.2.3.1 133⁸³
 50.4.18.26 125²²
 50.7.18 104⁸
 50.13.13 143⁷⁵
 50.16.6.1 36¹⁵⁸
 50.16.46 pr 110⁴⁸
 50.16.58 pr 115⁷⁶

50.16.177 142⁷¹
 50.17.32 70⁷⁸
 50.17.65 142⁷¹
 50.17.85.1 f. 140, 142⁶⁹
 50.17.90 114⁶⁹
 50.17.123.1 133⁸⁴
 50.17.144 59¹⁶

Codex

2.19.1 51²³
 3.29.4 51²⁵
 3.31.1 126³³
 3.24.5 51²²
 4.58.4.1 43²⁰¹
 5.13.1.15 93²⁰
 6.2.22.3a 112⁵⁹
 6.23.3 149³⁶
 6.23.24 103³
 6.35.1 126³³, 35
 6.49.7.1b 13¹⁵
 7.6.1.10 103²
 7.54.3.3 174¹
 8.43.1 51²⁴
 8.53.6 52²⁵
 9.8.1 f. 65³³
 9.9.3 105¹⁷
 9.20.4 132⁷²
 9.41.1 pr 65³¹
 10.42.8 125²⁶
 10.61.1 133⁸³

Novellae

60 praef. 64¹⁴

III. Andere Rechtsquellen

Basiliken (mit Scholien)

18.3.8 128⁴⁹
 23.3.17 125 A.
 28.8.17 117¹⁰⁰
 41.1.1 127³⁸

Codex Hammurabi

195 45²¹⁷

Glossa ordinaria

D.31.88.17 83³

Syn. mai.

Y IV 24 128⁴⁹

Theoph. Inst.-Paraphrase

4.2 101⁸⁶

Tipoukeitos

18.3.8 128⁴⁹

IV. Literarische Quellen

Aelian

de nat. anim.
 VI 61 143⁷⁵
 IX 9 143⁷⁵
 var. hist.
 3.17 137²⁶

Aeschines

or. III 35 ff. 36¹⁵⁴

Ammianus Marcellinus

30.4 87⁴²

Aphthonios (Spengel)

progymn. 8 f. 35¹⁴⁴

Apollonios v. Tyana

epistulae

30 150⁵⁶

33 30

54 42¹⁹⁴, 59, 81, 150⁵⁶

Aelius Aristides

orationes

IX (D, 35 K; eis basilea)

passim 14²², 149⁴⁰

17 34¹³⁷

XIV (D, 26 K; laud. Romae)

37 f. 57³

102 23⁴⁶, 153⁸⁴

208 57³

Aristophanes

Nub. 1421 ff. 21²⁸

Aristoteles

Eth. Nik.

V 1129a 66³⁸

V 1129b 32

V 1134a 70⁸¹

V 1134b 21²⁶, 31¹¹⁸

V 1137a 31¹¹⁷, 33¹²⁷

V 1137b 33¹³¹, 132, 134

V 1138a 85 A.

X 1179a 41¹⁸⁸

X 1181a 32

Magna Moralia

I 1194b 31¹¹⁸

Metaphysik

VII 1030a 24⁵⁴

Physik

II 198b 135¹¹

- Pol. Athen.
9.1 45
Politik
I 1253b 70⁷⁷
I 1255a 44²⁰⁷, 70⁷⁷
II 1268b (ff.) 21²⁶, 31¹¹⁷
II 1269b 44²⁰⁷
III 1278b 26
III 1280b 40¹⁷⁹
III 1282b 14²⁵
III 1286a 148³¹
III 1287a ff. 21²⁶, 31¹¹⁷
V passim 29⁹⁴
VII 1332b 40¹⁷⁹
VIII 1337a 40¹⁷⁹
protrept.
fr. 13 31¹¹⁷
Rhetorik
I 1373b 70⁷⁷
I 1374a 33¹³¹, 133, 34¹³⁶
- Arreios Didymos*
(s. Stobaios)
- Arrian*
(s. Epiktet)
- Artemidoros*
Oneirokr. 4.80 143⁷⁵
- Athenagoras*
suppl. 1 23⁴⁵, 148
- Athenaios*
Deipnosoph.
passim 86
VII 297d 142
- Augustinus*
de civ. dei
4.27 137²⁴
6.8 137²⁴
7.5 137²⁴
- Aurel. Vict.*
Caesares 24.6 55⁶⁴
- Ausonius*
epigr. 91 77¹²⁴, 87⁴²
- Bardesanes*
(s. auch Eusebios praec. ev.)
peri heim. (FGrH III CNr. 719 F 3a)
29 44²⁰⁹, 214, 67⁵⁰
33 57⁵
- Calp. Flacc.*
decl. 24 138³⁶
- Cassius Dio* (Loeb)
49.3 87³⁶
52.1 ff. 14²⁰, 149³⁹
52.24 87
52.26 40 f.
52.34 34¹³⁸
54.16 32¹²⁴, 41¹⁸⁵, 77
55.5 65
56.1 ff. 76, 76¹²¹
56.6 76¹²⁰
56.10 72⁹²
57.23 132⁶⁹
58.21 106 f., 121
- 62.15 87³⁶
67.3 68
67.13 55⁵⁷
69.3 f. 81¹⁵⁸
71.36 149³⁹
75.5 34¹³⁹
77 (76).10 50¹⁶
80.1 87³⁵
80.2 87
- Cato*
or. de Rhod. 25⁶³, 32¹²³, 62²
orig. VII 14 137²⁶
- Cicero*
Epistulae
ad fam. 7.17 85
Orationes
pro Caec.
37 36¹⁵⁶
53 f. 35 A.
58 138³⁶
65 ff. 35 A., 58¹¹, 84¹⁷, 151⁶¹
79 f. 34¹⁴⁰
93 39¹⁷⁰, 138³⁶
95 ff. 26
104 36¹⁵⁸
de domo
127 68⁶¹
de imp. Cn. Pomp.
60 27⁸⁰
de lege agr.
3.2.5 63³
pro Mur.
11.23 ff. 85
12.26 58, 85²¹, 94, 94²⁷
12.27 85, 93, 93¹³, 14, 151⁶¹
14.30 59¹⁴, 85
Phil.
IX 3 27⁸⁰
IX 10 34¹³⁵
XI 12.28 26⁷⁰, 43
in Verr.
II 1.41 ff., 104 ff. 28⁹¹, 63
II 1.43.111 41¹⁸⁷, 137²⁷
II 1.46.121 26⁷⁰
Philosophica
Acad. post.
1.38 26⁷²
de fin.
2.1.2 66³⁵
3.21.71 26⁷⁶
5.4.10 66³⁵
Laelius
64 93¹⁷
de legibus
1.3.17 26, 58, 85¹⁸
1.4.14 58¹¹, 85¹⁸, 100⁷⁸
1.6.19 26⁷³
1.6.20 33¹²⁷, 144³
1.10.28 26⁷³, 29
1.10.29 29, 29⁹⁶
1.12.33 29
- 1.14.40 21³⁴, 27⁸²
1.15.42 14²⁷, 21, 26⁷⁶, 58¹², 63³
1.16.43 21³⁴
1.16.44 26⁶⁵
1.17.47 29⁹⁶
1.22.57 f. 27⁸⁰, 144³
2.4.8 ff. 14²⁹, 25
2.5.11 ff. 25, 26, 26⁷³, 58¹²
2.6.14 14²⁹, 26⁶⁶, 58¹², 63⁵
2.8.10 30¹⁰⁷
2.10.23 27⁸³, 144³
2.14.35 f. 26, 27
2.16.40 27⁸⁵, 58⁹, 144³
2.19.47 ff. 85
2.22.55 ff. 45²¹⁹, 79¹⁴⁸
2.25.62 144
3.11.17 92⁵
de nat. deor.
1.5.11 66³⁵
3.2.6 141
3.4.9 23⁴⁴, 141
de off.
1.4.11 143⁷⁵
1.8.28 63
1.10.31 120¹²²
1.10.33 85 A.
1.13.41 151⁵⁹
1.17.54 143⁷⁵
2.3.9 22⁸⁸
2.19.65 84, 144³
3.3.11 26, 74
3.12.50 ff. 42¹⁹⁹, 43²⁰¹
3.14.60 42²⁰⁰
3.15.61 42²⁰⁰
3.16.65 ff. 42²⁰⁰, 43, 97⁵⁵
3.17.69 ff. 42, 42²⁰⁰, 43²⁰²
3.25.94 ff. 120¹²²
de re publica
passim 153⁸⁴
1.21.34 144³
1.47.70 153⁰
2.1.1 ff. 27⁷⁹, 83, 45²¹⁹, 144³
2.16.30 27⁸⁴
2.17.31 59
2.37.63 62²
3.8.13 ff. 20¹⁵, 22⁸⁷
3.9.16 71⁸⁴
3.10.17 22, 72⁸⁹
3.11.18 22⁸⁷, 41
3.11.19 143⁷⁵
3.12.21 ff. 22⁸⁹, 60²⁰
3.14.24 51²⁰, 60¹⁹
3.15.24 59 f.
4.3.3 41 f., 59
Tusc.
1.13.30 f. 79
1.21.48 80¹⁵¹
1.45.108 13, 20¹⁶, 44, 90¹⁰
Rhetorica
Brutus
36.136 63³

- 41.152 84¹⁴
 71.250 93⁸
 de inv.
 1.38.68 ff. 138³⁵
 2.22.65 142
 2.44.128 ff. 37¹⁶⁰
 2.47.138 35¹⁴²
 2.49.144 69⁷⁰
 2.49.145 67 A.
 de or.
 1.16.72 84¹³
 1.43.191 ff. 45²¹⁹, 67⁴⁸
 1.44.197 27
 1.55.236 84¹⁷
 1.56.238 ff. 57
 1.58.246 ff. 27⁸⁰, 40¹⁷⁹, 145⁷
 2.32.173 ff. 85²²
 top.
 3.17 106²⁴
Cyprian
 ad Demetr.
 3 ff. 15⁸²
 10 f. 151⁵⁷
Demosthenes
 or. XX 118 33¹²⁹
PS.-Demosthenes
 Prooim. 22 26⁷⁴
Demokrit (Diels, Doxogr.)
 p. 590 29¹⁰¹, 40¹⁸²
 (syr.) *didaskalia apost.*
 1.6.1 ff. 58⁶
Diodor
 I 77 67⁴⁹
Diogenes Laertios
 pr. 20¹²
 VI 8 21²⁹
 VI 11 40¹⁸²
 VI 72 f. 29¹⁰², 46²³¹, 47²³²
 VII 10 24⁵⁰
 VII 33 f. 24⁵¹, 46²³¹
 VII 81 24⁵⁴
 VII 89 29⁹⁷
 VII 108 143⁷⁵
 VII 121 ff. 29¹⁰¹, 46²³¹, 70⁷⁹
 VII 129 143⁷⁵
 VII 131 46²³¹
 VII 188 46²³¹
 VIII 13 143⁷⁵
 IX 2 14²³
 IX 61 22
 IX 83 20¹⁵, 44²¹⁶
 IX 108 22⁴²
 X 118 44²¹⁶
 X 150 ff. 23⁴⁷, 24⁵⁵, 26⁷⁵
Dionysios v. Hal.
 II 6 ff. 28, 144⁵
 II 25 71⁸⁶
 II 26 f. 67⁵¹
 VIII 79 67⁵¹
 VIII 80 28, 69, 69⁷⁰, 71
Dion v. Prusa
 orationes
 I ff. 14²¹, 148³², 149⁴⁴
 VII 123 f. 86²⁴
 VII 133 ff. 76
 X 14 ff. 29¹⁰²
 X 29 f. 44²⁰⁹, 46²³¹
 XII 36 91¹²
 XII 40 ff. 41¹⁸⁶
 XIII 31 ff. 41
 XIV 70⁷⁹
 XV 70⁷⁹
 XV 26 67
 XXI 6 24⁵²
 XXII 1 ff. 29¹⁰¹
 XXXVII 17 f. 40¹⁸⁴
 XXXVIII 33, 36 f. 149⁴²
 XLIII 11 149⁴²
 LI 8 40¹⁸⁴
 LVI 148³², 149⁴⁴
 LX 148³²
 LXII 2 f., 7 149⁴⁴
 LXVI 6 149⁴³
 LXX 6, 8 f. 149
 LXXIII 3 76¹²²
 LXXIII 4 93²²
 LXXIV 9 f. 93¹³
 LXXV 34¹³⁶, 153⁸⁴
 LXXV 4 41¹⁸⁶
 LXXVI 34¹³⁶, 153⁸⁴
 LXXVII/VIII 34 f., 59¹⁴
 LXXIX 1 153⁸⁴
 LXXX 3 ff. 32¹²⁵, 41¹⁸⁸, 45²¹⁹, 220,
 147¹⁹, 149
Dissoi Logoi
 20
Epiktet
 I 13.5 30¹⁰⁸, 70⁸⁰
 I 29.19 30¹⁰⁸
 III 24.117 50¹⁷
 IV 3.12 59, 86²⁹
 IV 7.33 ff. 30, 30¹⁰³, 59¹⁴
Epiphanios
 adv. haer. III 39 47²³³
Epikur (Usener)
 (vgl. auch Diogenes Laertios X)
 530 23⁴⁸
Euseb
 Chron. 198 H 46
 praec. ev. (Mas)
 VI 9 31¹¹⁴
 VI 10 20¹⁸, 21³², 31¹¹⁴, 57⁵, 58⁸
Festus (Linds., Bruns, Fontes⁷ p. 23)
 230 45²¹⁷
Flavius Josephus
antiquitates
 I 18 ff. 41¹⁸⁷
 IV 264 67⁴⁹
 XIV 266 ff. 58⁸
 c. Apionem
 I 6 ff. 28⁸⁸
 II 153 28⁸⁷
 II 206 67⁴⁹
 II 217 67⁴⁹
 II 273 f. 44²¹²
 II 276 66⁴¹
 II 277 28⁸⁷
Florus
 epit.
 2.30 54⁴⁹
 4.12 54⁴⁹
Fronto (Haines)
 epistulae
 ad Marc. Caes.
 II 6.3 86³²
 III 20 133⁸³
 ad Ver. imp.
 II 1.8 136¹⁷
 princ. hist.
 10 42¹⁹³
Gellius
 praef. 144⁵
 1.3 33¹²⁷, 136¹³
 1.6 76¹²⁰
 1.22 143 A.
 2.15 76¹²²
 2.24 73⁹⁷, 74¹⁰⁶
 4.1 92³, 95³⁷
 4.4 142⁷⁰
 5.19 12, 103, 103², 121¹²⁸
 6.3 25⁶³, 32¹³³, 59¹⁶, 62²
 6.11 93¹⁷
 6.17 92³, 95³⁷
 10.23 74¹⁰², 93¹⁰
 11.18 44²¹⁵, 45²¹⁹, 67⁴⁷, 93¹⁸, 94,
 94²⁵, 136
 12.13 36¹⁵⁴
 13.12 148³⁴
 14.2 42, 82¹⁰⁴, 86³⁰, 136¹⁷
 14.5 92³, 95³⁷
 16.10 94, 94²⁴, 95, 103, 145⁹
 17.6 74¹⁰²
 20.1 40¹⁷⁶, 66 ff., 72, 73¹⁰⁰, 93²¹,
 94²⁸, 31, 35, 99⁷⁰, 109⁴², 137²⁷,
 139, 141, 145⁷
 20.10 92³, 95³⁷
Gorgias
 fr. 6 21³³
Greg. Thaum.
 pan. ad Orig.
 I 7 58⁷, 153⁸⁴
Heraklit (Diels)
 fr. 74 20²⁰
 fr. 114 25⁶¹, 30¹¹²
Herodian
 1.10 50¹⁶
Herodot
 I 137 68⁶¹
 III 38 20
Corp. Hippocr.
 peri aeron etc.
 16.24 29⁹⁹
Hippolyt

- Comm. Dan.
IV 6.4 15³²
- Historia Augusta*
Hadrian
2.8 42¹⁹³
18.6 80¹⁵³
18.11 61³¹
22.5 75¹⁰⁸
Mark Aurel
3.6 86³²
11.1 84⁷
Commodus
4.7 f. 55⁶¹
14.4 ff. 150⁵⁵
Caracalla
10.2 f. 149³⁶
Macrinus
13.1 174¹, 123⁹
Heliogabal
16.4 55⁶⁴
Alex. Sev.
27.1 f. 76¹¹⁵
30.1 f. 145¹²
Tacitus
9 65³²
- Horaz*
ars poet.
371 86²³
carmina
II 18 49⁹
epistulae
II 23 f. 67⁴⁸
satirae
I 3.96 ff. 234⁸, 267⁵
I 3.130 ff. 86
II 1.1 ff. 85
- Irenaeus*
adv. her. II 28.2 142⁶⁷
- Isidor*
orig. 5.26.7 86
- Isokrates*
Antid. 79 ff. 40¹⁷⁸
Areop. 39 ff. 40¹⁷⁸
ad Nicocl. 17 21²⁷
- Justin*
apol. II 9 29, 39¹⁷³
dial. XCIII 1 299⁹, 311¹³
- Juvenal*
1.151 84⁸
13.1 ff. 120¹²²
- Klemens v. Alex.*
Stromata
I 66.1 ff. 153⁷⁷
II 4.1 ff. 153⁷⁷
II 23.131 26⁷⁴
III 5.1 ff. 153⁷⁶
- Kritias*
fr. 25 41¹⁹⁰
- Laktanz*
Div. inst.
1.1 87³⁹, 41
- 4.4 58⁸, 60²², 153⁷⁹
5.6 58⁸
5.8 41¹⁹²
5.11 f. 60, 72 f., 73⁹⁵, 87⁴⁰
5.13 93¹³
5.14 58⁸, 70⁸¹, 90
5.15 77¹²⁴
5.16 60²⁰
5.19 31¹¹³
6.9 60²², 67⁴⁸
6.23 72⁹⁴
de ira
8.9 41¹⁹⁰
20.7 41¹⁹⁰
de morte pers.
passim 87, 149 f.
37.6 51²⁰
- Livius*
1.23 93⁸
3.34 41¹⁹¹, 64¹⁵, 67⁴⁸
3.37 63¹⁰
4.4 27⁸⁰
9.11 60²⁰
34.1 ff. 32, 32¹²³, 40¹⁷⁶, 42¹⁹⁵, 69⁶³,
74, 93, 93¹¹, 14
Liv. epit. 59 76¹²⁰
- Lucilius*
56 ff. K, 55, 81 ff. M 84¹⁰, 12
60 ff. K, 66 ff. M 84¹¹
74 f. K, 84 f. M 84¹³
553 f. K, 552 f. M 67⁴⁸
574 f. K, 573 f. M 62
591 ff. K, 595 ff. M 84⁹
674 K, 671 M 84⁹
682 K, 611 M 84⁹
1192 K, 1172 M 74¹⁰⁶
1223 K, 1200 M 74¹⁰⁶
1259 K, 1241 M 84¹³
1279 K, 1261 M 84⁸
1370 K, 1353 M 74¹⁰⁶
1371 f. K, 1354 f. M 84⁸
- Lucretius*
5.332 ff. 267⁵
- Lukian*
Alex. v. Ab. 44 143⁷⁵
Demonax 59 41, 59, 137²⁹
Nigrinus 30 78 f., 78¹⁴¹
Philops. 9 80¹⁵¹
Pisc. 37 59¹⁴
- Lykurg*
in Leoncr. 102 41¹⁸⁶
- Macrobius*
3.17 73⁹⁷, 100, 74
- Manilius*
Astron. IV 209 ff. 86²⁷
- Mark Aurel*
I 16 28, 115⁸³
IV 12 140
VI 50 139⁴⁶
IX 29 147²⁰, 149
XII 5 152⁶⁷
- Martial*
9.66 77¹²⁴
- Maximos v. Tyr.*
Philosoph. 6.5d 30¹¹⁰, 148²⁷
- Menander rhet.* (Spengel)
III 363 f. 153⁸⁴
III 385 153⁸⁴
- Minucius Felix*
Octavius 25 60, 60²¹
- Musonius* (Hense)
(s. auch Stobaios)
p. 3 148³²
- Nikolaus v. Dam.*
vgl. Paradox. Gr. und Stobaios
- Nux* 147²⁵
- Origenes*
adv. Cels.
I 1 153⁷⁸
I 9 23
II 1 234³
II 52 28⁸⁷
III 65 ff. (69) 29⁹⁹
IV 45 46²³¹
V 27 ff. 31¹¹⁴, 44²⁰⁹, 213
V 37 31¹¹⁴
VIII 26 72
VIII 47 28⁸⁷
VIII 63 29¹⁰⁰
VIII 68 153
VIII 72 234⁶
ep. ad Greg. 1 87³⁸
- Paradox. Gr.* (Giannini)
fr. 23 20¹²
fr. 27 20¹²
p. 66 19⁷
p. 149 ff. 19¹⁰
- Pausanias* (hist.)
FGrH 582 44²⁰⁶
- Persius*
I 114 84⁸
V 73 ff. 68⁵⁸
V 90 86²⁸
- Petronius*
Satyrikon
14 150⁴⁸
71 70, 70⁷⁹
137 86
141 47²³²
- Phaedrus*
III pr. 33 ff. 50
- Philon*
de Abrah. 3 ff. 30¹⁰⁶
de agr. 43 28⁸⁸, 29⁹⁸
de conf. ling. 112 49
de decal. 164 32¹³⁷
leg. ad Gai.
2.8 148³⁰
5.28 66⁴²
5.30 151⁵⁸
17.119 151⁵⁸
23.153 28⁸⁸

- 24.161 28⁸⁸
 31.218 28
 36.277 28, 141⁶⁴
 40.319 93¹³
 44.350 148
 de leg. spec.
 II 13 28⁸⁶
 II 28 f. 71
 II 92 ff. 71⁸⁵
 II 110 34¹³⁷
 II 123 71
 II 232 67⁴⁹
 II 243 ff. 44 f.
 II 349 ff. 71⁸⁵
 III 1 ff. 69⁷³
 III 13 ff. 44²⁰⁹
 III 22 ff. 44²¹⁰, 148³⁴
 III 37 ff. 44²¹²
 III 85 66³⁹
 III 110 ff. 69⁶⁷
 III 137 71
 III 159 ff. 71
 III 164 69
 III 173 71
 III 181 66³⁹
 IV 1 ff. 102 A.
 IV 30 120¹²²
 IV 149 28⁸⁸
 IV 160 ff. 148⁸²
 de mut. nom. 197 22³⁸
 de plant. 126 ff. 149³⁸
 quod omnis probus liber sit
 45 ff. 66⁴²
 75 ff. 70⁸²
 de virt. 82 ff. 66⁴²
 de vita contempl.
 59 ff. 44²¹²
 70 70⁸²
 vita Mos.
 II 4 30¹⁰⁶
 II 12 28⁸⁷
 II 17 ff. 28⁸⁷
 II 51 41¹⁸⁷
 II 203 28⁸⁸
Philostratos
 vita Apollonii
 I 37 28
 II 39 80 ff.
 III 25 147²⁶, 152
 IV 5 81¹⁵⁹
 IV 22 81¹⁵⁹
 IV 38 150⁴⁵
 V 21 30¹⁰³
 V 28 ff. 148⁸²
 V 35 142², 149³⁷
 VI 20 28, 142⁶⁶
 VI 21 30¹⁰⁴
 VI 42 81, 81¹⁵⁹
 VII 33 30
 VIII 7 30, 67⁴⁹
 VIII 14 151⁵⁸
 vitae sophistarum
 I 8, 489 81¹⁵⁸
 I 21, 520 71⁸⁴
 I 25, 532 57³
 II 1, 555 f. 94 A.
 II 1, 558 79
 II 33, 628 41¹⁸⁷, 142⁶⁷
 Dialexis (Kayser) II 258 ff. 24⁵⁴
Ps-Phokylides
 229 137²⁶
Platon
 Gorgias 481b 20²³
 Nomoi
 I 635a 21
 IV 709a 28⁸⁷, 29⁹⁴
 IV 714a 14²⁴
 IV 714c 26⁷⁴
 IV 715c 148⁸¹
 IV 722e 41¹⁸⁷
 IV 723a 14²⁷
 V 769d ff. 21²⁵, 31¹¹⁶
 VII 788a 33¹²⁷, 40¹⁷⁸
 VII 793a 135¹⁰
 VII 797b ff. 27⁷⁸, 31¹¹⁶
 VIII 839b 31¹¹⁶
 IX 874e 31¹¹⁶, 33¹²⁷
 IX 876d f. 33¹²⁷
 Phaidros 260c 21²⁹
 Politeia
 I 331b 120¹²²
 I 338c 20²³
 IV 425b ff. 14, 27⁷⁸, 33¹²⁷
 IV 426e 14²⁴
 V 474c 40¹⁸⁰
 Politikos
 293c 29
 294a 33¹²⁷
 294c 29
 295a 33¹³³
 295b 21²⁵, 31¹¹⁶
 296a 21²⁵, 31¹¹⁶
 300a 31¹¹⁶
 Protagoras
 337c 20²³
 362c 141⁶⁰
 Theait. 167c 20²², 35¹⁴¹
Plinius (mai.)
 hist. nat.
 7 pr 79
 7.1 20
 7.3 135¹⁰
 8.11 149⁴¹
 9.25 143
 14.1 149³⁸
 14.16 71⁸⁴
 19.4 73⁹⁹
 25.3 53⁴⁴
 28.8 143⁷⁵
 29.3 143⁷⁵
 29.4 143⁷⁵
 33.1 143⁷⁵
 36.2 f. 41, 73⁸⁹, 100, 75¹¹²
Plinius (min.)
 epistulae
 1.18 143⁷⁵
 1.20 141
 1.22 39¹⁶⁸, 54⁵⁶, 138
 4.11 68
 4.13 137²⁶
 6.15 86 f., 87³⁴
 10.65 f. 69⁶⁶, 123⁶
 10.96 120¹²²
 10.115 107²⁹
 panegyricus
 passim 142², 148³⁰
 42 64¹⁸
 67 138³⁵
 80 42¹⁹⁸
Plotin
 Enn. III 2.6 15³²
Plutarch
 Moralia
 de am. prol. I 145¹¹
 de Iside 67 29⁹²
 ad princ. inerud.
 passim 148³²
 3 30¹⁰⁹
 praec. rei publ. ger. 814 F 57³
 quaest. Rom. 50 68
 de sera num. vind.
 4.549 E ff. 28, 45²²⁰, 22⁴, 46, 46²²⁷,
 68, 78¹⁴⁰, 94²⁹, 95³⁶, 142⁶⁵, 152⁷²
 de soll. anim. 143⁷⁵
 stoic. repugn.
 II 40¹⁸¹
 XI 41¹⁸⁸, 136¹⁷
 XII 143⁷⁵
 XXII 145¹¹
 vitae parall.
 Romulus XXII 68⁵⁷, 61
 Lykurg
 IV 1 44²⁰⁶
 XIII 1 42, 45²²⁰
 XV 6 f. 46²³¹
 Numa XVII 4 69⁶⁶
 Lykurg u. Numa
 I 4 f. 45²¹⁹
 IV 1 ff. 42¹⁹³, 45²¹⁹, 59
 Solon
 V 2 45²²⁰
 XVII 1 44²¹⁵
 XVIII 3 45²²⁰, 22²
 XIX 4 45²²³
 XX 2 45²²⁵
 XX 4 99⁷²
 XXII 3 45²²⁰, 147¹⁹
 XXII 4 46
 XXIII 1 46
 XXIV 2 46
 XXV 1 21³¹
 Ep. I 7 (Diels Doxogr. Gr.
 p. 298) 41¹⁹⁰

- Pollux*
Onom. VIII 141 137²⁶
- Polybios*
V 32 97⁵⁴
VI passim 29⁹⁵, 153⁸⁴
VI 11 63⁹, 10
- Porphyrio*
Horaz, ep. 1.3.130 ff. 86²³
- Porphyrios*
v. Plot. 12 145¹²
- Poseidonios*
(Edelstein-Kidd)
I 51 ff. 19⁵
I 252 ff. 19⁵
- Priskos*
FHG (Müller) VI 88 151⁶⁴
- Probus*
(FIRA II 453 ff.)
p. 458 Nr. 18 53⁴⁶
p. 459 Nr. 70 53⁴⁶
- Quintilian*
inst. orat.
1.10.15 44²⁰⁶
2.4.33 ff. 35¹⁴⁴⁻¹⁴⁹, 138³⁵, 153⁸⁴
2.20.7 93⁸
3.6.84 26, 35¹⁴¹, 36¹⁵⁶, 67⁴⁵, 71⁸⁸,
79¹⁴⁴, 117⁹⁸
3.8.48 141⁶¹
4.2.118 135¹⁰
4.3.9 ff. 35¹⁵²
6.3.23 ff. 85²⁰
6.4.3 36¹⁵⁶
7.1.46 f. 35¹⁵⁰, 153⁸⁴
7.1.49 36
7.1.63 36¹⁵⁶
7.5.6 36, 66³⁴, 95⁴²
7.6.1 ff. 36, 36¹⁵⁶, 158
7.7.1 ff. 36¹⁵⁴
7.8.1 ff. 36, 68⁶⁰
8.5.19 77¹²⁹
8.6.49 93⁸
10.1.23 87³⁴
11.1.60 93⁸
11.1.69 137²⁶
12.3.6 ff. 36, 57, 59¹⁴, 86
- (*Quintilian*)
decl. min.
227 68⁶¹
241 38¹⁶⁶
245 37¹⁵⁹
250 37¹⁵⁹
251 35¹⁵¹
260 133⁸⁴
262 133⁸⁴
264 37, 39¹⁷⁰, 72, 138³⁶
270 37¹⁶⁰
272 93¹³
279 153⁸⁴
280 37¹⁶⁰
308 36¹⁵⁸
309 33¹²⁶
- 320 37¹⁶⁰
331 37 f.
333 33¹²⁶
341 38
- (*Sallust*)
epistulae
I 5.4 73⁹⁹
II 3.2 63
II 7.11 f. 63⁸
- Salvian*
de gub. dei VII 21 (93) 151⁶⁵
- Seneca (phil.)*
apoc. 12 54, 86²⁵, 122³
de benef.
1.10 15³³
5.20 126²⁸
de clem.
pr. I 4 122
1.23 68⁶⁰
1.24 75 f.
epistulae
90 27⁸²
94 41, 141
de ira 2.27 59¹⁶
quaest. nat. 4.18 67⁴⁸, 68
- Seneca (rhet.)*
controversiae
1.1.13 36¹⁵⁷
1.1.14 135¹¹⁰
2.1.19 39¹⁷¹, 138³⁶
2.5.12 36¹⁵⁷
9.4 45²¹⁷
- Servius (auct.)*
Aen. 11.206 148³⁵
- Sextus Empiricus*
adv. dogm.
III 49 22⁴²
V 166 22⁴²
Pyrrh. Hyp.
I 17 22⁴²
I 149 20¹⁵, 57
III 211 67⁵⁰
- Sokrates*
hist. eccl. I 18 44²¹¹
- Statius*
Silvae IV 3.11 ff. 71⁸⁴
- Stobaios*
II 7 p. 120 (W) 79
III 37.20 32, 147¹⁹
IV 2.20 31¹¹⁸
IV 2.25 19¹⁰
IV 7.67 30¹⁰⁶
- Stoicorum Veterum Fragmenta (StVF)*
I 77 46²³¹
I 262 24⁵⁴
III 308 ff. 14, 24⁵⁴
III 314 ff. 20¹⁶, 25⁶¹
III 318 ff. 25
III 323 14, 29⁹³, 98
III 360 30¹¹¹, 58⁸
III 367 ff. 143⁷⁵
- III 520 41¹⁸⁸
III 743 ff. 46²³¹
- Sueton*
de gramm.
11 70
23 92³
Caesares
Divus Julius
42 106²⁷
44 146¹⁴
Augustus
40 75¹¹⁴
89 76¹²⁰
Tiberius
28 65²²
35 76¹²², 77¹²⁵, 126
58 105
Caligula
34 54
57 54
Claudius
12 131⁶²
14 34¹³⁹
19 76
23 77¹³¹, 78¹³⁸
34 68⁶⁰
41 122
Nero
10 78¹³⁴, 138
Domitian
7 71⁸⁴
8 77¹²⁸
14 71⁸⁴
17 68
- Tacitus*
Agricola 30 60²⁴
Annalen
1.72 64¹⁹, 65²², 25
1.74 65²⁷
1.81 93⁸
2.28 65²⁷
2.30 28⁹¹, 65, 151⁵⁸
2.33 75
2.40 51¹⁸
2.51 64¹³, 76¹²²
2.85 76¹¹⁶, 77¹²⁵
3.22 f. 65²⁹
3.24 65²⁶
3.25 ff. 41¹⁹¹, 63, 63⁹, 11, 12, 64¹⁴,
67⁴⁸, 76, 78¹³⁴, 136-138
3.33 f. 75¹⁰⁹, 93¹⁰
3.49 f. 65, 65²¹, 23
3.52 ff. 75¹¹⁰, 111
3.55 15³³, 73⁹⁹, 75
3.67 65²⁹
3.69 69⁶⁴, 148³³
3.75 54⁵⁴
4.6 64¹⁸, 131⁶²
4.15 131⁶²
4.16 68, 91¹¹, 95³⁷
4.19 151⁵⁸

4.20 80¹⁵⁰
 4.27 76¹¹⁵
 4.30 65²⁷
 4.31 67⁴⁶
 4.33 15³⁰
 4.34 65²⁴
 4.72 53⁴⁵
 5.(6.)9 65³⁰, 69
 6.16 f. 66⁴², 106 f., 106²⁴, 28
 6.26 106
 11.5 ff. 75¹¹³
 12.60 131⁶²
 13.5 75¹¹³
 13.30 54⁵⁶
 13.42 75¹¹³
 14.42 ff. 50¹³, 61, 61³¹, 140⁵³, 144⁶
 14.60 65
 15.19 76¹²²
 15.20 69⁶³
 Dialogus
 18 15³³
 28 ff. 41
 36 41¹⁹¹
 Germania
 19 69⁶⁹, 148²⁸
 20 79, 148²⁸
 25 148²⁸
 26 66⁴³, 148²⁸
 27 79¹⁴⁸, 148¹²⁸
 Historien
 4.73 93⁸
 4.74 60²⁴
 5.5 69⁶⁹

Acta Alexandrinorum (Musurillo)

X 34¹³⁷
 XI 51²⁰, 150⁴⁵
Bean-Mitford, Journeys in Rough Cilicia
 49 56⁷⁰
BGU
 I 140 34¹³⁸
Bull. Arch. Crist.
 1907 p. 231 52²⁸, 29
CIL
 VI 234 50¹⁶
 VI 8861 52²⁸, 53³⁹, 42
 VI 8862 52²⁸, 53³⁹, 42
 VI 10525 52²⁸, 29, 53³⁹, 42
 VI 12133 52²⁸, 29
 VI 13441 52²⁸, 53³⁹
 X 4917 70
 X 4919 52³⁶, 53⁴², 83
 X 6662 55
 XII 5026 70⁷⁶
Corp. Pap. Jud.
 159b 51²⁰
CRAI 1971, 468 ff.
 tab. Banasitana 55⁶¹, 84⁷, 124¹⁷
Dessau

Talmud

bab. Talmud Bawa
 kamma 83b, 84a 66⁴⁰
 Qiddushin 93¹³
 Monumenta Talmudica V 1
 (Krauss)
 76 151 A.
 80 86³³
 105 ff. 20¹¹
 302 148³²
 346 147²⁵
 383 ff. 49⁷
Tatian
 in graec.
 1.1 153⁷⁷
 18.1 f. 44²⁰⁹, 212
Tertullian
 Apologeticum
 4 58, 67⁴⁵, 77 f., 120¹¹⁸, 141, 145⁷,
 153
 6 58⁹
 39 47²³³
 de corona 2.4 f. 143⁷³
 de exhort. cast. 6 44²¹¹, 66⁴³
 adv. Jud. 2.10 44²¹¹
 de monog. 7 f. 39 f.
 ad nationes
 1.4 56 A.
 1.6 58⁹
 1.10 58⁹
 1.15 69
 de pud. 12 145¹¹
Testamentum Vetus

V. Inschriften und Papyri

7750 52³⁶, 53⁴², 83
 7776 142⁷²
 8365 52²⁹
 8763 153⁸⁴
Dittenberger OGIS
 502 34¹³⁸
 519 50¹⁷
Dittenberger, Syll.³
 543 153⁸⁴
FIRA I (Leges)
 49 75¹⁰⁸
 78 34¹³⁸
FIRA III (Negotia)
 50 52³¹
 80I, m 52³⁰
 106c 53³⁹
 137 53⁴³
Gnomon des Idios Logos
 passim 76¹¹⁸
 13 96⁴⁵
 25 77¹³¹
 30 72⁹²
 31 77¹²⁹
 38 ff. 96⁴⁵
 109 50¹⁷, 86³³
Keil-Premierstein, Dritte Reise

Deut. 21.28 67⁴⁹
Testamentum Novum
 Ev. Matth. V 18 28⁸⁷
 Ev. Luk. XVI 17 28⁸⁷
 Ev. Joh. XI 50 61³⁰
 Römer 7.7.7 ff. 68⁶²
Theophilus
 ad Autol. III 5 f. 47²³³, 58⁷
Theophrast (Wimmer)
 (vgl. auch Stobaïos)
 106 32
Thukydides
 VI 187 31¹¹⁷
Valerius Maximus
 2.9.5 74¹⁰⁶
 6.2.12 54⁵³
 9.1 passim 73⁹⁹
 9.1 ext. 2 44²¹¹
Varro
 de lingua latina (LL)
 7.70 19
 9. Buch passim 139⁴⁴
 9.15 145⁷
Velleius Paterculus
 II 217 ff. 54⁴⁸
Vergil
 Aen. VI 852 f. 57²
 Georg. 1.125 ff. 27⁸²
Xenophon
 Kyrop. 1.3.17 42¹⁸⁷
 Memorabilia
 1.2.40 ff. 142⁷
 4.4.14 ff. 20²⁴, 25⁵⁹, 35¹⁴¹

in Lydien

28 151⁶²
Monumentum Ancyranum
 II 8 145⁸
Pap. Giss.
 15 II 40 133⁸³
Pap. Oxy.
 33 51²⁰, 150⁴⁵
 237 VII 52²⁶
 1208 68⁵⁵
 1268 68⁵⁵
 2150 68⁵⁵
 2177 34¹³⁷
Pap. Phil.
 1.35 ff. 133⁸⁴
Rev. arch.
 1907, 42, 140 41¹⁸⁹
Roussel-de Visscher,
Syria 23, 1942/3, 173 ff.
 Gohariener-Inschrift 80¹⁵⁰
SB
 7969 52²⁰, 71⁸⁵, 133⁸⁴
SEG
 XVII 755 132⁷³, 77
Vetter, Handbuch
 Nr. 12 (Cippus v. Abella) 80¹⁵⁰

SACH- UND NAMENSINDEX

- abigei*
12, 125, 131
Aberglauben
143⁷⁵
a. ad exhibendum
51
a. aquae pluv. arc.
116
a. bon. rapt.
101⁸⁶
a. institoria
129
a. iudicati
110
a. rei uxoriae
100, 117
Adoption
12, 103
aequitas
24⁸⁷, 26, 32 ff., 34 ff., 84, 94⁸⁵, 96,
98, 113 ff., 122 ff., 133, 136 ff.,
149⁸⁷, 152
Alexandreia
48
Alfenus Varus
86, 116
alienos fructus excantare
68
Allgemeine Rechtslehre
20¹⁹, 134, 137
antiquarische Haltung (u. ä.)
19², 46, 90 f., 94 ff., 144 f.
Antoninus Pius
28, 115, 127
Apollonios v. Tyana
28, 30, 42, 48, 59, 80, 142, 147
Appellation
150
Aristo (Titus)
54⁸⁶, 111, 136, 138
Aristoteles
13, 19 ff., 31, 33, 38, 40, 44 f., 66⁹⁸,
135 (u. ö.)
arrogatio s. Adoption
auctoritas
23, 141 ff.
auctoritas tutoris
51, 110, 124¹⁵
Aussetzung von Kindern
69
Bardesanes
20¹⁸, 21⁸², 31¹¹⁴, 48⁵, 57
beneficium competentiae
117
benignitas s. *aequitas*
Bestattungsgebräuche
44, 73, 79
Bestechlichkeit
67, 130, 150⁴⁸
Billigkeit s. *aequitas*
bonorum possessio s. Erbfolge
Brigantentum
49 ff.
S. Caecilius Africanus
69, 72, 93, 105, 112, 143⁶⁸
capitis deminutio
99, 114
A. Cascellius
54, 86²³
C. Cassius Longinus (Jurist)
50, 54, 59, 61, 99⁷¹, 109, 140
Cato (M. Porcius Cato Censorius)
25, 32, 42, 74, 93, 149⁴¹
Celsus (P. Iuventius)
54, 92, 114, 126, 136, 138, 141
Q. Cervidius Scaevola
83, 124, 140
Christliche Rechtskritik (u. ä.)
11, 20, 29, 30, 41¹⁰⁰, 46, 48, 58, 69,
72, 87, 89, 141, 145, 153
Cicero (M. Tullius)
14, 20 ff., 25 ff., 42 f., 58 f., 62 f.,
84 f., 93, 97 u. ö.
Chrysipp
13, 20, 24, 29⁹⁷, 44
Claudius (imp.)
54, 86, 122
Commodian
48⁵
condemnatio in id quod facere potest
117 ff.
confarreatio
68
culleus
68
curator
124, 126
decreta s. Konstitutionen
Delatoren
65, 78
Demonax
41, 48, 59
depositum
120
depravatio
29, 43
desuetudo
15, 40, 73¹⁰⁰, 75¹¹¹
Diebstahl
57, 67, 99, 101⁸⁶, 113
diffareatio
68
Dion v. Prusa
341⁸⁶, 41 u. ö.
Dissoi Logoi
20
Dogmatiker
20 ff., 89
dolus malus
42¹⁰⁰, 52 f., 86, 114, 119
Drakon
44
Edikt
16, 42²⁰⁰, 109 ff.
Ehebruch
(s. auch *lex Julia de adulteriis*)
46, 72, 131
Ehegesetze (des Augustus)
32¹²⁴, 76 ff., 95, 104 f., 134, 146
Ehescheidung
68
elegantia
96, 97⁵²
Enkomia s. *laudationes*
Epieikeia s. *aequitas*
Epiktet
30, 48, 59, 70
Epikur
23
Erbfolge
79, 85, 94, 97, 101, 111, 130, 150
Erbrechtsausschlagung
57, 127
Erbtochter
45
Erziehung (und Recht) s. Ethik
Ethik (und Recht)
24⁵³, 32 ff., 40 ff., 45²¹⁹, 220, 59, 81,
137, 149
Ethnographie
19, 93, 136
exceptio metus causa
109
falsum
130
familia Caesaris
50
Favorin
42, 66 ff.
Felix Bulla

- 50 f.
Fideikommiß
 83, 107, 126, 130
Fiskus s. *procurator*, Steuern
Fratricid
 44, 60
 Frau (rechtliche Benachteiligung der Frau)
 46, 71, 92, 98
Frauengemeinschaft
 44, 46
Freilassung und Freigelassene
 49, 53, 68, 97, 104, 113, 125
furtum s. Diebstahl

Gaius
 12, 55, 92 ff., 113 f., 134, 136
Gellius
 42, 66 u. ö.
Gerechtigkeit s. *iustitia*
Gerechtigkeitsideologie (römische)
 59 ff.
Geschwisterehe
 44
Gewohnheitsrecht, s. *Naturrecht*, *desuetudo*
Gregorios Thaumaturgos
 56, 87³⁸

Hadrian
 46, 54, 80, 95 passim
Heraklit
 13
Herrschaftskritik
 14, 30, 49, 88
Hierosylie
 46
honestiores
 12⁸, 131, 133
honestum (u. ä.)
 25⁸⁴, 35¹⁴⁹, 42 f., 59¹⁶
humanitas s. *aequitas*
humiliores s. *Unterschichten*

Incest
 44, 46
in integrum restitutio
 51, 116, 128
iniuria
 37, 66, 94³¹, 109
in ius vocare
 66
Irrationalismus
 23, 27 passim, 53, 141 ff., 152
Isokrates
 21

Jüdische Rechtskritik (u. ä.)
 s. auch *Talmud*
 28, 30, 34¹³⁷, 48, 60²⁴, 66, 69, 93¹³,
 145, 147²⁵, 153⁸⁴
iudicium rescissorium
 116
Julianus (Salvius)
 86³², 100, 111, 114, 136, 138⁴⁰,
 139, 142
Jurist
 52, 54 ff., 81, 83 ff., 152
Juristenrecht (s. auch *ius civile*)
 16, 36¹⁵⁴, 39¹⁶⁸, 51, 57, 92, 103 ff.,
 133, 145 f., 150⁵⁶
ius civile (s. auch *Juristenrecht*)
 26, 39, 42²⁰⁰, 52, 84 f., 99, 113 ff.,
 122 ff., 133
ius civile abesto
 52 ff.
ius controversum s. *Juristenrecht*
ius fetiale
 59
ius gentium (s. auch *Naturrecht*)
 24, 35, 70, 95, 97³, 100, 120
ius strictum (s. auch *ius civile*)
 34, 36
Justinian s. *Kodifikation*
iustitia (s. auch *aequitas*, *utilitas*)
 28, 38, 59 ff., 121

Kaiserrecht s. *Konstitutionen*
Kaisertum
 49, 54 f., 147 ff., 150 u. ö.
Kannibalismus
 46
Karneades
 20¹⁵, 22³⁹, 59, 71, 92
Kasuistik s. *Juristenrecht*
Kauf
 43, 53
Klassenkampf s. *Opposition*,
Unterschichten
Kleidung
 75 f.
Knabenliebe
 44
Kodifikation (auch *justinianische K.*)
 12, 16³⁵, 17⁴¹, 108, 145, 146¹⁴
Konkubinat
 46
Konservativismus s. *Tradition*
Konstitutionen
 16, 17, 51, 97⁵², 97 f., 114 passim,
 122 ff., 140, 147, 149
Krisenbewußtsein s. *Pessimismus*
Kynismus
 24, 29, 41, 46 f., 48, 152

Labeo (M. Antistius)
 54, 86, 104, 109 f., 113, 116 f., 145
Laktanz
 11, 31, 60, 72, 87, 149, 153
latro
 50 f., 150⁴⁵
laudationes (*edicti* u. ä.; s. auch
Panegyrik)
 34 ff., 41¹⁸⁷, 57, 110, 133, 137, 141,
 151, 153
legatum
 98, 111 f., 124, 127
leges agrariae
 62, 63³, 146
leges sumptuariae
 73 ff., 77¹²⁴, 93
leges Titiae, Apuleiae, Liviae
 26, 63
legisactio
 94
Legitimationsproblem
 57, 136 ff., 144 f.
lex (s. auch *nomos*, *Naturrecht*,
Positivismus)
 16³⁷, 25 passim, 32 ff., 36¹⁵⁴, 39¹⁶⁸,
 121, 136, 146
lex Aelia Sentia
 70, 95, 98
lex Aquilia
 95
lex Calpurnia rep.
 62
lex Canuleia
 62²
lex Cincia
 75¹¹³, 117
lex Cornelia de maiestate
 64
lex XII tabularum
 62 f., 66 ff., 94
lex Fabia
 131 f.
lex Falcidia
 94
lex Furia testamentaria
 94
lex Julia de adulteriis
 65, 77, 105
lex Julia iudiciorum privatorum
 42
lex Julia de maiestate
 64 f., 80¹⁵⁰
lex Julia de maritandis ordinibus
 s. *Ehegesetze*
lex Julia de pecuniis mutuis
 106
lex Junia
 95
lex Minicia
 95³⁸, 96
lex Papia Poppaea s. *Ehegesetze*
lex Pompeia de parricidio s. *culleus*
lex talionis
 66
lex Voconia
 22, 37, 63, 71, 92 ff.
licet s. *honestum*
locatio conductio
 49, 110
logos s. *Naturrecht*, *ratio*

- Lucilius
 62, 84
 Luxusgesetze s. *leges sumptuariae*
 Lykurg
 44

maiestas s. *lex Julia de mai.*
manus-Ehe
 93¹⁴
 Marcian
 105¹³, 127
 Mark Aurel
 28, 124, 140, 147, 149, 152
 Menander-Fall
 104
 Menschenopfer
 44
 Modernismus
 93, 145
mos maiorum (s. auch Tradition)
 23, 27 f. passim, 144 f., 148

 Naturalobligation
 100
 Naturrecht
 14, 21 ff., 38, 43, 59, 89 f., 98 ff.,
 120, 134, 135¹¹
necessitas
 133⁸⁴, 138
neoterismos
 28
 L. Neratius Priscus
 55, 117, 142
 Nerva (L. Cocceius Nerva pater)
 54, 106
 Nigrinus
 78
nomima barbarika
 13, 19, 152
nomoi patrioi s. *mos maiorum*
nomos (s. auch *lex*, Naturrecht,
 Positivismus)
 20 passim, 33¹²⁶
nomos empsychos
 30¹⁰⁶
 Nutzen s. *utilitas*

 (Rechts-)Offenbarung
 21, 28, 30
 Opposition (s. auch Unterschichten)
 13, 15, 30, 48 ff., 88 ff., 147, 151

 Paedagogik s. Ethik
 Panaitios
 24⁵², 26
 Panegyrik (s. auch *laudationes*)
 14, 148
 Papinianus (Aemilius)
 12, 50, 55, 87³⁷, 105, 108, 112, 126,
 128, 140, 150
 Papyri und Rechtskritik
 52²⁶

 Paradoxographie
 19
parricidium
 68
partes secare
 67, 69
patria potestas
 66⁶², 67, 94, 96
 Paulus (Julius)
 55, 92, 105, 110⁴⁹, 116 f., 124, 126,
 127 ff., 130, 135, 137²⁸, 139, 140,
 143⁷⁵
peculium
 116, 125
 Peripatos (s. auch Aristoteles,
 Theophrast)
 22, 32
 Pessimismus
 15³³, 88, 149, 152
 Phaedrus
 50
philanthropia s. *aequitas*
 Philon v. Al.
 14, 28 passim, 44, 49, 66, 69, 141
 Philosophische Opposition
 48 passim
physis s. Naturrecht
plagium
 131
 Platon
 13, 21 passim, 27 passim, 33, 40, 135
 Plinius (mai.)
 20, 41, 75¹¹²
 Plutarch
 28, 40¹⁸¹, 42, 43 ff., 59, 68, 78, 95,
 142, 147
 Polybios
 41, 59
 Sex. Pomponius
 17, 64, 85¹⁸, 104, 109, 118, 136
 Pontifikaljurisprudenz
 85
 Poseidonios
 19, 27⁸¹, 82, 29⁹⁷, 45²¹⁹, 70⁷⁵, 79
 Positivismus (Gesetzes-, Rechts-)
 20 passim, 33¹²⁶, 34 passim, 97,
 120, 148
postliminium
 104
praepositus (mensae nummulariae)
 119; s. auch 128
 Praetor (s. auch Edikt)
 94
 Pragmatismus
 21 passim, 31 f.
 Proculus
 117
Proculiani (s. auch *Sabiniani*)
 113⁶⁶
procurator (Caesaris)
 131 f., 150

 Programmlosigkeit
 58, 145, 152
 Proömien (von Gesetzen u. ä.; s. auch
laudationes)
 41¹⁸⁷, 97⁵⁴, 108³⁵
 Prostitution
 76
 Provinziale (s. auch Opposition)
 71
publicatio bonorum
 69, 120

quaestio lance et licio
 12, 94
 Quintilian
 35 ff. u. ö.

ratio (s. auch Naturrecht)
 23, 39, 136 ff., 140 ff.
ratio civilis s. *ius civile*
ratio legis (iuris)
 39, 138
ratio naturalis s. Naturrecht
 Rationalismus (s. auch *ratio*)
 23, 26, 138³⁹, 140
receptum nautarum etc.
 109
 Rechtsänderung und Rechtskritik
 15, 91, 103, 113, 123
 Rechtspraxis
 51, 57, 69, 71, 83, 131, 132, 149 ff.
 Rechtsprophet s. Offenbarung
regula iuris gentium
 95 ff.
 Reskripte s. Konstitutionen
res litigiosa
 132

Sabiniani
 86³³, 92², 98, 111⁵²
 Sabinus (Masurius)
 12, 59, 86, 99⁷¹, 103
 Sallust
 63
 Schatzfund
 79
 Schenkung
 51, 75¹¹³
 Schenkung unter Ehegatten
 75¹¹³, 125
scriptum s. *sententia*
 Selbstmord
 44, 54⁵⁶
senatusconsulta
 16, 95, 98, 99, 107, 136
SC Claudianum
 96
SC Pegasianum
 12, 107 ff.
SC Silanianum
 50, 61
SC Trebellianum
 107 f.

- Seneca (philos.)
15, 41, 75, 141, 148
sententia (*legis* u. ä.)
34 ff., 105 f., 123 ff., 134, 139, 146
Sepulkralrecht
52 f.
Servius Sulpicius Rufus
34¹³⁵, 84¹⁵, 85 f.
Sippenhaftung
69
Skeptiker
20 passim, 57, 89, 152
Sklaverei (s. auch Unterschichten)
44, 49 ff., 70 f., 90, 97, 105, 135
societas
100
Solon
45
Sophistik
14, 19 passim, 41¹⁹⁰
speciosus
93
status (des Kindes)
95 ff.
Status-Lehre (rhet.; s. auch *sententia*)
36
Steinigung
44
Steuern
71
Stoa
14, 19 passim, 40 passim, 46, 48, 70,
140, 143⁷⁵, 152
Strafrecht und Strafen
124, 130 ff., 150 u. ö.
subtilis
115
Tabu-Bruch
24, 46 f., 152
Tacitus
41, 63 ff., 75, 78, 148
Talmud (s. auch Jüdische Rechtskritik)
20¹¹
Tertullian
11, 31, 39, 44²¹¹, 47²³³, 55, 58, 66,
77, 141, 143⁷³, 153
Testament
68, 71, 78, 83, 98, 103, 114
Theophrast
31¹¹⁸, 32, 33¹²⁷, 41, 45²²⁰, 135 f.
Tiberius (imp.)
54, 68, 75, 148
Tradition (u. ä.)
21 passim, 31, 88, 141 ff., 144 ff.
Tryphoninus (Claudius Tryphoninus)
120
tutela
124, 127
tutela mulierum
85, 92, 94, 98
Ulpianus (Domitius Ulpianus)
12, 30¹⁰⁵, 55, 60, 87, 105, 109 ff.,
115, 124 ff., 131 f., 137, 143⁷⁵, 150
Unterschichten
49 ff., 70, 83, 88 f., 150
usucapio pro herede
94 f.
(*quasi*) *usufructus*
99, 106²⁴
utilitas (s. auch *aequitas*)
22 passim, 42, 59, 119¹¹⁷, 136 ff.,
153
Uxorcid
44
Vatermord (s. auch *culleus*)
44
venter
135
verbum s. *sententia*
Veränderlichkeit (des Rechts)
19 passim
Verfassungskritik
14, 88
Verschiedenheit (der Rechts-
ordnungen)
19 passim
Vestalin
68
vituperatio legis s. *laudationes*
Volksrecht
15³⁴, 20, 33, 44²⁰⁵, 70, 93¹⁸, 136
volutas s. *sententia*
Zeitkritik
14, 49, 88
(falsches) Zeugnis
67
Zinsen
66⁴², 67
Zwölftafeln s. *lex XII tabularum*

ISBN 3 7696 0072 X